

RJ 284400

Doc
6934c
[20--]



UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



DOCTORADO EN DERECHO

Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho

“Capitalismo y Propiedad Intelectual: Elementos para Desmontar un Paradigma”

Candidato:

Pedro S. Guerra Araya

Director de Tesis:

Dr. Luis Villavicencio Miranda



CAPITALISMO Y PROPIEDAD INTELECTUAL: ELEMENTOS PARA DESMONTAR UN PARADIGMA

Tabla de contenido

Agradecimientos y otras vainas.....	5
Introducción general	7
El despertar de la fuerza: propiedad, libertad y la ruta al capitalismo	10
Capítulo I.....	31
1. El canon propietario de la modernidad: la propiedad privada.....	31
1.1. Los elementos del canon propietario: absoluto y exclusivo	40
2. La propiedad como paradigma económico	46
2.1. El paradigma propietario en el análisis económico del derecho	47
2.2. Bienes públicos y bienes privados: un principio de apropiación.....	53
2.3. La propiedad común versus la propiedad privada	55
2.4. Evitando la tragedia	57
2.5. La crítica de Hardin	62
2.6. ¿Cuándo establecer derechos de propiedad?	63
2.7. ¿Qué se protege cuando se protege la propiedad?	67
Capítulo II	73
El sistema de propiedad intelectual	73
3. La propiedad intelectual y el conocimiento como objeto de apropiación ...	73
3.1. Una aproximación conceptual	74
3.2. El problema de la definición.....	75
3.3. Elementos comunes de las doctrinas de propiedad intelectual	77
3.4. La propiedad intelectual y el problema de la forma física	82
3.5. El problema del objeto.....	85
3.6. La protección del valor	87
3.7. La descosificación de la propiedad.....	88
3.8. La reconfiguración de las relaciones de producción y consumo	89
3.9. Los límites a la apropiabilidad.....	92
3.10. El problema del valor	93
3.11. La propietarización de lo intangible	98
4. La economía de la propiedad intelectual: un principio de crítica.....	100
4.1. El problema de los incentivos.....	100

4.2.	Ampliación del campo de batalla; el ámbito internacional	104
4.3.	Los incentivos en la economía de la propiedad intelectual	109
4.4.	La economía de la exclusión	116
4.5.	Creando escasez donde no la había	119
4.6.	La propiedad intelectual como monopolio	124
4.7.	Internalizar – externalizar	130
5.	El Copyright y los derechos de autor	131
5.1.	Dos caminos conceptuales	131
5.2.	Los comienzos	132
5.3.	Definiendo los derechos	137
5.4.	El objeto de protección de los derechos de autor	141
5.5.	La crisis del derecho de autor	143
5.6.	La Piratería	145
Capítulo III.....	154	
“A new hope”: hacia un nuevo paradigma	154	
6. Crisis y respuesta: la configuración de un nuevo capitalismo.....	156	
6.1.	¿Qué capitalismo? El estado actual del capitalismo	157
6.2.	Cronología de una crisis permanente.....	162
6.3.	El factor interno	164
6.4.	Fin o transformación.....	170
6.5.	La crisis del paradigma propietario clásico	176
7. Hacia un nuevo paradigma: la propiedad común	180	
7.1.	Los orígenes de lo común	181
7.2.	Una genealogía de lo común	182
7.3.	El modo de producción y el capitalismo cognitivo	184
7.4.	El capitalismo cognitivo y el cognitariado	192
7.5.	Intercambio y producción en el capitalismo cognitivo.....	195
8. Más allá de la categoría binaria privado - público	198	
8.1.	La propiedad común y el acceso abierto	203
8.2.	Dos complejizaciones	207
9. En busca de la comedia; una caracterización de la propiedad común.....	210	
9.1.	Los rasgos económicos de la propiedad común	210
9.2.	Lo político y lo jurídico en los bienes comunes	215
10. Los bienes comunes del conocimiento.....	221	
10.1.	Qué son los bienes comunes del conocimiento	223
10.2.	El conflicto sobre los bienes del conocimiento	226
10.3.	El sistema de bienes comunes del conocimiento.....	230
10.4.	Los bienes comunes del conocimiento y la propiedad intelectual.....	233
10.5.	El problema de exclusión	235
10.6.	Los bienes comunes del conocimiento de acceso abierto.....	239

10.7. El canon propietario en retirada ¿Hacia una nueva política del conocimiento?.....	242
Conclusiones.....	249
Bibliografía.....	258

Agradecimientos y otras vainas

Esta tesis habría sido escrita en la mitad del tiempo que tomó si no hubiera tenido una familia a mi lado. Pero carecería de algo que trasciende su pretendida calidad, densidad y, por cierto, mi propia ambición. Sin Helga, mi pareja, y sin José Pedro y Luciana, mi hijo/a, esta investigación habría carecido completamente de propósito. Este trabajo está dedicado a ellos, en tanto propósito personal, social y político, y en especial a José Pedro y Luciana. Ahora sí veo en ellos las semillas de mejores futuros que mi padre vio alguna vez en mi hermano Cristóbal y en mí mismo, cuando fuimos niños.

También podría esta tesis haber sido escrita sin amigos y colegas, pero carecería de un sentido colectivo que la trasciende. Esta tesis no es solamente el producto de una reflexión propia, cerrada, de un diálogo silencioso entre quien escribe y los autores a cuyos hombros se desplaza. Es, por el contrario, el producto de conversaciones, inquietudes que van y vienen, de preguntas no contestadas, de ideas desgranadas a medias, inconclusas, del aburrimiento y de la inquietud, de las conversaciones con gente que estaba escuchando y gente que no. Es el producto de la interacción diaria o esporádica con amigos que aman y viven las ideas. Ahí está mi querido Javier Valle, a quién culpo directamente por haberme incitado a tomar el camino doctoral; están mis compañeros de trabajo (pero también de ocio) Samuel Argüello y Carlos Medel, lectores de algunas páginas de este trabajo; están los amigos de grupos virtuales y reales, con quienes me distraje cuando este camino se hacía pesado y que, con poca delicadeza me llamaron a terminarlo de una vez por todas. Están Felipe Palacio, y su ayuda con los problemas de la pesca; Christian Viera y su animada conversación; y Javier Olivero y Cristóbal Guerra, con su inestimable ayuda en la corrección del texto.

Tampoco podría haberse escrito este trabajo en soledad, sin diálogo alguno con quienes han tomado un camino parecido; pero no tendría el mismo sentido colectivo sin Rocío Sánchez, Rodrigo Jofré, Patricia Pérez, David Quintero y Mario Opazo, todo/as juristas de verdad, con quienes compartimos esta senda. La calidad y rigor de sus investigaciones son un incentivo para mejorar y estar a su altura.

Nunca un trabajo de esta clase puede ser escrito sin alguien que se dedique, de forma sistemática y a veces cruel, a criticarlo, enderezarlo y tomar el timón cuando se suelta. El Dr. Luis Villavicencio, director de esta tesis, tomó ese rol y lo cumplió honesta y cabalmente, sin piedad y sin tocar un ápice de la libertad intelectual que la inspiró.

Finalmente, este trabajo es producto de instituciones y las personas que las componen. Mis agradecimientos al programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Valparaíso, y en especial a sus directores, la Dra. Pamela Prado y el Dr. José L. Guzmán, por aceptar esta poco convencional propuesta de investigación y permitirme desarrollarla, haciendo realidad la idea de una Universidad pluralista y abierta; a sus profesores, por su entrega cordial, franca, motivadora e intelectualmente rigurosa; a la Agencia Nacional de

Investigación y Desarrollo (ANID), que me benefició con una beca doctoral; y a la Biblioteca del Congreso Nacional, mi empleador y fuente inagotable de conocimiento, y en especial al Departamento de Asesoría Técnica Parlamentaria, en las personas de Guido Williams y Luis Castro, por las facilidades que me dieron para desarrollar y terminar esta investigación.

Para terminar, un agradecimiento a gente que no conozco, pero sin quienes este trabajo, en verdad, jamás podría haber sido escrito; los miles de colaboradores voluntarios, *geeks* informáticos y piratas digitales, que queman sus pestañas alimentando remotos servidores, para que el conocimiento y las ideas fluyan libremente en la *web*. Espero que este trabajo sea digno de sus ilícitas actividades: copien ustedes cuanto merezca ser copiado.

*“(…) Verás que muchas de las verdades a las que nos aferramos dependen
inmensamente de un punto de vista”*

Obi-Wan Kenobi.

*“The unauthorized reproduction or distribution of a copyrighted work is illegal.
Criminal copyright infringement, including infringement without monetary gain, is
investigated by the FBI and is punishable by fines and federal imprisonment.”*

FBI

*Balseros, navidades, absolutismo
Bautismos, testamentos, odio y
ternura
Nadie sabe qué cosa es el comunismo
Y eso puede ser pasto de la censura
Nadie sabe qué cosa es el comunismo
Y eso puede ser pasto de la ventura*

Silvio Rodríguez,
“Reino de Todavía”

Introducción general

En su obra de 1971, “La Estructura de las Revoluciones Científicas”, Thomas Kuhn instaló la noción de paradigma. Para Kuhn, el paradigma es aquello que la “ciencia normal” da por sentado y que, por esa misma razón, le permite resolver problemas científicos concretos, como inventar o descubrir vacunas. Un paradigma, entonces, no tiene necesariamente una relación simétrica con las teorías ni con los métodos de una determinada ciencia, sino que se ubica en un rango jerárquico superior. Se trata de la luz con que una determinada teoría puede observar el mundo de la manera en que lo hace, al precio de hacerlo exclusivamente a través de ese paradigma. Cuando el paradigma pierde legitimidad ocurre una “revolución científica”, en la cual no sólo se modifican las teorías, métodos e hipótesis, sino que se subvierte completamente la manera en que dicha ciencia observa una realidad concreta. El paradigma se vuelve obsoleto y es reemplazado por otro, uno “legítimo”, y la ciencia puede continuar resolviendo problemas concretos (KUHN, 2010).

Esta tesis trata del paradigma de la propiedad privada que funda el capitalismo como construcción social, política y económica y sobre cómo puede ser cuestionado y reformulado a partir del propio desarrollo capitalista. El campo elegido para presentar y

desarrollar esos cuestionamientos es el de la propiedad intelectual, y específicamente el de los bienes amparados en *copyright* y derechos de autor. El objetivo es explorar la posibilidad de que nuevos paradigmas, diversos de la propiedad privada, puedan ser instalados y volverse modélicos en el sistema de ideas que gobierna ese espacio productivo y transaccional específico, de manera de subvertir las bases apropiativas privadas que propone el capitalismo como solución única.

Hay dos premisas fundamentales que gobiernan este trabajo. La primera es que la propiedad privada es una construcción político – jurídica de cuño eminentemente liberal. De esta forma, la propiedad privada surge, en tanto paradigma, como consecuencia de una nueva forma de comprender las relaciones entre las cosas y las personas, que es fruto de un reposicionamiento del lugar del hombre frente al poder, y en un momento específico de la historia de occidente. A partir de esto, la propiedad privada se consolida de manera hegemónica, como un bloque de ideas, un canon, que va a desarrollar una forma concreta en los sistemas jurídicos. Tanto esas conformaciones jurídicas, como las ideas que están a su base, son funcionales a la instalación del sistema capitalista.

La segunda premisa es que este paradigma, largamente sostenido y legitimado, no es inmutable, puede ser puesto en cuestión y eventualmente reemplazado por otro conjunto teórico, otras tradiciones de pensamiento y otras prácticas político - jurídico distintas. El campo en que aquello se hace más evidente es el de los bienes protegidos por derechos de propiedad intelectual, y específicamente aquellos que se basan en regímenes de *copyright* y derechos de autor. En estos, y concretamente en sus modos de producción y transacción, han operado desarrollos tecnológicos que son propios del estadio actual de desarrollo del capitalismo y que inciden en la forma de acumulación propia de este sistema. Estos cambios son lo suficientemente poderosos para posibilitar, en ese ámbito específico, el resurgimiento del paradigma comunitario, como forma de producción y gobierno de bienes que es premoderna y, en consecuencia, anterior al capitalismo.

Hay tres razones que motivan este trabajo. La primera es orden personal: el paradigma de la propiedad no sólo es una construcción política y jurídica, sino que además es una forma de sentido común, de racionalidad ampliamente extendida y compartida por una enorme cantidad de personas, incluido al autor de este trabajo y sus dos hijo/as pequeños, que no cesan de batallar por la propiedad de una serie de bienes que no adquirieron. La propiedad está presente a diario en las vidas de las personas, producen sentidos y dan forma a conflictos y necesidades. Pero en muchos casos, a cuenta de desarrollos tecnológicos, no termina de cuadrar por qué algunas cosas que en realidad no se agotan ni son escasas, deben ser de propiedad privada y por qué no es posible compartirlas en comunidad.

La segunda razón es de orden científico. Someter a la propiedad privada a un escrutinio de esta naturaleza implica una sumergirse en su complejidad, identificar sus bases fundantes, desmontarlas y volverlas a montar, como si se tratara de un juego de Lego, en que el derecho y la ciencia jurídica, son una más de las piezas. Esta tesis es un recorrido por ese camino de desmonte y vuelta a montar del paradigma, y la búsqueda de nuevas formas de organizar sus piezas en un contexto distinto.

La tercera razón es de orden político: en un contexto de crispación social y de cambios en ciernes en la realidad política chilena y sus bases fundamentales, es indispensable

producir marcos teóricos que contribuyan a desmontar la propuesta individualista del capitalismo, y aprovechar su propia fuerza transformadora para construir, colectivamente, lo común.

Esta tesis propone, pues, un recorrido teórico por los avatares de la propiedad, el capitalismo y sus puntos de inflexión. Este camino se estructura en un ensayo introductorio que, sin constituir un capítulo propiamente, esboza los aspectos más fundamentales del cambio de ideas que representó la modernidad liberal, la clausura final del régimen feudal y la instalación en su lugar de un sistema capitalista en que la forma privada de la propiedad resulta triunfadora. De esta forma, se sientan en esta parte las bases sobre las que se construye el canon moderno de la propiedad privada. En ese contexto se destaca y explica el paradigma propietario como un subproducto del liberalismo político, que tiene en John Locke y su teoría propietaria, su principal exponente.

A continuación, el capítulo primero indaga en profundidad en el canon de la propiedad privada, haciendo hincapié en su carácter eminentemente liberal y abordando los aspectos económicos del paradigma que se construye. En esto se hace énfasis en las propuestas que desde en análisis económico del derecho surgen para justificar los derechos de propiedad y las críticas que pueden formularse a estos desde la economía de los intangibles.

El capítulo segundo aborda el sistema de propiedad intelectual y sus problemas conceptuales, destacando las controversias que existen en la literatura sobre sus características propietarias y los problemas que representa en tanto anverso de la propiedad llamada clásica o cosificada. Se repasan los aspectos históricos de la propiedad intelectual y se ensaya una aproximación desde la estructura económica que ofrece, destacando sus diferencias con la propiedad tangible. Enseguida, y para finalizar el capítulo, se hace foco en el análisis del *copyright* y los derechos de autor, como formas concretas de propiedad intelectual, estableciéndose sus diferencias y los aspectos más relevantes de su práctica económica y las crisis que la afectan.

El tercer capítulo y final se dedica a la indagación de los nuevos paradigmas propietarios que surgen en un contexto de crisis del capitalismo. Desde ese punto de vista, se aborda el capitalismo de manera dinámica a partir de sus crisis y los desarrollos que las provocan. En ese sentido se acentúa el rol de los desarrollos tecnológicos y las transformaciones que estos producen en las formas de producción, transacción y acumulación capitalista. A partir de estos, se centra la indagación en el paradigma de la propiedad común, algunos de sus antecedentes históricos y dogmáticos, y la forma en que los bienes del conocimiento humano puede inscribirse en ella, como una consecuencia del cambio tecnológico. A partir de ello se explora cómo lo común propicia una retirada del canon propietario tradicional, y la construcción de un espacio productivo, transaccional y, a la larga, político común respecto del conocimiento.

El despertar de la fuerza: propiedad, libertad y la ruta al capitalismo

El surgimiento del derecho de propiedad privada, tal como se inscribe hoy en día en gran parte de los sistemas jurídicos del mundo no ha obedecido, como suele suponerse, a un proceso de generación espontánea. La idea de que los bienes pueden ser objeto de apropiación constituye probablemente una de las nociones jurídicas más sofisticadas y a la vez más fundamentales que la modernidad haya conocido. Pero tras una sólida fundamentación filosófica del derecho de propiedad privada se asoma un paradigma de orden económico, al que los estudios enfocados principalmente en la construcción dogmática de ese derecho han puesto poca atención. El derecho de propiedad privada, el *terrible derecho* como lo llamaba Rodotà (1986) se revela como una construcción jurídico – política característica de la modernidad, que surge en el intersticio de un cambio transcendental en las formas de producir bienes y servicios y que impregna las culturas jurídicas de occidente. En esa coyuntura el derecho de propiedad privada se consolida como una herramienta y una condición de crecimiento y prosperidad económica, fuente de fortuna para hombres comunes y países enteros y, en muchos sentidos, de ruina para otros.

Esta introducción está dedicada a explorar de manera general los cambios en los sistemas de ideas que permiten el surgimiento de la propiedad privada como un canon jurídico propio del capitalismo, y la fisura ideológica que ello significa respecto del mundo feudal y su propia forma de organización social y productiva. En ese sentido, se procura dar una mirada general al surgimiento de esos derechos en el marco de la filosofía política liberal, como una expresión concreta de esta y específicamente en el pensamiento de John Locke, dada la persistencia de ese núcleo de ideas en la moderna concepción propietaria. Se busca indagar, en suma, en los orígenes del paradigma de la propiedad privada como sistema de ideas característico de la modernidad.

El mundo feudal y la transición al capitalismo

El análisis de la propiedad privada exige aventurarse en las coyunturas específicas y los cambios sociales, políticos y económicos que trajo consigo la clausura de las formas feudales que organizaron a las sociedades europeas. En su interrupción, tal vez definitiva, pero con importantes remanentes de continuidad, estas formas evolucionaron y dichas sociedades abrazaron, cual más temprano, cual más tarde, un nuevo sistema político (la democracia liberal) y productivo y social, el capitalismo, que no demoraría en expandirse

por el continente y ser exportado al resto del mundo¹. En ese sentido la expansión capitalista y su evolución desde las formas financieras y comerciales hacia su consolidación industrial, es el marco histórico y económico dentro del cual se desarrolla y madura la dogmática del derecho de propiedad privada. Eric Hobsbawm apunta que el período comprendido entre 1848 y fines de la década de 1870 es el interludio en que Europa y el mundo experimentan la conversión al capitalismo, bajo el detonante de innovaciones tecnológicas, cuyo ritmo se intensifica y expande a gran velocidad² (HOBSBAWM, 2016, pág. 37) .

No obstante, la consolidación del capitalismo debe ser entendida desde una perspectiva histórica como un proceso de larga maduración, cuyos ritmos, lógicas y particularidades varían a través de la geografía (DEANE, 1968). En ese sentido vale la pena poner de relieve los cambios productivos que van a posibilitar la expansión de la industria y la sustitución de los medios tradicionales de subsistencia, así como la irrupción de una clase proletaria de creciente especialización y dependiente del salario. En estos cambios juega un rol fundamental la clausura del sistema agrario de campo abierto, que servía bien a las necesidades productivas y de subsistencia de pequeñas comunidades autárquicas, y su reemplazo por tierras comunales cercadas y concentradas en su propiedad³ (ASHTON,

¹ Rostow indica que los impulsos iniciales de las principales economías capitalistas se producen en este orden: en Inglaterra, en las décadas posteriores a 1783; en Francia y los EE.UU, varias décadas antes de 1860; en Alemania en el tercer cuarto del siglo XIX; en Japón en los últimos 25 años del mismo siglo XIX; en Rusia y Canadá, a fines del siglo XIX; y en India y China, hacia 1950. Países del nuevo mundo (excluyendo, por cierto a EE.UU. y Canadá) han alcanzado condiciones de innovación tecnológica durante la primera mitad del siglo XX, como es el caso de Argentina y Australia (ROSTOW, 1961, págs. 21, 51)

² Si bien la velocidad de la innovación del Medioevo no puede compararse siquiera con los avances que conocen las etapas avanzadas del capitalismo (piénsese en la fenomenal irrupción de las tecnologías de comunicación digital), lo cierto es que, como destaca Maddison, el mundo premoderno sí conoció innovaciones tecnológicas, a un paso de avance mucho más lento y centrado principalmente en la agricultura. Aquí se encuentran, por ejemplo, las innovaciones de los molinos de viento, las herraduras, arneses de caballería, los arados y la guadaña. Estos procesos de innovación tecnológica se encontraban, en general, lastrados tanto por los regímenes de propiedad sobre la tierra como las restricciones gremiales que impedían los avances en los talleres urbanos. De ahí que Maddison proponga que el período que va desde 1500 a 1700, es uno de agrarismo progresivo, en que algún rol desempeñó la innovación tecnológica y en que una pequeña formación de capital tuvo lugar (MADDISON, 1982).

³ Sharman apunta que los cercamientos constituyen un proceso en que al antiguo régimen de la agricultura da paso a una reasignación de los derechos de propiedad sobre ésta, con límites, tamaños y formas reconocibles y preestablecidas. El objetivo de éstos fue aumentar la eficiencia de la agricultura e incrementar las ganancias de un sistema agrícola con poca tecnología y en que los métodos de cultivo eran bastante uniformes y poco innovadores. A partir del siglo XVI se produce un aumento en las innovaciones del sistema agrícola para las cuales el sistema de campos abiertos no estaba preparado y para las cuales resultaba insuficiente. El sistema de campos abiertos no servía para obtener todos los beneficios que podían rendir las innovaciones técnicas, mientras que los cercamientos podían producir una serie de mejoras en los rendimientos de la tierra (SHARMAN, 1989, pág. 46).

1973). A partir de ello, los capitales se desvían hacia las manufacturas y hacia un mundo productivo eminentemente urbano, operado a través de nuevas tecnologías, mientras que la fuerza productiva abandona masivamente los campos para construir lo que más adelante sería el proletariado urbano. Una revolución de ricos contra pobres, en términos de Karl Polanyi (1992, pág. 46), que genera profundas fracturas en las sociedades donde tuvo lugar y a partir de la cual comienza, incipientemente, a desarrollarse un sistema industrial orientado al mercado y al consumo.

Esta larga marcha al capitalismo, como la ha descrito Michel Beaud (1984) está surcada por desarrollos específicos del comercio, las finanzas y posteriormente la industria. Los orígenes del capitalismo constituyen un lento proceso de alumbramiento en que diversas economías de Europa comienzan a dinamizarse y mostrar aumentos en su crecimiento de la mano del auge de determinados sectores productivos. El verdadero despegue del capitalismo se produce, para Ha-Joon Chang, a partir de 1820 "(...) con una visible aceleración del crecimiento económico en toda Europa occidental." (CHANG H. -J., 2015, pág. 63). Esto se produce fundamentalmente a partir del alargamiento de las cadenas de intercambio, cada vez más complejas y distantes geográficamente, con mejores posibilidades de beneficio, que dejarán atrás los intercambios de corto alcance de fines de la Edad Media (BRAUDEL, 1994, págs. 60 - 61, 67).

Este proceso de expansión del comercio se ve impulsado por las revoluciones industriales, que alteran las formas productivas a partir de innovaciones tecnológicas que determinan el salto al desarrollo⁴. Estos procesos serán de capital importancia en la evolución de las formulaciones jurídicas que permiten la apropiación de determinados bienes. Por lo pronto, la industrialización obedece a un proceso iniciado a mediados del siglo XVI y que

⁴ Para Chang, la estrategia de desarrollo de los países (hoy) industrializados ha girado en torno a un conjunto de medidas llamadas "buenas políticas". Estas incluyen un catálogo de políticas que hoy se aúnan bajo lo que se conoce como el Consenso de Washington, e incluyen políticas macroeconómicas restrictivas, liberalización del comercio internacional y de la inversión, privatización y desregulación. Estas políticas se amparan a su vez en "buenas instituciones". Llámase a éstas: democracia, una "buena" burocracia, derechos de propiedad (y de propiedad intelectual) fuertemente protegidos, un poder judicial independiente y gobiernos corporativos y financieros orientados al mercado. La amplia promoción de estas políticas y las instituciones que las apoyan, esconden para el autor el hecho de que ellas no fueron implementadas en su momento cuando esas naciones, principalmente las del mundo anglosajón, emprendieron su camino al desarrollo. Éstas, en cambio, habrían logrado el desarrollo precisamente a través de políticas proteccionistas y sin el conjunto de derechos de propiedad que hoy día se reclaman como esenciales al desarrollo. Las políticas en industria, comercio y desarrollo tecnológico que países como Inglaterra, Estados Unidos, Alemania, Suecia, Bélgica y los Países Bajos, desarrollaron para convertirse en naciones industrializadas, fueron en general lo opuesto a lo que la ortodoxia recomienda hoy en día para las naciones que buscan su desarrollo (CHANG H.-J. , 2002, págs. 2-3, 18).

culmina exitosamente a mediados del XIX⁵, centrándose especialmente en Inglaterra. Es ahí donde tiene lugar lo que Rostow denomina “el impulso inicial”, una línea divisoria que separa todos aquellos brotes de actividad económica moderna que llegan a dominar la sociedad, y que son de orden fundamentalmente tecnológico (ROSTOW, 1961, pág. 20).

No obstante, los cambios que conducen al capitalismo y a la forma de propiedad privada en que este se asienta y que acompaña su desarrollo, no sólo son de orden económico y productivo. Paralelamente, se van a producir nuevas configuraciones ideológicas en las emergentes naciones europeas y desarrollos en la filosofía política que sustentarán el sistema capitalista como espacio de innovación y crecimiento económico.

El nacimiento de la modernidad liberal - capitalista

Prácticamente al mismo tiempo que el comercio y las finanzas mostraban indicios de lo que más adelante se comprendería como capitalismo, se anunciaban los principios de la libertad política y la necesidad de liberar las constricciones de las economías medievales, mientras que la burguesía reunía fuerzas suficientes para derrotar al absolutismo e

⁵ Rostow afirma que el afianzamiento de la industrialización inglesa se produce en plenitud entre 1815 y 1850. Una explicación para el auge de la industria en ese país dice relación con los avances que se produjeron ahí, en contraposición con los desarrollos de países con similares niveles de crecimiento económico. A modo de ejemplo, mientras los holandeses se concentraban en finanzas y comercio, sin tener una base de manufactura sólida, los franceses habrían sido, en palabras del autor, “demasiado intransigentes con sus protestantes”, con un esquema social y político demasiado rígido, y más preocupados de las revoluciones filosóficas, sociales y religiosas. De esa forma, Inglaterra superó a Francia, país ocupado en revoluciones políticas, sociales y religiosas, y a Holanda, más centrada en el mundo financiero que en la manufactura. Eso, sumado a una mayor presencia de recursos básicos, pudo combinar eficientemente la manufactura de algodón, la tecnología del carbón y el hierro, la máquina de vapor y un comercio que les diera salida (ROSTOW, 1961, pág. 47 y 54).

implantar una nueva forma de gobernar⁶ (BEAUD, 1984, pág. 47). Uno de los rasgos de este proceso es la aparición del mercado como nueva forma de organización económica. Si las sociedades tradicionales, a las que refiere Rostow como primer estadio en las etapas del crecimiento económico, no separaban las prácticas económicas del régimen político, la modernidad económica se caracteriza precisamente por una distinción entre esos dos órdenes que alcanza magnitudes cada vez mayores (POLANYI, 1992, págs. 63,80). El liberalismo, en tanto filosofía política pero también económica, contribuye a tensar una línea entre el mundo medieval y la modernidad a partir de la aparición del mercado como un nuevo mecanismo arbitrador de las relaciones sociales y de producción⁷, que se va imponiendo a través del entramado sociopolítico europeo. En ese proceso, la aparición de los derechos de propiedad privada⁸ y de la libertad de transacción sobre tierra, trabajo y dinero van a ser de capital importancia.

⁶ A propósito del trabajo de Michael Stolleis, no debe perderse de vista la profunda imbricación que este proceso mantiene con la conformación del Estado soberano como forma política que resulta de la supresión de las formas medievales de organización y que va a preceder al Estado constitucional. Este proceso, señala el autor, se produce entre otras cosas, a propósito de la disolución del derecho feudal, cuya característica personalización ya no resultaba adecuada. Éste se ve superado por formas jurídicas de origen legislativo que reemplazan las estructuras de poder personalizadas territorialmente y por la aparición de un cuerpo de administradores públicos de creciente complejidad. Con todo, el proceso de surgimiento del Estado moderno debe entenderse en el contexto de la aparición de una legislación producida soberanamente y posible de imponerse centralizadamente como mandatos y prohibiciones comunes a las personas asentadas en el territorio que comprende el Estado. En ese sentido, los medios tradicionales de producción normativa se venían ya en la baja Edad Media haciendo insuficientes para afrontar modos de convivencia y de intercambio cada vez más extendidos geográficamente, de modo que la centralización no tarda en desembocar en procesos codificadores, verdaderos núcleos normativos de los Estados modernos (STOLLEIS, 2011). En un sentido similar, Rostow indica que el rasgo decisivo para el salto de las sociedades tradicionales hacia su impulso inicial que les permitió a fin de cuentas la consolidación como sociedades modernas, es uno de índole político. Así, “(...) la construcción de un Estado nacional centralizado y efectivo – fundado en coaliciones influidas por un nuevo nacionalismo opuesto a los intereses tradicionales sobre tierras regionales, a la potencia colonial o a ambos – constituyó un aspecto decisivo del período de las condiciones previas y, casi universalmente, fue condición necesaria para el impulso inicial.” (ROSTOW, 1961, pág. 19).

⁷ Peña apunta que el mercado y el consumo que se despliega a propósito del mismo, se vinculan con “(...) dimensiones muy valiosas de la condición humana, como la idea de autonomía, según la cual cada uno escoge el tipo de vida que quiere emprender y para la cual lo significativo del mundo depende también de la propia individualidad subjetiva, cuya condición de posibilidad es (...) el dinero y el mercado racionalizado.” (PEÑA, 2017, págs. 254 - 255). En ese sentido, para el autor, el mercado jugaría un rol no sólo en la construcción del sistema de intercambios, sino que posibilita la construcción de una subjetividad basada en la libertad humana y la posibilidad de, por su intermedio, conseguir la propia realización.

⁸ Neale afirma que sólo a mediados del siglo XVIII se produce el triunfo de la propiedad móvil (o transable) propia del capitalismo, sobre la propiedad feudal amarrada a la tierra (NEALE, 1975, pág. 24).

Desde este punto de vista, la transición al capitalismo debe necesariamente explicarse a propósito de un cambio en las estructuras de pensamiento político y social que van a determinar el mundo tal y como se conoce en la actualidad⁹. Los hechos de julio de 1789 configuran las bases para el ascenso de la burguesía como una clase social que se impone a la nobleza, bajo un sistema normativo bien distinto, un mecanismo de reproducción social nuevo y una nueva forma de apropiación del poder político. Eso que se llama modernidad, no obstante, es una construcción de amplios alcances que merece ser puesta en estudio y, desde luego, bajo cuestión: ya avanza Ripert (1950), que ese nuevo orden se encauzará tanto a partir de una nueva relación del ciudadano con el poder político, como sobre las bases de la propiedad individual y la libertad contractual.

Este proceso se acompaña, entonces, del desarrollo de ideas que son centrales a la tradición liberal y que, como se verá, sirven para fundar el derecho de propiedad privada como hoy se concibe y practica. El orden liberal se funda, en la tradición intelectual de occidente, en las tesis contractualistas que enraizan el origen del poder del Estado en el pacto que los miembros de una sociedad se dan y a partir del cual determinan la forma en que se constituirá y limitará el poder del soberano. Esta idea ha cimentado toda la teoría política contemporánea hasta hoy y de ella emanan principios como la limitación de la soberanía, los sistemas de *check and balances* y la autonomía de la sociedad civil (RAYNAUD & RIALS, 2001, pág. 462).

⁹ A propósito de su aniversario 175, el semanario británico *The Economist* publicaba en septiembre de 2018 un artículo titulado "*A manifesto for renewing liberalism*". En él, el grupo editorial de la publicación, exponía su preocupación por la rebelión popular que los EE.UU y Europa desarrollan en contra de la élite liberal, considerada como incapaz o no dispuesta a resolver los problemas de las personas comunes. El credo liberal en que *The Economist* funda sus raíces se resume en el compromiso con la dignidad individual, los mercados abiertos, el gobierno limitado y la fe en el progreso de la humanidad. A su prevalencia durante los últimos dos siglos se atribuyen logros sustanciales en aumento de la esperanza de vida, tasas de alfabetización, combate a la pobreza, el disfrute de derechos civiles y la robustez del Estado de Derecho. En ese sentido, para *The Economist* el liberalismo irrumpe como una fuerza reformista que frena tanto los impulsos revolucionarios, en su rechazo a la coerción como forma de imponer las ideas propias, como a las aristocracias jerárquicas, por su tendencia a la concentración de poder y de opresión. No obstante, es precisamente ese ímpetu reformista el que, para la publicación británica se encuentra socavado en sus bases. La élite liberal ha perdido fuerza, resguardada en sus privilegios y cada vez más desconectada de aquellos a los que se supone debe servir. El liberalismo, sobre todo, parece haber perdido su fuerza transformadora a cuenta de las comodidades que ha brindado a ciertas clases dirigentes (*ruling classes*), proporcionando protección a sus actividades productivas y haciendo menos atractiva la posibilidad de innovar destruyendo (The Economist, 2018).

Ante todo, el liberalismo es una filosofía política que pone al sujeto en una nueva relación con el poder¹⁰, como resultado de un proceso emancipatorio gradual de la sociedad respecto de todo cuanto pudiera limitar la libertad de los hombres. Este proceso, en su vertiente económica, permitirá las grandes acumulaciones de capital que se insertan como un elemento más del proceso emancipatorio. No sólo el individuo es emancipado, sino que todo un sistema económico autárquico, geográficamente limitado pero con grandes posibilidades de cambio e innovación, logra superar su propio estado de parálisis. En este contexto, la libertad y la multiplicidad de ideas que sobre esta surjan, serán el punto de partida desde el que el liberalismo se posiciona frente a cualquier problema, y por cierto el de la propiedad privada.

Es Berlin quien en su célebre ensayo “Dos Conceptos de Libertad” ha elaborado de manera más acuciosa la idea de la libertad, desmenuzando este núcleo o idea matriz del liberalismo (BERLIN, 1988, págs. 215 - 280). En ese sentido, y como se verá, la propiedad privada se vincula directamente con el ejercicio de la libertad positiva, que invita no tanto a la resistencia a la coerción o el condicionamiento externo, sino que a la acción humana como expresión de la propia autonomía. Esta expresión lleva a la voluntad hacia la acción, en pos de la realización de una finalidad. Esta libertad positiva será la esencia de esa nueva sociedad en que germina el capitalismo y en que se redefinen las relaciones de producción en el contexto del desarrollo industrial y el trabajo asalariado. Esa redefinición, y los fines económicos que persigue, requiere que las personas se encuentren desatadas de aquellas reglas morales que impedían las acumulaciones de capital y las relaciones de transacción libres. La libertad, como ausencia de coerción y como capacidad de acción, aparece así como una excusa, ideológicamente refinada y políticamente sustentada, que permitirá la liberación de todo un poder innovador que buscará su cauce en la acumulación de riquezas que sólo podrían ser explotadas en ese contexto. Desde este punto de vista, y como expresa Laski, “(...) la idea del liberalismo está históricamente trabada, y esto de modo ineludible, con la posesión de la propiedad” (1992, pág. 17). Los cambios en la concepción de la propiedad pueden ser entendidos así como los puntos de partida de los distintos estados de madurez del capitalismo y, por ende, también pueden ser los marcadores de sus crisis. Como se verá, el capitalismo sólo concibe la propiedad en su régimen privado, que se identifica principalmente con el

¹⁰ Kahn ofrece tres sentidos del liberalismo; el primero corresponde a una familia de teorías políticas en un espectro amplio que va desde la libertaria hasta el bienestar social; el segundo obedece más bien a prácticas políticas partidistas, que se oponen al conservadurismo (con un origen rastreable a los partidos del siglo XIX del mundo anglosajón). Y en tercer lugar, el liberalismo refiere a una cultura política, que ha sido característica en EE.UU. y en Occidente en general y que orienta una práctica política determinada (KAHN, 2018, pág. 55). Con todo, este triple sentido no priva al liberalismo de su centralidad; informar las relaciones entre las personas y el poder bajo el principio de la libertad, de forma de que todos los problemas y las soluciones que las corrientes liberales van a proponer arrancan de un mayor o menor espacio de libertad que se reconoce y garantiza a las personas. Como afirma el mismo autor “El liberalismo ocupa un lugar dentro de un esquema que organiza la reflexión sobre el yo y su relación con la comunidad política” (KAHN, 2018, pág. 56).

derecho de exclusión de uno (el dueño) sobre el uso o el goce de algo y respecto de otros (MACPHERSON, 1975).

A partir del auge liberal, la propiedad adquiere un nuevo posicionamiento en que se identifica con la libertad, haciendo de la una la otra. Esta relectura, como refiere Stefano Rodotà, va a dar lugar a una disciplina del derecho de propiedad caracterizada principalmente por el carácter absoluto y la supresión de lo colectivo, y que va a tener una expresión muy clara en cuerpos normativos tan fundamentales como el Código Civil Francés. La propiedad privada es así la materialización de la libertad individual que se acompaña de las libertades de mercado, como componentes indivisibles de las libertades de las personas. La libertad se relaciona con la propiedad, entonces, de un modo constitutivo y no meramente instrumental (GRAY, 1994, págs. 98 - 99).

Esta idea, que comienza a tomar forma en el siglo XVIII, mantiene una trayectoria ascendente en el tiempo, en tanto ruptura radical con el mundo medieval y como paradigma fundante de regímenes políticos y sociales que se consideran modélicos¹¹. La propiedad privada no se considera aquí sólo un elemento que compone conceptualmente la libertad, sino que además se entiende como un requisito de su ejercicio práctico. Desde

¹¹ Como se verá, esta idea ha experimentado una trayectoria evolutiva hacia bien entrado el siglo XX, y a cuenta de ella se han construido modos de entender la economía que oscilan en una permanente tensión entre el rol de los particulares, amparado en la libertad económica, y el del Estado. Milton Friedman, admirado economista de la segunda mitad del siglo XX, se preocupa de establecer una línea de pensamiento liberal muy propio del siglo XX en la que la libertad económica es la base de la libertad política, en una imbricación insoslayable entre una y otra. Como expone en su obra más conocida, "Capitalismo y Libertad" (1966), para Friedman la libertad política llega de la mano del mercado libre y del desarrollo de instituciones capitalistas, y el Estado debe abstenerse de interferir en intercambios económicos libres, pues es en esa tesitura (y sólo en esa) que el mercado ejerce su acción coordinadora entre oferta y demanda. El liberalismo, en la versión decimonónica que Friedman alienta, propone a la libertad como condición del bienestar y de la igualdad. El mercado es una fuerza que debe abarcar la mayor cantidad posible de decisiones, de forma que las decisiones que deban ser entregadas a la política sean las menos posibles. El Estado queda así reducido a las funciones esenciales de hacer las reglas y arbitrar su cumplimiento, mientras que la actividad económica se organizará mediante intercambios voluntarios. En un sentido similar ha argumentado Von Mises, quien no cesa de destacar los logros del capitalismo desde su origen en la Inglaterra del siglo XVIII. Estos se centran en su capacidad (casi infinita) de elevar la calidad de vida de los trabajadores mediante la protección de su libertad en tanto oferentes de trabajo y, sobre todo, de consumidores que dictan las normas de lo que debe o no producirse, erigiéndose en los verdaderos amos del sistema de libre mercado. Al igual que Friedman, Von Mises se preocupa de destacar el rol fundamental que la libertad de acción y de elección juegan en el auge del capitalismo y de sus éxitos. Es la libertad económica, para el autor, la condición de las libertades políticas (de palabra, pensamiento, prensa, credo) y el mercado la condición de su florecimiento. Sobre el rol del Estado, dirá Von Mises que "Conviene que la fuerza estatal proteja al particular, en el interior, contra todo posible agravio (...) así como con respecto al exterior, contra toda extraña agresión. Tal es - y no es poca - la única y genuina misión del Estado bajo un orden de libertad, bajo un sistema de economía de mercado." (VON MISES, 1981, pág. 43). De ahí que todo aquello que no sea propiamente el cumplimiento de la función de defensa interna y externa, es considerado por Von Mises como intervencionismo estatal, en donde se excede la esfera propia de actuación alterando el mecanismo del mercado.

este punto de vista los derechos y su reconocimiento son una forma de asegurar un cierto espacio de actuación, que se sirve de la obligación de no interferencia de los demás en dicho ámbito. Esta es la concepción de libertad negativa que ofrece Berlin y que cobra gran relevancia en el ámbito de la propiedad, definiendo cómo el desarrollo jurídico se enfrentará a la construcción dogmática del derecho de propiedad en tanto espacio de autonomía que asiste a algunas personas y que obliga, por cierto, a otras.

Liberalismo y propiedad

En ese orden de cosas, la madurez del capitalismo requiere de una renovación conceptual e institucional de la propiedad, que caracterice ese sistema social y económico en una forma específica de detentar derechos (MACPHERSON, 1975) (NEALE, 1975). La premisa fundamental que se busca relevar aquí es que la principal forma jurídica del capitalismo es el derecho de propiedad privada, mientras que los contratos y la libertad de celebración de éstos son meros accesorios de la propiedad. En ese sentido, es la estructura propietaria la que determina la forma en que los recursos económicos son explotados y, sobre todo, en que el excedente de la producción es apropiado y por quién. La forma en que la propiedad sobre los recursos productivos se adquiera, detente y transfiera resultará, entonces, esencial en el nuevo orden que surge a fines del siglo XVIII. Desde este punto de vista, la modernidad y la consolidación de las formas primarias de capitalismo bien pueden ser contrastadas con la lógica propietaria que impera en el mundo feudal. Esa dicotomía, como se verá en este trabajo, puede ser puesta de nuevo en revisión a propósito de las formas comunitarias de propiedad en que se busca indagar. West sostiene, en ese sentido, que el feudalismo es un modelo económico del cual deriva una cierta organización social en torno a un modo de producir (WEST, 1975, págs. 51- 52). Esta forma de producción es fundamentalmente agraria y encuentra su base en una forma de propiedad sobre la tierra expresada en el feudo¹², que vincula el uso de los campos agrícolas para recompensar a hombres que, mediante las armas, los defiendan en nombre del señor feudal (DAVIES & FOURACRE, 1995, págs. 2 - 3).

12 West muestra que el feudo, como derecho de propiedad, se distingue del beneficio (*beneficium*) que implicaba una tenencia de la propiedad sin obligaciones laborales o serviles, con una renta muy baja o simplemente libre. Para Davies y Fouracre, “Feudal”, adjetivo para el conjunto de la sociedad medieval y para cada uno de sus aspectos constitutivos, fue un término que los historiadores pidieron prestado a los abogados” (DAVIES & FOURACRE, 1995, pág. 246). Fuentes indica que el feudo aparece a partir de la generalización de contratos de feudo, caracterizados por varias formas de concesión que el rey hace a los nobles y éstos a otros nobles, de disfrute de tierras, dominios, derechos, función pública o rendimientos económicos, de manera de que no sólo implicaba la entrega de propiedad sino que también de otra clase de derechos y siempre a partir de relaciones personales entre vasallo y señor. El feudo se va a transformar en el principal sistema de explotación agraria. En ese sentido, el feudo debe distinguirse del señorío, por el carácter exclusivamente económico de este último: el señorío otorgaba al señor derechos de explotación directa de los frutos e incluía además territorios que se podían explotar (FUENTES, 2018, pág. 38).

De esta manera, la forma propietaria característica del feudalismo está marcada por una relación personal entre el vasallo y el señor feudal. Como señala Jessica Fuentes, en un primer momento la propiedad feudal está signada por un quiebre de la idea abstracta de la propiedad que ofrece el derecho romano, que es reemplazada por relaciones personales y vínculos de lealtad obligacionales a partir de los cuales se permite el uso de bienes inmuebles (2018, pág. 34). De este modo, el contrapunto que representa la construcción capitalista postfeudal, va a sustentarse en una versión despersonalizada de la propiedad y en la dogmática propia de los derechos reales que se sigue como consecuencia de esta, bajo una lógica primordialmente individualista. La propiedad capitalista ya no encuentra sus raíces en fundamentos éticos o teológicos, sino que “(...) desde el ascenso del capitalismo, la racionalidad pasa a ser principalmente que la propiedad es un incentivo necesario para el trabajo que una sociedad requiere.” (MACPHERSON, 1975, pág. 106).

Así, la propiedad privada aparece como un contrapunto natural con el canon personalista que había imperado en el mundo medieval y sobre todo con su dispersión y fragmentación normativa características. No obstante, la ruptura que la propiedad privada representa con el mundo feudal, no es sólo una en términos dogmáticos. Más bien hay en esta una expresión muy decisiva y, por cierto decidida, del rol que la propiedad privada va a desempeñar, cosa que fluye prístinamente de una obra capital de la modernidad política y económica como es el *Segundo Tratado del Gobierno Civil* de John Locke. Si la propiedad feudal sirve a determinados fines, relacionados con una estructura económica autárquica, cerrada y con relaciones humanas directas y mutuamente dependientes, el capitalismo va a requerir de personas libres, con autonomía política y transaccional que puedan disponer de lo suyo para fines productivos. Dice Macpherson que la propiedad privada

“(...) es exactamente el tipo de derecho de propiedad que se requiere para que la economía de mercado capitalista opere. Si el mercado va a operar totalmente libre, realizando su cometido de asignar trabajo y recursos en todos sus posibles usos, entonces todo el trabajo y los recursos debe transformarse o ser convertibles en este tipo de propiedad” (MACPHERSON, 1975, pág. 109).

La propiedad lockeana: “existo, luego poseo”¹³

La construcción lockeana de la propiedad privada se encuentra atravesada por ideas que no sólo construyen una justificación para la propiedad sino que se encargan de trazar un

¹³ Véase a Pipes (2002, pág. 61).

camino del que la moderna teoría de la propiedad no se ha separado del todo hasta hoy¹⁴. Es precisamente esta influencia lockeana, largamente arrastrada y cuyo análisis es ineludible, la que ofrece un flanco crítico cuando se aplica a determinadas formas de propiedad como es la de bienes intangibles¹⁵. El punto de la partida de la teoría lockeana de la propiedad son las líneas maestras que construyen el credo liberal de Locke: los hombres, en tanto creación de Dios, deben ser preservados; los individuos tienen un deber de autopreservación y, mientras este deber no sufra menoscabo, deben ayudar a otros en su preservación; el mundo fue creado por Dios para cumplir ese mandato de autopreservación y en el cumplimiento de esta obligación los hombres tienen derecho, por igual, a servirse de las cosas que sirvan a su subsistencia y que le han sido dados como medios de sobrevivencia (PEÑALVER & ALEXANDER, 2012, pág. 37).

Como se advierte, si la propiedad privada es una expresión radical de la modernidad, el trabajo humano es la base fundante de ella y del derecho de exclusión que trae consigo (MACPHERSON, 1975, pág. 113). Esta noción del trabajo como base justificatoria de la propiedad es tal vez uno de los rasgos más persistentes de la teoría propietaria de Locke, y ha contribuido a la conformación de un sentido común propietario ampliamente extendido. Locke no hace sino prefigurar un mundo de trabajadores asalariados urbanos que sustituyen en masa a los campesinos del mundo medieval, pero despojados de cualquier posesión (o de la posibilidad de detentarla), para ser dueños sólo de su propia fuerza de trabajo, que pueden transar en el mercado. “Todo hombre es propietario de su propio trabajo” (MACPHERSON, 1975, pág. 113) es una máxima fundacional, pues de ella arranca la propiedad sobre todo aquello que pueda adquirirse mediante trabajo, a partir del ejercicio de las aptitudes físicas o intelectuales que permiten la apropiación de las cosas y de sus réditos. Como apunta Macpherson, la obra de Locke contiene todo

¹⁴ Peñalver y Alexander destacan que ningún autor ha tenido, considerado individualmente, mayor impacto en el pensamiento sobre la propiedad del mundo anglófono que John Locke, con una fuerte carga de influencia entre los libertarios (PEÑALVER & ALEXANDER, 2012). Para el ámbito de la propiedad intelectual, como se verá, el pensamiento lockeano ha sido de gran importancia, pues la idea de la propiedad como fruto de la mezcla entre bienes y trabajo humano, viene muy bien a la noción propietaria de esa clase de intangibles. Así lo defiende, por ejemplo, Mossoff (MOSSOFF, 2012).

¹⁵ No obstante, se considera que la obra de Locke no constituye una defensa de la propiedad privada, sino más una defensa ante las pretensiones absolutas de la monarquía. De hecho, como señala Lasalle, el *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil* fue concebido primordialmente como “una especie de evangelio ideológico del partido *whig* y de la revolución liberal que desde las filas de ese partido se promovió con el fin de derrocar a Jacobo II Estuardo y entronizar a su yerno Guillermo de Organge como rey de Inglaterra” (LASALLE, 2001, pág. 131). Desde el punto de vista de su pensamiento económico, y como señala Lasalle, hay que tener presente que Locke escribe para un sector bien definido de propietarios agrícolas, clases comerciales urbanas y afines a las profesiones liberales, a quienes interesan las herramientas ideológicas del incipiente capitalismo agrario inglés (LASALLE, 2001, pág. 331). De esta forma, la teoría de los derechos de propiedad es más bien una pieza funcional (o reactiva, si se quiere) al poder monárquico. En ese sentido escriben Peñalver y Alexander (PEÑALVER & ALEXANDER, 2012, pág. 36).

“(…) cuanto el demócrata liberal moderno puede desear. El gobierno por consenso, el dominio de la mayoría, los derechos de las minorías, la supremacía moral del individuo y el carácter sagrado de la propiedad individual. Todo está ahí, todo a partir de un primer principio relativo a la racionalidad y a los derechos naturales del individuo, principio que es a la vez utilitarista y cristiano.” (MACPHERSON, 2005, pág. 193).

El pensamiento de Locke encuentra su piedra fundamental en la idea de la propiedad como un derecho natural, o que naturalmente se asigna a los hombres, y que se materializa mediante el trabajo humano. Se trata en ese sentido de una propuesta axiomática, que no requiere demostración y se desprende directamente de la libertad de los hombres. En este contexto, el corazón de la propiedad privada para Locke va a radicar en una mixtura entre las cosas que la naturaleza ha dejado en el mundo a disposición de los hombres y el trabajo de estos. De esta manera, si bien el estado natural de los bienes es uno de comunidad, la agregación de trabajo permitirá a éstos apropiarse de las cosas con el fin de servirse de ellas y cumplir así con un designio divino. Esto resulta especialmente relevante cuando se trata de la propiedad de la tierra, por esos años fuente casi exclusiva de riqueza, pero no es ajeno tampoco a los sustentos económicos del naciente capitalismo comercial. Es aquí donde Locke afirma que es el trabajo de labranza, plantación y cultivo lo que transforma al labriego en dueño “(…) como si, como resultado de su trabajo, este hombre pusiera cercas a la tierra, apartándola de los terrenos comunales.” (LOCKE, 1998, pág. 60)¹⁶.

No debe perderse de vista, sin embargo, el problema que representa el estado original de comunidad, que para Locke constituye el estado primero en que los bienes materiales se encuentran a partir de su entrega por Dios. Hay un dominio común originario en los bienes que se detentan como un derecho de uso que asiste a todos los hombres por igual, y que se contrapondrá en la teoría lockeana a la *propietas*: en esta última el derecho se individualiza y permite a su titular servirse de las cosas para su beneficio propio y particular¹⁷. Lasalle explica este derecho de propiedad común originario como un derecho inclusivo, que facultaba a las personas para exigir no ser excluidas del uso de los bienes (LASALLE, 2001, pág. 263). De esta forma, la propietarización de lo común representa una evolución desde un estado natural/divino de cosas hacia uno humano/social. Hay, fundamentalmente, una transición desde lo que se detenta como un derecho inclusivo hacia lo que se comprende, por los sistemas jurídicos de la modernidad capitalista, como

¹⁶ Mucho más tarde la escritora Ayn Rand, en su defensa del capitalismo, afirmaría que el hombre sólo puede disponer de su propio esfuerzo a condición de que pueda disponer del producto de ese esfuerzo: y sólo disponiendo de ese esfuerzo puede disponer de su vida. La propiedad es, en esencia, exigencia para el ejercicio de otros derechos (RAND, 1990, pág. 72).

¹⁷ Sostiene Locke que “Dios, que ha dado en común el mundo a los hombres, también les ha dado la razón, a fin de que hagan uso de ella para conseguir mayor beneficio de la vida y mayores ventajas. La tierra y todo lo que hay en ella le fue dada al hombre para soporte y comodidad de su existencia.” (LOCKE, 1998, pág. 56).

un derecho exclusivo de dominio, o propiedad privada. Esa comunidad de uso de bienes es el punto de partida de la teoría lockeana: es un estado de naturaleza que no sólo aparece como un estado primigenio en términos de no organización política, sino que además permite a los hombres disponer de los recursos de la economía sin una racionalización de su uso¹⁸. Es ante esta comunidad primigenia que la filosofía liberal opone la racionalidad de los derechos de propiedad.

La crítica de Locke

Dada la radical influencia que ha desplegado en el tiempo, es necesario ensayar algunas críticas a la teoría lockeana de la propiedad. Prefigurando lo que se dirá más adelante en este trabajo a propósito del origen de los derechos de propiedad intelectual, cabe dar una mirada crítica a esta genealogía que Locke ofrece sobre la propiedad y que Neale describe como “(...) enormemente ficcional, ahistórica antes que histórica” (1975, pág. 14). La propiedad lockeana es así un verdadero credo, lógicamente sustentado y políticamente validado, que ha cimentado un sistema jurídico de enorme complejidad y alcance geográfico¹⁹. En lo que tiene de ficcional radica precisamente su carácter de mito fundacional de la modernidad capitalista a la que se va a recurrir constantemente para seguir justificando la necesaria pervivencia de la propiedad privada. La propiedad así,

¹⁸ Felipe Schwember (2014) destaca que hay varias posibles formas de esta comunidad originaria. Todas ellas dicen relación, decididamente, no tanto con el cómo esa comunidad es originada, pues se asume que ella es un axioma. El punto crítico es determinar cómo (y se podría agregar “por quién”) es lícito efectuar por vez primera la adquisición de forma de garantizar la licitud de todas las transferencias que sigan a continuación. Para el autor (2014, pág. 1082) hay cuatro posibles formas de esa comunidad originaria sobre la que tiene lugar la primera adquisición. La primera es la comunidad originaria positiva, en que cada individuo es dueño del total de los bienes que la componen; la segunda es la comunidad positiva divisible, que asigna a cada individuo una parte alícuota del total; en la tercera, cada uno es dueño de una parte indeterminada del total, y se llama comunidad originaria simplemente conjunta, y avizora desde ya una distribución no igualitaria de los bienes: la cuarta y última es la comunidad originaria negativa, o de *res nullius*, y en ella ningún bien pertenece a algún individuo mientras no haya una apropiación, y todos los bienes susceptibles de ella. Schwember interpreta a Locke afirmando que la forma de comunidad originaria que éste pensó es una en que los hombres no poseen una parte determinada del total de los bienes (la tercera forma antes descrita). No debe perderse de vista que el universo de Locke es uno donde la propiedad no se origina en un contrato, que se considera impracticable, sino en el trabajo que se mezcla con las cosas y produce la propiedad como resultado. De ahí que la forma de comunidad es una que transita, para Schwember, hacia una distribución no igualitaria y mediada por los criterios de no desaprovechamiento y de suficiencia. Estos dos moduladores, por así llamarlos, de la propiedad necesariamente van a producir resultados distintos cuando se produzca la adquisición primera y aquellas que derivarán de ésta.

¹⁹ Peñalver y Alexander indican que el argumento lockeano funciona como una narrativa que transita por varios estadios del desarrollo humano, que van desde el estado de naturaleza, la introducción del dinero como medio de intercambio y la formación de gobiernos que regulan y formalizan los derechos de propiedad (PEÑALVER & ALEXANDER, 2012, pág. 37).

queda atada, como ya se veía, a la libertad y a la estructura misma de la sociedad civil - liberal y las instituciones políticas que edifica.

La explicación lockeana, que Lasalle define como una “escenificación imaginaria” (2001, pág. 221) conforma un cierto mito acerca del nacimiento de la propiedad cuyo principal efecto es naturalizarla y, a partir de eso, contribuir a su inscripción como derecho propio del hombre en todos los sistemas jurídicos de corte liberal. En esta genealogía, Locke no alcanza a vislumbrar la dimensión de los cambios productivos que se vendrían a producir en los años cercanos y el rol que la propiedad privada iba a jugar en ellos²⁰. Es claro, no obstante, que Locke vé en el establecimiento de la propiedad privada y en el trabajo que la antecede, un principio de organización social en torno a los bienes y en especial en torno a aquellos que pudieren resultar productivos a partir de la incorporación del trabajo humano. De una u otra forma, Locke avizora un futuro capitalista de trabajadores y propietarios; o de trabajadores no propietarios de los medios de producción y a la vez productores de propiedad privada para otros, como una extensión de su propia humanidad. Pero sobre todo, la obra de Locke denota claramente esa transición hacia la racionalidad moderna que, como se ha visto anteriormente, caracteriza el período liberal y las concepciones sobre la libertad que trae con ellas.

En esta visión antropológica que Locke muestra en sus textos, y como se ha dicho ya, el trabajo va a ser un factor fundante de la propiedad privada. Este permite a los hombres agregar “algo” a las cosas, produciendo una transformación y justificando la apropiación subsecuente. Algunas críticas al pensamiento lockeano se han erigido justamente en este vértice fundamental de su teoría. Pareciera, en ese sentido, que el trabajo que agrega “algo” a las cosas, va a ser la causa de una transformación física de las cosas. Lasalle nota que aquello no se produce propiamente en los ejemplos a los que Locke recurre en el Capítulo V del Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil²¹. Ni las manzanas, ni las bellotas ni, como se verá más adelante, los bienes del conocimiento humano, experimentan alguna transformación a propósito del trabajo que toma a los hombres recolectarlas del suelo o de los árboles. Es, si se quiere, una explicación simple y ficticia, como tantas otras que se han ensayado sobre cosas complejas que esconden sentidos, procesos y actuaciones de las que no se quiere dar cuenta en su completitud o que simplemente no se comprenden bien en estadios menos desarrollados de una disciplina dada.

²⁰ Dado que Locke escribe en una isla y bajo presiones y contingencias bien precisas, es difícil exigirle una mayor amplitud de miras. Lasalle afirma que el pensamiento propietario de Locke tiene un carácter fronterizo “(...) en el que lo venidero no está todavía perfilado con nitidez ya que convive con un pasado que aún no se ha diluido bajo el peso de lo que se anuncia.” (LASALLE, 2001, pág. 18).

²¹ “Ciertamente, quien se ha alimentado de las bellotas que él mismo ha recogido de debajo de una encina, o de las manzanas que ha cosechado de los árboles del bosque, puede decirse que se ha apropiado de ellas.” (LOCKE, 1998, pág. 57).

Esta discusión sobre el trabajo como fundamento de la propiedad va a resultar curiosamente interesante a partir del devenir capitalista de los últimos doscientos años, y quizás aún más en el futuro que depara a las formas de producción. Locke no se hallaba en una posición que le permitiera vislumbrar los avances del sistema económico al que prestó un fundamento de filosofía. Su concepción de la propiedad es, como la de la época, cosificada y agraria. Pese a plantearse como una fábula del devenir social, evidencia poco de su historicidad, pero sienta las bases de un sistema de apropiación y legitimación de la riqueza que había de fundar el capitalismo. Esta visión hace una nítida crisis, como se verá a lo largo de este trabajo, a propósito de bienes intangibles para cuya adquisición no se requiere necesariamente de trabajo, ni como acción física ni como ímpetu moral, y que representan activos cada vez más preciados en la economía.

Los límites de la apropiación lockeana

Si bien la teoría lockeana se ha interpretado como una justificación de la apropiación ilimitada, es preciso reconocer que el mismo Locke planteó en su obra hasta qué punto consideraba que los bienes eran apropiables y que ello ofrece, en principio, una interesante perspectiva de interés colectivo. El Capítulo V del *Segundo Tratado del Gobierno Civil* se dedica a la propiedad, y contiene en su parte 31 una pregunta sobre si la justificación de la propiedad permitiría al hombre aumentarla tanto como quisiese (LOCKE, 1998, pág. 59). La respuesta de Locke es una contundente argumentación en favor de un uso de los recursos que se ajuste a las necesidades del dueño y respete la adquisición por los demás, siempre al amparo de la ley natural. La apropiación de una parcela de lo común no debe importar un perjuicio para los demás hombres

“Pues aún quedaban muchas y buenas tierras, en cantidad mayor de la que los que aún no poseían terrenos podían usar. De manera que, efectivamente, el que se apropiaba de una parcela de tierra no les estaba dejando menos a los otros; pues quien deja al otro tanto como a este le es posible usar, es lo mismo que si no le estuviera quitando nada en absoluto.” (LOCKE, 1998, págs. 60 - 61).

Considerando estos límites, parece haber en Locke una idea contraria a los procesos de acumulación de riqueza. Locke, visto así, no gustaría de la acumulación de bienes y sancionaría “los delirios y la avaricia de los revoltosos y los pendencieros” (LOCKE, 1998, pág. 61), que no pueden justificar la propiedad privada como lo hace el trabajo²². Locke, en su ética puritana, glorifica indudablemente el trabajo que fundamenta

²² En realidad, la condena de Locke a la codicia y la pendencia debe ser más bien vista como una hacia la apropiación mediante la transgresión, y no como una condena al deseo de acumulación ilimitada propiamente (MACPHERSON, 2005, pág. 233). Bajo esta lógica, acumular más de lo necesario y a costa del trabajo de otros, no está mal. Lo reprochable es hacerlo transgrediendo el derecho de otros. En lo primero hay racionalidad; en lo segundo, delito. Como se verá, este principio aplica con mucha claridad a la creciente masa de transacciones *on line* de bienes amparados en estatutos de propiedad intelectual.

moralmente la propiedad y desdeña la avaricia acumuladora. Cabría aquí preguntarse cómo asume Locke el problema de la acumulación de riqueza que va a ser la base del desarrollo capitalista que vendría en los siglos siguientes, que en modo alguno se funda en la austeridad y que lo hace más en la diferencia y la desigualdad que en la regla de la suficiencia. ¿Hay aquí un límite a la capacidad del trabajo de apropiarse de bienes de la comunidad originaria?

Ya dice Locke que

“Asimismo, si cambiaba sus nueces por una pieza de metal porque le gustaba el color de ésta; o si trocaba su ganado por conchas, o lana por una gema vistosa o por un diamante, y se los quedaba durante toda su vida, tampoco estaba entrometiéndose en los derechos de los demás; de estos objetos durables podía acumular tantos como quisiese, pues lo que rebasaba los límites de su justa propiedad no consistía en la cantidad de cosas poseídas, sino en dejar que se echaran a perder, sin usarlas, las que estaban en su poder” (LOCKE, 1998, pág. 72).

Locke se asomó, sin asirlos, a los complejos procesos de la producción de bienes y una economía que no se agotaría ya en la mera extracción de recursos de la tierra sino que se complejizaría a partir de la irrupción del dinero, como intermediador anónimo de las relaciones de intercambio en mercados de creciente envergadura. El mundo productivo que vendría tras Locke será uno en que los límites técnicos de la acumulación de riqueza comienzan a diluirse, de modo que el problema de la acumulación para Locke es uno de orden fáctico y no ético: no es posible porque los bienes se degradan y por lo tanto debe hacer su aparición un sustituto que permanezca y haga posible la acumulación (FAZIO, 2017, pág. 27).

En ese sentido, el dinero permite que las personas adquieran bienes en proporciones distintas, lo que introduce un elemento de desigualdad en las relaciones de propiedad que ya no tienen que ver necesariamente con el trabajo humano o con la cantidad de éste que se aplica en la transformación apropiativa de los bienes. El incremento y la acumulación en las posesiones se origina en la existencia de bienes que no son corruptibles y abundantes, sino duraderos y escasos, que no admiten ya intercambio por la vía del trueque, sino mediante el dinero. Esos bienes permiten la acumulación y el incremento de las posesiones o, lo que es equivalente, un régimen de producción que excede las necesidades del mundo premoderno. No mucho más dice Locke que permita pensar que comprendía los complejos procesos de producción y acumulación de la propiedad. Estas líneas, sin embargo, permiten leer en Locke un principio de economía capitalista confusamente fundado en la ley natural de la adquisición original que extrae legítimamente bienes de su estado original de comunidad. Si la propiedad originaria no obedecía ni se justificaba, como se vio, en un contrato entre los hombres sino que derivaba de la ley natural, la acumulación propietaria en Locke sí tiene su justificación en un acuerdo de los hombres que

“(…) han acordado que la posesión de la tierra sea desproporcionada y desigual. Pues, mediante tácito y voluntario consentimiento, han descubierto el modo en que un hombre puede poseer más tierra de la que es capaz de usar, recibiendo oro y plata a cambio de la tierra sobrante;” (LOCKE, 1998, pág. 74).

La introducción de un valor de cambio, representado por metales como el oro y la plata, va a permitir la acumulación ilimitada de valor sin detrimento. Esta acumulación rompe el principio de que sólo puede apropiarse aquello que se necesita y en la cantidad suficiente para satisfacer un uso: el dinero, en cambio, permite poseer cosas que se desean y que no se necesitan²³, lo que Macpherson denomina el “(…) deseo capitalista por la acumulación” (1951, pág. 556). Es indudable, en ese sentido, que Locke rompe con sus propios límites acumuladores y prefigura el rol que el dinero y otros valores de cambio de mayor sofisticación iban a jugar en la acumulación mercantilista. Locke no ve en el dinero solamente un valor de cambio, sino que anticipa su carácter primordial de capital, que se deriva directamente de su distribución desigual.

Valor y trabajo

El catalizador de esa transición va a ser el trabajo humano, que se posiciona en Locke más allá de una justificación moral, como un mediador entre una enorme masa de población y otra enorme masa de recursos disponibles para ésta. El trabajo, al desprenderse de su misión original de ser el medio de apropiación primigenio en el estado de naturaleza, se libera como una fuerza poderosísima de transformación y acumulación. Es notable como esta dualidad trabajo – propiedad va a prestar una contribución esencial a la conformación de un mundo capitalista en que grandes masas de no propietarios (aquellos que nada tocaron en la repartición original de la riqueza) van a vender su fuerza

²³ Una buena síntesis de las consecuencias de la introducción del dinero como valor de cambio se encuentra en el trabajo de Carlos Peña “Lo que el dinero sí puede comprar”. A partir de la idea de que los intercambios constituyen un hecho social fundamental, el autor se centra en la forma en que éstos se producen en un contexto de mercado y mediados por el dinero. Para Peña, los intercambios mediados por el dinero sustituyen antiguas formas de intercambio mediante un proceso de abstracción en la forma mercantil que permite “(…) constituir la subjetividad moderna, expresar los ideales liberales, competir por los signos de estatus y dar lugar a nuevas formas de sociabilidad y reconocimiento” (PEÑA, 2017, pág. 153). Peña sostiene que el dinero y las transacciones de mercado han hecho posible la existencia de muchos bienes de carácter moral, altamente estimados por las sociedades modernas. El dinero constituye así un resguardo a la subjetividad moderna, un ideal de autonomía que supera la amalgama de las sociedades tradicionales en torno a ideales y finalidades compartidas por un grupo de individuos para reemplazarlas por planes de vida individualmente trazados. El dinero sería la culminación de un proceso de abstracción de las relaciones sociales y, sobre todo, de diferenciación, propios de la modernidad (PEÑA, 2017, págs. 187 - 194, 212). El dinero y el mercado tendrían así para Peña un “(…) profundo poder liberador. Al hacer cada vez más abstractas las relaciones de intercambio, despegan, por decirlo así, las relaciones sociales de los rasgos adscriptivos y hereditarios que ellas poseen en las sociedades más tradicionales.” (PEÑA, 2017, pág. 222).

de trabajo para que, mezclada con los bienes, produzcan valor. Si bien Locke escribe antes de que los rasgos más maduros del capitalismo se hicieran ver, lo cierto es que las bases de la transabilidad de propiedad y trabajo y el rol de éste como agregador de valor y justificador moral de la propiedad, están sentadas en su obra²⁴. Si bien Locke no es capaz aún de anticipar las complejas redes del capitalismo, sí puede haber tenido bien en cuenta a las clases propietarias de predios agrícolas en su concepción del trabajo y la propiedad (LASALLE, 2001, pág. 331). De esta forma, si bien en una primera aproximación el trabajo aparece como una justificación individual de la apropiación a través de “agregar algo” a las cosas que se poseen en común, una mirada más acuciosa permite ver en ello una justificación del uso masivo de mano de obra asalariada en que el capitalismo va a fundarse. El punto de partida de Locke, es la consideración del trabajo como una mercancía transable en el mercado a partir de la libertad que es natural al hombre y como parte, a su vez, de un orden transaccional natural. Macpherson, críticamente, considera que este punto de vista ignora que el intercambio de trabajo por un salario de mera subsistencia es en realidad “(...) una enajenación de la vida y la libertad.” (MACPHERSON, 2005, pág. 217).

En lo que interesa a este estudio, una de las grandes aportaciones que John Locke hace al pensamiento económico moderno es la idea de que es el trabajo humano el que agrega valor y permite justificar moralmente, a partir de ello, el derecho de propiedad privada. La concepción del trabajo como propiedad de la que se puede disponer y por ende transar en un mercado, es una de las innovaciones más relevantes de la época, precisamente porque viene a sustentar los valores de la naciente burguesía y su propia forma de crear riqueza. Como se verá más adelante, es justamente en este punto donde la teoría lockeana de la apropiación ofrece un flanco crítico más evidente en las actuales economías del conocimiento. En las líneas que siguen se ensayarán algunas de las líneas más fundamentales al respecto, de forma de dar claridad sobre lo que más adelante se busca ensombrecer.

Ya se ha dicho que en el pensamiento de Locke, el trabajo conduce a la propiedad a partir de “agregar algo” a las cosas que se encuentran primigeniamente en un estado de comunidad. Esa función transformadora no sólo despliega una función productiva de agregación de valor, sino que además hay un cumplimiento del mandato divino de preservación, que también se satisface cuando se aumenta el *stock* de bienes disponibles,

²⁴ Algo más tarde, Adam Smith, uno de los padres de la economía clásica, producirá una sofisticación del argumento en favor del trabajo humano, al afirmar en su obra fundacional, “*La Riqueza de las Naciones*”, que el trabajo, y más bien su división, es un factor fundamental de progreso. La división del trabajo, para Smith, mejora las capacidades productivas de éste, y lo hace con mucha más fuerza en las manufacturas que en la agricultura, pues la pujanza de las primeras viene justamente a propósito de que es posible dividir en muchas más partes el proceso productivo. Recurriendo al ejemplo de la fábrica de alfileres, en que sólo diez hombres pueden producir casi cincuenta mil alfileres por día, Smith pretende probar que ese increíble nivel de producción no sería posible si esos mismos diez hombres hubieran trabajado por separado (SMITH A. , 1994, págs. 33 - 36).

pues ello permite mejorar las condiciones de vida por sobre la simple sobrevivencia. Locke avanza así una justificación moral de la acumulación que será funcional a los cambios productivos que se avecinaban.

En ese sentido, la idea del trabajo como agregador de valor viene a construir un nuevo marco apropiativo que supera al originario y que se rige por "(...) un predominio capitalista de la utilidad y el bienestar productivo." (LASALLE, 2001, pág. 410). Como señala Karen Vaughn (1978) Locke identificó al trabajo como la fuente primaria de valor de los bienes que se producen, como una superación de la idea de la tierra como única fuente de riqueza. Esto permite de alguna forma superar una economía basada sólo en la propiedad de la tierra y en el sólo trabajo que implica apropiarse materialmente de ésta o de sus frutos. Pareciera que Locke, y en ese sentido puede interpretárselo como un precursor, ya prevé la compleja trama de la economía de producción de bienes industriales, en los que la presencia del trabajo iba a ser una base justificante de esa apropiación con mucha más fuerza que la tierra misma, que sólo es capaz de crear valor si es intervenida o trabajada por el hombre (VAUGHN, 1978, pág. 313)²⁵.

A propósito de ello, puede identificarse un problema fundamental que la teoría lockeana va a arrastrar. ¿Es el trabajo humano que se agrega a las cosas lo que determina la extensión de ese valor? ¿Puede éste verse reflejado de forma exacta en el precio de los bienes, como medidas objetivadas del valor de intercambio de estos? Como se insinuaba antes, Locke anticipa el surgimiento de las economías dinerarias, en que el dinero tanto sustituye a los bienes como representa el valor de éstos. Para Locke, como apunta Vaughn (1978, pág. 315), hay una distinción fundamental entre el valor intrínseco de los bienes y la utilidad o beneficio que recibe la sociedad de ese bien. Esta idea se cohesiona con todo el sistema de precios de las economías de orden capitalista, comprendido en gran medida como un sistema de señales que los consumidores entregan al mercado manifestando

²⁵ Locke no desarrolla una teoría de la clase trabajadora ni de la división del trabajo, como lo hará Smith. Pese a ello, sostiene Macpherson, el pensador inglés sí supone la existencia de esa clase trabajadora que, en ejercicio de su racionalidad y de su libertad, vende su fuerza de trabajo, única posesión de la que es dueña, de la misma forma en que la acumulación de capitales mediante el dinero se basa en el sólo consenso de los hombre y sin importar que "ninguna de estas proposiciones vaya acompañada de un certificado de garantía histórico." (MACPHERSON, 2005, pág. 215).

preferencias por unos u otros bienes, antes que una exacta medida del trabajo que se ha invertido en su creación²⁶.

La forma en que Locke comprende el trabajo va a ser, como se ve, de capital importancia y anticipa desde ya algunas cuestiones que se analizarán más adelante en esta investigación. Si es el trabajo humano lo que permite la agregación de valor y por tanto va a justificar la propiedad de esos bienes, es claro que las economías del conocimiento basadas en intangibles, representarán serios desafíos a esta idea. Hay por lo pronto, una suposición de que Locke sólo se refirió al trabajo humano desde una perspectiva física y cosificada, equiparándolo únicamente al “sudor de la frente”. Dados los pergaminos religiosos en que se entronca la teoría lockeana no es descartable pensar su idea del trabajo humano desde esa perspectiva. Como ha señalado Mossof (2012), en realidad la noción de mezcla de trabajo con cosas (*mixing labor*) que Locke muestra en su obra debe ser entendida más bien en términos poéticos y, sobre todo, no debe comprenderse limitada al trabajo físico. Para el autor "La naturaleza intelectual del hombre - sus facultades racionales - es la fuente última de trabajo que produce tanto valores intelectuales, como el principio de la virtud, como valores físicos, como la vestimenta, el refugio y el alimento." (MOSSOFF, 2012, pág. 302), de manera que toda forma de trabajo puede reconducirse en definitiva a una actividad intelectual que guía la acción humana. En ese sentido, y siguiendo aquí a Macpherson (1951, pág. 565), el principal logro de la teoría lockeana de la propiedad y especialmente de su fundamentación moral en el trabajo humano, es uno de orden ideológico. Locke justifica la apropiación mediante el trabajo y con ello abona los valores de la burguesía y el ascenso social de ésta en el siglo XVII hasta conformar las clases capitalistas que iban a sustituir a la antigua nobleza. La noción del trabajo como propiedad disponible de los trabajadores es fundamental en el ascenso de esa burguesía comercial y más tarde industrial, como una clase propietaria de medios de producción que nada debe a la sociedad en la que se inserta y que se sirve del trabajo de otros. Crear valor a partir de la apropiación individual equivale, en esta lógica, a restar valor a cualquier noción de que la propiedad y el trabajo son funciones sociales que pueden trascender al sólo individuo. La exploración de la propiedad común, en tanto resultado de procesos de producción sociales, posibilita el surgimiento de nuevos paradigmas sobre las relaciones de las cosas y las personas.

²⁶ David Ricardo intentaba mostrar que, en un orden natural, las mercancías se intercambiaban por un equivalente en trabajo, pero ello suponía que la economía fijaba un nivel único de salarios y un nivel único de beneficios en diversas líneas de producción. En esta lógica los precios relativos de una mercancía serían proporcionales al trabajo invertido en la producción de esas mercancías. Maurice Dobb explica que aquello era cierto sólo en caso que el capital fijo tuviera una relación proporcional con el capital invertido en salarios (mano de obra), pero que esa relación se deshace cuando se advierte que existen industrias más intensivas que otras en mano de obra. De esta forma, no es posible comparar el mundo de, por ejemplo, la producción de minerales con la de fabricación de relojes, pues el primero es intensivo en mano de obra y el segundo, en capital. Dadas las diferentes proporciones de capital y trabajo, las mercancías se intercambiarán a distintos precios en el mercado y no habrá una correspondencia exacta entre el costo y el precio de intercambio (DOBB, 2013, pág. 25).

Capítulo I

1. El canon propietario de la modernidad: la propiedad privada

En la introducción que antecede se han procurado evidenciar los principales rasgos de la fisura ideológica que implicó el nacimiento del capitalismo y el fin de las formas feudales de la sociedad y la economía, atendiendo fundamentalmente a la ruta que la noción de propiedad privada tuvo en ello. En especial, se ha hecho énfasis en la teoría propietaria que se construye a partir del *Segundo Tratado de Gobierno Civil*, de John Locke, en tanto sustrato teórico de la apropiación basado en el trabajo humano y de larga y sostenida persistencia en el sistema de ideas sobre la propiedad. El primer capítulo, que se desarrolla a continuación, indaga específicamente en el canon propietario que desde la filosofía política y el pensamiento económico se construye como paradigma de la propiedad privada, en un contexto capitalista.

En su artículo de la *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Jeremy Waldron señala que debe hacerse una distinción conceptual primaria y fundamental, cuando se habla de propiedad. La noción de propiedad, por un lado, que alude a reglas que gobiernan el acceso y control de las personas sobre las cosas. Y por el otro la propiedad privada, que refiere a

“(...) un sistema que asigna objetos particulares, como piezas de tierra, a un individuo particular para que éste la use y administre como desee, con exclusión de otros (...) y con exclusión de cualquier otro control minucioso de la sociedad” (WALDRON, 2016, pág. 1).

En términos simples, la primera acepción de propiedad puede resumirse como las reglas que gobiernan el acceso y el control que las personas tengan respecto de una larga serie de objetos que pueden ser apropiados, y cuya escasez en el mundo de las relaciones económicas será la fuente de discordias políticas y problemas dogmáticos de los que los sistemas jurídicos deberán hacerse cargo, sobre todo cuando se trata de bienes escasos. Giuliano Martignetti ha señalado que a través de la etimología de la palabra misma propiedad se puede adivinar la relación contrapuesta entre personas y cosas. Hay aquí una compleja red de relaciones que la propiedad establece a partir de la pertenencia exclusiva de un objeto a una persona, maxime cuando ésta se articula a través de un derecho subjetivo. Esta última implicación jurídica es de gran relevancia pues permite distinguir a la propiedad como un derecho que se opone a otra u otras formas de detentar una cosa material, como es la posesión (MARTIGNETTI, 2002, pág. 1301). Ya se avizora aquí un rasgo distintivo del canon moderno de la propiedad, esto es su carácter de derecho

subjetivo oponible a otras personas²⁷, uno de los varios que pueden ejercerse sobre una cosa material y cuya variedad dará más adelante lugar a la teoría de la propiedad como un *bundle of rights* o haz de derechos. Honorè define la propiedad como “los derechos legales, deberes y otros incidentes que aplican (...) a la persona que tiene el mayor interés en una cosa que pueda ser admitida por el sistema legal” (HONORÈ, 1993, pág. 370). El autor centra su atención en la noción de la propiedad que denomina *liberal* o completa, que se distingue de otras nociones que puedan haber sobre el mismo término en sistemas legales que no han alcanzado la madurez de los sistemas legales de occidente. En éstos los dueños pueden usar las cosas, impedir que otros las usen, prestarlas, venderlas o simplemente abandonarlas, siempre a voluntad. El resultado es la realización del más amplio interés que las personas pueden mantener en las cosas, y esos rasgos son para Honorè comunes a los sistemas legales de Francia, Inglaterra, Rusia y China, o cualquier otro país moderno²⁸ (HONORÈ, 1993, pág. 370). De esta forma, el derecho de propiedad privada se despliega a través de una serie de facultades estándar que se radican de forma copulativa en la persona del propietario. Cualquier versión que no contemple esas facultades va a considerarse una versión no liberal del derecho de propiedad privada o una forma modificada de esta. Honorè (1993, pág. 370) considera en su análisis la existencia de once “*leading incidents*” que constituyen, si se quiere, la versión liberal completa de la propiedad: el derecho a poseer, el de usar, el de administrar, el derecho a los réditos de un bien, el derecho al capital y el de la transmisibilidad, son los más relevantes para los efectos de considerar al derecho de propiedad como una piedra angular de un sistema capitalista. De ahí la denominación de “*bundle of rights*” o haz de derechos que para Honorè constituye la propiedad y cuyas características cardinales se construyen a partir del derecho de excluir a otros en el uso de los bienes, el poder de destrucción de la cosa y la inmunidad ante la expropiación. No obstante, Honorè se aleja bastante de la idea absoluta de derecho de propiedad que ya se había visto en Locke, cuando señala que

²⁷ Cordero afirma que las bases sociales, económicas y políticas que se sientan en Europa a partir de la revolución francesa, permiten una configuración de la propiedad como derecho subjetivo fundado en la naturaleza de la persona humana (CORDERO, 2008, pág. 495).

²⁸ Jonathan Klick y Gideon Parchomovsky refieren que la característica exclusiva del derecho de dominio es un rasgo común de la propiedad, tanto en los sistemas de *common law* como de derecho civil. El trabajo, de 2017, explora de modo empírico los cambios en los precios de los inmuebles a propósito de la codificación en 2000 (Inglaterra y Gales) y 2003 (Escocia) del llamado *right to roam*, una antigua costumbre de los países nórdicos que permite a los propietarios de un inmueble ingresar a éste para propósitos recreacionales, pasando por encima del derecho del dueño a excluir a otros en ese ejercicio. Se trata de un *trade off* entre el acceso y la exclusión, a partir del cual los autores buscan determinar cómo se ven afectados los precios de las propiedades o, si se quiere, cuál es el costo que el derecho de acceso representa para los propietarios de bienes raíces. Los autores comprueban, mediante la comparación entre parcelas afectas y no afectas al cambio legislativo, que aquellos bienes raíces en que se ha levantado la exclusión exhiben una importante pérdida en su valor. No obstante, reconocen que no se encuentra aún evaluado el beneficio que para terceras partes representaría el acceso a la propiedad de otros (KLICK & PARCHOMOVSKY, 2017, pág. 919).

sería una distorsión entender que esta acumulación de derechos constituye la única característica legal o social de la posición de propietario: el dueño, así, es también sujeto de limitaciones y prohibiciones (HONORÉ, 1993, pág. 371). Se le suponen así al propietario limitaciones y, en la misma lógica, obligaciones para con el resto, ideas que no estaban contempladas en las raíces lockeanas de la propiedad liberal.

La noción de *bundle of rights*, como se ha destacado ya, ha sido predominante y se puede entender como una respuesta a la conceptualización de William Blackstone de la propiedad como el sólo y despótico dominio que una persona puede tener sobre una cosa. Corresponde, en ese sentido, a una mirada realista sobre el derecho de propiedad, con tanto valor descriptivo como tuvo en su momento la visión blackstoniana, que logra vencer aquella noción monolítica y reemplazarla por una de carácter contextual y relacional sin desentenderse completamente del carácter absoluto del dominio (KLICK & PARCHOMOVSKY, 2017). En una breve conferencia, posteriormente publicada, Denis R. Johnson (JOHNSON, 2007) refiere el itinerario que ha seguido la idea del *bundle of rights* y llama la atención tanto sobre su carácter metafórico como sobre el énfasis en situar al derecho de propiedad privada en una dimensión social: el derecho de propiedad no relaciona sólo a una cosa con una persona, sino que primordialmente es una relación entre personas. De esto se va a derivar una consecuencia radical en la concepción de la propiedad: si, en su clásica dimensión liberal, ésta servía sólo a los propietarios, el hecho de comprenderla en una dimensión social compromete otra clase de deberes de los propietarios para con su entorno. Pero junto con ello, Johnson muestra que detrás de la noción de *bundle of rights* hay también una crisis de la noción liberal a partir del surgimiento de otras clases de bienes apropiables, en especial los intangibles en los que también podía existir propiedad y que aquella no iba a funcionar de la misma manera que la propiedad sobre la tierra. La reconceptualización que propone la idea del *bundle of rights* es precisamente una apertura no sólo en la dogmática de la propiedad (ya superada en su noción física) sino una nueva comprensión de ésta como una función política que había sido enmascarada de alguna forma por la versión liberal clásica (JOHNSON, 2007). En ese sentido, la partición de la propiedad privada en una serie de poderes separables entre sí y disponibles por sí mismos, sirve a un propósito de apertura social de una institución profundamente individualista y conceptualmente unitaria²⁹. Esta apertura, y la consolidación de la idea de un derecho descompuesto o desarmado en piezas móviles, no está desligada de un contexto social y político específico que afectaba, a mediados del

²⁹ Con todo, y como destacan Bell y Parchomovsky, la idea del haz de derechos desata una variedad de distintas formulaciones, entre las que se podría pensar en una mínima y una máxima. La mínima es la que va a dibujar el contorno fundamental de la propiedad e incluye los derechos de uso, de exclusión y de transferencia como elementos constitutivos de la propiedad. El problema de la teoría de la propiedad es justamente definir cuál de las posibles combinaciones es la esencial. Para los autores, la esencia de la propiedad radica en la protección y creación de valor, de modo que preferirán aquella combinación que releve el derecho de exclusión, el de uso y el de transferencia. Los incidentes (once) que Honoré describe son en definitiva meras manifestaciones del derecho central de disfrutar y proteger el valor (BELL & PARCHOMOVSKY, 2005, pág. 587).

siglo XX, a los EE.UU. Hay, en esta consolidación, una influencia determinante del momento de transición de la economía desde un sistema primordialmente agrario (que coincide con la noción de Blackstone) hacia una economía basada en la información (JOHNSON, 2007, pág. 225). Es indudable que el surgimiento de una economía basada en intangibles va a interpelar de modo sustancial a las instituciones claves del capitalismo, que no tardarán en recomponer sus bases conceptuales.

Pero sobre todo, la noción de la propiedad como un haz de derechos permite una descomposición de las utilidades económicas que proporciona la propiedad. Elinor Ostrom y Charlotte Hess (2010) proveen una estructura analítica de esta desintegración de la propiedad, en tanto autoridad concedida u otorgada a una persona o colectivo de individuos para llevar a cabo acciones particulares en dominios específicos. Estos son; el derecho de acceso, el derecho de retirar productos³⁰; el de administración o regulación de los recursos; el de exclusión, es decir determinar quien ejerce esos derechos; y el derecho de enajenación (alienación) (OSTROM & HESS, 2010, pág. 59).

Este último, el más esencial, es el que caracteriza generalmente al derecho de propiedad, o esta suele identificarse más claramente aquél, de manera de que si no estuviera presente, la propiedad simplemente se podría considerar como mal definida, o inexistente. Pero su importancia es no sólo de orden dogmático en la definición de la naturaleza de la propiedad: en el derecho de enajenación radica la esencia de la economía de la propiedad, pues es esa facultad del dominio, en la visión más asentada, la que permite transferir en un mercado los bienes hacia su mejor valoración o hacia su uso más económico. Una superación de esa mirada convencional permitirá, en todo caso, definir mejor los efectos económicos de un derecho de propiedad a partir de las distintas funcionalidades económicas que ofrece a sus titulares, las que van a depender de una serie de factores, entre ellos el tipo de bienes sobre los que recaen los derechos. El resultado es una distinta modularización económica de esas facultades que facilita el análisis y, por cierto, impugna la idea de que el dominio sólo equivale al poder de enajenación como valor económico. Cómo se verá más adelante, esta modularización permite comprender de mejor manera los sistemas de propiedad común.

De esta forma, la concepción de la propiedad como un derecho, ahora descompuesto en una serie de poderes específicos y transables, se imbrica con la idea de un sujeto político profundamente moderno, individuado pero a la vez abstracto, destinatario de una norma jurídica general que, a diferencia del privilegio medieval, le dispensa un trato “bajo la denominación del anónimo ‘el que’ o ‘quien’ ” (CORDERO, 2008, pág. 497). La noción subjetiva de la propiedad como derecho que asiste a un sujeto para servirse de un objeto ha sido suficientemente explorada en la literatura y de ello da buena cuenta el trabajo de Eduardo Cordero (CORDERO, 2008). Interesa en estas líneas la perspectiva social que se ofrece a partir de la relación hombre – cosas.

³⁰ Se verá más adelante, en el capítulo tercero de este trabajo, que la obra de Elinor Ostrom junto a Charlotte Hess se centra especialmente en mundo de la propiedad agraria y de la explotación de recursos naturales como las pesquerías

En efecto, la relación propietaria clásica supone un individuo libre y racional, el clásico sujeto liberal que John Locke ha propuesto, que ejerce poderes absolutos sobre un objeto: ya se discutirá más adelante el carácter absoluto del dominio. Por lo pronto, es necesario poner aquí el acento en el reconocimiento externo de esa prerrogativa exclusiva que el dueño tiene sobre la cosa. Pese a su individualidad, la relación que se establece a propósito de la propiedad involucra siempre al resto de la sociedad, a todos los no dueños, a todos los que quedan excluidos de la relación entre el dueño y la cosa y que se ven obligados a respetar dicha relación y los poderes de acción que esta concede y que se ejercerán (o no) por el dueño. La exclusión de los demás tiene una faz pasiva, pero no menos poderosa para los otros, los excluidos de esa relación individuada entre cosa y dueño. Pero llama a preguntarse, por cierto, qué deberes podría tener el dueño, a propósito del ejercicio propietario, en favor del resto del colectivo social.

De ahí que, como reflexiona Waldron, variadas formas o arreglos pueden surgir como distintas formas de dar salida a esos conflictos. Quizás debido a que la cultura jurídica ha sido hegemónica en esto, es que esta última frase resulta algo baladí: parece natural, sobre todo a los sistemas jurídicos de origen continental que fueron exportados a América Latina en el Siglo XIX, que la propiedad privada es *el* arreglo que se han dado las sociedades construidas al alero de la modernidad. Tanto es así que, como afirma Macpherson, la noción de propiedad ha sido desde el surgimiento del capitalismo, casi un sinónimo con la propiedad privada y esta última, a su vez, con la propiedad exclusiva. Para el autor, esta segunda confusión es la más relevante y afecta de manera más profunda a la concepción moderna de la propiedad. En ese sentido Macpherson afirmará que la propiedad no es una cosa sino un derecho y que el concepto de propiedad no puede lógicamente reducirse al de propiedad privada (MACPHERSON, 1978, pág. 2). En la misma dirección, y aquí radicaría la novedad del asunto, Waldron parece tener claro que la propiedad privada no es el único arreglo posible, ni la única forma de gobernar la manera en que los hombres se aprovechan de las cosas y de solucionar los conflictos que se producen a partir del ejercicio propietario. Esto será clave más adelante en este trabajo, cuando se analicen críticamente los arreglos institucionales que las sociedades de occidente se han dado para el gobierno de una serie de bienes intangibles basados en regímenes de propiedad intelectual. Con todo, como destacan Heller y Dagan, las tipologías propietarias deben entenderse como tipos ideales que no siempre se presentan en forma pura en la realidad, lo que viene a hacer más compleja su comprensión. Hay por tanto un mapa conceptual estándar, del cual varias desviaciones pueden aparecer, desbancando la idea de que toda la propiedad deba ser privada o pública (DAGAN & HELLER, 2001, pág. 555).

Waldron indica que hay tres especies de arreglos propietarios que una sociedad dada puede proporcionarse; la propiedad común, en que el arreglo consiste en que los bienes están disponibles para todos o algunos de los miembros de la sociedad, garantizando el libre acceso de éstos; la propiedad colectiva, en que la sociedad como un todo y a través de sus mecanismos de representación si los hubiera, determina qué destino se dará a qué bienes mediante un proceso de toma de decisiones colectiva. La propiedad privada, en cambio, es

“(…). una alternativa tanto a la propiedad colectiva como a la privada. En un sistema de propiedad privada, las reglas de la propiedad están organizadas en torno a la idea de que varios recursos en disputa son asignados a la autoridad decisional de individuos particulares (o también familias o empresas). La persona a la cual un objeto dado ha sido asignado tiene control sobre ese objeto; le corresponderá decidir que se deberá hacer con él. En el ejercicio de esa autoridad no se entiende que esta persona actúe como un agente o un empleado de la sociedad. Puede actuar bajo su propia iniciativa sin dar explicaciones a nadie o bien puede entrar en un arreglo cooperativo con otros, a voluntad.” (WALDRON, 2016, pág. 3).

Aquí Waldron visualiza la propiedad privada como un proceso de toma de decisión colectiva que un grupo humano efectúa y por tanto es un sistema de reglas sociales. Supone, por cierto, y de ahí su intrincada modernidad, una renuncia al uso de la fuerza por parte del propietario y radicar el resguardo del derecho en otro ente que defenderá esa propiedad al amparo de la ley. Supone, por ende, la ley, su imperio abstracto y el monopolio estatal del uso de la fuerza; supone, en suma, al Estado³¹. Pero, en tanto arreglo institucional la propiedad privada no constituye sólo un sistema de reglas sociales, sino que más bien se inserta en un contexto institucional mucho más amplio en que muchas

³¹ Es, con todo, discutible que sea el único rol del Estado el garantizar el cumplimiento de los contratos y la protección de los derechos de propiedad privada y sobre eso se han desarrollado largos debates. En ese sentido Bardhan ha señalado que, en el paso de una economía mercantil a una industrial, el rol del Estado a través de las instituciones, es muchas veces el de ser un catalizador y coordinador de los mercados financieros. En las economías desarrolladas de Asia, por ejemplo, se ha documentado un rol del Estado que trasciende el paradigma del “*strong but limited*”, mediante herramientas como la asignación de créditos que promuevan el desarrollo de industrias, la instalación de bancos de desarrollo locales o regionales o fomentado la reconversión de empresas a sectores estratégicos o simplemente a mejorar sus condiciones tecnológicas (BARDHAN, 2001, págs. 274 - 275). Con todo, no se debe perder de vista aquí las posiciones que el libertarismo de Nozick ha defendido la existencia de intereses solamente individuales, que deben ser libremente transados en un sistema de distribución, sin interferencia del Estado. De ahí su profundo rechazo a los sistema de distribución de la riqueza, que interfieren con la libre circulación de los bienes (NOZICK, 1988).

más decisiones han sido tomadas con anterioridad y en el cual cumple una función determinada³².

Esta última, como señala Martignetti, consiste en una posición que la propiedad privada adopta dentro del sistema social. No obstante, este sistema social no debe ser comprendido de manera ahistórica sino que debe contextualizarse en un sistema económico y social capitalista, en donde la función que cumple la propiedad va a ser bien distinta de aquella que en otros momentos ha cumplido y de aquella o aquellas que pueda cumplir en el futuro. Dicho de manera llana, allí donde la propiedad, en su forma privada, sirvió los intereses del naciente capitalismo, puede mañana cumplir la tarea de servir los intereses de sectores específicos de la sociedad, mediante mecanismos de redistribución de la riqueza. La función que cumplen la propiedad privada y las instituciones a través de las cuales se materializa, aluden fundamentalmente al rol de esta como medio de asignación de recursos en una economía y, por lo tanto, en el control de la distribución del poder y de las retribuciones en una sociedad dada. Junto a esto, la propiedad cumple una función en cuanto se transforma en un valor compartido en todo el espectro social y por tanto legitimado por este en su conjunto (MARTIGNETTI, 2002, págs. 1305 - 1306). La propiedad privada es algo que todos los componentes de una sociedad dada concuerdan respetar, pero que a la vez todos anhelan obtener por los medios que la ley contempla, de forma que se establece una línea divisoria clara entre lo legal y lo ilegal, entre lo legítimo y lo ilegítimo. De hecho la construcción dogmática de la propiedad traza con claridad líneas que delimitan las distintas formas en que un bien puede ser detentado y usado: la propiedad privada es, de entre varias, la que mayores poderes puede ofrecer a su titular.

Como se va a sostener en este trabajo, la propiedad privada es uno de los canones propietarios posibles, pero no es el único. Pareciera, no obstante, que los demás arreglos posibles en torno a la forma en que las personas se apropian de las cosas y se sirven de ellas, han quedado eclipsados por el imperio de la propiedad privada, que se ha inscrito en los sistemas de derecho privado como única forma posible de abordar la relación cosa

³² Thrainn Eggertsson afirma que rol del Estado es la provisión de un sistema de derechos de propiedad que haga funcionar a la economía en su máxima capacidad, es decir en la frontera técnica de producción, dado un determinado grado de desarrollo tecnológico. Hay cuatro condiciones que permiten a la economía funcionar en esa frontera técnica de productividad: 1) El grado en el cuál los decisores asumen los costos y beneficios de sus acciones (internalización). 2) El grado en el cuál los derechos de propiedad presentes y futuros están delineados o definidos y los conflictos sobre ello pueden ser resueltos ordenadamente y a bajo costo. 3) El grado en el cuál la estructura dada de derechos de propiedad disminuye los costos de medir y transar la propiedad de los derechos de un dueño a otro. 4) El grado en el cual el Estado asigna derechos a quién les de el valor más alto en situaciones en que los altos costos de transacción impiden los intercambios voluntarios (EGGERTSSON, 1990, pág. 326).

– persona³³. Ugo Mattei va a afirmar en esa lógica, que uno de los productos de los cercamientos de tierras a finales de la Edad Media va a ser precisamente el establecimiento de un paradigma propietario binario que “coloniza enteramente el imaginario, agotan el ámbito de lo público y lo privado en una suerte de juego de suma cero” (MATTEI, 2013, págs. 50 - 51).

Sólo un trabajo analítico que ponga acento en la historia y no en la dogmática podrá develar una sorda lucha entre lo individual y lo colectivo, que apenas asoma detrás de la literalidad normativa. La propiedad privada de orden lockeano resulta vencedora de la mano de los procesos de codificación modernos (el francés por delante de todos) que sientan bases y principios que invaden las culturas jurídicas con un valor “constitucional” como dirá Stefano Rodotà, o la menos constitutivo de un nuevo orden (RODOTA, 1986, pág. 81)³⁴. Quedan perdidas en esta batalla, al menos aparentemente, las nociones de función social y de propiedad común, categorías teóricas posibles de rescatar, al menos para Rodotà, a partir de la configuración dogmática del derecho.

En este juego habría que preguntarse, pues, que implica la propiedad privada y si es ésta algo completamente distinto de otras formas de propiedad. Martignetti explica que el adjetivo “privada” lejos de ser superfluo “permite identificar el tipo de contraposición existente en el interior del contexto específico al que hace referencia y que, en este caso, es el de las sociedades occidentales contemporáneas.” (MARTIGNETTI, 2002, pág. 1301). Si, como se decía antes, la propiedad define qué derecho se puede ejercer y en contra de quienes, la propiedad en su forma privada sirve al objetivo de individualizar ese espacio de control. El derecho de propiedad, en su versión privada, está definido por una serie de relaciones de exclusión recíproca entre el dueño y todos los demás. De ahí que los derechos como la propiedad (pero también otros que se encasillan en la tipología de derechos reales) se caractericen tradicionalmente como derechos *erga omnes*, es decir, que pueden ejercerse contra todos los demás³⁵.

³³ En el mismo sentido véase a Carol Rose (ROSE, *Property & Persuasion: essays on the History, Theory, and Rhetoric of Ownership*, 1994) (ROSE, *Left Brain, Right Brain and History in the New Law and Economics of Property*, 2000). En especial, en este último texto, la autora presenta una nueva categorización de los derechos de propiedad que desarma, y vuelve armar, las habituales formas de comprender la propiedad a partir de los ejes anticomún – común / colectivo - individual.

³⁴ Véase, con todo, que Rodotà discute que la propiedad que se establece a partir de la Declaración de Derechos que sigue a la revolución francesa no haya contemplado realmente una función social para la propiedad privada, que excediera el sólo ámbito individual para ser una pieza en la “reintegración del individuo en una organización en la que hubiesen podido readquirir vigor los antiguos mecanismos jerárquicos de control.” No se trata en modo alguno que la función social y el interés general implícito en los derechos de propiedad no haya estado contemplada ni haya sido defendida; como recuerda al autor, Robespierre fue un defensor de la propiedad como institución civil y de la función social asociada (RODOTA, 1986, pág. 89).

³⁵ Esta relación de exclusión también se encuentra en la propiedad pública; sin embargo lo que varía es el sujeto de la relación, el conjunto social como titular propietario, que debe distinguirse de las partes (individuos) que lo componen. La propiedad pública es un tema largamente tratado

Esta idea de la propiedad privada en tanto función dentro de una sociedad está muy presente en el análisis que Rodotà hace de lo que llama “las vicisitudes del derecho de propiedad” (RODOTA, 1986, pág. 33). Pareciera que, si la propiedad jugó un rol fundamental en la construcción cultural y económica de la modernidad, así como en el rebaraje del poder político, las categorías propietarias han entrado en una extraña y novedosa crisis: Extraña, cuando la propiedad misma no ha dejado de ser lo que era, una herramienta de distinción, un modo de abordar la producción, de construir subjetividades de clase y partidos políticos que las representan: todo a partir de lo que William Blackstone definiera como el “único y despótico dominio que un hombre reclama y ejerce sobre las cosas externas del mundo, con la total exclusión de todo otro sujeto en el universo”³⁶. Y novedosa, en tanto es capaz de generar nuevos significados sociales a propósito de una serie de cambios productivos que han desembocado en un abaratamiento significativo de ciertos bienes, y el encarecimiento sustancial de otros.

Rodotà ilustra esto a partir de dos fenómenos aparentemente contradictorios: el deterioro del modelo clásico de propiedad, a propósito de la pérdida de sus rasgos y por otro el enriquecimiento de las posibilidades de aplicar las técnicas dominicales en ámbitos que no se vislumbraban (RODOTA, 1986, pág. 33). Nótese que Rodotà escribe “*El Terrible Derecho*” a mediados de la década del ochenta del siglo XX, cuando modos de producción que hoy día son habituales eran aun ciencia ficción y, sobre todo, cuando bienes intangibles que hoy día aparecen como sustento del producto interno bruto de muchos países simplemente no existían. Ya se volverá más adelante sobre esas crisis, que no es tanto dogmática como política, pero que indudablemente desafía las categorías conceptuales de público/privado/colectivo³⁷. Por lo pronto no se puede obviar que la extensión de las técnicas de dominio, y de la disciplina de la propiedad a bienes que antes no se entendían como posibles de apropiar, refuerza tanto los rasgos dogmáticos como las estructuras de poder que se encuentran a su base, algunas veces más evidentes que otras. Usando algo impropiamente a Michel Houellebecq, se dirá que el ámbito de la propiedad intelectual ha sido justamente un terreno de *ampliación del campo de batalla*,

en la doctrina jurídica y desde antaño se ha reconocido al Estado, expresión de lo público, como un ente capaz de detentar propiedad con la misma lógica de exclusión de otros con que funciona el derecho de propiedad privada (RIPERT & BOULANGER, 2007, pág. 15).

³⁶ Citado así por Dagan y Heller (DAGAN & HELLER, 2001, pág. 556)

³⁷ Rodotà y otros autores como Menell y, en cierta medida Cordero, van a discutir el problema de la unidad conceptual de la propiedad privada a propósito de la emergencia de otros estatutos no dominicales. Éstos podrían sumariamente entenderse como lógicas de producción y transacción para las cuales la propiedad como arquetipo jurídico no sirve bien o que no encajan en los límites conceptuales de la propiedad. Aquí no se trata ya de discutir si algo encaja en las categorías de público – privado – colectivo, si no más bien de repensar si la categoría de propiedad es útil para explicar determinados fenómenos. Piénsese, por ejemplo, en la propiedad que se tiene, ilusoriamente, sobre una serie de archivos digitales de audio o imagen disponibles a la venta en tiendas virtuales como iTunes; es ahí donde las palabras propiedad y contrato deben necesariamente ser entrecomilladas.

en donde nuevas formas de producción aceleran la extensión de nuevas formas de apropiarse y, con ello, de nuevos cercamientos.

Con todo, es cierto que la comprensión de la propiedad privada desde su funcionalidad es una herramienta útil en la misma medida para aventurar la comprensión sobre su origen, su justificación y su crisis. Esto obliga, en cualquier caso y como lo afirma Rodotà, a “atender a criterios de reconstrucción diferentes de los de carácter lógico formal, determinando de este modo una ulterior disolución de la categoría jurídica tradicional.” (RODOTA, 1986, pág. 52). A pesar de que no se estima que la dogmática deba ser sustituida en el análisis del derecho de propiedad privada, sí es cierto que dicho análisis no debe agotarse en ella. Su insuficiencia resulta manifiesta, en tanto las abstracciones propias de la operación lógico – formal que la dogmática ofrece, son de poca utilidad cuando la institución propietaria se somete a las necesarias explicaciones de contexto. Carol Rose explicará esto en términos de narrativa, alegando la existencia de un relato hegemónico sobre la propiedad, que no ha admitido más que una forma y, por cierto, un agotamiento de la dogmática en la moderna teoría propietaria (ROSE, 2010a) (ROSE, 2010 c). Rodotà dicta hace treinta años y en Italia, un juicio que viene muy bien aquí y ahora, cuando afirma que

“(…) predomina todavía la concepción según la cual los conceptos jurídicos sólo están científicamente fundados y son concretamente aplicables cuando se caracterizan por una irresistible lógica que les coloca más allá de cualquier contingencia histórica” (RODOTA, 1986, pág. 74).

1.1. Los elementos del canon propietario: absoluto y exclusivo

Sin entrar en contradicción con lo que se ha afirmado en el párrafo anterior, no es posible en un trabajo como éste pasar por alto los elementos con que la dogmática ha caracterizado tradicionalmente al derecho de propiedad privada. De hecho, de sus características más destacadas, como son el carácter absoluto y exclusivo, van a aparecer rasgos que permitirán justamente contextualizar a la propiedad privada como pieza clave del desarrollo capitalista y ensayar, más adelante, su crítica. Al modo de Rodotà, conviene explicar la dogmática propietaria a propósito de sus expresiones más significativas: el Código Civil Francés, con su artículo 544, representa un punto cúlmine de esa dogmática individualista, o “la carta fundamental de equilibrio propietario” (RODOTA, 1986, pág. 101). En la dogmática del derecho de propiedad privada van a confluir dos características capitales, a saber, la exclusividad y el carácter absoluto del dominio. Estos rasgos distintivos van a ser significativos, pues pese a su relación dialógica, es posible separar su estudio para ensayar una crítica a éstos, y partir de éstos a la propiedad misma.

Como ya se mostraba a partir de Blackstone, la propiedad privada lleva en sí misma el derecho de exclusión, que funciona como un disuasivo a todos los demás, a todos los no propietarios, para no intervenir en los actos que el propietario quiera, a su arbitrio, ejercer sobre el objeto de apropiación. A partir de esto, los sistemas jurídicos han construido una

dogmática del derecho de propiedad que advierte a los terceros de un deber de abstención respecto de cualquier acto que pueda perturbar el dominio. Los derechos de propiedad, en un estado de evolución que se podría llamar neoclásico, no se encuentran aún atenuados y se ejercen sin restricción por los titulares, al modo en que Locke los concibe, pero dotados de una dogmática mucho más precisa. Cuando la regulación estatal opera es precisamente para imponer restricciones a los derechos, que podrán tener mayor o menor alcance (EGGERTSSON, 1990, pág. 38). Douglas y McFarlane han entendido que la particularidad de los derechos de propiedad se entiende no mirando tanto a la facultades que el dominio otorga sino más bien a ese deber de abstención, es decir a un deber negativo con el que todos los no dueños cargan y que el dueño, titular del derecho subjetivo de propiedad, puede imponer a voluntad a todos esos no dueños. Para los autores, determinar lo específico de los derechos de propiedad radica en el análisis de los deberes que todos los demás, como sujeto colectivo, tienen respecto del propietario en relación al uso de un bien del cual es dueño. Esto, evidentemente, cambia el foco del corazón de los derechos de propiedad y lo traslada desde el sujeto titular de los derechos y las facultades o poderes que le asisten sobre la cosa, hacia los terceros que asumen deberes respecto de ese titular del dominio (DOUGLAS & McFARLANE, 2013, págs. 220-224). En ese sentido, el trabajo de Honoré, a que se ha hecho referencia anteriormente, resulta muy útil para comprender la propiedad como un haz de derechos o “*bundle of rights*” (HONORÉ, 1993). Lo que interesa aquí es relevar al derecho de exclusión como uno conceptualmente distinto de aquellas facultades dominicales que la propiedad entrega al dueño respecto de la cosa, pues ello permite situar al derecho de propiedad en una dimensión social. El derecho de propiedad se desarma aquí en distintas piezas que se analizarán tanto en una relación dialéctica entre ellas, como separándolas. A partir de la reordenación de las piezas puede surgir una relectura de la propiedad. Aún reconociendo que la exclusión es una característica esencial de la propiedad moderna, es necesario poner de relieve en qué contextos transaccionales específicos es posible afirmarla como principio. La evolución de los medios de producción que se relataba en la introducción, es útil para poner en entredicho la premisa fundamental del derecho a excluir como base fundamental de la propiedad privada. En efecto, si se piensa que los derechos de propiedad aparecen modernamente de la mano del surgimiento del capitalismo y que son funcionales a su desarrollo, es preciso concluir que la propiedad en la que piensa la modernidad es la propiedad de la tierra: la exclusión, dotada ahora de contenido, se va a relacionar íntimamente con el aprovechamiento de los frutos de la tierra y una puesta en valor de esta, que ya se anuncia en el pensamiento lockeano. En un principio se podrá comprender la expresión “frutos” de forma literal, y así lo comprende Locke al referirse a los frutos silvestres de la tierra, cuya apropiación es anterior a la de la tierra misma (LOCKE, 1998, pág. 65). Pero al poco andar esta idea va a complejizarse severamente: la tierra, se descubrirá, no sólo produce frutas y verduras que alimentan a las extensas familias que componen el feudo medieval, sino que además (o incluso en vez de) produce renta, también llamada “frutos civiles” en la doctrina del derecho civil. De esta manera la exclusión que conllevan los derechos de propiedad privada va a ampliar su campo de influencia a una larga serie de bienes económicamente valubles que se

seguirán de la explotación de la tierra. En la lógica propietarizadora, los cercos físicos ya no funcionarán, y será necesario poner atención a otras formas de afirmar "esto es mío". Pero la complejización no termina ahí: adelantando algunas ideas que se desarrollarán más tarde en este trabajo, la evolución de los medios de producción no va a quedarse por mucho tiempo atada a la tierra. Con el tiempo el ingenio humano va producir otros bienes, que no estarán sujetos a los límites físicos propios de la tierra y donde las barreras de orden material que permiten que el derecho de exclusión opere, simplemente van a desaparecer haciendo de ésta un imposible o al menos encareciéndola sensiblemente. No es posible desconocer al derecho de exclusión como un emblema del cambio de paradigma propietario que trae consigo la modernidad y del quiebre con el mundo feudal. Pero al modo de Rodotà, el análisis debe recorrer otro camino: en este, la propiedad privada va a descender del pedestal en que la filosofía liberal clásica la ha colocado como máxima expresión de la libertad humana y logro político capital en el ascenso de la burguesía, para centrar el análisis en el rol económico que la literatura le ha asignado. En esa línea de estudio, la exclusión aparece mucho más evidentemente ligada a la voluntad de garantizar, y tal vez imponer, una explotación individual de los medios de producción, cualquiera sea su naturaleza. Por ende las nuevas categorizaciones de bienes que aparezcan en el mundo de la economía y la forma en que el derecho las reciba, necesariamente desafiarán ese carácter exclusivo/excluyente. Baste señalar, siguiendo a Harold Demsetz, que habiendo costos asociados a la exclusión ésta se volverá en algunos casos imposible o muy cara; y en ciertos momentos se convertirá derechamente en una forma de ineficiencia. Si sólo el derecho a excluir puede permitir la explotación de un bien para sí mismo por el dueño, no podría justificarse esa exclusión cuando la posesión y el uso propio no impiden el de terceros, ni el de terceros la propia; si la pradera no es posible de cercar ¿por qué habrían de haber derechos de exclusión sobre ella? (DEMSETZ, 1964, pág. 18) (HETTINGER, 1989, pág. 35).³⁸

El segundo rasgo dogmático de los derechos de propiedad privada es el carácter absoluto de estos. También este puede rastrearse en la concepción de Blackstone, a la que se ha hecho mención antes, cuando éste resalta el carácter despótico con que el dueño está facultado para actuar respecto de lo propio. Este rasgo está también muy presente en el

³⁸ No se debe perder de vista, como se tratará más adelante, el rol que los derechos de exclusión que acompañan el dominio van a jugar en el establecimiento del valor de los bienes en un mercado. Demsetz explica que el sistema de derechos de propiedad privada cumple, en un sistema económico dado, la función de excluir del uso de un bien a quienes que no han pagado por él. Su existencia como derecho subjetivo propio del dominio va a revelar el valor social de esos bienes. Hay a partir de esto una función de valoración de los bienes y servicios que se sigue de la existencia de los derechos de propiedad privada. "El precio de un caramelo es exacto en cuanto a medir el valor social porque refleja la capacidad de cada comprador para controlar el uso de su mercancía adquirida, ya sea para revenderlo, entregarlo a la caridad, para sus hijos o para su propio consumo." (DEMSETZ, 1964, pág. 18).

artículo 544 del Código Civil Francés de 1804³⁹, cuando define al derecho de propiedad como “el derecho de gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto”. Y en el Código de Bello, cuando establece en el artículo 582 que la propiedad es el derecho sobre una cosa para “gozar y disponer de ella arbitrariamente”. De ahí va a arrancar el carácter absoluto de la propiedad privada, como expresión máxima del individualismo jurídico. Esta expresión del derecho de propiedad como derecho subjetivo le permite al dueño imponer su voluntad no sólo sobre otros, sino sobre las cosas mismas, sin límite. Se tratará de una expresión de nuevas formas de soberanía, esta vez radicada en la relación sujeto – cosa, e intermediada y posibilitada por un derecho subjetivo del cual la ley es fuente y resguardo.

Cabe preguntarse aquí, por lo tanto, cuál es la estructura económica y las bases de intercambios a las que sirve el canon moderno de la propiedad. En ese sentido, asoma con claridad que la disciplina jurídica de la propiedad se construye teniendo en cuenta principalmente la tierra, o la propiedad raíz. Son, como dice Rodotà, esas exigencias, o más bien esas lógicas transaccionales, las que establecen los límites y el carácter de la propiedad privada, de manera que la absolutividad del dominio obedece también a ello (RODOTA, 1986, pág. 121). De hecho el mismo autor explica cómo una de las consecuencias de la concepción propietaria moderna es justamente la posibilidad de comprender la propiedad en términos de racionalización de la explotación de la tierra, que resulta más económica en la medida en que el propietario ejerza todas las posibles acciones sobre los bienes (RODOTA, 1986, pág. 114). El carácter absoluto en el ejercicio de los poderes propietarios no sólo es una construcción dogmática, sino que sirve a un modo de concebir la economía que pone los acentos en las eficiencias que se derivan de una determinada forma de asignar los derechos de propiedad.

Si bien el carácter absoluto de la propiedad está fuertemente anclado a consideraciones económicas, no debe soslayarse el carácter de declaración de principios políticos que lleva implícita. En la genealogía de la absolutividad de la propiedad privada que desarrolla Cordero (2008) hay una interesante reflexión sobre el establecimiento del artículo 544 del Código Civil francés en que, como se ha visto, el carácter absoluto está concebido en un grado superlativo. Aquí Cordero enfatiza el carácter de cierre epocal que la definición de la propiedad representa, cuando afirma que esta tiene la finalidad de “ratificar la abolición definitiva de cualquier derecho feudal sobre la tierra y legitimar las transferencias de propiedad que se habían producido entre los años 1789 y 1804”. (CORDERO, 2008, pág. 499). De este modo la propiedad ya no es sólo un artilugio dogmático, sino que toma el verdadero carácter de declaración política. Claro que, como cualquier declaración altisonante, “fruto de la euforia y el entusiasmo” (CORDERO, 2008, pág. 500) la propiedad concebida así no tardará en evidenciar sus límites. No sólo los materiales, que van a comenzar a aparecer nítidamente: la imposibilidad de un derecho verdaderamente ilimitado se hace más evidente ante la realidad de una vida

³⁹ Rodotà destaca que el Código Civil Francés constituye el punto de arranque de nuevas empresas, tanto dentro como fuera de Francia. No hay duda de que el Código de Bello es una de ellas.

crecientemente social antes que individual, pese a los intentos de Defoe o de H.D. Thoreau de vivir en aislamiento.

Como señala Cordero, la vida social demandará la existencia de límites y reglas para una convivencia armónica. Aquí la ley representará el primer límite, en tanto fuente primordial de ese derecho subjetivo; otro será el derecho ajeno. De esta forma la propiedad no tardará en pasar a ser el escenario de un conflicto por el establecimiento de límites de orden político a las facultades inicialmente absolutas del *dominus*. En efecto, y a medida de que el auge del capitalismo irá generando largas generaciones de postergados, el tener y el no tener serán las causas de conflictos sociales y políticos en que el interés particular (de los que poseen) colisionará con los que no poseen o bien con aquellos que se ven perjudicados en algún grado por el ejercicio propietario de los que sí. Es posible entrever, de esta forma, una crisis del carácter absoluto de la propiedad privada a propósito dos líneas maestras. La primera es la función social de la propiedad, que aparece como una variante dogmática en un escenario en que la esfera de conflicto se traslada desde lo individual a lo colectivo y ante una falta de respuestas de la propiedad liberal a las demandas que colectivamente comienzan a imponerse. Es el producto de lo que Cordero refiere como “planteamientos que deseaban una corrección del orden social, en donde el Derecho civil estaba totalmente ajeno a las clases no poseedoras y al mundo del trabajo.” (CORDERO, 2008, pág. 505). La idea de la función social de la propiedad, que produce principalmente Leon Duguit, es una en que el interés propietario se reorienta desde el individuo a la sociedad, pero que no representa una subversión de la naturaleza ni de las justificaciones de la institución misma de la propiedad. No obstante su capacidad de moderar el carácter absoluto, imponiendo ciertos deberes al propietario que pueden tener mayor o menor extensión, la función social más bien amplía la base de personas que pueden disfrutar de las ventajas del dominio en pos de una utilidad de mayor alcance social, pero no formula una interrogante que plantee por qué debe haber propiedad privada. La noción misma de función social es algo confusa, pues la propiedad siempre tiene y cumple una función dentro de la sociedad. La asignación de recursos de manera exclusiva y excluyente es, en sí misma, una función social, independientemente de si esta cede en beneficio de sujetos particulares o colectivos, que a su vez pueden componerse de un número variable de intereses y que se deben gobernar a sí mismos.

La segunda línea maestra que articula la crisis del absolutismo propietario es el desmembramiento conceptual de esta en varias formas o “propiedades”. Esta idea trasciende de alguna forma la noción de *bundle of rights*, que explica Honoré: ya no se trata sólo de que la propiedad se componga de varios poderes propietarios, de cuya suma es el resultado. Más bien se avanza hacia una ruptura de la unidad conceptual de la propiedad, que había sido un rasgo fundante de la noción más clásicamente liberal. Aquí la doctrina civilista va a plantear la idea de una pluralidad de propiedades, reconociendo que los vaivenes de un mundo productivo en permanente cambio van a generar otras clases de bienes y distintos regímenes jurídicos para estos. Será, en palabras de Cordero “(...) el término de la era de ‘la propiedad’ y el comienzo de la era de ‘las propiedades’.” (CORDERO, 2008, pág. 513). Esta ruptura va a ser de gran interés en lo sucesivo para este trabajo, pues la propiedad intelectual que se detenta sobre bienes intangibles, productos del intelecto humano, va a ser precisamente una de las formas propietarias que

surgen de esa ruptura y que servirán para ensayar una vía de superación de la propiedad privada.

Ya se analizarán más adelante qué rasgos permiten ensayar esa superación conceptual. Por lo pronto, es necesario vislumbrar aquí un nuevo giro que se va producir, cual contragolpe, desde las personas a las cosas. Si la propiedad liberal se había construido sobre los pilares lockeanos de la libertad del hombre y su soberanía sobre los objetos que lo rodean, a vuelta de tuerca iban a aparecer indicios de que no todas las cosas que se podían detentar materialmente eran iguales o igualmente apropiables. De este modo comienza a vislumbrarse que hay una pluralidad de propiedades que se asienta sobre una pluralidad de cosas, todas redituables, todas distintas entre sí. Hay aquí, si se quiere, un cambio de foco desde el individuo soberano y libre, y un redireccionamiento hacia las cosas, de modo que “el centro del ordenamiento jurídico ya no lo constituye el sujeto (...) sino que las cosas en sí mismas, las que dejan de estar conculcadas por la voluntad dominadora del sujeto, transformándose en los elementos esenciales en la construcción del ordenamiento jurídico.” (CORDERO, 2008, pág. 517). Esto puede ser considerado una ligera exageración; no se puede desvoluntarizar la propiedad al grado de pensar que sólo las cosas importan a ella y que los objetos están al servicio de algo que se escape completamente de la voluntad de los dueños. Sin embargo, y en lo que interesa a este estudio, es evidente que el foco puesto en las cosas sí permite desarmar desde luego esa unidad conceptual. Esta fisura permitirá reconocer otras propiedades, que no son otra cosa que otras especiales formas de abordar y justificar, política o moralmente, la explotación de los bienes que rodean al sujeto y que quizás ya no sean tan exclusivas, tan excluyentes o tan absolutas. Cabe, con todo, preguntarse aquí si esta pluralidad de propiedades representa realmente un desarme dogmático de la propiedad privada. Sobre todo, interesa plantear la cuestión de si el carácter exclusivo/excluyente de la propiedad privada es uno que pueda efectivamente retroceder en el rol central que ha tenido, en tanto principio organizador del sistema de asignación de los bienes. A partir de Rodotà, Cordero explica cómo ello no puede ser así, pues la concepción abstracta ha representado por mucho (demasiado) tiempo una única forma de concebir las operaciones legislativas, jurisprudenciales y científicas sobre la propiedad, principalmente a partir del carácter cuasiconstitucional de los códigos del siglo XIX (CORDERO, 2008, pág. 521). Ya se pondrá, más adelante, esta premisa bajo cuestión.

2. La propiedad como paradigma económico

En las páginas anteriores se han expuesto los principales desarrollos que desde la filosofía política se han construido respecto del derecho de la propiedad privada y que han contribuido a delinearlos como un derecho que se ejerce de forma exclusiva y excluyente sobre las cosas y que permite a su titular ejercer el más amplio espectro de facultades sobre éstas. Este haz de derechos o *bundle of rights* permite al *dominus* servirse a voluntad de toda una serie de potencialidades que los bienes ofrecen, excluyendo en ello a todos los demás. Este conjunto de ideas que han cimentado la idea de propiedad privada, ha estado fuertemente influenciado por la noción propietaria que John Locke planteó en su *Segundo Tratado del Gobierno Civil*, y desde ahí se han derivado concepciones propietarias que han permeado los sistemas jurídicos que se van construyendo en occidente a partir de la modernidad y que son a su vez funcionales al sistema social y económico en el cual se insertan.

No obstante, y a esto se dedicarán las páginas que siguen, la propiedad no sólo es un paradigma de orden jurídico y político propio de la modernidad, sino que ante todo ha sido elaborado y construido como un paradigma de orden económico que gobierna la asignación y transferencia de recursos valiosos o valiosos para sus titulares, que además se inscriben como un elemento central en las lógicas productivas y transaccionales del capitalismo moderno. En otras palabras, y como se ha sostenido ya, la propiedad privada y el capitalismo se han imbricado en los últimos doscientos años de historia en una particular relación: la propiedad privada aparece como una condición del desarrollo del capitalismo y lo va modelando en todas sus etapas de desarrollo, otorgándole además un marco jurídico bien preciso en el cual florecer.

Desde este punto de vista, la propiedad privada obedece a un paradigma, a una forma de comprender los procesos y las relaciones productivas, que trasciende su sólo justificación en la libertad del hombre. Tras ese paradigma filosófico se asoma uno de orden económico que puede resumirse en la afirmación, largamente sostenida, de que la propiedad privada es la única forma de apropiarse de los bienes que permite la asignación de estos a su uso más valioso. Esta consideración respecto de la propiedad privada ha sido asumida como un dogma, tanto en la literatura de la economía clásica, como en las corrientes más contemporáneas que exploran las relaciones entre derecho y economía y que pone a las normas jurídicas bajo la lupa del análisis económico.

Carol Rose (2010 b, pág. 56) ha señalado que la respuesta que la economía clásica había pensado para la asignación de la propiedad, remite a Locke, en tanto distribuye derechos a quienes han invertido trabajo útil en la adquisición. Como se verá, esa respuesta no ha variado sustancialmente, pese a que el análisis económico del derecho ha venido a renovar, y de alguna manera, a sofisticar, ese argumento primigenio. Para la autora, la noción lockena de la propiedad nace de una noción de mérito, en que el disfrute exclusivo del recurso premia el trabajo invertido en él. Esta idea, transformada en cuerpos legales propiamente modernos, es bien precisa para la tierra, cuyo rédito en frutos directos o naturales requiere trabajo. Tal como esta idea está en el corazón de la filosofía de la modernidad, es posible rastrearla en la economía clásica. Smith señala en el Libro Primero de "La Riqueza de las Naciones" que la propiedad de cada uno sobre su trabajo

es la base de todas las demás propiedades, y es a la vez “la más sagrada e inviolable” (SMITH A. , 1994, pág. 182). No obstante, y como ha destacado Chamberlain, Adam Smith toma en su obra, el derecho de propiedad como algo dado, que se supone anterior al orden económico liberal (CHAMBERLAIN, 1976).

2.1. El paradigma propietario en el análisis económico del derecho

Los paradigmas que la economía clásica y la filosofía moderna construyeron en torno a la propiedad privada tienen una evolución en las ideas que durante el siglo XX se pusieron en boga respecto de los derechos de propiedad y del rol que estos cumplen en la asignación de recursos económicos. En ese sentido un extenso cuerpo de literatura se ha referido, de una u otra forma, al enfoque que se ha dado en llamar “análisis económico del derecho” (o *law & economics*) y que, tanto busca encontrar una justificación en la economía para la existencia de los derechos de propiedad privada, como explicar su asignación desde las eficiencias y optimizaciones económicas. En ese sentido, Carol Rose (ROSE, 2010 b) destaca que las contribuciones de la teoría económica moderna discurren sobre el problema de los costos de transacción, tratados por Ronald Coase en su trabajo “El Problema del Costo Social” (COASE, 1992). No obstante, y ahí la crítica, la autora plantea ciertas dudas acerca de la posibilidad de que el análisis económico de la propiedad aporte verdaderamente una visión sobre los aspectos más humanos de la propiedad, en tanto institución social con la que las personas se relacionan a diario. Rose llama la atención, en ese sentido, sobre la falta de estudios económicos acerca de la forma en que las personas definen realmente la propiedad, o de la forma en que las comunidades manejan recursos comunes. Para Rose la propiedad representa un territorio más crudo y más social que otras ramas del derecho privado, como son el derecho de daños y el de los contratos (ROSE, 2010 b, págs. 61 - 62). Hay, en otras palabras, un número de preguntas que la tradición de pensamiento económico sobre la propiedad no se encuentra adaptada para contestar.

Con todo, hay dos grandes cuestiones que se busca responder desde el análisis económico de la propiedad: Por qué es óptimo asignar derechos y cómo debe producirse esa asignación. Ninguno de estos temas es pacífico en la literatura, pero por lo pronto se procurará mostrar aquí cuales han sido las líneas maestras de pensamiento para discurrir más adelante la forma de cuestionarlas.

Yoram Barzel, en su obra de 1997 “*Economic Analysis of Property Rights*” ofrece un punto de partida al considerar a los derechos de propiedad, en su versión económica, como la

“capacidad de un individuo, en términos de expectativa, de consumir una mercancía (o los servicios que ofrece un activo) directamente o consumirla indirectamente mediante su intercambio” (BARZEL, 1997, pág. 3).

En un sentido similar Steven Shavell usa el término “derechos de propiedad” refiriendo a dos tipos subsidiarios de derechos: los derechos posesorios, que permiten a los individuos usar las cosas e impedir que otros lo hagan; y los derechos de transferencia, como la opción de los titulares de derechos posesorios de entregarlos a otro, generalmente en una relación de intercambio (SHAVELL, 2004, págs. 9 - 10). A su turno, Harold Demsetz va a incorporar en la definición el elemento del control sobre bienes escasos (incluyendo las ideas), de manera de separar conceptualmente a la propiedad del derecho de control, siendo este último esencialmente transferible (DEMSETZ, 1966).

Lo que interesa relevar aquí es que estas aproximaciones resumen la contracara económica de la noción del *bundle of rights*, entre los cuales los derechos de consumo y de transferencia componen el corazón del derecho de propiedad. Es interesante para los efectos de este estudio destacar cómo la tradición de pensamiento en que Barzel se inscribe, esto es la corriente del *law & economics*, remite, tal como se preguntaba la filosofía de Locke, al problema del origen de los derechos de propiedad. Parece haber una permanente necesidad de la teoría, económica y jurídica, de explicar por qué razón unas cosas deben ser apropiadas, y esas explicaciones varían desde decir que el hombre es lo suficientemente libre para apoderarse de ellas hasta afirmar que sólo mediante esa apropiación se realiza el mejor uso de esos bienes y se obtiene el mayor beneficio privado y público. La salvedad es que, si Locke ofrecía una explicación aparentemente ficcional, el posicionamiento que construye el pensamiento económico resulta mucho más dinámico y realista. El punto de partida no es, en este caso, un mundo premoderno o anterior a la propiedad, sino uno en que estos derechos ya han sido establecidos y en que es posible rastrear su evolución de forma dinámica (BARZEL, 1997, pág. 85 y ss).

Esto entrega ciertas pistas sobre los contextos en que los derechos de propiedad aparecen y que son mucho menos iniciáticos de lo que el relato lockeano ofrece. Barzel, no obstante, apunta un esquema en que los individuos destinan sus esfuerzos a apropiarse de cosas en un sentido económico y en ausencia de instituciones legales, lo que podría de alguna forma considerarse como la prehistoria de los derechos de propiedad. A partir de esas apropiaciones “originales” y en la medida que los individuos comienzan a relacionarse unos con otros en ámbitos cada vez más extensos y complejos, los derechos se van delineando como consecuencia de los intercambios de bienes que han sido apropiados y que van produciendo a su vez una especialización en la sociedad y una redefinición cada vez más precisa del contenido de los derechos de propiedad. Este desarrollo es un proceso continuo: los individuos, en su rol de agentes económicos, se apropian económicamente de ciertos bienes, los delimitan y con el tiempo confían su protección al soberano y más tarde al Estado (BARZEL, 1997, pág. 90). Ante esto, y como puede verse, el núcleo fundante de los derechos es un acto de apropiación que obedece a su vez a una contingencia económica bien precisa, pero que avanza ineludiblemente hacia el reconocimiento y protección por el sistema jurídico. Los

derechos de propiedad tienden, en ese sentido, hacia su institucionalización pero a la vez y como Barzel afirma, son “constantemente creados y abandonados”, a medida que sus fundamentos económicos van modificándose (BARZEL, 1997, pág. 90). Los derechos de propiedad y su contenido⁴⁰ aparecen así como una estructura mucho más difusa y cambiante, menos pétreo de lo que inicialmente se hubiera creído, de modo que se puede identificar un tránsito desde la propiedad a la no propiedad y un traspaso de bienes desde el dominio privado al campo del dominio público de todas o algunas de las facultades que la propiedad otorga. Y viceversa. Estas transformaciones dinámicas que trae consigo la propietarización, van a implicar siempre un realineamiento de las formas de apropiación

⁴⁰ Barzel hace un interesante punto cuando señala que sólo unos pocos derechos son en verdad delimitados por el Estado, a través de la legislación, mientras el resto lo son por los mismos propietarios en el proceso de intercambio de lo que poseen mediante el contrato (BARZEL, 1997, pág. 91). Aquí cobra valor, nuevamente, la idea del haz de derechos, que permite comprender la propiedad como capacidades y facultades que se ejercen sobre las cosas y que son separables entre sí y que por ende pueden transferirse por sí mismas. Debe considerarse, no obstante, que aún en sistemas con alto grado de libertad contractual, como es el del Código Civil chileno, las facultades que pueden ejercerse sobre la cosa siempre estarán definidas en última instancia por la ley, pese a las múltiples y creativas combinaciones que las partes de un contrato puedan producir en el proceso de negociación.

que previamente existían y que habían sido delineadas previamente por un ente supraindividual, generalmente el Estado ^{41 42}.

La literatura de la corriente del *law & economics*, ha sido bastante pródiga en regalar un buen conjunto de ideas sistematizadas sobre varias instituciones políticas y legales. Richard Posner, tal vez uno de los más celebres autores, dedica varias páginas de su tratado al problema de la propiedad. El punto de partida de Posner es sabiduría convencional en la materia:

“Los incentivos apropiados se crean parcelando derechos mutuamente excluyentes para el uso de recursos particulares entre los miembros de la sociedad. Si cada parcela de tierra es de propiedad de alguien (...), los individuos tratarán de maximizar el valor de la tierra mediante el cultivo u otros mejoramientos.” (POSNER, 2007, pág. 69).

Cooter y Ulen abonan esas ideas cuando afirman que “Los derechos de propiedad son eficientes cuando crean incentivos para maximizar la riqueza de una nación” y que “(...) el intercambio voluntario moviliza de ordinario los recursos de las personas que los valúan menos a las personas que los valúan más”, de modo que los derechos de propiedad producen en definitiva una maximización de la riqueza a través de su intercambio

⁴¹ Un ejemplo de aquello es la conversión del Mar del Norte en un territorio submarino de explotación petrolífera en 1958, a partir de la Convención de la Plataforma Continental. En ella, los países que comparten las costas del Mar del Norte acordaron delimitar los territorios de que serían dueños, para garantizar la subsecuente propiedad de los recursos mineros, principalmente petrolíferos que se podían encontrar en el subsuelo marino. La delimitación de las zonas de explotación permitió que dichos recursos se obtuvieran sin incurrir en disputas y, por tanto, a un menor costo del que se hubieran obtenido sin delimitar previamente las zonas que a cada país correspondían (BARZEL, 1997, págs. 101 - 102).

⁴² Es interesante destacar, a propósito del trabajo de Acemoglu y Johnson, que los derechos de propiedad y sus muchas formas, remiten a una relación política entre los ciudadanos y el Estado: este, mediante el sistema legal, es quien determina el sustrato básico, o las reglas del juego más elementales de apropiación de los bienes. Qué y cómo puede apropiarse forman parte de ese sustrato básico y sobre él las partes de un contrato realizarán las combinaciones de derechos que estimen convenientes o que las contingencias económicas del momento sugieran. Los autores destacan tanto a los contratos como a la propiedad como instituciones claves en el desarrollo económico. Sin embargo, y puestos a comparar, la propiedad resulta ser aún de mayor importancia en los resultados económicos a largo plazo. Parece, en palabras de los autores, que una economía puede sobrevivir bajo instituciones contractuales débiles. Los contratos remiten a transacciones privadas y transferencias de derechos, y las debilidades institucionales pueden ser, en ese sentido, rectificadas mediante los contratos privados que las partes celebren, reduciendo así los efectos de esas debilidades. No ocurre lo mismo con los derechos de propiedad: estos remiten a relaciones entre los ciudadanos y el Estado y a la estructura política que se forma a partir de ello respecto de los bienes apropiables, de modo que un desbalance en contra de los ciudadanos (por ejemplo una mayor facilidad para la expropiación) producirá derechos de propiedad inestables que desfavorecerán la inversión y tendrá efectos más relevantes en el largo plazo respecto de los resultados económicos (ACEMOGLU & JOHNSON, 2005).

(COOTER & ULEN, 2008, pág. 168). Esa maximización se va a producir fundamentalmente a través de las negociaciones que los titulares de propiedad realizan entre sí, y que cumplen con conducir los bienes a sus usos más valiables, mediante transacciones libres. La teoría indica que las partes que negocian entre sí sus derechos formulan soluciones cooperativas de intercambio, a partir de las que se producirá un excedente que será aprovechado en partes iguales por los intervinientes de esa operación (COOTER & ULEN, 2008, págs. 119 - 121). En un mismo sentido, Demsetz implica tres consecuencias de un sistema de derechos de propiedad: el valor de todos los efectos perjudiciales y benéficos de los recursos va a ser internalizado por los titulares; esto conducirá a un uso eficiente de los recursos y; el resultado agregado que se produce será independiente de las distribuciones de bienes que se hagan (DEMSETZ, 1966, pág. 62). No obstante, la piedra angular sobre la que dichas transacciones pueden efectivamente tener lugar, es que cada una de las partes que intercambian bienes tengan derechos de propiedad sobre estos. Cooter y Ulen asimilan esos intercambios basados en la propiedad entre individuos a aquellos que operan en el nivel agregado o colectivo, y que permiten a las sociedades superar el estado de naturaleza primitivo, en que nadie es dueño de nada y sólo prima la fuerza para hacerse de bienes. El contrato social, que establece derechos de distinta naturaleza, permite, tal como las transacciones individuales lo hacen, generar un excedente social; este se compone a partir de la diferencia entre lo que cuesta defender la tierra y las propiedades en un estado de naturaleza y lo que vale el establecimiento de un sistema de derechos de propiedad (COOTER & ULEN, 2008, pág. 125). Hay pues, un correlato económico del contrato social, a propósito de que en un nivel macro el establecimiento de los derechos de propiedad produce, también, un rédito social. Shavell, en el mismo sentido, enfatiza que los derechos de propiedad permiten, entre otras cosas, generar incentivos al trabajo y a las transferencias de los bienes, los que no sólo acrecientan el bienestar económico de las partes que intercambian, sino el del agregado social (SHAVELL, 2004, págs. 11 - 17).

En esa lógica de análisis discurren los trabajos de Harold Demsetz, en especial "*Toward a Theory of Property Rights*" (1967). Demsetz enfatiza una dicotomía que hasta entonces no se había planteado, y que servirá a los objetivos de este trabajo más adelante. Los derechos de propiedad, en su forma privada, no surgen de forma espontánea, sino más bien como contrapunto a otra clase de propiedad, que es la comunidad. Mientras los regímenes de propiedad común generan la fuga de recursos y su desaprovechamiento en el pozo sin fondo de lo que, por ser de todos no es en realidad de nadie, la propiedad privada es para Demsetz la única forma de propiedad que permite una explotación económica de los recursos que sea rentable y sustentable en el tiempo .

El trabajo de Demsetz implica un giro en la noción económica de los derechos de propiedad, al agregar un elemento que no hace su aparición sino hasta mediados del siglo XX en el pensamiento económico jurídico, esto es la idea de los costos de transacción. Partiendo de las ideas que Ronald Coase había expuesto ya en su trabajo de 1960, "El Problema del Costo Social" (COASE, 1992), Demsetz reconoce que el ejercicio de los derechos de propiedad conlleva el derecho de beneficiarse de ellos y de causar de esa forma un daño a sí mismo o a otros. Esto se conoce como una externalidad, que puede tanto beneficiar como dañar: es decir, puede ser positiva o negativa, tener un carácter

pecuniario o no pecuniario, o representar tanto un costo como un beneficio externo. Coase se preocupada del problema de determinar como las partes de una transacción, en un esquema de costos de transacción cero y derechos de propiedad bien definidos, producirán por sí mismas la mejor asignación posible de los derechos. Pero en lo que a los derechos de propiedad respecta, Demsetz apunta que el rol fundamental de estos es guiar los incentivos para una mayor internalización de las externalidades que se producen en un mundo en que la apropiación de las cosas es eminentemente relacional. Demsetz afirma que

“...los derechos de propiedad se desarrollan para internalizar las externalidades cuando las ganancias de la internalización son más altas que los costos de la internalización” (DEMSETZ, 1967, pág. 350)

La internalización de costos y de beneficios de la explotación de los bienes tiene una condición fundamental, y esta es el derecho de propiedad: sólo en la medida que los bienes sean apropiados mediante derechos bien definidos, estos podrán ser transados y guiados hacia su uso más valioso. Esta transacción permitirá la internalización de beneficios que, de otra manera, no podrían apropiarse. O dicho de otra forma, la prohibición de las transacciones y del establecimiento de títulos de propiedad impedirá la internalización de los costos y beneficios.

Dos cuestiones llaman la atención sobre la concepción de Demsetz. En primer lugar, que estas transacciones sólo ocurren cuando el costo de internalizar es menor que las ganancias que surgirán para las partes al transar dos paquetes de derechos (“*bundles of rights*”). La segunda, y quizás la más relevante para el interés de este trabajo, es el intento de Demsetz de explicar el surgimiento de los derechos de propiedad. En esta parte va a cobrar relevancia la mirada dinámica del pensamiento económico, al entender Demsetz que la internalización (y por ende el valor de cambio que representa) resulta de cambios en el valor económico de los derechos, los que a su vez están ligados al “(...) desarrollo de nuevas tecnologías y nuevos mercados, cambios para los cuales los antiguos derechos de propiedad están poco adaptados” (DEMSETZ, 1967, pág. 350).

No es posible, de esta forma, desvincular el desarrollo de la propiedad de ciertos procesos de cambio que van a hacer necesarios los derechos legalmente establecidos y libremente transados en un mercado, y que permitirá que ahí donde sea posible el mejor valor de los bienes sea conseguido mediante una internalización en equilibrio de los costos y los beneficios. Los derechos de propiedad tienen, de esta forma, un rol en la construcción del valor de los bienes que se transan: este depende “(...) crucialmente de los derechos de acción sobre la mercancía física y la forma en que esos derechos se hacen cumplir”. El precio de transacción de dos “*bundle of rights*” es expresión de los beneficios que las partes reciben a partir de las transacciones: pero en ausencia de derechos de propiedad, y de ahí la suboptimidad de la propiedad común, los agentes no producirán los bienes o bien producirán una baja cantidad de estos (DEMSETZ, 1964, pág. 17).

El caso que usa Demsetz para explicar esto, es el de la caza de animales en la Península del Labrador, hoy día territorio de la costa atlántica de Canadá. En tiempos premodernos y prelockeanos, los indios en estado de naturaleza cazan animales indiscriminadamente

para hacerse de sus pieles, de valor creciente en el mercado. Dado que no hay control sobre la caza por los demás, ninguna de las tribus que comparten el territorio mantiene interés en el incremento o al menos la mantención del *stock* de animales. Aquello no es un problema sino hasta que el comercio de pieles se hace más atractivo: a nadie interesa si el recurso se agota y no hay por tanto imposiciones de límites a la caza. Sin embargo, cuando opera un cambio en las condiciones del mercado y las pieles de animales son objeto de una nueva valoración al alza, el problema de la caza indiscriminada se vuelve más acuciante. Es en esa coyuntura específica que los indios deciden establecer un sistema de derechos de propiedad; un área de caza para cada tribu, con cuotas determinadas y remedios para el caso de incumplimiento (habitualmente el derecho del cazador titular a asesinar al furtivo). Se trata de un territorio en donde los derechos de propiedad no están desarrollados, lo que evoca de modo palmario el universo premoderno sobre el que Locke construye su teoría propietaria. Desde un punto de vista económico, lo que ocurre es que, a todas luces, el régimen común de uso de los recursos naturales, que había funcionado quizás por siglos, no es funcional ya a las nuevas valoraciones que el mercado hace de un producto específico. Básicamente, el régimen de explotación común falla en controlar una externalidad, en este caso la sobreexplotación de un recurso. Se hace necesario implementar un sistema que, basado en derechos de propiedad, cumpla con controlar esa externalidad.

Los sistemas que las comunidades pueden darse para establecer un sistema de derechos de propiedad pueden ser variados. Una de las formas es la asignación de territorios geográficos; otro la asignación de esos territorios por temporadas, estableciéndose cotos de caza rotativos; otro la asignación de cuotas. La clave, con todo, es que el sistema de propiedad y los costos de establecerlo y de hacerlo cumplir deben ser menores, siempre menores, que la ganancia que se obtiene a partir de ellos.

2.2. Bienes públicos y bienes privados: un principio de apropiación

Una de las distinciones más importantes que la economía hace de los bienes es aquella que muestra que son bienes públicos aquellos que no son ni rivales ni excluyentes en su uso o consumo. Esto los contraponen a los bienes privados, de por sí excluyentes y rivales entre sí. Esta distinción es capital a la hora de pensar en responder la pregunta de qué bienes deben ser apropiables en un sistema de derechos de propiedad. Lo cierto es que estas categorías, en principio binarias, admiten una gradiente, que podrá inclinarse más hacia uno u otro extremo, de modo que las categorías puras son difíciles de encontrar. Así, la categoría teórica de bienes privados corresponde a bienes cuyo consumo o uso por una persona impide el uso por otra, de modo que ese uso o consumo rivaliza con el de otras personas. Mientras tanto, los bienes públicos son aquellos que no excluyen a nadie en su uso, de modo que el uso por una persona no impide el uso o consumo por otro (COOTER & ULEN, 2008, págs. 159 - 160). Un ejemplo clásico de bienes públicos es un faro, que ilumina a todos los barcos que se acercan a la costa por igual, de un modo en que el consumo de luz por uno no rivaliza, ni merma, ni perjudica el consumo de luz por otros barcos. En ese sentido, y complicando aún más el análisis, se dirá que hay bienes

que no comparten plenamente las características puras de un bien público o privado. Un ejemplo de esto es un parque público, en que el acceso no será prohibitivo para nadie, pero que tendrá una capacidad de aforo limitada.

Esto último lleva a relevar la idea, planteada por Peter Drahos, de que el carácter puramente público o puramente privado de los bienes, es una cuestión más bien contingente, que dependerá de un conjunto dinámico de factores y que se producirán en contextos regulatorios específicos. Drahos señala, de hecho, que los bienes públicos no son sólo un bien o una mercancía específica, sino más bien un efecto, una consecuencia económica que se compone a partir de distintos bienes complementarios, que ya pueden ser públicos o privados, y distintos tipos de actores sociales (DRAHOS, 2004, pág. 323)⁴³. Como sea, la no rivalidad es una característica indudablemente dinámica: hay bienes que aparecen como evidentemente no rivales, pero que sometidos a ciertas circunstancias enfrentarán con toda seguridad a los posibles usuarios o consumidores por su uso o consumo.

Como se adelantaba, las categorías de público y privado de los bienes son una expresión de cuán posible es excluir, de cuánto cuesta la exclusión, de cuán factible es la apropiación privada en que se funda la exclusión y de cuál es el valor de los bienes apropiables. Cooter y Ulen buscan responder qué bienes deben ser apropiados señalando que

“(...) la eficiencia exige que los bienes privados sean de propiedad privada y los bienes públicos de propiedad pública. (...)...la eficiencia requiere que los bienes rivales y excluibles sean controlados por individuos o pequeños grupos de personas, mientras que los bienes no rivales y no excluibles sean controlados por un grupo grande de personas tal como el Estado.” (COOTER & ULEN, 2008, pág. 160).

Como se ha visto, el canon de la eficiencia procura que los bienes sean dirigidos hacia su mejor y más valioso uso: aquello sólo se logra cuando opera una cadena de intercambios en cuyo extremo dinámico se encuentra quien más valora ese uso o consumo. Visto así, esa cadena sólo puede operar en presencia de derechos de propiedad que van transfiriéndose de mano en mano y sólo en la medida que cada uno de esos operadores pueda disponer de sus derechos excluyendo a otros en el aprovechamiento de esos bienes. Con todo, la posibilidad de excluir a otros no siempre es tan clara. Drahos explica cómo, una vez que al análisis se aleja de los bienes puramente privados, el panorama comienza a volverse más difuso, pues la posibilidad de excluir comienza a mermar. Señala el autor

⁴³ El autor usa el ejemplo de las constituciones, de las cuales derivan una serie de otras normas. De ahí afirma que existen bienes públicos que llama primarios, de los cuales derivan muchos otros bienes, tanto públicos como privados. También distingue entre aquellos bienes públicos que son capaces de proveer beneficios por sí mismos, por ejemplo las algas y la capa de ozono, y aquellos que requieren actividades complementarias y el desarrollo de acciones y capacidades instaladas por quienes quieren aprovecharse de los mismos. Aquí califican, por ejemplo, las patentes, las formulas y los bienes del conocimiento que sirven para otros objetivos, como precursores de otros bienes públicos o privados (DRAHOS, 2004, pág. 327).

que “Muchos procesos y actividades poseen algún tipo de externalidad de consumo (...).” (DRAHOS, 2004, pág. 326). O, lo que es lo mismo, hay una fuga de uso y consumo que no siempre será posible de controlar por el dueño. Aquello es, por cierto, una cuestión de grados, pero el nivel y sentido del desarrollo tecnológico y las normas sociales que cada cultura construye son fundamentales en ese dinamismo. Es fácil excluir a otros del uso de un automóvil o de una vivienda. Es más difícil hacerlo respecto de un parque que sea de propiedad privada (lo que llama la atención sobre la factibilidad de que un parque sea verdaderamente un bien privado). Como afirma Mark Lemley (LEMLEY, 2005, pág. 24) dentro de la clásica noción de bienes públicos están aquellos que requieren de una inversión sustancial que va a producir beneficios en que no es posible excluir a otros, de modo de que no todo el beneficio es internalizado: lo que se produce es, por lo tanto, una disipación de un remanente del beneficio, que se vierte, por usar una expresión, al campo de lo público. No debe perderse de vista que la historia de la propietarización no es, como Locke pretendía, un regalo caído del cielo para que la burguesía liberal fundara el capitalismo, sino un proceso de permanente tira y da, en que el sistema normativo se adapta a nuevos usos económicos de determinados bienes que se estima deben favorecer a algunos y excluir a otros. Esta es la idea que sustenta la aproximación de Harold Demsetz, en que los derechos evolucionan en el sentido de los cambios económicos, y en que el Estado cumple un rol facilitador.

Mucho más difícil será, en esta misma lógica, hacer privados ciertos bienes del conocimiento que circulan libremente o con muy poco control a través de medios digitales de transacción. En ellos el costo de excluir, es decir de poner barreras que impidan la interferencia de terceros en el uso exclusivo del dueño sobre el bien, resultará tan alto que podría comenzar a pensarse si debería haber propiedad privada sobre ellos. Ya se dedicará más adelante espacio a la reflexión sobre esta cuestión: por lo pronto se dirá, con Drahos, que los bienes del conocimiento constituyen “(...) la quintaesencia de los bienes públicos.” (DRAHOS, 2004, pág. 322), y que esta simple idea puede abrir un fértil campo de crítica al paradigma de la propiedad privada.

2.3. La propiedad común versus la propiedad privada

Hecha ya la distinción entre los bienes que, desde el paradigma económico pueden ser objeto de propiedad y aquellos que no, es preciso tomar algunas notas sobre la forma que deba tomar la asignación de derechos de propiedad. Pareciera, sin embargo, que hay una distinción capital que debe hacerse aquí y que vuelve al problema lockeano de la dicotomía histórico - política de la propiedad. Demsetz (1967, pág. 354) diferencia tres modalidades de la forma propietaria o, más precisamente, tres modos de ejercer subjetivamente el derecho de propiedad y las facultades que ésta otorga. Cada una de ellas representa un régimen de apropiación, que saca a los bienes del estado de no propiedad, para asignarlos a un sujeto que los aprovechará económicamente o, en otras palabras, internalizará las externalidades positivas cuando aquello sea más rentable que asumir los costos del estado de no propiedad. La propiedad podrá ser, para Demsetz, comunal, estatal o privada: la variedad radica en quién es el sujeto que podrá, legítimamente y amparado

en el derecho, denegar a otros el derecho a interferir en la cosa. Como se advierte, Demsetz se sitúa en una tradición más bien alejada del conceptualismo formalista, y se acerca a una visión, propia quizás del pensamiento económico, más bien instrumentalista, como se verá más adelante (BELL & PARCHOMOVSKY, 2005). Lo que interesa aquí es para qué sirve el derecho que se asigna y quién puede aprovecharlo, más que su naturaleza política o sus fundamentos filosóficos.

Demsetz, con todo, deja fuera de su análisis el problema de la propiedad estatal, para centrarse en la dicotomía entre propiedad común (o comunitaria, pero también llamada pública en la literatura) y propiedad privada. En este punto el análisis vuelve hacia la propiedad privada y las ventajas que representa frente al aprovechamiento colectivo que implica la comunidad. La maximización del beneficio y la concentración de los costos en quien aprovecha los bienes comunes no produce los equilibrios que el modelo propietario presume, cuando impera la propiedad común. Quien detenta la propiedad en régimen de comunidad tenderá a sobre cazar a los animales o a sobre explotar la tierra, sin asumir (es decir sin internalizar) ninguno de los costos que ello implica. Asimismo, los costos de transacción, en los que se deberá incurrir para poner de acuerdo a los incumbentes en el uso de los derechos, serán altos, en gran medida debido al régimen de “derecho a todo” en que cada uno de éstos se posiciona frente a los bienes en un mundo de derechos no establecidos, no delineados y no resguardados (DEMSETZ, 1967, págs. 354 - 355).

En este esquema, el canon que resulta triunfador y que se constituye en hegemónico, es la propiedad privada. Si ya se veía que la propiedad permite internalizar las externalidades negativas y positivas (el agotamiento del recurso y los beneficios de su explotación), es la forma privada la que evita una larga serie de males asociados a la comunidad. A partir de esto, se sitúan bajo una nueva luz ciertos aspectos dogmáticos que ya se han visto antes en este estudio, como son el carácter exclusivo y excluyente de la propiedad. El derecho de excluir es para Demsetz, la clave económica en que descansa la posibilidad de maximizar los beneficios de la propiedad, del *ser* propietario: la posibilidad de internalizar los beneficios produce de esta forma incentivos para usar los bienes de la forma más eficiente posible (DEMSETZ, 1967, pág. 356). De la misma forma, el derecho de transferir la propiedad es una condición para que dicha internalización de beneficios no caigan en el terreno de lo común, y sea aprovechada por las partes en la transacción de un *bundle of rights*. Pero, de la misma forma, y como Demsetz también releva, va a ser fundamental para que ese mecanismo opere, que los derechos sean garantizados en su cumplimiento por el Estado (DEMSETZ, 1964, pág. 17). Este elemento asegura que las transacciones de las que se deriva el valor puedan efectivamente ocurrir y, al mismo tiempo, recuerda tanto las notas relacionales de la propiedad privada como su carácter eminentemente político.

De ahí que el canon propietario moderno implique resguardar la propiedad y los usos que ésta permite, de la intromisión no autorizada de terceros. De ese resguardo depende, para Eggertsson y para Demsetz, el valor de los derechos de propiedad, pues ese resguardo es condición para que el valor se produzca. Por ello, un deterioro en las condiciones de resguardo de los derechos y de la posibilidad de transferirlos por medio de contratos,

resulta en que los bienes no serán producidos o no serán transados⁴⁴. Esto, para Demsetz, puede tener lugar no sólo cuando una ley falla en establecer y definir los límites del derecho, sino también cuando esos derechos, aún perfectamente definidos, no son posibles de ser cumplidos, lo que vuelve a recordar su carácter eminentemente político.⁴⁵

2.4. Evitando la tragedia

Este punto de vista no puede sino ser entendido como un alegato en contra de la propiedad común, que ya venía siendo, a mediados del siglo XX, puesto en evidencia por varios autores. Demsetz considera que es el establecimiento de derechos de propiedad, transables y limitados cuantitativamente, lo que impide la extracción indiscriminada de un recurso. En sus palabras

“Con los derechos comunales no hay negociador (...)”. “Bajo un sistema de propiedad común, una persona deberá pagar a los otros para que estos reduzcan el ritmo de trabajo de la tierra, y no obtendrá nada de valor de sus esfuerzos.”. “La propiedad común resulta en grandes externalidades”. “No se toman en cuenta completamente los efectos de las actividades de una persona en sus vecinos o en el futuro.” (DEMSETZ, 1967, pág. 355).

Así visto, lo que los derechos de propiedad buscan es evitar la sobre explotación de algunos recursos naturales que son extraídos en espacios comunes, en donde no existen los derechos de propiedad y en su lugar impera la comunidad. Esta idea que Demsetz propone en su trabajo de 1967, es coetánea a la publicación en la Revista *Science*, en 1968, del célebre trabajo del ecólogo norteamericano Garrett Hardin, titulado “*The Tragedy of the Commons*” (o “La tragedia de los Comunes”) (HARDIN, 1968). El ensayo, de apenas unas pocas páginas de extensión, constituye un trabajo seminal acerca de la explotación de los recursos por agentes racionales que, actuando independientemente los unos de los otros, agotan un recurso común. La Tragedia de los Comunes plantea, con un

⁴⁴ Fitzpatrick apunta una mirada complementaria entre el enfoque de Demsetz, centrado en las nuevas valoraciones de los bienes como impulsores dinámicos de la aparición de los derechos de propiedad, y el de Coase, centrado en la autoridad del Estado para establecer esos derechos, permitir las negociaciones entre las partes que configuran los mejores usos de esos bienes y los substitutos de esas negociaciones cuando los costos de transacción son altos. No obstante, este funcionamiento aparentemente autónomo del sistema de derechos, tiende a ocultar para el autor, la naturaleza contenciosa de ese proceso de formación y cambio de los derechos de propiedad (FITZPATRICK, 2006, pág. 1008).

⁴⁵ Demsetz acentúa el rol de los derechos de propiedad como expresiones del valor que una sociedad dada le otorga a determinados bienes, de manera que a la función de incentivo, la más primaria, se suma la de ser un reflejo de ese valor compartido por un grupo humano respecto de determinados bienes, con todo el dinamismo que ello puede significar. Esa función se produce, para Demsetz, cuando la propiedad es principalmente privada, lo que para el autor debe implicar una reducción de aquellos bienes accesibles a todos (DEMSETZ, 1964, pág. 18 19).

valor trágicamente predictivo, pero nunca completamente corroborado, el dilema del aumento de la población mundial y los desafíos que representa su subsistencia en un mundo de recursos finitos en que no es posible, para Hardin, realizar el principio de “el máximo bienestar para el máximo número de personas posible”. El problema radica en cómo las poblaciones podían alcanzar una tasa óptima de crecimiento y cómo las decisiones individuales jugaban en contra de ese objetivo. La supuesta racionalidad del actuar individual llevaría bajo esta lógica a que cada persona controle su propia fecundidad individual, llevando a la población mundial a un óptimo.

Hardin bosqueja en su trabajo un escenario que refuta el valor de la mano invisible de Smith y la racionalidad de los, por así llamarlos, agentes reproductivos, planteando un interesante y polémico modelo de comportamiento humano⁴⁶. Puestos tras de los recursos necesarios para subsistir en un mundo de escasez, la racionalidad lleva a los agentes a consumir, trágicamente, los recursos. Dice Hardin:

“La tragedia de los comunes se desarrolla de la siguiente manera. Imagine un pastizal abierto para todos. Es de esperarse que cada pastor intentará mantener en los recursos comunes tantas cabezas de ganado como le sea posible. Este arreglo puede funcionar razonablemente bien por siglos gracias a que las guerras tribales, la caza furtiva y las enfermedades mantendrán los números, tanto de hombres como de animales, por debajo de la capacidad de carga de la tierra. Finalmente, sin embargo, llega el día de los cálculos, es decir, el día en que se vuelve realidad la largamente soñada meta de estabilidad social. En este punto, implacablemente, la lógica inherente a los recursos comunes genera una tragedia.” (HARDIN, 1968, pág. 1244).

Hardin explica cómo cada uno de los agentes económicos que aprovechan un espacio de explotación común, va a incrementar los medios de explotación de estos mientras su utilidad aumente y sin considerar el efecto negativo que ello genera: en el ejemplo de Hardin, cada pastor incrementará el tamaño de su rebaño hasta su óptimo, sin considerar la sobreexplotación de los terrenos de pastoreo (HARDIN, 1968, pág. 1244). De esta forma, los beneficios son aprovechados por los pastores, pero el costo de la explotación de las praderas, es soportado por todo el colectivo.

⁴⁶ Lo cierto es que, como recuerda Oakes, la noción de tragedia de los comunes fue tomada con interés en otros campos del conocimiento, y por cierto en las ciencias sociales, en donde su alcance se extiende a asuntos como el control de natalidad, el aborto y las migraciones. Para el autor, Hardin era un partidario de las leyes de control de natalidad y de la liberalización del aborto, además de escéptico sobre las capacidades autorreguladoras de las economías de mercado. A la vez, era contrario a las políticas de apoyo alimentario al tercer mundo por considerarlas contraproducentes y consideraba que la migración en los EE.UU. amenazaba con degradar el medio ambiente y fomentaba el conflicto social. Hardin pensaba y de ahí el sentido trágico de la existencia que acusa Oakes, que la sobrevivencia de la humanidad requería decisiones trágicas para los intereses de pocos, que pudieran garantizar el futuro muchos (OAKES, 2016).

El trabajo de Hardin levanta una larga serie de comentarios y su influencia ha sido extensa, aunque algo ajena al mundo de las ciencias jurídicas⁴⁷. Pareciera, en primer lugar, que Hardin avanza una relevante discusión sobre los fundamentos supuestamente racionales del actuar del *homo economicus*, esa caricatura de un modelo de comportamiento que lleva al sujeto a maximizar, siempre y cada vez, su propia utilidad⁴⁸. Lo cierto es que Hardin no apunta tanto al problema de la racionalidad sino más bien a una forma específica de actuar racional, aquel que mira las acciones del hombre como un ente independiente y sus decisiones como desligadas de los cursos de acción que otros toman. Es, más bien, en la independencia del actuar de cada uno en el pozo de lo común donde radica el problema de la sobre explotación de la pradera, ejemplo extensible a otros recursos también⁴⁹. Hardin afirma que

“(…) estamos encerrados en un sistema de ‘ensuciar nuestro propio nido’, siempre y cuando nos comportemos sólo como empresas independientes, racionales y libres” (HARDIN, 1968, pág. 1245).

El siguiente apunte que debe hacerse a la teoría de Hardin es el relativo a la solución del dilema. Hardin sostiene que el problema de la tragedia de los comunes “(…) se evita mediante la propiedad privada o algo formalmente parecido a esta.” (HARDIN, 1968, pág. 1245). Aquí el dilema resulta, como Hardin anticipa desde el comienzo, en una solución que no es técnica, pues el problema mismo no admite esta forma de solución (HARDIN, 1968, pág. 1243). Es, por ende, una solución política. La idea que Hardin busca posicionar sobre la propiedad, no es la que intuitivamente aparece al pensar en ésta, ni tampoco se parece mucho a la que se ha venido planteando canónicamente desde el derecho y desde la economía clásica. En el ejemplo de Hardin (sobre cómo evitar la contaminación de aire y agua), lo cierto es que el derecho de propiedad tradicional avala derechamente que los dueños contaminen: resulta de la esencia de la propiedad, así entendida, que ésta no admita limitaciones, como corresponde a un derecho natural.

⁴⁷ El obituario publicado por *The New York Times* a su muerte, en septiembre de 2003, destaca a Hardin como un ecólogo cuya preocupación es el abuso del medio ambiente por las decisiones de los individuos y el desastre que esto produce en los recursos naturales. Hardin y su mujer, Jane, fallecieron juntos por suicidio, en septiembre de 2003 (<https://www.nytimes.com/2003/10/28/us/garrett-hardin-88-ecologist-who-warned-about-excesses.html>). 3 de feb. de 2020.

⁴⁸ Posner señala que la racionalidad, para el economista, es “(…) una disposición a escoger, consciente o inconscientemente, un medio apto para cualesquiera fines que tenga quien escoge.” (POSNER, 2007, pág. 46).

⁴⁹ El problema se extiende también a los nacimientos: si el sobrecrecimiento de la población trajera sus propias consecuencias (llámese insuficiencia alimentaria, mortalidad infantil, dependencia de los propios recursos), lo cierto es que no habría ningún interés público en el control de la natalidad (HARDIN, 1968, pág. 1246).

¿Qué tiene de distinto, entonces, la mirada que Hardin da a la propiedad privada? ¿Por qué habría ésta de representar un límite al uso y goce de los bienes, cuando naturalmente es una expresión de la libertad y la racionalidad de los hombres? Hardin sostiene aquí que "(...) la ley, siempre detrás de los tiempos requiere elaborar costuras y ajustes para adaptarlo a este recién percibido aspecto de los bienes comunes." (HARDIN, 1968, pág. 1245). Esto debe ser puesto en un contexto específico, como cada teoría propietaria que se quiera elaborar. El trabajo de Hardin gira, como el ecólogo que era su autor, en torno al problema de los recursos naturales frente a un aumento sostenido de la población mundial, preparada para depredar esos bienes sin mirar ni el futuro ni el interés colectivo. Esto permite poner, pues, en entredicho, nuevamente, el carácter absoluto que se le pretende a la propiedad, pero de una manera en que los límites van a ser dinámicos y adecuados a los tiempos. El mundo de Hardin, a fines de la década de los años sesenta, es uno de miedo nuclear y creciente preocupación por el medio ambiente, en esos años centrada en la polución de agua y aire. Lo mismo podría afirmarse, medio siglo después, pero adicionando el cambio climático, que puede justificar aún más limitaciones a la propiedad privada⁵⁰.

Resulta evidente, en ese sentido, que la concepción propietaria en Hardin ofrece muchos más límites a las facultades que otorga el dominio de lo que la teoría clásica suponía⁵¹. Pero ello no significa que Hardin no ponga sus esperanzas en el canon propietario privado, en tanto alternativa a la propiedad común, como solución a los problemas de la sobrexplotación de los bienes que se detentan en comunidad.

¿Hasta dónde llega la lógica del argumento de Hardin? ¿Cuáles son sus límites? Es indudable, por una parte, que el planteamiento de Hardin, inocuo y bien intencionado, inspirado en una preocupación genuina sobre el devenir humano en un planeta con recursos escasos, viene de alguna forma a actualizar el paradigma económico sobre la fundamentación de los derechos de propiedad privada, en torno a la idea del cercamiento o *enclosure*. De ahí, como afirman Dagan y Heller, que "La sabiduría convencional para muchos científicos sociales es que la propiedad común generalmente lleva a la tragedia. Esta afirmación (...) es comunmente presentada como una de las más fuertes justificaciones para la institución de la propiedad privada" (DAGAN & HELLER, 2001, págs. 559 - 560). La pregunta que se hace Hardin es cómo crear incentivos para un uso correcto de bienes que se comparten en sociedad. Ya sea el uso de normas prohibitivas (el derecho penal queda en esta categoría), como de otras formas de coerción, como los impuestos, lo cierto es que hay varios arreglos que una sociedad puede darse para evitar el agotamiento trágico de bienes. En ese contexto, la propiedad privada o "un arreglo

⁵⁰ Como destaca Elinor Ostrom, Hardin no fue el primero en formular esta idea de tragedia a partir de la explotación comunal de recursos naturales. Lo había observado también Aristóteles, en *La Política*, mientras que el hombre en el estado de naturaleza de Hobbes es el perfecto prototipo de la tragedia (OSTROM, 2011; p. 37).

⁵¹ No obstante, Hardin pone un acento amargo en el rol de las prohibiciones, a las que considera fáciles de establecer pero difíciles de hacer cumplir. Ello en contraposición de la ley administrativa, que más bien permite legislar templanza antes que prohibiciones (HARDIN, 1968, pág. 1246).

similar” es presentada por Hardin como una solución preferible y, en cualquier caso, como una alternativa a la comunidad, una “demasiado horrorosa de contemplar.” (HARDIN, 1968, pág. 1247). Jason Oakes, en un trabajo publicado en la revista *Endeavour* en 2016, esboza algunas de las críticas más sonadas en contra del paradigma hardiano a saber, su carácter determinista y la inalterabilidad que supone en el comportamiento de los agentes. El esquema supone sujetos que no cambian sus conductas, que buscan siempre, maximizar mediante las mismas estrategias y son incapaces de comunicarse con sus contrapartes o adaptar sus conductas (OAKES, 2016, pág. 243). Del mismo modo, las ideas de Hardin parecen ignorar la presencia de las instituciones sociales, de las reglas del juego que las sociedades se dan, entendiendo el mundo como uno en que las personas no han establecido intermediarios en sus relaciones de intercambio. En un sentido similar discurre Rose, cuando reflexiona entorno a los esquemas narrativos que la modernidad ofrece respecto de la propiedad privada, y tras los cuales siempre hay un objetivo maximizador y este es siempre el mismo: tener más. Ese objetivo maximizador, al cual sirve la propiedad privada, se considera “un hecho irreductible que no necesita mayores explicaciones; simplemente es así” (ROSE, 2010a, pág. 34; ROSE, *La Retórica de la Propiedad*, 2010 c ; ROSE, *Las Contribuciones de la Economía al Derecho de Propiedad*, 2010 b). Rose identifica, mediante la teoría de juegos, una larga serie de distintas composiciones de intereses u órdenes de preferencias, en que no siempre el autointerés supuesto ocupa el primer lugar. El objetivo maximizador, o al menos una sólo forma de maximización, se transforma así en una narrativa dominante, que por hegemónica sólo puede ser contrarrestada mediante un estudio crítico, y no dogmático.

Nótese, en cualquier caso, que el modelo que Hardin expuso en *La Tragedia de los Comunes* viene a anotar un punto de gran relevancia en la comprensión económica de la propiedad. Al plantear que la propiedad (u otro arreglo similar) es necesaria para solventar recursos agotables, Hardin pone de relieve el problema de la escasez como una nueva justificación del establecimiento de la propiedad privada. En efecto, la justificación clásica de la propiedad no había tratado el problema de la escasez en relación a la propiedad. De hecho, el mundo lockeano es uno de fértiles posibilidades, tanto en sentido poético como material, en donde todo está por apropiar. Como se ha dicho ya, Locke escribe para justificar que el trabajo humano produzca propiedad, permitiendo a los hacendosos colonizadores del nuevo mundo apropiarse legítimamente de las cosas que mezclaban con su trabajo. Esas cosas no eran, a mediados del siglo XVII, sino vastas tierras sin dueño repletas de recursos naturales y con una población que recién comenzaba a desarrollarse. Hardin, en cambio, sitúa su tragedia a mediados del siglo XX, con una población mundial cercana a los cinco mil millones de habitantes y en que el problema de los recursos limitados comienza a presentarse como una acuciante cuestión política, sobre todo en la perspectiva de la depredación del medio ambiente que sigue al crecimiento de la población. Nada de eso parece ser distinto hoy.

2.5. La crítica de Hardin

Dado que el paradigma hardiano ha jugado un rol importante en la configuración de la propiedad privada como objeto de estudio de la economía, es ineludible referirse a la crítica de que es objeto.

Por lo pronto, vayan algunas ideas que intuitivamente aparecen. La primera premisa que hay que develar sobre el paradigma hardiano del agotamiento, es su evidente materialidad. Al construir su tragedia, Hardin piensa en los bienes tangibles, materiales, ya sean grandes praderas inmuebles en donde pasta el ganado, o cosas muebles como los alimentos. De ahí que el proceso de propietarización sobre bienes escasos y sobrexplotados, tenga mayor sentido cuando se piensa en recursos naturales y tierras. Es en esos bienes en los que, de manera más evidente, puede tener lugar la tragedia de la depredación. De la misma forma, es en esos bienes en que será posible excluir a otros de su uso, goce o consumo, a cuenta de una capacidad de carga limitada por su propia naturaleza, en que el uso o goce por una persona rivaliza con el de otros y esos otros deben en consecuencia ser excluidos.

Para Hardin, el problema que conduce a la tragedia no tiene una solución técnica, lo que se resuelve en que no puede abordarse mediante un cambio en las técnicas de las ciencias naturales. Esto traslada el problema a una esfera completamente distinta, la de la moral y la política, y obliga a una solución que implica un cambio en valores humanos (HARDIN, 1968, pág. 1243). Eso exige una mutua coerción de unos sobre otros, requisito para que los cercamientos puedan tener lugar y la exclusión se haga realidad. Como apunta Krier, los medios a través de los cuales opera esa mutua coerción, indispensable según Hardin, son variados: un sistema de propiedad privada está desde luego en la lista, como también un sistema de propiedad pública, con control del gobierno en la asignación de los recursos, subastas públicas, sistemas de impuestos y regulaciones⁵² (KRIER, 1992, págs. 334 - 335). Cabe llamar la atención, como Krier lo hace, en que un sistema de propiedad privada no puede tampoco funcionar sin un fuerte rol del Estado en la protección de esos derechos, que se manifiesta especialmente en la función judicial y la administración del sistema de registro. "La propiedad privada depende de los medios para establecer y administrar el sistema, y a la larga esos medios son el gobierno." (KRIER, 1992, pág. 332). Finalmente, la escala del problema representa un flanco crítico. Hardin, como también Demsetz, supone un acuerdo de una comunidad dada en torno a los derechos de propiedad. Krier afirma que, de ser la comunidad lo bastante grande, los acuerdos serán difíciles de lograr, lo que impactará en los costos de establecer y administrar el sistema de propiedad. Asimismo, a gran escala habrá más espacio para que los incentivos particulares hagan su aparición (KRIER, 1992, pág. 336). Ello permite que en los hechos aparezcan comportamientos que hagan costosa la exclusión que suponen los derechos de

⁵² Posner indica que una de las soluciones posibles al problema de la explotación de los recursos en un contexto de comunidad, es justamente la regulación del Estado, que puede ser un sustituto de la propiedad en su afán de corregir un conflicto entre intereses colectivos y particulares (POSNER, 2007, pág. 73).

propiedad y vuelvan aún más costoso el establecimiento de ese sistema de mutua coerción que está a la base de la propiedad.

Esto obliga a repensar el planteamiento hardiano, para preguntarse si el paradigma que construye es aplicable siempre y cada vez. Ya se va a profundizar en eso más adelante, pero hay que destacar desde ya que un amplio cuerpo de literatura sugiere que hay bienes para los que la justificación tradicional de la propiedad no funciona. Mark Lemley, por ejemplo, muestra en su trabajo de 2005, cómo la tragedia de los comunes no tiene lugar en el mundo de la propiedad intelectual, precisamente porque una idea no rivaliza con otra, de manera que construye a la larga un bien público en el cual excluir a otros es virtualmente imposible o extremadamente caro (LEMLEY, 2005). En la misma línea, Posner señala en su clásico tratado, que la información es un ejemplo de lo que los economistas llaman bienes públicos y que "(...) la propiedad física tenderá a ser un bien privado en mayor medida que la intelectual." Los emparedados son evidentemente excluyentes, pues no pueden aprovechar a muchos sin agotarse, pero no podría decirse lo mismo de un libro (POSNER, 2007, pág. 82). A su turno, Carol Rose, en la línea de explicar la apropiación en la posesión dirá que hay bienes no susceptibles de una clara demarcación, de manera que las reclamaciones propietarias no podrán justificarse en la posesión, en tanto acto de control que se ejerce sobre los bienes (ROSE, 1985, pág. 83).⁵³ Finalmente, y como la misma Carol Rose aventuraba, Hardin supone que la única forma de propiedad (o más bien la única que evita la tragedia) es la forma privada individual, la que se hace sinónimo de la propiedad misma, omitiendo que la comunidad es, también, una forma de propiedad (ROSE, 2000, pág. 482).

Si la propiedad privada obedece, por tanto, a un acto de cercamiento, necesario según Hardin para no agotar un recurso ¿puede ello tener lugar con bienes esencialmente intangibles, cuyo consumo no enfrenta a los posibles usuarios / consumidores, y donde la escasez es, en realidad, relativa? ¿Qué ocurre, entonces, cuando no es posible sostener las barreras de la exclusión? ¿Puede surgir de ello una nueva forma propietaria?

2.6. ¿Cuándo establecer derechos de propiedad?

Como afirma Shavell, en general los derechos de propiedad pueden establecerse desde un *background* de no propiedad o bien de derechos de propiedad pobremente establecidos (SHAVELL, 2004, pág. 23). Esto proporciona un cierto contexto económico al proceso de propietarización: con todo, su comprensión no puede ser sino dinámica, de modo que

⁵³ Smith indica que los derechos posesorios descansan en alguna forma de delimitación o demarcación y, por tanto, en una cuidada definición de las cosas que pueden ser objeto de esos derechos. De ahí que ese sistema de demarcaciones sea fundamental en el caso de la tierra: en ella la propiedad será mucho más útil en términos de aprovechamiento, inversión y especialización, incluso cuando el control real sobre esta se atenúe de alguna manera. Para ello es necesario que la conexión entre las cosas y quienes las posean, estén bien delimitadas (SMITH H. , 2017, pág. 156).

el análisis podría centrarse alternativamente en un mercado u otro, en donde la propietarización ha tenido lugar en distintos momentos, distintos lugares y, por cierto, por distintas razones contingentes. La razón más inmanente que puede identificarse es, sin embargo, una coyuntura específica en que el costo de excluir a otros es bajo en comparación con los beneficios de la explotación exclusiva, aunque bien pueden concurrir otras razones de orden político.

Desde una perspectiva exclusivamente económica, el problema de cuándo establecer derechos de propiedad de forma legal (y con todo el imperio de exigibilidad y protección que ello implica) remite de forma directa en la literatura al problema de la primera adquisición, de la cual derivan las demás que se realicen entre partes, *ad eternum*. En el mismo sentido que señalaba Shavell, Barzel indica que el momento previo al surgimiento de la propiedad es un estado de cosas en que no hay instituciones legales y, en lo que interesa al análisis económico, ha tenido ya lugar una apropiación económica sobre las posesiones que los individuos detentan (BARZEL, 1997, pág. 87). Esta apropiación dará lugar a transacciones que deberán, en un principio, ser auto defendidas, hasta que no hagan su aparición las instituciones legales o bien hasta que las existentes se adapten a nuevas formas de apropiación económica. En definitiva, hasta que el cumplimiento de las transacciones y de los contratos que las sostienen, sea asegurado por el Estado.

Hasta aquí se han descrito, a grandes rasgos, las lógicas políticas del surgimiento de los derechos de propiedad. Es necesario, no obstante, justificar por qué es económicamente adecuado otorgarlos. En ese afán, el punto de partida es para Posner, una constante redefinición de los derechos a medida que cambian los valores relativos de la tierra (POSNER, 2007, pág. 101). Lo que Posner afirma para la tierra es perfectamente válido para cualquier redefinición de valores de cualquier clase de bienes en una economía dada. North refiere la misma idea cuando señala que "(...) los cambios en los precios relativos o en la escasez relativa de cualquier tipo llevan a la creación de derechos de propiedad cuando se vuelve valioso absorber los costos de idear tales derechos." (NORTH, 1993, pág. 73). Esto implica, naturalmente, que existe una coyuntura económica que hace más barata la exclusión, en presencia de costos de transacción positivos.

El problema de los costos de transacción merece una explicación detallada, pues se trata de una de las justificaciones que se han ensayado desde la economía con bastante insistencia, y han contribuido a construir el paradigma económico de la propiedad privada. En general, los costos de transacción son aquellos costos en que deben incurrir las partes de una negociación privada y cuyo origen pueden ser variado. El elemento común es que son indispensables para que la comunicación entre las partes de una transacción tenga efectivamente lugar y cuya ausencia impide que la negociación por los derechos que han sido antes asignados cumpla su cometido. Son, básicamente, costos de intercambio, que implican la identificación de una contraparte en el intercambio, el establecimiento de los términos del mismo y la ejecución del acuerdo, con todas las variables que pueden dificultarla (COOTER & ULEN, 2008, pág. 133 y 137). Los costos de transacción impiden o dificultan en mayor o menor medida que las transacciones entre partes ocurran, y por tanto que los bienes transiten hacia su uso más valioso. En ese mismo sentido, señala Eggertsonn, cuando los costos de transacción son altos, el rol del gobierno es disponer de una estructura de derechos de propiedad que permita maximizar la riqueza,

ya sea asignando derechos de propiedad o bien redefiniendo la estructura de los derechos existentes en alguna forma (EGGERTSSON, 1990, pág. 271).

Uno de los trabajos que se han constituido en inevitables sobre el asunto es "*El Problema del Costo Social*", publicado en 1960 por Ronald Coase (COASE, 1992) ⁵⁴. Coase planteaba en su ensayo que, en un mundo en que los costos de transacción son negativos (o iguales a cero), el óptimo paretiano será alcanzado con independencia de las distribuciones iniciales de derechos. De este modo, todas las partes de una transacción verán mejorada su posición inicial al disponer de los derechos asignados. Esto supone un flujo perfecto de información completa y suficiente sobre los términos de la transacción y la ausencia de impedimentos o constricciones para poder negociar. Asimismo, implica que excluir a otros en los beneficios de los bienes o de su transacción, no tiene costos. En estas condiciones, las transacciones ocurrirán y se sucederán hasta que no sea posible mejorar a las partes. O, lo que es lo mismo, los bienes se transarán mientras sea posible obtener una mejora de esa transacción. Para Coase, estas transacciones que recombinan derechos sólo pueden tener lugar una vez que ha operado una asignación inicial de esos derechos, siempre y cuando el sistema de precios actúe sin costos (COASE, 1992, pág. 89). En esas condiciones y no otras, se producirá la asignación eficiente de los derechos de propiedad.

Es curioso, sin embargo, que Coase no indague mayormente en los aspectos históricos y contextuales del nacimiento de los derechos de propiedad, sino que más bien de por sentada una asignación inicial de los derechos sobre la cual no ofrece mayores explicaciones. Lo relevante para Coase es que esas asignaciones originales, cualquiera sea su origen, pueden ser modificadas por las partes mediante los contratos. En un mundo de costos de transacción iguales a cero, todo aquello que el derecho de propiedad hace para asignar los recursos, puede ser obtenido a través de los contratos y el sistema de responsabilidad por daños (SMITH H. , 2017, pág. 152).⁵⁵ Pero es evidente que da por establecida una asignación inicial que efectúa el sistema legal, y que lógicamente mantendrá una incidencia en las transacciones por venir⁵⁶.

Lo que se explica aquí mantiene un vínculo fundamental con la justificación de los derechos de propiedad privada. Cooter y Ulen (2008, pág. 133) lo explican en la siguiente

⁵⁴ La traducción que aquí se refiere es la que publicó en 1992 el Centro de Estudios Públicos, en Chile.

⁵⁵ Esto debe entenderse en la lógica del sistema de *common law*, en que la base del derecho privado lo componen las ramas de contratos, responsabilidad y propiedad. No obstante, si se piensa bien, no habría razón para no comprender de la misma forma el sistema de derecho civil codificado, pues sus premisas económicas no son en modo alguno distintas. El problema básico del derecho privado es para Smith, el problema de las actividades potencialmente conflictivas entre los miembros de una sociedad (SMITH H. , 2017, pág. 152).

⁵⁶ Coase señala expresamente que "(...) consideraré la delimitación inicial de los derechos y los costos de llevar a cabo las transacciones de mercado como dadas." (COASE, 1992, pág. 98).

forma. Si los costos de transacción, como supuso Coase, son nulos o iguales a cero, no será necesaria ninguna delimitación de derechos de propiedad para alcanzar la eficiencia. Dicho de otro modo: un sistema legal de propiedad, o de reglas legales sobre la transacción de la propiedad sólo tendrá sentido en la medida de que esos costos sean positivos. El corolario al que Cooter y Ulen llegan, siguiendo a Coase, es que

“(…) cuando los costos de transacción son los suficientemente elevados para impedir la negociación, el uso eficiente de los recursos dependerá de la manera en que se asignen los derechos de propiedad.” (COOTER & ULEN, 2008, pág. 134).

Esto supone, dicho de otra forma, que los derechos de propiedad serán asignados, con todas las características de dogmática jurídica que le son propias, sólo en la medida que existan costos de transacción que los hagan necesarios en tanto herramientas que conducen las transacciones a su mejor destino. Barzel sostiene, en ese mismo sentido, que la producción del ingreso neto de un bien depende necesariamente de la definición de los derechos de propiedad, es decir de cuán seguros son los derechos sobre ese activo. Esa seguridad alcanza su mayor expresión cuando una persona es dueña de ese activo y por tanto los productos de este son maximizados (BARZEL, 1997, pág. 9). No obstante, Coase reconoce lo irreal de suponer que no hay costos en las transacciones:

“Para llevar a cabo transacciones de mercado es necesario, entre otras cosas, descubrir con quién deseamos transar, informar a la gente qué deseamos intercambiar y en qué términos, conducir negociaciones que lleven a un convenio, redactar el contrato, llevar a cabo la inspección necesaria para asegurarnos de que los términos del contrato se observan. Estas operaciones son, a menudo, muy costosas; suficientemente costosas para evitar muchas transacciones que se llevarían a cabo en un mundo en el que el sistema de precios funcionase sin costos.” (COASE, 1992, pág. 98).

Asumir que las transacciones del mercado no son libres de costo implica, en esta lógica, agregar un elemento más como condición de su realización. Puede, pues, corregirse la afirmación inicial, y asumir que las transacciones no sólo ocurrirán cuando conduzcan los bienes hacia su mejor valor y siempre que sea posible producir ese ajuste, sino que además sólo ocurrirán cuando los costos de incurrir en esas transacciones sean menores que los beneficios que se obtendrán de ella. De este modo, la idea de los costos de transacción se vuelve fundamental en los derechos de propiedad y en la transacción de los mismos, pues los costos se encargan de establecer un límite a las transacciones, al impedir que algunas de ellas tengan lugar en la medida de que no logren superar en rentabilidad a los costos que representan (COASE, 1992, pág. 98).

2.7. ¿Qué se protege cuando se protege la propiedad?

Ya se ha visto anteriormente cómo el desarrollo de los derechos de propiedad responde a coyunturas económicas bien precisas. Ahora bien ¿cuáles son los mecanismos económicos que se encuentran a la base de los derechos de propiedad? ¿Qué se busca proteger a partir de su establecimiento y protección?

La premisa fundante de la justificación económica de los derechos de propiedad privada es que estos asignan los bienes a su uso más valioso. Para ello la forma propietaria ofrece un amplio abanico de posibilidades, entre las que destacan por supuesto la posibilidad de usar la cosa y de transferirla a otros, lo que en definitiva es una forma de aprovecharla en beneficio propio. Aquí Dani Rodrik (2006, pág. 5) hace un interesante punto al señalar que es el control sobre los retornos económicos lo que hace atractiva a la propiedad. El autor usa la expresión *control* como algo que es distinto de la propiedad y que, en ocasiones, puede encontrarse separado de ésta⁵⁷ ⁵⁸. Indudablemente esto abona la teoría del haz de derechos que se ha venido mencionando y que explica que las formas de ejercicio de la propiedad o bien de control de recursos ofrece más variantes que la dicotomía clásica de propiedad – no propiedad. No obstante, si se quisiera explicar por qué los derechos de propiedad son económicamente necesarios, la sola idea del control no alcanza a ser más que una explicación acerca del instrumento, y no del fondo. El control, así visto, no es sino instrumental.

Entonces: ¿qué se protege y por qué? El valor y la exclusividad aparecen aquí como dos versiones que componen la justificación clásica de los derechos de propiedad, en que una institución jurídica existe en función del aprovechamiento económico que de esos bienes se hace. Abraham Bell y Gideon Parchomovsky (2005) focalizan su análisis en la teoría de valor en su trabajo de 2005 “*A Theory of Property*”. El texto se inscribe en la tradición del análisis económico del derecho, pero da acertadamente cuenta de una cierta dicotomía

⁵⁷ El caso de los fondos de pensiones depositados en las Administradoras de Fondos de Pensión hace pensar que, en los hechos, puede darse una propiedad sin control, y no son pocos los ejemplos en que existe control sobre ciertos recursos económicos no habiendo un derecho de propiedad detrás.

⁵⁸ Carol Rose muestra que la idea de posesión ha sido fundamental en el sistema del *common law* para justificar la adquisición de la propiedad y para resolver conflictos entre partes a propósito de ello. Una de las formas de comprender el origen de la propiedad es, por una parte, asignar al acto posesorio tanto un rol de publicidad o de comunicación hacia el resto de la intención de hacerse dueño; y, por otra, recompensar ese acto posesorio en tanto trabajo útil. Rose afirma en ese sentido que la posesión, como origen de la propiedad privada, “equivale a algo similar a gritar en voz suficientemente alta a todo aquel que pudiese estar interesado.” (ROSE, 1985, pág. 81). Esta idea evidencia claramente la influencia del pensamiento lockeano, no obstante sus posteriores desarrollos y sofisticaciones. La posesión implica, así entendida, una ineludible apropiación y toma de control físico sobre las cosas. La pregunta que cabe aquí plantear, y así lo hace Rose, es cuáles son los límites de esta idea, y si sirve para toda clase de bienes, incluso aquellos que no tienen la entidad material que supone poseerlos. En una línea de pensamiento similar, Bell y Parchomovsky defienden que los sistemas de propiedad son análogos a las redes de comunicaciones, en el sentido de que el valor de los bienes se incrementa a medida que más personas suscriben una cadena de intercambios (BELL & PARCHOMOVSKY, 2005, pág. 559).

teórica a partir de dos aproximaciones sobre la propiedad que no parecen dialogar entre sí, pero que son evidentemente complementarias.

La primera es el conceptualismo formalista, que arranca de las nociones más bien romanistas de la propiedad, y que enfatiza los derechos de excluir, transferir y usar los bienes. La aproximación instrumentalista, por su parte, se centra no tanto en los conceptos y tiende a ver la propiedad como una mera agregación de derechos y no como un cuerpo teórico que goce de alguna particularidad. Los derechos son simplemente asignados por el sistema legal y luego transados por las partes titulares de estos mediante el contrato. Es la visión, por cierto, que está más cerca de la corriente del análisis económico, que pone más atención en la propiedad en tanto herramienta de asignación de recursos que en las particularidades dogmáticas que ésta pueda ofrecer: se trata de entender que la propiedad está más al servicio de las necesidades de una sociedad y de una economía dadas que a ser una respuesta a un deber moral o un orden natural (BELL & PARCHOMOVSKY, 2005, págs. 534 - 535, 547).

Una mirada que arranca desde este conjunto de ideas es la que dan Guido Calabresi y Douglas Melamed, en su célebre trabajo de 1972, *"Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral"*. El análisis que ofrecen los autores es novedoso, quizás algo ajeno a la cultura jurídica de inspiración romano – francesa, pero válida para cualquier sistema de propiedad. Los autores distinguen tres tipos de derechos: aquellos protegidos por reglas de propiedad, los que se protegen por reglas de responsabilidad y los que gozan de protección por medio de reglas de inalienabilidad. La propiedad es, en su concepto, una forma de derechos que protege la relación entre cosas y personas, pero no la única. Las categorías no son absolutamente distintas entre sí, y pueden concurrir varias de ellas en un único bien, pero pueden diferenciarse algunos aspectos. En lo que interesa a este estudio, las reglas de propiedad implican que "alguien que desea quitar a otro su derecho, deberá comprárselo en una transacción voluntaria en que el valor será determinado por el vendedor." (CALABRESI & MELAMED, 1972, pág. 1092). Las reglas son acordadas colectivamente y puestas en práctica por el Estado: su extensión comienza en la decisión de establecer por primera vez ese derecho y el contenido de éste. Este establecimiento primigenio puede obedecer a razones de eficiencia económica, preferencias de distribución o consideraciones de justicia. La eficiencia económica remite aquí a la noción paretiana de equilibrio, en que los bienes son conducidos a su mejor valor sin que exista, en un momento dado, una mejora posible de las partes de una transacción voluntaria. En general, dicen los autores, lo que se conoce en nuestro sistema como propiedad privada, es en realidad un derecho sobre las cosas que está protegido por una regla de propiedad (pero no sólo por una regla de propiedad) a propósito de una decisión que se ha adoptado colectivamente (CALABRESI & MELAMED, 1972, pág. 1105).

Desde este posicionamiento, no sobra afirmar que se trata de ideas evidentemente complementarias entre sí. El derecho ofrece una batería conceptual que determina cómo, cuándo y quién puede apropiarse de bienes y varias formas de otorgarles protección, y la propiedad es una de esas formas. Hay, como Calabresi y Melamed plantean, más de una

sola vista de la catedral⁵⁹, y cualquier compartimentación del problema va a dejar fuera otras categorías o va a impedir que estas se solapen en su comprensión. Para Bell y Parchomovsky, llama la atención que la idea del valor, como sinónimo de utilidad o bienestar económico, y de la propiedad como un dispositivo destinado a su captura y retención haya estado ausente durante tanto tiempo en la teoría conceptualista, en circunstancias de que fue lo que inspiró las modernas concepciones sobre la propiedad desde Locke en adelante. Los autores reclaman a la propiedad como un productor de valor que no tiene competencia en otros campos del derecho, siendo el elemento unificador de cualquier teoría sobre la propiedad y que viene a echar por tierra la noción de *bundle of rights*. La descomposición de la propiedad en distintas facultades puede entenderse, bajo esta lógica, como un medio destinado a lo que es central en la propiedad: la captura del valor. Aquello sólo puede tener lugar a partir del establecimiento y protección de relaciones entre las personas y las cosas (BELL & PARCHOMOVSKY, 2005, págs. 535 - 539, 551). Esto implica, por cierto, una completa realineación de todas las facultades que otorga el dominio, que ya no se entenderán separadas las unas de las otras, sino en pos de una finalidad específica. Así el derecho de exclusión, que se ha mencionado como central en la configuración propietaria, va a tomar un nuevo cariz. No se trata ya de excluir a los no dueños *per se*, en tanto no dueños, sino que se puede precisar la exclusión como la posibilidad de aprovechar individualmente y sin participación de otros, las utilidades de los bienes.

Como se advierte, y como los mismos autores reconocen, no hay en esto nada nuevo. Más bien se trata de reconfigurar todo lo ya dicho sobre la propiedad detrás de un objetivo a la que ésta sirve. Centralizar ese objetivo en el valor o utilidad es coherente con la noción que la economía ya viene subrayando: la propiedad se asigna a su uso más valioso y en la medida de que sea estable en el tiempo y goce de la suficiente protección, incrementará ese valor en favor del dueño mientras decrece el costo de obtener y defender esos bienes. En palabras de Bell y Parchomovsky “(...) un sistema de propiedad universalmente aceptado y centralmente vigilado provee el más efectivo y menos costoso medio de producción del beneficio, en economías de escala.” (BELL & PARCHOMOVSKY, 2005, pág. 552).

Es preciso determinar, no obstante, la forma en que el sistema de propiedad funciona para captar la utilidad de los bienes y atesorarla en un sistema capitalista basado en la acumulación. En esto, necesariamente, el sistema de propiedad debe contrastarse con uno en que no hay ninguna forma de propiedad, de manera que un recurso determinado es parte del dominio público. Un sistema de propiedad va a operar en tres fases: en primer lugar establece un estatus legal, mandando que un determinado bien pertenezca a una persona bajo determinados supuestos. La segunda parte consiste en dotar de un contenido a ese derecho, es decir habilitar al titular a ejercer determinados poderes sobre la cosa. En

⁵⁹ El título del trabajo alude a los 31 lienzos que Claude Monet pintó, a fines del siglo XIX, desde su estudio que miraba hacia la catedral de la ciudad francesa de Rouen, en Normandía. Cada uno de ellos da cuenta de distintos estados de la luz, la temperatura, el clima y, quizás, los estados de ánimo del pintor para quien, como puede suponerse, no había *una sola* vista de la catedral.

tercer lugar será necesario establecer consecuencias asociadas a la violación de las reglas de propiedad (BELL & PARCHOMOVSKY, 2005, pág. 554). Es en estas condiciones que un sistema de propiedad cumplirá con la finalidad de extraer el valor de los bienes, principalmente mediante la reducción de los costos de transacción asociados a las operaciones jurídico - económicas que se realizan sobre los bienes. Estas operaciones, que no son posibles de realizar en un sistema en que los derechos de propiedad se encuentran ausentes, permiten un continuo tránsito de bienes hacia su uso económicamente más valioso⁶⁰.

No escapan a este análisis las dificultades que representa la noción de valor: en efecto, Bell y Parchomovsky centran su explicación de la propiedad en la creación y aprovechamiento del valor que esta trae consigo, pero no resultan tan claros en especificar qué entienden por valor. Por lo pronto, los autores escapan de la noción lockeana de la agregación de trabajo, de forma de explorar otras formas de valor. De ahí que anoten una importante diferencia entre el valor, o precio, de reserva, es decir aquel a cambio del que un dueño estaría dispuesto a dejar de serlo, y el valor de mercado, es decir aquel precio que el mercado pagaría por ese bien (BELL & PARCHOMOVSKY, 2005, págs. 567 - 569). Pareciera entonces que, en la diferencia entre este valor subjetivo y el valor objetivo de los bienes, está radicado el valor en que centran su teoría y que es aprovechable mediante transacciones. De este modo, la concesión y protección de esos derechos por el sistema legal no sólo protege el valor sino que además permite a los propietarios desarrollar expectativas de mejora y comportamientos orientados hacia ese objetivo. A su turno, los derechos económicos, o derechos de explotación y uso, son parte relevante de la teoría del valor, pese a que los autores buscan llevarla más allá del mero economicismo, en la idea de que el sólo reconocimiento y protección crea de por sí valor (BELL & PARCHOMOVSKY, 2005, págs. 572 - 573).

La teoría de valor resulta interesante, pues permite unificar las apreciaciones sobre la propiedad privada que ya se venían construyendo desde el análisis económico del derecho y que se resumen, de modo general y cuasi canónico, en la afirmación de que la propiedad privada permite la mejor y más alta maximización de la riqueza. La idea de valor pareciera ser aun más específica que la sola maximización de la riqueza.

Este sistema de apropiación de valor se explica con bastante claridad a partir de Shavell (2004), al ofrecer un conjunto variado de justificaciones para los derechos de propiedad: las más relevantes se estudian más abajo. No obstante, Shavell no aboga necesariamente por una forma privada de propiedad, sino más bien de “alguna” forma de propiedad. Así,

⁶⁰ Bell y Parchomovsky justifican la preeminencia de los derechos de propiedad en contraposición a la posesión (entiéndase ésta aquí como una tenencia material sin más protección). Esta última no ofrece en ese sentido la misma calidad que la propiedad: el sólo reconocimiento de la posesión hace que el valor de uso, uno de los más relevantes que una cosa puede proporcionar, quede en un estado de mayor dependencia de la autodefensa (BELL & PARCHOMOVSKY, 2005, págs. 555 - 556). La protección legal, que es característica de la propiedad, permite que el dueño pueda separarse de la detención material en favor de otro sin perder el derecho de propiedad, con lo que se abre un enorme campo de transacciones en las que la propiedad va a gozar del máximo estatuto de protección.

los “(...) beneficios de los derechos de propiedad pueden mayormente ser disfrutados bajo regímenes muy distintos de derechos de propiedad.” (SHAVELL, 2004, pág. 22). En ese sentido, ambos extremos del esquema binario de propiedad privada versus propiedad pública, pueden producir incentivos similares a los que se van a describir, y en el contexto de modelos políticos muy diversos. Desde este punto de vista tanto sirve la propiedad típicamente capitalista, en su versión privada, como la propiedad estatal característica de los regímenes socialistas.

Todas estas justificaciones derivan de la idea de incentivo: el ser propietario de algo mueve al dueño a una actividad económicamente productiva. La primera de estas justificaciones, y tal vez la más trascendental, es la que remite de forma nítida a la concepción lockeana de la propiedad del incentivo al trabajo. Aquí la propiedad aparece no sólo como producto material del trabajo, sino que este axioma lockeano se retroalimenta bajo la premisa de que otorgar propiedad incentiva el trabajo. La explicación aquí es, naturalmente, de orden económico: sólo en presencia de derechos de propiedad que permitan al individuo apropiarse de la utilidad del trabajo (literalmente o a través del consumo de otros bienes que adquiere con su salario), el trabajo humano producirá su óptimo. O, dicho de otro modo, “(...) la cantidad de trabajo óptima socialmente no se puede obtener en ausencia de derechos de propiedad” (SHAVELL, 2004, pág. 12). Si un individuo no puede apropiarse del producto de su trabajo, o si este puede ser arrebatado por otro o por el Estado, su trabajo será ejecutado en un nivel subóptimo. Lo que vale relevar en el paradigma que plantea Shavell es que no sólo considera una óptima cantidad de trabajo desde el punto de vista individual (medida en horas/hombre), sino también desde el colectivo: la propiedad no aparece sólo como condición de optimización del trabajo de un individuo, sino que toda la sociedad se ve beneficiada por ese incentivo que se sigue de la posibilidad de apropiarse del producto.

El segundo incentivo que Shavell describe es el de mantención y mejoramiento de los bienes (SHAVELL, 2004, pág. 16). El argumento es similar al anterior, y gira en torno a la idea de que el trabajo alienta a la mantención y mejora de los bienes que son propios, lo que sólo se producirá en un régimen de propiedad y no en otros que provean alguna forma de posesión sobre esos bienes, como por ejemplo el régimen de arrendamiento u otras tenencias no propietarias que otorguen alguna forma de control, en los términos que señalaba Rodrik.

De forma similar, el tercer incentivo es el de transferir cosas. En el modelo que Shavell plantea, el intercambio de mercancías necesariamente mejora las condiciones en que estas se encontraban antes del cambio de propiedad de estas. Asimismo, indica Shavell, a partir de la posibilidad de intercambiar derechos se produce un aumento del bienestar general a partir de una mayor eficiencia de los medios de producción. Estos últimos se benefician de la especialización de los mercados, dirigiendo la producción a un grupo específico de consumidores (SHAVELL, 2004, pág. 18). Son las perspectivas de intercambio las que permiten que la producción se destine ya no al consumo propio o de una pequeña comunidad, como en el mundo medieval, sino que a vastas y complejas masas de consumidores, crecientemente diferenciados en gustos y preferencias, con los consecuentes procesos virtuosos de innovación tecnológica. La producción para el

comercio es una innovación propiamente capitalista que no habría tenido lugar en la historia de no haber sido posible transar de forma libre derechos de propiedad en una escala suficiente como para mover la capacidad de innovación humana.

A partir de esto, es posible relevar el sentido económico de la exclusión propietaria, uno de los rasgos dogmáticos más importantes de la propiedad privada, en tanto artilugio dogmático creado por la modernidad a partir de la filosofía política y económica. Resulta, a estas alturas, casi incuestionable que no hay un rasgo dogmático más relevante que la posibilidad de excluir a otros en la apropiación del valor que otorga la propiedad. Como señala Demsetz, (1964) el sistema de derechos de propiedad privada cumple la función de excluir a personas que no han pagado por un bien, del uso que los que sí han pagado le dan. Su existencia revela el valor social de bienes, sobre los cuales se fundan soluciones a los problemas de la escasez. Hay a partir de esto una función de valoración de los bienes que se sigue de la existencia de los derechos de propiedad privada, a partir de la posibilidad justamente de captar ese valor por el dueño en el ejercicio de las facultades que otorga el dominio. "El precio de un caramelo es exacto en cuanto a medir el valor social porque refleja la capacidad de cada comprador para controlar el uso de su mercancía adquirida, ya sea para revenderlo, entregarlo a la caridad, para sus hijos o para su propio consumo" (DEMSETZ, 1967, pág. 18). Es precisamente esto lo que se conoce como la internalización de los beneficios, y ha sido el foco de la teoría económica de los derechos de propiedad. Pero la función de internalización no funciona de forma aislada, como tal vez pretendieron Demsetz y Coase. El proceso de asignación de recursos propietarios que permite esta internalización, no deja de crear otras externalidades que quedan en el campo de los conflictos sociales en torno a la propiedad (FITZPATRICK, 2006, pág. 1009). Esos son los otros campos de batalla propietaria que no se resuelven en la sola adscripción a un credo economicista sobre la propiedad, sino que invaden el territorio de lo político. Como se verá en el capítulo siguiente, los bienes intangibles creados a partir del conocimiento humano, son precisamente ese campo de batalla en que las ideas que la filosofía y la economía han sentado sobre la propiedad privada, quedan en entredicho.

Capítulo II

El sistema de propiedad intelectual

Los anteriores acápites de este estudio han buscado identificar las principales características de los derechos de propiedad privada en tanto sistema de ideas que acompaña el desarrollo de un sistema social, político, económico y, por ende, jurídico, llamado capitalismo. La propiedad privada, pieza esencial del desarrollo del capitalismo en sus varias fases y en latitudes bien distintas, constituye ante todo un paradigma que se expresa en una construcción dogmática, pero que pertenece a su vez a un supra sistema de ideas que, desde la filosofía política y desde la economía, determinan qué relación se establece entre los seres humanos y las cosas, y los derechos que los primeros tienen en éstas. Asimismo, se ha indagado en aquellos elementos que pueden servir de punto de ignición para una crisis de la noción propietaria misma, y en que la descosificación de la propiedad juega un rol central.

Resulta evidente, entonces, que el canon moderno de la propiedad privada sufre duros embates teóricos y políticos en el campo de la propiedad que se refiere a bienes intangibles, productos del conocimiento humano. Es en ese campo donde los supuestos filosóficos y económicos de la propiedad privada ofrecen un flanco pródigo para la crítica, especialmente a la luz de los cambios tecnológicos que permiten el surgimiento de lógicas de producción e intercambio que desafían las construcciones dogmáticas modernas.

3. La propiedad intelectual y el conocimiento como objeto de apropiación

Ya se ha visto anteriormente cómo el paradigma propietario que se construye a partir del *Segundo Tratado del Gobierno Civil* de John Locke (LOCKE, 1998), viene a naturalizar la propiedad como un derecho que emana directamente del trabajo humano, iniciando el camino de la concepción liberal - moderna de la propiedad privada, que cimenta a su vez un sistema jurídico dogmático de gran sofisticación. Lo que no ha sido suficientemente explicado, hasta ahora, es que este sistema de apropiación y de ejercicio propietario, surge en un momento económico y político en que la tierra tiene una especial, sino fundamental, función en el desarrollo económico. Es en la tierra donde las nociones propietarias rinden sus frutos más ricos, precisamente porque la propiedad privada es un artilugio dogmático diseñado para una economía que se basa primordialmente en la tierra como fuente de riqueza. No es claro, por tanto, a mediados del siglo XVII, que deba existir propiedad o algo similar, respecto de cosas que no pueden tocarse con las manos y de las que, en consecuencia, no hay cómo apoderar ni extraer riqueza.

Lo cierto es que la velocidad de los cambios tecnológicos no iba a demorar en invertir esa relación, poniendo en valor por primera vez en la historia y de manera masiva, a las ideas como fuente de riqueza y objeto de intercambios. Aquí cobra relevancia lo sostenido por Demsetz (1967), en el sentido que la asignación de derechos de propiedad obedece a una nueva puesta en valor de determinados bienes que no se consideraban valiosos hasta ese

momento. Algún mecanismo operó, en la historia de la economía, que permitió que los bienes intangibles que se originan en el conocimiento humano obtuvieran nuevas credenciales en cuanto generadores de riqueza y requirieran, por ende, de un estatuto que permitiera de forma exclusiva y excluyente, aprovechar sus beneficios. El por qué ese estatuto legal se llama propiedad y cuál es su justificación, es algo que debe dilucidarse.

3.1. Una aproximación conceptual

Varias de las obras más relevantes de la corriente del análisis económico del derecho poseen capítulos dedicados a la propiedad intelectual (en adelante PI). Esto llama la atención de dos maneras. La primera, indica que los derechos de PI merecen, por alguna razón, un tratamiento distinto del que se da a la propiedad de tangibles, como si compartiera con ésta algunas características, o una suerte de unidad conceptual a medias. La segunda novedad es que la PI parece ofrecer un renovado campo para el análisis económico, como si sus fundamentos y su importancia relativa en las economías globales fueran objeto de algún cuestionamiento que es necesario salvar: la PI se parecería, compartiría algunos rasgos (pero no todos) con la propiedad de tangibles. Pero su comportamiento, en tanto fenómeno económico, sería distinto a cuenta de las características especiales que ofrece en el campo de su producción y, sobre todo, de su transacción.

Robert Cooter y Thomas Ulen (2008, pp. 175 - 200) tratan el problema de la aplicación de la propiedad a la información, que radicaría entre otras cosas en la imposibilidad de apropiación. Este se resume, para los autores, en que esa clase de propiedad recae sobre bienes que son caros de producir y baratos de transmitir, lo que es campo fértil para el problema de los *free riders*, que se apropian de los beneficios sin ser dueños. El revendedor de la copia de un disco de música, en el ejemplo de los autores, sólo asume el costo de transmisión o de reproducción, y no el de producción, la parte del león. Esto permite que los revendedores, *free riders*, se hagan de un beneficio que no produjeron, vendiendo a una fracción del precio al que el productor lo haría: este último se ve, pues, atrapado en la paradoja de la imposibilidad de apropiación.

Esta aproximación presenta algunas falencias. La primera es que habría que aclarar qué es aquello de lo que el productor (un artista musical, en ejemplo) se ve privado en realidad en el fenómeno del *free rider*. ¿Se trata de la imposibilidad de asir su obra? ¿O más bien de los beneficios que ésta puede generar, y que son siempre contingentes? Si se recurre a la idea de la propiedad como un haz de derechos, es claro que algunos de los poderes del dominio le serán privados, mientras que otros seguirán intactos. La *imposibilidad de apropiación*, pareciera una exageración, pero arroja ciertas pistas sobre la naturaleza de la PI y sobre el valor que se busca resguardar o proteger en el establecimiento de esta clase de derechos.

La segunda línea de falla es la relativa a la idea misma de información: como se verá, la PI posee un alcance amplio y una importancia relativa en las economías cada vez mayor, de manera que la sola información, en tanto traspaso de datos, es algo mezquina en

evidenciar la real valía de lo que se posee y transa en la PI, esto es, creación, ideas y conocimiento.

Con todo, Cooter y Ulen resumen cuatro áreas del derecho bien precisas que, en conjunto, reciben la denominación de PI o derecho de la PI. Estas son las patentes, el *copyright*, las marcas comerciales y los secretos comerciales. Cada una de estas áreas, agrupadas genéricamente bajo la etiqueta de PI, constituye un mundo en sí mismo, de creciente complejidad normativa y de enorme relevancia económica. Se trata de un mundo riquísimo donde se encuentran, y solo por ejemplificar; las patentes de *software IOS*; el modelo de invención del iPhone 11; el diseño de *hardware* de la impresora 3D Da Vinci (y el *software* que la gobierna); los frescos sociales de Balzac y los de Franzen; la complejísima y sensacional puesta en escena de *The Wall* de *Pink Floyd*, las producciones del Hollywood de la era dorada, la *nouvelle vague* francesa, la literatura de pastiche; *Fortnite*; las sucesivas versiones de *Mario Bros*; el catálogo de Cambridge University Press; el plano de arquitectura de la torre Shard en Londres, la escritura musical de la obertura que John Williams creó para *Star Wars* y el Album Blanco de *The Beatles*, los mundos de Jorge Luis Borges, incluyendo las lenguas que se hablan en Tlön y Uqbar; y todos y cada uno los *papers* y libros citados en este estudio. Todos estos objetos culturales, trascienden la sola idea de información, aunque sin duda la contienen. Todos poseen, asimismo, un rasgo común: se fundamentan en ideas. Y éstas, como se pondrá en evidencia más adelante, no compiten unas con otras, y su uso y aprovechamiento no disminuyen la posibilidad de uso por otros (COOTER & ULEN, 2008, p. 176).

En la entrada sobre propiedad intelectual de la *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Adam Moore y Kenneth Himma (MOORE & HIMMA, 2018) sostienen un principio de caracterización de la propiedad no física, o no material, sobre los productos del pensamiento original, y que se centran no tanto en la manifestación abstracta, sino en el control de las manifestaciones físicas o expresiones de esas ideas. De este modo, los derechos de PI, protegen los intereses de un creador de contenidos en sus ideas, asignando y haciendo cumplir los derechos de producción y control de las instanciaciones físicas de esas ideas (MOORE & HIMMA, 2018, pág. 1). Todo el sistema de PI se basa, pues, en ideas que se manifiestan, que trascienden su sola concepción en el interior del pensamiento humano para tomar una forma física o tangible que es apropiable y controlable. El aprovechamiento económico es por tanto directo respecto de esa forma física, pero mediato respecto de la idea que da lugar a ésta. Ya se verá cómo las formas jurídicas que se han construido en el derecho continental logran una sintonía fina con la distinción entre una forma de aprovechamiento, la económica, y una distinta, como son los derechos morales de los creadores en sus obras.

3.2. El problema de la definición

En su trabajo de 2012, "*Constructing Intellectual Property*", Alexandra George destaca las complejidades conceptuales que se ocultan detrás del sencillo término "propiedad intelectual". La autora pone de relieve la falta de unidad conceptual, la serie de

definiciones que se ensayan y el hecho de que ningún criterio definitorio logre dar cuenta del verdadero carácter del objeto sobre el que recae esa forma de propiedad. Estas dificultades pueden resumirse de la forma siguiente: el término no refiere a un objeto fácilmente identificable y no existe un *check list* que pueda remitir fácilmente a un conjunto de criterios con qué identificar el término. PI, afirma George, es más bien

“(…) un término paraguas que refiere a una variada colección de reglas y a los objetos respecto de los cuales estas regulan el comportamiento humano” (GEORGE, 2012, pág. 32).

Las cuatro ramificaciones que típicamente componen la PI tampoco ayudan a generar una unidad conceptual: más bien se trata, para George, de un conjunto de doctrinas a las que ciertos bienes intangibles son asignados a partir de un consenso que tanto deriva de como guía a, determinados estatutos legales. Las categorías clásicas que constituyen las doctrinas de *copyright*, marcas, patentes y secretos comerciales (ahí está la célebremente secreta fórmula de la Coca – Cola), son las que han entrado hace ya un tiempo en la etiqueta de PI y han quedado amparadas en la esfera de un campo regulatorio específico con un amplio desarrollo teórico, pero varias otras se encuentran en una especie de limbo jurídico – filosófico, pues comparten ciertos rasgos que permitirían calificarlas como PI. Nada de ello aporta, por cierto, a la claridad y unidad conceptual que permitan definir el término (GEORGE, 2012, pág. 32).

A partir de esto, la PI y su difuso carácter aparecen dotados de un dinamismo conceptual y una dispersión normativa que no son habituales en el mundo del derecho. Los regímenes legales de propiedad privada, tanto los de origen anglosajón como los continentales de base romanista, sostienen desde sus orígenes claras definiciones que delimitan qué es la propiedad. Pero, sobre todo, a fuerza de imponerse durante siglos y a cuenta del valor económico que han representado y de la certidumbre tangible de sus objetos de regulación, la propiedad de bienes físicos, en especial de los inmuebles, es un terreno de certezas. En tanto derecho, el núcleo conceptual radica, no tanto en la cosa misma como en las facultades que el dueño tiene sobre ésta. El campo de la PI es esencialmente dinámico, pero no tanto por la especialidad de las cosas que entrarán en él sino más bien por la naturaleza de las decisiones político - económicas que incorporan o extraen cosas de ese campo.

La conclusión a la que puede fácilmente arribarse es que PI es un término vacío por su enorme amplitud y que en realidad las varias cosas que pueden caer bajo su paraguas constituyen mundos regulatorios separados, que comparten algunos rasgos comunes. A esta apacible comodidad teórica, George contrapone la disconformidad de la política cuando señala que

“Hacer esto, con todo, es subestimar las consecuencias retóricas de un término cuya importancia política es generalizada y del cual pueden obtenerse ideas útiles examinando la forma en que se usa en el lenguaje” (GEORGE, 2012, pág. 35).

Esta mirada acentúa la importancia política del término⁶¹, en lo que dice políticamente el considerar que determinados bienes deben gobernarse bajo un régimen general de propiedad y otros no. Se trata de imponer, en ese sentido, una unidad normativa que se sigue de una unidad conceptual, pero por sobre todo de una misma gobernanza de determinados bienes que sí producen un efecto cultural y económico en las sociedades donde se asientan. Desde ese punto de vista, las particularidades dogmáticas que puedan aconsejar la separación de los estatutos regulatorios de ciertos intangibles, ceden a la necesidad de un gobierno político y económico de esos bienes. Esto contribuye, de alguna forma, al declive de la supuesta solidez y precisión dogmática del término mismo "*propiedad*" y su adscripción más bien ideológica a una forma específica de ordenamiento de la sociedad, el trabajo y la economía. O, como señala Dreier, la propiedad no coincide con un concepto legal preciso sino más bien constituye una "metáfora ideológicamente motivada usada en el continuo debate sobre la propietarización de bienes públicos" (DREIER, 2013, p. 130). La propuesta de metáfora sirve bien al interés de este estudio, pues de alguna forma contribuye a desnudar la PI de un conjunto de adornos dogmáticos y develar otra clase de intereses en su mantenimiento y su expansión bajo la categoría propietaria.

3.3. Elementos comunes de las doctrinas de propiedad intelectual

Con todo, Alexandra George ofrece varios tipos de definiciones de PI que, sin ser concluyentes, sirven más bien a propósitos específicos, ya sea funcionales o políticos. Entre los primeros están las técnicas enumerativas, que procuran definir la PI ya sea como una suma de doctrinas que resultan aplicables a un determinado conjunto de circunstancias; o bien como un inventario de reglas y de objetos que caben dentro de la denominación. La técnica bien sirve a un propósito funcional, básicamente el determinar si éste o aquel conjunto de reglas le son aplicables a éste o aquel conjunto de bienes intangibles o circunstancias específicas. Pero, como afirma George, no soluciona el problema de déficit de contenido: no se sabe aún, en suma, cuál es el contenido de esa estructura organizativa que se levanta mediante el ejercicio numerativo. La enumeración falla en captar la esencia de lo que incluye y es de poca ayuda, en definitiva, en un contexto en que normas y objetos se comportan dinámicamente. Por otra parte, las definiciones enumerativas descansan necesariamente en otras definiciones legales

⁶¹ El trabajo de Sebastian Haunss contiene una interesante aproximación a la PI como un nuevo escenario de conflictos políticos. Para el autor la expansión de las economías basadas en el conocimiento de escala global y de los instrumentos de gobernanza de esta mediante tratados internacionales de alcance mayor, han generado una politización de la PI. Esta se visualiza en dos procesos bien claros. Por una parte, más y más diversos actores han tomado parte en asuntos que tienen que ver con PI. Por la otra, el espectro de asuntos que involucra la PI ha crecido y las formas de acción se han vuelto más complejas. Estas dos tendencias deben comprenderse, en cualquier caso, insertas en el proceso de cambio social que se asocia al paso de una sociedad industrial a una en que el desarrollo económico se basa en el conocimiento (HAUNSS, 2013, pp. 3 - 4).

previas, las que a su vez se estructuran en una pirámide de conceptos normativos interrelacionados que tampoco remite a lo que el lenguaje comúnmente consensuado entiende (GEORGE, 2012, págs. 52 - 61).

Los problemas de las definiciones enumerativas no deben, en cualquier caso, oscurecer las virtudes y utilidades que ofrecen. Entender la PI como una agregación de estatutos legales, de doctrinas y de objetos, entrega pistas sólidas para fijar un contenido esencial: todas esas cosas poseen características y esencias comunes que será necesario extraer. No debe perderse de vista, asimismo, el carácter de *propiedad* que encierra el concepto de PI.

Un principio de definición es, como George afirma, que la PI es una forma de propiedad sobre bienes intangibles, de modo que el concepto en sí se afianza en una categoría previa; la propiedad (2012, págs. 62 - 63). Si la propiedad sobre intangibles no es algo distinto de la propiedad, de eso se derivaría que comparte necesariamente sus justificaciones filosóficas, económicas, su dogmática y, por supuesto, sus conflictos políticos y económicos.

Pero esta misma forma de discurrir puede llevar a un escenario de negación de que pueda existir tal cosa como la PI, a partir de la inapropiabilidad de la información, objeto primordial de la PI y de la imposibilidad de excluir: ésta, como se vio, es un rasgo esencial en la construcción liberal - individualista de la propiedad, o la base del individualismo posesivo, para Crawford Macpherson.

Si la PI recae sobre bienes de los que no es posible excluir a otros y que no hace rivales a los sujetos en su consumo, ¿por qué había de llamarse propiedad a ese derecho que existe sobre ellos?⁶²

Dicho lo anterior, quedan varios problemas que resolver. Tal vez uno de los más acuciantes dice relación con que, aún admitiendo que la PI es, en realidad, una forma de propiedad equiparable a la de los bienes tangibles, no es aún claro qué intangibles pueden ser objeto de ésta. Como se verá, el proceso político de propietarización ha hecho que cada vez más bienes sean susceptibles de ser apropiados ya sea física o simbólicamente: el fenómeno de la PI es parte de este proceso de extensión propietaria. Sin embargo, el mayor problema de filosofía política de la propiedad radica en gran medida en aplicar voluntariosamente a todos esos ámbitos el canon liberal propietario como si fuera una especie de solución de talla única que bien queda a todas las formas de producción y apropiación de bienes intelectuales que existen.

De esta manera, y como se ha visto, no hay que buscar las explicaciones tanto en la dogmática del derecho como en los factores económicos que han incidido en su extensión a campos que no se creían apropiables⁶³. La naturaleza de la PI, su esencia, no aparece,

⁶² La exclusión tiene un sentido muy definido en el mundo de los bienes tangibles y otorga tanto un derecho al dueño a impedir la entrada en los bienes ajenos (típicamente en la propiedad inmobiliaria) como un deber de los demás de excluirse a sí mismos de esos bienes. Pero, como afirma Hugh Breakey, cuando se trata de imponer una exclusión respecto de actividades, esta no funciona de modo tan sencillo en el mundo de los intangibles. No debe perderse de vista que muchos bienes amparados en PI en su versión de *copyright* pueden implicar un derecho a excluir a otros de la reproducción de esos bienes: el caso más evidente son los libros o la música. Estos bienes poseen una dimensión performativa, en el sentido más llano del término. Las obras teatrales se representan; las obras musicales se ejecutan; las obras poéticas se declaman ante un público y las obras cinematográficas se exhiben. Hay, en ese sentido, un campo de aprovechamiento de bienes amparados en PI que se vehicula en una actividad específica y de la que el derecho de autor permite excluir a otros performantes. La exclusión, dice Breakey, implica en este caso constreñir en otros la posibilidad de desarrollar una actividad específica que el dueño tiene derecho a realizar o representar, y puede tener una dimensión temporal o geográfica específica (BREAKEY, 2013, p. 139). El caso es que ese rasgo también es identificable en la propiedad de bienes físicos, pues el derecho de excluir también implica prohibir a otros ciertas actividades en lo propio: el derecho del dueño de un automóvil excluye a otros del derecho de uso, que es a la larga una actividad con una materialidad específica. Pero en el caso de los intangibles del *copyright*, es claro que la exclusión de actividad remite a un bien del intelecto humano, una creación que se soporta materialmente en un papel o un archivo de código binario. Un tercero que no haya obtenido los derechos de representación de "La Remolienda", no está excluido del uso del papel donde el texto se inscribe por medio de la escritura: se encuentra excluido de representar la obra que concibió Alejandro Sieveking, es decir de una acción concreta cuya ejecución le corresponde excluyentemente al dueño.

⁶³ George plantea varios ejemplos de intangibles con los que la noción de propiedad no comulga de manera muy clara: los derechos humanos son un intangible, pero no hay (ni podría haber) propiedad de ninguna clase sobre ellos. Los contratos, acuerdos de voluntades que establecen derechos y obligaciones exigibles, son intangibles y pueden ser objeto de transacciones onerosas entre partes, ¿podrían los contratos considerarse como PI? (GEORGE, 2012, pág. 66).

sin embargo, sino hasta que el estudio se traslada a las causas de la propietarización de determinados objetos, y en ello, las lógicas económicas tienen un rol fundamental.

Las dificultades de definir la PI, no obstante, no deben oscurecer la realidad de que la PI no es una entelequia, sino que tiene una corporeidad normativa bien definida en estatutos a través del globo. Lo cierto es que las varias doctrinas o formas de PI sí comparten ciertos elementos comunes que son de bastante ayuda en el intento definitorio. George apunta que los contenidos habituales que ofrecen las definiciones de PI suelen ser insuficientes para llegar a la esencia que la distingue. De esta manera, expresiones como *propiedad, intangibles, imaginario o embrionario*, no son suficientes para distinguir a la PI de otras formas de propiedad (GEORGE, 2012, pág. 83).

Una forma de comprender la propiedad (y también la PI) es considerarla un constructo social; un hecho institucional, por contraposición a los “hechos brutos”, es decir aquellos que no requieren de un contexto institucional para existir. Los hechos institucionales sólo existen como aspectos socialmente contruidos y en el marco de las sociedades humanas. Este esquema básico es útil de aplicar: la PI, en tanto fenómeno institucional, puede ser distinguida de los objetos sobre los que recae, hechos brutos del mundo no institucional. Esta separación entre la PI, como construcción jurídica elaborada en un marco institucional determinado, permite distinguirlas de las cosas apropiables a partir de ese marco. Los objetos de la PI son, así, objetos ideados, distinguibles de los objetos físicos que constituyen las formas documentadas de la PI (GEORGE, 2012, pág. 92). Estas últimas constituyen “(...) la evidencia tangible de la existencia de un objeto ideado, que sustenta el objeto de la propiedad intelectual” (GEORGE, 2012, pág. 93). En este esquema, la forma documental de la PI constituye un hecho bruto, pues su existencia es independiente de la institucionalidad que constituye la PI y de los acuerdos y consensos que erigen o no en propiedad los objetos que se contienen en esos documentos. Un ejemplo de esto es la diferencia entre el soporte que constituye un disco compacto, y la obra musical que se contiene en ella. El primero, en esta lógica, es un simple hecho bruto, como también lo son la larga secuencia de ceros y unos que, mediante un proceso de grabación laser, se encuentran escritos sobre una patina de metal prensada entre dos capas de plástico. El verdadero objeto de PI es, en realidad, la música que, en el caso de la tecnología digital, se expresa en secuencias de ceros y unos⁶⁴.

La estrategia objetual es útil en el intento de definir la PI, pues permite distinguirla de otras formas propietarias a partir de un rasgo presente sólo en este tipo de dominio. La distinción que se ha explicado entre un objeto tangible y otro intangible que se soporta en

⁶⁴ Guzmán desarrolla en el mismo sentido una idea de “cosas intelectuales” que “(...) constituyen materia o movimiento de la materia pensados con una forma determinada, reproducible o representable indefinida cantidad de veces con materia o con su movimiento físicos. (...) Su consistencia, empero, no es la corporalidad del soporte material, sino la forma concebida por el intelecto y dada a la materia concebida de la misma manera.” (GUZMAN, 2006, p. 60).

el primero, es útil para desintegrar la PI y mirar sus componentes por separado⁶⁵. En este proceso, el objeto de PI es uno mucho más específico, cuyo delineamiento es establecido por la ley u otro acto normativo heterónimo. George afirma, en esta misma lógica, que “el objeto de la PI es una delimitación legal de una parte del objeto ideal sobre el cual la ley provee un monopolio” (GEORGE, 2012, pág. 97). Esta idea remite directamente al comportamiento económico de los bienes intangibles sobre los que recae la PI y a las condiciones de su producción e intercambio.

Lo central, no obstante, es precisamente considerar la PI a partir de un objeto intangible que es separable del hecho bruto, y al que la ley otorga el carácter propietario. El énfasis viene dado por el carácter artificial de la PI y por el rol que el sistema legal tiene en la elevación de ciertos objetos a la categoría de propiedad. Tras ello, no obstante, hay un proceso que se desata a propósito de eventos externos que van moldeando el sistema legal y orientándolo en un sentido determinado. Esos procesos poseen una dimensión formal, cualquiera haya sido la forma de producción normativa, y otra material, determinada por procesos económicos y políticos de alcance más bien global. En éstos, a su vez, se inscriben procesos personales o colectivos de creación cultural, artística, científica o tecnológica, que pueden obedecer o no a una intencionalidad apropiadora. La PI es en ese sentido, un sistema autoproducido que recibe *inputs* a cuenta de distintos factores, uno de cuales (no el único) es el sistema de normas jurídicas.

Cabe preguntarse, con todo, si la consideración de la PI como un hecho institucional, construido sobre una facticidad que proviene de la tecnología, del desarrollo intelectual humano, de las presiones de las economías o de la compleja y poderosa política, es suficiente en el empeño conceptual. ¿Termina, esta mirada, de definir qué es lo esencial y característico de la PI? Si bien el enfoque que se ha venido explicando se centra en el objeto, no enfatiza aun en el proceso de propietarización.

¿Cuál es, en este esquema, el criterio central de la PI? La determinación del objeto es fundamental, como se ha visto, para la construcción conceptual. No obstante ser objetos que el mismo sistema crea a partir de hechos brutos, George argumenta que la esencia de las doctrinas que componen la PI radica en reglas que generan objetos abstractos de propiedad y derechos que regulan los comportamientos respecto de esos objetos (GEORGE, 2012, pág. 137).

El llamado criterio conceptual remite necesariamente al objeto ideal, que está dotado de un grado de originalidad y además puede ser representado en una forma documental. Este rasgo está presente en las varias doctrinas que componen la PI, de modo que bien puede ser considerado como un criterio central para definirla. Es, con todo, la ley la que operará

⁶⁵ Una interesante reflexión sobre el punto se encuentra en Pottage y Sherman, que muestran cómo es posible rastrear en la materialidad en que las cosas se manifiestan, una idea o invención que está detrás de ella, de modo de generar una especie de física ficticia. Incluso en las formas más sofisticadamente intangibles de propiedad, como por ejemplo el *software*, existe una forma de materialidad que la sustenta, al menos la materialidad del texto (POTTAGE & SHERMAN, 2013, pp. 25 - 27).

un proceso de aislación de los elementos abstractos y de posterior reconstrucción de estos como objetos de PI (GEORGE, 2012, págs. 144 - 145).

Sobre esta base factual se superpone una segunda categoría fundamental, conformada por los derechos que se asignan respecto de esos objetos. Aquí el terreno es algo más conocido: dependiendo del área de PI de que se trate, aparecen distintas configuraciones de poderes respecto de esos objetos, que pueden ser ejercidos por su titular de forma monopólica. George sostiene respecto a esto, que los derechos de PI en sí mismos no guardan mayor diferencia con los derechos de propiedad en bienes tangibles, más allá de que recaigan sobre objetos sustancialmente distintos (GEORGE, 2012, pág. 146). Es decir, el esquema de poderes que se ejercen excluyendo a otros para explotar los réditos económicos, es común a los derechos sobre tangibles y sobre expresiones de PI. A partir de esto, es posible sostener que, al menos hasta aquí, los principios dogmáticos puede diferir, pero la convergencia está dada por un mismo principio de apropiación económica, común a ambas formas de propiedad.

3.4. La propiedad intelectual y el problema de la forma física

Lo antes dicho permite establecer, sin embargo, un límite conceptual entre la propiedad sobre bienes materiales y la propiedad de intangibles. Pareciera, en un principio, que las ideas que sirven para explicar, y justificar por cierto, la PI, se derivan sin grandes complejidades y de una forma natural del sistema de propiedad común, o de propiedad sobre tangibles, como si unas y otras cosas fueran igualmente apropiables y su naturaleza fuera la misma. Para Peñalver y Alexander (2012, p. 184) el rasgo fundamental de los bienes que se protegen bajo los estatutos de PI, es el carácter no rival – no excluyente: de ahí se deriva que éstos no pueden ser sobreconsumidos, y surge un primer cuestionamiento a la base utilitarista de la propiedad, pues ésta ya no podrá fundamentarse en la necesidad de resguardar los bienes del sobreconsumo y, eventualmente, de su agotamiento. El abismo ontológico entre las cosas físicas y materiales va a ser, pues, la piedra angular que va a fundar la teoría, y por cierto la crítica, a la PI en tanto cuestionable derivación del paradigma liberal tradicional.

Alexandra George apunta, en ese mismo sentido, que la PI suele suponer su equivalencia con algo que tiene existencia física y que por tanto mantiene una entidad pre – legal, una existencia en el mundo de las cosas, y que sólo espera ser descubierta y regulada (GEORGE, 2012, pág. 8). Para la autora, en cambio

“La propiedad intelectual es creada y regulada por la ley, y de esta forma difiere de los objetos que no son imaginarios sino que tienen una pre – existencia en una forma física que determina la manera en que son controlados (...).” (GEORGE, 2012, pág. 9).

A diferencia de lo propuesto por Moore y Himma, el objeto de la regulación no es para George propiamente la entidad física a la que se encuentra por lo general atada la PI. El objeto tangible no es, en ese sentido, más que una evidencia de aproximación al objeto

de la PI, que existe más bien en el campo de lo imaginario. Los objetos de la PI no tienen, pues, una existencia física, lo que no impide que sean, en cualquier caso, reales. Pottage y Sherman ofrecen, en ese sentido, una interesante reflexión que avala, no obstante, el carácter material de la PI. De hecho, los autores afirman que el discurso de la PI es más materialista que cualquier otro lenguaje de propiedad, de forma que la PI misma no es una forma tenue o periférica de propiedad. La tangibilidad e intangibilidad no serían más que dos formas de una materialidad, que obliga a buscar una forma física en que la PI se manifieste y pueda por ende ser objeto de apropiación (POTTAGE & SHERMAN, 2013, p. 28).

La definición de PI oculta, tras una aparente simplicidad y un carácter en cierto sentido obvio, una construcción mucho menos pacífica. Hay por lo pronto, algunas intuiciones que afloran: la PI no tiene un asidero físico, aunque se relaciona con un objeto; sobre todo, no parece ser tan “natural”, como la perspectiva lockeana sugiere para la propiedad sobre bienes tangibles. Mientras esta última simplemente es reconocida por el sistema legal para autorizar y justificar la apropiación de bienes que se mezclan con el trabajo humano, y por tanto tienen una existencia previa, la PI parece ser un producto mismo de la ley.

Hay, como se advierte, una larga pugna por establecer diferencias radicales entre la propiedad sobre intangibles y la propiedad llamada clásica, sobre bienes materiales. Sobre el problema del carácter propietario de los derechos de PI, hay básicamente dos grandes corrientes gruesas de pensamiento. Las que consideran que la PI es, en efecto, una forma de propiedad que comparte con ésta sus rasgos esenciales, en especial la posibilidad de excluir; y la que considera que el término propiedad es algo que no calza con los rasgos característicos de la PI y no debe por tanto llamarse propiedad⁶⁶.

Desde una perspectiva más bien de dogmática civil, Alejandro Guzmán explica la diferencia que advierte entre las cosas incorpóreas y los bienes intelectuales. Sobre las primeras recae una especie de propiedad que se asimila a los derechos, a partir de la doctrina romana de Gayo y que se encuentra también en el Código Civil chileno. Las segundas son las “producciones del talento o del ingenio”, que de acuerdo al artículo 584

⁶⁶ A modo de ejemplo, Dreier muestra que la idea de propiedad en el derecho civil alemán sólo irrumpió a mediados de la década de los '80 del siglo XX en el ámbito de los intangibles. La noción propietaria siempre fue física, tangible, con una clara delimitación en ese sentido en el Código Civil y defendida de las impropiedades conceptuales que hubiera significado ampliarla al ámbito de lo no tangible. A diferencia del caso de Alemania, los sistemas de *common law* del mundo anglosajón, en donde la idea del *bundle of rights* gozaba de mayor aceptación, mostraban una mayor flexibilidad para recepcionar la idea de una propiedad sobre bienes no físicos. En este cambio en las concepciones hacia la propietarioización de los bienes intelectuales, que se manifiesta en la ley de marcas comerciales, jugó un rol fundamental el desarrollo de una economía basada en la información y los procesos de globalización comercial y política que Europa comenzaba a intensificar en esos años (DREIER, 2013, p. 121). Este proceso demuestra, entre otras cosas, que la noción tradicional de la propiedad anclada en lo físico tangible puede, a cuenta de cambios legislativos y políticos, ser permeada por un canon político jurídico de distinto cuño, en este caso igualmente propietarioizante.

del mismo Código, son “propiedad de sus autores” (GUZMAN, 2006, pp. 53 - 56). Estas producciones del talento y del ingenio se identifican en la actualidad con las “obras de inteligencia en los dominios literario, artístico y científico, cualquiera sea su forma de expresión (...)” (GUZMAN, 2006, p. 57). Guzmán plantea el problema de determinar si aquella relación entre esos bienes inmateriales o bienes intelectuales puede ser considerada propiedad⁶⁷. Ya el autor plantea ciertas dificultades para considerar propiedad a ese derecho sobre los bienes del intelecto: no hay cosas corporales a la base de estos derechos; no habría analogía entre las principales facultades que concede la propiedad clásica, esto es el disfrute y la disposición exclusiva, y el derecho de ilimitada reproducción que caracteriza a los derechos sobre bienes intelectuales. Tampoco existiría, a la inversa, posibilidad de disponer o de disfrutar de forma exclusiva respecto de obras literarias o inventos, al menos no en un sentido jurídico, cosa que, a la luz de cualquier estatuto con algún grado de desarrollo en PI, no es del todo exacta. Finalmente, un derecho esencialmente caducable tras un plazo determinado es incongruente con el carácter perpetuo de la propiedad clásica. Ante la dificultad de nominar a eso propiedad, Guzmán destaca que la doctrina mayoritaria ha reconocido que existen sobre esa clase de bienes “unos derechos autónomos y distintos de la propiedad” (GUZMAN, 2006, pp. 61 - 62).⁶⁸

Más allá de lo discutible de las afirmaciones de Guzmán, en especial en torno a las posibilidades de disponer de los bienes del intelecto de manera exclusiva⁶⁹, lo cierto es que el autor acierta en algunas de las críticas más comunes que buscan sostener que la PI no puede ser construida desde una analogía con la propiedad que Guzmán llama “clásica”, y que puede resumirse en su sentido material – cosificado.

Pareciera ser, en esta lógica, que todos los posibles usos o aprovechamientos que ofrecen esos derechos autónomos que conforman la expresión *propiedad intelectual*, no fueran más que inexactas analogías que buscan definirse por similitud a las impercederas y completas facultades del dominio clásico, sin lograr ser nada más que un pobre reflejo de estas. Esto equivale, en buena medida, a entender la propiedad como un instituto pétreo, que no evoluciona ni cambia en el tiempo y que no es susceptible de reformularse a la luz

⁶⁷ El autor zanja el problema de que estos bienes del intelecto puedan ser considerados cosas incorporales, pues esta noción se reserva sólo para los derechos. Más allá de que, desde la filosofía, esos bienes puedan ser considerados incorporales, lo cierto es que la noción que se construye desde el derecho debe negar ese carácter, que se limita a los derechos. Cosa distinta, señala, es que sobre estas cosas puedan existir derechos (GUZMAN, 2006, p. 59).

⁶⁸ Nótese que Guzmán tampoco acepta que esos derechos autónomos que existen sobre los bienes del intelecto puedan ser, a su vez, objeto de propiedad.

⁶⁹ Guzmán indica que estos derechos se caracterizan porque facultan a su titular a un uso, el cual asimila a una proyección reiterada en materia y formas físicas del modelo intelectual (GUZMAN, 2006, p. 67). Esto resulta evidentemente limitado si se tienen en cuenta las formas de aprovechamiento económico que ofrecen las varias formas o doctrinas que componen la PI.

de nuevos condicionamientos fácticos, en especial las nuevas formas de aprovechamiento económico de diversas formas de bienes.

3.5. El problema del objeto

La cuestión fundamental en esta discusión es la relativa al objeto sobre el que recae una y otra forma de propiedad y, si el régimen de propiedad que surge de la filosofía liberal, y que es primigeniamente material, puede aplicarse sin más a los bienes inmateriales intelectuales.

Richard Epstein advierte, en ese sentido, que pese a las diferencias de naturaleza de ambas clases de bienes, y la imposibilidad de concretar una posesión material sobre los bienes intelectuales (derechos de autor y patentes, principalmente), la herencia de la propiedad tangible sobre estos bienes no puede desestimarse a propósito de dichas evidentes diferencias (EPSTEIN, 2010, p. 458). Para el autor, las reglas de la propiedad de tangibles bien pueden aplicarse a los intangibles, de modo que nuevas formas de apropiación sean análogas a las antiguas. Epstein considera en ese sentido que el gran obstáculo teórico que representa la asibilidad de los bienes tangibles mediante la posesión, puede salvarse mediante ciertos sustitutos de ésta en un mundo intangible: en éste, la exclusión toma formas que bien pueden resguardar la maximización de las ganancias de la creación y diseminación de información. De la misma forma, las mismas limitaciones que pueden imponerse a la propiedad real o tangible, pueden tener lugar respecto de los intangibles, de modo que es el carácter absoluto de la propiedad en sí misma lo que está en cuestión y que en realidad hace ficticias las diferenciaciones entre una y otra forma propietaria⁷⁰. Epstein ve en los regímenes de propiedad sobre escritos e inventos una continuidad de la noción clásica - liberal de la propiedad, que remite a John Locke, Adam Smith y William Blackstone. De este modo, Epstein reacciona contra lo que llama un “obituario prematuro” de la versión liberal de la propiedad que sostendrían autores como Peter Menell o Thomas Grey (GREY, 1980) (MENELL, 2011) (MENELL, 2016).

La necesidad de defensa de la legitimidad de la PI, como una forma que no difiere sustancialmente de la propiedad física, ofrece desde ya un flanco crítico; la propiedad privada está bajo ataque, pues algunos estiman que esta no es del todo propiedad. ¿Dónde radicaría, en este esquema, la fuerza del esquema liberal propietario cuando se trata de adaptarlo al mundo de los intangibles?

Epstein ofrece una batería de argumentos, de por sí sugerentes. Por lo pronto reconoce una cierta forma de protección de activos no físicos mediante el contrato (EPSTEIN, 2010, p. 481), lo que remite a la idea que ya habían planteado Guido Calabresi y Douglas Melamed, en el sentido que los derechos de propiedad son una forma (una más de las vistas de la Catedral) que permiten poner bajo resguardo un activo (CALABRESI &

⁷⁰ En ese mismo sentido, Dreier apunta que los derechos de propiedad en bienes tangibles también están sujetos a limitaciones al igual que los de PI, de manera que ello no hace una diferencia que impida aplicar la noción de propiedad a ambas realidades (DREIER, 2013, p. 128).

MELAMED, 1972)⁷¹. La fórmula contractual serviría para mantener exclusividad en el acceso a ciertas formas intangibles valorables, pero no es suficiente para alcanzar las formas más poderosas de PI. El problema radicaría en el mundo de los derechos de autor y las patentes, donde la crítica anti propietaria es más feroz, pues se trata de la quintaesencia de la no - propiedad, al menos en términos lockeanos. No podría haber propiedad por medio de la apropiación material de algo que existe en la naturaleza, pues los bienes del intelecto no son materialmente apropiables. Epstein sostiene, en cualquier caso, que el argumento descansa en un marco conceptual estrecho de la visión lockeana de la propiedad, la que entiende más como una optimización paretiana de las fuerzas humanas en pos del beneficio colectivo de mantener un sistema de propiedad versus uno de no propiedad.

Si bien el argumento lockeano de la apropiación es una línea de base, debe avanzarse a partir de éste y considerar que los derechos de propiedad que se otorgan a creadores e inventores van a producir innovaciones que redundarán en un beneficio colectivo: de ahí que la pregunta consiste en qué desviaciones es capaz de soportar el canon tradicional para poder desarrollar un sistema de PI (EPSTEIN, 2010, p. 482 483).

En un sentido diverso, Daniel Attas sostiene que “(...) cualquier clase de régimen que reconozca el dominio sobre ideas, sin importar su especificidad, no puede encontrar sus fundamentos en la teoría lockeana.” (ATTAS, 2008, pág. 30). Esto deriva de una distinta lógica de consumición de los bienes materiales que haría necesaria su exclusividad para ser posible, y que no es tal en el caso de las ideas, cuyo consumo no las extingue y pueden ser usadas a la vez y sin detrimento por muchas personas. Como sostiene el autor, el carácter no rival de las ideas es una suerte de piedra de tope para sostener un esquema lockeano para la PI: las ventajas o aprovechamientos de una idea pueden beneficiar a varias personas a la vez, sin detrimento ni desmejora para otros. Es más, su flujo libre y sin barreras puede, en muchas formas, estimular la creación, la innovación y el nacimiento de nuevas ideas. Todos los elementos de la propiedad de Locke, incluida su teoría del trabajo, su vínculo con la libertad y los principios de suficiencia, pueden ser cuestionados cuando se busca aplicarlos al mundo de las ideas.

Al argumento de la consumición material versus la de las ideas, Attas agrega un interesante cuestionamiento a la libertad como fundamento propietario en el mundo de las ideas. Como se vio, la libertad realizada por medio de la propiedad recibe un profuso tratamiento en el canon liberal – lockeano. Pero, como Attas señala, la libertad que se realiza en el uso de una idea no coarta ni limita, nuevamente, la de otros. Es más bien al revés: “los derechos exclusivos sobre ideas probablemente restrinjan la libertad en formas

⁷¹ Mark Lemley señala que la propietarización tiende a considerar a los bienes intelectuales simplemente como una forma de propiedad real antes que como una forma de protección legal que aborda los problemas que crea la apropiación de los bienes públicos. Una alternativa a la propietarización de los derechos sobre bienes intelectuales es dejar de considerar a estos derechos como propiedad y tratarlos como casos de responsabilidad (*torts*). Esta alternativa permite desfocalizar las consideraciones en el derecho de exclusión, para llevar los derechos sobre esos bienes al terreno de las obligaciones de compensar a quienes han sido dañados en calidad de titulares (LEMLEY, 2005).

más severas aún que aquellas por las cuales la propiedad material restringe la libertad” (ATTAS, 2008, pág. 34).

Estas características, que alejarían a las ideas del canon propietario lockeano, hacen pensar que el orden de argumentos que justifica la existencia de derechos de PI no procede ya tanto de la filosofía política sino de un utilitarismo cuyos anclajes son mucho más cercanos a la economía.

3.6. La protección del valor

Esto obliga a una distinción que no se ha hecho hasta ahora, y que traza sin duda una nueva línea divisoria entre los bienes tangibles y los intangibles. Esta dice relación con la clase de valor que busca proteger el esquema de propiedad privada en uno y otro. Los bienes intelectuales poseen en ese sentido un valor de uso que no decrece cuando muchas personas hacen uso de ese bien, pero esto no es así en los bienes materiales, en que el valor de uso se reduce a medida que más usuarios entran en ese uso.

No siempre puede decirse lo mismo respecto de su valor de intercambio, es decir lo que los agentes de un mercado están dispuestos a pagar por ese bien. De hecho, como Attas indica, ambos valores pueden tener comportamientos independientes: aumentar uno de la mano del otro, o bien decrecer el valor de intercambio mientras el valor de uso aumenta a medida que más personas entran en el consumo de esos bienes. El control de los bienes intelectuales no busca, por ende, incidir en el valor de uso, sino más bien asegurar un pago por éste, cosa que Attas no considera que sea un aspecto integral del concepto mismo de dominio (ATTAS, 2008, pág. 36). Esto se explorará con más profundidad cuando se analicen las justificaciones de los derechos de PI desde la lógica económica.

De la misma forma, el rol crucial que juega el trabajo humano en la apropiación no tiene cómo operar en el mundo de la creación de ideas, al menos no con esa radicalidad que le asigna el credo liberal lockeano. Como afirma Attas, una cosa es controlar las ideas que están en las mentes humanas, donde se originan, y otra muy distinta es ejercer un control cuando estas ideas están fuera de la mente y sobre los dispositivos en que esas ideas se inscriben (ATTAS, 2008, pág. 40).

El problema, insalvable, de la aplicación sin más de la teoría de la apropiación lockeana por medio del trabajo, radica en que los bienes del intelecto constituyen un continuo con la mente humana de la cual emanan. No es posible en ese sentido que se produzca la apropiación primigenia en la que se fundan todas las demás adquisiciones, pues no hay un pozo común inapropiado del cual el trabajo humano extraiga los bienes para hacerlos

suyos (ATTAS, 2008, pág. 41)⁷². Siendo esto cierto, no debe perderse el punto, como se verá más adelante, de que sí es posible discernir sin gran dificultad entre las ideas que emanan de la mente humana y aquel conjunto de éstas que se expresan en una forma documentada o, si se quiere, entre las ideas y su forma material. La PI se cieme, así, sobre algunas (no todas) las ideas, y bajo la condición de que se expresen en una forma material o documentada. De la misma forma, y finalmente, el elemento del canon lockeano referente a la suficiencia y la no expoliación de los recursos (*déjese suficiente para los demás*), no logra adherir a la lógica de la PI: nuevamente la realidad de que las ideas no perecen, y tal vez sólo pasan de moda, representa un obstáculo insalvable para pensar en un esquema lockeano de propiedad sobre esa clase de bienes.

3.7. La descosificación de la propiedad

Desde esta perspectiva, el canon de la PI aparece como una suerte de deformación utilitaria de los principios apropiadores lockeanos, basados en la posesión. En este, rasgos como por ejemplo la duración de los derechos, constituyen esas desviaciones del estándar, que permiten aún considerar la forma propietaria original como vigente. Aún más: esas desviaciones van a permitir usos no rivales y no excluyentes, una vez que los plazos de protección hayan expirado. La PI ofrecería de esta forma una especie de salto alternativo desde el dominio privado al público, cuya línea divisoria son los plazos tras los cuales ciertos bienes se vuelven de dominio general. Se trata con toda seguridad de alteraciones al carácter absoluto de la propiedad privada, que como se ha visto, componen el corazón de ésta en un esquema liberal.

No debe perderse de vista, como señala Epstein, que el esquema de protección que la PI ofrece para los bienes bajo su amparo, representa formas de protección que equivalen a las de la propiedad física. En principio se trata de mecanismos que tanto establecen qué se considerará una violación, como los medios con que ésta puede repelerse. El sistema mismo de propiedad se apoya en el derecho de daños y de contratos, mediante el que se dispone de los derechos vendiéndolos o licenciándolos. Tanto la disposición como la misma protección de los derechos sobre intangibles quedan asimilados en buena medida a la propiedad física. Lo importante, en ese sentido, es analizar cómo los rasgos que son centrales en la propiedad de tangibles pueden tener un símil en la PI. En ese orden la exclusión parece ser una clave que no puede encontrarse ausente, dado su rol primordial

⁷² Curiosamente, Alexander y Peñalver usan el mismo argumento para mostrar, en una primera aproximación, precisamente lo contrario, esto es, que hay una cierta afinidad entre la teoría lockeana y los derechos de PI. Esto obedecería a que los bienes del conocimiento aparecen *ex nihilo*, a diferencia de los bienes tangibles que requieren una apropiación desde el pozo de común. De la misma forma, y dado que las creaciones corresponden a bienes que no existían con anterioridad, el problema de la suficiencia no se produce, pues “(...) otorgarles propiedad sobre la invención o creación deja suficiente y de la misma calidad para los demás”. Finalmente y dadas las características de los bienes, no hay peligro de que se degraden en manos del propietario (ALEXANDER & PEÑALVER, 2012, p. 192).

en la concepción liberal de la propiedad. Epstein argumenta en ese sentido que esta bien puede tener lugar, pero no mediante los límites físicos, y que los remedios para esas violaciones remiten necesariamente al derecho de daños y a las decisiones judiciales que buscan impedir esas infracciones cuando están teniendo lugar.

En gran medida, los argumentos en favor de la PI que propone Epstein remiten directamente a una controversia sostenida con varios autores que vislumbraban, ya en la década del ochenta, una crisis de la propiedad o su desintegración, precisamente a propósito de la descosificación de ésta. Uno de los trabajos relevantes en ese sentido es el de Thomas Grey (1980), que antecede en veinte años a Epstein en el planteamiento del problema. Grey parte de la idea de que ya la noción de *bundle of rights*, viene a subvertir la idea del dominio eliminando cualquier conexión necesaria entre los derechos de propiedad y las cosas. A partir de ésta se va a producir una fragmentación de la propiedad tanto subjetiva como temporal: las cosas pueden ser de propiedad de más de una persona, mientras ciertos aspectos del control sobre los bienes puedan cederse a otros o bien parcelarse a través del tiempo. De la misma manera, la extensa presencia de cosas intangibles en las cuales hay derechos de propiedad, produce una línea de fuga desde la tradicional forma propietaria cosificada: sin embargo, el lenguaje común sigue, para Grey, pensando bonos, depósitos, *copyrights*, patentes y marcas comerciales, en términos de cosas físicas. Para Grey “el discurso sobre la propiedad está fragmentado en un conjunto de usos discontinuos” sobre distintas cosas (GREY, 1980, p. 73).

Si bien el corazón de la visión liberal de la propiedad se asocia primordialmente a las cosas materiales, como un espejo que refleja y a la vez informa el mundo de la economía, es necesario relevar que esta construcción jurídico - ideológica de tan larga tradición no permanece pétreo, sino que experimenta los embates de los cambios sociales, políticos y sobre todo económicos. De ahí que Grey acuse una desintegración conceptual e institucional de la propiedad, como resultado de un proceso interno de desarrollo del capitalismo mismo y su transición hacia una fase industrial. Lo que Grey busca evidenciar es que el paso a la fase industrial del capitalismo da lugar a una suerte de compartimentación de la institución de la propiedad, a cuenta de continuas y cada vez más complejas subdivisiones y recomposiciones del haz de derechos que la componen, para ser transados a voluntad (GREY, 1980, pp. 74 - 75). Ahora bien: ¿qué rol les corresponde en esta crisis de la propiedad a los derechos de PI?

3.8. La reconfiguración de las relaciones de producción y consumo

Lo cierto es que, como ya se ha dicho, el campo de los derechos de PI es uno de reciente aparición. Su emergencia va de la mano de varios procesos de desarrollo tecnológico que inciden en las formas de producción en un continuo retroalimentado de más y más creaciones del intelecto humano. Como ya se ha dicho, el capitalismo es fundamentalmente evolutivo, y no es de extrañar que las formas propietarias que se encuentran a su base vayan mutando y, eventualmente, desintegrándose.

Grey menciona algunos rasgos prominentes de esa emergencia intangible, como la necesidad de nuevas formas de control corporativo y, sobre todo, de nuevas fuentes de

riqueza que ya no son apropiadas por medios físicos. La irrupción de los intangibles va a producir una nueva reconfiguración del esquema combinatorio de factores de producción en un entorno corporativo de enorme y creciente complejidad⁷³. Grey sostiene que esta erosión de la idea de propiedad navega en un entorno ideológico bien preciso, en que el autor visualiza una crisis mayor, la del sistema capitalista en sí al cual la propiedad privada sirve. Grey atribuye la crisis de la idea de propiedad a la misma evolución del capitalismo hacia su madurez, en que la propiedad es más bien una “red de relaciones de derechos y deberes entre personas, sancionado por el Estado, algunas de las cuales se asumen voluntariamente y otras no”, con una acentuada pérdida de importancia de la idea de propiedad en sí misma (GREY, 1980, p. 79). Con todo, es una crisis conceptual la que desata el quiebre, desde que la propiedad ya no es el concepto unitario que fue y más bien se disgrega en una serie de derechos legales sobre cosas o algunas (y no todas) de las formas de control que existen sobre éstas.

En la misma línea, Peter Menell (MENELL, 2011) propone la desintegración de la propiedad y el abandono en el campo de la PI de lo que denomina “la catedral liberal clásica”. Menell sitúa sus argumentos en el contexto económico digital, en que “(...) los titanes de la industria ya no son General Motors y U.S. Steel, sino Google⁷⁴, Apple, Microsoft e eBay” (MENELL, 2011, p. 1524). A ello habrá que agregar el auge de las plataformas de *streaming* de obras protegidas por PI, como Youtube, Netflix y Spotify, y

⁷³ En “El Nuevo Estado Industrial” John K. Galbraith refiere los rasgos de las corporaciones modernas del siglo XX, caracterizadas en buena parte por una reorganización de los factores de producción en que la organización burocrática es cada vez más compleja y dependiente de la adecuada confluencia de talentos específicos, que abarcan desde la dirección misma hasta la fuerza de trabajo. La organización misma de las corporaciones aparece como un nuevo factor de producción que se encarga de captar talentos y conducirlos hacia la producción. Para Galbraith esto implicaba un traspaso de los poderes de decisión de las corporaciones desde los propietarios, antiguos capitalistas, hacia la tecnoestructura, comprendida como un “(...) aparato para la toma de decisiones de grupo, para reunir y contrastar la información suministrada por numerosos individuos, con el objeto de llegar a decisiones que rebasan las capacidades de conocimiento de cada uno de ellos.” (GALBRAITH, 1984, p. 47).

⁷⁴ En julio de 2020, y en el contexto de las audiencias celebradas en el Congreso Norteamericano (vía telemática, debido a la pandemia de COVID19) en que varias compañías *big tech* acudían a dar a explicaciones sobre su comportamiento competitivo, *The Economist* publicaba en su edición de 30 de julio un artículo titulado “*How to cope with middle age; Google has outgrown its corporate culture*”. La nota acusaba los síntomas de cansancio de Google (cuya matriz es Alphabet), una compañía que dejó de ser un *startup* y que, pese a sus rasgos juveniles, espacios de trabajo tipo parque de diversiones y los USD 34 billones de ganancias en 2019, comienza a mostrar las arrugas del tiempo en la frente. Muestra de ello son los problemas que debe enfrentar a propósito de su propio crecimiento a nuevas áreas (salud, automóviles autónomos e inteligencia artificial), el peso de los rivales en el mercado, la vigilancia estrecha y visible de los reguladores y las sospechas de comportamientos monopólicos. En medio de varias tormentas, la compañía enfrenta el desafío de asumir su madurez, y los problemas que ésta trae, mantener el espíritu y, sobre todo, la maquinaria de innovación que la ha caracterizado siempre. Véase en [https://www-economist-com.nsl.bcn.cl/leaders/2020/07/30/google-has-outgrown-its-corporate-culture](https://www.economist.com.nsl.bcn.cl/leaders/2020/07/30/google-has-outgrown-its-corporate-culture), visitado el 31 de julio de 2020.

poner atención a la creciente incursión de otros actores en el mercado, como la reciente incorporación de Amazon, con su plataforma Amazon Prime Video, HBO Go y Disney. Se trata de corporaciones que se basan principalmente en alguna forma de control (no necesariamente propietario) de intangibles protegidos por el régimen de PI y no en bienes materiales, con un enorme y creciente peso en la economía. Esto hace que volver la mirada sobre la filosofía liberal de la propiedad no sea un mero ejercicio intelectual, sino que responda a una necesidad de repensar las relaciones entre productores, corporaciones *mainstream* y consumidores, teniendo como premisa una reconfiguración de relaciones de producción y consumo que no se rige por la lógica propietaria. En esta reconfiguración, la unidad conceptual de la propiedad que pretende el liberalismo está sometida a fuertes embates y no conserva la entidad que Epstein supone. Menell propone, por el contrario, una lectura funcional del sistema de derechos de PI a propósito de los objetivos de éste. Esto pone en entredicho la asunción claramente liberal - utilitaria de que la propiedad sirve a los fines de eficiencia y mejor repartición de los recursos. Esta premisa filosófica no puede ser cierta siempre y cada vez, sino que más bien debe obedecer a una comprobación empírica que no siempre resulta en su favor. De ahí que Menell vuelva a Hardin y a Demsetz, en su indagación por las condiciones específicas, generalmente de mercado, en que surgen los derechos de propiedad (MENELL, 2011, p. 1533). La posición de Menell es decidida en cuanto a que

“No es posible asumir que los recursos intelectuales deban ser gobernados por las mismas reglas que se han desarrollado para los recursos tangibles, incluso con el ajuste de la duración.” (MENELL, 2011, p. 1534).

Una vez que los derechos de PI se estudian desde la función que cumplen en la economía, su perfil se va clarificando, y al mismo tiempo se reafirma la distancia que toman del canon liberal lockeano. Como el mismo Menell señala, al establecer derechos limitados en el tiempo⁷⁵, la PI genera una escasez ficticia sobre esos bienes, con el objetivo de estimular el mercado de bienes que en otras condiciones, de no mediar esos derechos, en realidad serían bienes no rivales y no excluyentes (MENELL, 2011, p. 1535). La búsqueda de un mecanismo de incentivo a la innovación termina generando un empobrecimiento en el cúmulo de conocimiento que genera a su vez la base dinámica del proceso de innovación, en que el conocimiento y la creación se superponen obra a obra. Lo paradójico radica, en ese sentido, en que se trata precisamente de aquellos bienes cuya naturaleza los hace esencialmente compartibles, cosa no siempre posible de afirmar de los bienes tangibles.

⁷⁵ Daniel Stengel destaca que un rasgo distintivo de la PI es justamente el horizonte temporal que tiene esa última. La PI es una forma de apropiación que está destinada a transformarse en dominio público al cabo de un determinado, y cada vez más extenso, espacio. "Mientras que la propiedad en la vida *"real"* encuentra su fin natural, los derechos de propiedad intelectual mueren por muerte artificial." (STENGEL, 2004, p. 77).

3.9. Los límites a la apropiabilidad

La distinta naturaleza de los bienes tangibles e intangibles ofrece un problema específico respecto de los límites a la apropiabilidad de unos y otros. Mientras los bienes físicos contienen en sí mismos los límites de los derechos que ofrecen a sus titulares, los límites de la propiedad de intangibles del intelecto humano no se determinan con la misma claridad. Como señala Menell "(...) la naturaleza intangible de la PI significa que las fronteras son definidas por las palabras al contrario de mediciones cuantitativas geofísicas." (MENELL, 2011, p. 1537). Esto implica que los costos de cercamiento de las ideas son altos, pues se trata de fronteras muchísimo más porosas y que no guardan relación alguna de proporcionalidad con las fronteras que afectan a los bienes tangibles. Esto, que se ve agravado en una enorme medida por los medios de producción y transacción digitales, y los intercambios *on line* de bajo costo, implica que los mecanismos de protección de la propiedad son inefectivos de una forma y en un grado que no existe en la propiedad física. La posibilidad de poner límites a la diseminación de bienes nominalmente protegidos por PI se va haciendo cada vez más remota, y la posibilidad de cuestionar la propiedad y de aventurar un canon propietario distinto, más cercana.

Una evidencia de esa crisis es la emergencia de las redes *peer to peer* (P2P), que permiten el intercambio en red de archivos digitales que contienen obras protegidas por derechos de PI y de las cuales Napster es, tal vez, el ejemplo más sonado para el caso de los trabajos creativos musicales. Lo mismo puede decirse para el caso de Library Genesis, distribuidora *on line* de literatura técnica y académica, con servidores ubicuos (principalmente en Rusia) y Science Hub, fundado en Kazajistan, con su vasto arsenal de *papers* científicos gratuitos en la red, ambos con conflictos pendientes con varias de las casas más connotadas de repositorios académicos, como Sage, Elsevier, Routledge o JSTOR. Tanto en el ámbito de la litigación como en el de los estatutos legales que regulan la PI, la respuesta sistémica ante la imposibilidad de gobernar el campo y asegurar réditos a los autores y a la larga serie de intermediarios de la industria ha sido, hasta ahora, la extensión en lo posible tanto del ámbito de la PI como de la duración de los derechos. Es indudable en ese sentido que los medios digitales han instalado un desbalance notorio en los delicados equilibrios que existían entre la protección legal otorgada mediante derechos de propiedad y el acceso (limitado) que ello brindaba a los consumidores mediante un pago.

Este desbalance cuestiona seriamente la forma en que las personas construyen al amparo del sistema legal, relaciones de dominio sobre los objetos y sus productos. Es en el mismo sentido que Edwin Hettinger llamaba la atención, a fines de la década del ochenta, sobre la necesidad de poner bajo escrutinio las instituciones que sostienen un esquema de producción física, cuando ésta transitaba ya en esos años hacia lo intangible

(HETTINGER, 1989)⁷⁶. Hettinger indaga en las razones que justifican un esquema de propiedad respecto de esa categoría de bienes y que se deriva de la misma naturaleza de los bienes: si la posesión y uso del dueño no se socava por el uso de otros, entonces será el rédito potencial que esa cosa ofrece lo que justifica un régimen de propiedad. No obstante, las consecuencias que se siguen en la libertad personal de todos los demás “no dueños” hacen empequeñecer ese argumento. Dice Hettinger que

“(…) las restricciones en el libre flujo y uso de ideas, no solo reprimen el crecimiento individual sino que además impiden el avance de la innovación tecnológica y del conocimiento humano en general. En la medida de que el *copyright*, las patentes y los secretos comerciales tienen ese efecto, son difíciles de justificar.” (HETTINGER, 1989, pág. 36).

3.10. El problema del valor

Una mirada muy fina a la teoría de Locke sobre la propiedad privada y el rol del trabajo en ella, alerta sobre una distinción algo ignorada en la teoría y que dice relación con las distintas formas de valor que ofrece Locke. Hettinger diferencia entre dos componentes de éste: una parte es la que agrega el trabajador – propietario y otra es inherente al objeto del trabajo. Esta distinción, difícil de medir, por cierto, permite pensar razonablemente que a lo que el trabajador - propietario tiene derecho es sólo a aquella parte del valor final que es producto, efectivamente, de ese trabajo (HETTINGER, 1989, pág. 37). Pero, cuando este problema se lleva al campo de bienes que son producto del ejercicio intelectual, estos límites son menos nítidos. Esto lleva al problema de la autoría y la creación y de cuánto ésta tiene de inédito y cuánto de conocimiento acumulado en una larga serie de inventos y creaciones anteriores que construyen el edificio del conocimiento humano.

Para muestras, algunos botones. Toda la industria musical de la década de los ochenta hasta la irrupción masiva de Napster y del *peer to peer*, se basa en la invención del disco compacto, en base a prototipos desarrollados por Sony y Phillips, los dos gigantes de esa era lejana; no es posible dejar de apreciar en el realismo mágico de Gabriel García Márquez las huellas de William Faulkner y el mítico sur americano; ni el golpeteo rítmico de Violeta Parra en los trabajos de Camila Moreno; y cada *film* que Pedro Almodóvar

⁷⁶ Hettinger refiere técnicas mediante las cuales todos han (hemos) efectuado actos que pueden ser considerados piratería que, a estas alturas del desarrollo tecnológico, aparecen rodeadas de una nostalgia *vintage*, como grabar programas de TV en video cinta, hacer copias en *cassette* o fotocopiar capítulos de un libro (HETTINGER, 1989, pág. 32).

lleva a la pantalla contiene en sí mismo sus propias historias ya filmadas y las de las divas que admiró en el cine de los cincuenta que llegaba a su pueblo manchego⁷⁷.

Michael Foucault reflexiona en *“Que es un Autor”* (2010) sobre los autores que abren un campo (el de la literatura de terror o el género literario y cinematográfico policial, por ejemplo, con esquemas narrativos y elementos similares y comunes a un buen número de obras) y los llamados “instauradores de discursividad”. Estos últimos (entre los que cita a Marx y a Freud, pero bien podrían mencionarse varios otros en el mundo de la creación artística) permiten tanto un número posible de analogías como de diferencias. Se trata de creadores que abren un camino de posibilidades de aplicación, de convergencia y de divergencia de ideas en base a una columna central que crece a partir de obras esenciales (FOUCAULT, 2010, págs. 32 - 33). A partir de éstos se generan verdaderas escuelas de pensamiento o de creación, con la consecuente apertura de un campo específico de

⁷⁷ Michael Foucault publicaba en 1969 en la edición de julio – septiembre del Boletín de la Sociedad Francesa de Filosofía, el ensayo titulado “¿Qué es un autor?” (FOUCAULT, 2010). En él desarrolla una reflexión larga y alambicada sobre la desaparición del autor en la literatura, primero como constatación y luego como necesidad de llenar ese lugar vacío y buscar un lugar desde donde se va ejercer la función autoral. Foucault estimaba que obra y autor constituían una unidad primaria de análisis en la historia de las ideas, de la filosofía y de la literatura. Con todo, advertía una continua desaparición de la figura del autor, por detrás de o a cuenta de la obra misma, en la que el sujeto escribiente (creador) se pierde en una especie de trampa tendida por el mismo proceso de creación. Para Foucault, el autor y el nombre propio de éste están asociados a una función clasificadora del discurso y que a la vez caracteriza ese discurso, que transforma esa palabra en una que dice algo en un momento determinado y recibe, en consecuencia, un estatus dado y que sólo afecta, en las modernas sociedades, a un determinado grupo de discursos que están provistos de la función autor, mientras que otros no lo están (FOUCAULT, 2010, págs. 20 - 21). Para Foucault uno de los caracteres principales de esos discursos es justamente el ser objetos de apropiación, noción que aparece históricamente en el momento en que esos autores pueden ser indagados como responsables y castigados por el contenido de sus obras. La función autor está así ligada a un sistema jurídico que determina y articula los discursos, y que lo hace en función de una estructura propietaria determinada y que es nueva para el mundo de las ideas. En ese sentido, Foucault recuerda que los discursos no son originalmente un producto, sino un acto, “(...) un gesto cargado de riesgos antes de ser un bien dentro de un circuito de propiedades” (FOUCAULT, 2010, pág. 21). En la genealogía de esos discursos y su transición hacia la autoría como se conoce hoy en día hay así una etapa pre – propietaria en la que no hay una verdadera necesidad de atribución del texto a un autor. Muchos textos, especialmente en el campo literario, no eran valorados en función de un autor determinado. A diferencia de esas obras baldías, sí había una mayor consideración autoral respecto de obras que podrían calificarse como científicas. La modernidad produce una inversión de ese fenómeno de valoración del autor, en que los creadores de literatura, probablemente Cervantes el primero de ellos, comienzan a forjar una reputación en base a la autoría. Foucault sostiene así que, mientras la función autor desaparece en el mundo de las ciencias, en el de la creación literaria cobra inusitada fuerza, hasta nuestros días. Lo que interesa aquí son los rasgos de esa crisis sobre la noción de autor. En ésta bien tiene que ver el carácter absoluto del sujeto - creador y de la forma en que hace su irrupción en el orden de los discursos quitándole el rol de fundamento originario y analizándolo “(...) como una función variable del discurso.” (FOUCAULT, 2010, pág. 41). Desligar el análisis de la esfera del sujeto indudablemente sitúa el análisis en un punto de vista distinto, pues permite enfocarlo desde una función- autor en medio de muchas más funciones. Pero es muy posible que la función de sujeto apropiante del conocimiento sea la que mayor presencia va a tener en un sistema propietario.

producción intelectual que es rastreable, ya sea por confirmación o por oposición, a un autor.

La pregunta sobre qué parte de la creación es atribuible al creador o trabajador intelectual, es un potente principio de crítica a los fundamentos de trabajo y valor en la teoría lockeana, y obliga sin duda a intentar responderla o bien buscar una justificación distinta. En cuanto a lo primero, es claro que las creaciones intelectuales no aparecen *ex nihilo* y son, como Hettinger sostiene, productos fundamentalmente sociales, cuyo principio de trabajo no puede ser atribuido de forma clara a un individuo en particular. Esto lleva a que los valores de mercado de esos bienes deban repartirse o ser apropiados por una larga serie de personas, muchas de las cuales no están ya presentes. ¿Cuánto le debe Jonathan Franzen a Balzac, en la construcción del fresco social americano del siglo XXI que rememora el francés del siglo XIX? ¿Cuánto Miles Davis a la psicodelia de Hendrix, y cuanto el jazz moderno a Miles Davis y su obra fundacional inscrita en la placa de *Kind of Blue*?

Esto somete el principio de distribución del producto según trabajo y medido a través del valor de mercado, a ciertas dificultades. Éstas se ven acrecentadas por lo que tiene de contingente la noción de valor de mercado, que es esencialmente variable a cuenta de una serie de condiciones específicas que varían geográfica y temporalmente. Dado que los mercados actúan una vez que los derechos mismos de propiedad han sido establecidos, es posible incluso encontrar situaciones en que ni siquiera exista un mercado en que tales bienes sean demandados y transados. Hettinger afirma en ese sentido que el “(...) valor de mercado no es algo que produzcan aquellos que producen un producto y el argumento del trabajo sólo da derecho a los laborantes al producto de su labor.” (HETTINGER, 1989, pág. 39). No debe perderse de vista que, si bien la economía clásica suponía una correspondencia entre el valor de las mercancías y el trabajo puesto en ellas, que determinada su valor de mercado, lo cierto es que esa relación exactamente proporcional tiende a desaparecer cuando se transita hacia industrias que son menos intensivas en mano de obra. De esta forma una diferente proporción de capital y de trabajo puestos en una mercancía dada, van a alterar esa pretendida coincidencia entre el valor de mercado y el valor de trabajo (DOBB, 2013, p. 25). Esta separación ontológica de la noción de valor, a cuenta de quién lo produce, bien puede sentenciar a muerte la idea del derecho a percibir el valor total de mercado; un mito y, a la larga, una cuestión de política social, en opinión de Hettinger^{78 79}.

⁷⁸ Nótese, en cualquier caso, que Himma afirma que el límite de este razonamiento está en que sólo alcanza para justificar que las demás personas involucradas en la acción creadora deben ser compensadas, pero no llega a justificar que ese conocimiento deba ser de libre circulación (HIMMA, 2015, pág. 2477).

⁷⁹ Richard Posner agrega a este problema el del aumento de costo para las obras posteriores. Si todas las obras y todos los aspectos de una obra se propietarizan mediante un *copyright* perpetuo, se produce un costo de creación para las obras subsecuentes, que aumenta su costo total de producción. Estos costos se componen de la sumatoria de los costos de rastreo (identificar a los titulares del *copyright*) y los costos de negociación respecto de la licencia; ambos son,

Esta distinción ontológica del valor de las cosas que produce el intelecto humano rompe con la noción de valor, pero a la vez es el primer paso en una distinción ontológica sucesiva de los distintos derechos que se pueden derivar de la creación intelectual, cualquiera sea su forma. Hettinger va a precisar esta distinción en razón de, por una parte, un derecho al uso personal y a los frutos, que detentará el creador – laborante, y por otra un derecho a la utilidad que produce la transacción de esos bienes en el mercado (1989, pág. 40).

El primer derecho se posee *prima facie* por el creador, mientras que el segundo es un fenómeno socialmente creado y no un derecho natural en sí, y constituiría uno de los varios sistemas de recompensas que la ley puede granjear a los creadores. Esto resulta discutible, pues bien se puede argumentar que ambos derechos se originan en un pacto político entre ciudadanos que han renunciado al uso de la fuerza y puesto en funcionamiento un sistema político que reparte poderes y derechos entre los que adscriben a él. No obstante, sí es efectivo que, descartando una suerte de derecho natural al beneficio o utilidad que procede de esos activos, existen una variedad de sistemas de recompensas para los autores, algunos de los cuales pueden ser de orden propietario y otros no. De ahí que ciertas críticas sean atendibles, al menos, en cuanto a la hegemonía de la propiedad privada como sistema de gobierno de todos y cada uno de los bienes que existen, sean o no de creación humana o producto de una mayor o menor cantidad de trabajo transformador puesto en ellos.

Las ideas de Hettinger responden, como se ha dicho, a una ontología mucho más fina de los bienes intelectuales y a una genealogía del valor de éstos que es muy distinta a la lockeana. Con todo, y pese a lo sugerente de la idea de separar el valor de esos bienes conforme se originen o no en la acción humana, y al rol decisivo que esto tiene en la forma en que se otorga el derecho a ese valor, lo cierto es que no hay un cuestionamiento sólido de la PI misma, sino más bien de la parte de ésta que permite al propietario de una idea hacerse del valor de mercado de ésta.

Esta posibilidad, como se desprende del esquema mismo de un haz de derechos, no es más que una de las tantas facultades que otorga el dominio. Asimismo, la propuesta de repartición del valor que hace Hettinger, si bien puede sentar las bases para un gobierno de las utilidades de los bienes, y ciertamente una disolución de la noción de autor, que es estética y políticamente atractiva, no es menos cierto que representa obstáculos prácticos importantes.

Una de las críticas que se formulan a Hettinger, cuyas ideas remiten directamente a Robert Nozick y la crítica que hace de la fundamentación propietaria en Locke, puede encontrarse en Adam Mossoff (MOSSOFF, 2012), y giran principalmente en torno a la noción de valor que Locke habría puesto a la base de su teoría propietaria. Mossoff refiere el problema resaltando la poca importancia que la literatura (y también la crítica) le han asignado a la teoría del valor en Locke como justificante de la propiedad, y de la PI en particular. La idea central es que hay un malentendido en la literatura acerca de la noción de valor en Locke como una mera relación cuantificable entre el esfuerzo físico y el

típicamente, costos de transacción, que en este caso son impuestos por el propio sistema de propiedad (POSNER, 2007, p. 83).

dinero, que justifica la apropiación (MOSSOFF, 2012, pág. 285). En ese orden, sólo el trabajo físico y sólo el valor económico, parecen ser alcances algo limitados cuando se busca explicar el origen de creaciones del intelecto. Negar, en ese mismo sentido, la categoría de trabajadores a los creadores de esos bienes implica desconocer su autoría, el capital puesto en ello y la posibilidad de explotación de sus obras.

Mossoff recuerda en ese sentido que la justificación de la propiedad en Locke asume que trabajo significa "(...) alguna forma de esfuerzo físico cuantificable que debe correlacionarse directamente con el valor resultante de un objeto producido." (MOSSOFF, 2012, pág. 292). Mossoff considera que este reduccionismo, pese al extendido lugar que ocupa en la filosofía política de la propiedad, es un error que malentende el verdadero alcance que Locke quiso dar a su teoría propietaria. Una forma correcta de comprenderla es integrar dos elementos bien definidos en Locke. La primera es la labor productiva propiamente tal, que se sigue de la mezcla del trabajo con las cosas, y que se esconde tras una especie de formulación poética (*mixing labor*): el trabajo humano deber verse, entonces, como un desarrollo moral, pues crea bienes necesarios para la subsistencia humana. En este contexto el valor, como segundo elemento, debe ser comprendido, para Mossoff, como parte de un contexto general de producción de un estándar moral necesario para la subsistencia humana, y parte por tanto de la moralidad del trabajo. El resultado es que el valor trasciende la compensación monetaria, que Mossoff ve representado en una distinción entre el dinero y el "valor intrínseco". Este último se relaciona con los altos fines morales de preservación humana que se encuentran a la base del trabajo productivo y a los que también sirve el dinero. Mossoff argumenta extendiendo el campo de los valores, que el hombre tiene derecho a producir para el cumplimiento de los fines morales de preservación y florecimiento humano: éste posee una dimensión material y una no material. En esta lógica, el trabajo humano⁸⁰ es capaz de producir valores materiales y valores no materiales, a los que el hombre también tiene un derecho de apropiación, bajo iguales fundamentos (MOSSOFF, 2012, págs. 298 - 302).

⁸⁰ Stengel afirma que la teoría de la propiedad de Locke basada en el trabajo humano puede funcionar cuando se traslada al campo de la PI, a partir de que la materialización de las ideas requiere de una forma de esfuerzo físico o ejercicio de "mano de obra", a la que Locke le asigna un rol preponderante en la creación de propiedad. "Apenas el cuerpo comienza a expresar la idea, se involucra la mano de obra en el sentido de Locke" (STENGEL, 2004, p. 80). De esta forma, la expresión de las ideas nacidas del intelecto humano requiere de trabajo en el sentido lockeano para poder ser expresada. No obstante, reflexiona Stengel que la teoría Lockena de la propiedad exige además una agregación de valor mediante el trabajo, de forma de justificar la adquisición de la propiedad, siendo difícil discernir si los productos del intelecto agregan o no valor. Ello resulta bastante claro en la exigencia de "utilidad" en el caso de los inventos resguardados por patentes, pero es más difuso en el ámbito de la creación artística y literaria (STENGEL, 2004).

3.11. La propietarización de lo intangible

Richard Posner se refería en su conferencia de 2006, publicada como *Do we have too Many Intellectual Property Rights?* (POSNER, 2006), al fenómeno de la propietarización de la PI. Esto, que en principio parece una tautología, evidencia una idea bastante clara, cual es poner alerta sobre la propietarización de los bienes del intelecto. Esto sitúa en un momento dado de la historia a la adopción consciente de una decisión de transformar en propiedad, o más bien a la propiedad, algo que no estaba originalmente considerado como tal. Propiedad física y PI muestran una continuidad, pero también varios puntos de contraste, de manera que, como afirma Posner, no hay que moverse con tanta prisa desde una disciplina a otra (POSNER, 2006, pp. 174 - 176).

En primer lugar, está la cuestión de la caducidad: la PI tiende a tener una fecha de vencimiento, con algunas excepciones que, a la larga, dependerán de las contingencias de cada legislación y de la convergencia o divergencia que ésta tenga con una tendencia global de extensión de la vida útil de los derechos de PI. El segundo espacio de choque es el alcance de una y otra: mientras la propiedad física se expande a una amplia gama de cosas susceptibles de ser apropiadas, el derecho de PI posee un espacio bastante más reducido, aunque en crecimiento. Hay, en ese sentido, una larga lista de cosas inmateriales que no pueden ser apropiadas bajo ninguno de los regímenes de PI, "(...) una masa de ideas valorables y expresiones que están disponibles para que cualquiera las tome, use y copie libre, pero no exclusivamente" (POSNER, 2006, p. 176) . Pero, nuevamente, esto es una cuestión contingente y bastante dinámica, como se advierte de los procesos de extensión del ámbito del dominio intelectual. Finalmente, Posner refiere a la figura del *fair use* (o uso justo) que representa una excepción al régimen general de propiedad, pues permite que las cosas amparadas en esos derechos sean aprovechadas por los no dueños en determinadas circunstancias lo que, nuevamente, es contingente a cada espacio político normativo. Ninguna de estas características excepcionales que mantiene la PI corresponden a una cualidad intrínseca de ésta, sino más bien a corrientes de regulación que acentúan o atenúan el carácter absoluto y excluyente del dominio, y que constituye su matriz ontológica.

Todas estas circunstancias que parecen tender un campo insalvable de diferencias entre una y otra "propiedad", pueden resumirse en un conjunto de excepciones al carácter exclusivo y excluyente de la propiedad privada, que desestabilizan las fronteras que la propiedad, con suma claridad, traza entre los dueños y los no dueños. Estas excepciones no tienen, para Posner, un paragón en el mundo de la propiedad física. La clave, en esta lógica, radica más en una cuestión de extensión de lo accesible versus lo excluyente.

Posner ofrece, con todo, algunas consideraciones que van a profundizar las diferencias entre una forma y otra de propiedad, y que surgen de las distintas formas de transarlas (2006, p. 178). La lógica tras esta distinción es que la propiedad siempre tiende a radicarse en las manos de quien esté dispuesto a dar más por ella, y que el mecanismo que permite realizar ese objetivo está compuesto por transacciones más o menos complejas. Las transacciones que atañen a la propiedad tangible no son por lo general problemáticas: ya sea que las cosas se ven y se tocan o se encuentra constancia de ellas en registros públicos, como en el caso de la propiedad raíz, la existencia física indudablemente contrasta con

las dificultades que ofrece la PI. De ahí que un sistema de propiedad recurra a mecanismos que procuren la mayor facilidad de las transacciones que lleven esos bienes a su uso más valioso.

Nuevamente, se encuentra que la gran barrera que separa a las distintas formas de propiedad no es tanto una de orden conceptual, como de apropiabilidad económica. No se puede soslayar que los bienes del intelecto, con su sustrato esencial en las ideas, responden, como se explica en el primer capítulo, a la noción de bienes públicos, caracterizados por la no exclusión y la no rivalidad. Esto implica dificultades para comprender que puedan ser apropiados de la misma forma que los bienes físicos. De ahí que los procesos de propietarización de bienes del intelecto, que se sitúa más bien tardíamente en la historia, respondan más a una necesidad de poner límites a una apropiación indefinida e ilimitada de bienes de los que es posible obtener rédito, que a una composición dogmática propietaria.

En ese sentido, Ariel Fazio (2019) argumenta en torno a los ancestros lockeano - liberales que pueden rastrearse en el mundo de la PI. Sobre el entendido de que la propiedad privada es una función del sistema político liberal que se construye a partir del siglo XVIII en Europa, Fazio muestra críticamente una derivación de este esquema propietario en el mundo de la PI, en un curso de corriente naturalista. Para ésta no hay diferencia alguna entre los bienes materiales y los inmateriales, siendo ambas dignas de protección más allá de la distinción ontológica entre unos y otros bienes. El credo liberal del trabajo como fuerza transformadora y por ende creadora de propiedad privada funciona de la misma manera en los bienes físicos que en los intangibles, pues ambos se originan en el trabajo. Hay, en ese sentido, una lógica en que "(...) el proceso de creación se presenta como una relación prácticamente sin mediaciones entre el trabajador, su obra y el adquirente de esta última." (FAZIO, 2019, p. 130). De esta forma, la PI se adapta con bastante nitidez al relato de Locke sobre la propiedad pues, entre otras cosas, como destaca Fazio, el contexto lockeano en que se construye la relación de trabajo y propiedad es uno de abundancia (FAZIO, 2019, p. 131).

Esta abundancia originaria, si bien es propia del siglo XVII (y, por cierto, del mundo de las ideas en cualquier momento), no debe ser considerada en cualquier caso como un elemento definitorio de la propiedad liberal, sino más un accidente político, económico y demográfico de ésta. No se pierda de vista que Garret Hardin (HARDIN, 1968) construye, trescientos años después, una versión justificadora de la propiedad precisamente en la escasez de recursos que la propiedad privada busca evitar. Fazio documenta fuertes corrientes de pensamiento crítico que, desde el liberalismo, afirman que no es posible justificar la apropiación privada del conocimiento. La diferencia entre ambos tipos de bienes, como ya se ha expuesto, radica en la escasez de los materiales y la abundancia de las ideas y de los bienes que derivan de éstas, no siendo posible aplicar a las ideas la lógica de la propiedad física. De este modo, los principios liberales que aplican como base para la propiedad de bienes físicos se enfrentan a una barrera ontológica insalvable para considerarlos como un fundamento de la PI (FAZIO, 2009, p. 90).

Desde esa perspectiva, puede identificarse la escasez como principio ordenador del acceso a bienes y por lo tanto a cierta forma de vida en sociedad, pues se transforma en el instituto social que permitiría el uso económico de esos bienes (FAZIO, 2019, pp. 136

- 137). N. Stephan Kinsella señala, en un mismo sentido, que en realidad las reglas que gobiernan la propiedad cumplen precisamente una función social de evitar conflictos sobre recursos escasos, haciendo exclusivo el acceso a esos bienes conforme a algún criterio que permita evitar dichos conflictos; esto supone, como es evidente, la escasez de esos recursos apropiados o apropiables (KINSELLA, 2008, p. 29). Pero esta afirmación es eminentemente contingente y aleja la teoría propietaria de afanes esencialistas. Parece que la escasez, un principio de la economía, pasa a jugar entonces un papel al menos relevante en la decisión de qué se hace propiedad privada y qué no. En esta dinámica, los bienes intelectuales, que se definen económicamente por su abundancia no exclusiva ni excluyente, transitan una vereda de producción e intercambio muy diferente. Es, por lo pronto, evidente que esa distinción ontológica entre bienes tangibles e inmateriales, bien tiene utilidad para desestabilizar los fundamentos dogmáticos que los consideran a ambos dentro del rango de lo apropiable y por las mismas razones⁸¹.

4. La economía de la propiedad intelectual: un principio de crítica

4.1. El problema de los incentivos

Los problemas que ofrece la PI pueden observarse desde la perspectiva económica mirando a fondo el comportamiento de los activos amparados en esa clase de derechos y buscando en el una justificación a la existencia de un régimen de. A partir de ello, es posible comprender su establecimiento y regulación o, más bien, la aplicación del régimen propietario clásico a una larga serie de bienes intangibles, desde una perspectiva de economía política más que de dogmática jurídica. No debe perderse de vista que esta

⁸¹ Una derivación de esta distinción ontológica es la que planea Kinsella en su trabajo *Contra la Propiedad Intelectual*. El foco de Kinsella radica en una discusión sobre el origen de la propiedad, que en su concepto no está en el trabajo humano sino en la primera ocupación de los bienes, que puede adoptar la forma de tomar algo o de formarlo o crearlo con materiales existentes. La creación misma puede equivaler a esa primera ocupación, en la medida de que el acto de creación es un acto de ocupación. Pero más allá de esta coincidencia, que es más bien contingente, es en la primera ocupación (y la cadena de transferencias legítimas subsecuente) donde radica el origen de la propiedad y no la creación misma, que para Kinsella no es necesaria ni suficiente para establecer la propiedad y más bien distrae del verdadero rol de la ocupación de recursos escasos. Esto implica que la propiedad debe reconocerse a los primeros ocupantes de los recursos antes que al que ha mezclado su propio trabajo con esos bienes, con lo que toda la teoría del trabajo de Locke como propiedad del hombre que se proyecta hacia las cosas que se apropia, y la teoría de los derechos de propiedad como derechos naturales, quedan en cuestión (KINSELLA, 2008, pp. 37 - 41). Dado que estos bienes no poseen la entidad escasa que se les asigna a los bienes físicos, no serían en consecuencia objeto de derechos de propiedad. Kinsella, de forma algo extravagante, considera que aplicar a los bienes ideales un sistema de derechos de propiedad, requiere la violación de otros derechos de propiedad, los derechos sobre bienes tangibles. Esto debido a que el establecimiento de esos derechos implica establecer una regla de apropiación diferente y nueva que subvierta la regla del primer ocupante (KINSELLA, 2008, p. 59).

última, más que tratarse de una disciplina encerrada en sí misma y autoexplicativa, sirve a propósitos bien específicos. Robert Ostergard (2014) ofrece en ese sentido un acabado panorama y una aproximación empírica al establecimiento de la PI a nivel global, mediante instrumentos de regulación del comercio internacional tras los cuales subyace la idea de una fuerte correlación entre el establecimiento y protección de los derechos y el crecimiento económico. De esta manera, la lógica de los incentivos no sólo opera en el nivel individual, sino que alcanza a economías completas que se verían incentivadas a crecer a cuenta de esos derechos. En este proceso han sido vitales los instrumentos jurídicos del comercio internacional, en especial el proceso de establecimiento de la *World Trade Organization* (WTO) en 1995, y las fuertes presiones de EE.UU. para incluir en la Ronda Uruguay (1986 – 1994) del *General Agreement on Trade and Tariffs* (GATT) un régimen global sobre PI que “(...) elevó los derechos de propiedad intelectual desde un oscuro, esotérico campo legal a un asunto político y económico crítico, que llevó a los Estados al borde de guerras comerciales.” (OSTERGARD, 2014, p. 4).

Lo cierto es que, contra lo intuitivo que el argumento de los incentivos pueda parecer, en la tarea de dar con evidencia empírica sobre esa relación entre PI y crecimiento económico, Ostergard considera (y no está sólo en eso, como se verá) que hay evidencia para al menos cuestionar que tal relación empírica exista, al menos en parte. La evidencia para el autor sugiere que la protección de los derechos de PI no obedece a un principio de orden económico sino más bien a una presión política que se vehicula en instrumentos jurídico - comerciales internacionales desde los países industrializados hacia los que se encuentran en desarrollo, y que son justamente los primeros los que obtienen mayores

beneficios del establecimiento de sistemas propietarios más sólidos y estrictos.⁸² Esto es de suma relevancia, pues explica en buena medida por qué razón los países han ido adoptando regímenes de PI de mayor alcance y por qué esto es una preocupación de las

⁸² Lo que puede observarse, en ese sentido, es que los países desarrollados experimentan mayores impactos en innovación a propósito de los derechos de PI que los países en desarrollo, los que advierten un impacto negativo dado que la protección favorece a compañías extranjeras a expensas de las locales. Otros trabajos sitúan los efectos positivos de los derechos de PI en países de bajo ingreso y de alto ingreso. Para los primeros se producen flujos de tecnología mientras que en los segundos se produce un estímulo en la innovación. No obstante, los países de ingresos medios ven limitadas las posibilidades de imitación, en condiciones en que necesitan tecnología de bajo costo que les permita pasar a una etapa siguiente del desarrollo. Un ejemplo significativo es el de China, que en etapas tempranas de desarrollo implementa derechos de PI más bien débiles de modo de facilitar la copia y la imitación; a medida que los países van avanzando en el desarrollo, los derechos van haciéndose más fuertes, pues ello les permite estimular la innovación doméstica. El trabajo de Ostergard identifica evidencia empírica de la relación entre la protección de los derechos de PI y el crecimiento económico con que, supuestamente, estos derechos benefician a las economías en desarrollo. Uno de los problemas que trae consigo este objetivo es la medición del grado de protección que ofrece cada país, que no tiene que ver sólo con la legislación que se haya aprobado a propósito de los compromisos internacionales, sino que también con la forma, mecanismos e intensidad con que estos son puestos en funcionamiento (*enforcement*). En ese sentido se han publicado varios estudios, usando distintas metodologías, que buscan identificar el grado de protección que cada legislación da a los derechos de PI. Ostergard muestra una serie de problemas metodológicos en los trabajos precedentes, que dicen relación, entre otros aspectos, con una cuestión conceptual (qué tipos de PI se considera y qué importancia da cada país a las distintas variedades de esta), la precisión de los criterios para establecer las categorías y otras relacionadas con la medición del cumplimiento de las normas, más allá de su sólo establecimiento (OSTERGARD, 2014, pp. 7 - 10). La metodología que usa el estudio se funda en los estándares mínimos de protección establecidos por la Cámara de Comercio de los EE.UU. y analiza las legislaciones (excluyendo las referencias a revisión judicial, historia y costumbres) para 76 países, y considera asimismo el estado del cumplimiento de las leyes. Las conclusiones de Ostergard son sólidas en sentido que no existiría una contribución significativa de los derechos de PI al crecimiento económico, incluso con posibles efectos negativos derivados de la adopción de un sistema de derechos más estricto. No obstante, los impactos específicos del sistema de protección de patentes, varían de acuerdo con el nivel de desarrollo de los países (OSTERGARD, 2014, pp. 26 - 27). En una lógica similar, una visión interesante es la relación que puede establecerse entre los rendimientos de un sistema de PI y el estado del capital humano de un país. El trabajo de Kamilia Loukil plantea como hipótesis que los derechos de PI sólo tienen impactos positivos en la innovación tecnológica en países con altos niveles de capital humano. El estudio abarca datos de 46 países en 6 períodos de 5 años (1980-1984; 1985-1989; 1990-1994; 1995-1999; 2000-2004; y 2005-2009), y la variable dependiente es el número de patentes otorgadas como aproximaciones al nivel de innovación, mientras que el nivel del capital humano es establecido a través de la proporción de la población sobre 15 años que alcanza escolaridad de nivel terciario. Los hallazgos del estudio indican que no hay una correlación directa entre el nivel de capital humano y el estímulo de la innovación, sino más bien este juega un rol indirecto a través del sistema de PI, de forma que se establece una relación complementaria entre dichos sistemas y el capital humano en pos de la innovación. Las economías que parten desde estados distintos de desarrollo del capital humano no convergen así de la misma forma en un patrón de desarrollo de la innovación (LOUKIL, 2020).

potencias industrializadas del mundo⁸³. Los mecanismos de incentivos funcionan con una doble faz⁸⁴: si bien se promueve la adopción de estos regímenes, lo cierto es que muchos países en etapas tempranas de desarrollo pueden verse incentivados precisamente a lo contrario, es decir a no adoptar ese sistema de normas, y beneficiarse del acceso a tecnología barata que les permita crecer sin incurrir en el costo de adquirir esos derechos

⁸³ Véase el trabajo de Ruth Okediji, (*The International Relations of Intellectual Property: Narratives of Developing Country Participation in the Global Intellectual Property System*) en que señala que uno de los efectos de la armonización de los derechos de PI es que obliga a los países que los adoptan a una negociación respecto de los ideales de bienestar, de la regulación del comercio multilateral y la regulación internacional sobre PI. La integración multilateral puede generar en el nivel doméstico una presión hacia los estados de avocarse a necesidades de bienestar específicas de grupos de presión (OKEDIJI, 2003, pp. 380 - 381). Es interesante destacar, con la autora, como los procesos de multilateralismo que Europa desarrolló durante el siglo XIX respecto de sus colonias en Africa y Asia, ya se caracterizaba por una extensión a dichas colonias de leyes de PI con el objeto de facilitar las relaciones comerciales entre los poderes coloniales y asegurar intereses económicos en contra de otras potencias europeas, más que regular propiamente a los habitantes de esos territorios. No obstante, el proceso de descolonización, que se vive desde la postguerra en adelante, va mutando el foco del multilateralismo de la PI, hacia el gobierno por los países europeos de la competencia con las ex colonias, ahora países en desarrollo. De ahí que los objetivos de ADPIC sea fundamentalmente actualizar los viejos estatutos legales coloniales, muchos de ellos herencia de los países centrales, de modo de asegurar a los propietarios a escala global, la transferencias de renta desde los países en desarrollo a países desarrollados. Ello es especialmente cierto en una etapa del multilateralismo en que muchas antiguas colonias, especialmente en el sudeste de Asia, habían ya desarrollado una importante capacidad de manufactura que podía rivalizar de alguna forma con la de los países desarrollados (OKEDIJI, 2003, pp. 324 - 326, 336). Prueba de ello es la enorme capacidad de China para manufacturar diseños y patentes creados y registrados en EE.UU. o Europa, copiando mediante ingeniería inversa y fabricando a punta de mano de obra barata procedente tanto del comportamiento demográfico como de una estructura agraria en retroceso. Un trabajo interesante en ese mismo sentido es el Demir y Lenger (2019). Los autores buscan establecer los efectos de las políticas de PI en el nivel global, en base a un modelo de tres polos: las regiones que innovan en tecnología (el norte); las que innovan productos de baja tecnología e imitan la alta tecnología (el este); y las regiones del sur del mundo, que sólo se dedican a imitar ambas. A partir de esto, las regiones establecen un conjunto de prácticas y relaciones, en que las regiones del norte son los principales ganadores en las políticas de afirmación de los derechos de PI; las demás regiones se dedican básicamente a la copia o la imitación de tecnologías y productos.

⁸⁴ O triple, si se consideran otros actores que puedan tener intereses en el establecimiento de derechos de PI que monopolicen el acceso a ciertas tecnologías. Acemoglu y Robinson ejemplifican el miedo a la innovación que lastró el crecimiento económico desde el neolítico hasta la revolución industrial. El caso es el de William Lee, clérigo de Calverton, Inglaterra, quién tras volver de sus estudios en Cambridge, en 1589, creó una máquina tejedora de medias, que hasta ese momento se cosían a mano. Cuando acudió a la Reina Isabel I, a instancias de su diputado local, para solicitar una patente que impidiera que otros usaran el mismo diseño, obtuvo por respuesta un "*Apuntáis alto, maestro Lee. Considerad qué podría hacer esta invención a mis pobre súbditos. Sin duda sería su ruina al privarles del empleo y convertirlos en mendigos*". Los autores reflexionan acerca de las implicancias políticas de la innovación tecnológica, y cómo esta es capaz de desafiar las estructuras de poder cambiando el balance de este hacia los dueños de nuevos artefactos tecnológicos (ACEMOGLU & ROBINSON, 2012, págs. 219 - 220) .

en el mercado. De este modo, cuando estos países de bajo ingreso adoptan sistemas de normas que no se condicen con su óptimo, es muy posible que ello se deba a la presión de grupos de interés, estatales o corporativos, que influyen en esas decisiones de orden político (OSTERGARD, 2014, p. 27) (ACEMOGLU & ROBINSON, 2012, pág. 220). Estas consideraciones indudablemente ponen bajo una nueva luz el problema de la PI como sistema de incentivos. Es evidente que un sistema de propiedad bien puede funcionar como incentivo en el nivel individual para adoptar un sistema de normas que permita a un individuo aprovechar de modo exclusivo y excluyente los beneficios de su propia creatividad. No obstante es dudoso, como se verá, que aquello puede afirmarse siempre y cada vez, y ofrece límites siempre dinámicos y muy específicos a cada tipo de creación. Pero otra cosa distinta es entender que el modelo de incentivo funciona de la misma manera cuando un país, en tanto espacio político y económico de producción y transacciones, decide adoptar un régimen que tiene efectos importantes en su crecimiento económico, ya sea para potenciarlo o bien para lastrarlo en beneficio de intereses de corporaciones foráneas. Esas presiones, como señala Ostergard, tanto pueden emanar desde el nivel doméstico como del internacional, pero suelen afectar a industrias específicas cuyos ingresos y crecimiento dependen fuertemente de una simbiosis entre tecnología e ideas, como son la distribución de audiovisuales, *software* y la química farmacéutica (OSTERGARD, 2014, p. 30).

4.2. Ampliación del campo de batalla; el ámbito internacional

Este campo de batalla, encubierto tras los argumentos de los incentivos, tiene su expresión en un ámbito específico de las normas de derecho económico internacional que se refieren a la PI, específicamente a partir de la creación de la Organización Mundial del Comercio, a mediados de la década del noventa, y el reemplazo definitivo del antiguo *General Agreement on Trade and Tariffs (GATT)*, como ente rector del comercio mundial. En ese sentido, y como destaca José Carlos Fernández en su obra sobre Sistema de Derecho Económico Internacional,

“El desenvolvimiento del comercio internacional puede quedar obstaculizado (...) cuando las normas adoptadas para la protección de los derechos de propiedad intelectual varían sustancialmente de un país a otro.” (FERNANDEZ, 2010, pág. 259).

Esto arroja alguna luz sobre el sentido y los mecanismos de las presiones que para Ostergard se producen sobre los países para adoptar un régimen de propiedad que proteja esos derechos. En efecto, Fernández muestra cómo la protección de esos derechos evoluciona desde el siglo XIX hacia una internacionalización de la protección que tiene su expresión, por ejemplo, en el Convenio de Berna de 1886. Estas normas buscaban otorgar protección a los derechos de los nacionales en otros países de Europa, pero experimentaron un estancamiento en su desarrollo desde los años treinta del siglo XX hasta la década del ochenta, en que se vislumbra un auge del rol de la *World Intellectual Property Organization (WIPO)*, que había sido fundada en 1967. El paradigma que se

construye desde entonces es uno en que los incentivos operan en un nivel global y sus destinatarios son países que son llamados a intensificar la protección de derechos de PI, que a menudo no producen sino más bien importan, como función del aumento de su competitividad⁸⁵. De ahí el reclamo de que los estatutos nacionales se armonicen con los globales, de forma de no crear distorsiones en el comercio internacional. En ese sentido, Ruth Okediji señala acertadamente que este proceso de mundialización de la PI (o lo que denomina una tercera etapa del multilateralismo) obedece a varios fenómenos de orden económico. Entre ellos está el aumento de la capacidad de manufactura de algunos países en desarrollo y un giro de los países desarrollados desde las actividades manufactureras industriales hacia economías basadas en el conocimiento (OKEDIJI, 2003, pp. 336 - 337). Estas se basan en buena medida en conocimiento codificado, registrado, con fuertes inversiones de respaldo (a menudo estatales) y amparadas en regímenes de PI de alcance inicialmente doméstico. Es por ello que, en esa coyuntura específica para los países industrializados, obtener de los países en desarrollo una reforma sustantiva de sus regímenes internos de PI, se transforma en un imperativo económico (OKEDIJI, 2003, p. 337). O, dicho de otra manera, que las rentas se sigan transfiriendo desde los países en desarrollo hacia el mundo desarrollado, implica que los primeros cumplan normas de protección de PI que, básicamente, impiden que los países en desarrollo copien una tecnología, unos procesos o, en suma, prácticas productivas que podrían llevarlos más rápidamente al desarrollo. En ese sentido, la consideración más obvia, y que Okediji pone de relieve, es que los estatutos de PI que se supone potencian el crecimiento de países menos desarrollados o en desarrollo, no son necesariamente los que convienen a sus intereses. La relación entre crecimiento económico y el resguardo de los derechos de PI no está del todo establecida y los indicadores de desarrollo en muchos países no reflejan

⁸⁵ Señala Fernández: “La relación entre la propiedad intelectual y el comercio internacional evidencia la competitividad real de un país que se manifiesta a través de índices tales como la capacidad tecnológica instalada; el nivel de la innovación, el conocimiento y desarrollo profesional de sus habitantes y la desregulación de los gobiernos a la hora de permitir la creación de nuevas empresas. Dicha relación puede presentarse tanto en forma positiva como negativa. En el primer caso, favorece a ciertos países, especialmente a aquellos dotados de mayor capacidad tecnológica, por aumentar su comercio exterior. En el segundo, al abusarse de su ejercicio, se configura como un serio obstáculo a las transacciones transfronterizas.” (FERNANDEZ, 2010, pág. 263). No obstante, para el autor, la necesaria modulación de los derechos de PI compete al ámbito de la cultura y el arte al que aportan las creaciones intelectuales e incentivan la innovación en el nivel interno.

los beneficios que supuestamente trae consigo el abrazar objetivos de protección de la PI⁸⁶ (OKEDIJI, 2017, pp. 431 - 432).

De esta manera, el proceso de mundialización de los derechos de PI se ha inspirado en el paradigma globalizador, pero en un ámbito específico de éste, esto es, la globalización del comercio. Eso explica la búsqueda de una alineación de las legislaciones en torno a la integración comercial, que entre otros muchos aspectos, considera normas sobre PI. La respuesta normativa se desarrolla en esa órbita, con esos fines y a través de dos vías. La primera son los Acuerdos sobre Derechos de PI en el Comercio (ADPIC), de la WTO. Desde esa plataforma, los acuerdos sobre PI han ido incorporándose en distintos acuerdos de integración regionales, de manera que su expansión geográfica ha sido determinante en la propia eficacia de la protección que brinda. A este entramado normativo debe agregarse, como segunda vía, uno de orden institucional, que se resume en la creación a fines de la década del sesenta, de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), parte del sistema de la Organización de Naciones Unidas. La OMPI desarrolla funciones como la administración de los tratados; opera el registro de patentes, marcas y diseños industriales; presta asesoría a los Estados a fin de armonizar las legislaciones; promueve el intercambio de información; presta asesoría técnico - jurídica⁸⁷; y facilita la solución de controversias en la materia en el sector privado (FERNANDEZ, 2010, págs. 267 - 268). No escapa al análisis que muchas de estas funciones dicen relación justamente con los objetivos económicos que los sistemas de propiedad se plantean, fundamentalmente en relación con la disminución de los costos de transacción, de modo

⁸⁶ Esto obedece en buena parte a una estrategia de crecimiento post colonial que responde a una receta neoclásica de acumulación de capital como fuente de crecimiento. Se suponía que el manejo eficiente de ciertos parámetros iba a conducir indefectiblemente a los países al desarrollo. No obstante, esas estrategias fracasaron en la década del ochenta y del noventa del siglo XX, evidenciando una ausencia de convergencia hacia el crecimiento en base a una estrategia que ignoraba las instituciones, historia y efectos de distribución de riqueza que esas lógicas iban a producir (OKEDIJI, 2017).

⁸⁷ Evidentemente, esto equivale en gran medida a la promoción internacional de una retórica de la PI y de su respeto y observancia en todo ámbito de cosas en que esta pueda tener aplicación. Okediji sostiene que la premisa de crecimiento asociado a la protección de los bienes intelectuales atrae mucha atención cuando se trata de implementarla, pero poco escrutinio cuando se trata de averiguar por qué fallaron en producir los resultados prometidos (OKEDIJI, 2017, p. 435). En general, lo que la autora advierte como resultado de las políticas de asistencia técnica es más bien un conjunto de normas mal adaptadas a las realidades de los países en desarrollo o menos desarrollados, en base a una alineación específica de intereses de creadores y mercado que no siempre tiene lugar. Afirma Okediji: "Al igual que la literatura neoclásica sobre el crecimiento, las principales teorías de protección de derechos de autor están apreciablemente alejadas de instituciones sociales y culturales profundamente arraigadas que existen en muchos países en desarrollo y menos desarrollados. Esto sería distinto si las leyes de derechos de autor se basaran en una comprensión seria del desarrollo." (OKEDIJI, 2017). En un sentido similar, Fitzpatrick apunta acerca de los sistemas propietarios no estatales que perviven en los países del llamado "tercer mundo" que deben convivir en el mundo post colonial con los sistemas de origen legal, que no se terminan de adaptar el uno al otro, con un resultado a menudo polinormativo, prácticas semi legales y una extendida ilegalidad (FITZPATRICK, 2006, p. 1012).

que los derechos se transen en el mercado sin infracciones y sin barreras que distorsionen el sistema de precios de ese mercado. Una de las funciones de la OMPI que sirve justamente a ese objetivo, es la de procurar la armonización de las legislaciones sobre PI, y su alcance no sólo se limita a los aspectos de fondo sino, y quizás sobre todo, a los procedimientos de solicitudes e inscripciones de las patentes de invención. Ese ha sido, por demás, el objeto del ADPIC forjados en las negociaciones de la Ronda Uruguay, cuya finalización en 1994 dio lugar al nacimiento de la WTO. El ADPIC posee varias características que imbrican a la OMPI con la WTO, como mecanismos de solución de controversias y de arbitraje de la WTO, aseguramiento de mínimos de protección en los Estados y reconocimiento de la obligación de instaurar en la legislaciones respectivas procedimientos y recursos civiles y administrativos con esa finalidad.

Es imposible, con todo, no vincular este auge de la protección de la PI con la revolución neoliberal que tiene lugar en los países desarrollados a partir de fines de la década del setenta, especialmente con el auge de gobiernos conservadores en Gran Bretaña (con Margaret Thatcher) y en EE.UU (con Ronald Reagan)⁸⁸. En ese sentido, el auge de la PI como paradigma político económico responde a una nueva valoración que a nivel global se produce respecto de los bienes intangibles, en especial de los productos de la industria

⁸⁸ El geógrafo inglés David Harvey cita esas dos elecciones, en 1979, como un momento de consolidación del neoliberalismo, a partir del cual, en especial en Inglaterra, comienza el desarme de las políticas de orden keynesiano que habían imperado desde el fin de la Segunda Guerra Mundial y, para peor, de muchas de las instituciones de orden colectivo que se habían desarrollado, en especial de los sindicatos que fueron fuertemente combatidos por las políticas de Thatcher. Las formas solidarias de construir la sociedad ceden paso a la lógica del individualismo (recuérdese la famosa frase que se atribuye a la *premier* británica en el sentido de que no existe la sociedad, sino los individuos), la propiedad privada, la responsabilidad personal y los valores familiares (HARVEY, 2007, p. 29). Desde la economía, el neoliberalismo centra sus objetivos en los equilibrios macroeconómicos, la lucha contra la inflación y, sobre todo el crecimiento de la economía, medido por el aumento año a año del GDP (*Gross Domestic Product*). El panorama al otro lado del Atlántico, a comienzos de la década de los ochenta, sigue un derrotero similar, de la mano de Ronald Reagan en la Casa Blanca y de Paul Volcker en la Reserva Federal, que buscaba romper la estanflación por medio del aumento de las tasas de interés. Parte de las políticas de Reagan fueron, como su similar en Inglaterra, la lucha contra los sindicatos que, aunque nunca tuvieron en EE.UU la fuerza que mostraban en algunos países europeos, sí estaban posicionados en algunos sectores claves de la economía. A ello se suma una desregulación general de sectores que habían estado más bien domeñados hasta entonces, en especial el financiero. Parte de la historia de los problema sindicales en el mundo de los trabajadores aeronáuticos está ficcionado en la célebre película de Oliver Stone “Wall Street”, (1987). Para un bellísimo relato con el transfondo de las huelgas mineras que enfrentaron a Margaret Thatcher con los trabajadores de la minería del carbón, y la dura represión policial que siguió, véase “Billy Elliot” dirigida en 2000 por Stephen Daldry.

del *software* en Silicon Valley⁸⁹, y de empresas como Apple y Microsoft. Sin embargo, es preciso relevar también que este auge obedece principalmente a nuevos intereses económicos que surgen en un mundo desarrollado que se desindustrializa a gran velocidad, que traslada sus plantas de producción a las trastiendas de capitalismo mundial donde la mano de obra y el metro cuadrado son menos costosos que en los centros industriales americanos o británicos (HARVEY, 2013, p. 35). De la mano de esa desindustrialización se produce una mayor dependencia de las economías centrales del capitalismo en bienes amparados en PI, pues las corporaciones que lo sostienen se basan en esa clase de bienes. De esto resulta la necesidad de reforzar su protección en un contexto de auge de la capacidad manufacturera de los países periféricos. De ahí que, como apunta Donald Richards, el proceso de negociación de ADPIC fuera llevado con un objetivo de estandarización mundial teniendo como baremo la demandante protección de esos derechos en los EE.UU. y con la oposición de países como India, Brasil y Corea, naciones emergentes en la época y con intensas necesidades de contar con bienes importados intensivos en conocimiento y, a la vez, tecnología local para impulsar sus propios procesos de industrialización. No obstante, y como el mismo autor destaca, los acuerdos fueron tomados en ausencia de evidencia demostrable de que éstos fueran a producir un aumento del bienestar general a nivel global, y con indudables beneficios para los intereses de algunas industrias e individuos específicos (RICHARDS, 2004, pp. 112 - 113).

Indudablemente, esto sitúa el proceso de expansión de los derechos PI y de su protección en el marco de una lógica mucho más cercana a la economía política que a la necesidad real de proteger esos derechos para beneficio interno de los países y del aumento de su bienestar. En ese sentido, esta ampliación del campo de batalla, con un objetivo

⁸⁹ El periodista y autor norteamericano Tom Wolfe publicó en 2000 un magnífico ensayo titulado “Dos Jóvenes que Fueron al Oeste”, (WOLFE, 2001) y que fue incluido en la colección que se publicó en español como “El Periodismo Canalla y Otros Artículos”. En él, Wolfe recrea los orígenes de las nuevas fortunas que comienzan a gestarse a mediados de los años sesenta en el fértil terreno para la innovación de California y su Valle de Silicio, o *Silicon Valley*, hoy uno de los polos de mayor innovación y que alberga a las empresas de mayor valor del mundo. Wolfe rastrea los orígenes de Robert Noyce, cofundador de Intel y creador del *microchip* de silicio en donde se asientan los procesadores de los computadores personales, en los fértiles maizales de Iowa, dominados por un férreo protestantismo. Noyce, junto con varios otros inventores de su generación, iban a trasladarse con el tiempo a California, en donde desarrollarían no sólo productos innovadores, sino una nueva forma de crear y acumular riqueza basada en el conocimiento. Allí no sólo iban a reemplazar los cultivos de duraznos y ciruelos por naves industriales ligeras y plantas libres para los ejecutivos, sino que iban a desafiar a las antiguas estructurales industriales y corporativas de la costa este de los EE.UU., generando un polo de innovación de enorme dinamismo y miles de millones de dólares en fortunas que la cultura protestante no dudaría en aprobar. En un sentido similar, véase la notable reconstrucción de la creación de Facebook que David Fincher puso en la pantalla con el título de “*The Social Network*” (2010). Con el pretexto de relatar la historia de Facebook y de la hazaña técnico – comercial de su creador, Mark Zuckerberg, Fincher relata las paradojas de la nueva riqueza basada en intangibles que surge en los garajes y dormitorios de *geeks*, casi mágicamente a partir de un algoritmo capaz de gobernar y encausar a través de la red los sentidos de pertenencia de las personas y su nueva identidad en el mundo digital.

desarrollista de los países menos afortunados, se puede leer bajo un paradigma de acumulación capitalista a escala global y con una intensidad no vista antes. Esa internacionalización de la movilidad del capital exige una mundialización de las regulaciones que le dan protección, que ponen las ideas, su uso y sus productos a resguardo de quienes no han pagado por ellas. Impone, en suma, la existencia de organismos supranacionales, como la WTO o la OMPI, de modo que esas regulaciones más proteccionistas de intereses específicos se vuelvan hegemónicas, a cuenta de los intereses de algunas naciones que han sido históricamente centros capitalistas y sede de corporaciones productoras de conocimiento. No obstante, no es claro en lo absoluto que la adopción de un régimen estricto de derechos de PI esté en el corazón de la estrategia de desarrollo de países menos afortunados o en etapas tempranas de crecimiento. Como afirma Zorina Khan, en su artículo sobre historia de la PI, “(...) la historia de la economía indica que las instituciones de propiedad intelectual estimulan mejor el crecimiento económico temprano cuando permiten respuestas endógenas flexibles a las circunstancias socioeconómicas.” (KHAN, 2016).

4.3. Los incentivos en la economía de la propiedad intelectual

Ya se han adelantado en este estudio algunas nociones básicas: la propiedad privada hace su aparición como canon en un momento político y económico específico, en que el sistema capitalista busca consolidarse en la explotación de enormes reservas de recursos naturales; la PI, intangible donde los haya, no responde a la misma lógica, pero sí a la misma necesidad apropiadora, que se extiende globalmente a partir de instrumentos regulatorios internacionales. Pero sus características en cuanto activo económico hacen, como se ha visto, al menos tambalear sus fundamentos de filosofía política y se precisa incorporar elementos desde la economía que permitan indagar en sus fundamentos; ¿qué elementos de comprensión de la PI ofrece la economía?.

En su tratado *Foundations of Economic Analysis of Law*, Steven Shavell (2004) se refiere al problema de la PI bajo el título de “Derechos de Propiedad en la Información”, misma etiqueta bajo la que discurren Cooter y Ulen (2008) y en la que se agrupan patentes, *copyright*, marcas comerciales y secretos comerciales. El principio económico de los derechos de propiedad sobre la información es que éstos son instituciones socialmente valiosas que estimulan la creación de información por personas a las que se les otorga el derecho de vender los bienes que contienen esa información (SHAVELL, 2004, p. 138). Hay aquí una trasposición exacta del argumento general que la economía provee para la justificación de los derechos de propiedad y que, en su varias formulaciones, sostiene que el otorgamiento de derechos exclusivos asigna y permite la reasignación de modo

eficiente de los bienes a su mejor uso, pues incentiva una serie de actitudes positivas de la persona hacia las cosas que permiten la mejor realización de unos y otros⁹⁰.

No obstante, Shavell advierte en términos generales sobre las desventajas que un régimen de propiedad sobre la información puede producir, y que se resumen en el problema de la subproducción de esa información debido a que los titulares de esos derechos se encuentran en posición de fijar los precios por sobre los costos de producción de la información. Richard Posner, en coautoría con William Landes, recurre también al argumento de la subproducción de bienes intelectuales (libros u otros productos de la expresión humana) en ausencia de derechos de *copyright*: en estos casos el precio de mercado tenderá a caer por debajo del costo marginal de producir una copia, “(...) y como resultado la obra no será producida porque es posible que el autor y el editor no puedan recuperar los costos de creación.” (LANDES & POSNER, 2003, p. 40)⁹¹.

De ahí la necesidad de establecer ciertos remedios a esa desventaja, ya sea en la forma de limitaciones a los derechos mismos o del establecimiento de sistemas alternativos a la propiedad, como por ejemplo la recompensa estatal a los creadores de información (SHAVELL, 2004, p. 138). Es posible, por lo tanto, desarrollar sistemas que cumplan con el objetivo de fomentar la producción de información en un esquema no propietario o con limitaciones fuertes al ejercicio de esos derechos.

Desde esta perspectiva, y como se ha señalado antes, Cooter y Ulen exponen las razones económicas de la propiedad sobre la información desde el problema matriz de la imposibilidad de exclusión. Este rasgo, propio de los bienes públicos, provoca que los mercados privados provean una cantidad insuficiente de esta clase de bienes intangibles

⁹⁰ En ese sentido, y dado que la construcción dogmática de la propiedad privada no puede desvincularse de los contextos en que surge, Dreier apunta que los sistemas que adoptan la comprensión de la propiedad desde una mirada unitaria son menos proclives a permitir una evaluación diferenciada de las distintas funcionalidades de las prerrogativas que comprende el derecho. Los sistemas de raigambre civil – romanista son, en ese sentido, menos flexibles que aquellos que han abrazado más directamente la idea del haz de derechos: estos últimos, principalmente los de *common law*, resultan más adaptables a esas funcionalidades, pues el ámbito de cosas que pueden caer bajo término paraguas “propiedad” es más amplio. Asimismo, esta flexibilidad permite que el conjunto de facultades que se tienen sobre bienes tangibles e intangibles, puede someterse con mayor facilidad al criterio objetivizante de la eficiencia económica, que se ha transformado en la medida estándar para decidir si un derecho forma parte de ese haz llamado propiedad (DREIER, 2013, p. 131).

⁹¹ Los autores usan la expresión “podría” o “es posible”, en vez de afirmarlo categóricamente: la variedad de situaciones es amplia, y es posible que los costos sean modestos, la capacidad de copia de los competidores sean baja o lenta en relación a la velocidad de recaptura de los costos de producción. El problema se magnifica, dicen los autores, debido a los costos que deben asumirse antes de que se determine siquiera que va a existir demanda de esos bienes en el mercado, o cuál será su dimensión, de modo de que las utilidades potenciales deben cubrir los riesgos de fracaso de una edición. No siempre los derechos de autor garantizan efectivamente el recupero de los costos de producción (LANDES & POSNER, 2003, pp. 40 - 41).

y este problema debe ser abordado desde la economía, si es que se considera que hay un óptimo de bienes que la sociedad requiere en ese ámbito.

Ante esto, se ofrecen cuatro posibles soluciones (COOTER & ULEN, 2008, pp. 177 - 179). La producción estatal, directa o mediante subsidios es una, que no es infrecuente en el mundo de las ciencias y de la academia⁹². Una segunda posibilidad es el sistema de incentivos a las contribuciones caritativas, vinculadas a exenciones en el sistema tributario (una nueva versión del antiguo patronazgo de artistas). Una tercera solución es la vía contractual, por medio de acuerdos de secretos comerciales o científicos, que se manifiesta, por ejemplo, en cláusulas o contratos de no revelación de secretos o información, y que puede afectar a los empleados de una compañía o de varias que han establecido alguna relación contractual de colaboración. Esta es una solución de orden privado más cercana al orden contractual que al propietario, y demuestra la hipótesis de Calabresi y Melamed acerca de la propiedad como un derecho protegido por una regla contractual, entre otras posibles. El régimen de PI es, en este esquema, la cuarta forma remedial frente a la producción subóptima de esa clase de bienes, y en la tradición del análisis económico se funda en la función de incentivo que la propiedad cumple en el esquema de producción (COOTER & ULEN, 2008, p. 179). En ese sentido, los efectos del otorgamiento de derechos de PI como incentivos, justifican por sí solos dicho otorgamiento, pues de otra forma no sería posible asegurar que creadores e inventores continúen su senda de innovación, creación artística y entrega de bienes del conocimiento a la sociedad.

Esta trasposición argumental, aparentemente sencilla, la corrobora Richard Posner, en su célebre tratado sobre análisis económico de derecho, cuando afirma la continuidad entre la propiedad física y la PI, pues la justificación dinámica de los derechos se aplica también a los inventos (POSNER, 2007, p. 77).⁹³ Aquí Posner piensa principalmente en las patentes de invención, en donde ingentes cantidades de dinero deben ser invertidas para la materialización de una idea en un modelo que pueda ser producido en volumen suficiente para recuperar la inversión. Es un ámbito en donde la justificación del incentivo parece bastante más clara que en otras, tanto en sus alcances como en sus límites. No pueden apropiarse, por ejemplo, ideas fundamentales de la física o de la matemática. El problema, no obstante, es mucho más complejo cuando se considera la forma de propiedad que provee el *copyright* respecto de obras intelectuales artísticas o del conocimiento científico de base, pues el componente de innovación y valor económico que éstas traen aparejados es mucho más difuso.

⁹² Sin ir más lejos, esta tesis de doctorado ha sido en parte financiada por una beca otorgada al autor por la antigua Comisión Nacional de Investigación, Ciencia y Tecnología (CONICYT), hoy Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo (ANID).

⁹³ En un mismo sentido señalan Douglas y McFarlane que "(...) no existe dificultad en extender el ámbito de los derechos de propiedad para cubrir cualquier uso potencial de recursos valorables." (DOUGLAS & McFARLANE, 2013, p. 236).

No obstante, la justificación de los derechos de PI como un incentivo individual a la creación, es mucho menos lineal de lo que parece, y merece un análisis crítico desde el punto de vista económico. La versión bien puede comprenderse como una actualización del paradigma utilitario de la PI. Dado que ya no obedece al objeto de proteger los bienes del sobreconsumo que amenaza a muchos bienes materiales, el argumento utilitario se renueva en un nuevo *slogan*. Se protege la propiedad de intangibles para poder incentivar los procesos creativos que, de otra forma, se estancarían en las mentes de los creadores sin tomar nunca esa forma documentada externa que permite en definitiva la apropiación. Peñalver y Alexander señalan, en ese sentido que

“Desde la perspectiva utilitaria, el propósito de los derechos de propiedad intelectual, en pocas palabras, es fomentar la inversión individual en innovación protegiendo la posibilidad de los innovadores de recapturar el costo de inventar nuevos productos. El derecho de la propiedad intelectual hace esto otorgando a los innovadores un monopolio legal sobre sus creaciones por un período limitado de tiempo, lo que les permite aplicar precios más altos de los que obtendrían en un mercado competitivo.” (ALEXANDER & PEÑALVER, 2012, p. 185).

Seana Shiffrin (2008) pone desde ya el acento en cómo el argumento del incentivo en la PI difiere de otras justificaciones radicadas en incentivos, pues en este caso el incentivo consiste específicamente en el otorgamiento de un monopolio, que asegura que el creador o inventor no deberá competir durante un lapso de tiempo con otros creadores o inventores. Pero aún en el entendido de que esto constituye un incentivo, debe advertirse la peculiaridad de este, pues se trata de una evidente anomalía en un paradigma de libre mercado, que suele repugnar el monopolio. Aún aceptándolo, es difícil en cualquier caso comprender que sólo el otorgamiento de un monopolio constituya de por sí un incentivo sin el cuál los bienes del intelecto no se producirían. Como Shiffrin afirma, muchas veces los procesos creativos, más allá del recupero de costos fijos (y quizás ni siquiera) están

lejos de la búsqueda de renta y encuentran su razón de ser precisamente en la diseminación amplia de ideas⁹⁴.

El mero recupero de costos no alcanza a justificar la propiedad privada, pues el rango de intereses que pueden haber tras el acto, personalísimo e íntimamente motivado de la creación, es muchísimo más amplio que el sólo recuperar costos y proveerse de un estándar de vida mínimamente adecuado o incluso de asegurar el control de las rentas de

⁹⁴ La búsqueda de renta, o *rent seeking* en la literatura anglosajona, alude a un comportamiento de los agentes económicos que buscan obtener riqueza influyendo en el mundo político y económico a su favor, sin generar nueva riqueza, sino más bien aumentando la parte que les toca en el total agregado del producto general de la economía o de una industria dada. El concepto fue desarrollado por Gordon Tullock y Anne Krueger, a fines de la década del sesenta y comienzos de la del setenta. Si bien la literatura sobre el tema es extensa, un buen comienzo es la entrada que ofrece Tullock en *The New Palgrave Dictionary of Economics* (TULLOCK, 2008). Para Tullock, los esfuerzos de los agentes económicos están centrados en la creación de monopolios, cuyo resultado es una pérdida neta de riqueza. Estos monopolios no sólo tienen su origen en la actividad del Estado, como sería el caso de los que se crean mediante el establecimiento de derechos de PI, sino que también pueden originarse en condiciones propias de un mercado, que es el caso de los llamados “monopolios puros” o naturales. La tesis central de Tullock es que el comportamiento de *rent seeking* desvía recursos desde actividades generadoras de valor hacia actividades que, vistas desde el agregado de la economía, son improductivas. Este comportamiento, dice Tullock, equivale a la compra de boletos de la lotería: muchos los comprarán, pero sólo unos pocos (o quizás sólo uno) obtendrán el premio mayor, el monopolio. Pero dado que la inversión proviene de la totalidad de los participantes, el hecho de que sólo uno obtenga el beneficio implica una redistribución de la riqueza que es la contrapartida de una pérdida general, en comparación a la que se habría generado en una situación de competencia (TULLOCK, 2008, p. 2). Uno de los principales problemas que representa la búsqueda de renta, y que trasciende los efectos económicos netos (que pueden ser de por sí dañinos) es la imbricación de las industrias que buscan posiciones monopólicas en el mercado, con el sistema político de toma de decisiones. En ese sentido el trabajo de Anne Krueger, *The Political Economy of the Rent-Seeking Society*, publicado en 1974, se considera seminal. El estudio se centraba en demostrar que los costos de búsqueda competitiva de renta para la obtención de licencias de importación en la India y Turquía de los años sesenta, representaba un costo en bienestar, adicional al que implicaría conseguir el mismo nivel de importaciones mediante adjudicación a través de tarifas (KRUEGER, 1974, p. 295). La autora identificaba, ya en la década del setenta, una serie de prácticas ilegítimas que buscaban influir en las decisiones gubernamentales para asignar permisos y licencias de importación, es decir mecanismos que granjeaban el acceso al mercado y que generaban una pérdida en el bienestar general, a cuenta de restricciones cuantitativas sobre el comercio internacional. El sistema de búsqueda de rentas asociado a la obtención de las licencias es uno de los resultados de la intervención estatal. El problema que detectaba Krueger en sus conclusiones era uno de orden político: la pérdida de confianza de las personas en el mercado, toda vez que las decisiones de asignación eran (son) percibidas más como una lotería que como resultado legítimo del funcionamiento de un sistema competitivo. Una de las consecuencias de ello es la inauguración de un círculo vicioso que comienza con una mayor demanda de intervención en los mercados y sigue con una mayor cantidad de recursos dedicados a la búsqueda de renta (KRUEGER, 1974, p. 302).

los bienes creados en el futuro (SHIFFRIN, 2008, pp. 95 - 96, 101). Otro argumento en favor de los derechos de PI que resulta cuestionable es, en opinión de Shiffrin, el de la producción subóptima de bienes culturales que se daría en contextos de negación o no otorgamiento de esos derechos. El argumento del incentivo propone entonces una distribución desigual, mediante el otorgamiento de esos derechos de explotación en forma exclusiva a determinados creadores, que redundaría en una mayor y mejor producción de esos bienes en favor de un objetivo superior (Shiffrin lo sitúa en la libertad de expresión, pero bien podría ser otro objetivo de carácter político o cultural). De esta manera es posible restringir el derecho de algunos en favor de un objetivo de bien común. Esta versión colectiva del argumento de los incentivos es, no obstante, una mera continuidad del argumento central, esto es que las personas individuales que crean o inventan lo hacen debido a que existe un incentivo individual. Se trata, en palabras de Posner, de incentivos que no dependen de la propietarización (POSNER, 2006, p. 184).

Con todo, cabría preguntarse si la política de incentivos tiene la efectividad que cierta ortodoxia económica le supone. James Boyle destaca, en ese sentido, que tras este argumento hay una asunción lineal de que cada derecho adicional otorgado va a producir un incremento productivo en la misma medida. Lo cierto es que el incentivo parece operar más bien en una zona de equilibrio, de modo que tanto un sistema que no otorga ningún derecho de PI como uno que otorga demasiados, serán igualmente perjudiciales (BOYLE, 1996, p. 49). No obstante, el milimétrico equilibrio entre el adecuado incentivo para la producción de esos bienes y el acceso a los mismos para mantener la retroalimentación, es bastante menos exacto y difícil de lograr de lo que se creería⁹⁵.

Mario Biagioli llama la atención acerca del carácter de este balance, mucho menos metafórico que el que tradicionalmente inspira la imaginación sobre la justicia, y mucho más concreto, dictado por objetivos específicos que justifican la existencia de esos

⁹⁵ Un buen resumen del devenir de la PI en el nivel constitucional se encuentra en la entrada sobre el particular de la *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*. El artículo de Enyína Nwauche plantea el enfoque de la PI como derecho humano, poniendo énfasis en el rol de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos como instrumento de difusión y armonización de las legislaciones tras la puesta en marcha de la WTO. Sin embargo, el punto de partida de esos reconocimientos fue el conflicto que significaba comprender la PI y los derechos humanos como valores diferentes que requerían ser conciliados. El contenido constitucional de los derechos de PI procura equilibrar los intereses de los propietarios con el interés público, y en esta interacción radica el atributo esencial del establecimiento de esos derechos. Con todo, el punto de partida es la evidencia de que la balanza ha estado habitualmente inclinada hacia el lado de los intereses propietarios, mientras que la necesidad de equilibrio hacia los intereses públicos ha debido batallar por imponerse (NWAUCHE, 2016). El establecimiento de la PI bajo un enfoque constitucional de derechos humanos aparece así como una perspectiva novedosa que desafía el canon propietario desde otro punto de vista.

derechos⁹⁶. En la cultura jurídico política de los EE.UU este balance remite casi siempre en la literatura a los consideraciones que Thomas Jefferson⁹⁷ tuvo respecto del problema y que manifestó en una carta escrita a Isaac McPherson en 1813. En ella, uno de los más connotados padres fundadores del constitucionalismo americano, sostiene que no puede haber propiedad sobre los inventos y que la sociedad puede entregar un derecho exclusivo sobre las utilidades que éstos generen como una forma de fomentar que los hombres persigan ideas que a su vez produzcan más beneficios. La PI sobre las ideas se entiende así como una herramienta para alcanzar un bien social como es el progreso de las ciencias y de las artes útiles, objetivo que, por demás, está radicado en la misma Constitución norteamericana. Ese balance, como afirma Biagioli, no es un emblema de la aplicación de la ley justa por los tribunales, sino una condición de posibilidad misma de la PI (BIAGIOLI, 2019, p. 142). Con todo, Biagioli no es optimista sobre esa posibilidad y considera que la noción de balance y su extensa aplicación en el discurso legal y político sobre la PI, responde más bien a la ilusión de que es posible obtener un adecuado equilibrio de los costos y beneficios sociales para justificar la PI. Esos pretendidos equilibrios son de orden más bien económico, y sus precisiones vienen dadas por un correcto balance entre lo que se protege, lo que se deja ir y lo que vuelve en forma de producción innovadora. No es menos cierto, sin embargo, que tras esos aparentes equilibrios económicos, se esconden cuestiones más discutidas sobre el gobierno de la propiedad y la distribución de la riqueza.

⁹⁶ Boyle se pregunta sobre qué incentivo extraordinario puede haber representado para la escritora J.K. Rowling, creadora de la saga de Harry Potter, el aumento del plazo de protección de derechos de autor a setenta años sobre la vida del autor y no sólo cincuenta. Lo que hace el sistema de PI es otorgar pocos beneficios (en términos de incentivos a la producción) y altos costos al acceso a las obras (BOYLE, 2016). No queda claro que J.K.R. hubiera producido más o mejores personajes de haber contado con un plazo de protección de cien años.

⁹⁷ El problema que motivaba la carta era uno acerca del derecho de un fabricante de ascensores, cuya patente había expirado y el modelo había sido explotado por otros. No debe desestimarse la magnitud del asunto; la invención del ascensor, cuyos modelos de cabina se comienzan a materializar en las primeras décadas del siglo XIX, iba a producir un cambio fundamental en la disposición del espacio vertical en las ciudades, potenciando su crecimiento hacia arriba y la consecuente densificación urbana. Dice Jefferson: “La propiedad estable es un don de la ley social, y se da tardíamente en el progreso de la sociedad. Sería curioso entonces si una idea, el fermento fugaz de un cerebro individual, pudiera, por derecho natural, ser reclamada como propiedad exclusiva y estable. Si la naturaleza ha hecho una cosa menos susceptible de propiedad exclusiva que todas las demás, es la acción del poder pensante, llamado Idea; un individuo puede poseerla exclusivamente mientras se la guarda para sí mismo; pero en el momento en que se divulga, entra en posesión de todos, y el receptor no puede despojarse de él. (...) Considerando que el derecho exclusivo de invención no se da por derecho natural, sino en beneficio de la sociedad, conozco bien la dificultad de trazar una línea entre las cosas que valen para el público el bochorno de una patente exclusiva y las que no lo son”. Una reproducción de dicha carta puede obtenerse en <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/03-06-02-0322> (visitado el 21 de septiembre de 2020).

4.4. La economía de la exclusión

Ya se ha sostenido anteriormente en este estudio que una de las características más relevantes de los bienes objeto de PI, en tanto bienes transables en una economía dada, es el carácter no rival y no excluyente de la información que constituye el sustrato ontológico básico de las cuatro formas más comunes de PI. Básicamente se trata de bienes en cuyo uso no es posible excluir a otros y cuyo uso por otros no los degrada ni agota, y en los que, por tanto, la lógica hardiana de la propiedad no funciona. De este modo, una primera aproximación a la exclusión sobre los bienes del intelecto, indica que su propietarización no obedece, ni puede obedecer, al objetivo utilitarista de impedir su agote o extinción, pues éste no se puede producir en la misma forma en que podría ocurrir en los bienes materiales, que soportan un número limitado de usos.

De esta forma, la no ocurrencia de la tragedia de los comunes sitúa al mundo de la PI bajo un paradigma económico que, a cuenta de su propia ontología, es necesario revisar. Hasta el momento, la forma de entender la información, y por extensión los bienes del intelecto que ésta conforma, ha sido el modelo de bienes público que ya se ha explicado. La consideración económica de los bienes del intelecto como bienes públicos converge con la justificación de la propiedad de los mismos, en la necesidad de evitar la subproducción de esa clase de bienes. De esta manera, un rasgo ontológico de los bienes intelectuales permite, en esta lógica, justificar la tendencia propietarizante que se observa sobre éstos: dado el carácter no rival y no excluyente, la propietarización es necesaria pues de otra forma no se produciría un número óptimo de esa clase bienes. Lo explica Tim Wu de la manera siguiente:

“La idea es que si un productor de información no puede excluir a quienes no pagan por ella, éste se verá privado de los medios para recuperar la inversión inicial, eliminando de este modo cualquier voluntad de crear esa información.” (WU, 2017, pág. 242).

Tim Wu (2017) señala, no obstante, que en la última década se han levantado ciertos cuestionamientos al modelo de bienes públicos como justificante de la propiedad de intangibles⁹⁸. Los desarrollos tecnológicos han hecho que sí sea posible excluir en el uso de bienes basados en información. Justamente ahí donde antes el acceso era libre y ciertos bienes del intelecto podían diseminarse fácil y libremente, y a menudo a bajo o nulo costo, hoy día se han levantado nuevos cercamientos. De este modo, el carácter inicialmente no excluyente y no rival de los bienes se ve modulado por procesos políticos y económicos de apropiación en que la figura dogmática de la propiedad privada experimenta una extensión a campos de apropiación nuevos. Esto viene a comprobar, en gran medida el

⁹⁸ A la vez, el modelo de bienes públicos ha venido extendiéndose a una serie de campos no relacionados necesariamente con la PI. Wu señala, dentro de éstos, el problema de la revelación de información al consumidor o para la protección del inversor, el de la libertad de expresión, del espectro de comunicaciones y de regulación de la transparencia (WU, 2017, págs. 239, 241).

dinamismo del canon propietario y su flexibilidad a cuenta de intereses que pueden operar en distintos sentidos. Uno de ellos es, por supuesto, el de la extensión propietaria. En otro, como se verá, la flexibilización jugará en favor de intereses más amplios, y permitirá comunitarizar ciertos bienes.

Específicamente, la cuestión respecto del verdadero carácter no excluyente de la información dice relación con una distinción sobre la que ya Alexandra George llamaba la atención en el intento de definir la PI, pero que aquí cobra importancia a propósito del dinamismo económico de esa clase de bienes. Es posible, en realidad, disectar la no exclusión en dos partes: la primera remite al conocimiento y la segunda al soporte (desde las inscripciones en piedra hasta la secuencia de ceros y unos escrita en un disco duro). La primera parte es verdaderamente abstracta y verdaderamente no excluyente. Nadie podría excluir a otros de la tabla de multiplicar, del manifiesto Dogma 95 de Lars von Trier o de la idea de Dios, con la importancia que quiera darse a cada una. Pero sí es posible excluir respecto del soporte documentado de cada uno de ellos: una copia específica de la tabla, una cinta (VHS, DVD o simplemente el *streaming* disponible en Netflix) de la *La Celebración* o una edición de la primera Biblia impresa por Gutenberg en Alemania. Desde esta perspectiva, la no exclusión es una premisa sostenible más bien respecto del conocimiento que está detrás de la información, que de la información misma, como vehículo documentado del conocimiento, del que sí es posible excluir a otros. O, como señala Wu, “la no exclusividad de la información no es una cualidad intrínseca de ésta, sino más bien una contingencia tecnológica” (WU, 2017, pág. 243)⁹⁹. Todos los bienes informacionales son, en los hechos, eventualmente excluibles en la medida que la tecnología vaya disponiendo de medios que lo permitan. Nuevamente, esto permite entrever en el auge de la PI, y específicamente del *copyright*, una relación directa con el abaratamiento de la posibilidad de copia: mientras más difícil es ésta de lograr, menos necesario es un estatuto legal de protección. La historia prueba, en ese sentido, que el surgimiento de los derechos de PI va asociado, invariablemente, a invenciones tecnológicas que permiten una disminución sostenida de los costos de copiar un original (WU, 2017, pág. 245) y que pueden ser vistos como compensaciones ante el avance de la “gigantesca maquina de copiar” que es *internet* y el declive de las utilidades que se asocia a ésta (BOYLE, 1996, pp. 52 - 53). En ese mismo sentido, Ostergard apunta que las

⁹⁹ En un sentido parecido, Peter Drahos se refiere a la información codificada, es decir aquella que se ha “(...) externalizado por algún sistema formal de símbolos.”, versus aquella que no se ha codificado y que existe en poder de un individuo o como práctica compartida por una comunidad. Buena parte del conocimiento tradicional, como por ejemplo el uso de medicina basada en compuestos naturales de los pueblos indígenas en muchos países de Sudamérica, se encuentra en esta última condición. Otra forma de inscripción de la información es la incorporación de ésta en un producto o proceso o bien en habilidades o capacidades específicas de una persona. De esta forma, la información puede contenerse en un medicamento que lleva en su interior una fórmula, o manifestarse en la capacidad de construir un artefacto mecánico. Ambas informaciones pueden codificarse de alguna manera y el grado de codificación que desarrollen va afectar las cualidades de bienes públicos que esos bienes ostenten (DRAHOS, 2004). Más que ser una categoría binaria, la calidad de bienes públicos admite, entonces, graduaciones en razón del grado de codificación de la información en que se sostienen bienes específicos.

industrias dependientes de la protección de los derechos de PI pasan, paradójicamente, a ser víctimas de su propio éxito, pues mientras más avanza la tecnología que permite su desarrollo, más fácil y barato es duplicar esa tecnología y sus productos: un buen ejemplo de esto es el mercado farmacéutico, que depende fuertemente de las patentes que obtiene en el sistema de propiedad y a la vez es víctima de tecnologías que permiten fácilmente la duplicación de los productos químicos y el uso no autorizado de las fórmulas (OSTERGARD, 2014, p. 5).

Lo que debe llamar la atención, en cualquier caso, es la artificialidad de la posibilidad de excluir en el acceso a esos bienes. Si bien, como se ha dicho, ésta no es natural sino contingente a una tecnología específica que gobierna su acceso, de la misma forma la apertura de esos bienes a lo común es también contingente, esta vez a una decisión política de facilitar ese acceso y a un costo específico de hacerlo. Como destaca Boyle, así como los siglos XVII y XVIII conocieron de los cercamientos de tierras que permitirían sentar las bases de la acumulación capitalista, el fin del siglo XX y los primeros veinte años del XXI presencian otra clase de cercamientos, los digitales. Este carácter artificial de la exclusión implica que los regímenes de PI no son una solución natural al problema de la tragedia de los comunes de Garret Hardin, sino un dispositivo político económico que crea escasez donde no la hay, pues esos bienes no pueden ser consumidos o agotados como se supone. Al mismo tiempo, la externalidad negativa que el régimen de propiedad busca evitar, esto es el agotamiento o la depredación del recurso, no tiene lugar mientras que las externalidades positivas (el acceso libre y la conformación de un cúmulo de conocimiento) son coartadas por el sistema de PI de modo muy eficaz.

Esto hace, en definitiva, que las verdaderas motivaciones del sistema de PI digan relación con otros objetivos que mantienen los Estados que se esfuerzan en establecerlos y protegerlos, en convergencia con normas internacionales dictadas desde los poderes centrales y su institucionalidad. Una política industrial para un sector o una estrategia comercial en un conflicto específico son algunas de esas posibles justificaciones (WU, 2017, pág. 246). Otras pueden ser el gobierno de expresiones culturales en un contexto de restricciones a la libertad de expresión, o de refuerzo de ésta, el servicio a una causa nacionalista o de la pluralidad y la multiculturalidad.

Por su parte, el estudio de la no rivalidad, el otro rasgo definitorio de los bienes públicos, merece una mirada crítica. La no rivalidad implica que dos o más consumidores de un bien no rivalizan en él, de modo que los bienes no rivales pueden ser usados por varios o ilimitados usuarios. Los bienes informacionales, o de base informacional, tienen esa característica, que evidentemente se acrecienta cuando se trata de bienes protegidos por *copyright* cuyos medios de intercambio son primordialmente electrónicos. No obstante, esta premisa admite ciertas modulaciones. Por lo pronto, el mundo de las patentes de invención no la admite tan fácilmente. Una idea que se materializa en un invento, como por ejemplo la línea iPhone creada por Steve Jobs y sus ingenieros de Apple, sólo es redituable en la medida de que su uso (y entiéndase por tal el derecho a fabricar ese producto en exclusiva, sin que otro fabricante pueda manufacturar uno igual ni tan solo similar) se otorgue de modo exclusivo. De esta manera, el uso redituable de esa idea que se manifiesta en una patente de invención, se degrada o disminuye hasta hacerse posiblemente níneo, en la medida de que la idea es usada por otros. El carácter no rival

de la información en tanto bien económicamente transable no es, por tanto, absoluto, pero sí admite un margen amplio de no rivalidad. En ciertos bienes amparados en regímenes de PI, su no rivalidad es bastante evidente en el caso de libros y productos audiovisuales que se transan *on line* mediante plataformas de pago. La reproducción ilimitada de un libro o la difusión de piezas musicales en formato mp3 no desgasta ni degrada esos bienes, ni impide su uso por otros. Siendo esto cierto, es preciso mostrar otra vuelta del argumento: en efecto el bien en sí mismo no se degrada (el formato mp3 mantiene intactas las cualidades del producto y la esencia de la obra), pero no es del todo errado sostener que, por ejemplo, la difusión de un *film* fuera de circuito de distribución oficial impide usos posibles por parte del titular, pues el rédito económico será mucho menor. A partir de la difusión por medios digitales gratuitos, algunos usos comerciales pueden verse en efecto degradados o derechamente omitidos. Pero, como se verá, se trata de una cuestión eminentemente contingente a las tecnologías y al comportamiento de los agentes económicos.

Finalmente, y como se verá más adelante en el estudio de la propiedad común, la exclusión no está exenta de costos. Si los cercamientos físicos que permitieron la revolución industrial tuvieron lugar es porque los agentes económicos, tanto particulares como el mismo Estado, asumieron el costo de esos cercamientos y de la protección de la propiedad. Esto obedece, por cierto, a una decisión política, pero también (y sobre todo) a un cálculo económico en que el costo de cercar (leáse como sinónimo de propietarizar), es inferior a los beneficios que ésta traerá. Como apunta Eggerston, el régimen de propiedad común, en opuesto al privado, pero dotado de algunos de sus rasgos dogmáticos,

“(…) puede deberse a los costos prohibitivos de establecer y resguardar derechos exclusivos sobre un recurso relativo a su valor, o debido a una negativa del Estado de legitimizar el hacer cumplir los contratos en una determinada área” (EGGERTSSON, 1990, p. 36).

En un mismo sentido, Lemley aborda algunos problemas económicos derivados del otorgamiento de derechos de PI. La mayoría de ellos arrancan del problema de que su diseño provee al titular recompensas que exceden el costo marginal, cosa que no podría obtener en un mercado competitivo. Ello está en la esencia de ese tipo de construcciones jurídicas a tal punto que, como afirma Lemley, “(…) si no hacen eso, simplemente es que no están funcionando” (LEMLEY, 2005, p. 1066). Estas consideraciones muestran cómo el productor – creador de bienes intelectuales enfrenta un mercado en tanto monopolista, sin competencia alguna, gracias al sistema de PI.

4.5. Creando escasez donde no la había

Discutir el carácter de bienes públicos de aquellos que son objeto de PI resulta relevante para construir una teoría crítica que funcione a contracorriente de las tendencias principales, en un modo no propietario. Como se advierte, su naturaleza se inclina hacia ese carácter y desde ahí es posible preguntarse por qué razón se propietariza algo que se

asemeja bastante a un campo abierto en que todos los animales pueden pastar sin que eso agote la pradera o signifique dejar a algunos fuera. Si bien la pradera es agotable, y por ende excluible, los bienes del intelecto no lo son, al menos no la mayoría de éstos. James Boyle acierta en ese sentido al asimilar el surgimiento masivo de la PI a los cercamientos, arquetipos de las privatizaciones y punto final para Ugo Mattei del régimen comunal medieval (MATTEI, 2013, p. 51). Los cercamientos de la propiedad comunal constituyen el comienzo del proceso de consolidación en Europa del canon propietario moderno. Pero sobre todo constituyen una nueva forma de explotación de la tierra, que apunta a nuevos objetivos económicos. Como recuerda Boyle, los cercamientos son “(...) una conversión a la propiedad privada de algo que antes había sido propiedad común o, quizás, que había estado completamente fuera del sistema de propiedad.” (BOYLE, 2003, p. 34).

Pese a lo grandilocuente que para el mismo Boyle puede sonar, está en marcha un segundo gran cercamiento, que se centra en los bienes comunes intangibles del intelecto humano, pues nuevamente cosas que se creían comunes a todos están siendo alcanzadas por la propietarioización de un modo innovador, ya sea porque crea nuevos derechos o bien porque extiende los antiguos a cosas nuevas. Para Boyle, el proceso de cercamientos digitales de los *commons* del conocimiento se manifiesta en un continuo proceso de otorgamiento de derechos y de apropiación de bienes del conocimiento, que se extiende por doquier, produciendo una mutación desde un paradigma de comunidad y libre acceso a uno en que lo común es ineficiente y, eventualmente, trágico (BOYLE, 2003, pp. 38 - 40). En este proceso, el rol de la tecnología es fundamental en un doble y contradictorio sentido: tanto permite el acceso a bienes intangibles, como erige barreras de acceso a éstos. O, como señala Boyle

“(...) las mismas tecnologías que permiten la copia barata también facilitan veloces y enciclopédicos motores de búsqueda, los mejores dispositivos alguna vez inventados para detectar copias ilícitas” (BOYLE, 2003, p. 43).

No obstante, este segundo cercamiento posee dos diferencias sustanciales con el primero. En primer lugar, su objeto son bienes de distintísima naturaleza en comparación con los enormes campos inapropiados, como ya se ha hecho ver antes. La segunda diferencia capital dice relación con el comportamiento que esos bienes tienen en la economía y la forma en que se transan y producen. Boyle afirma que, a diferencia de los primeros cercamientos que dieron lugar a la revolución propietaria sobre la tierra arable, este segundo movimiento de cercos digitales no va a producir la misma energía productiva, y más bien puede entorpecer y en ocasiones frenar procesos de creación e innovación, los que se ven cohartados o ralentizados por el endurecimiento de esos derechos. El autor identifica en ese sentido tres posibles peligros que trae consigo la propietarioización y el cercamiento por medios digitales (BOYLE, 2003, pp. 50 - 51). El primero es que la propietarioización es un círculo vicioso: básicamente, una vez que el derecho ha sido creado, la única forma de hacerlo redituable es otorgando a su titular el máximo control sobre esos bienes, lo que implica una estructura monopólica en que se discrimina por precio y que implica severos daños al libre mercado. Alrededor de los derechos que se otorga se construye toda una estructura de control y de intercambios que en sí misma

requiere de más y más cercamientos para funcionar. En esta estructura, como apunta Paul Mason, el monopolio no es tanto una opción como una condición necesaria del funcionamiento del negocio; las marcas más reconocidas del ámbito de lo que se ha dado en llamar “infocapitalismo”, requieren de un dominio global y monopólico del mercado (MASON, 2016, pp. 168 - 169). Un ejemplo de ésto, y quizás el gran logro de Steve Jobs, fue precisamente la integración de la plataforma de iTunes y recientemente de iMusic, con los dispositivos Macbook, iMac y iPod en los 2000 y más tarde con iPhone e iPad, de modo que todo el negocio se cimenta en una cadena muy bien aceiteada y digitalmente cercada entre *hardware* y *software* (y que, por cierto, llevó a Apple Inc. a ser una de las compañías más valoradas del mundo después de años de decadencia).

El segundo problema que representa la propietarización es justamente el sistema de discriminación por precio que trae aparejado y que se basa, para Boyle, en un sistema de control mediante medios electrónicos. El tercer problema, y el más relevante en términos de filosofía que Boyle advierte es, más bien, uno de orden político. El proceso de cercamientos digitales depende de una cierta complacencia intelectual con la ortodoxia neoliberal manifestada en el consenso de Washington, en que la propietarización de cuantos espacios no mercantiles sea posible es un objetivo de economía política, en que más propiedad equivale a una mejor economía.

Es el mismo abaratamiento en los costos de copia o reproducción de esos bienes lo que, sumado a los rasgos de no rivalidad/no exclusión, obligan al reforzamiento de los derechos de propiedad sobre ellos. La tendencia pues, es que mientras más bajos son los costos de copia y reproducción, mayor intensidad adquieren los derechos, pues mayores son las posibilidades de disipación de renta. El problema, como bien insinúa Boyle (2003, pp. 42 - 43), es que el descenso de los costos de copia y reproducción no sólo traen consigo el endurecimiento y ampliación de los derechos, sino que lo hace precisamente porque las posibilidades de mercado que esos medios tecnológicos traen consigo crecen en la misma medida en que se abarata la copia. Piénsese por ejemplo, en el bajo costo de servicios de *streaming* como Spotify, Netflix o HBO Go, en relación a la cantidad de obras amparadas en derechos de PI a las que permite acceso al consumidor. El abaratamiento de esos servicios hace crecer de manera exponencial el mercado posible de esos bienes, y mucho más necesaria por ende, la protección de los activos mediante derechos exclusivos.

Lo cierto es que, como cualquier usuario frecuente de la red puede avalar, esas plataformas de pago conviven con una enorme cantidad de plataformas alternativas de libre acceso que proporcionan los mismos bienes u otros similares. Las enormes fugas que tiene el mercado de bienes protegidos por *copyright* no alcanzan, al menos no por ahora, a desmejorar el rendimiento de beneficios de las plataformas de pago, aún con los costos en que éstas incurren para adquirir esos derechos. No habría prueba, para Boyle, de que el refuerzo y la extensión de los derechos de PI, sea inevitable para la supervivencia de esos bienes. Asimismo, y dado el carácter monopólico de esos mercados y los costos dinámicos que estos traen consigo, sería del todo necesario sostener la necesidad de esos derechos en modalidad exclusiva y excluyente, cosa que se hace cada vez más difícil (BOYLE, 2003, p. 43). Boyle adelantaba, ya en 1996 algunos de los ámbitos en que la *internet* podía desatar procesos creativos y el surgimiento de nuevos

negocios a partir de las copias que podían hacerse con los medios tecnológicos disponibles y diseminarse a través de la incipiente *web* (BOYLE, 1996, pp. 53 - 54). Las alertas, no obstante, estuvieron siempre en el posible daño a los derechos de propiedad ya establecidos, antes que en el potencial de la tecnología de abrir nuevos mercados mediante nuevas estrategias de negocios ¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Veinte años después, un caso paradigmático de esto es el auge de Netflix y la quiebra casi simultánea, aunque no directamente relacionada, de la cadena de arriendo de videos, Blockbuster, que desde 2014 cerró todas sus tiendas salvo una en Bend, Oregon. Parte de la historia está relatada por Marc Randolph, co - fundador de Netflix en su libro autobiográfico de 2019, "*That Will Never Work*" (RANDOLPH, 2019). Su propio mito fundacional es que Reed Hastings, otro de los fundadores, tuvo la idea cuando debió pagar una multa de USD 40 por devolver con retraso la cinta *Apollo 13* en Blockbuster. Lo cierto es que, antes de tomar su forma actual, Netflix existió como idea en la forma de un sistema de arriendo de cintas de VHS por correo, pero se lanzó en 1998 como una plataforma de arriendo de DVDs por internet, en una época en que los reproductores de DVD era aún unos aparatos realmente caros y muy pocos títulos estaban editados para el formato en los EE.UU. El escaso éxito inicial del *startup* en el arriendo de videos, hizo que rápidamente el modelo de negocio debiera transformarse en un servicio de suscripción de 4 DVDs mensuales por USD 15,99. El uso de la tecnología de la información, junto con la minería de datos de navegación y transacciones, permitieron crear un modelo de suscripción que orientara al consumidor en un amplio catálogo de películas según los gustos que el sistema captaba en razón de los anteriores arriendos. Para eso era necesario construir una potente arquitectura *web* y una minería de datos extensa y profunda, en base a las similitudes de las películas de que disponía Netflix, un catálogo en permanente crecimiento que funcionaba con un complejo motor de búsqueda y recomendaciones. Dos años después de su lanzamiento, y en medio de la crisis de las empresas *puntocom*, la compañía había recibido USD 100 millones de en financiamiento, tenía 350 empleados 200 mil suscriptores; pero aún no era una empresa consolidada. Mientras tanto Blockbuster, fundada en 1985, había crecido enormemente, tanto en el nivel local como en el internacional, con una estrategia de rápido crecimiento en la década del noventa, llegando prácticamente a detentar el monopolio del arriendo de películas en tiendas físicas. Pese a tamaño minúsculo de Netflix frente a su gran competidor, la visión de Randolph y su equipo era que el *e commerce* era el futuro, y que si Blockbuster quería sobrevivir debía construir un modelo alternativo al de las tiendas físicas (tenía más de 9.000.- a comienzos del siglo XXI). Tras meses esperando por una reunión con los ejecutivos de Blockbuster, Randolph y Hastings volaron a Dallas a fin de sostener una reunión con los ejecutivos de la cadena, en septiembre de 2000, con la clara intención de formar una alianza con el gigante que traería consigo la venta de Netflix. Randolph y Hastings creían que Blockbuster no visualizaba con claridad que el futuro sería digital, ni estaba tampoco en posición de tomar las ventajas de esa tendencia, cosa que Netflix sí podía ofrecer. Sin embargo, y tras la resaca de la caída de muchas *puntocom*, los máximos ejecutivos de Blockbuster no consideraban que los emprendimientos basados en la red fueran sustentables, sino más bien estaban destinados quemar dinero para siempre. Cuando Randolph y Hastings ofrecieron a John Antioco, CEO de Blockbuster una alianza a cambio de USD 50 millones, el ejecutivo de Blockbuster debió hacer un esfuerzo por no reír ante la propuesta (RANDOLPH, 2019). El resto es historia. Ambas compañías tuvieron el destino que el mercado les dio, pero no está demás una reflexión en clave de PI. Uno de los grandes lastres que debió sufrir Blockbuster fue precisamente la permanente violación de los derechos de PI en la forma de copia no autorizada de la tecnología del DVD (mucho más sencilla de replicar que la de los VHS, pese a las cortapisas técnicas con que se buscaba impedir que los discos fueran copiados). Esto hizo que la empresa abandonara, por ejemplo, algunos países de América Latina durante los 2000, y se fuera lentamente replegando hasta su quiebra en 2011. En ese sentido, el adagio de "la copia mata" adquiere un sentido de realidad, si se argumenta que fue una vulneración sostenida y masiva de los derechos de PI sobre obras filmicas lo que llevó a Blockbuster a su fin. Sin embargo, el problema es mucho más complejo que eso. En efecto, Netflix es una empresa que, como Blockbuster en su momento, administra derechos de PI de terceros (principalmente estudios

El trabajo de Raymond Ku, de 2002, ofrece una perspectiva algo más radical de lo que Boyle ensayaba. A propósito del caso Napster, Ku ofrece una reflexión cuyo principal argumento es la inutilidad de los derechos de *copyright* en tanto incentivos a la creación. Para el autor, la estructura de los derechos de autor suelen ser vistas como congruentes con el objetivo de incentivo de la creación, debido a que no están perfectamente diferenciados los intereses de dos grupos bien específicos; por un lado los creadores de bienes amparados en PI, y por el otro los distribuidores de los mismos. Son dos intereses muy distintos, pero imbricados, y quizás invisibilizados, en una misma institución. Estos dos grupos de intereses pueden diferenciarse con claridad cuando se analiza la estructura de producción en el mercado y se pone atención a los costos que enfrenta cada una de estas partes. Afirma Ku que

“El *copyright*, entonces, no está diseñado solamente para proteger al autor, sino que además para proteger los incentivos del editor. Esto se logra otorgando al autor derechos ejecutables en sus obras, similares a los derechos de propiedad en bienes tangibles, que pueden ser usados para controlar las copias, distribución y otros usos de esas obras.” (KU, 2002)

La clave está, entonces, en una relación jurídica contractual posterior, entre el autor y el publicante. En esta lógica es posible retomar la distinción entre bienes públicos y privados: si bien el conocimiento y la creación son bienes públicos en los que no es posible excluir, los soportes en que esos bienes se distribuyen en un mercado específico (el papel de impresión o los discos compactos en que se graba música) son bienes privados en los que sí es posible la exclusión. Este razonamiento permite distinguir varias cosas. Por lo pronto arroja luz sobre qué incentivos son los que realmente busca proteger el sistema de PI, los que se centran con bastante claridad en los derechos de los distribuidores de bienes del conocimiento, donde se concentra la mayor proporción de las utilidades. Como se verá, el surgimiento del *copyright* es en realidad el resultado de la aparición de la función de autor, que viene a contraponerse (o enfrentarse) a la de editor o publicante, con intereses claramente diferenciados. Lo que se sigue de esto es una pugna más o menos evidente por la captación del valor o utilidad de los bienes, que casi siempre

cinematográficos) o propios (desde 2011, de la mano de la célebre “*House of Cards*”, la empresa comenzó a producir contenidos). Pero las condiciones de vulneración de los derechos de PI representan hoy un problema infinitamente mayor en escala de lo que alguna vez fue: la facilidad de copiar y hacer circular un archivo con contenido de audio y video de altísima calidad y reproducible en cualquier *Smart TV* hace palidecer las adversas condiciones de mercado que acabaron con Blockbuster. No obstante, Netflix es hoy una compañía de USD 7000.- millones en ingresos en 2018, con presencia en casi todo el mundo, más de 8.000.- empleados (bastante menos que los 60.000.- que llegó a tener Blockbuster) y USD 160 millones en ganancias en el último año fiscal según Forbes (<https://www.forbes.com/companies/netflix/#7c4538218541>, visitado el 25 de agosto de 2020). ¿En qué radica la diferencia? No en una mayor o menor observancia de los derechos de PI, por lo pronto. En una primera mirada y con la distancia del tiempo, es muy posible que Blockbuster fuera una empresa enorme e inmanejable, con una estructura de gobierno pesada y de poca agilidad, con el consecuente problema de adaptación a un cambio que Netflix sí se encontraba en condiciones de ver venir y abordar con una estrategia de digitalización.

se salda en favor de los distribuidores de los bienes. Es ese gremio específico, en realidad, el que hará uso de los derechos de autor, generalmente en representación de los autores y como intermediarios entre éstos y los consumidores. Esto supone, no obstante, una operación jurídico – económica que tiene lugar mediante un contrato entre el creador y el distribuidor, en que el primero cede al segundo, de modo oneroso, la explotación de la obra por un tiempo específico y en condiciones determinadas.

El impacto de los medios digitales de transacción y producción de bienes informacionales o del conocimiento radica justamente en ese espacio. Si bien Ku piensa principalmente en el caso de Napster, lo cierto es que las plataformas *peer to peer* cumplen en buena parte una misma función económica: conectar a un consumidor con un productor, disminuyendo o anulando derechamente a los intermediarios y enfrentando por lo tanto una estructura de costos mucho más liviana y barata¹⁰¹. El productor enfrenta los costos más bajos del negocio, mientras que es el editor quien toma a su cargo mayores costos y la posibilidad de obtener mayores beneficios. Esta estructura de costos y beneficios, no obstante, tambalea y suele derrumbarse ante las transacciones digitales sin intermediarios.

4.6. La propiedad intelectual como monopolio

Ya apuntaba Boyle que la defensa de la propiedad sobre la base del incentivo ni es siempre cierta ni es la PI siempre la única solución: habrá, por tanto, una suerte de óptimo a determinar en la extensión de los derechos, es decir a qué bienes alcanzará y por cuánto tiempo se otorgará un uso exclusivo y excluyente. La necesidad de estas limitaciones o modulaciones obedecen al problema monopolístico que trae consigo inevitablemente el sistema de PI y sobre el que la literatura ya ha llamado la atención. Ariel Fazio, por ejemplo, sostiene que

“La trasposición de los derechos de propiedad de los bienes tangibles a los idearios tiene como principal objetivo y efecto la creación de escasez: generan artificialmente una situación monopolística gracias a la cual se le confiere a la propiedad inmaterial su valor económico.” (FAZIO, 2019, p. 138).

La PI ostenta así, desde la perspectiva económica, un doble carácter de ángel y demonio. Se considera indispensable para el estímulo de la creación y la invención, mediante un sistema de incentivos monopolísticos, pero a la vez dañina, pues corre el riesgo de lastrar los mismos procesos que busca promover, que necesariamente se basan en el

¹⁰¹ Cosa parecida ocurre con plataformas como Uber o las aplicaciones de entrega a domicilio de bienes tangibles. Lo que hacen es conectar a un consumidor de hamburguesas con un productor de hamburguesas, a través de un intermediario que opera una aplicación digital. En el caso de Uber, conecta a un consumidor de servicios de transporte con el oferente de ese servicio que se encuentra geográficamente más cerca, a través de un servicio de ubicación GPS. En estos casos, no obstante, el intermediario no es eliminado, sino que se vuelve fundamental en el abaratamiento del servicio.

conocimiento ya apropiado y acumulado. Esta postura escéptica ante sus beneficios pone de relieve el rol de la ley como modulador del mercado y uno de los mecanismos más significativos es sin duda la extensión acotada en el tiempo de duración de los derechos. Pero, como pone de relieve James Boyle, la gran preocupación sobre los derechos de PI radica justamente en el riesgo monopolista; las grandes objeciones, dice Boyle, han sido “(...) enmarcadas en el lenguaje del libre mercado y el antimonopolio.”, y la gran preocupación capitalista ha sido tanto la creación de una escasez artificial en esa clase de producción como la entrega del control a una persona o corporación sobre aspectos vitales de la ciencia y la cultura (BOYLE, 2003, p. 57). Esto somete indudablemente a la PI a una tensión sobre su justificación económica ante el desbalance que produce. Esta “inconsistencia económica”, como la llama Mario Biagioli, puede (y requiere) ser racionalizada, de modo de transformar esos monopolios, en derechos exclusivos con algún tipo de limitación (BIAGIOLI, 2019, p. 143).

No se sabe, desde este punto de vista, cuántas invenciones han dejado de ponerse en marcha debido a los mecanismos monopólicos que benefician a inventores, creadores e innovadores en el campo de las ciencias y la tecnología, y que lastran otros procesos de creación dependientes, impidiendo el acceso a las bases de conocimiento que éstos requieren para su desarrollo. Este es el terreno de los costos sociales de la implementación de un sistema de PI, pero Biagioli afirma que no existe evidencia concluyente sobre esos costos, ni en materia de patentes ni en el mundo del *copyright*. Ni siquiera existe claridad sobre lo que debe entenderse por *costo*. Aunque suele comprenderse como las oportunidades de innovación que se pierden a cuenta del sistema de propiedad, otra derivada de esos costos es el encarecimiento de ciertos bienes (por ejemplo, medicamentos) y los efectos de esto en grupos específicos de la sociedad (BIAGIOLI, 2019, pp. 151 - 152).

En ese sentido, el caso de las patentes de invención es especialmente proclive a que los monopolios tengan un efecto de detener o impedir, quizás por años, los procesos de innovación. Esto es así debido a que los mecanismos de clausura monopólica que se siguen de la legislación de patentes son mucho más eficientes de lo que podría ser en el caso de las producciones literarias o creaciones audiovisuales, en las que los mecanismos de reproducción o generación de copias son mucho más baratos y fáciles de diseminar en plataformas de transacciones no monetarias. En palabras de Peter Menell

“(...) la principal justificación económica para la propiedad intelectual deriva de la incapacidad de un mercado competitivo de apoyar un nivel de creatividad eficiente, particularmente cuando la creatividad es cara, fácilmente captable y relativamente barata de imitar.” (MENELL, 2011, p. 1534).

En esa misma línea, Mark Lemley señala que “(...) el derecho de propiedad intelectual se justifica sólo en asegurar a los creadores la posibilidad de aplicar un precio lo suficientemente alto para asegurar una utilidad que permita recaptar los costos fijos.” (LEMLEY, 2005, p. 1063). Los derechos exclusivos sólo se justificarían para Lemley, desde la perspectiva económica y hasta el punto en que la exclusión genera valor. En esta misma línea, no hay justificación económica suficiente para recompensar a los creadores

por sus obras más allá de lo que sea necesario para recuperar los costos fijos de producción, con lo cual se establecería un límite aún más estrecho para el otorgamiento de esos derechos y su alcance. El monopolio que se forma, artificialmente, tiene en este esquema un campo de acción mucho más reducido, de manera que el daño se contenga. De ese modo la PI en tanto recompensa para los creadores, tiene su propio límite en su capacidad de reflejar los costos de hacer que la información sea disponible para los consumidores: esto apunta directamente a una baja sustantiva de los precios, de la mano de la reducción progresiva de los costos de producción y reproducción de esos bienes. No debe perderse de vista, sin embargo, que los precios (justos) en los mercados competitivos no son fijados necesariamente por los costos marginales, sino que por una interacción multifactorialmente mediada entre los agentes del mercado (HIMMA, 2015, pág. 2478). Los problemas de otorgar esos derechos de forma globalmente extensa y masiva, en varios campos distintos y además en forma monopolística, no suelen ser bienvenidos en regímenes de libre mercado, dada la distorsión que generan en los precios competitivos por sobre los costos marginales. De esto se derivan comportamientos de búsqueda de renta¹⁰² que resultan nocivos para la sociedad toda, aunque evidentemente rentables para los titulares de derechos (LEMLEY, 2005, pp. 1063 - 1065). Sin embargo, el tratamiento mismo de los derechos de PI como artificios monopolistas no dice mucho si no se asume su objetivo de política económica. Todo derecho, a la larga, es un artificio jurídico de alta sofisticación, pero en el caso de la PI su objetivo viene a aparecer con alguna nitidez sólo cuando se analiza críticamente desde la economía. La monopolización de bienes del conocimiento posee varias implicancias, como se verá. Pero en el orden de la filosofía política de los derechos de propiedad, produce una interesante distorsión de la justificación liberal que ya se ha invocado varias veces en este estudio. Los monopolios son, por esencia, contrarios a la libre competencia que tanto se esfuerza en promocionar el liberalismo económico. De este modo, considerar la PI como un monopolio artificial es un duro golpe que el propio liberalismo económico le propina a una noción tan liberal como la propiedad. O, como señala Ariel Fazio

¹⁰² Lemley sostiene que este comportamiento de *rent seeking*, se produce de dos formas, que tienen especial sentido en el mundo de las patentes. La primera es que los derechos se otorgan al primer inventor, lo que desata una carrera por innovar que puede tener efectos positivos: siempre es bueno el fomento de la investigación y el desarrollo, y a menudo la duplicación de esfuerzos, que se ve en principio como un problema, puede llevar a múltiples desarrollos y usos. Pero, y aquí está el *quid* del asunto, Lemley es de la opinión de que la duplicación de invenciones que se produce en la carrera por una patente debe ser contrapesada con los beneficios que se obtienen de un régimen de competencia. Los resultados son mejores a cuenta de este último, versus el otorgamiento de un derecho exclusivo a inventar. El segundo efecto negativo que advierte Lemley es de una especie de "búsqueda de renta legislativa", que consistiría en una presión hacia el órgano legislativo y de gobierno para otorgar más y más derechos. Finalmente, Lemley alude a un problema de equilibrio general de la economía que se sigue del fomento a la obtención de esta clase de derechos, que más bien llevaría a un exceso de inversión en esas áreas, con detrimento de otras (LEMLEY, 2005, págs. 1071 - 1072).

“(...) siendo los bienes inmateriales naturalmente abundantes, su limitación artificial equivale a atentar contra el mercado y los principios que le otorgan su legitimidad económica y política.” (FAZIO, 2019, p. 139).

Esta perspectiva obligará necesariamente a mover el foco de atención desde los estatutos que regulan la PI y la dogmática particular de cada cual, hacia aspectos disciplinarmente mucho más amplios y ricos que miren el contexto en el que los derechos de PI se desenvuelven, y específicamente la importancia que éstos tienen en las estructuras productivas y en la extracción de valor, ya sea en un contexto normativo como uno fuera de norma. La premisa en ese sentido es que el sistema normativo formal no es la única variable que se debe tomar en cuenta en un análisis de los derechos de PI, su rol en la innovación y/o la inversión (MERGES, 2017, págs. 204 - 206) ¹⁰³. Y, siempre desde la mirada económica, habrá que concordar con Boyle en que “(...) hay muchas otras formas de extraer valor de los productos informacionales sin obligar a los usuarios a pagar por cada descarga.” (BOYLE, 1996, p. 55).

Peter Menell ofrece un panorama de la crisis de los derechos de propiedad en el ámbito de la creación, arguyendo desde ya que la estrategia de propietarización no es la única forma disponible de gobierno de dichos bienes (MENELL, 2011, p. 1543). Esto remite directamente al problema político que esconde la doctrina jurídica de la propiedad, vale decir, qué decisiones toma una sociedad sobre el particular y por qué. Una aproximación de esta naturaleza, por una parte explica los derechos de propiedad en el corazón de un sistema social y económico de orden capitalista, pero a la vez muestra la perspectiva de cambio cuando comienzan a considerarse factores como incentivos no monetarios, las necesidades de la sociedad, sus capacidades internas, el conocimiento acumulado, las lógicas de producción de conocimiento, las condiciones de la tecnología, su desarrollo institucional y de infraestructura, entre otros. Las concepciones idealizadas, como es la versión de la catedral liberal de la propiedad privada, a menudo se ven dominadas por soluciones *second best* que tienden a dejar en la oscuridad las alternativas políticas a la política de la propiedad (MENELL, 2011, p. 1543).

Cuando se trata de analizar la adaptabilidad de la PI a otras lógicas productivas, Menell hace un aporte ilustrador a propósito del *mashup*. *Mashup* (que literalmente puede

¹⁰³ La tensión económico - normativa de la PI radica en una conciliación entre la provisión de incentivos para la producción de bienes y las restricciones de acceso a estos mediante la estrategia propietarizante (POSNER, 2005); pero éste núcleo de dilema económico a menudo ignora la existencia de lo que Robert Merges denomina espacios negativos de propiedad. Se trata de sistemas de trabajo que se producen en varias industrias y que funcionan como un conjunto de prácticas creativas, productivas y transaccionales que le dan la espalda a la PI y en donde esta es bastante menos relevante de lo que se suponía. Son campos de tamaño pequeño dominados por sistemas normativos anteriores y/o paralelos al que provee el sistema legal, pero que en la medida de su crecimiento van adaptándose a las normas legales del Estado (MERGES, 2017, pág. 204). Como señala Posner “(...) en el caso de la propiedad intelectual, sabemos que se produce una gran cantidad de propiedad intelectual incluso cuando no existen derechos de propiedad en absoluto.” (POSNER, 2006, p. 180).

traducirse como *mescolanza*¹⁰⁴) alude a una expresión artística que ignora en gran medida los derechos de PI como únicos medios de acceso de las obras creativas, y que es propio de una generación que nació o creció creativamente a la sombra de Napster, Spotify, Youtube, las plataformas *peer to peer* y la técnica del *sampleo*. La generación *mashup* es una que maduró artísticamente intercambiando copias en *cassette*, pero que pronto migró hacia los quemadores de *compact disc* y a las plataformas de intercambio y que, sobre todo, usó libremente obras de otros para crear los ensamblajes sonoros de las propias¹⁰⁵. Aquí se pueden encontrar los inicios del *rap*, del *hip – hop* y los clubes de DJs¹⁰⁶, con todas las asociaciones que esto implica con una cultura marginal, de *ghettos* urbanos en gran medida afroamericanos, que surgen en el contexto de la marginalidad y la pobreza. Esas condiciones de creación e intercambio, al margen de los canales formales de creación y distribución, tienden sin duda a ignorar los derechos de PI de las obras de que se sirven, y constituyen un ámbito que opera por debajo del radar de los sistemas de intercambios monetarios. Menell sostiene la necesidad de un balance de mercado para esa nueva forma de creación y que demanda una adaptación de la lógica del *copyright*. Afirmar el autor que

“Un sistema de *copyright* que falla en entender, aceptar y adoptar estos procesos sociales formativos, sacrifica relevancia entre un sector clave demográficamente, lo que con el tiempo vuelve el sistema progresivamente menos aceptable para una proporción creciente de la población.” (MENELL, 2016, p. 445).

Tras esta afirmación se asoma una interrogante acerca de la validez y la legitimidad de los sistemas propietarios, que se asocia para Menell a una generación específica que desafía o pone en entredicho la PI y que lo hace mediante una práctica creativa específica que se sirve de otras obras. Hay creadores que pertenecen a una generación que ya no

¹⁰⁴ La palabra deriva del verbo *mash* significa “aplastar, hacer puré, despachurrar, hacer una pasta (Diccionario Oceano Langenscheidt, página 588, edición 1994).

¹⁰⁵ Menell (MENELL, 2016, pp. 447 - 451) alude al factor generacional en esas formas de creación e intercambio, en lo que muestra como un “viaje personal” desde una juventud de discos físicos de Dylan, Clapton o Led Zeppelin, hacia el descubrimiento de nuevos artistas con la inauguración de la era del iPod. Esa transición es en algunos casos suave y en otros simplemente no se produce. Pero el campo del *sampleo* y la mezcla es indudablemente uno de nuevos descubrimientos, no solo artísticos, sino también de nuevos planteamientos jurídico – políticos frente a una forma creativa que amalgama las anteriores y les da una nueva estética.

¹⁰⁶ Un ejemplo en Chile es Bitman y Roban, dúo de música electrónica compuesto por Toto Bravo y Christian Powditch. Véase algo de su historia en <https://www.musicapopular.cl/grupo/bitman-roban/> (visitado el 23 de julio de 2020). Y, sobre todo, escúchese su trabajo en <https://open.spotify.com/artist/5pNASbHJBVikbxzyXziGTe?si=xUGrNENAQiOyG-pYfWlqw> (visitado el 23 de julio de 2020).

comprende la propiedad de la misma forma, o que simplemente ya no la comprende del todo. No sólo se trata de un proceso creativo en el margen, sino que además de medios de intercambio de esas obras que circulan por canales no tradicionales y no propietarios, y casi siempre digitales. Lo que se dice de la técnica del *sampleo* de la generación *mashup*, puede afirmarse también de otras formas de creación intelectual: en una lógica similar están las pequeñas editoriales que piratean libros de autores que no han cedido sus derechos y que en pequeñas partidas, mal cortadas y en papel roneo, se dirigen a mercados específicos a muy bajo costo, pero que también publican a autores propios bajo licencias *creative commons* tanto en papel como en formatos digitales.

No obstante advertir esta crisis, la propuesta de Menell no busca transgredir el canon propietario sino más bien operar un cambio en su dogmática, de forma que las licencias amplíen su cobertura a las prácticas de copia y puesta *on line*, integrándolas en definitiva al canon propietario o, si quiere, flexibilizándolo. Dicho de otra forma, se trata de crear licencias para el *remix*, resolviendo de esta forma el problema práctico de pensar y resolver en sede judicial a quién pertenecen esas obras y qué licencias se les aplican, si acaso. Asimismo, permitiría incorporar a esta clase de creadores en el uso de los canales formales a través de plataformas como Spotify o Youtube: es en ese sentido, una solución de mercado y dentro de las lógicas de éste, en que se promueve la acumulación de creatividad, la expresión de libertad y un sistema de compensaciones que minimiza los costos de transacción (MENELL, 2016, p. 446 y 495).¹⁰⁷

Con todo, es interesante advertir cómo los problemas de subproducción de bienes intelectuales a causa a los derechos de propiedad, que ya se han advertido anteriormente en la literatura, toman una forma concreta en la industria del *mashup*. La protección que brinda la PI alcanza los mínimos detalles y todas las partes de una pieza musical, de modo que el uso de cualquier parte de ésta sin los debidos resguardos, produce un ilícito sancionable, civil y hasta penalmente. Esto otorga un poder de veto al autor, que no es otra cosa que la expresión legal del derecho de excluir, lo que sumado a elevados costos de transacción hace que muchas obras simplemente no lleguen a crearse (MENELL, 2016, p. 452).

¹⁰⁷ El problema que Menell detecta en las leyes de *copyright* de los EE.UU. se centra en buena medida en que la técnica del *mashup* vulnera dichas leyes al basarse en una copia que es sustancialmente similar a la obra protegida. Este último aspecto es justamente el más discutido, pues depende del juez el estimar la similitud y graduar la cantidad o proporción de la obra protegida que se encuentra en la obra que vulnera esa protección. Una doctrina de uso mínimo permitiría considerar extraer pequeñas cantidades de la obra del ámbito de lo ilegal. Pero los estándares de similitud siguen siendo un campo bastante vago: se ha fallado por las cortes que, aún siendo pequeña la cantidad de la obra, su uso se considera una vulneración cuando se trata de una parte cualitativamente significativa de la obra, lo que nuevamente supone un problema cuando el *mashup* se sirve de varios y distintos elementos de la obra principal (MENELL, 2016, pp. 465 - 467).

4.7. Internalizar – externalizar

Ya se vió en el primer capítulo de este trabajo que la lógica económica de la propiedad busca la asignación de los derechos a su uso más eficiente. Esto tiene una materialización específica en lo que Demsetz, y de alguna manera Hardin, explican como la internalización de las externalidades negativas. Un derecho de propiedad específico, independientemente de su origen, cumple la función económica de captar utilidad internalizando una externalidad, esto es haciendo propio el aprovechamiento que otros pudieran realizar. Lo que se podía captar por todos, ya sólo pueden aprovecharlo los propietarios que excluyen a otros, pues el aprovechamiento de esos bienes es un juego de suma cero. Un derecho de propiedad bien definido en ausencia de costos de transacción, internaliza o más bien individualiza los costos y beneficios en el dueño, a la vez que permite la circulación de esos bienes hacia quien los valora más. Esta es la lógica que el análisis económico del derecho ha venido instalando desde que Harold Demsetz apuntó que los derechos de propiedad aparecen cuando nuevos usos de los bienes se vuelven rentables y desde que Ronald Coase vino a enseñar que los derechos de propiedad se hacen indispensables cuando hay costos de transacción que impiden que las partes libremente negocien sus derechos para conducir los bienes a sus usos más rentables (FITZPATRICK, 2006, p. 1008). Este paradigma propietario que tanto evidencia su lógica de verdad económica como su dependencia del orden político que lo sostiene, no siempre resulta aplicable con tanta facilidad y coherencia a otros espacios de apropiación como es la PI. El paradigma, como sostiene Fitzpatrick, tiende a ignorar las condiciones sociales específicas en las que el régimen propietario opera, y la forma en que imbrica a la ley, propia de los estados nación, con los sistemas propietarios anteriores a éste (FITZPATRICK, 2006, p. 1046).

Mark Lemley argumenta que cuando se aplica esta lógica a los bienes del intelecto, lo que ocurre es que se internaliza una externalidad que no es negativa sino positiva y, que equivale al aprovechamiento colectivo sin detrimento de los bienes, que podría hacerse en condiciones no propietarias. Las externalidades positivas de los bienes intelectuales están dadas precisamente por la naturaleza no rival de éstos, y para su aprovechamiento no es necesario internalizar completamente las externalidades, mientras que los esfuerzos por hacerlo pueden en realidad reducir los beneficios antes que aumentarlos (LEMLEY, 2005, p. 1032). De ahí, entonces, que los objetivos económicos primordiales del sistema de propiedad no se cumplan en el mundo de la propiedad de bienes del intelecto cuando se les aplica a éstos el mismo esquema propietario de los bienes tangibles. No hay, en definitiva, escasez que administrar mediante un sistema de propiedad.

De ahí que surja un cuestionamiento al rol que verdaderamente cumple la exclusión en la PI y al problema de la tragedia de los comunes en el mundo de lo intangible. La tragedia, piedra angular de los derechos de propiedad en la corriente del análisis económico del derecho, supone un agotamiento de los bienes de no mediar derechos de propiedad que asignen el uso y explotación exclusivos. Lo paradójico es que los sistemas propietarios, especialmente en el mundo de los recursos naturales, no han impedido el agotamiento de muchos recursos naturales que han sido depredados por sus propios dueños para perjuicio de muchos.

5. El *Copyright* y los derechos de autor

Hasta este punto, este estudio ha mostrado los principales rasgos de la PI y los cuestionamientos que surgen al esfuerzo de justificarla desde los paradigmas económicos que han servido tradicionalmente para justificar la propiedad sobre bienes tangibles. No obstante, y dadas las prevenciones sobre los límites de esta investigación que ya se han hecho en su introducción, el siguiente acápite se dedicará al estudio del *copyright* y de los derechos de autor, y de las críticas y cuestionamientos que la PI recibe en este ámbito específico.

5.1. Dos caminos conceptuales

Los derechos de autor y el *copyright* serán abordados como sinónimos en este acápite. No debe entenderse que esto es válido siempre, pues a efectos de un estudio doctrinal en toda forma, habría que precisar que no son lo mismo, y explicar extensamente que el *copyright* corresponde a una manifestación propietaria en el mundo anglosajón que equivale fundamentalmente al derecho a hacer copias y lucrar con ellas, mientras que el derecho de autor es expresión de un tratamiento dogmático más amplio, que considera no sólo la reproducción de una obra sino también los derechos llamados morales que vienen a complementar el estatuto de protección jurídica. Esta diferencia arranca de distintos paradigmas respecto de este tipo de obras o creaciones de la mente humana. En el caso de los sistemas de derechos de autor, se busca el reconocimiento de la persona del creador en relación con su obra, mientras que el *copyright* atiende a la relación de la obra con la sociedad y el aprovechamiento económico a partir de ella. Esto implica que los sistemas de derechos de autor contemplen una normativa más rica en cuanto a la protección de un conjunto de derechos más amplio para el creador sobre la obra, que no consideran sólo la posibilidad de excluir en la obtención de los réditos económicos de ésta, sino que en la conservación de su integralidad y el control del desarrollo de la obra una vez puesta en el mercado.

Como en muchas cosas, estas diferencias remiten, en suma, a distintos sistemas jurídicos, el de derecho continental y el del *common law*: ambos, como destaca Jane Ginsburg (GINSBURG, 2018), se sitúan en distintos límites del espectro. Mientras el sistema de derecho civil sería más proclive a una filosofía de la PI que la justifica en los derechos naturales al producto del propio trabajo, los sistema de *common law* estarían más centrados en el contrato social que origina los derechos y que responde a la necesidad de negociar con el creador para el beneficio social general que se deriva de las actividades creativas. No obstante, como la misma autora indica, estas diferencias responden más bien a caricaturas, pues en realidad tanto los sistemas de *copyright* como los de derecho civil, son invadidos por una mixtura de motivaciones que pueden enfatizar en uno u otro aspecto, pero que a la larga son sensibles a las condiciones económicas, sociales y tecnológicas (GINSBURG, 2018, págs. 487 - 489).

Resulta curioso destacar que, pese a estas diferencias, los sistemas de protección de derechos de los autores de obras remontan, aguas arriba en la historia, a un origen específico en el célebre Estatuto de la Reina Ana, dictado en 1710, en Inglaterra, que se considera como la primera legislación que reconoce una forma de derechos sobre esos bienes. Parece ser, en ese sentido, que los derechos de PI sobre obras del ingenio humano tiene su punto de partida en la historia como *copyright*, esto es, desde una perspectiva primordialmente patrimonial, como un derecho sobre los réditos de una obra más que sobre la obra misma.

Pese a reconocer estas diferencias, lo cierto es que hay una cierta convergencia hacia la comprensión de ambos términos como una misma cosa, o al menos dos cosas que no son tan distintas entre sí¹⁰⁸. Dado que este estudio gira en torno a las posibilidades de cambios paradigmáticos en la concepción económica de los derechos de PI, y con la forma en que el campo puede admitir una nueva configuración propietaria que escape de la lógica privatista, es que se considerará que, habiéndolas, dichas diferencias no son relevantes: *copyright* y derechos de autor deben entenderse como sinónimos para lo que sigue. Sin perjuicio de ello, cuando quieran hacerse diferencias entre ambos conceptos, se explicitarán.

5.2. Los comienzos

En su trabajo de 1993, Mark Rose identifica el *copyright* como la realización más fundamental de la relación entre un autor y su obra. El *copyright* no sólo hace posible la explotación económica de la obra, sino que además le otorga una entidad legal que afirma la identidad del autor como tal (ROSE, 1993, pp. 1 - 2). El *copyright* es, desde este punto de vista, una invención propiamente moderna que vincula al autor - creador con su obra y con una serie más o menos larga de derechos que éste puede ejercer sobre la misma, incluido por supuesto el derecho de percibir sus réditos económicos de forma exclusiva. El *copyright* hace su aparición en la historia en condiciones en que la autoría comienza a ser reconocida como una función específica de individuos específicos y, nuevamente, a cuenta de tecnologías de reproducción de las obras que permiten la acumulación de conocimiento y su diseminación pública. La autoría, como función social, es propia de la modernidad y encuentra en el *copyright* una consagración legal que retroalimenta el proceso creativo. Como señala Robert Merges, el surgimiento de la regulación de la PI se relaciona directamente con “(..) la viabilidad de la escritura, la composición y otras por el estilo, como profesiones reales. La propiedad intelectual, como toda propiedad, se trata de la creación de mercados (...)” (MERGES, 2011, p. 200).

¹⁰⁸ A modo de ejemplo, la legislación chilena sobre PI, contempla en la Ley 17.336 una clara y expresa distinción entre los derechos morales (artículo 14) y los derechos patrimoniales (artículo 17).

En ese sentido, la literatura recuerda que es el Estatuto de la Reina Ana, de 1710, dictado en Inglaterra, el primer cuerpo legal en reconocer los derechos de los autores¹⁰⁹. Concebido como una extensión de las prácticas regulatorias de los gremios de los librerías y los impresores en Londres, permite incorporar a los autores de las obras como titulares de derechos que estaban más bien radicados en los impresores y, en cualquier caso, en los miembros de los gremios. El estatuto evidencia la instalación del autor como agente de un mercado, que comienza lentamente a profesionalizarse e independizarse de la figura de los patronazgos, de manera que la cuestión de la propiedad literaria es una de orden comercial (ROSE, 1993, p. 4). En ella, una pugna permanente fue la de los intereses de los impresores y los de los autores: son los primeros los que llevan a cabo las inversiones que permiten que una obra literaria se ponga en el mercado, y por tanto los primeros interesados en que el sistema normativo les permita recuperar su inversión. De ahí que, como apunta Mark Rose, los privilegios de impresión, originados en Venecia a mediados del siglo XV, sean los primeros antecedentes de lo que más tarde sería el *copyright* (ROSE, 1993, p. 10). Los privilegios mantienen con los derechos posteriores algunas similitudes, en especial su misión de fomento de determinadas actividades, radicadas generalmente en gremios específicos. Hasta ese momento existe un régimen de PI muy poco desarrollado, pues ya se ve que esos privilegios guardan un gran parecido con las patentes, sin que aún puedan diferenciarse como aparatos dogmáticos específicos. No hay aún una noción bien definida de autor y los privilegios aparecen más bien una forma de recompensar a un inversor que a un creador: de ahí que fueran otorgados más bien a impresores (dueños de un capital en forma de máquinas productoras de libros). Como apunta Miró - Llinares, los privilegios de impresión tiene el doble objetivo de "(...) hacer rentable el oficio de impresor y conseguir que la industria aumente y crezca" (MIRO - LLINARES, 2007, p. 118), lo que evidencia poco interés en los autores y mucho en la industria específica de los impresores. No es posible descartar, sin embargo, que ello haya de alguna forma redundando en beneficios para los autores, que se sitúan en una mejor posición de negociación con los editores/impresores (MIRO - LLINARES, 2007, pp. 120 - 121).

¹⁰⁹ Un completo resumen histórico del problema se encuentra en el trabajo de 2007 de Fernando Miró- Llinares, en que se plantea un análisis de la existencia de algo similar a los derechos de propiedad o reconocimiento de los autores en las Roma y Grecia antiguas, cosa que no habría ocurrido, al menos no de una forma sistemática e imperecedera que haya trascendido en algún sistema jurídico (MIRO - LLINARES, 2007). En un mismo sentido indaga Pamela Long, quien sostiene que ni Roma ni Grecia desarrollaron nociones legales de PI, pese a que se detectan ciertas prácticas de reconocimiento de autoría y problemas de robos y plagios típicos de un contexto de producción cultural. Long especula, con todo, sobre la ausencia de dos elementos esenciales en un régimen normativo sobre PI: el primero es la separación de los aspectos tangibles y los intangibles en una obra, lo material de lo intangible, el código del soporte, cuya distinción es más elaborada y muy posterior. El segundo es la noción de que esos intangibles pueden objeto de transacciones comerciales (LONG, 1991, p. 854 y 858).

Este sistema de privilegios se extiende por Europa, incluyendo a Inglaterra, en donde los gremios toman un rol fundamental como titulares de ellos¹¹⁰. En específico un rol fundamental es el que cumplió la Stationer's Company, empresa fundada en 1404 y que detentó hasta el Estatuto de la Reina Ana el monopolio de la impresión de libros. Como documenta Rose, la Stationer's Company administraba en derecho a imprimir libros mediante el ingreso en el registro de la compañía, en que se usaba la expresión "copy" para designar el derecho a hacer copias de un manuscrito original (ROSE, 1993, p. 12). No se escapa, con todo, que el sistema de patentes o privilegios de impresión tenía mucho que ver con la censura que desde la autoridad monárquica se ejercía sobre las publicaciones, especialmente aquellas que se consideraran políticamente sediciosas o heréticas. La censura y la regulación del comercio, dice Rose, se vuelven inextricables, hasta que se dicta el Estatuto de la Reina Ana, en 1710¹¹¹.

El estatuto de *copyright* de la Reina Ana establecía el derecho de los autores para imprimir y reimprimir en exclusiva libros que ya hubieren sido impresos y no transferidos a otros, por un espacio de veintiún años, y de catorce años para los libros que hubieren sido ncompuestos pero no impresos y publicados. Asimismo se les imponía a los infractores la obligación de retirar ese libro del mercado y de destruir las copias hechas sin consentimiento del autor, además del pago de una multa de "one penny" por cada hoja que

¹¹⁰ Pamela Long destaca el rol que los gremios de artesanos habrían tenido en la baja Edad Media. Se trata de organizaciones típicamente medievales en torno a la producción de bienes muebles, con alta especialización y un importante rol en la formación de lo que mucho más adelante serían las clases profesionales. Para Long, los gremios habrían desarrollado actitudes propietarias hacia el conocimiento de las técnicas productivas de distintos bienes, a las que se les comienza a asignar un valor comercial y, por ende, se busca proteger. No obstante, esa actitud propietaria no llega a transformarse en un concepto de PI, ni tampoco llega a relacionarse con la idea de autoría. Una de las empresas pre - capitalistas que muestran esas actitudes hacia la valoración del conocimiento de lo que hoy se conoce como "know how" o "saber hacer", fueron los gremios de los fabricantes de cristales en Venecia. Trasladados a la Isla de Murano, en el extremo norte de la laguna en 1291, debido al riesgo de incendio causado por los hornos, los fabricantes del célebre cristal estaban agrupados en fuertes gremios monopólicos, que contaban con potestad normativa que incluía la forma en que se realizaban los procesos productivos. Una de las más relevantes decía relación con el tipo de madera que se debía usarse en los hornos y el número de aberturas que éstos debían tener, y que influían en la calidad final del producto. En ese sentido, la Comuna de Venecia consideraba que el conocimiento sobre la artesanía del cristal constituía propiedad comunal, que se usaba en beneficio del gremio y de la misma ciudad: la exportación de la artesanía, es decir del "know how" estaba pues prohibida por las normas gremiales, bajo pena de multa e incluso de expulsión del gremio (LONG, 1991, pp. 870 - 873). Se trata de una de las primeras formas de prohibición de transferencias tecnológicas de un espacio productivo a otros, con el objetivo de proteger un saber hacer y los réditos que aparecen de éste.

¹¹¹ En un sentido similar véase a Miró - Llinares sobre el caso de España (MIRO - LLINARES, 2007, pp. 121 - 122).

se encontrara en su custodia¹¹². Rose destaca que a partir del siglo XVII comienza a producirse una brecha

“(…) entre la institución de los *stationer’s copyright*, que se basaba en una concepción tradicional de la sociedad como una comunidad atada por vínculos de fidelidad y servicio, y la emergente ideología del individualismo posesivo.” (ROSE, 1993, p. 15).

Un proceso similar al inglés puede observarse en el derecho continental, en especial en Francia y España. También en esos países existe hasta el siglo XVIII un sistema de privilegios, que van decayendo a medida que los procesos políticos y sociales avanzan hacia el capitalismo liberal. En el caso francés, Miró - Llinares muestra el cambio que se produce a partir de 1777, con el establecimiento de dos tipos de privilegios; uno para los impresores y otro distinto para los autores, que otorgan derechos exclusivos y perpetuos, y que se originan en el sólo hecho de la creación (MIRO - LLINARES, 2007, p. 127). Una corriente similar había seguido pocos años antes el derecho español, que ya asignaba el privilegio de la impresión a los autores de los libros de forma exclusiva y le daba el carácter de transmisible a los herederos. El paso siguiente en la evolución va a ser, como en tantas cosas, la revolución de 1789, tras la cual se produce la abolición en la asamblea francesa de todos los privilegios. La clausura final del régimen feudal tiene una expresión bien clara en el mundo de lo que más adelante se conocería como PI y derechos de autor, y permiten mirar con cierta nitidez esa transición hacia un régimen de propiedad liberal - moderno. Para el caso de los privilegios de impresión y de autor, éstos se subsumen en derechos exclusivos de representación y de reproducción para los autores, que duraban toda la vida de éstos y durante diez años más para los herederos (MIRO - LLINARES, 2007, p. 127). El camino de la propiedad estaba ya claramente trazado desde el punto de vista jurídico, pues ya se avizoraba una nueva economía que se basaba en esa clase de bienes y en los nuevos posicionamientos de autores, editores – impresores y el público que va a adquirir esos bienes en el mercado.

Miró – Llinares ve en esto un triunfo del autor por sobre el editor – impresor, en la idea de que el autor era el dueño de la obra, que es la que se va imponiendo en el derecho continental. Tras ese triunfo lo que asoma es en realidad la imposición de un cambio político más profundo, pues en realidad la propiedad, como derecho individual, se impone a los derechos de los industriales en tanto colectivo gremial, lo que está en definitiva en el corazón del quiebre del orden económico y productivo feudal. En ese mismo sentido, Ginsburg apunta dos cambios de paradigma fundamentales que se siguen del Estatuto de la Reina Ana: por una parte, hacer a los autores dueños de sus propias obras es un reflejo de la filosofía ilustrada sobre la propiedad, cuyos matices ya se han visto en el análisis de la filosofía lockeana; pero en segundo lugar, colocar a los autores en una posición de

¹¹² Un ejemplar del Estatuto puede consultarse en línea en el sitio *web* de *The Avalon Project*, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale (disponible en https://avalon.law.yale.edu/18th_century/anne_1710.asp, visitado el 27 de agosto de 2020).

privilegio respecto de los impresores, evidencia un objetivo de política económica, que es generar competencia entre los propios vendedores de libros (GINSBURG, 2018, pág. 490).

Estas distintas evoluciones de los regímenes isleños, basado en el *copyright*, y continental, basado en la propiedad, anticipan los distintos avatares económicos y políticos de cada cultura jurídica. A modo de ejemplo Zorina Khan recuerda que la implantación del régimen de patentes y de *copyright* en los EE.UU. obedece a un mismo mandato constitucional (el incentivo de la creación para el bienestar general), pero evidencia desarrollos muy distintos. La lógica tras el *copyright* es puramente utilitarista y los equilibrios y compensaciones entre el interés público y el privado son vistos desde sus inicios con mayor preocupación. En ello destaca la idea de que la producción de los bienes culturales difiere de la de las innovaciones tecnológicas, pues los bienes objeto de *copyright* pueden ser producidos aún en ausencia de incentivos materiales para ello. El miedo a los monopolios es, al parecer, más influyente, pues los bienes que pueden ser protegidos se construyen sobre bienes culturales anteriores, muchos de ellos de dominio público, de una forma en que se hace imposible distinguir entre las contribuciones del autor y las de la sociedad en su conjunto. Esta cuestión, como se ha visto antes, es la base para una dura crítica a la composición de los bienes culturales amparados en PI. Finalmente, y dada la fuerte implicancia del *free speech* como derecho constitucionalmente garantizado, el *copyright* genera indudablemente un conflicto en que la protección de esos bienes puede desembocar en una privación de acceso al conocimiento y la educación (KHAN, 2016, pág. 4). El trato privilegiado de las patentes bien puede obedecer a un sistema económico que se basó en gran medida en el desarrollo de una industria que requería generar innovaciones tecnológicas permanentemente, en bienes físicos, y cuya transición hacia el conocimiento ha sido más bien reciente.

Es claro, en cualquier caso, que a tres siglos de distancia, y en un mundo crecientemente globalizado y pretendidamente convergente, estas distinciones tienden a hacerse menos importantes a la luz de los instrumentos jurídicos internacionales que apuestan a esa convergencia. Lo que merece ser relevado aquí es que esa transición desde el privilegio otorgado a una comunidad que regula una actividad económica hacia un régimen de propiedad individual, se emparenta directamente con las ideas de John Locke y con el nacimiento de una modernidad capitalista que abandona la comunidad del feudo para dirigirse hacia la propiedad privada. Si bien este proceso se había visto transcurrir a propósito de la propiedad de la tierra, no está de más advertir que casi al mismo tiempo tiene lugar respecto de intangibles del conocimiento humano. Inglaterra, la primera nación capitalista industrializada muestra, ya a comienzos del siglo XVIII, un interés temprano en regular en clave propietaria la gobernanza de los bienes del intelecto, específicamente libros y el derecho de imprimirlos y publicarlos, abandonando los cánones de la baja Edad Media y reduciendo el poder de los gremios, en este caso el de los impresores. El autor, persona y propietario individual del conocimiento, va a transformarse de esta forma en un nuevo foco de atención regulatoria, pero siempre bajo el paradigma privatista de sus derechos sobre la obra.

5.3. Definiendo los derechos

¿Cómo puede conceptualizarse, hoy, el derecho de autor? ¿Es posible hacer converger dos sistemas normativos de distinto cuño, en un sólo concepto unitario? De nuevo, parece ser que la economía actúa como un sistema de pensamiento que puede trascender las diferencias dogmáticas y articular una idea del *copyright* y del derecho de autor bajo una misma premisa, la del aprovechamiento individual de un activo del cual es posible obtener valor. Una mirada a la literatura del análisis económico del derecho aborda el asunto desde esa perspectiva. Richar Posner aborda el *copyright* buscando los parecidos de familia con las patentes, cuando dice que

“(...) el derecho de registro de marca *copyright* (derechos reservados) se asemeja al derecho de las patentes por cuanto otorga derechos limitados en el tiempo, pero se parece al derecho del secreto comercial por cuanto permite el descubrimiento independiente.” (POSNER, 2007, pp. 81 - 82).

Esta búsqueda de un rasgo que asimile el *copyright* a las patentes, evidencia una cierta jerarquía histórica de estas últimas. Como se vió en el acápite anterior, las patentes estuvieron mucho más presentes en los tempranos inicios del capitalismo, allá en la baja Edad Media, que el *copyright*. Paciera en ese sentido, que el *copyright* es una patente sobre una invención que no tiene una materialidad, que no inicia un proceso productivo de bienes físicos o de servicios y que tiene una especificidad económica propia. Steven Shavell asimila también el *copyright* a las patentes, pero pone el acento en la característica de ser un “(...) derecho exclusivo a reproducir escritos y otros determinados productos intelectuales por un período específico de tiempo.” (SHAVELL, 2004, p. 155). La gama de bienes que quedan amparados en *copyright* es de por sí amplia y, sobre todo,

creciente¹¹³, lo que genera para Shavell una constante pugna por determinar si algo debe ser objeto de *copyright* o de derecho de patentes. Sin embargo, el corazón conceptual radica indudablemente en la protección de obras que son fruto del trabajo humano, con todas las complejidades que eso pueda traer consigo.

Bajo el *copyright* se encuentra, sin duda, la totalidad de la producción cultural: libros, producción científica, música y películas. Esta tres categorías, sin embargo, ofrecen una vasta subcategorización que los medios tecnológicos desafían constantemente, y en la cual no se buscará profundizar aquí. Shavell releva que un elemento común de los bienes amparados en *copyright*, es la posibilidad de reproducirlos fácilmente. En contraposición, los bienes objetos de patente no pueden ser reproducidos sin una considerable ingeniería en reversa (SHAVELL, 2004, pp. 155 - 156). De nuevo, como se advierte, es una contingencia tecnológica lo que gobierna las categorías jurídicas sobre qué estatuto se aplica a determinados bienes. Para que una idea sea objeto de *copyright*, señala Shavell, debe fijarse o inscribirse en un medio tangible y debe además ser original, es decir el trabajo debe haberse originado en el titular del derecho y no haber sido copiado por éste.

¹¹³ Sven Schonhofen (2016), relata que en septiembre de 2015, la Corte de Noveno Circuito de Apelaciones de los EE.UU., estableció que el Batimovil, el sofisticado vehículo en que Batman se desplaza por Gotham City, o más bien su diseño, es objeto de protección en tanto personaje, bajo el imperio de la ley sobre *copyright*. La jurisprudencia había ya establecido con anterioridad que la protección legal no sólo se extiende a la obra como un todo (en este caso una película o un libro de *comics*), sino que también a los elementos suficientemente distintivos, como por ejemplo un personaje de tiras cómicas específico contenido en la obra. Desde su diseño original, en 1941, el Batimovil siempre ha sido mostrado en el libro de *comics* como un automóvil de alta tecnología, con una estética propia de Batman y armamento futurista. La compañía DC Comics ha otorgado licencias para su uso en la serie de televisión de 1966 y la película de 1989. En este caso, el pronunciamiento del tribunal recae en un pleito que DC Comics entabló en contra de Mark Towle, un fabricante no autorizado de réplicas del Batimovil. En la sentencia la Corte confirma un criterio que ya se había venido sosteniendo con anterioridad, cuando se había otorgado protección bajo *copyright* a caracteres especialmente distintivos de obras, como por ejemplo James Bond, *Godzilla* y el mismo Batman. En estos pronunciamientos, la jurisprudencia ha sostenido que la persistencia de determinados rasgos y atributos en una obra, justifica extender la protección bajo las leyes de *copyright*, a pesar de los cambios que estos personajes han ido experimentando con el tiempo. Estas características se encuentran, en opinión de la Corte, presentes en la figura del Batimovil, que "ha mantenido cualidades físicas y conceptuales distintivas desde su primera aparición en los libros de *comics* en 1941." (SCHONHOFEN, 2016, p. 13). La importancia de la decisión judicial radica, para Schonhofen, en el establecimiento de un estándar de relevancia de los personajes y caracteres que optan a ser beneficiarios de la extensión de las leyes de *copyright*. El comentarista celebra la decisión, pues el Batimovil no sólo es un automóvil, sino un miembro destacado del universo Batman. A modo de ejemplo, y en esta misma línea, en el Capítulo N°102 de la 5ª temporada de "Los Simpson" el abuelo Abraham Simpson se enamora de la madre de Marge, Lady Bouvier, quien también es pretendida por el maléfico Mr. Burns. El capítulo termina cuando el abuelo Simpson irrumpe en la iglesia para impedir el matrimonio y escapa con Lady Bouvier en el asiento trasero de un autobús, en un clarísimo plagio de la última escena de "El Graduado", dirigida por Mike Nichols en 1967. "Los Simpson" debe ser una de las producciones de ficción que más ha plagiado escenas de los clásicos del cine americano y es a estas alturas un referente cultural por sí mismo. Para una mirada sobre los problemas de *copyright* involucrados en "Los Simpson" a cuenta de la marca de cerveza Duff, muy popular en el *show*, véase el trabajo de Benjamin Arrow (ARROW, 2010).

Fuera de eso, y como apunta Ginsburg, el umbral de creatividad es bajo. No hay requerimientos de “mérito artístico, virtud pública o valor comercial”: Si bien un mínimo de trabajo humano se encuentra a la base del otorgamiento de *copyright*, “(...) tanto el fruto de un momento de inspiración como el resultado de largas horas de investigación y reflexión pueden calificar.” (GINSBURG, 2018, pág. 490). El objetivo de incentivo que, al menos en los discursos de corriente principal, está detrás de los estatutos de PI, va a tener distintos alcances y consecuencias en una y otra forma. En el caso de las ideas amparadas en *copyright*, se buscaría incentivar la expresión de todo tipo de ideas, aún cuando estas sean similares a otras anteriores, de modo que las ideas que sean más altamente valiables serán recompensadas (SHAVELL, 2004, p. 157). De ahí que tanto la versión original de Romeo y Julieta, escrita por William Shakespeare sea tan digna de esa protección como las películas que en el siglo XX se hicieron de ella, tanto la versión de Franco Zeffirelli de 1968, como la de Baz Luhrmann de 1996, con toda su carga *kitsch* y su ambientación en el mundo de las violentas pandillas de la costa oeste de los EE.UU. Para muchos, una verdadera herejía.

Las patentes y el *copyright* siguen otros derroteros categoriales que permiten distinguirlas y que deben tenerse en cuenta. Los derechos de *copyright* aparecen espontáneamente al crear el autor la obra protegida, y no requieren de un registro como sí es el caso de la propiedad de patentes¹¹⁴. En el caso de éstas, como destaca Stephen Spurr, y dado que la ley granjea los derechos de explotación exclusiva a quien primero obtenga un registro, es muy factible que dos inventores desarrollen carreras para obtener esa patente y se generen responsabilidades para el que llega segundo, en caso de que quiera dar uso a esa invención. En cambio, dos obras similares pueden muy bien coexistir¹¹⁵, ambas bajo protección (SPURR, 2019, p. 92). Esta forma de asignar los derechos va a modelar sustancialmente la inversión y planificación de los procesos de investigación y desarrollo que una empresa tecnológica desarrolla, y permitirá configurar distintas estrategias de colaboración o de competencia para llevar esas innovaciones al mercado. En ese sentido, el otorgamiento de una patente inmediatamente produce el efecto de inhibir un proceso inventivo similar en un competidor, porque la captación de valor será completa para el primer inventor y de cero para el segundo. Eso recuerda que la PI no otorga (o no sólo)

¹¹⁴ De hecho, como comenta Ginsburg, la necesidad de registro de las obras bajo *copyright* ha ido decayendo desde comienzos del siglo XX en la mayoría de los países, y las obligaciones de depósito de bibliotecas nacionales se ha transformado en voluntaria. Por ejemplo, los EE.UU. exigen el registro en la oficina de *copyright* como requisito para judicializar el resguardo de una obra (GINSBURG, 2018, pág. 494).

¹¹⁵ De hecho, y a modo de ejemplo, un mismo guión cinematográfico puede dar lugar a distintas películas, cada una de ellas una obra en sí misma. Recientemente, el *film* italiano *Perfetti Scenoscritti* (2016), de Paolo Genovese, fue adaptado por el español Alex de La Iglesia, en 2017, con el título de *Perfectos Desconocidos*; y en 2018 por Manolo Caro, en México, con el mismo título. La película es exactamente la misma en las tres versiones; idénticas, pero dirigidas y actuadas por tres elencos distintos, y al menos en dos idiomas.

un derecho sobre la creación misma, sino más bien sobre las futuras y posibles rentabilidades de ésta. Spurr resume las diferencias entre el *copyright* y las patentes, a propósito de la forma de apropiación de la idea, que supone siempre el ejercicio de la PI; mientras el *copyright* protege la manifestación de una idea (pero no la idea en sí), el derecho de patentes protege la idea en sí misma (SPURR, 2019, p. 93)¹¹⁶.

Finalmente, cabe relevar que la PI en la formulación *copyright*, evidencia una clara tendencia a extender su duración en el tiempo, que hoy día alcanza en los EE.UU. toda la vida del autor más setenta años, en que sus herederos pueden disfrutar de los beneficios antes de que la obra pase al dominio público. Esto es un contraste muy relevante si se compara con el plazo de veinte años que se concede para el uso exclusivo de una patente. El mismo alcance otorga en Chile la Ley 17.336 sobre propiedad intelectual, de 1970, que su artículo 10 dispone que

“La protección otorgada por esta ley dura por toda la vida del autor y se extiende hasta por 70 años más, contados desde la fecha de su fallecimiento.”

Esto último implica un aumento de cuarenta años sobre los treinta que originalmente contemplaba¹¹⁷. Dado que el *copyright* no requiere de un registro, como es el caso de las patentes, la duración de los derechos tiene un rol clave en la naturaleza misma del *copyright* y responde nuevamente al problema de los costos de transacción, específicamente los costos de rastreo de la propiedad de una idea amparada en *copyright*. Producir un trabajo creativo sobre la base de ideas implicaría obligar al autor a efectuar un rastreo de esas ideas, de modo de determinar a ciencia cierta si éstas han sido ya puestas bajo alguna forma de registro y si alcanzan un grado de similitud tal que impida su uso. Este costo puede, como se advierte, ser de cierta envergadura, por lo que resulta una modulación significativa que los derechos se concedan con un límite temporal (COOTER & ULEN, 2008, p. 194).

¹¹⁶ No es de la misma opinión Jane Ginsburg, quien apunta que, si bien el medio de fijación o inscripción del trabajo sirve a efectos de constituir una evidencia de éste y su identidad, no debe confundirse el medio con la obra en sí misma, como objeto de protección. En efecto, una vez que la obra ha traspasado el umbral de fijación que le permite ser objeto de protección, ésta va a existir con independencia de los objetos particulares en los que se concretiza (GINSBURG, 2018, págs. 491 - 492).

¹¹⁷ En realidad, hay dos saltos normativos importantes. En 1992 se amplió el plazo de protección de los treinta años originales a cincuenta años (Ley. 19.166); y, en 2003, se amplió de cincuenta a los actuales setenta años (Ley 19.914). Véase la evolución en el sitio de Ley Chile de la Biblioteca del Congreso Nacional (<http://bcn.cl/2lcgh>, visitado el 30 de septiembre de 2020).

5.4. El objeto de protección de los derechos de autor

Si bien las definiciones ensayadas ya contienen en buena parte una alusión al objeto de protección del *copyright*, se ofrece a continuación una breve sistematización del mismo. De acuerdo al artículo 2, N° 1 de la Convención de Berna para la Protección de las Obras Artísticas y Literarias de 1886 (Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, s.f.)¹¹⁸, indudablemente el principal instrumento internacional en la materia, el objeto de protección son las obras artísticas y literarias. El campo que comprende esta sola expresión es vasto, como el propio articulado describe:

“1) Los términos “obras literarias y artísticas” comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias.”

Como se advertía ya, la Convención de Berna no sólo pretende amparar los llamados derechos patrimoniales, propios de un sistema de *copyright* sino que amplía el campo de garantías a los derechos morales (artículo 6 bis) que consisten en el derecho del autor de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a la deformación, mutilación u otra modificación de ésta o cualquier atentado que perjudique su honor o reputación. Estos derechos morales son propios del sistema continental de derecho de autor, y se conocen como “derecho de integridad de la obra”. Uno de sus rasgos esenciales es precisamente la superación respecto del *copyright*, en cuanto mero aprovechamiento económico de la obra, pues estos derechos se conservan a pesar de las transacciones comerciales que puedan hacerse sobre ésta (GINSBURG, 2018, pág. 500).

Los derechos específicos que concede la Convención de Berna a los autores, están contemplados en su artículo 9 y discurren en general sobre el derecho de autorizar la reproducción de las obras, bajo cualquier procedimiento y forma. En general, y esto es válido para cualquier tipo de obra que se ampara en la Convención, lo que se garantiza al autor es el control de la reproducción de su obra y el alcance que ésta tenga, en una serie de medios y dispositivos de difusión. De ahí que, como señalan Lévêque y Ménière (LEVEQUE & MENIERE, 2004, págs. 61 - 62) la primera función del *copyright* sea una protección en contra de la piratería, esto es la reproducción idéntica de una obra por un

¹¹⁸ La Convención, con su Acta modificatoria de 1971, ha sido suscrita por 190 países. Véase el detalle en https://www.wipo.int/treaties/es/ActResults.jsp?act_id=26 (8 de septiembre de 2020).

tercero que no está autorizada por el titular del derecho. El acto de copiar, inherente a la piratería, se ve facilitado por la irrupción de los medios digitales, que permiten que de un original aparezcan cientos de miles de copias. Estas, y ahí la paradoja, ni desintegran el original ni compiten en calidad unas con otras, como sí ocurría cuando, un libro se fotocopiaba una y otra vez, y la copia de la copia de la copia era sólo un amasijo ilegible de letras borrosas y grisáceas sobre el papel¹¹⁹.

El *copyright* generará para su titular un poder de control sobre las copias que se hagan de su obra y las explotaciones comerciales de esas copias. De ahí que, como señalan los autores, un exceso de protección, específicamente en el campo de las obras derivadas de un original, puedan representar un lastre para la creación de nuevas obras y la construcción de un cúmulo de conocimiento e ideas (LEVEQUE & MENIERE, 2004, pág. 67). Este exceso de protección, sobre el que ya llamaba la atención Richard Posner (2006), se ve acrecentado por la extensión creciente del período de protección (la vida del autor más setenta años es hoy en día un estándar). En ese sentido Ginsburg apunta dos críticas que se levantan comúnmente en contra de esa forma de protección. No hay, en primer lugar, evidencia de que esa extensión en realidad produzca un beneficio para los autores o sus herederos; y, en segundo término, la extensión de los derechos en el tiempo dificulta la identificación de los autores o de quienes detenten sus derechos, aumentando los costos de transacción y, eventualmente, haciendo imposible el uso de esas obras bajo licencias (GINSBURG, 2018, pág. 499).¹²⁰

¹¹⁹ Para un panorama cultural en que la copia es no sólo legal, sino que una forma de creación tan válida como otra, véase el ensayo del filósofo coreano Byung - Chul Han "*El Arte de la Falsificación y la Deconstrucción en chino*". Han refiere cómo la filosofía china sobre el arte y la creación intelectual ofrece una aproximación muy distinta a la de occidente respecto de la copia. En ese sentido, la aproximación al arte arranca de una concepción no estática sino en permanente cambio y transformación, una noción deconstructivista que rompe con el ser y su esencia. Así, el pensamiento chino "(...) no rastrea al ser o al origen, sino las constelaciones cambiantes de las cosas (*pragmanta*). Se trata de reconocer el transcurrir mutable de las cosas, para acceder a él en función de la situación y sacar provecho. El pensamiento chino desconfía profundamente de las esencias inmutables o principios." (HAN, 2017, p. 14). De eso deriva, en el mundo de la creación, que no se consideren importantes las esencias creativas de las obras de arte, y que estas sean producto de una fuerza centrífuga deconstructiva, sin alcanzar una forma definitiva, en proceso de permanente cambio. La creación, para el pensamiento chino, se concibe como "(...) un proceso dilatado, que exige un diálogo intenso con *lo que ya ha sido* para extraer algo de ello". (HAN, 2017, p. 26).

¹²⁰ No se pierda de vista, en cualquier caso, que Jane Ginsburg es una firme partidaria de los derechos de PI, como se refleja en las conclusiones del artículo que se ha venido citando.

5.5. La crisis del derecho de autor

En la edición de 2008 de su obra *Derecho y Economía*, Cooter y Ulen avizoraban dos posibles futuros del *copyright* en la era digital. En el primero, el sistema evolucionaba hacia una “rocola celestial”, en que los usuarios de información digital (léase como sinónimo de obras reconocidas bajo *copyright*) descargaban esos bienes de unos cuantos grandes vendedores, a precios uniformes, tal como en una de esas antiguas rocolas o *wurlitzers* que reproducían discos por monedas, con un triunfo claro del *copyright*. En parte, esa predicción ha sido acertada, como lo muestran los servicios de pago de obras protegidas por *copyright*, como Netflix, HBO Go y Amazon Prime, en el mundo de la imagen, o Spotify, Apple Music, Tidal o Deezer, para la música. A eso deben sumarse servicios que cada vez van penetrando más en el mercado, como son las suscripciones a bibliotecas de artículos académicos, cuyo acceso se provee por potentes motores de búsqueda, como JStor o Elsevier, previo pago. El segundo futuro posible que preveían en 2008 los autores era uno en que el *copyright* simplemente perece debido a que la misma tecnología de encriptación barata de datos lo vuelven innecesario en un contexto de “libertarismo digital”. Bajo esta lógica, los mismos productores podrían proteger las obras impidiendo su copia y controlando por lo tanto a sus usuarios. De alguna forma, también, este futuro que Boyle denominaba como un “segundo cercamiento”, es una realidad en 2021 y lo seguirá siendo por un buen tiempo.

Casi diez años después de la edición que se cita anteriormente, Cooter y Ulen publicaban en 2016 la más reciente edición de la misma obra (COOTER & ULEN, 2016). En la parte pertinente al *copyright* los autores esbozan algunas ideas críticas respecto de su comportamiento y extensión. Señalan que “En algunas áreas, los derechos del *copyright* y de patentes se han extendido demasiado y amenazan con asfixiar la creatividad”; o que “El legado histórico del *copyright* entorpece y obstruye frecuentemente la comunicación entre los estudiosos y retrasa el desarrollo científico.” (COOTER & ULEN, 2016, p. 170). Estos dos ejes críticos al estatuto del derecho de autor no obstan a que los dos futuros posibles sean los mismos que se preveían en 2008. Pero sí se advierte un principio de crítica que no debe obviarse.

Con todo, la crisis que se busca evidenciar en estas páginas atañe directamente a la justificación económica de los derechos de *copyright*, en tanto institución que persigue resguardar los incentivos a la producción de bienes del conocimiento. Ya se ha hecho mención anteriormente, al trabajo de Raymond Ku (KU, 2002), en especial en lo que dice relación con dos grupos de interés claramente diferenciados en la estructura del *copyright*, esto es los autores y los distribuidores, siendo estos últimos reemplazados por los medios digitales de intercambio. A partir de esto, Ku elabora una crítica económica a los derechos de *copyright* que se resume en que “(...) la economía de la tecnología digital hace que los derechos de autor sean innecesarios e ineficaces.” (KU, 2002, p. 294). Desde que los intereses de autores y distribuidores pueden ser separados, comienza a esclarecerse que en realidad la creación y la circulación de esos bienes en la economía de los intercambios

no depende ni está quizás siquiera relacionada con el establecimiento y protección del *copyright*. El argumento de Ku arranca en buena medida de la histórica confusión de ambos grupos de interés tanto por una razón estratégica como por un problema económico. Los distribuidores han sostenido siempre que su interés es coincidente con el de los autores y han tratado a ambos como si fueran uno sólo, en una especie de estrategia de cooptación política que se basa en un juego de suma cero. Este se resuelve en que si unos no pueden explotar esos derechos de forma exclusiva, tampoco quedará ningún incentivo para que los otros puedan crear. Pero, y como Ku explica, la razón es también una de orden económico: son los editores quienes tradicionalmente han asumido los costos de producción de los instrumentos que vehiculan las obras hacia su público en un mercado específico (edición, impresión, promoción, contratos de publicidad y un largo etcétera). Sin embargo, una vez que el cambio tecnológico permite evidenciar la separación de esos dos intereses diversos, resulta evidente para Ku la imposibilidad de seguir justificando los derechos de *copyright* como incentivo (KU, 2002, p. 294). El desarrollo tecnológico posee la virtud de desnudar el verdadero sentido de la estructura propietaria de esos intangibles, que no parece ser otra que la de proteger los intereses de la industria y no tanto los de quienes la alimentan con obras y creaciones.

Ku, con todo, va algo más allá. Al consabido argumento de los incentivos, se opone el de la irrelevancia del *copyright*: ésta radica en que los derechos de propiedad no son necesarios para la distribución de los contenidos hoy amparados en esa estructura de propiedad privada. Si se entiende que los derechos de autor benefician en realidad a los distribuidores o intermediarios del mercado, lo que propone Ku es que las formas de intercambio en *internet* son en realidad la solución a los problemas de distribución creados por los *free riders* y el carácter de bienes públicos de esos bienes. Eso se produce en la medida de que, cuando los bienes son distribuidos en la *web*, los propios consumidores asumen e internalizan los costos de distribución, mediante la adquisición de todos los elementos técnicos que facilitan la copia y distribución (computadores personales, equipos de conexión a la red, servicios de *internet*, medios de almacenamiento, servidores y hasta la cuenta de electricidad (KU, 2002, pp. 300 - 301). O, dicho de otro modo; los intermediarios titulares de *copyright* desaparecen porque los propios consumidores asumen el costo de distribuir esos bienes en la red. He aquí, en resumen, otra prueba del llamado “dilema digital”. La tecnología que le asesta un golpe a los modos de producción, se salda en favor de la liberación de la propiedad de bienes que en otro contexto tecnológico habrían continuado una senda de propietarización; la tecnología aparece, paradójicamente, como función de un proceso de despropietarización de determinados bienes en que la propiedad se vuelve irrelevante como incentivo.

5.6. La Piratería

Dos de los derechos más relevantes que confieren tanto el *copyright* como el derecho de autor, son el de reproducción y el de distribución exclusiva de las obras por su autor¹²¹. Se trata de los dos componentes más importantes del *bundle of rights* en el mundo de la PI, independientemente del sistema jurídico en el que esta se asiente. Ambos derechos contienen, respectivamente, la realización de copias de una obra o de representaciones de ésta, en el caso del derecho de reproducción; y el derecho de controlar la puesta en circulación de una obra, en el caso del derecho de distribución.

Ambos derechos pueden bien ser confundidos, aunque Eduardo Serrano advierte que es factible distinguirlos: bien se puede reproducir una obra sin entregarla al tráfico comercial (o reproducirla sin distribuirla), y algunos países han adoptado una acepción más amplia como es el derecho de publicación (SERRANO, 2000, p. 36). Habrá que convenir, no obstante, en que ambos se parecen bastante y que la piratería sólo se entiende en la lógica de la distribución y reproducción no autorizadas de obras.

El asunto no es tan pacífico, sin embargo, cuando se trata de copias digitales de obras. Zohar Efroni documenta cierta polémica en los inicios de la era digital, acerca de si la sólo realización de una copia digital (entiéndase por ésta el alojamiento de un archivo en un dispositivo de almacenamiento extraño al autor) constituía efectivamente una reproducción y por ende una infracción a las normas sobre PI. Con el tiempo se arribó a cierto consenso en torno a que las duplicaciones que se hacían en medios digitales de almacenamiento estables (como discos duros y DVDs) constituían una copia con una significancia económica, equiparable a las que se hacen en el mundo análogo, con funciones similares y que por lo tanto se podían considerar reproducciones que vulneraban los derechos de PI (EFRONI, 2010, p. 207). No obstante, el problema subsiste para el caso de los duplicados llamados “no estables”, y la pregunta es si estos pueden calificarse como copias que vulneran el derecho de reproducción. Las copias que pueden considerarse no estables son aquellas que se eliminan una vez que los soportes físicos se apagan. Un caso relevante son las memorias RAM que usan los computadores personales y sólo se ejecutan mientras estos están encendidos, sin que persistan en el tiempo.

Como puede intuirse, el problema es más acuciante en el caso de las tecnologías de *streaming*, en que se basan buena parte de los servicios pago como Netflix y Spotify, pero también varios otros no legales. En ellos la obra se reproduce mientras el archivo se transfiere, pero la copia no llega a alojarse nunca en un dispositivo. Efroni refiere cómo estos problemas persistieron hasta entrada la década del noventa, en que los tratados de la OMPI, y específicamente el Tratado sobre Copyright de 1996 abordó la cuestión,

¹²¹ Eduardo Serrano distingue en su trabajo el derecho de reproducción en dos vertientes; la de la fijación de la obra por un medio que permita su comunicación, y la posibilidad, por otra, de hacer copias de un original (SERRANO, 2000, p. 27). De la misma forma, el derecho de distribución contiene la puesta a público de la obra y la posibilidad de oponerse a la circulación de ejemplares de la obra sin previo consentimiento del autor, controlando este último el proceso de publicación (SERRANO, 2000, p. 35).

considerando que la protección del derecho de reproducción implicaba cualquier forma de reproducción directa o indirecta de las obras, ya fuera esta temporal o permanente, por cualquier medio o forma en que esta se produjera. No obstante, los Tratados aún dejan espacio normativo para que los países, a través de sus legislaciones nacionales, adopten enfoques maximalistas (que considera como reproducción cualquier forma o signo de duplicación) o minimalista (que procura excluir ciertas formas de representación digital del territorio considerado como reproducción) (EFRONI, 2010, p. 217). Como es lógico, cada uno de estos enfoques va a dar origen a diferentes prácticas legales y jurisdiccionales, de acuerdo con los espacios político – económicos en los que se insertan, a la hora de determinar la línea divisoria entre lo legal y lo ilegal en el uso de esos bienes.

Más allá de los problemas de interpretación que puedan haber respecto del mayor o menor alcance de las normas internacionales, es indudable que la problematización de base son las formas digitales que se distribuyen por la red y que implican una transferencia de una copia de la obra, de la misma forma en que la venta de un ejemplar físico de un libro implica la venta de una copia de un original (GINSBURG, 2018, págs. 506 - 507). Este derecho de distribución le proporciona al autor el control sobre la primera venta de la obra y la decisión sobre la puesta en mercado de esta por primera vez. Las legislaciones, como apunta Ginsburg, varían en cuanto a los derechos que detenta quien adquiera una copia de la obra; en EE.UU. con la sola excepción de la música (fonogramas) y de los programas computacionales, el adquirente puede disponer como quiera de su copia siempre que no haga otras copias. Esto deriva de una distinción entre la propiedad de la obra y la del objeto físico (soporte material) de ésta, a la que se ha referido antes. En la Unión Europea, en cambio, existen derechos de renta y remuneraciones obligatorias para los autores por el uso de esas obras (GINSBURG, 2018, pág. 507). A modo de ejemplo, en Chile el derecho de distribución, del acuerdo al artículo 5 letra Q) de la Ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual consiste en

“(...) la puesta a disposición del público del original o copias tangibles de la obra mediante su venta o de cualquier otra forma de transferencia de la propiedad o posesión del original o de la copia”.

Mientras, la reproducción, según el artículo 5 letra U) de la Ley, se asimila a la obtención de una copia del original por cualquier medio o la fijación permanente o temporal de la obra en un medio que permita su comunicación.

Es claro que estos derechos, y especialmente el derecho de distribución de las obras amparadas en *copyright*, experimentan un fuerte menoscabo a propósito de la piratería. La piratería es fundamentalmente una infracción de las leyes de PI que tiene lugar cuando se hacen copias o representaciones que no han sido autorizadas; es decir una obra se reproduce con fines comerciales o mercantiles sin autorización del titular del derecho (SERRANO, 2000, pp. 32 - 33). El caso de la piratería digital es uno en que tanto el medio de copia como el de difusión de estas es digital, lo que naturalmente viene a agravar la escala del asunto. En esencia, y sin perjuicio de los medios, la escala y la economía del

problema, no hay diferencia entre mimeografiar un libro o copiar un *cassette* y poner en la red copias digitales de unos u otros.

La primera gran distinción que la literatura suele hacer es la que disecciona aquella piratería con un interés comercial y que profita en gran escala de esos derechos; y aquella que se denomina de consumidor o usuario final, que poseería una especie de *ethos* distinto, y cuyos motivos serían más difíciles de comprender (BELLEFLAMME & PEITZ, 2012, pág. 492). Con todo, y no obstante lo que se dirá más adelante, lo cierto es que la piratería es la principal enemiga del *copyright*, la bestia negra de esos derechos sobre intangibles, porque más que atacar la esencia de las cosas detentadas en su nombre, la piratería es una privación de parte (o de una gran parte) de la posibilidad de apoderarse de los retornos de la creación humana que se obtienen en un régimen que es esencialmente monopolístico.

Esto, no obstante, debe ser matizado desde la economía que se produce en torno a la piratería. Belleflamme y Peitz (2012, págs. 493 - 494) plantean el problema de la economía de la piratería desde dos posiciones. La primera es la ventaja monopolística, en que el creador es el único productor de su obra y no enfrenta competencia porque su obra es única y no reemplazable por otro bien (“El Padrino” no es reemplazable por otra película de *gansters*: sólo hay un “El Padrino”). La segunda es que el creador enfrenta competencia con las copias digitales piratas de su propia obra: sólo hay una película el “El Padrino”, pero hay miles de copias no autorizadas, cuya calidad puede variar dependiendo del medio de copia. Esto va a implicar que el poder monopolístico se encuentra contrarrestado en un mercado que se puede llamar alternativo y en el que el precio que el productor no autorizado puede cargar es, dependiendo de una contingencia tecnológica, menor, igual o superior al precio que pueda cargar el creador que pone el original en el mercado. De ahí que existan tres posibles salidas para el productor del original. O tolera la piratería, cuando las copias son de una calidad demasiado baja como para ser una amenaza; o usa la estrategia de precios para competir con la piratería (batalla que puede o no ganar); o bien usa la estrategia del acomodo, es decir fija un precio de mercado mucho más alto que la copia pirata dejando que una parte del mercado se incline por las copias y otras por el original (BELLEFLAMME & PEITZ, 2012, pág. 494). Es aquí donde pueden surgir estrategias de diferenciación del producto original versus el pirata. La música en formato mp3 que puede encontrarse en sitios ilegales de *internet* posee una calidad menor que el formato que usan sitios de pago como iTunes en su momento y Apple Music hoy; o de suscripción, como Spotify. Pero ninguno puede compararse con las versiones en discos de vinilo que se volvieron a editar desde que una nueva generación de audiencias descubrió que era mejor escuchar “a la antigua”; o con las versiones editadas en cajas de colección que dispone de las obras completas de autores clásicos en Columbia Records o Deutsche Grammophon. Lo mismo puede decirse de las ediciones especiales, por ejemplo, de la saga del mago Harry Potter, de la británica J.K. Rowling; cada uno de los episodios se encuentra editado en español por Salamandra, en un color específico, alusivo a cada una de las casas que componen la academia de magos Hogwarts.

Estas innovaciones van a permitir al monopolista aprovechar una mayor parte de esas mejoras en la calidad de los productos aprovechando la heterogeneidad del consumidor.

Algunos preferirán las copias de baja calidad, mientras otros las ediciones de alta calidad de una misma obra. Dicho de otro modo, la fotocopia, pastosa y casi ilegible, tiene un mercado distinto de la edición de lujo, en tapas duras, ilustrada por un artista célebre y en papel de alta calidad. Un paseo por cualquier librería da cuenta de aquello¹²².

El análisis que plantean los autores ofrece una perspectiva de eficiencia estática, en que la presencia de copias piratas de una obra lleva a una expansión del mercado, pues en la competencia entre la copia pirata y el original, los creadores bajan sus precios, ampliando la base de consumidores. Sin embargo, el análisis de la eficiencia dinámica del problema ofrece una perspectiva distinta, en que se reducen los incentivos de mejora de la calidad del producto original como resultado de la reducción en los ingresos del productor del original. Asimismo el análisis dinámico del bienestar general que se obtiene en un mercado con presencia de copias, evidencia costos asociados a la piratería, como el de las tecnologías que buscan evitarla, los derivados de la litigación para hacer cumplir los derechos de PI, y la relación entre el costo de hacer las copias enfrentado al costo marginal de la producción de copias legales (BELLEFLAMME & PEITZ, 2012, pág. 497).

El análisis económico de la piratería que se ha mostrado pretende ejemplificar cómo la piratería, la gran amenaza al *copyright* puede mostrar efectos desiguales, dependiendo de las condiciones que enfrenta el monopolista titular de derechos sobre su obra. Belleflamme y Peitz buscan evidenciar que la piratería puede tener un efecto incremental en la rentabilidad del negocio de los derechos, pero siempre en el esquema del pirateo

¹²² La obra del fotógrafo Helmut Newton, "SUMO", se editó en 10.000.- ejemplares todos firmados por el autor y numerados, a fines de la década del noventa. Además disponía de un atril metálico concebido para la obra por el diseñador Philippe Starck que sostenía las más de 400 páginas y los 34 kilos de peso. Hoy se encuentra agotada, pero la web de su editorial, Taschen, fija su precio en USD 22.500.- (Véase en https://www.taschen.com/pages/es/catalogue/photography/all/02601/facts.helmut_newtons_sumo.htm, visitado el 24 de septiembre de 2020).

de consumidor final, es decir aquel que seguramente el lector, y por cierto este autor, han ejercido con más o menos profusión en su vida profesional o académica¹²³.

Con todo, es evidente que los derechos de autor se encuentran en una crisis que puede incluso ser empíricamente visualizada. En su trabajo de 2013, publicado como entrada en *The New Palgrave Dictionary of Economics*, Stefan Bechtold (BECHTOLD, 2013) refiere un amplio cuerpo de literatura que busca identificar el impacto de la piratería de bienes amparados en *copyright*, en especial en la industria de la música y los beneficios de esta. Esto responde a una ya antigua queja de la industria, en el sentido de que los sistemas *peer to peer*, que permiten compartir archivos *on line* de un terminal a otro, son los causantes de las pérdidas masivas que acusa el sector. En general, la literatura revisada por Bechtold es variada en sus resultados, lo que avisa sobre las dificultades metodológicas del problema y de la variedad de resultados a cuenta de distintos grupos de datos. Algunos trabajos no encuentran evidencia de una relación entre el auge de la piratería musical y el declive en las ventas (o efecto de desplazamiento), o al menos no es posible asociar esta última como razón primaria de la caída (por demás evidente) de las ventas de música. Otros, basándose en análisis del comportamiento del consumidor, sí encuentran un efecto de desplazamiento, pues la posibilidad de compartir archivos hace que los consumidores se inclinen menos a comprar discos. De la misma forma, los resultados de las estrategias de protección que las industrias han puesto en marcha observan resultados variados, aunque parece prevalecer un incumplimiento masivo de las normas sobre *copyright* a nivel mundial, pese a las estrategias de litigación masiva en contra de los infractores, de las campañas dirigidas a los usuarios y de las sanciones, como por ejemplo el bloqueo del acceso a *internet* tras un determinado número de advertencias de la autoridad. Pese a las reducciones en la actividad de compartir archivos que se

¹²³ Hay tres factores que jugarían en favor de esa premisa. El primero es el efecto *sampleo* (o muestras). Dado que la mayoría de los bienes intelectuales se basan en las experiencias que los consumidores viven a partir de ellos (piénsese en la música y cine), su calidad sólo puede ser probada una vez que se adquiere, de modo que la entrega de muestras de ese producto puede alentar al consumidor a la compra de la obra completa. La piratería produce un efecto en ese sentido, y la literatura ha dado cuenta de efectos positivos (BELLEFLAMME & PEITZ, 2012, págs. 500 - 501). El segundo es el efecto de las redes que se producen a partir de la piratería de bienes bajo *copyright*, en que el uso por unos usuarios va a estimular el uso por otros. Un ejemplo ya clásico de éstos es el *software*, en que mientras más usuarios de un programa computacional existan, mayor será la utilidad del mismo, debido a que se acrecienta la intercambiabilidad de los archivos que se generan con ese *software* y por tanto la necesidad de contar con esa licencia. Dicho de otro modo: mientras más usuarios existan, mayor será la dependencia general de ese producto y de otros complementarios a éste. Lo mismo funciona respecto de libros y música: la piratería contribuye a mostrar ese producto y hacerlo atractivo (BELLEFLAMME & PEITZ, 2012, pág. 503), mientras que la diferenciación por precios en el mercado permitirá a los productores profitar a cuenta de quienes están dispuestos a pagar por el original. Finalmente, un efecto que genera la piratería es el de la apropiación indirecta, que supone que la posibilidad de hacer copias hace al consumidor más proclive a la adquisición del original. Los autores ven esto un efecto de la discriminación por precios, pues el permitir las copias permite a los productores identificar a quienes están dispuestos a pagar por el original, de modo de cargar el mayor precio a estos (BELLEFLAMME & PEITZ, 2012, pág. 505).

detectaron en algún momento, los contenidos siguieron disponibles en la red (BECHTOLD, 2013, pp. 3 - 4).

Paralelamente a este declive de los ingresos del mercado, Bechtold da cuenta de un proceso de cambio en la organización de las cadenas de valor, desde la irrupción masiva de la *internet* comercial, a comienzos de la década del noventa. Desde entonces se viene produciendo una reconfiguración del rol de los intermediarios y la búsqueda de modelos rentables de negocios en un contexto cambiante. Ya se reflexionaba antes en este estudio sobre la caída profunda de Blockbuster y el auge (no directamente causado) de Netflix. Detrás de esto asoma un nuevo modelo de negocios que bien puede asimilarse en el mundo de la música al declive de los grandes sellos discográficos y el auge (aún en curso) las plataformas de pago. No sólo se trata de intermediarios que reemplazan a los antiguos, sino que muchas veces vienen a complementarlos o crear nuevos modelos de negocios (BECHTOLD, 2013, p. 4). Los últimos discos de la banda británica Radiohead, han sido un ejemplo de un abandono progresivo de los sellos discográficos y un camino hacia la autoedición y la administración del producto por sus propios creadores. Desde su disco *In Rainbows* de 2007, Radiohead viene colocando su material en la *web*, a veces gratis, otras a costo, o bien trabajando con casas discográficas pequeñas¹²⁴.

La piratería supone, en el alegato de la industria, un perjuicio enorme a sus intereses y los de los creadores. Simplemente se priva a los creadores de obtener el valor de venta sobre una copia de su obra. El formato digital en que ésta se distribuye simplemente agrava la escala del problema, pero, como se verá, genera nuevos mercados para productos porque extiende la base de consumidores probables de éstos. El problema era el mismo cuando cada nueva innovación tecnológica venía a cambiar para siempre las cosas; la máquina de escribir iba a matar al libro, la videocasetera al cine, el coprador de *cassettes* y luego el de discos compactos a la música, e *internet* a todos los anteriores. Nunca, sin embargo, había sido la producción de discos, música, cine y *papers* científicos tan profusa, variada y de alcance masivo como hoy, como lo atestiguan los datos.

En el ámbito de la música, la *Recording Industry Association of America* (RIAA, por sus siglas en inglés), es una organización que representa a la mayoría de las casas disqueras en los EE.UU., y dispone de datos sobre la industria musical en ese país desde 1973. Las gráficas, que pueden verse en el enlace al pie¹²⁵ muestran una evolución de los ingresos de la industria de la música en los EE.UU., según el formato de grabación usado. La irrupción del disco compacto se produce con toda claridad hacia el fin de la primera mitad

¹²⁴ En 2019, cuando unos piratas informáticos robaron material inédito y exigieron USD150.000.- para no hacerlo público, la banda decidió rápidamente publicar 18 horas de música inédita grabadas para *OK Computer*, de 1997, uno de los mejores discos de la historia del rock, según muchos entendidos. Los archivos estuvieron disponibles durante 18 días a un precio de 18 libras esterlinas, bajo el lema "(...) así puedes averiguar si deberíamos haber pagado ese rescate por nuestro trabajo". Véase nota de prensa en <https://www.lanacion.com.ar/espectaculos/despues-ser-hackeados-radiohead-publico-18-horas-nid2256820> (acceso septiembre de 2020).

¹²⁵ Véanse las gráficas en <https://www.riaa.com/u-s-sales-database/>, (acceso septiembre de 2020).

de la década del ochenta y entre esos años y fines del milenio, comparte el mercado con las tecnologías más antiguas, como los discos LP y el *cassette*. Parece ser, con todo, que es el CD el formato que lleva a la industria a sus máximos niveles de ingresos que se producen en 1998, llegando a USD 14.000 millones. Desde ese año, y hasta 2014, los ingresos de la industria van en franca caída, pero desde 2004 comienzan a aparecer sostenidamente los servicios de descarga (iTunes y Amazon, principalmente) y, tímidamente, los de suscripciones. Estos últimos sostienen en buena parte los ingresos de la industria en su caída y son los responsables del auge que se observa partir de 2016. Para 2019 más de la mitad de las ventas de la industria de la música grabada, se explican por los servicios de suscripción.

Landes y Posner (LANDES & POSNER, 2003, pp. 41 - 52), ya en un lejano 2003, avizoraban varias críticas a la premisa de que la copia ilegal impide siempre y cada vez que la captación de valor tenga lugar para el autor. En ese sentido, la premisa que se sigue de la defensa irrestricta de la PI, es que la piratería, como copia indiscriminada de obras, favorecida por la tecnología, provoca “efectos evidentes” (SERRANO, 2000, p. 63)¹²⁶. Algunas de esas críticas apuntan a justamente a que tales efectos no son tan evidentes como se pretende, y se comentan a continuación.

En primer lugar, y como se ha visto, la copia puede ser de inferior calidad al original, de modo que no opera como un sustituto perfecto en el mercado. De la misma forma, la actividad de copiar puede, en sí misma, contener una actividad creativa original, lo que desde el punto de vista económico importa incurrir en costos de creación propios del copista¹²⁷: esto depende en gran medida del grado de tecnología que implique la actividad de copia. En tercer lugar, la velocidad de producción de la copia es fundamental a la hora de determinar cuán dañina puede ser para el publicante original: mientras más lenta sea, más tiempo tendrá éste para disfrutar en exclusiva de los beneficios. Como es lógico, la tecnología ha sido esencial para acortar esos plazos, pues tanto mejora la calidad de las copias como acelera el intervalo de tiempo entre el original y ésta. La velocidad de copia es fundamental a la hora de determinar en qué plazo pueden recuperarse los costos fijos de puesta en mercado de un bien bajo derecho de autor y el punto tras el cual el hecho de que se copie o no, pasa a ser irrelevante. En cuarto lugar, Landes y Posner advierten alternativas no propietarias que tienden a proteger esos activos: las herramientas contractuales, por ejemplo, pueden proteger un licenciamiento de un bien bajo condición de no copiarlo y no distribuirlo a terceros. Este mecanismo será, para los autores, realizable sólo cuando las licencias son pocas y son controladas directamente por el autor/propietario (LANDES & POSNER, 2003, p. 43). De la misma forma, los

¹²⁶ Decía Serrano, en un lejano 2000, que “No faltan opiniones que, curiosamente, tratan de demostrar algo, a mi juicio, imposible: que el fenómeno de la copia no produce necesariamente efectos negativos en los intereses del autor original.” (SERRANO, 2000, p. 64).

¹²⁷ Para dos reflexiones, curiosamente convergentes entre sí, véase el trabajo de Menell (MENELL, 2016) y el de Byung Chul Han (HAN, 2017).

condicionamientos tecnológicos van a ser determinantes: muchas copias digitales, en principio fáciles de hacer y distribuir, son impedidas mediante métodos de encriptación. En quinto lugar, Landes y Posner plantean una cuestión que ya viene rondando el problema de la piratería, y es lo que se podría llamar “el beneficio de ser pirateado”. Las copias, dicen “(...) pueden aumentar el valor del original, de forma de que el dueño del copyright se apropia de parte del valor de las copias.” (LANDES & POSNER, 2003, p. 45). La posibilidad de que un bien pueda ser copiado y distribuido aumenta el interés en adquirir los originales de la obra y la hacen más atractiva; es posible, así, concebir un modelo de negocios en que la existencia de las copias no autorizadas es una parte fundamental de las ganancias que se obtienen. Del mismo modo, los autores discuten que las acciones de pirateo impliquen una pérdida de ingresos por parte del dueño de los derechos; en efecto, el pirata, dicen, no es un potencial comprador. En esto, el pirateo difiere de forma sustancial con el robo o hurto de los bienes tangibles. El robo de la entidad física de la que se es dueño implica una pérdida total de la posibilidad de extraer valor de ésta. Pero la copia (que la industria del video pretende hacer equivalente al robo de un automóvil), no implica la desaparición de esos bienes para su dueño, titular de derechos de autor.

Finalmente, Landes y Posner hacen un punto interesante, al señalar que no todos los beneficios que los autores reciben a propósito de su autoría derivan necesariamente de la venta de bienes sobre los que poseen *copyright*. Un autor es reconocido socialmente y construye un prestigio a través de su obra, lo que redundará a la larga en más beneficios económicos que no se asocian directamente a la venta de bienes.

Si los derechos de PI constituyen la quinta esencia de los bienes públicos, y cuesta comprender desde esa lógica por qué son apropiables, los derechos de autor son la quinta esencia aumentada. Mientras que otras formas de PI conservan una materialidad que puede resultar de alguna forma excluyente, libros, ideas, *films*, obras musicales, literatura, obras de teatro, *papers* académicos y no tanto, información sobre el estado del clima o de las autopistas, el enorme cúmulo de información que es el genoma humano, la base de datos de suscriptores y la georeferenciación de los usuarios de Uber, descansan crecientemente en medios no materiales. Se trata de registros digitales, de asientos inscritos en servidores o en nubes de información, en forma de ceros y unos, a un *click* de distancia de su próxima transacción, monetaria o no monetaria, pero transacción al fin y al cabo. Respecto de esos bienes existe una suerte de conciencia no propietaria, o al menos no criminal. Como sostiene Alessandro Balestrino, en su trabajo de 2008, la piratería digital no produce un estigma social, pues no tiene un costo social asociado, de forma que no hay una presión para construir una norma que la condene. Los actos de piratería son tan masivos, incluso en países como Suecia, entre los menos corruptos del mundo, que la pregunta que plantea Balestrino no es por qué tanta gente recurre al pirateo, si no por qué todavía hay gente que no lo hace (BALESTRINO, 2008, p. 456). Las normas son concebidas, para el autor, como un bien público, y su cumplimiento como una actividad que beneficia a todos los integrantes de una comunidad. Esto funciona así, con bastante sentido, en el mundo de las normas penales que prohíben determinadas conductas que son las más graves que se pueden cometer y que atentan en contra de intereses de la sociedad toda y que además son percibidos subjetivamente por los

integrantes de esta como delitos. La misma lógica se encarga de crear un estigma social en torno al infractor, pero esto depende de que la conducta sea socialmente percibida como atentatoria contra un interés común. Cuando no se percibe un valor social asociado a esas actividades de pirateo, el estigma simplemente no aparece. Algo causa, algún mecanismo opera, que impide que la norma cumpla esa función y que la piratería sea una actividad ilegal mucho más habitual y común que muchas actividades ilegales (BALESTRINO, 2008, pp. 456 - 457)¹²⁸.

¹²⁸ Balestrino propone un modelo en que no todas las actitudes sociales respecto de bienes amparados en *copyright*, son iguales, ni responden a los mismos intereses. En efecto, una primera forma de pirateo que es la de alta calidad (por ejemplo, la copia exacta de una pintura de un autor reconocido); y otra piratería de baja calidad, como podría ser la copia, mal impresa y mal encuadernada, de un libro de literatura masiva o bien archivos digitales de audio o video, de baja calidad de reproducción. Estos últimos tendrán una actitud más laxa frente al acto de copiar sin permiso. Mientras, los piratas de alta calidad tampoco mostrarán grandes reparos frente a la piratería, pues mientras ésta no amenace seriamente la sobrevivencia de la industria, puede incluso contribuir a mantener los precios bajos. De esta manera, la industria suele desarrollar estrategias para perseguir a los piratas menos sofisticados, sin gastar mucho tiempo o recursos en los más preocupados por la calidad (BALESTRINO, 2008, pp. 457 - 458). Son estos, en muchas ocasiones, los que mantienen el mercado comprando los productos que van a ser objeto posteriormente de pirateo, o marcando ciertas tendencias de consumo que orientan a la vez la producción del mercado y las estrategias de copias masivas. Se distinguen tres elementos que van a ser determinantes en el modelo, centrándose en el sujeto que desarrollará (o no) una actitud receptiva a las prohibiciones o bien laxa ante estas; el ingreso, el nivel educativo y los gustos. Balestrino recurre en su estudio a varias ideas sobre la psicología del comportamiento humano y la forma en que éste converge hacia una determinada forma de actuar o de comprender el valor o desvalor de una acción. Cuando los miembros de un grupo perciben un propósito común e identifican un valor en esta acción u opinión, se inclinan con fuerza a converger en esa acción u opinión, con independencia de sus opiniones personales (BALESTRINO, 2008, p. 465).

Capítulo III

“*A new hope*”: hacia un nuevo paradigma

En noviembre de 2020 el periódico El Universal de México¹²⁹ informó de la acusación que el Fondo Nacional para el Fomento de las Artesanías (FONART) y otras instituciones culturales e indígenas mexicanas entablaron en contra de la diseñadora de moda francesa Isabel Marant. Marant, diseñadora de prestigio y con una marca contundente en el mundo de la moda, habría usado para su colección 2020 – 2021, diseños propios de la comunidad purépecha, habitantes del Estado de Michoacan, en la costa sur pacífica del país. La diseñadora, cuyas prendas se venden bien por encima de los USD 700, habría usado en sus obras, sin permiso ni reconocimiento de alguien, diseños propios de las culturas ancestrales del territorio mexicano que, desde mucho antes de que eso se llamara México, usan antiguas técnicas para plasmar en los tejidos de lana figuras representativas de elementos naturales como fauna o características del paisaje de la región. No se trata de la primera vez que se acusa a Marant de esa clase de plagios; en 2015 ya había sido cuestionada por haber copiado en sus diseños algunas figuras propias de las culturas del Estado de Oaxaca, también en México. En esa ocasión el plagio había sido objeto de un pleito ante los Tribunales de París entre Marant y la empresa Antik Batik, de propiedad de la diseñadora Gabriella Cortese, fallándose éste en favor de Marant, y sin noticia de que las comunidades indígenas de Oaxaca hayan tenido alguna participación o defensa de sus intereses.

El caso, que dista mucho de ser el único (la célebre diseñadora venezolana, Carolina Herrera, ha sido también acusada por México de apropiación cultural), resulta ser un ejemplo muy patente de la mercantilización de expresiones culturales específicas de comunidades indígenas. Se trata de una propietarización de una práctica de producción cultural no comercial y no propietaria, específica a una comunidad con orígenes ancestrales, de la que esta no profita y que pasa a ser parte de una compleja maquinaria global que permitirá que ese diseño se posicione en los mercados de la moda, con enormes beneficios.

El conflicto entre Marant y las comunidades indígenas de México ofrece una serie de preguntas. ¿Es legítimo entender como *apropiables* esos diseños ancestrales por parte de una corporación privada con fines de lucro? ¿Deben los pueblos indígenas, renunciar a sus posesiones inmateriales sólo porque se deben comprender estas como bienes inapropiables? ¿Inapropiables para quien? O, ¿tienen el derecho de insertarse lucrativamente en las dinámicas del capitalismo global y las posibilidades de lucro que estas ofrecen?

¹²⁹ Véase la nota de prensa en <https://www.eluniversal.com.mx/cultura/patrimonio/fonart-tambien-acusan-la-disenadora-francesa-isabel-marant-de-plagio> (visitado el 16 de diciembre de 2020).

Estas preguntas son parte de una cuestión más global: el estado de la evolución y el carácter preciso del capitalismo, a casi trescientos años de haber logrado la hegemonía en tanto sistema económico, social y político. De las respuestas que se ensayen aquí podrá tal vez explicarse cómo el diseño de determinados tejidos llega a aflorar como objeto de un debate sobre la propietarización.

La primera parte de este trabajo procuró ofrecer una mirada al punto de ignición del capitalismo y la transformación de un sistema económico y social feudal a uno en que prima el objetivo acumulador. La modernidad capitalista produce y se alimenta, a la vez una serie de desarrollos filosóficos y jurídicos, como la dogmática de la propiedad privada y el contrato civil. Ambos, combinados en formulaciones políticas específicas, permitieron el desarrollo de formas de producir basadas en la apropiación exclusiva y excluyente de bienes de producción. El canon propietario propuesto por John Locke aparece como una piedra angular en la construcción del nuevo capitalismo y de la acumulación de riqueza que vendría con él; Locke y su teoría del trabajo como justificante de la propiedad privada iban a ser fundamentales en construcción de la propiedad privada capitalista.

Una segunda parte de este trabajo ofrece una mirada a la lógica económica de la propiedad privada y de los desarrollos que esta tuvo en el análisis económico del derecho y a la luz de la idea de la "tragedia de los comunes". En ese sentido, se pretendió actualizar el paradigma propietario y mostrar su tránsito hacia una justificación económica basada fundamentalmente en la escasez y en el rol que los derechos de propiedad tenían en el control de esta.

El punto crítico, no obstante, radica en el surgimiento de bienes intangibles, producidos por el conocimiento humano, y la amplia y poco delimitada gama de nuevas propiedades a que este da lugar. Su devenir en las economías y su importancia relativa, de creciente peso en las estrategias de crecimiento de las naciones desarrolladas y en desarrollo, obligaba a poner el foco sobre la PI e indagar en su ontología propietaria, ponerla en cuestión y comprender la no apropiabilidad que se encuentra a su base, inmaterial y abundante. Con estos materiales, y como discurre el capítulo segundo es factible construir una teoría crítica sobre la PI en tanto propiedad y sobre las verdaderas razones del despliegue propietario sobre esa clase de bienes. Es posible derivar, desde esa crítica, una crisis del paradigma propietario liberal, privado, exclusivo y excluyente. Esta crisis se visualiza nítidamente en el desarrollo de bienes que no tienen materialidad, en cuya producción no interviene siempre el trabajo (al menos no de la forma ni en la intensidad en que interviene en la producción de propiedad material) y que se transan a costos muy bajos o simplemente sin costo en plataformas digitales que desafían día a día los intentos de propietarización.

Con todo, este análisis no pretende quedar atrapado en la constatación, por afinada que esta sea, de una crisis del sistema de ideas que ha gobernado la relación entre los hombres y las mujeres, y las cosas de que se sirven. Por el contrario, es preciso identificar las transformaciones que el capitalismo ha experimentado, específicamente en el siglo XX, y comprender la crisis de la idea propietaria como parte de una crisis sistémica. Si bien parece factible que el capitalismo se encuentre en una fase terminal, interesa más bien identificar las transformaciones que van descomponiendo paulatinamente su

aparente fortaleza. A partir de la crisis de la cuestión propietaria en el capitalismo (o de la crisis del capitalismo que se evidencia en la crisis propietaria) se buscará, en la páginas que siguen, indagar en la existencia de un paradigma propietario distinto a la propiedad privada, que pueda reemplazar la tradicional lógica económica, al menos en lo que dice con el gobierno de bienes intangibles que han estado, hasta ahora, amparados en el sistema de PI. La premisa que sirve de inspiración a las ideas que seguirán en lo sucesivo, es que la desintegración de los paradigmas propietarios que se siguen de la crisis de la PI, son parte del proceso de transformación capitalista gobernado, a su vez, por el cambio tecnológico que permite la digitalización de los medios de producción e intercambio de bienes del conocimiento. En el intersticio de esa transformación es donde puede florecer el paradigma de lo común.

6. Crisis y respuesta: la configuración de un nuevo capitalismo

La historia del capitalismo como forma de organización de la producción económica y como orden social en torno al trabajo asalariado y el empresario capitalista, parece ser la historia de sus múltiples crisis, de los auges y caídas de sistemas productivos, de economías completas o industrias específicas, y de su resurgir constante o su muerte definitiva, de la mano de innovaciones tecnológicas que abren nuevos mercados y reordenan permanentemente las posibilidades de beneficio. Esta historia, con una fuerte carga cíclica y plagada de desastres sociales y humanos, se pone en movimiento a partir de fuerzas poderosas, capaces de destruir lo existente y reemplazarlo en poco tiempo, sin consideración alguna por los daños colaterales. De ahí el relato que Karl Polanyi hace de esa dislocación y desarraigo que trajo consigo la transformación capitalista en su origen, a cuenta de la enorme inestabilidad y fluctuaciones de los nacientes comercio e industria. A dos décadas de comenzado el siglo XXI, y sobre todo después de la última gran debacle de 2007 – 2008, es difícil pensar en el capitalismo del siglo XXI como algo muy distinto¹³⁰. De ahí que una de las formas de comprender el capitalismo es como una sucesión sin fin de fuerzas transformadoras que van mutando las formas de producir y acumular riqueza, generando nuevos adjetivos para una constante reedición de la promesa de crecimiento infinito de la riqueza. De ahí que valga la pena centrarse, más bien, en cómo se transforma una economía capitalista, que en su posible término.

De manera muy sucinta y a la vez comprensiva de los rasgos más definitorios del capitalismo, Ha-Joon Chang afirma que “(...) es una economía en que la producción se organiza en función de la obtención de beneficios en vez de hacerlo para consumo propio (...) o por obligaciones políticas (...)” (CHANG, 2015, p. 43). Pese a su aparente simpleza, la definición de Chang encierra las claves del capitalismo en tanto sistema económico, pero trasunta desde ya una forma de organización social específica en torno

¹³⁰ No distinto, en cuanto las crisis se suceden una tras otras: pero muy distinto, sin duda en su composición. Thomas Piketty afirma que “(...) en términos de la estructura de los activos, el capital del siglo XXI tiene poco que ver con el siglo XVIII.” (PIKETTY, 2013, p. 134).

a la producción de capital, es decir “(...) los activos no humanos que pueden ser poseídos e intercambiados en un mercado” (PIKETTY, 2013, p. 60)¹³¹. El capital es la expresión de la riqueza, pero dado que se basa en la apropiabilidad de las cosas, no está demás pensar en su mutabilidad a partir de la evolución que hace que ciertos bienes dejen de ser apropiables. La PI es un caso de esa mutación, como ya se ha visto. A partir de un objetivo específico de obtención de beneficios se han producido a través de la historia distintas formas de capitalismo, pero todas las estrategias que el capitalismo despliega, y sobre todo las innovaciones tecnológicas, están orientados a ese fin.

6.1. ¿Qué capitalismo? El estado actual del capitalismo

Ya se ve, entonces, que el cometido fundamental del capitalismo es el beneficio y la acumulación de capital – riqueza. Sin embargo, y en tanto fuerza esencialmente dinámica, el capitalismo ha ido mutando en los medios de producción de que se sirve, en su relación con el Estado y en la naturaleza de sus crisis. El capitalismo liberal se caracterizó por servirse de los desarrollos filosóficos y políticos que el liberalismo le proporcionó en el siglo XIX, y en ese sentido debió coexistir con o hacer frente al, movimiento obrero, como apunta Wolfgang Streeck (STREECK, 2017, p. 18). Tras la Primera Guerra Mundial, occidente conoció algunas formas de capitalismo denominado keynesiano (debido a la influencia que John M. Keynes, economista británico, tuvo en las políticas redistributivas de la postguerra, bajo la idea de incentivar la demanda agregada de bienes), como se lo conoció en los EE.UU. o capitalismo de bienestar en algunos países de Europa. Ambos son expresión de lo que David Harvey llama el “capitalismo embridado” (HARVEY, 2007) o capitalismo sujeto a límites puestos por el Estado y a los acuerdos que este propició entre capital y trabajo. Esta forma de capitalismo, bajo cierto grado de control estatal, que podía variar de acuerdo a las distintas realidades políticas, da lugar a lo que se conoce como la “era dorada” del capitalismo. Se trata, con algunos ajustes, de los treinta años siguientes al fin de la Segunda Guerra Mundial, es decir desde mediados de la década del cuarenta hasta mediados de la del setenta¹³². Uno de los rasgos más notorios de ese período de tiempo es la estabilidad y los altos niveles de crecimiento del producto, que en Europa central alcanzó un 4,1% anual y en los EE.UU. un 2,5% anuales (CHANG, 2015, p. 83). De la mano del crecimiento vinieron un desempleo e inflación bajos, lo que produjo un notorio mejoramiento de las condiciones de vida en muchos países de Europa y en los EE.UU. y la instalación de un modelo de vida que benefició en buena medida a la clase obrera. Para Chang, la explicación más plausible del éxito que el capitalismo ofreció a occidente es, en cualquier caso, un conjunto de reformas políticas e institucionales que dan origen a una economía mixta, con elementos propiamente

¹³¹ Piketty excluye expresamente de la definición al llamado “capital humano”, entre otras cosas porque no puede ser poseído o intercambiado en el mercado. No, al menos, desde que se abolió la esclavitud.

¹³² Dos puntos de inflexión (comienzo/fin) pueden mencionarse para delimitar, algo gruesamente, esta etapa: los acuerdos de Bretton Woods, en 1944, y la crisis del petróleo, en 1973.

capitalistas y otros de orden socialista. Los primeros dicen relación con el dejar hacer a los privados en sus iniciativas y los segundos con el control del Estado sobre los sectores en que son patentes las fallas de mercado y la creación de empresas productivas de propiedad pública (CHANG, 2015, pp. 83 - 85). Se trató de un acuerdo, como señala David Harvey, sobre el rol que al Estado le cabía en la atención del pleno empleo, crecimiento económico y bienestar de los ciudadanos (HARVEY, 2007, p. 17). A esto debe sumarse un profuso auge de las tecnologías que se habían desarrollado en las guerras mundiales y todas las que posteriormente derivaron de estas, así como un marco institucional internacional proclive al crecimiento, de la mano del Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, tras los acuerdos de Bretton Woods, en 1944. Estas instituciones, tras la revolución neoliberal, serían duramente criticadas como vectores de políticas de ajustes estructurales, privatizaciones y contención salarial.

No obstante, el período más reciente, es decir los últimos treinta y cinco años, han sido característicamente neoliberales. Como la literatura ha señalado insistentemente, todos los controles a que el capitalismo y su devenir acumulador estuvieron sujetos durante treinta años, experimentaron un menoscabo significativo a partir de la década de setenta del siglo XX¹³³. Los casos más extremos, como el del Chile de la dictadura cívico militar que gobernó entre 1973 y 1990, implicaron el desarme de las estructuras productivas de propiedad estatal y su venta a bajo precio a privados, y una minimización del rol de la clase trabajadora, que fue reducida en su rol político y redistributivo de la riqueza. Pero, aún en países democráticos, se impusieron políticas de corte neoliberal que se encargaron de desembridar al capital de las constricciones a que se había sometido durante décadas, con una carga considerable de desempleo e inflación (HARVEY, 2007, pp. 17 - 20).

Paralelamente, el neoliberalismo desarrolla un profundo cambio cultural destinado a la creación de una especie de sentido común neoliberal, en que se desarrolla enérgicamente una maquinaria de producción de valores sociales en torno a la libertad de elección y la individuación de las decisiones en estilos de vida o modos de expresión social que se basan en el consumo diferenciado de nichos específicos de mercado. Los valores individuales, el esfuerzo, la propiedad privada y la exaltación de la propia individualidad resultaron claves en el proceso de transformación cultural que operó el neoliberalismo, que se vuelve hegemónico y derrota a la clase obrera y sus estrategias colectivas, dejando el camino libre para la reducción salarial y los modelos de producción de bajo valor añadido (MASON, 2016, p. 138). No se pierda de vista que muchas de las estrategias afirmativas de resistencia al neoliberalismo buscan en buena medida (aunque no con tanta claridad conceptual) la restauración de estructuras, valores y prácticas colectivas.

En lo que interesa a este estudio, no es posible desatender un proceso de cambio en los mecanismos de acumulación del capital. Este, como apunta David Harvey, se “(...)

¹³³ A modo de ejemplo, Mason se refiere a los límites a la creación monetaria por parte del sistema bancario. Los bancos prestan más dinero del que tienen, pero para prevenir un retiro masivo de capital, son obligados a mantener un encaje de dinero disponible. Estas reglas se han ido aflojando en beneficio de la banca, que requiere de encajes cada vez menores desde los Acuerdos de Basilea, de 1988 (MASON, 2016, p. 39).

desplaza a través de esferas de actividad distintas pero interrelacionadas, en búsqueda de beneficios.” (HARVEY, 2013, p. 105). A su vez, estas esferas se insertan en dispositivos institucionales y estructuras administrativas específicas (HARVEY, 2013, p. 105). La circulación o forma de desplazamiento del capital a través de estas esferas¹³⁴ va a dar lugar a distintas configuraciones, a partir de distintas combinaciones de estas dimensiones. El desarrollo de cada una es independiente de las demás, pero se encuentra a la vez profundamente imbricada con estas mediante la circulación del capital. No obstante, y como explica Mason, el problema que ofrecen los ciclos de auge/caída del capitalismo, es precisamente la interrupción de los flujos de inversión y una tendencia del capital a refugiarse en la forma financiera^{135 136}.

Como ya se apuntó, el nacimiento del capitalismo puede remontarse en la historia al comercio que se expande a través de las ciudades postmedievales y luego entre estas y las colonias, pues en esas prácticas económicas subyacen los procesos de acumulación primarios¹³⁷. Sin embargo la revolución industrial trae prontamente una nueva forma

¹³⁴ Harvey señala que existen siete esferas de actividad en la evolución del capitalismo. Las tecnologías, las relaciones sociales, los dispositivos institucionales, los procesos de producción y trabajo, las relaciones con la naturaleza, la reproducción de la vida cotidiana y de las especies y las concepciones mentales del mundo (HARVEY, 2013, p. 106). Desde ese punto de vista, un evento como la pandemia de COVID19, es un ejemplo de un evento del mundo natural que reconfigura las esferas y hace que el capital fluya hacia los mayores beneficios de manera distinta o bien simplemente suspenda su flujo, en este caso a cuenta de una paralización notoria del consumo a nivel mundial.

¹³⁵ Si los ciclos de auge y caída duran más o menos cincuenta años, la fase ascendente suele comenzar con una expansión durante la que las nuevas tecnologías, generalmente inventadas en la fase de declive anterior, crecen hasta generalizarse. La fase que sigue es una de ralentización, en que se reduce la inversión y aumenta el ahorro (acumulación de capital) en que se van alternando períodos de crecimiento y recesiones cortas y poco profundas. Finalmente, la fase descendente del ciclo trae consigo una caída en los precios y de las tasas de interés: En esta fase hay un exeso de capital que no fluye hacia la inversión en industrias productivas, por lo que tiende a refugiarse en el sector financiero. El capital, cuyo destino debería ser la inversión, se presta a tasas decrecientes de interés, hasta que se empujan los salarios a la baja, hay más recesiones y, finalmente, una depresión (MASON, 2016, p. 69).

¹³⁶ Hay una discusión, de la que Mason da buena cuenta en su trabajo, sobre qué es lo que desata el ciclo ascendente; siguiendo a Schumpeter, se debe atribuir el comienzo del ciclo a las innovaciones tecnológicas (una suerte de fuente religiosa de inspiración tecnodeterminista del ciclo expansión/contracción, en palabras de Mason). Para Kondratiev, economista soviético contemporáneo de Schumpeter y padre de la teoría de las “ondas largas” del capitalismo, se debe indagar más bien en la intensidad de los ritmos de inversión. Para Carlota Perez, economista neoschumpeteriana, se trataría más bien de un impulso que retroalimenta capital e invención, tras el cual sigue la intervención del Estado, que permite el surgimiento de una nueva era de crecimiento.

¹³⁷ John M. Keynes identifica el comienzo de la acumulación capitalista a comienzos del siglo XVI, debido a un alza general de precios y ganancias que resultaron del enorme flujo de oro y plata desde el llamado “nuevo mundo” hacia el viejo (KEYNES, 2010 (1930), p. 323).

capitalista, a partir de la que se desarrollarán históricamente las economías capitalistas y las de orden socialista, cada una con formas específicas de organización de los medios de producción. El punto de inicio de estas es el auge de la maquinaria, primero la de vapor y luego todas las formas de movimiento autónomo que siguieron: todas las revoluciones industriales parecen ser la consecuencia de una nueva forma de generar movimiento y, por ende, de acumular energía.

El capitalismo industrial llega a su paroxismo en las primeras décadas del siglo XX. Por una parte se consolida su modelo de producción en masa orientada al mercado conformado por los mismos trabajadores de la línea de producción, que podían adquirir con su salario un Ford T (siempre y cuando fuera en color negro). Pero por otro, y pese a que no era la primera que afectaba a los mecanismos de acumulación, el *crack* bursátil de 1929 no sólo sumió a los EE.UU. y parte importante del mundo de la época en un descalabro económico de proporciones, sino que fue la primera noción de que el sistema podía en efecto colapsar de forma global y poner en riesgo los roles de trabajadores y de empresarios capitalistas, sometiéndolos a males como el desempleo y la inflación. Del sentido de desprotección, es que surge el capitalismo keynesiano y es probable que se deriven además toda una serie de salvaguardas que limitaron al capitalismo y que comenzarían a destrabarse a mediados de la década del setenta del siglo XX, para dar paso al capitalismo neoliberal. Para entonces, no obstante la pervivencia del comercio y de la industria productora, era evidente que una nueva forma de acumulación había sentado sus bases.

El capital financiero se forma, básicamente prestando dinero a otros a cambio de un interés, de manera que la deuda es su principal elemento. Debe su auge principalmente a las enormes fortunas que habían sido acumuladas en occidente, y a las desregulaciones que permitieron que ese capital fluyera y se asentara en la forma de préstamos de dinero a través de la banca global. De la misma forma, el capital financiero adopta la forma de “productos” (no en un sentido material, desde luego) conformados a su vez por una larga serie de títulos jurídicamente ejecutables y representativos de valores. Esta maquinaria, de una infinita complejidad, opera títulos de papel digital que conforman una economía que huye de las posesiones materiales reales y de la producción de cosas que se puedan tocar con las manos, al menos no directamente¹³⁸.

Para Streeck, el sector financiero experimentó una veloz globalización de la mano de la expansión de la economía norteamericana, funcional a los intereses políticos y

¹³⁸ Véase el documental de Michael Moore, “*Capitalism, A Love Story*”. Filmada al filo de la crisis de 2007 -2008, la cámara acompaña a Moore en la búsqueda de explicaciones sobre el funcionamiento de los célebres *derivados*, cuya crisis de deuda precipitó la caída de los grandes bancos contaminados de bonos tóxicos (*Capitalism: A Love Story*, 2009). De la misma forma, la magnífica “*The Big Short*”, ficciona en torno a los ejecutivos reales de varias compañías de capital de riesgo que se dedicaron a apostar en bolsa en contra del mercado inmobiliario en los EE.UU. cuando todo el mundo pensaba que iba viento en popa y nadie creía seriamente que algo tan sólido como las hipotecas resguardadas en vivienda podría ser algo remotamente peligroso. (*The Big Short*, 2015).

económicos de ese país. El proceso de globalización financiera tiene a la base una desregulación significativa de esa forma de capitalismo y un debilitamiento de las instituciones de gobernanza estatal sobre las finanzas (STREECK, 2017, p. 40). Es claro que el auge del capitalismo financiero en occidente ha sido acompañado de un notorio proceso de desindustrialización de las naciones en las que primeramente se desarrolló el capitalismo¹³⁹. Esto implica que muchos procesos productivos manufactureros, característicos de regiones industriales de países desarrollados, hayan sido trasladados en general hacia el sudeste de Asia, siguiendo los menores precios de la mano de obra (HARVEY, 2013, p. 20). La industria norteamericana del automóvil, característica de una ciudad como Detroit, Michigan, es un ejemplo de ello.

Entre las causas del auge del capitalismo financiero suelen enumerarse la persistente contención de los salarios de los trabajadores, con escasos aumentos reales desde la década del setenta, y la necesidad de dar salida a los bienes de consumo y servicios que producen las corporaciones globales. Un buen ejemplo de esto es el mercado de la moda, que no sólo se encarga de recoger diseños de pueblos indígenas y copiarlos en colecciones globales, como se veía al comienzo de este capítulo, sino que además genera una industria de bienes casi desechables que mueve colecciones de un continente a otro temporada a temporada. Esta industria, como muchas otras, se basa en la renovación permanente del *stock*, en temporadas cada vez más cortas, que son puestas en tiendas globales como H&M o Zara, para que sean adquiridas a crédito por los consumidores.

Para Harvey, esos dos factores convocan una facilitación del endeudamiento de las familias, aumentando el porcentaje de la deuda como parte del producto. El sistema financiero, de enorme dinamismo y creatividad, se encarga de disminuir los riesgos de prestar dinero a quienes no podían pagarlo, mediante la titulización de los activos, que permite una dispersión del riesgo de impago en un sinnúmero de productos derivados,

¹³⁹ El proceso de desindustrialización se caracteriza por una caída en la participación del sector manufacturero en los indicadores de producción y de empleo y el consecuente aumento del peso relativo del sector de los servicios (CHANG, 2015, pp. 236 - 237). A partir de la década de los noventa este proceso se acentúa con el auge de *internet* y de lo que Chang denomina el "(...) supuesto surgimiento de la economía del conocimiento." (CHANG, 2015, p. 237). En esta lógica el predicamento es que los sectores relacionados con la economía del conocimiento pasarían a ser vanguardia en países desarrollados mientras que la actividad manufacturera pasaría a una segunda categoría, en países de bajo valor agregado y bajos salarios. En realidad Chang defiende que el conocimiento siempre ha estado a la base de la producción en los países industrializados, y que una buena parte de los servicios de alta productividad y con importantes componentes de innovación en base a conocimiento, se aplican a procesos manufactureros, por ejemplo la minería (CHANG, 2015, p. 239). Un ejemplo de esto es la automatización de procesos industriales de manufactura, en que las máquinas robóticas que intervienen, por ejemplo en la industria automotriz, son gobernadas por complejísimo *software*. El desarrollo es, en suma, el resultado de la retroalimentación permanente entre ambos procesos. Pero queda coartado cuando las transferencias entre países desarrollados y en desarrollo sólo consideran la deslocalización de la manufactura, sin transferir realmente el factor de innovación; es justamente ahí donde radican las desigualdades.

empaquetados y vendidos en masa en el mercado financiero (HARVEY, 2013, p. 21). De la misma forma, el neoliberalismo genera la ilusión de que se puede vivir y consumir sin que los salarios reales suban, como de hecho viene ocurriendo desde la década de los setenta (MASON, 2016, p. 47). Los EE.UU. son un ejemplo de cómo el capitalismo financiero se expande, primero a través de las fronteras internas para luego tener un alcance global a través de la transnacionalización de sus instituciones bancarias¹⁴⁰.

6.2. Cronología de una crisis permanente

Como se ha dicho ya, el capitalismo construye su historia a través de sus crisis, de los vaivenes entre épocas de auge y caída de las formas capitalistas y de las industrias clave e instituciones específicas en que este se sustenta. Es posible hacer un viaje en sentido inverso a través de esas crisis; 2020 trajo consigo una pandemia global que, en lo que a la estructura capitalista toca, implicó una paralización de los canales de consumo, producto de los confinamientos masivos a que obligó la estrategia de control de la pandemia de COVID19; 2007 – 2008, es recordado aún por la recesión global causada por la crisis de las hipotecas basura que partió en los EE.UU. y comprometió rápidamente la salud del mercado financiero en todo el mundo, obligando a carísimos rescates de instituciones bancarias que se consideraban *demasiado grandes para caer*. El comienzo del siglo XXI es recordado por la crisis de la puntocom, una serie de compañías de papel que se basaban en especulaciones *web*, cuya caída generó enormes pérdidas para quienes habían hecho sus apuestas en ese mercado. A mediados de los noventa, el foco estuvo puesto en varios países emergentes del sudeste asiático que vieron como estallaba una burbuja de precios inflada por expectativas irracionales de la mano de dinero barato puesto en el mercado por bancos poco controlados. 1973 es recordado como el año en

¹⁴⁰ Para que ello fuera posible se requirió de una serie de reformas institucionales que permitieron la integración de las operaciones de la banca internacional, a mediados de los ochenta. Una vez que Nueva York y Londres, en tanto centros financieros, quedaron conectados, el resto del sistema financiero continuó su estrategia globalizadora (HARVEY, 2013, p. 23): de ahí la rápida contaminación que los activos tóxicos de los bancos norteamericanos provocaron en Europa en la crisis de 2007 – 2008. Una comparación útil para ilustrar el auge del capital financiero, es la relación entre la producción industrial y la financiera como fuente de beneficios. Harvey muestra un fuerte declive de los beneficios provenientes de la industria, en especial desde mediados de la década del ochenta, y un auge de los que provienen de las finanzas, a mediados de la del noventa (HARVEY, 2013, p. 26). Entre otras cosas, esto ha implicado el auge de una clase de financieros que se escinde de la economía llamada *real* y que pasa a mantener un poder de control sobre el resto de productores, trabajadores y consumidores, asignando las decisiones de inversión desde los centros capitalistas. En el mismo sentido, como apunta Mason, el capital financiero ha modificado la relación entre las empresas y la banca, que a mediados de los ochenta comenzó una fuerte presión a la industria por los beneficios, gobernando en definitiva las decisiones de producción y las estrategias de integración (MASON, 2016, p. 47).

que los países que componen la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP), uno de los cárteles más famosos de la historia, decidieron cerrar la llave exportadora de crudo, encareciendo los precios de la energía en todos los países que habían apoyado a Israel en la Guerra de Yom Kipur, y de paso del mundo entero.

La lista sigue (y seguirá) sumando eventos, y en ella pueden seguir encontrándose momentos de crisis, más o menos globales, cada uno con su correspondiente carga de desempleo y pobreza. Pero lo que es claro también es que a partir de cada uno de esos momentos críticos, el capitalismo parece haber mutado hacia algo distinto que, si bien no deja de ser capitalismo, logra encontrar un curso de innovación, realizarse con el poder político y hacer resurgir las posibilidades de beneficio, muchas veces en un punto de arranque no visto con anterioridad en el que confluirán distintas configuraciones de capital, tecnología y mano de obra. El capitalismo, y las instituciones que lo sostienen, muta, cambia, se realinea, busca su curso y, a la larga, hasta ahora, ha sobrevivido. Que lo haga, no obstante, en una trayectoria permanente de crisis, en una constante *system malfunction*, expresada en desequilibrios y rupturas, alimenta ciertamente los rumores sobre su caída¹⁴¹. Streeck apunta, no obstante, a que no es necesaria ninguna revolución o plan maestro mediante el que una sociedad desplace al capitalismo. Por el contrario

“(…) el capitalismo contemporáneo está desapareciendo por sí solo, colapsando por sus contradicciones internas, en buena medida como consecuencia de haber vencido a sus enemigos, que, como ya he dicho, lo han rescatado a menudo de sí mismo obligándole a asumir una nueva forma.” (STREECK, 2017, p. 28).

¿Cuáles son esas contradicciones? ¿De que forma puede el sistema capitalista destruirse a sí mismo desde el interior y reinventarse? ¿Hasta qué punto se encuentran las instituciones del capitalismo en una crisis que anuncia su fin o su transformación? Streeck identifica tres rasgos o tendencias de largo plazo en las naciones industrializadas que presagian una crisis estructural. En primer lugar está la baja tasa de crecimiento de los países capitalistas industrializados desde la década del setenta; salvo casos como el de China, que creció durante años al 10% anual, la tasa de crecimiento promedio de los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ha oscilado entre un 2% y un 4% anual, con un fuerte declive a partir de 2008. Directamente relacionado con lo anterior, la deuda de los países industrializados como porción del PIB aumenta significativamente en el período. Como consecuencia la desigualdad económica experimenta un alza, aumentando la brecha entre ricos y pobres, entre dueños del capital y trabajadores y entre las rentas del capital y los salarios. Estos tres rasgos están, como Streeck pone de relieve, íntimamente relacionados y se refuerzan mutuamente: la

¹⁴¹ Streeck traza esta permanente trayectoria de crisis o de “desequilibrio movedizo”, desde la década del setenta, en que el capitalismo abandona los acuerdos distributivos entre capital y trabajo de la postguerra y se entrega a una secuencia de inflación global en los setenta, deuda pública en los ochenta y rápido endeudamiento privado en la siguiente década, lo que estaría a la base de la crisis de las hipotecas basura de 2007 – 2008 (STREECK, 2017, pp. 31 - 32).

desigualdad económica lastra el crecimiento, pues obstaculiza las mejoras en la productividad, mientras que el bajo crecimiento obliga a echar mano a la deuda e intensifica al mismo tiempo las desigualdades, pues hace más costosa la redistribución. Hay, entonces, un proceso de declive que es gradual, que se aplaza, pero es que es inexorable (STREECK, 2017, pp. 68 - 70).

En general, Streeck tiende a dibujar un panorama general de decadencia de lo que denomina la “legitimidad normativa” del capitalismo. Esta se explica por la capacidad del capitalismo de ofrecer iguales oportunidades de progreso individual y de fundamentar la integración social en la reasignación colectiva de la riqueza en el marco de un sistema democrático (STREECK, 2017, pp. 30, 37). El balance, políticamente fundado, entre capital y empleo que caracteriza las tres décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, se quiebra y el capitalismo destruye “(...) todas las agencias que pudieran estabilizarlo a base de limitarlo (...)” (STREECK, 2017, p. 78). Como afirma Robert Reich, las amenazas al capitalismo ya no son el comunismo o el fascismo sino “(...) un continuo socavamiento de la confianza que las sociedades modernas requieren en el crecimiento y la estabilidad” (REICH, 2017, p. 16).

Es evidente que esa crisis alcanza a los mecanismos más fundamentales del capitalismo, como el mercado. Como ya apuntaba John K. Galbraith en 1978, desde hace mucho que el mercado dejó de ser un espacio neutro de relaciones de intercambio y de fijación del precio, para transformarse en un mecanismo oligopólico para que las corporaciones del sistema industrial (de número en franco descenso, es decir cada vez más concentradas) fijen los precios de acuerdo a sus propios intereses (GALBRAITH & SALINGER, 2009, p. 61). De alguna manera, como se verá, la crisis de la PI y la extensión generalizada de su vulneración, por medios de piratería digital de alcance global, habla con nitidez de esa pérdida de legitimidad del contrato social que el capitalismo ofreció a la clase trabajadora y que se basaba, en buena medida, en una promesa igualadora que permitiría, en última instancia, ser propietario de un vehículo y de una casa.

6.3. El factor interno

En ese contexto, llama la atención la persistencia del factor interno en todos los anuncios de transformación o muerte del capitalismo. Una revisión, aún somera, de la literatura posterior a la crisis de 2008¹⁴² alerta sobre los peligros internos, y cómo el capitalismo hace funcionar una energía autodestructora generada a partir de sus propios avances. Pero esto no es nuevo: a comienzos de la década del cuarenta del siglo XX, Joseph A. Schumpeter, economista austriaco que terminó sus días enseñando en la Universidad de Harvard, ya había explorado la posibilidad cierta de que el capitalismo sucumbiera a sus propios desarrollos. Schumpeter interesa especialmente a este trabajo debido al rol que le

¹⁴² De hecho, bajo ese influjo han escrito Reich, Streeck, Harvey, Mason y Ramonet, entre tantos otros (REICH, 2017) (STREECK, 2017) (HARVEY, 2013) (MASON, 2016) (RAMONET, 2010).

asigna a la innovación como fuerza destructora del capitalismo. Como se ha venido sosteniendo, la digitalización de la producción cultural, como forma de producción y transacción, es un ejemplo de cómo el cambio tecnológico pone en entredicho y obliga a redefinir los fundamentos económicos y filosóficos de una forma de propiedad específica como es la PI.

Pese al cariño que Schumpeter profesaba por el sistema capitalista, es claro en destacar su pesimismo acerca de su sobrevivencia. A la pregunta de ¿puede sobrevivir el capitalismo?, la respuesta que ofrece es “No; no creo que pueda” (SCHUMPETER, 2010, pág. 47). Es clave para juzgar la debilidad o la fuerza profética de Schumpeter, recordar que su obra se escribe a comienzos de la década del cuarenta del siglo XX¹⁴³, con EE.UU. aún en proceso de consolidar su hegemonía mundial, Europa sumida en una guerra brutal y muchas innovaciones aun en estado larvario. La lectura de Schumpeter, a ochenta años de distancia, con una serie de crisis locales y globales en el camino, más una pandemia de alcance global nunca vista en la historia moderna, produce una extraña mezcla de curiosidad y decepción y una cierta ansiedad por comprobar la realidad de sus predicciones. La primera aproximación a Schumpeter es optimista¹⁴⁴, cuando señala que, de mantenerse la tasa de crecimiento mundial del PIB del 2% anual que se observó entre 1928 y 1939, el mundo habrá superado la pobreza para 1978, pues su riqueza se habrá doblado (SCHUMPETER, 2010, págs. 53 - 56). Naturalmente, como el mismo Schumpeter aclara, esta predicción se basa en la supuesta capacidad del capitalismo de replicar logros pasados y proyectarlos hacia el futuro, cosa que estadísticamente no podría justificarse como extrapolación válida¹⁴⁵. El énfasis del autor está no tanto en las crisis del capitalismo sino en sus revoluciones, que comprende como una modificación “(...) de la estructura existente en la industria mediante la introducción de nuevos métodos de producción.” (SCHUMPETER, 2010, pág. 59), y que se insertan justamente entre períodos de auge y decadencia. En ese sentido, uno de los grandes aportes de Schumpeter

¹⁴³ La obra que se cita refiere aquí fue editada en 2010 por Capitán Swing y corresponde a algunos capítulos de la obra de Schumpeter, “*Capitalismo, Socialismo y Democracia*” de 1942.

¹⁴⁴ Como también lo era John M. Keynes. En su ensayo de 1930, titulado “*Economic Possibilities for our Grandchildren*”, el célebre economista vislumbraba un futuro a cien años plazo, de enormes posibilidades a cuenta de una tasa de crecimiento anual del dos por ciento (KEYNES, 2010 (1930), p. 325). Lo que Keynes veía era un sostenido avance tecnológico y una mejora superlativa de los estándares de vida de los países, en que el reemplazo de trabajo por tecnología sería sólo un desajuste temporal. Esto, junto a la tasa de interés compuesto, permitirían superar el gran problema económico, que Keynes explicaba como una lucha permanente de la humanidad por la supervivencia. Keynes, cuyo ensayo ve la luz poco después de la crisis de 1929, confiaba (al menos hasta entonces) en la posibilidad de que el capitalismo mantuviera su tasa de acumulación, lo que dependía de una mantención del crecimiento de la población; de que no hubieran guerras ni discensos civiles; y de que se confiara a la ciencia la resolución de los asuntos que le eran propios (KEYNES, 2010 (1930), p. 331). Nada de eso parece haber sucedido, por cierto, salvo la acumulación de capital.

¹⁴⁵ Schumpeter omite, por supuesto, el problema de las desigualdades de ingreso, no sólo en su crítica a las predicciones futuras, sino en general en su análisis de los ejes críticos del capitalismo.

fue precisamente la indagación en los ciclos económicos del capitalismo a partir de esas revoluciones productivas. Todas representaban en un comienzo disturbios, pérdidas y desempleo; pero generaban a su vez una mejora progresiva en el nivel de vida de las masas mediante la incorporación de nuevos bienes de consumo en el mercado (SCHUMPETER, 2010, pág. 60).

El punto de vista de Schumpeter se sitúa justamente en la naturaleza esencialmente evolutiva y transformadora del capitalismo. Esta se manifiesta en nuevos bienes de consumo, nuevos medios de producción y transporte, mercados y organización de la industria (SCHUMPETER, 2010, pág. 86). El capitalismo es una revolución incesante, que en acometidas discontinuas y con espacios de calma entre estas,

“(…) revoluciona (...) la estructura económica *desde dentro*, destruyendo lo antiguo y creando continuamente elementos nuevos. Este proceso de *destrucción creativa* constituye el dato esencial del capitalismo.” (SCHUMPETER, 2010, pág. 87)¹⁴⁶

Dado que el capitalismo progresa a partir de un proceso de destrucción, es preciso visualizar dónde y en qué momento se produce esta y a cargo de qué mecanismos específicos. Por lo pronto, para Schumpeter resulta fundamental el rol de la empresa capitalista como actor de la innovación que trae consigo la destrucción creativa. El comportamiento de una empresa que irrumpe en el mercado de la mano de una innovación será siempre proteccionista, y buscará desbancar competidores ya sea a través de los mejores precios que puede ofrecer en un mercado o bien de la novedad o mejora en la calidad. Una empresa capitalista está íntimamente ligada al proceso de innovación; es un agente de cambio que busca vializar inversiones a largo plazo en un contexto movedido e incierto, en el que busca obtener condiciones de estabilidad. Pero para ello, debe vencer una resistencia a la innovación que se encuentra instalada en las clases productivas, que buscan conservar el valor de la inversión y están amparadas en una estructura de poder político. La ruptura de ese orden, que deberá producirse si es que el capitalismo cumple su cometido de progreso, viene cuando un competidor destruye el valor del capital existente en el estrato de competencia en donde un nuevo bien o servicio irrumpe; es ahí donde tendrá lugar la resistencia al cambio. La elite, como afirman Acemoglu y Robinson, forma una barrera a la innovación cuando ve amenazado su poder político, y desarrollará estrategias para resistirse y detener las innovaciones (ACEMOGLU & ROBINSON, Por qué fracasan los países, 2012, pág. 221). Es por ello que la destrucción creativa no sólo amenaza una cierta forma de producción, sino que todas las lógicas de poder político que se imbrican con estas se ven alteradas.

¹⁴⁶ Es interesante, no obstante, considerar que Schumpeter no pensaba que este proceso de destrucción creativa debiese tener lugar sin control o de forma que lesionara y dañara los intereses de la sociedad. Para Schumpeter, si bien no tenía sentido conservar industrias anticuadas, tampoco lo tenía dejar que su destrucción generara efectos depresivos por culpa de un derrumbamiento estrepitoso (SCHUMPETER, 2010, pág. 99). Se puede pensar, en ese sentido, en un proceso de destrucción ordenada que, ciertamente, no ha tenido lugar en los hechos.

Es interesante discurrir sobre el rol que los derechos de propiedad juegan en este proceso de destrucción creativa y de cambio tecnológico. Intuitivamente se podría pensar que los derechos de propiedad, y por cierto los de PI que se han analizado en el capítulo anterior, conducen a una estabilidad que es contraria al espíritu de progreso e innovación que caracteriza al capitalismo. Los derechos de propiedad, en especial patentes y modelos de invención, corresponden, en este esquema, a mecanismos de protección de las innovaciones que impulsan hacia adelante al capitalismo, y proveerán de salvaguardas a un empresario capitalista por más o menos tiempo, otorgándole un monopolio en el uso de su invención. Cuando sobreviene un cambio tecnológico lo que puede ocurrir es que esos derechos de propiedad queden en un espacio de indeterminación o que pierdan sus delimitaciones o contornos originales, con la consecuente carga de incertidumbre (EGGERTSSON, 1990, p. 39). Schumpeter se inclina a pensar esas restricciones o limitaciones, como fuentes de incentivo, “simples incidentes”, que “(...) estimulan más que frenan el proceso de expansión a largo plazo.” (SCHUMPETER, 2010, pág. 96). Pero resulta indudable que la estabilidad de los mercados que buscan los empresarios capitalistas descansa en buena medida en esos derechos; de ahí los nefastos efectos que se siguen cuando estos se tienden a desdibujarse en sus límites y su uso se abre a quienes no han pagado por ellos.

Esto, junto a lo ya visto en el capítulo anterior, permite situar a los derechos de PI en general, en un lugar específico en los procesos de transformación de una economía capitalista, de una forma algo ambivalente: o bien son la fuente de la innovación que llevará adelante el progreso o bien la carga que lo lastrará, impidiéndolo. Dicho de otro modo, el detentar bienes intangibles producto del conocimiento y su desarrollo, de modo exclusivo y excluyendo a otros, constituye una ventaja en un contexto de mercado en competencia, que sitúa a ese titular en una mejor posición para hacer beneficios a cuenta de esa innovación. Ese propietario desarrollará una estrategia para impedir que su innovación sea usada por otros y, mientras lo logre, el estado de cosas se mantendrá invariable. Es en ese punto donde los derechos de propiedad pueden, de manera dinámica, considerarse un lastre para que ese proceso innovativo se desate o bien una garantía de estabilidad de las innovaciones ya puestas en mercado. No hay, como se advierte, un rol único que jueguen los derechos de propiedad en el curso de las crisis del capitalismo.

Si este proceso continuo de destrucción creativa del capitalismo fue capaz, durante un par de siglos, de funcionar, con varias crisis de por medio, como un factor de progreso, invención de tecnologías, nuevos productos, de ampliar mercados y generar nuevas formas de producir viejas cosas; ¿por qué razón habría de detenerse o interrumpirse indefinidamente esa trayectoria? Ya a fines de la década del treinta del siglo XX, Schumpeter daba cuenta de una sensación de crisis permanente y una pérdida de vitalidad del capitalismo en su capacidad de recuperación. La pregunta que Schumpeter se hacía era si eso iba a significar o no una paralización permanente de la maquinaria y de su capacidad de reeditar sus éxitos del pasado. Schumpeter (2010, págs. 140 - 142) veía en ese entonces tres factores claves de las predicciones pesimistas.

El primero eran los llamados factores ambientales o actitudes sociales hostiles al capitalismo. Son lo que denomina el “aspecto cultural” de la economía capitalista, y que

alude a un cierto modo de vida capitalista que imbrica a la sociedad toda. Es útil traer aquí a colación lo que Braudel decía del capitalismo, como forma de ordenación social que requiere de la participación activa de la sociedad toda (BRAUDEL, 1994, p. 71). El capitalismo viene a desarrollar una relación simbiótica con el resto de los campos de la actividad social, y es de esta forma que se erige como un verdadero sistema. Esto explica, en parte, por qué el capitalismo y la lógica de beneficio y acumulación aparecen como el punto más álgido de cierta (y se dice cierta, en tanto no es la única) forma de racionalidad. Schumpeter llega a afirmar que “(...) el modelo económico es la matriz de la lógica” y que “(...) toda la lógica se deriva del modelo de la decisión económica.” (SCHUMPETER, 2010, pág. 160). Los defensores de la lucha contra el calentamiento global o de los recursos naturales depredados en los países del mundo en desarrollo dirán, ante esto, que el capitalismo extractivo que seca los ríos para alimentar a la minería no es racional. Y no se podría contradecirlos: depredar recursos no es económicamente racional, por más que pueda satisfacer un interés capitalista en el corto plazo.

Schumpeter refiere dos ejes claves de la racionalidad capitalista. El primero es el dinero como unidad de cálculo racional de costo – beneficio (SCHUMPETER, 2010, pág. 161). A partir de su introducción masiva se añade al funcionamiento de la economía un factor de medida que es mutuamente aceptado y compartido entre los agentes económicos, y cuyo uso es creciente. El segundo es la elevación de la actividad económica como un motor de ascenso social. La figura del comerciante burgués, que asoma desde la edad media de la mano del capitalismo comercial, y que transita a través del poder económico hacia una determinada posición social y política, representa el auge de una nueva sociedad basada en la riqueza y ya no en el privilegio feudal. Todos los rasgos y conquistas de la modernidad son, dice Schumpeter, “(...) directa o indirectamente, producto del proceso capitalista.” (SCHUMPETER, 2010, pág. 165). Esta extensión de la racionalidad capitalista va de la mano de la creación de ciertos hábitos mentales racionales que generan métodos aplicables al proceso de producción y organización capitalista. El capitalismo reconfigura objetivos y los medios para alcanzarlos en una racionalidad que “(...) ahuyenta de nuestra mente, al mismo tiempo que las creencias metafísicas, las ideas místicas y románticas de toda índole.” (SCHUMPETER, 2010, pág. 168). Schumpeter ve en el capitalismo una fuerza racional que elimina las bases tradicionales de la sociedad, seguramente pensando en los aspectos espirituales, el temor a Dios, el heroísmo caballeresco y la servidumbre, propios del feudalismo. En su lugar, el capitalismo instala la eficiencia como base de las actividades que va a permear todas las esferas de la vida.

Un segundo factor predictivo crítico es la llamada “(...) pérdida de la oportunidad de inversión”. La acumulación de capital y la concentración de este deben producir en el capitalismo un enorme flujo hacia la inversión, de modo que una paralización de esta viene a producir una especie de atasco. En la década del treinta Schumpeter visualiza ese atasco en la forma de desempleo, exceso de reservas, saturación del mercado financiero, márgenes insuficientes y estancamiento de la inversión (SCHUMPETER, 2010, pág. 138). Como se advierte, nada de esto parece ser muy distinto al panorama que ofrecen las últimas crisis del sistema capitalista, y bastaría escoger una cualquiera para ver nítidamente algunos de esos síntomas.

En tercer lugar está la llamada materia del capitalismo, que en Schumpeter dice relación fundamentalmente con los mercados que se abren o cierran a las oportunidades de inversión. La saturación de las necesidades, o la llegada al punto en que estas están completamente satisfechas y ya no evolucionan en lo absoluto, representa una amenaza al desarrollo capitalista que, no obstante, no parece haber tenido lugar. Aún en un contexto de baja natalidad y desaceleración del ritmo de crecimiento de la población, “(...) la saciedad se convierte en una meta huidiza, especialmente si incluimos el ocio entre los bienes de consumo.” (SCHUMPETER, 2010, pág. 175). Una mirada somera a la realidad del consumo en los mercados evidencia que el capitalismo ha sido exitoso en la creación sistemática de nuevos productos y servicios y de mecanismos de mercado para colocarlos en los hogares, independientemente de su composición. Al menos desde el punto de vista del consumo, la baja natalidad no parece haber sido en los últimos ochenta años un problema para que el capitalismo encuentre nichos donde colocar su producción. La atrofia del capitalismo, al menos en este sentido, no parece ser un escenario probable. Otro de los ejemplos a los que recurre Schumpeter (2010, pág. 145) es el del agotamiento de nuevos territorios y el límite que ofrecen las fronteras geográficas al desarrollo del capitalismo. Schumpeter no veía en esto un límite y más bien observa en el progreso técnico la posibilidad de revertir un posible retorno decreciente de los beneficios de la explotación del mundo natural, aún el de los recursos minerales. Como se señalaba antes en este estudio, las condiciones de abundancia de territorio y recursos son el sustrato en el que fertiliza el capitalismo y las ideas que le servirán de sustento¹⁴⁷. Las crisis que se han sucedido desde las primeras décadas del siglo XX, y la preocupación de Garret Hardin por el agotamiento de los recursos disponibles para la humanidad, no parecen ser una realidad en las primeras décadas del siglo XXI. Los nuevos yacimientos petrolíferos en las costas de Brasil, los mantos de cobre en Mongolia, el litio en el norte de Chile, la extracción de hidrocarburos mediante la técnica del *fracking* en Dakota, la biomasa y los nuevos desarrollos de la electricidad, son muestras de que el capitalismo ha desarrollado nuevas estrategias de aprovechamiento de recursos naturales. Otra cosa distinta es que estos se distribuyan de manera desigual entre la población y que la extracción de muchos de esos recursos dañe seriamente los ecosistemas y para partes importantes de la población. No obstante, aún el estado actual de la explotación de recursos naturales ofrece nuevas posibilidades de innovación tecnológica que permitan su renovación y el uso económico. Schumpeter afirmaba que “(...) podemos tener cierta confianza en la capacidad del sistema capitalista para encontrar o crear siempre nuevas oportunidades, puesto que está organizado precisamente para ese propósito (...)” (SCHUMPETER, 2010, pág. 149).

¹⁴⁷ Schumpeter, no obstante, está en desacuerdo en que el nacimiento de capitalismo tenga su origen causal en el descubrimiento de nuevos territorios y recursos naturales. El nacimiento del capitalismo, afirma, no debe relacionarse causalmente con fenómenos como la afluencia de mineral de plata desde Potosí hacia Europa, o con el sobreendeudamiento de las monarquías europeas debido a su exceso de gasto. Estos hechos por sí solos, no son la causa de que el mundo feudal se haya convertido por sí mismo en un mundo capitalista (SCHUMPETER, 2010, pág. 147).

6.4. Fin o transformación

Las distintas formas en que el capital fluye, en ciclos de expansión y contracción, y en distintas esferas de actividad, y las relaciones de clase que forma o destruye, permiten construir un sin fin de argumentos sobre la muerte del capitalismo y especulaciones sobre qué será aquello que lo reemplace. Como se adelantaba, Streeck, por ejemplo prevee una desaparición del capitalismo por sí solo, sin un plan maestro que lo reemplace, a lo que seguirá un largo período de desorden, un interregno de descomposición de la integración a escala macro que destruiría la estructuración institucional a escala micro.

En este esquema, la función de ordenar la vida social que cumple el capitalismo se desplazaría hacia los propios individuos, en un proceso de desinstitucionalización (STREECK, 2017, pp. 28 - 29). Esto resulta interesante de comprender a la luz de los teóricos institucionalistas que, como Douglas North, entienden las instituciones o “reglas del juego” (y esto vale para instituciones tan propiamente capitalistas como la propiedad privada) como articuladores de certidumbres en las interrelaciones humanas mediante la estructuración de los intercambios (NORTH, 1993, pp. 41 - 51). El fin del capitalismo no sería, pues, un derrumbe violento, sino más bien una transición más o menos pausada hacia el declive de sus instituciones y del rol integrador de estas¹⁴⁸. Un futuro no capitalista sería así uno en que las instituciones han cedido paso al individuo, lo que se parece bastante al mundo hobbesiano en que cada uno lucha por proveerse lo necesario para su subsistencia.

¿En qué factor podría radicar, entonces, el fin del capitalismo? Hasta ahora, el sistema social y económico llamado capitalismo podría ser visto como un triunfador invicto, que no hace sino sobrevivir a sus propias crisis internas, que desarrolla exitosas estrategias de pervivencia y éxito, que circula a través de sus propios vaivenes, algunos violentos, siempre al borde de abismo, pero siempre presto a adoptar la siguiente innovación que lo salvará.

¹⁴⁸ En lo que dice relación específicamente con la institución de la propiedad privada, North señala que “La actual estructura de derechos (y la naturaleza de su obligatoriedad) define las oportunidades existentes de maximización de los participantes, que pueden hacerse realidad formando intercambios políticos y económicos.” (NORTH, 1993, p. 67). De esta manera, un declive de una institución como la propiedad implica una pérdida del marco institucional en el que se producen los intercambios de bienes que maximizan la utilidad. Es preciso, entonces, pensar qué es lo que puede reemplazar a los derechos de propiedad como articuladores de intercambios en un contexto no capitalista.

Si el capitalismo es un sistema en constante evolución y si esa evolución se produce a partir de innovaciones tecnológicas que crean nuevas formas de captar renta¹⁴⁹, es entonces en ese mismo proceso de innovación en donde radica la clave de una transformación o, eventualmente, del fin del capitalismo. Schumpeter avizoraba un proceso de estancamiento a cuenta de varias causas. Una de las más relevantes es, quizás, la resistencia de los sectores de la burguesía productiva a los cambios que amenazan sus intereses y los mecanismos que despliega para su defensa. Nótese que la tecnología y sus máquinas, a las que tanta pleitesía se le brinda desde la revolución industrial, no sólo tiene la fuerza para impulsarlo, sino también para destruirlo. En el plano simbólico, el cine y la literatura ofrecen una larga serie de representaciones catastróficas, en que una exacerbada confianza en la tecnología lleva a que las máquinas se vuelvan en contra de los humanos. Por apuntar sólo algunas; en *The Terminator* (1984) de James Cameron, en *The Matrix* (1999), de Lilly y Lana Wachowski, y en *Blade Runner* (1982), de Ridley Scott, se ofrece un futuro cercano y absolutamente distópico, en que las máquinas han tomado el control de todo y libran una guerra en contra de sus propios creadores, que deben vivir escondidos. De una forma parecida, H.G. Wells visualizaba, a fines del siglo XIX lo que sería el futuro del capitalismo: en *La Maquina del Tiempo* (WELLS, 1982), Wells narra sobriamente una brillante distopia futurista y una maravillosa aventura de conocimiento científico, sobre un futuro lejano en casi un millón de años, en que las labores de producción han sido erradicadas de la superficie y entregadas a una clase obrera monstruosa que opera los medios de producción bajo tierra y aterroriza, cada tanto, a las clases superiores¹⁵⁰.

Cualquier reflexión, entonces, que quiera hacerse sobre el capitalismo, necesariamente deberá considerar el cambio tecnológico y la reconfiguración que a partir de este se desata en los medios productivos, su propiedad, su relación con el sistema político y la (re) construcción que se siga de las relaciones de clase. La reconfiguración se produce a partir de lo que Dobb explica como un cambio en los coeficientes técnicos, es decir la

¹⁴⁹ La captación o captura de renta consiste en la generación de ingresos que no produce algo nuevo, sino que se obtiene cobrando un precio más allá del competitivo o bloqueando la entrada de otras empresas a una industria, reteniendo una ventaja monopólica. En el capitalismo contemporáneo son más bien los captadores de rentas quienes se ven beneficiados, antes que los verdaderos creadores de riqueza nueva; el capitalismo depredador se impone el capitalismo productivo (MAZZUCATO, 2019, págs. 31 - 32).

¹⁵⁰ Wells publicó "La Maquina del Tiempo" en 1895, en pleno auge de las máquinas y del capitalismo industrial, bajo el reinado de Victoria, uno de los más largos de Inglaterra. Escribe, sobre su personaje el *viajero a través del tiempo*; "(...) no pensaba alegremente acerca del Progreso de la Humanidad (sic), y veía tan sólo en el creciente acopio de civilización una necia acumulación que debía inevitablemente venirse abajo al final y destrozar a sus artífices." (WELLS, 1982, p. 169). Pese a que Wells, un socialista, tenía menos de treinta años cuando publicó esta obra, lo que habría de ver hasta su muerte en 1946, no lo hubiera hecho más optimista sobre las máquinas y su rol. Las dos guerras mundiales fueron escenario de experimentos maquinistas que fueron sucesivamente superándose en su capacidad de asesinar masivamente a población inocente.

combinación de distintas proporciones de factores productivos que requiere la producción (DOBB, 2013, p. 58). La tecnología produce una alteración de estos coeficientes a lo largo de una economía dada, cambiando fundamentalmente la relación entre trabajo y capital. En este punto de mutación, como lo denomina Mason, se produce un agotamiento general de la estructura y una sustitución por otra. Esta mutación arrasa con una serie de componentes estructurales; los modelos de negocios, los mercados, las monedas y las tecnologías previas (MASON, 2016, p. 110). Pero fundamentalmente afecta al rol del empresario capitalista. En ese sentido, Schumpeter atribuye al progreso tecnológico una suerte de decadencia del rol de empresario en la sociedad capitalista. La total automatización del mecanismo de progreso, a cuenta de la tecnología, hace que los salarios de la clase empresarial se equiparen a los de los trabajadores corrientes, de modo que la empresa capitalista (o quizás sus cabezas innovadoras), tienden a hacerse superfluos (SCHUMPETER, 2010, pág. 181)¹⁵¹. Schumpeter se contradice, no obstante, en esto: la clase empresarial, en busca constante de nuevas formas de captar valor, evoluciona de la misma forma y al mismo ritmo en que lo hace capitalismo. El problema radica en que “cierta forma” de clase empresarial puede, efectivamente ser absorbida o volverse insignificante debido al cambio tecnológico. Pero rápidamente es sustituida por otra, como tan bien narraba Tom Wolfe (WOLFE, 2001); Schumpeter no vio a los Jobs, Gates o Zuckerbergs, sino que sólo pensó en cómo declinarían Carnegie o Rockefeller. En lo que sí es posible concordar con Schumpeter es en la destrucción que el capitalismo hizo de ciertos lazos protectores propio de la aldea y del gremio de artesanos, y que sí están en cierto espíritu empresarial del pasado. El capitalismo, para Schumpeter, destruyó las propias protecciones de la estructura social que podrían evitar su colapso, de lo cual también se deriva una hostilidad hacia este y un factor presente en su declive (SCHUMPETER, 2010, págs. 189, 231).

Como se afirmaba al comienzo de este acápite, la historia del capitalismo es la de sus crisis periódicas y, al parecer, estructurales. Desde entonces, la especulación sobre el auge y la caída del capitalismo se vuelve moneda corriente entre los teóricos, que buscan y rebuscan razones, en una suerte de obsesión predictiva que hagan caer al capitalismo y de forma de reemplazarlo por otra forma de orden social. No obstante, para este estudio, resulta más adecuado adoptar un punto de vista transformador antes que rupturista: interesa, en ese sentido, pensar cómo el capitalismo se transforma, qué factores inciden en esa transformación y, sobre todo, cómo una institución clave como la propiedad privada, puede incidir en esa transformación a partir de un nuevo paradigma de gobierno sobre los bienes, su producción e intercambio.

Es, por demás, el sentido que se busca atribuir aquí a las ideas que Schumpeter desarrolló a comienzos de la década del cuarenta del siglo XX, pero con una especificidad

¹⁵¹ Piénsese en lo que Galbraith llamaba la clase gerencial o ejecutiva que había sustituido en el siglo XX al capitalista propietario, reducido solamente a ser un tenedor de un paquete de acciones, cediendo el gobierno de las corporaciones a una serie de ejecutivos bien educados y mejor pagados, que tomaban las decisiones sobre algo que no les pertenecía (GALBRAITH, 1984, p. 138).

tecnológica que no alcanzó a vislumbrar. Esa fuerza tecnológica se manifiesta, a casi un siglo de distancia, en cambios que vienen a poner en extremo relieve el poder de la información como fuerza transformadora. Mason, en ese sentido, afirma que la tecnología de la información pasa a gobernar de modo significativo una serie de procesos industriales mecanizados, y de esta forma

“(…) lejos de crear una forma nueva y estable de capitalismo, está disolviendo el sistema capitalista en general, porque corroe los mecanismos del mercado, socava los derechos de propiedad y destruye la tradicional relación entre salarios, trabajo y ganancias.” (MASON, 2016, p. 160).

Pese a no compartir la tesis de la disolución, lo cierto es que el cambio tecnológico vale al menos como fuerza transformadora, lo que ya es bastante. Como se ha visto en el capítulo segundo de este estudio, la información se crea a alto costo pero se disemina a través de la economía a uno muy bajo. De ahí la necesidad de imponer barreras o nuevos cercamientos a activos informacionales, y por cierto a los bienes del conocimiento humano que se venden en un mercado. El rol que cumplen los derechos de PI en una economía capitalista es precisamente ser una cortapisa a un acceso que, de otro modo, sería naturalmente libre. El cambio tecnológico, como se advierte, es la causa del declive de la estructura propietaria y del contragolpe con que reaccionan los propietarios de esos bienes, que buscan hacer las normas sobre PI más rígidas y sobre todo extensas, de manera de que se parezcan más a las que gobiernan el canon propietario clásico.

¿Representa ese abaratamiento, al parecer sin fin, de la tecnología y la información, una amenaza al capitalismo? La respuesta debe encontrarse más en la dimensión horizontal que en la vertical. Este punto de vista permite trascender el mero potencial transformador de la tecnología, y poner el acento en las nuevas estructuras de producción e intercambio que se logran a partir de esta: es decir, no en el fetichismo tecnológico, sino en las redes humanas y comunitarias que se construyen a partir de la tecnología y que sí pueden desafiar las estructuras fundantes del capitalismo. Ya se exploran más adelante los rasgos de esa forma de producción.

Por lo pronto, interesa caracterizar lo que podría ser un mundo postcapitalista y el papel que las instituciones clásicas del capitalismo podrían desempeñar en él. Como se explora en los siguientes acápite, hay una suerte de premisa teórica y práctica que ronda en el aire. El mundo capitalista del siglo XXI, funciona en buena parte a partir de redes de información y conocimiento y cualquiera sea la forma que adopte la destrucción creativa en lo sucesivo, va a implicar siempre una nueva interacción dentro de esa red de información. Una evolución del capitalismo equivale, en esta lógica, a una nueva configuración de los puntos nodales y los flujos de información desde y hacia procesos productivos, que a su vez reconfigurarán las relaciones entre capital y empleo. El auge de Silicon Valley, en California, es un buen ejemplo de ello. Surgido como un polo de alta tecnología formado bajo un paradigma corporativo menos jerárquico y más poroso que sus símiles de la costa este de los EE.UU., permitió que la capacidad de esas nuevas corporaciones de los años sesenta se expandieran en una red que se sostiene en enormes

flujos de capital y de información, en tanto expresión de conocimiento, que viaja a través de nodos que se reconfiguran según las necesidades¹⁵².

El contexto del auge de la información como forma de capital, que se acumula y fluye de determinada manera y por ciertos canales, parece imponer la necesidad de una nueva etiqueta al capitalismo. Si el capitalismo fue comercial, industrial, financiero; ¿significa que hoy es informacional? Lo cierto es que el punto de vista diacrónico indica que el capitalismo adopta todas esas formas a la vez, y que estas existen con mayor o menor énfasis en cualquier sistema capitalista. Todas, no obstante, se necesitan mutuamente. Sí se debe reconocer un componente de inmaterialidad de la riqueza, compuesta por activos inmateriales que se construyen en base al conocimiento. Asimismo, el proceso acumulador del capitalismo llamado informacional posee una geografía específica y origina nuevas relaciones entre capital y empleo, pues su producción tiende a servirse de una clase obrera de alta especialización. Pero ante todo, puede entenderse como una forma de capitalismo en que los bienes que sirven a la acumulación son de naturaleza inmaterial y circulan y se acumulan como información. Ya se verán, más adelante, algunos de los rasgos principales de la producción en esta nueva forma de capitalismo. Mason plantea, desde esta clave, la pregunta acerca de si el auge de la tecnología de la información puede constituir una ruta de ascenso hacia un postcapitalismo. Desde la perspectiva de la acumulación capitalista, el auge de las tecnologías aumentó (y sigue aumentando) la cantidad de información disponible, y su producción se volvió cosa corriente en el mundo capitalista, que la usa en formas cada vez más sofisticadas, ya sea para apostar contra las tasas de cambios de divisas o para trazar las preferencias de los consumidores de zapatillas deportivas cada temporada. De ahí que, desde una matriz neoliberal, se considere el auge de la información como un triunfo¹⁵³. Este se visualiza en la realización del mercado perfecto, la consolidación de una sociedad postindustrial de alto valor y en que el trabajo sería ejecutado por una clase de trabajadores de alto valor en base al conocimiento y, en tanto consumidores, productores ellos mismos de información (MASON, 2016, pp. 191 - 192.). Pero Mason ofrece otra variante, en que las bases del capitalismo se ven corroídas por el auge de la información. Básicamente la informatización del sistema produce una corrosión del valor que generan las empresas,

¹⁵² Cesar Hidalgo releva el papel de la confianza en la construcción de esas redes, pues reduce los costos de vinculación entre distintas empresas o corporaciones que pueden formar alianzas estratégicas, así como permite que las redes se adapten a los cambios (HIDALGO, 2017, pp. 137 - 138). Es clave, desde este punto de vista, comprender a las instituciones como constructoras de esa confianza.

¹⁵³ Recuérdese la frase del personaje de Gordon Gekko, interpretado por Michael Douglas en *Wall Street*, de Oliver Stone (1987). En su intento de ascenso en el mundo bursátil, Bud Fox (interpretado por Charlie Sheen), un ambicioso, pero inmaduro aspirante a *bróker* de bolsa, llega hasta las suntuosas oficinas de Gekko, un aventajado millonario financiero en Wall Street, NYC. En uno de los diálogos “de formación” del discípulo, Gekko le recalca de Fox que “la cosa más valiosa del mundo es la información”. Ambos terminan, por cierto, enjuiciados por uso de información privilegiada en el mercado de valores.

pero lo hace a partir del eje horizontal en que circula la información, que hace prescindibles las estructuras de intercambio que provee el capitalismo tradicional. Esto hace que deba ponerse un especial acento en el análisis de la redes que se crean a partir de la forma de producir y transar información¹⁵⁴.

Un presente (o futuro) postcapitalista es, entonces, uno en que los precios de los bienes informacionales bajan a cuenta de la tecnología, se establecen redes transaccionales y se destruye la base de utilidad en el margen, haciendo sucumbir el sistema de precios. En ese contexto, la propiedad de esos bienes específicos se vuelve ilusoria, contraintuitiva y se sostiene sólo como una forma de poderosa resistencia al cambio, que el propio capitalismo fomenta. De ahí la premisa, por demás Schumpeteriana, de que el capitalismo se devora a sí mismo, sin que ninguna fuerza revolucionaria venga a derribarla con antorchas encendidas y fusiles en mano. El capitalismo, bajo esta lógica, es en sí mismo la fuerza revolucionaria. Mason ilustra esta contradicción de la siguiente forma:

“Hoy en día, la principal contradicción presente en el capitalismo moderno es aquella que se da entre la posibilidad de unos bienes abundantes y gratuitos, producidos socialmente, y un sistema de monopolios, bancos y Gobiernos que se esfuerzan por mantener el control sobre el poder y la información. Es decir, que todo está invadido por una pugna entre la red y la jerarquía.” (MASON, 2016, p. 198).

¹⁵⁴ De acuerdo a Mason, estos efectos corrosivos se producen en cuatro dimensiones. En primer lugar, se produce un deterioro del mecanismo de fijación de precios en el mercado, ya que se empuja a la baja (o derechamente a cero) el costo de reproducción, con una seria distorsión en el margen. En segundo, los mismos bienes físicos se ven arrastrados hacia el bajo costo, pues en creciente medida su valor está incidido por la información que llevan consigo y dependen de intangibles. Un producto físico sólo será posible de colocar en un mercado en la medida de que se cuente con una enorme cantidad de información sobre ese mercado, las tendencias de consumo, las preferencias de los consumidores, los canales de distribución, y de la gestión de toda esa información para llegar hasta el consumidor con la mejor alternativa. Pero ese arrastre va más allá: Mason destaca que la tecnología de la información “(...) imbuye toda innovación futura de la dinámica de precios cero”, incluidas “cosas que ni siquiera podemos imaginar aún.” (MASON, 2016, p. 234). Desde esta perspectiva el futuro postcapitalista se avizora como uno fundamentalmente informacional, con enormes flujos de información rondando la producción propiamente industrial o manufacturera. Eso sin mencionar siquiera, al menos por ahora, el problema clásico de la sustitución de mano de obra por tecnología, que Keynes veía como un problema de desajuste transitorio. En tercer lugar, Mason le asigna un lugar a la informatización de la economía en el fenómeno de la financiarización, al que ya se ha referido antes como un factor de crisis del capitalismo. En efecto, la financiarización es necesaria para mantener el ritmo de consumo en un contexto de bajos salarios; esto permite que el capital fluya en forma de deuda y como mano de obra. Finalmente, la informatización conduce a revolucionar la forma de producción de las cosas físicas, toda vez que las conexiones maquina – maquina en la red comienzan a superar a las relaciones persona – persona.

6.5. La crisis del paradigma propietario clásico

Como ya se ha discurrido antes, no se concibe una crisis final del capitalismo pero sí un proceso de transformación cuyo punto de ignición es el surgimiento de una nueva forma de capitalismo basado en la información. Mason destaca que este tipo de sociedad informacional, de costo cero y con derechos de propiedad débiles (muy débiles), no podría ser considerada una sociedad capitalista (MASON, 2016, p. 236). El optimismo podría llevar a sobreestimar el potencial de la tecnología como desencadenante del declive capitalista y de todas las relaciones de clase que este trae consigo, y que se basan en los roles bien definidos de trabajadores y capitalistas. Este mundo poscapitalista sin derechos de propiedad, bienes básicos a costo cero, máquinas gratuitas y procesos automatizados (MASON, 2016, p. 236), inmediatamente debe llamar la atención crítica. Lo primero que aparece es el problema de las desigualdades y cómo estas se manifiestan en la desindustrialización por deslocalización. Como en la novela de H.G. Wells (1982), alguien deberá, en ese futuro, hacerse cargo de la producción manufacturera y agrícola, para que toda una clase de trabajadores del conocimiento pueda descansar plácidamente en jornadas de trabajo altamente automatizadas y libres, vestirse y comer. Por muy informatizado que llegue alguna vez a estar el manejo de las cosechas o la confección textil, esos abastecimientos seguirán dependiendo de una fuerza de trabajo humana y física, ubicada en alguna parte del mundo. Las inequidades a partir de las cuales esa producción material y tangible tiene lugar, no logra desaparecer detrás de ese mundo altamente informatizado. Es más; el auge mismo de la economía del conocimiento en plataformas digitales produce nuevas dinámicas de trabajo manufacturero, en condiciones de explotación y escaso control. Nick Dyer-Whiteford apunta que la fabricación del *hardware* en que se soportan materialmente sistemas computacionales muy complejos y sofisticados, produce un nuevo proletariado global en países con menos protección de leyes laborales. Asimismo, estos productos tecnológicos se alimentan de nuevos procesos extractivos, como por ejemplo la minería del coltán, extraído en míseras condiciones en el mismo Congo donde alguna vez se extrajo caucho (DYER-WHITEFORD, 2004, p. 55).

Pero sí es claro, y ahí radica uno de los argumentos centrales de esta tesis, que el capitalismo informacional desata una crisis de las instituciones capitalistas. Interesa indagar en la forma que esa crisis toma en el campo de la propiedad, y su arquetipo privado, en bienes cuya producción e intercambio han sido colonizados radicalmente por la tecnología, ya sea porque se informatiza su producción o porque su existencia misma no es posible sin la tecnología digital. Lo que se visualiza es una desintegración de los fundamentos propietarios que los regían y una supresión del circuito habitual de producción y puesta en venta en el mercado, con la considerable reducción o eliminación de intermediarios. El fenómeno de la piratería, que se ha descrito en el capítulo segundo de este estudio, es parte de eso. La piratería extrae bienes desde el mercado hacia formas de transacción no monetarias, afectando así a la estructura propietaria de esos bienes intangibles al situarlos en otro circuito de transacciones en red, fuera de mercado.

Schumpeter trazaba en 1938 los contornos de esta crisis con claridad cuando apuntaba que

“(…) la evolución capitalista arrastra hasta el fondo todas esas instituciones, especialmente la propiedad y la libertad de contratación, que respondían a las necesidades y a la práctica de una actividad económica verdaderamente “privada”. Allí donde no las deroga (…) alcanza el mismo resultado desplazando la importancia relativa de las formas legales existentes (…) o cambiando su contenido o significado.” (SCHUMPETER, 2010, pág. 194)

Con toda certeza Schumpeter no estaba viendo, en las líneas antes citadas, una crisis como la que se ha relatado en el capítulo segundo respecto de la PI: Pero las predicciones de Schumpeter sí son atingentes al fenómeno que se ha querido mostrar. La propiedad hace crisis debido a la aparición de bienes abundantes y accesibles, a costos cada vez menores, y en que los intercambios comienzan a abandonar el dinero como mediador. Esto, como destaca Mason, constituye una contradicción fundamental pues enfrenta la posibilidad de bienes e información gratuitos (o casi gratuitos) contra un sistema de monopolios, bancos y gobiernos “(…) empeñados en mantener el carácter privado, escaso y comercial de las cosas.” (MASON, 2016, p. 23). De la misma forma, el infocapitalismo pone en entredicho ciertos supuestos básicos de la economía, en especial el marginalismo como fuente de utilidad y determinación del precio en función de la escasez (MASON, 2016, p. 221). Esta contradicción fundamental se verifica con gran nitidez en el ámbito de la PI. Si sus características dogmáticas ya son algo extrañas cuando se la refleja en la propiedad de bienes tangibles; si su razonamiento económico muestra que, más que administrar escasez, la produce ahí donde hay abundancia; y si los bienes que los estatutos de PI buscan propietarizar ya se transan en medios no mercantilizados y, por ende, no propietarios: ¿no será necesario pensar un paradigma propietario distinto que gobierne esa clase de bienes? ¿no se está produciendo ya, en los hechos (los porfiados hechos) un canon propietario distinto?

Ya se han establecido algunas nociones de la crisis propietaria en el mundo de la PI: esta obedece en buena medida a nuevas configuraciones de las transacciones sobre esos bienes intangibles, que siguen el ritmo de las innovaciones tecnológicas que abaratan el acceso a esos bienes. Básicamente, un archivo digital que contenga obras literarias o musicales, es fácilmente transable fuera de mercado, cuando es puesto en una red de usuarios o enviado por algún sistema telemático, sin que su contenido se deteriore ni se agote por ello. Por lo pronto es necesario destacar, como ya se ha dicho, que esas innovaciones impactan en el corazón de la dogmática de los derechos de propiedad, caracterizados, al menos desde la perspectiva liberal que se ha mostrado en el primer capítulo, por la facultad de excluir. La exclusividad del dominio ya no es más una realidad cuando los cercos que se tienden en torno a bienes soportados en un código digital, no tienen ninguna efectividad. De este modo, al menos un rasgo propio de la propiedad liberal, queda superado en el mundo de la PI (véase, en ese sentido, a DOUGLAS & McFARLANE, 2013, pp. 219 - 220).

La crisis de la propiedad, empujada en buena parte por los avances de la tecnología, posee asimismo un cariz subjetivo. Douglas y McFarlane indican que

“(…) la particularidad de los derechos de propiedad es mejor entendida no mirando hacia los usos positivos disponibles para A sino más bien a los deberes negativos (de abstención) que el resto de las personas debe a A.” (DOUGLAS & McFARLANE, 2013, p. 220).

De este modo, lo específico de los derechos de propiedad viene a ser el deber de abstención que otros (todos los demás) tienen en relación a un bien determinado y las posibilidades de su uso. Así, el deber de abstención que pasa a caracterizar la propiedad se imprime en una cosa específica, y el deber de no interferir en los usos posibles por parte del dueño va a tomar la forma de esos bienes, como el agua toma la forma del recipiente que la contiene. Lo curioso de esto, como ya se ha insinuado en el primer capítulo, es que esta idea representa una revolución subjetiva y silenciosa de la propiedad privada, en que esta abandonaría su carácter de derecho real (un paradigma largamente sostenido, y relativamente incuestionado, por la dogmática civil) y se acercaría más al mundo de las obligaciones. Sin perjuicio de que no interesa aquí indagar en esa variable, lo cierto es que la subjetivación de la propiedad puede traer consecuencias importantes para su comportamiento dogmático y económico. Que la propiedad pase a estar definida por la dimensión de sus usos posibles y aquellos que excluyen o incluyen a otros, significa que la propiedad puede articularse conceptualmente de un modo flexible y que hay un espacio aún inexplorado para formas propietarias en base a usos que dependen de las subjetividades en juego en esos usos.

En ese sentido, Thomas Grey (1980) defiende que la idea misma de propiedad se encuentra en una crisis producto del avanzado estado del capitalismo, que puede a su vez identificarse con el surgimiento de la información como un bien de creciente valor. El dominio se encontraría, para Grey en un estado de desconexión con las cosas, o de descosificación. En ello tendría alguna responsabilidad la idea de la propiedad como un haz de derechos, que produce una fragmentación de los derechos en varias formas, todas ellas transables y enajenables por sí mismas. De ello se sigue una dispersión subjetiva de los derechos, en que varias personas detentan de manera indistinta los diferentes retazos de la propiedad tradicional. Grey se pregunta hasta qué punto un sujeto sigue siendo dueño de algo en la medida que ha cedido o enajenado gran parte de los derechos sobre ese bien del cual se considera dueño. En el esquema que viene de la tradición liberal de la propiedad privada, los derechos de propiedad están ligados a cosas (cosificados, si se quiere; de ahí la expresión latina *in rem*) y eso los diferencia de otros derechos, como los créditos. La concepción de los derechos de propiedad como vínculos con cosas que son objeto de dominio exclusivo por parte de los seres humanos, se desdibuja en una serie de formulaciones claves de la moderna economía capitalista, como por ejemplo, la financiarización de la economía. La propiedad se transformaría en una serie de derechos a "(…) reclamaciones abstractas en contra de instituciones legales abstractas". "Los derechos de propiedad no pueden ya ser considerados como derechos en cosas" (GREY, 1980, p. 71). Huelga decir que ello representa una crisis significativa de la justificación moral de la propiedad en el trabajo como una consecuencia directa del poder transformador de este. En las sociedades capitalistas avanzadas la propiedad de las corporaciones se vehicula en acciones (o paquetes de estas), de una forma en que el

trabajo de los accionistas nunca entra en el producto, pero si otorga derecho a los beneficios. La propiedad en el capitalismo financiero ya no está más atada al trabajo (RIFKIN, 2014, p. 84).

En tanto término, la propiedad ofrece para Grey tantos usos distintos, que se vuelve prescindible en la teoría legal y en las estructuras legales del capitalismo, pues el discurso sobre la propiedad se fragmenta en distintos usos discontinuos entre sí (GREY, 1980, pp. 72 - 73). Esta dimensión, no obstante, resulta de una crisis del paradigma jurídico de la propiedad privada, pero dice poco sobre los problemas que ofrece como paradigma económico y del rol que va a cumplir en las relaciones de intercambio a las que sirve, o deja de servir. El siguiente paso, en esta lógica, es trascender la crisis de la propiedad como signifiante de una cierta lógica de relaciones de intercambio, para comprender que estas relaciones ya no existen más, y que los fines económicos que pueden estar a la base de todas y cada una de esos varios significados de propiedad, han sucumbido por el peso de las cosas. O su insoportable levedad, en este caso.

No está demás, en este mismo orden de cosas, dar otra mirada al problema del trabajo como fuente de la propiedad liberal y de toda la arquitectura moral que justifica la apropiación de las cosas desde la filosofía lockeana. En efecto, la PI, con su base propietaria inmaterial, ofrece un campo de crítica al valor basado en el trabajo, desde que ya no se ve con tanta claridad cuánto trabajo puede haber en su adquisición o su producción, como lo hay, por ejemplo, en la propiedad que surge de las actividades extractivas. La producción de conocimiento y de información, como vehículo de este, casi siempre arranca de otras producciones previas que le han servido de base. Así ocurre con un proceso de reflexión filosófica, con el desarrollo de la ciencias físicas y biológicas; cada experimento desarrollado para lograr una vacuna contra el COVID19 se basa en un cúmulo de conocimiento previo, sobre la inmunidad humana, la etiología viral, la cadena genética y sus mutaciones. La producción artística, en tanto expresión de un cultura específica, se basa en técnicas y en procesos de reflexión sobre la realidad, que son propias de individuos que habitan una sociedad en particular. De ahí el origen de los diseños que Isabel Marat copió a los purépecha, como se relata al comienzo de este capítulo.

No se puede pensar la producción intelectual, que se basa en el conocimiento y que se verifica en bienes informacionales, de la misma forma en que se pensaba la propiedad del mineral de plata extraída en Potosí en el siglo XVI. Grey argumentaba que la idea fundante del capitalismo y la propiedad liberal, esto es el trabajo y la personalidad humana, tenían una lógica muy precisa en el mundo de la propiedad cosificada, en que esta relación parece seguirse un modo al menos intuitivo. Pero no puede sostenerse lo mismo cuando el dominio se encuentra subdividido (al punto de desnaturalizarlo) en un cúmulo de derechos. De esta forma, los argumentos morales que justifican la propiedad sobre cosas no pueden simplemente trasplantarse a las instituciones del capitalismo moderno (GREY, 1980). Es curioso advertir, así, como la PI va quedando de alguna manera desnuda de sus adornos y justificaciones. Lo que aparece a la vista es una institución legal de gran alcance, avalada internacionalmente por una serie de instrumentos ampliamente extendidos junto a legislaciones nacionales crecientemente proteccionistas, pero en verdad sólo en una esquina, en su intento de reprimir el curso

libre y sin barreras del conocimiento y la información, compactado mediante un código binario y puesto en una red. La PI es un intento monopolista que ya no está siendo funcional a los intereses de aquellos que gobiernan, cada vez con menos éxito, ese monopolio.

Desde esa perspectiva crítica, es necesario relevar el rol de las redes en la producción e intercambio de bienes del conocimiento, y cómo esto desafía una vez más la lógica vertical de las relaciones persona – cosas que ofrece clásicamente el capitalismo liberal. Esta relación está mediada y definida por los derechos de propiedad y por el conjunto de acciones y abstenciones que estos permiten e imponen respecto de las cosas. Estas relaciones de poder vienen de una manera muy clara a reconfigurarse cuando esa relación se comienza a producir en un esquema horizontal que sitúa a las personas (y no a las cosas) en una relación de mutua dependencia. En la red, las relaciones de intercambio escapan a la verticalidad, y ya no están gobernadas por las jerarquías que implica el dominio de unos y el desposeimiento de otros. Si Grey señalaba que el haz de derechos quebraba la metáfora de las cosas sujetas a control de las personas (1980, p. 79), es posible pensar que ese quiebre contiene en sí mismo una derrota de las relaciones de dominación que se producen a partir del desigualmente distribuido control de las cosas.

7. Hacia un nuevo paradigma: la propiedad común

Este trabajo se ha construido, hasta este punto, en torno a una exploración de las ideas que, desde la inauguración de la modernidad política y económica han determinado la forma y el alcance de la institución jurídico – política de la propiedad privada, una de las más relevantes y fundamentales de un sistema de organización social y económica denominado capitalismo. Junto a ello, se ha buscado indagar en las perspectivas críticas que ofrece la propiedad privada, y en los derroteros que esta sigue en el contexto de crisis del capitalismo. Para ello, se ha buscado evidenciar dicha crisis en la institución de la PI, que en sus muchas y no siempre bien delimitadas formas, ofrece un flanco crítico, habida cuenta de los cambios que la tecnología genera.

Si el paradigma privatista de la propiedad ha gobernado la modernidad capitalista, y si ya se ha evidenciado un punto de ruptura de ese paradigma, es preciso identificar las líneas de fuga que la propiedad puede ofrecer, y los sistemas de ideas que podrían, en un futuro, gobernar la propiedad de recursos económicos que la tecnología ya ha hecho baratos y accesibles, pero que el derecho pretende aún englobar en la categoría de cosas apropiables bajo un paradigma exclusivo y excluyente. Esta indagación exige encontrar nuevos sentidos a los intercambios económicos, que los alejen de una pretendidamente única lógica acumuladora que fundamenta el capitalismo. En ese sentido, y como releva Pierre Bourdieu, lo que la economía considera como algo dado y natural acerca de los comportamientos de los agentes económicos, es en realidad "(..) el producto paradójico de una dilatada historia colectiva, reproducido incesantemente en las historias individuales, del que sólo el análisis histórico puede dar cuenta cabal (...)" (BOURDIEU,

2003, p. 19). A partir de esta premisa, la historia puede mostrar que otras formas de producción, intercambio y gobierno de los bienes son posibles.

7.1. Los orígenes de lo común

La vocación universal de la ciencia económica ofrece una teoría de los intercambios de bienes que se producen en una sociedad, gobernados por un objetivo de obtención de ganancias que es comúnmente compartido por la humanidad, y que se inscribe en una estructura normativa que el mismo liberalismo propietario ha pretendido única. Pero, como recalca Bourdieu (2003, pp. 20 -22), esa supuesta universalidad deriva de la inmersión de ciertos principios de la economía en una sociedad específica y en el sistema de valores y creencias que esta sostiene. Dicho de otro modo, los principios económicos pretendidamente universales se insertan en una estructura social concreta y en las estructuras cognitivas que esta desarrolla. Desde ahí se han derivado dos principios; hay leyes naturales y universales que gobiernan la economía y; el mercado es el medio óptimo de asignación de recursos.

Como se ha venido sosteniendo, esos principios universales emanan en realidad de una coyuntura histórico – económica específica, que es el capitalismo, y se insertan en un modelo social estructurado a partir de la relación entre capitalistas y trabajadores asalariados. Estos desempeñan roles a partir de la división social del trabajo, en orden a una producción orientada al mercado, con el telón de fondo del Estado moderno que establece las reglas generales, abstractas y coercitivas con las que esa sociedad funciona. Toda forma de capitalismo se identifica con una base productiva específica de la acumulación de capital, pero no altera sustancialmente la base social en que se funda, aunque sin duda la complejiza infinitamente.

¿Qué había en el universo económico de las relaciones de intercambio antes del *big – bang* capitalista? La realidad fáctica sobre la que ese sistema de propiedad clásico viene a instalarse, es una enorme extensión de propiedad común o comunitaria que se vuelve apropiable a partir de una decisión política que la sustenta normativamente. Ya en Locke es posible advertir ese origen y el estado de cosas previo a la apropiación. En su relato, que no es histórico sino más bien ficcional, es posible encontrar con nitidez esa dicotomía común (*commons*) – privado a partir de la que se construye su teoría. De esta narrativa propietaria evolutiva, se ha seguido un esquema clásico de la propiedad y un sistema normativo de cuyas especificaciones dogmáticas se encargaron los desarrollos legislativos de los países y que, como se ha visto, pueden ser muy variados. No obstante, el sistema de ideas que desde la economía ha iluminado el análisis de la propiedad privada, no varía sustancialmente desde un sistema de derecho civil a uno de *common law*, porque la propiedad, como arquetipo económico realizado en una institución legal, responde a la misma necesidad económica de vehicular los recursos hacia su mejor uso.

7.2. Una genealogía de lo común

El trabajo de Alvaro Ramis (RAMIS, 2017) ofrece una detallada genealogía de los bienes comunes y de su desarrollo en las etapas más significativas de la historia de las ideas, desde las sociedades arcaicas hasta su inserción en la modernidad capitalista. Interesa destacar dos hitos de esa historia, por lo que tienen de fundante para los paradigmas jurídicos sobre la propiedad privada y los bienes comunes.

En primer lugar, el derecho romano, con su larga historia y vasta influencia en los sistemas jurídicos, ofrece una historia de descomunitarización y de transformación de lo que era común en propiedad privada. El antiguo derecho romano está gobernado por un sistema de propiedad comunal de las *gens* sobre los predios agrícolas, que va evolucionando hacia el reconocimiento del dominio privado, en especial en la formación de las urbes romanas. Es curioso notar cómo la aparición de la noción de propiedad en el derecho romano se produce a partir del siglo II d.c. como una especificación del *mancipium*, es decir la potestad de alguien sobre otras personas. La propiedad (*dominium*), se comienza a reconocer como parte de un proceso de reivindicación, que se legitima mediante un procedimiento civil y que tiene por base la posesión material de bienes. A diferencia de la tradición liberal, que va a considerar a la propiedad como un derecho natural, Roma mantiene una relación con la tierra que se parece más a un derecho de uso público. La expresión *propietas* es característica del derecho romano postclásico, y es la que va a transitar hacia las lenguas romances para afianzarse en la cultura jurídica como una oposición al usufructuario. Junto con ello, se producen otros derechos que se llamarían reales o *in rem*, que van a limitar el derecho de propiedad. Con esto, a mediados del primer milenio, el derecho romano ofrece los fundamentos de lo que habrían de ser las formas de apropiación y uso de los bienes del derecho continental europeo (RAMIS, 2017, págs. 86 - 89).

Como se ve, el derecho romano, como expresión de su cultura pero también de una cierta evolución en su matriz económica, evidencia una transición desde los pastos y las tierras de cultivo comunes hacia la propiedad privada urbana. Esta trayectoria, no obstante, no impide una cierta persistencia de bienes comunes en determinados ámbitos. Si bien la categoría se confunde con los bienes públicos, existe un ámbito de bienes universales que están fuera del comercio, y también una categoría de bienes comunes que son comerciables: estos últimos son susceptibles de actos jurídicos y objeto de un sistema de administración.

El segundo modelo de propiedad común que interesa a este estudio, es el que ofrece el medioevo germánico. La propiedad, en tanto paradigma heredado con mucho matices del antiguo dominio romano, se adapta a las formas políticas del medioevo europeo y las conformaciones urbanas a que estas dan lugar. Se habla, de esta forma, de una propiedad vinculada a las comunidades – aldeas. La propiedad común es ejercida a través de asociaciones de propietarios y se participa de ella sin mediación estatal ni más requisito que la pertenencia territorial. Es preciso notar, sin embargo, que la propiedad comunal germánica no sólo ofrece un contraste con la propiedad comunal romana (más similar a un sistema colectivo de gestión de derechos privados), sino que además evidencia una variedad de arreglos de participación de los sujetos en un bien en distintos grados. Un

colectivo detenta la nuda propiedad de la tierra, pero cede el uso de esta a quienes lo componen: estos, a su vez, perciben las utilidades mediante un usufructo y de acuerdo a un principio distributivo de acuerdo a las necesidades (RAMIS, 2017, págs. 94 - 96).

Ramis advierte en esto un desplazamiento conceptual y un permanente desencuentro entre las nociones de propiedad común del derecho romano y del medieval – germánico, que ha devenido en que el derecho anglosajón admita la categoría de bienes comunes (junto a la de privados y públicos) mientras que el continental sólo admita la forma binaria público – privado (RAMIS, 2017, pág. 96). Una de las consecuencias de esto es que la forma comunal ha pervivido y se ha desarrollado como una práctica extralegal, con distintos grados de reconocimiento que pueden variar en los sistemas legales, pero que nunca terminan de entrar en forma clara y específica en los estatutos legales de la modernidad jurídico – política. La forma común, como se dirá, queda relegada como una especie de antigüedad, a la que se le puede dispensar cierta atención en algunos casos, pero que siempre es una excepción al paradigma propietario binario.

La transición hacia la baja edad media va a conocer una serie de derivaciones de la propiedad, como una sofisticación doctrinal y jurisprudencial del derecho romano y va a consolidar un régimen de usufructo campesino respecto de las tierras feudales a cambio de trabajo. Esto, que puede verse como un antecedente de la relación salarial que será característica en el capitalismo, se inserta en una conformación social específica del feudalismo en torno a estamentos, en permanente tensión y conflicto a propósito de los excedentes de la producción agrícola y ganadera. Uno de los instrumentos jurídicos de referencia del medioevo, por la influencia que posteriormente tuvo en los procesos de codificación civil en las posesiones españolas, son las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio (siglo XIII). Como instrumento de derecho medieval, es característico su reconocimiento como bienes comunes universales a los elementos naturales más básicos (el agua, el aire y la ribera marítima) pero también a obras humanas como los caminos y los puertos (RAMIS, 2017, págs. 101 - 103). Paralelamente, y en la misma época, el mundo anglosajón iba a conocer la llamada Carta de los Bosques. Sólo dos años después de que Juan de Platagenet, conocido como Juan Sin Tierra, otorgara a los barones normandos la célebre Carta Magna (1215), como una primigenia forma de constitucionalismo, la Carta de los Bosques aparece como un instrumento de resguardo de los derechos comunes que los hombres libres tenían para acceder a los bosques, y que habían sido coartados por la invasión normanda a la isla¹⁵⁵.

¹⁵⁵ La historia de Robin Hood, el noble autoproscribido, de buen corazón, en rebeldía contra el poder feudal, gira precisamente en torno a esta temática. Robin (quién quiera que haya sido en la realidad) es un hombre libre que se marcha con un puñado de bandidos a los bosques de Sherwood, como una forma de resistir el poder de los nobles normandos e impartir la justicia redistributiva que estos le negaban a los siervos.

7.3. El modo de producción y el capitalismo cognitivo

Como ya se ha venido relevando en las páginas anteriores, no es posible separar la forma propietaria de los medios de producción de bienes que puedan ser objeto de propiedad. Los sistemas propietarios se ocupan de asignar a individuos o a colectivos, la autoridad jurídicamente validada y oponible a otros, de seleccionar autónomamente usos posibles para bienes determinados, de manera de servirse de sus potencialidades, la mayoría de estas económicas. Pero, antes que dicha asignación tenga lugar es preciso que esos bienes sean producidos en una economía. Antes de plantear una reformulación de las ideas sobre la propiedad privada y de la forma en que esta puede ser impugnada por un paradigma distinto, es necesario replantear la forma en que el estado actual de evolución del capitalismo desarrolla la tarea productiva y qué medios inciden en esta. El foco estará, como se ha dicho ya, en aquellos bienes intangibles que provienen del conocimiento humano y que se materializan a través de un soporte concreto que provee el desarrollo tecnológico.

Por lo pronto, ya se ha visto cómo las innovaciones tecnológicas han llevado a la estructura misma del capitalismo a una crisis (terminal o no) que ya había predicho Schumpeter en las primeras décadas del siglo XX. Pero el impacto de la tecnología en el abaratamiento, cercano a cero, de muchos bienes, no sólo determina nuevas formas de transacción en red de los bienes. La digitalización de las economías del conocimiento pone en jaque, sobre todo, la forma de producción de esos bienes, que es previa a su transacción. El resultado es que cierta parte de la economía ha logrado superar la lógica vertical de la producción industrial clásica, determinada por la propiedad privada de los medios de producción, de un modo en que esos medios se socializan y se ponen a disposición de una mayoría creciente de individuos. Curiosamente, esa socialización no se produce a partir de una revolución política y de la toma de control de las industrias por parte de un proletariado que derrota a la clase propietaria. Es más bien la facilidad de acceso a esos medios de producción en el mercado lo que va permitir, sin disparos, la subversión del modo de producción capitalista. La clave radica, como destaca Olivier Blondeau, en la puesta en funcionamiento de medios de producción no materiales que viene a invertir la lógica tradicional de la relación salarial de forma que el trabajador asalariado viene a erigirse en un codetentador de esas herramientas productivas (BLONDEAU, 2004, p. 35).

En su trabajo de 2006 titulado *La Riqueza de las Redes*¹⁵⁶, Yochai Benkler se ocupa del problema de lo que denomina la producción social en la economía global (BENKLER, 2015, pp. 37 - 38). En ese sentido, es posible caracterizar el mundo de la producción informativa global en base a los contrapuntos que esta evidencia con la producción industrial fordista clásica del siglo XX. El primer rasgo dice relación con la importancia de las estrategias no privatistas (léase; no exclusivas ni excluyentes) que son

¹⁵⁶ Editado en castellano por Icaria en 2015.

características de los bienes informacionales y que son mucho más importantes en estos que en la producción de bienes industriales físicos, como el acero o los automóviles. El carácter de bien público de los bienes informacionales y del conocimiento cobra mucho más relevancia, como se vió en el capítulo segundo, pues el conocimiento que está a su base fluye libremente y se acumula para generar más conocimiento.

De esto deriva un segundo rasgo de la economía global, esto es la mayor importancia que un sistema de producción le asigna a la producción no mercantil, es decir no orientada a su transacción en el mercado. Para Benkler, un sistema de producción de información, sea conscientemente cooperativo o no, necesariamente produce un resultado no mercantil a partir de las acciones individuales. El flujo de información libre es una consecuencia de la dispersión que cada transacción produce desde el mercado al no mercado. De este modo las acciones individuales no coordinadas van a producir un resultado coordinado, pero fuera de los mecanismos de mercado. Piénsese, por ejemplo, en la acción individual no mercantil que cada conductor efectúa al marcar una georeferencia en una aplicación basada en un Sistema de Posicionamiento Global (GPS, por sus siglas en inglés) como *Waze* o *Googlemaps*, y a partir de la cual se va a generar un cúmulo de información sobre el estado del tráfico o la cantidad de heladerías disponibles en un espacio geográfico¹⁵⁷. Para Benkler, el cambio más radical que puede observarse se sustenta en el surgimiento de iniciativas cooperativas no mercantiles de gran escala, que sólo son posibles a partir de la tecnología. Dos ejemplos claros de esto son el auge de la *Wikipedia* y del movimiento del *software* libre, que se basan en la producción entre iguales de información, conocimiento y bienes culturales. Pero sin duda existen y existirán muchos más. El resultado para Benkler

“(…) es un floreciente sector no mercantil de producción de información, conocimiento y cultura, basado en el entorno en red y aplicado a cualquier cosa que la multitud de individuos conectados a él pueda imaginar. A su vez, su producción no es tratada como propiedad exclusiva. En lugar de ello, está sujeta a una ética cada vez más robusta de compartición abierta a que todos los demás se basen en ella, la extiendan y efectúen su propia producción.” (BENKLER, 2015, p. 40).

Como se advierte, Benkler centra su estudio específicamente en el campo de la producción social, que se vuelve horizontal en vez de jerárquica y cooperativa en vez de mercantil, aunque estos dos últimos rasgos no sean del todo incompatibles en el mundo de la información mediada por la tecnología. El punto clave, para el autor, está en el acceso a medios de producción, que no se veía (y no se ve aún) en el mundo de la producción industrial. Estos medios de producción ya no son sólo una cierta infraestructura material, sino que el medio de producción en sí mismo es inmaterial, como es el caso de un lenguaje que permite escribir un *software* para programar una máquina para tal o cual acción.

¹⁵⁷ Otra cosa distinta es, por cierto, cómo se resuelve la propiedad de ese cúmulo de información que se genera a través de una plataforma tecnológica de uso colaborativo.

En el mundo industrial, las restricciones de acceso al capital hacían simplemente imposible que cualquier individuo se transformara en productor capitalista, superando su rol de obrero¹⁵⁸. Los bienes informacionales, en cambio, se producen a bajo costo precisamente porque los medios de producción se adquieren a bajo costo, bastando a menudo una computadora y una conexión a *internet*; así se han producido esta tesis doctoral y el código del *software* que gobierna el sistema de procesador de texto en que se ha escrito. De la misma forma se produjeron Facebook y Google, dos de las compañías más valoradas en bolsa del mundo. Al cabo, lo que es posible observar, es una acentuada descentralización del capital productivo a partir de *internet* y en tanto medio de comunicación que vehicula información y conocimiento. Benkler afirma que

“Esta transformación básica en las condiciones materiales de la producción y distribución de información y cultura produce efectos sustanciales en el modo en que llegamos a conocer el mundo que habitamos y las alternativas de acción que se nos abren como individuos y como actores sociales.” (BENKLER, 2015, p. 66).

La constatación del cambio en las condiciones de acceso a los medios de producción de bienes informacionales obliga a un enfoque del funcionamiento de la producción en esos mercados desde la lógica vertical hacia la red. Con ello se abre el camino para subvertir la concentración económica en mercados específicos y, por otro lado, la lógica meramente mercantil del proceso productivo de bienes que se basan en el conocimiento. Así, las decisiones de qué y cuánto producir quedan radicadas en una serie de actores organizados en red, no necesariamente mercantiles y, por cierto, no centralmente coordinados en sus decisiones. Esto, evidentemente, modifica la forma de producción y altera sustancialmente el volumen de información disponible. Pero, bajo el mismo paradigma, facilita el surgimiento de nuevas prácticas sociales y productivas de información, que diversifican sus objetivos. Como se ejemplificaba antes, la producción de conocimiento y de información pueden tener fines perfectamente mercantiles, y de hecho los tienen en el caso de corporaciones productoras de información. De la misma forma, el mundo del *retail* asigna una creciente importancia a la información sobre las preferencias y un sin fin de datos de sus clientes actuales y potenciales, de modo que las estrategias de cada mercado se estilizan informáticamente para llegar a nichos de creciente especificación a través de medios digitales. Los motores de búsqueda y recomendaciones que funcionan a

¹⁵⁸ No debe perderse de vista que el trabajo de producción informacional no sólo se radica en individuos que, por sí mismos, deciden aportar a estructuras cooperativas no mercantiles, sino que gran parte de la información se produce por sujetos que trabajan a la no tan antigua usanza industrial, para grandes corporaciones productoras de información o que bien usan mercantilmente la información producida no mercantilmente por otros. Esto debe relacionarse con las nuevas estructuras de trabajo en las modernas corporaciones productivas que flexibilizan y desrutinizan ciertos sectores de la producción industrial. Lo de “ciertos sectores” debe tomarse con mucha seriedad: Richard Sennett refiere que, si bien ciertos sectores flexibilizan la fuerza de trabajo, alrededor de dos tercios de los empleos modernos son rutinarios/no flexibles y siguen inscritos en el círculo del fordismo (SENNETT, 2000, p. 45).

la base de *retailers on line* como Amazon o eBay, están contruidos en base a cúmulos de información y complejos sistemas de análisis, que cruzan en segundos una enorme cantidad de información. Esto permite decirle a un consumidor despistado que, si le gustó *Behaviour*, de Pet Shop Boys, también podría gustarle el vinilo de *Chromatica*, de Lady Gaga. Con similar complejidad, Uber es capaz de calcular el precio de un viaje en base a una relación entre la cantidad de demandantes (viajeros) y oferentes de transporte (conductores). El cálculo se obtiene a partir de la información georeferenciada que el sistema recoge masivamente de sus usuarios y conductores y de una veloz maquinaria de procesamiento de esa información. El resultado es un mercado en que, al menos en apariencia, oferentes y demandantes se encuentran perfecta y directamente mediados y coordinados por una invisible plataforma digital que funciona con la información que los usuarios proveen.

Pero paralelamente y usando los mismos canales y mecanismos, Benkler destaca el surgimiento de una producción de conocimiento que es radicalmente diferente, que está guiada por propósitos no mercantiles y que no responde por cierto a la lógica de la PI, ni obedece a su marco regulatorio. Es aquí donde la crisis de las instituciones jurídicas más significativas del capitalismo vienen a hacer crisis. Dice Benkler que

“La conclusión del análisis económico predominante sobre la producción de información en la actualidad es que la intuición ampliamente compartida de que los mercados son más o menos la mejor manera de producir bienes, de que los derechos de propiedad y los contratos son modos eficientes de organizar las decisiones sobre la producción, y de que las subvenciones distorsionan dichas decisiones sólo puede aplicarse a la información de forma muy ambigua.” (BENKLER, 2015, p. 77)

Esto viene a impugnar varias de las ideas que han marcado la justificación de la propiedad privada desde los inicios del capitalismo, en especial la de que la propiedad incentiva el crecimiento y el desarrollo económico. Sin perjuicio de que los medios materiales de producción experimentan una transversalización en el campo de la propiedad de bienes del conocimiento, no queda aún tan claro cómo eso impacta en las estructuras de clase que generó en su momento el capitalismo en su fase industrial. O dicho de otro modo, puede que muchos se hayan transformado en productores a base de capital de producción

barato, pero no queda claro que eso subvierta la división del trabajo y las conformaciones de clase que esta genera¹⁵⁹.

Benkler presenta una relación en que estos medios de producción van a posibilitar un sistema de “producción entre iguales basada en el procomún” (BENKLER, 2015, p. 98). En este esquema, el procomún, como concepto, se contraponen para Benkler a la propiedad, en tanto no asigna en una persona concreta la capacidad de control y uso de los recursos, de forma sistemáticamente asimétrica, como sí lo hace la propiedad. El procomún se caracteriza por que “(..) nadie posee el control exclusivo del uso y disposición de cualesquiera de sus recursos particulares.” (BENKLER, 2015, p. 98). Pareciera que, por sí mismo, el procomún anulara la noción propietaria. Esta idea posee, por cierto, algunos fallos. El hecho de que el control de los usos y la disponibilidad de los bienes esté radicado en más de una persona, no implica que esos usos dejen de constituir propiedad. Como se verá, lo común, o la propiedad común obedece a una categoría específica que no renuncia a todos los atributos de la propiedad privada, sino más bien los asigna a entes colectivos que, de forma más o menos normada, gobiernan esos bienes. Si bien el procomún de Benkler busca trascender la exclusión asimétrica de la propiedad en su sentido clásico, no debe obviarse que esos usos sí son excluyentes y exclusivos respecto de otros grupos de la sociedad¹⁶⁰.

Sí resulta destacable, en cualquier caso, la idea de *producción entre iguales*; Benkler la asimila a una descentralización de las decisiones de uso sobre los bienes, que no se encuentran sometidas a ninguna jerarquía y dependen de acciones individuales autodeterminadas de los sujetos productores. No debe perderse de vista que, en un sistema capitalista, el mercado es el modelo de descentralización más perfecto, pues las acciones individuales autónomas son coordinadas por el sistema de precios para conducir al resultado más eficiente de asignación de los recursos. El procomún es una modalidad de coordinación eficiente de las acciones individuales, pero que no depende del sistema de precios y de la función coordinadora que este cumple. De ahí la novedad, y quizás la radicalidad, de que un sistema de producción como el procomún se instale como un

¹⁵⁹ Vercellone y Giuliani (2019a, p. 25) hacen hincapié en la nueva división del trabajo que se puede verificar en el mundo de la producción cognitiva. Esta división ya no se estructura a partir de la reproducción de tareas rutinarias en una lógica técnica, sino que descansa en la acumulación de conocimiento que asegura la maximización de las capacidades de aprendizaje e innovación. Ya no basta, en suma, desarrollar una tarea rutinaria y específica en una cadena de producción fordista, como por ejemplo ajustar una tuerca; es preciso generar valor en un permanente proceso de aprendizaje que innove en la mejor forma de ajustar dicha tuerca o, mejor aún, que visualice un invento colectivamente producido, que elimine definitivamente la necesidad de esa tuerca, haciendo más económica y sustentable la producción de cosas que llevan tuercas.

¹⁶⁰ La clave estaría, en realidad, en una mirada de las libertades negativas que ofrece el procomún. Si la propiedad impone un conjunto de restricciones que otros deben observar respecto de una cosa, el procomún impone un conjunto distinto de restricciones y sobre un grupo específico de personas. El procomún, para Benkler, se caracteriza porque nadie por sí mismo está autorizado legalmente a influir en los demás (BENKLER, 2015, p. 187).

modelo de eficiencia sin recurrir a los precios. Y de ahí que lo común represente una genuina alternativa al sistema de asignación de bienes a través del mercado.

Varios casos de estudio ejemplifican las posibilidades colaborativas y la eficiencia de la producción entre iguales. Las redes P2P¹⁶¹ (BENKLER, 2015, p. 125); el caso del *software* libre¹⁶² (BENKLER, 2015, pp. 101 - 106) (BLONDEAU, 2004, pp. 38 - 40); el proyecto de la NASA, *clickworkers*¹⁶³ (BENKLER, 2015, p. 107); y, por supuesto, la

¹⁶¹ Las redes P2P permiten conectar una terminal a otra, de modo que un usuario accede a los datos disponibles en carpetas asignadas para compartir en un disco duro remoto y viceversa, formando una enorme *granja* de servidores. La inversión financiera que requieren es baja y la organización es perfectamente horizontal y no jerárquica, y hace plenamente eficaz la colaboración entre los participantes.

¹⁶² Básicamente se trata de programas computacionales de código abierto en que una comunidad de programadores crea o interviene los productos de otros, compartiendo las innovaciones y mejoras que se hacen sin pedir permisos a los demás, de modo de ir ajustando los errores y adaptándolo a nuevas necesidades. Para ello se usa un sistema de licencias públicas denominado Licencia Pública General (GLP por sus siglas en inglés), que obliga a quienes modifiquen un programa y distribuyan el producto a hacerlo en las mismas condiciones abiertas en que el programa fue creado. El *software* libre es el epítome de la batalla contra los monopolios de los programas computacionales, representados por la compañía norteamericana Microsoft. Para Blondeau, Microsoft se comporta como un fabricante de automóviles que impide al usuario abrir el capó del vehículo para tener acceso al motor; el resultado es un producto gobernado por una corporación, que no es susceptible de ninguna adaptación a otros usos, y que limita seriamente las posibilidades de mejora del producto. El *software* libre viene a subvertir estas relaciones de propiedad pues transforma al consumidor en un coactor del proceso tecnológico, produciéndose un reequilibrio de las relaciones propietarias características del capitalismo (BLONDEAU, 2004, pp. 41 - 42). Asimismo, y como destacaba en nota de prensa el presidente de Red Hat Latinoamérica, Germán Soracco, el código abierto u *open source* viene desde hace años implantándose en el mundo de las soluciones informáticas en base a un modelo colaborativo. Si en sus inicios se miraba con desconfianza, en la actualidad "El modelo *open source* pasó a ser no sólo un modo de crear tecnología, sino también una forma abierta de trabajo, que prioriza el *open management*, la transparencia, la meritocracia, la inclusión y una visión más colaborativa del mundo. Esto nos ha conducido naturalmente hacia un cambio de paradigma, y en lo personal estoy seguro de que el panorama global no sería el mismo sin la relevancia que pudo adquirir el mundo del *open source*". Véase la nota en <https://www.emol.com/noticias/Tendencias/2021/02/25/1013167/Red-Hat-Codigo-abierto-industria.html> (visitado el 25. De febrero de 2021)

¹⁶³ *Clickworkers*, hoy transformado en una plataforma comercial, fue un proyecto de la *National Aeronautics and Space Administration* (NASA), que buscaba reclutar voluntarios para realizar análisis científicos rutinarios que cualquiera pudiera hacer en tiempos libres, como por ejemplo marcar cráteres en un mapa de Marte. De este modo, tareas que requerían una gran cantidad de personal, fueron modularizadas en más de 85.000.- usuarios.

Wikipedia¹⁶⁴ (BENKLER, 2015, pp. 108 - 112). En todos ellos es posible verificar un mecanismo de construcción colectiva y libre del conocimiento, en principio no propietaria, aunque algunos ellos hayan evolucionado hacia modalidades de pago. Napster, que fuera el ícono de las redes P2P, es hoy un sitio de pago, similar a Spotify, Tidal o Apple Music. Clickworkers se transformó con los años en una plataforma de prestación de servicios de procesamiento de datos a compañías, que cuenta con dos millones de trabajadores. Es en suma, una especie de Uber del procesamiento de datos, quedando por cierto dudas de si los millones de *clickeros* (al igual que los millones de conductores de Uber), tengan la calidad de trabajadores.

Es posible que, desde que Benkler publicó su trabajo, en 2006, muchas de las plataformas que se podían considerar ejemplos de conocimiento e información de producción no mercantil y no jerárquica, hayan evolucionado (o involucionado, según se mire) hacia el mercado. Conjuntamente con ello, se ha visto el surgimiento de una nueva forma de proletariado flexible y dotado de ciertas competencias tecnológicas, dedicado a producir corporativamente información y conocimiento. Esto difiere, sin duda, del clásico trabajador industrial; es una especie de trabajador mucho más precarizado, mucho más alejado de las instituciones y dispositivos clásicos de seguridad social y organización obrera, y casi completamente desprotegido frente al capital debido, entre otras cosas, a la casi nula existencia de vínculos laborales formales y acción colectiva sindical organizada. Pero también es cierto que muchas iniciativas cooperativistas han sobrevivido como tales, como es el caso de Wikipedia, y muchas más han surgido. Las condiciones tecnológicas permiten que la producción entre pares sea mucho más que una moda pasajera, aunque su dependencia de las decisiones institucionales y políticas que se tomen en el nivel local y global no deben desestimarse. Afirma Benkler que

“Con tal de que la capitalización y la propiedad del capital físico en que se basa esta economía permanezca ampliamente distribuida, y con tal de que las políticas reguladoras no hagan artificialmente caros los insumos de información, los individuos podremos desplegar nuestra creatividad, sabiduría, capacidad conversacional, así como nuestras conexiones informáticas, para crear una porción sustancial del entorno informativo que habitamos, y ello tanto de modo independiente como en cooperación interdependiente y difusa con otros.” (BENKLER, 2015, p. 147).

¹⁶⁴ No hay mucho que decir sobre Wikipedia que no haya sido dicho ya; es tan conocida, universal y necesaria como The Beatles o la Coca-cola. Se trata de un sitio *web* (hay versión para teléfonos móviles), creado en 2001, por Jimmy Wales y Larry Sanger, que cuenta hoy con 50 millones de entradas, en 300.- idiomas y 1.600.- millones de visitas mensuales en 2020. Wikipedia viene a ser la suma, quizás definitiva, de todas las enciclopedias de la historia y que evidentemente ha desplazado a la célebre *Encyclopedia Britannica* y cualquier otro sueño que haya proyectado Diderot, produciendo una liberación absoluta de la información que permite construir conocimiento.

Esto evidencia, de alguna manera, los límites institucionales a que está sujeta la forma de producción procomún en el entorno digital y su fragilidad ante un poderoso *mainstream* propietario que busca constituir o reforzar cercamientos digitales. Como ya se ha visto en el capítulo segundo, las instituciones propias de capitalismo, y dentro de estas la de la PI, han ofrecido una resistencia tenaz a las formas colaborativas y a las plataformas de transacciones no mercantiles que la tecnología ha puesto en marcha. La estrategia ha consistido en una extensión normativa del ámbito de lo apropiable y de los instrumentos, lo que desde el punto de vista económico implica generar escasez artificialmente. De manera que aquello sigue siendo un campo de batalla político y económico, habida cuenta de las enormes cifras de dinero que yacen tras la defensa de un paradigma privatista.

El aspecto político es clave en la crítica que se puede formular a la aproximación de Benkler al rol de la tecnología en los nuevos modos de producción y de estos en el ideario liberal. Como se viene insinuando ya, Benkler es un jurista liberal, que ve en el auge del procomún y de la producción horizontal y colaborativa entre pares, la posibilidad de realizar los valores de las sociedades liberales. Esta forma de producción, para el autor, es capaz de abrir el campo de la libertad individual, la participación política, la justicia social y la cultura crítica. La producción en redes potencia la autonomía privada, porque permite al individuo hacer cosas por y para sí mismo, y de participar activamente tanto en comunidades difusas de modelos organizativos no mercantiles, como en organizaciones formales de carácter mercantil. Esta forma de comprender la autonomía humana trasciende un mero concepto filosófico y la plantea como una experiencia práctica en que las personas son menos dependientes de las jerarquías que genera la propiedad (BENKLER, 2015, pp. 41 - 43).

Consecuentemente, Benkler pone el acento más en el individuo y las acciones que este despliega para independizarse del mercado y sus jerarquías productivas, propias de la sociedad industrial. Puede decirse que, para el autor, el centro de la nueva forma de producir radica en los nodos que constituye cada individuo independiente que se apropia de la infraestructura productiva que le provee la tecnología y colabora, desde esa posición, con otros iguales. En este orden, el individuo aparece como central, y antes que las comunidades o el Estado mismo. Desde este punto de vista, Benkler se sitúa más bien en el punto de vista del individuo y su rol en los medios de producción no mercantiles. Este punto de vista puede ser confrontado, por ejemplo, con las ideas más críticas como las que plantea Andrea Fumagalli. Apunta este último que

“(…) la naturaleza social y personal del conocimiento lleva a considerar cualquier intento de apropiación privada como un acto antiliberal. En consecuencia, el ejercicio de la propiedad privada ya no puede ser considerado como sinónimo de libertad individual.” (FUMAGALLI, 2010, p. 114).

Esto lleva a poner un foco en qué significado puede tener, entonces, la institución de la propiedad privada en el esquema de producción horizontal entre (y para) pares. La propiedad privada es un producto del liberalismo clásico y su filosofía política la propone como una catalizador de las libertades antes que una restricción de estas. Pero, sobre todo,

la propiedad es un aparato jurídico que responde a una necesidad de acumulación específica a un modo de producción, que con el tiempo llegaría a consolidarse en el esquema fabril – industrial. Como afirma Benkler, la propiedad es, sin embargo, “(...) la primera estructura legal cuyo papel queda alterado por el surgimiento de la economía de la información en red (...)” (BENKLER, 2015, p. 184). Esto es especialmente cierto en el campo de la PI, en donde los mecanismos de exclusión son casi imposibles de aplicar con efectividad y donde, además, su rol como promotor de la creación, la invención y el desarrollo, queda en entredicho. Pareciera, en ese sentido, que la misión liberadora de la producción en red y el potenciamiento de las libertades individuales que se logra con el derrumbe de la jerarquías productivas del antiguo industrialismo, viene a suprimir una institución propiamente liberal como la propiedad.

Esto pone en cuestión que la propiedad privada haya sido, desde su instalación como paradigma jurídico – político, algo más que una mera justificación para el alcance de los objetivos de acumulación capitalista, y que en verdad haya tenido algo que ver con la consolidación de la libertad humana. Si la autonomía creativa se potencia a través de infraestructura productiva de bajo costo,¹⁶⁵ Benkler ve en esto una nueva dimensión de la libertad individual práctica, hecha realidad en y por el entorno digital, que supera una concepción meramente formal de la autonomía (BENKLER, 2015, pp. 181 - 182).

7.4. El capitalismo cognitivo y el cognitariado

En su trabajo de 2001 *An Introduction to Varieties of Capitalism*, Peter Hall y David Soskice apuntan que en la década de los ochenta y noventa del siglo XX emergió una nueva aproximación al estudio comparativo de las formas de capitalismo, que ponía el foco en los sistemas sociales de producción. Bajo esta etiqueta se situaron los análisis sobre la gobernanza sectorial, los sistemas nacionales de innovación y la producción flexible que tenían lugar en contextos de cambio tecnológico, acentuando el rol de las

¹⁶⁵ La *web* “Cine Oculito” informa sobre nueve extraordinarias películas que se rodaron con uno o más iPhones. La lista incluye un thriller de Steven Soderbergh, de 2018, titulado “Unsane”; una mirada de los *tráiler*, en una pantalla de 13,3”, no muestra ninguna diferencia perceptible con producciones en digital o en película de 35 mm que se pueden ver en salas de cine o en pantallas de TV inteligentes. Véase en <https://cineoculito.com/2018/03/9-peliculas-filmadas-iphones/> (visitado el 11 de febrero de 2021). Lo que resulta radicalmente innovador en esto no está tanto en la tecnología usada; las cámaras de video domésticas existen masivamente más o menos desde la década del ochenta, y cualquiera podría haber hecho algo similar con alguno de los aparatos que Sony o JVC pusieron en el mercado hace ya más de treinta años. La verdadera revolución radica en la capacidad de distribuir esas creaciones en la *web* con prescindencia de una enorme cantidad de intermediarios que, a cuenta de derechos, obtienen utilidades del negocio a cambio de llevar un *film* a salas de cine. La logística y los costos de trasladar copias en cinta y de exhibirlas en salas con aforo limitado y con costos asociados al arriendo o propiedad de inmuebles (los cines se ubican en lugares donde el metro cuadrado comercial es caro) se evaporaron completamente con la irrupción de las plataformas de *streaming*. Asimismo, las restricciones impuestas por los confinamientos en 2020, para el control de la pandemia de COVID19, evidenciaron la posibilidad de emitir estrenos de pago a través de nuevos canales de *streaming*, con un potencial de público mucho mayor.

empresas y los lazos de estas con los sistemas de apoyos institucionales externos (HALL & SOSKICE, 2001, pp. 3 - 4). Esto muestra la necesidad de acercar el análisis a las formas de producción del capital y a la incidencia de estas en los procesos de acumulación. Desde este punto de vista, es posible avistar nuevas formas productivas que tienen como base el intelecto humano, que se vehículan hacia transacciones mercantiles y no mercantiles a través de tecnologías de la información. Sin perjuicio de que el enfoque de Hall y Soskice es fundamentalmente institucional y procura describir los contextos normativos en que los actores desarrollan la producción, aquí se pondrá énfasis más bien en los sujetos productores en una nueva forma de capitalismo llamado capitalismo cognitivo.

¿Qué puede entenderse por capitalismo cognitivo? Es claro que la forma capitalista es comprensiva de todo un modo de organizar la sociedad en torno al conocimiento. Desde ese punto de vista Sebastian Haunss define la sociedad del conocimiento como "(...) aquellas estructuras sociales a gran escala en las que las dinámicas sociales centrales dependen de la producción, apropiación, propietarización y distribución de conocimiento." (HAUNSS, 2013, pp. 54 - 55). Pero, si bien es toda una sociedad la que articula sus esfuerzos organizativos en torno al conocimiento¹⁶⁶, lo cierto es que el término capitalismo cognitivo es más específico a las relaciones de producción que se desarrollan en ese marco.

Visto el énfasis en la fase de producción que se ha hecho anteriormente, el capitalismo cognitivo constituye una transformación en la naturaleza del valor y en la forma y modalidades de extracción de este: esta transformación se sitúa por encima de una determinada estrategia de crecimiento basada en algún paradigma técnico, y representa una mutación al interior del mismo capitalismo, tan trascendental que llega a producir una metamorfosis en el sistema salarial (BOUTANG, 2004, p. 108). Vercellone y Giuliani lo abordan como una ruptura en las tendencias anteriores del régimen de acumulación, que caracterizaron la producción y regulación de la economía del conocimiento, y que se opone a los pilares del capitalismo industrial en cuatro sentidos bien precisos. Por una parte, el conocimiento se transforma en la principal fuente de valor; asimismo las variedades de conocimiento que se incorporan en el trabajo toman un rol preponderante respecto del conocimiento incorporado en el capital¹⁶⁷. En tercer lugar la innovación se convierte en una actividad permanente y se acompaña de un proceso de división del

¹⁶⁶ Por ejemplo, una sociedad del conocimiento organiza su sistema educativo, en todo su itinerario curricular y su arquitectura institucional, en torno a objetivos específicos para lograr que, a un plazo dado, la estructura productiva se base en una mayor medida en conocimiento. Desde este punto de vista, como apunta Haunss, sociedad del conocimiento es una metáfora que procura captar un aspecto específico de cambio social (HAUNSS, 2013, p. 55).

¹⁶⁷ Dicho de otro modo, es mucho más importante el conocimiento que los trabajadores aplican en la producción, en el uso, por ejemplo, de una máquina, que el conocimiento que lleva incorporada esa máquina en sí.

trabajo a nivel internacional y fundada en el conocimiento¹⁶⁸. Finalmente, un rasgo distintivo del capitalismo cognitivo, en tanto modelo de acumulación capitalista, es la creciente interrelación entre la investigación básica y la aplicada, cosa que puede verificarse con total nitidez en el mundo de la producción de *software* y la biotecnología, con fuerte dependencia en los estatutos de PI (VERCELLONE & GIULIANI, 2019a, pp. 29 -30).

Este potencial transformador radica en buena medida en la disponibilidad no escasa de bienes y en la contradicción fundamental que esto ofrece en contraste con las demás formas capitalistas, al poner en tela de juicio los derechos de propiedad, tal cómo fueron diseñados en el comienzo del capitalismo. La persistencia de esos derechos plantea que esta forma capitalista se encuentra aún en un estado de acumulación primitiva, que limita el potencial desarrollo de fuerzas productivas que son capaces de multiplicar externalidades positivas antes que exportar las negativas (BOUTANG, 2004, p. 111). Es muy nítido, en ese sentido, cómo los derechos de PI y su persistente proceso de expansión, constriñen esos desarrollos de una manera evidentemente fallida, toda vez que no logran impedir que esa apropiación tenga en efecto lugar.

El capitalismo cognitivo no parece ser, desde este punto de vista, mucho más que una variante de acumulación basada en el conocimiento, en tanto recurso usable y acumulable, producido y reproducido gracias a la tecnología. Pero entraña, como pone en evidencia Andrea Fumagalli (2010), complejos procesos de mutación del capitalismo fordista industrial hacia un nuevo paradigma acumulador, intensificado y retroalimentado por el rol del capitalismo financiero. El centro está, como se ha venido señalando, en la nueva naturaleza del trabajo en que se fundan los procesos de acumulación de capital y las relaciones de apropiación sobre este a partir de la tecnología (FUMAGALLI, 2010, pp. 91 - 92). El capitalismo cognitivo se sirve de trabajadores cuya acción productiva es mucho más dependiente de un conjunto de saberes que se inscriben en la producción y en que, a la larga el trabajador mismo se confunde con el capital, o pasa a ser en sí mismo capital¹⁶⁹. De ahí que, como apuntan Vercellone y Guliani (2019b, p. 134) el capital intelectual está incorporado en los seres humanos, de modo que la noción de capitalismo intangible o del conocimiento expresa la forma en que el *conocimiento vivo* se incorpora

¹⁶⁸ Ahí están, por ejemplo, las oficina de arquitectura globales que encadenan procesos de creación de estructuras en toda la extensión, y coordinando diferentes oficinas regionales para un proyecto específico.

¹⁶⁹ Fumagalli pone un acento muy marcado en el rol de los mercados financieros que considera el aspecto más moderno e innovador del capitalismo cognitivo. Es en esos mercados donde "(...) se condensan, operan y 'midan' las variables centrales del nuevo modelo de acumulación; lenguaje y *general intellect*, que definen, a su vez, las convenciones sociales de las que derivan las nuevas formas del control político y económico." (FUMAGALLI, 2010, p. 82).

y moviliza en el trabajo y que es distinta de aquella en que el llamado *conocimiento muerto* lo hace¹⁷⁰.

Al poner el acento en las relaciones de producción, es posible comprender el capitalismo cognitivo como una superación del modelo acumulador fordista, basado en la explotación de la fuerza de trabajo, que viene a remecer los fundamentos sociales de la producción. Hasta el momento, como Fumagalli destaca, las transformaciones estructurales de las formas de acumulación del capital no han transformado las relaciones de jerarquía y subalteridad entre capital y trabajo (FUMAGALLI, 2010, p. 83). El capitalismo cognitivo, impulsado por el capital financiero, posee justamente ese potencial transformador, a partir de una fuerza de trabajo propietaria de su saber. Fumagalli distingue en ese sentido dos tendencias. Por una parte, el auge de la financiarización de la economía, que pone a la creación de ganancias en el mercado de las acciones por encima de las ganancias de la economía real¹⁷¹; y por otro la centralidad del conocimiento dentro de la organización de la producción en que el saber deja de ser monopolio de una clase específica (y dominante, por cierto) (FUMAGALLI, 2010, p. 85). La división del trabajo pasa a estar estructurada ya no a partir de la repetición de tareas específicas por un conjunto de obreros que crean valor, sino que este emana de elementos inmateriales y simbólicos. Como es evidente, y así lo pone de relieve Haunss, la forma industrial propia del capitalismo cognitivo es el sector de los servicios, en el que los trabajadores que portan (o son en sí mismos) conocimiento, pasan a tener un papel preponderante en las economías, desplazando al clásico trabajador industrial de la línea de montaje fordista (HAUNSS, 2013, p. 89).

7.5. Intercambio y producción en el capitalismo cognitivo

¿Qué se intercambia exactamente en las relaciones capital - empleo del capitalismo cognitivo? Olivier Blondeau (2004, pp. 32 - 33) identifica un cambio en las consideraciones respecto de los trabajadores intelectuales, también llamado en este esquema *cognitariado*. Estos pasan desde la improductividad a una participación directa en la creación de condiciones de productividad, creando condiciones de plusvalor. Esta

¹⁷⁰ Esto hace que, para los autores, el desarrollo del capital intelectual esté estrechamente ligado a las instituciones y servicios del estado de bienestar, que han permitido el auge de la educación masiva y, por cierto, del *cognitariado* poseedor de conocimiento – capital.

¹⁷¹ La financiarización de la economía implica que las acumulaciones de capital en forma de dinero no se invierten en nuevas máquinas ni en procesos productivos, sino que se dirigen a la compra de acciones de empresas con el objetivo de aumentar los valores de cotización en bolsa de esas compañías. De esta forma, la toma de una posición de propiedad de acciones corporativas es una operación de corto plazo, destinada a vender esas acciones nuevamente en el mercado financiero, sin que nueva riqueza se haya producido en la economía real. De ahí que el valor de una empresa como Apple o Facebook esté determinado por lo que el mercado está dispuesto a pagar, en un momento preciso, por las acciones que otorgan el control sobre esa compañía.

primera aproximación está determinada por la objetivación, en tanto mercancía, de los entes inmateriales. Si bien parece obvio, lo cierto es que el mundo de la producción capitalista ha estado gobernado, hasta no hace mucho, por una concepción material de la producción, la que es además objeto de estatutos legales apropiatorios que giran en torno a esa materialidad. De ahí las dificultades conceptuales que, como se vió en el capítulo segundo, han rodeado permanentemente a la PI y los problemas para fijar sus límites, siempre calibrando su mayor o menor distancia o “parecido de familia” con el paradigma material de la propiedad. Varias de estas dificultades pueden explicarse por la búsqueda de asimilación de la PI con uno o más caracteres de la propiedad material, en circunstancias de que el esquema de esta última se articula en base a un modo de producción material y de acumulación capitalista propio del sistema industrial. Parte de esto se refleja, como apuntan Vercellone y Giuliani, en que los sistemas de patentes de invención exigen justificar las innovaciones en un contexto de producción en que estas se incorporan a un aparato técnico industrial en que se desarrolla la creatividad humana y que se adscribe a un territorio nacional determinado (VERCELLONE & GIULIANI, 2019a, p. 22).

Este proceso de desmaterialización de la producción viene a desmontar no sólo la lógica tradicional de la producción industrial clásica del capitalismo, sino que siembra además cuestionamientos sobre los medios mismos de producción y, por supuesto, su propiedad. Ya se ha visto en Benkler cómo la tecnología viene a desestabilizar el equilibrio de poderes entre patrones y trabajadores, poniendo los medios de producción mismos al alcance de estos últimos. Lo que debe afirmarse, con todo, es la pronunciada y creciente inmaterialidad de estos mismos medios de producción, que trascienden la sólo infraestructura o *hardware*. Las economías del conocimiento del capitalismo cognitivo se basan en medios de producción que son en sí mismos inmateriales, principalmente lenguajes específicos para amalgamar una mercancía que es transable. La expresión concreta de esto será una aplicación para teléfonos móviles que permite ordenar una *pizza*, calcular el nivel de glicemia en la sangre, encender las luces de una casa o comprar pasajes aéreos.

Esta confusión entre fuerza y medios productivos conlleva, para Blondeau, una “(...) desestabilización del conjunto de las relaciones de producción.” (BLONDEAU, 2004, p. 35) que, por supuesto arrastra a la propiedad de esos medios y fuerzas. Si las relaciones industriales clásicas son claras en cuanto al sentido que toma la explotación de unos por otros, la economía del conocimiento subvierte esa relación de apropiación/explotación, reequilibrando esas relaciones justamente a partir de la apropiabilidad del medio de producción. Aparece en el paisaje fabril un nuevo contingente de asalariados que no pueden ser plenamente expoliados (BLONDEAU, 2004, p. 36), pues el deshacimiento que trae consigo la mercantilización no es completo respecto ni del medio ni del producto. La reacción sistémica a esta desintegración de la relación salarial clásica es la intensificación del control sobre esos intangibles del conocimiento humano, que se desarrolla mediante la extensión de la PI, aún a contrapelo de la lógica económica no escasa de esa clase de intangibles. La realidad, los porfiados hechos, indican, como anota Fumagalli, que el conocimiento es un recurso social y no individual, que además se valoriza sólo en la medida de que fluye en un circuito socialmente compartido y no

individualmente apropiable, que difunde y regenera los contenidos (FUMAGALLI, 2010, p. 110). Como se ha visto en el caso del *software* libre, este tiene sentido justamente en la medida de que un determinado colectivo de trabajadores, no coordinados centralmente por un mercado, cumple las funciones productivas¹⁷².

Nada de esto sería posible sin la irrupción de las tecnologías y específicamente de las tecnologías de la información y la comunicación. Estas superan el sistema industrial fordista y resitúan a “(...) la cultura, la comunicación, la producción lingüística, la producción social del saber, como medios de producción y como productos (...)” (CORSANI, 2004, p. 91). Nada más cierto, por ejemplo, para los diseños que Isabel Marant tomó de los pueblos indígenas de México para exportarlos e imprimirlos en ponchos de *prêt-à-porter*, como se relataba al comienzo de este capítulo. Pero, hasta cierto punto, esta irrupción a la que se le han dedicado varias páginas en este estudio, viene a desafiar la idea misma de capital, comunmente reducido a una masa dineraria que circula y se acumula en la economía. El capitalismo del conocimiento evidencia una nueva puesta en valor de la producción como fuente de crecimiento de los países, y del capital humano en esa función de producción, aún cuando la noción misma de capital humano sea difusa¹⁷³.

En este esquema, pareciera que el conocimiento aplicado a los procesos productivos es algo de novísima aparición. Lo cierto, como apunta Enzo Rullani, es que el conocimiento no ha estado ausente en los orígenes y el desarrollo del capitalismo y su historia misma es la de la extensión progresiva de una serie de capacidades a través de la utilización del conocimiento (2004, p. 99)¹⁷⁴. La evolución hacia el capitalismo cognitivo, no obstante, hace mutar rol del conocimiento desde un mero modo de cálculo y control técnico a un

¹⁷² Fumagalli estima que la PI es “(...) la institución de propiedad adecuada a los nuevos mecanismos de acumulación del capitalismo cognitivo” (2010, p. 111). Esto puede ser cierto, toda vez que el estatuto de la PI comprende mejor qué procesos productivos hay detrás de la producción inmaterial basada en el conocimiento o de conocimiento a secas, quiénes son los incumbentes y quiénes los desafiantes en la batalla por su reparto. El paradigma que se busca cuestionar aquí no es tanto el de la PI misma, como forma de reconocimiento jurídico a bienes que no son materiales y que no deberían ser objeto de una dogmática que no comprende bien su naturaleza. Lo que se busca revertir es que esa forma de propiedad deba regirse por el mismo paradigma privado/exclusivo/excluyente que, con bastante lógica, gobierna a la propiedad de los bienes materiales.

¹⁷³ Una noción reducida de capital humano lo considera simplemente, como “(...) el valor actualizado de los recursos futuros en función de una inversión inicial en educación.” (CORSANI, 2004, p. 95).

¹⁷⁴ De hecho, las formas más sofisticadas de capitalismo financiero han puesto en marcha un éxodo de saberes desde las universidades, desde donde podrían haber migrado hacia la economía productiva, hacia los ingenios de Wall Street, que requieren sobre todo de mentes matemáticas capaces de procesar enormes cantidades de información y hacer funcionar los *softwares* para ello. El capital financiero desvía, a cuenta de altos salarios, conocimiento matemático hacia su propio molino.

factor presente tanto en el trabajo como en el capital, transformando al conocimiento en un intermediario que almacena el valor del trabajo necesario para producir capital (RULLANI, 2004, pp. 99 - 100). El paso siguiente en este proceso evolutivo es la consolidación del conocimiento mismo, albergado en la empresa capitalista y en el trabajador del conocimiento, como un producto que ya no es separable del productor/trabajador, como sí era posible separarlo en el capitalismo industrial¹⁷⁵. Esta radicalidad del cambio en la relaciones de producción justifica, como apuntan Vercellone y Giuliani (2019a, p. 11), que el capitalismo cognitivo sea bastante más que una mera transformación o mutación de la lógica industrial, para erigirse en un verdadero nuevo modo de acumulación de capital.

Esto explica en buena medida el cambio en la forma de producción de valor en la nueva economía, que va a radicar especialmente en los sujetos poseedores de ese conocimiento, y que se transforman a sí mismos en capital. La acumulación capitalista pasa a depender, entoces, de un dispositivo de poder sobre actividades existenciales (FUMAGALLI, 2010, p. 260); el mero pensamiento o la generación de ideas, la creatividad humana que fluye a través del cuerpo social entran en esta categoría. Esos dispositivos son principalmente los estatutos de PI que regulan el flujo de conocimiento por canales digitales y permiten su aprovechamiento económico. Pero cuando el valor de cambio del conocimiento tiende a cero, la posibilidad de extraer valor pasa a estar atada directamente a la

“(…) capacidad práctica de limitar su difusión libre, es decir, de limitar con medios jurídicos (...) o monopolistas la posibilidad de copiar, imitar, de “reinventar”, de aprender conocimientos de otros”. (RULLANI, 2004, p. 102)

8. Más allá de la categoría binaria privado - público

Visto ya el modo de producción en redes cooperativas, propio del capitalismo cognitivo del siglo XXI y la forma en que modifica las relaciones de producción, es momento de comenzar a repensar las categorías propietarias a que este modo de producción da lugar. De esta forma, se podrá más adelante situar a la propiedad común en un espacio teórico específico y entender cómo podría funcionar con un aparato dogmático propio en el mundo de la PI, o al menos subvertirla. Ya se ha señalado que desde la instauración de la modernidad política y jurídica se consolida en occidente el modelo de la propiedad privada, que se inscribe en la codificación jurídica y que se vuelve hegemónico. El paradigma tradicional que surge de esa hegemonía es una dicotomía fundada en el eje propiedad privada – propiedad pública, que asume a estas como si fueran dos cosas distintas. Las preguntas que aquí surgen es si es éste el paradigma opuesto a la propiedad

¹⁷⁵ De ahí que Fumagalli hable de una “bioeconomía”, en que el proceso de acumulación se basa en las facultades vitales de los individuos en que el propio conocimiento es una expresión del *bios*, que es extraído mediante dispositivos que transforman las actividades existenciales en relaciones económicas productivas. (FUMAGALLI, 2010, p. 260).

privada, cómo esta dicotomía puede funcionar en el mundo de la PI, y si hay otra que le sirva mejor a la lógica económica de apropiación del conocimiento. Como apunta Fumagalli, la resistencia a la PI, o el contrapoder que se enfrenta a esta, plantea como primera cuestión, qué alternativas pueden surgir (FUMAGALLI, 2010, p. 113).

La primera gran dicotomía, entonces, en el mundo de la propiedad, es la que enfrenta a la propiedad privada versus la propiedad pública. La primera es la propiedad en manos de particulares, que la usarán en actividades productivas que llevarán a los bienes a su uso más eficiente. La segunda es la propiedad estatal, que por diversas razones se radica en ese ente político denominado Estado y que sirve a los intereses de los ciudadanos. Algunos de estos son la defensa nacional, el estímulo de actividades económicas estratégicas, las fallas de mercado, las tradiciones políticas y jurídicas, la costumbre y el fomento de grupos desaventajados de la sociedad. Esta dicotomía puede expresarse en la figura siguiente.

Figura 1: Dicotomía propiedad pública – propiedad privada



Fuente: Elaboración propia en base a Rose (1994)

Desde una perspectiva crítica, Carol Rose (ROSE, 1994) señala que el estándar neoclásico y de la moderna microeconomía sólo reconoce estas dos formas de propiedad. O bien está radicada en privados o bien en una forma de estado nacional organizado en torno a un gobierno. Los mercados se basan en la propiedad privada, pero cuando fallan, es admisible que la propiedad sea administrada por el gobierno, y esta puede transformarse así en propiedad pública. Es el caso, por ejemplo, de las expropiaciones que el Estado puede llevar a cabo a los particulares, pagando un precio por ello y con el objeto de satisfacer una necesidad o interés público y que sólo podría tener lugar de modo económico, transformando lo privado en público.

Si bien esta dicotomía es la tradicional, Rose apunta a que el universo legal anglo - americano no se resume en estas dos opciones y su complejidad es bastante mayor. ¿Por qué, se pregunta la autora, la propiedad es tan frecuentemente equiparada a la propiedad individual - privada? (ROSE, 2000, p. 484). Para empezar, la misma propiedad pública admite algunas subcategorizaciones; la primera es la propiedad pública que radica en manos del Estado y que sirve a sus fines específicos, y que podría equipararse en Chile a la categoría que el Código Civil reconoce bajo la etiqueta de bienes nacionales, en el

artículo 589¹⁷⁶. La otra categoría es la de bienes que se detentan colectivamente, por la sociedad en toda su extensión, y que es también pública. Rose se refiere a esta como propiedad colectiva (*collective property*). Esta categoría, en que varias personas confluyen en la propiedad de bienes, desafía de alguna forma el canon liberal de la propiedad, esencialmente privatista e individual, pues viene a expandir subjetivamente el campo de ejercicio de las libertades que supone la propiedad liberal, a un número mayor de individuos, que ya no pueden tomar decisiones unilaterales y jerárquicamente impuestas. La propiedad colectiva independientemente de si es común o su acceso es abierto, si es pública o privada, se basa en formas de cooperación entre pares que supera las relaciones propietarias clásicas del liberalismo¹⁷⁷.

En esta categoría caben una serie de variantes propietarias público - colectivas que van bastante más allá de la sola propiedad estatal, y cuyos límites con la propiedad común se vuelven algo difusos. Se encuentran bajo esta etiqueta la propiedad familiar, la propiedad de asociaciones civiles, recursos de acceso común (como las pesquerías), bosques, sistemas de riego, y propiedad pública a secas (ROSE, 2000, p. 483). Como se advierte, esta última categoría podría corresponder en el derecho chileno a los bienes nacionales de uso público, pero es también claro que el sentido de dominio, si se atiende a la completitud de la posibilidad de aprovechar económicamente un activo, comienza a diluirse en la expresión *la sociedad toda* o cualquier otra que designe a un ente colectivo, sin una indicación demasiado precisa sobre quienes son, en realidad, esos *todos*. De la misma manera, y si se considera la amplitud de facultades del dominio, en tanto derecho real, es evidente que las posibilidades de aprovechamiento y de sujetos aprovechantes son muchos más ricas de las que ofrece la dicotomía público – privada.

Desde este punto de vista, esta dualidad resulta insuficiente para explicar la propiedad en toda su complejidad económica y dogmática. Cada cultura jurídica desarrollará sus propias doctrinas sobre el particular, y es probable que, con imaginación, logren encontrarse algunas categorías intermedias que se deslicen hacia un extremo u otro de este eje de análisis¹⁷⁸. Lo cierto, como admite Rose, es que la diferencia más sustancial entre propiedad pública y privada es más bien una cuestión de escala. La propiedad

¹⁷⁶ Estos pueden ser bienes nacionales de uso público, cuyo uso pertenece a todos los habitantes, como las plazas y caminos; o bienes fiscales, que no pueden ser usados por todos y más bien están destinados al funcionamiento de la reparticiones e instituciones públicas o de la administración del Estado, en toda la amplitud que esto pueda significar.

¹⁷⁷ Esta puede ser la razón de que, por ejemplo, el derecho civil chileno mantenga una actitud sospechosa frente a las formas de comunidades de hecho o de derecho que pueden generarse, y tienda a que estas sean terminadas y liquidadas. Esto bajo el consabido adagio de que “el legislador no ve con buenos ojos las comunidades”, o frases por el estilo que suelen enseñarse como verdades a los estudiantes de derecho.

¹⁷⁸ De hecho, Eggertsson muestra que los límites entre una y otra forma propietaria pueden ser bastante difusos, y de todos modos convivir en una economía. La misma forma de propiedad estatal puede tener algunos elementos de propiedad común (EGGERTSSON, 1990, pp. 36 - 37)

pública sigue teniendo un sólo dueño, que puede disponer de esa propiedad como lo haría un dueño privado – exclusivo (ROSE, 1994, p. 109), de manera que las facultades de dominio más esenciales, como la posibilidad de disponer, no difieren de las que tendría un dueño privado¹⁷⁹.

Con todo, no deben obviarse los mecanismos que entraña la distinción público - privada. Más allá de que sus fronteras sean algo más que porosas y de su insuficiencia, lo cierto es que detrás de esa bifurcación propietaria asoman en realidad dos soluciones diversas al problema de los bienes comunes. Gran parte del trabajo teórico y empírico de Elinor Ostrom¹⁸⁰, desarrollado en su laboratorio en la Universidad de Indiana, en los EE.UU., se encuentra contenida en su obra de 1990, titulada "*El Gobierno de los Bienes Comunes; la Evolución de las Instituciones de Acción Colectiva*", cuya edición de 2011 es la que aquí se refiere. Ostrom plantea, en la introducción de su trabajo, una relectura de las soluciones que la economía (y habría que agregar el derecho) han ofrecido para el problema de los bienes comunes. La autora asume una perspectiva que desafía los modelos teóricos clásicos desde el contraste empírico que ofrece el análisis del funcionamiento de los arreglos de explotación de recursos comunes. Esto permite, para Ostrom, identificar casos concretos, reales, comprobables, en que la acción humana desmiente que la autoorganización en torno a un recurso sea siempre y cada vez, desastrosa y trágica.

Ya se vió en el capítulo segundo de este trabajo, cómo Garret Hardin problematizaba en torno a la trágica depredación de los recursos cuando estos son sometidos a un regimen de comunidad¹⁸¹. Ostrom lee en Hardin el planteamiento de las dos soluciones más clásicas al problema de cómo limitar el uso de los recursos comunes y lidiar, en definitiva, con el problema de la escasez (OSTROM, 2011, pp. 46 - 54). La primera es la centralización de la administración de esos recursos que se han originado como o transformado en, recursos de uso común, entregándola a una entidad de gobierno externa,

¹⁷⁹ Es indudable, en cualquier caso, que la forma de ejercicio de las potestades del dominio están sujetas a una serie de principios y reglas específicas que provee el derecho administrativo.

¹⁸⁰ Ostrom recibió en 2009, tres años antes de su muerte, en 2012, el premio Nobel de economía, siendo la primera mujer en recibir el reconocimiento.

¹⁸¹ En realidad, Ostrom ofrece un análisis de los tres modelos más influyentes en las soluciones que se han diseñado para el problema de los bienes comunes. La tragedia es el primero, y ha sido central a las ideas que se desarrollan en esta tesis por lo que tiene de lockeano en su formulación. Pero se complementa con dos modelos teóricos de gran relevancia en la economía. El primero es el dilema del prisionero, que se entiende por Ostrom como una formalización en modo de juego de la tragedia de Hardin. El segundo es la lógica de la acción colectiva, desarrollada por Mancur Olson a mediados de la década del sesenta del siglo XX. Esta se centra en la figura del *free rider*, traducido al castellano como *gorrón* o *polizón*. Se trata de aquel que, debido a las escasas posibilidades de ser excluido en el uso de un bien, no tiene incentivos para contribuir de forma voluntaria a que ese bien se obtenga o se produzca, y mucho menos a su conservación y cuidado. El gorrón es aquel que llega a una fiesta sin regalo para el festejado, come y bebe a destajo y se va sin dar las gracias ni ayudar a recoger los platos. Todos estos paradigmas desembocan en soluciones de orden regulatorio centralizado o propietario.

que tome las decisiones y administre los conflictos. La segunda solución es la propietarización bajo regímenes exclusivos/excluyentes de estos recursos abiertos a los usuarios. Esto, en el caso de la tierra, equivale a dividirla, pero en otra clase de recursos esa solución se vuelve más compleja. Es el caso de recursos estacionarios, como el agua o las pesquerías, en que los derechos de propiedad se han convertido en derechos de cuotas, mismas sobre las cuáles se establece un derecho de propiedad¹⁸². Como se advierte, las categorías jurídico políticas de propiedad pública y propiedad privada, son dos respuestas propietarizadoras, funcionales a dos soluciones institucionales específicas, a partir de las cuales se ha construido la oposición a los bienes comunes, en tanto tragedia que debe de una u otra forma ser superada.

Es precisamente en el intersticio de estas dos formas propietarias donde radica la posibilidad de construcción de toda una variedad de soluciones alternativas a los problemas de los bienes comunes y a su anunciada depredación. La teoría y el trabajo empírico de Ostrom ofrecen justamente una impugnación sólida a la idea de que sólo la propietarización en manos de privados o sólo la administración centralizada (que no es otra cosa que la propiedad estatal o pública) permiten administrar bienes escasos. Para Ostrom los modelos que llevan a esas soluciones (tragedia de los comunes, lógica de la acción colectiva y teoría de juegos que se siguen del dilema del prisionero), se han usado metafóricamente para la elaboración e implementación de políticas, suponiendo condiciones inmutables y no cotejadas empíricamente, consistentes en sustituir lo común por derechos de propiedad privada para solucionar los problemas de lo común (OSTROM, 2011, pp. 52 - 54).

¹⁸² En Chile el régimen general de pesca y acuicultura lo establece la Ley 18.892, cuyo texto refundido fue fijado por el Decreto 430 de 1991 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. De manera general se puede destacar que la ley regula al acceso a la actividad pesquera, distinguiendo entre el sector artesanal y el industrial. Respecto del sector industrial se destaca como uno de los principales regímenes de administración aquél en que para poder realizar la actividad pesquera se debe ser titular de licencias transables de pesca, que representan un coeficiente de participación en la cuota global de captura que fija la autoridad administrativa pesquera. Estas licencias son, de acuerdo al artículo 30, “divisibles, transferibles, transmisibles y susceptibles de todo negocio jurídico.” Como dispone el artículo 31, las licencias “no garantizan a sus titulares la existencia de recursos hidrobiológicos, sino que sólo les permiten, en la forma y con las limitaciones que establece la presente ley, realizar actividades pesqueras extractivas en una unidad de pesquería determinada.” A partir de esto el régimen legal establece derechos sobre coeficientes de participación, denominados licencias transables de pesca, respecto de cuotas específicas de recursos pesqueros. Estas, si bien son objeto de transacciones propias del derecho de propiedad, y representan un límite máximo de la cantidad de recursos que se podrán capturar, no garantiza para su titular una cantidad específica de dichos recursos, toda vez que esta queda entregada a la disponibilidad material de dicha especie hidrobiológica .

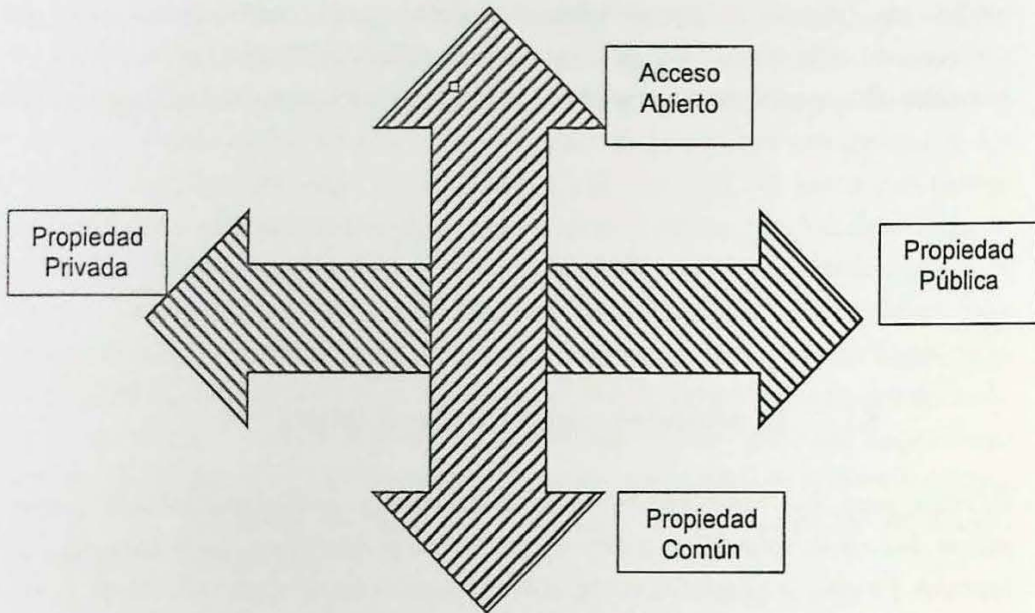
Lo binario de esta dicotomía no deja espacio para otros arreglos institucionales¹⁸³ y, sobre todo omite la posibilidad de que los propios actores interesados puedan adoptar esos arreglos al margen de paradigmas heterónomamente dispuestos y gobernados. Por supuesto que, aplicado a los bienes del conocimiento, estos paradigmas omiten la rica variedad de arreglos sobre bienes que, a mayor abundamiento, ni son escasos ni se agotan con el uso. Como destacan Frischmann *et al*, lo que los autores denominan la *alegoría* de la tragedia de los comunes, ofrece puntos de partida estáticos e inmutables acerca de; las características biofísicas de los bienes (agotables); las mismas comunidades (siempre son actores que pugnan su propio interés) y determinadas reglas de uso, en que los participantes sólo siguen sus propias normas (FRISCHMANN, et al., 2014, p. 14). Naturalmente, todas estas asunciones de partida pueden ser contrastadas en la realidad.

8.1. La propiedad común y el acceso abierto

Es claro, pues, que existe otra bifurcación del camino propietario sobre la que se debe arrojar luz en la indagación sobre un nuevo paradigma para los bienes del intelecto humano. En esta, la propiedad común constituye uno de los extremos del eje de análisis; y en lado opuesto está lo que se ha denominado acceso abierto (*open access*). La oposición conceptual de estas dos categorías es complementaria a la dicotomía público – privada y sin duda la enriquece, pues permite situar con más precisión la propiedad común y sus rasgos definitorios. Puede graficarse el campo completo, entonces, de la forma siguiente:

¹⁸³ Considérese el ejemplo (uno de varios) que refiere Ostrom (2011, pp. 61 - 64). Los pescadores de la costa de Alanya, en la costa mediterránea de Turquía desarrollaron un ingenioso sistema de reparto de las áreas de pesca, que permite que cada pescador reciba una zona por sorteo; desde esa zona, los pescadores van moviéndose de oriente a poniente y viceversa, de modo de que todos tienen iguales oportunidades de acceso a las reservas de peces migratorios. La supervisión del sistema la realizan los mismos pescadores pues todos tienen incentivos para monitorear las trampas en que puedan incurrir los demás, y la resolución de las disputas se realiza fácilmente en un café de la playa. Si bien no se trata de un sistema de propiedad privada, lo cierto es que el sistema sí define adecuadamente derechos y obligaciones de los participantes del sistema. Se trata de "(...) un ejemplo de un arreglo de autogestión de la propiedad en común, en que las reglas fueron creadas y modificadas por los propios participantes y ellos mismos las supervisan y las hacen cumplir." (OSTROM, 2011, p. 64).

Figura 2: Matriz propiedad pública – propiedad privada/acceso abierto – propiedad común



Fuente: Elaboración propia en base a Rose (1994); Ostrom y Hess (2010) y Ostrom (2011)

A propósito de esto, Ostrom y Hess (2010) destacan tres confusiones conceptuales que suelen rondar a la propiedad común. Interesa aquí explicar dos de ellas, en cuanto van a modelar conceptualmente lo que viene.

La primera confusión es entre regímenes de acceso público (*open access*) y regímenes de propiedad común. En los primeros, nadie tiene derecho a excluir a ningún otro en el uso

de un recurso y equivalen a lo que en el derecho civil se denominan *res nullius*¹⁸⁴. Más que bienes concretos se trata de regímenes de explotación en que no hay límite ni gobierno alguno en el uso de recursos que están dispuestos a su apropiación por cualquiera (OSTROM & HESS, 2010, p. 57). Esta clase de bienes es proclive a sufrir de la tragedia de los comunes pues, dado que cualquiera puede usarlos, no hay incentivos para su conservación o su cuidado¹⁸⁵. El acceso abierto puede deberse a una decisión consciente de conservar determinados recursos naturales en el campo de lo no apropiable o bien a un inefectivo sistema de exclusión de los no dueños. Esto puede llevar, *de facto*, al acceso libre, ya sea porque no existen derechos de propiedad o bien porque las agencias estatales que los resguardan son débiles o gozan de poca legitimidad (FITZPATRICK, 2006, p. 1000). No debe obviarse que los sistemas propietarios poseen costos asociados a su establecimiento y a la tarea de hacerlos efectivos. Es indudable que la tecnología, como el radar y los aviones en el caso del monitoreo de la pesca, puede significar una reducción de esos costos y hacer más efectivos los derechos, facilitando la propietarización (EGGERTSSON, 1990, p. 97). Las condiciones de acceso a los recursos son contingentes a la tecnología o el cambio económico que modifica los costos relativos de los bienes; ambos pueden causar que estos derechos no se puedan delimitar con claridad o que esos límites no puedan hacerse efectivos en la realidad. Pero también es cierto que un deficiente sistema de delimitación o simplemente una política estatal de no delimitación, pueden transformar bienes privados o públicos en bienes de acceso abierto. Como se ha dicho antes, las delimitaciones de los derechos son dinámicas, y con mayor razón lo serán en un contexto de rápido cambio tecnológico, de modo que lo que antes se creía privado, bien puede transitar hacia otro régimen de propiedad y de explotación.

¹⁸⁴ Para una mirada sobre el origen de estas categorías de bienes en el antiguo derecho romano, véase la obra de Alejandro Guzmán, "Derecho Privado Romano". El autor explica la noción de cosas que son "(...) susceptibles de dominio y que sin embargo no han sido todavía apropiadas por alguien (...)" (GUZMAN, 1996, p. 434). En esta categoría se pueden encontrar las cosas de nadie, o *res nullius*, como los animales salvajes, aves silvestres, peces y cosas encontradas en la orilla del mar. Pero también entran en la categoría de cosas susceptibles de dominio, las cosas del enemigo y las cosas que han sido abandonadas por el dueño (*res derelictae*). Respecto de las *res nullius*, se trata para Dussollier, de una categoría que no puede ser clasificada como bienes comunes, pues se trata de una propiedad "por venir" o bienes que están destinados a convertirse en propiedad privada (DUSOLLIER, 2013, p. 266).

¹⁸⁵ Es el caso de las pesquerías que están ubicadas en aguas más allá de las doscientas millas marítimas y de los mares territoriales que reconoce el derecho internacional como zonas de explotación reservadas a los estados ribereños o que no se encuentra sometidas a un régimen de extracción pesquera por cuotas fijado en algún instrumento internacional.

En segundo lugar está el régimen de propiedad común, que suele confundirse con los regímenes de acceso abierto¹⁸⁶. El régimen común se caracteriza porque los miembros de un grupo claramente delimitado poseen el derecho legal para excluir a los no miembros de ese grupo en el uso de ese recurso (OSTROM & HESS, 2010, p. 56).¹⁸⁷ En un régimen de comunidad, la mayoría de los participantes poseen y pueden ejercer individualmente algunos de los derechos del haz propietario, pero ninguno de ellos tiene el derecho de enajenar sus facultades de administración y exclusión, aunque a menudo esos derechos son heredables (OSTROM & HESS, 2010, p. 62). Ostrom y Hess han sofisticado en algo las categorías de Honorè, modulando cinco derechos claves que componen la propiedad de acuerdo a los aprovechamientos económicos que proporciona; el acceso, el retiro de frutos o beneficios, la administración, la exclusión de otros y la alienación o enajenación (OSTROM & HESS, 2010, pp. 60 - 61). Un propietario en un régimen de comunidad puede poseer algunos pero estará privado de la facultad de enajenar los bienes que son objeto de propiedad común. Dicho por las autoras

“Se considera que un grupo de individuos comparten derechos comunes de propiedad cuando han formado una organización que ejerce al menos los derechos colectivos de administración y exclusión en relación a un sistema de recursos definido y las unidades del recurso producidas por ese sistema.” (OSTROM & HESS, 2010, p. 63).

Esta forma de ejercicio conjunto de derechos admite, por cierto, un número no cerrado de variaciones y combinaciones, como asimismo un mayor o menor grado de reconocimiento legal. De esta forma, el entorno normativo de la comunidad puede conformarse a partir de estatutos legales de origen heterónimo o bien de un sistema de normas informalmente establecido por ese grupo humano que comparte bienes en un

¹⁸⁶ Por ejemplo Fitzpatrick define el acceso abierto como la situación en que múltiples privilegios confluyen en un mismo recurso, pero en los que ninguna persona o grupo tiene derecho a excluir a los demás (FITZPATRICK, 2006, p. 1001).

¹⁸⁷ Esta distinción no es en absoluto baladí: Ostrom muestra cómo un arreglo institucional de orden estatal – heterónimo consistente en un régimen de nacionalización de los bosques, transforma un sistema de explotación basado en derechos de propiedad colectivamente administrados por una comunidad dada, en sistemas de acceso abierto que se hicieron imposibles de supervisar por los órganos del Estado. Se han documentado casos en ese sentido para Nigeria, Tailandia, Nepal e India (OSTROM, 2011, p. 67). El resultado muestra un ejemplo en que la tragedia no es provocada por un sistema de propiedad común, sino que por una decisión externa a esas comunidades que no visualiza sus efectos ni calibra bien las virtudes del arreglo que esa comunidad se ha dado. Se trata de un ejemplo de soluciones únicas, construidas en base a un paradigma o metáfora ampliamente extendida, que pueden ser perjudiciales para un recurso y las comunidades que los sustentan mediante su propio sistema de administración.

régimen de comunidad¹⁸⁸. Más adelante se revisan las relaciones entre los sistemas normativos que pueden confluir en los bienes comunes.

8.2. Dos complejizaciones

A propósito de las distintas dualidades que se muestran en la Figura 2 más arriba, se pueden identificar complejizaciones categoriales tanto en los diferentes cuadrantes como en las superposiciones categoriales que pueden construirse dinámicamente. Interesa aquí poner de relieve específicamente dos complejizaciones, por lo que tienen que ver con el mundo de la propiedad intelectual.

La primera es la que elabora Benkler (2017a), y que hibrida dos categorías: los bienes comunes y los bienes de acceso abierto. Benkler reflexiona en torno a lo que denomina *comunes de acceso abierto*, fundamentalmente para el caso de la demanda de bienes informacionales. Esto permite reunir en el mundo de la producción inmaterial dos categorías que Ostrom considera opuestas. De esta forma, los comunes abiertos constituyen una familia de arreglos institucionales que surgen directamente de la irrupción de *internet* y la información que circula a través de esta en un flujo libre y no rival – no excluyente. Esta idea permite generar un marco teórico para abordar las externalidades positivas y la incertidumbre que el uso de los bienes de acceso a bajo costo pueden generar en los procesos de innovación. La lógica que ofrece Benkler es que la apertura del acceso de los bienes informacionales al uso libre, o más bien su incorporación en un *common pool*, incrementa el uso de estos, lo que a su vez genera externalidades positivas suficientes para dominar la congestión que produce la apertura (BENKLER, 2017a, p. 260). Esto es lo que Carol Rose denomina la *comedia de los comunes* es decir situaciones en que el acceso común a un determinado bien produce beneficios

¹⁸⁸ Es el caso en Chile, y de la Ley 19.537 sobre copropiedad inmobiliaria, que regula el funcionamiento y gobierno de bienes inmuebles que se adscriben a un régimen de copropiedad. Para ello, la ley provee de una institucionalidad específica, que establece órganos representativos, reglas para la toma de los acuerdos, delimita los espacios comunes y privados, establece la forma de proveer a los bienes comunes y la forma en que los copropietarios regulan sus relaciones, mediante instrumentos como los reglamentos de copropiedad. Hay, en ese sentido, un espacio normativo que es heterónimo y viene dado por el Estado; y otro en que los participantes de esa comunidad consienten en darse para el gobierno de sus relaciones e intereses, así como la solución de sus conflictos.

económicos en vez de su depredación¹⁸⁹. Esto es propio de accesos no necesariamente transaccionales y permite procesos de creación e innovación que no se hubieran producido de otra manera (BENKLER, 2017a, pp. 271 - 272)¹⁹⁰. Pero, como se verá, es una categoría que claramente excede la que Ostrom pensó originalmente.

La segunda complejización tiene lugar en el cuadrante que se forma en el espacio sur/poniente de la matriz de la figura 2, esto es entre las categorías de propiedad privada y propiedad común. En la lógica de Hardin, la propiedad común deviene en privada, a efectos de evitar su agotamiento trágico. Pero esta evolución no se detiene en ese punto; desde la propiedad privada puede derivar tanto una estatización (es decir una transformación de la propiedad en pública) o bien una sobrepropietarización. Michael Heller plantea este problema en parte de su obra, que se resume bien en “*Commons and Anticommons*” (HELLER, 2017).

Los *anticommons* (puede traducirse para estos efectos como anticomunes o contracomunes) corresponden a otra forma de tragedia, en que muchas personas detentan derechos de propiedad que están fragmentados de tal manera que las posibilidades de uso por cada uno y por el colectivo, quedan paralizadas, deviniendo en una subutilización del recurso (HELLER, 2017, pp. 185 - 188). Si en los casos de bienes comunes y de accesos abiertos hay un ámbito, más o menos extenso, en que no es posible la exclusión, los contracomunes son justamente lo contrario. Es un ámbito tan extremadamente propietario y en que los derechos se encuentran tan fragmentados, que la exclusión de

¹⁸⁹ Rose se refiere aquí a bienes como las carreteras y las vías fluviales. Estas son de acceso público y permiten el desarrollo del comercio por más personas, con el consecuente beneficio agregado que eso produce en una determinada comunidad o territorio (ROSE, 1994, pp. 111 - 112). De ahí que muchos Estados emprendieran la construcción de carreteras y que los grandes centros capitalistas de los inicios de la modernidad, estuvieran asociados en parte a infraestructura de transporte terrestre o fluvial. Un caso significativo es la historia de los canales en Inglaterra (véase en https://es.qaz.wiki/wiki/History_of_the_British_canal_system) o de las ciudades de los Países Bajos, como Bruges, que se encuentra conectada a la costa por un canal que permite la navegación.

¹⁹⁰ Es interesante detener el análisis en el mecanismo económico de producción de información que plantea Benkler y sus conclusiones. En la medida que los mecanismos propietarios sobre la información logran su objetivo de excluir a terceros en su uso, se produce una subutilización de la información como recurso; y dado que la información es la base para producir más información, se va a verificar un aumento en el costo de esta (BENKLER, 2017a, p. 260). Los comunes de acceso abierto permiten neutralizar este efecto, a contrario de lo que plantea el paradigma de la tragedia de los comunes. Se construye, así, una solución más ventajosa que los comunes de acceso cerrado (propiedad común a secas) en que había pensado Elinor Ostrom y, por supuesto, que los estrictos regímenes de propiedad que impiden en buena medida la producción de conocimiento que se basa en conocimiento.

los no dueños es absoluta. De este modo, un número ilimitado de personas puede bloquear a otras y a sí mismas, quedando los recursos en un estado de inmovilización casi total. Uno de los ejemplos que Heller refiere es el de la navegación por el Rin, uno de los ríos navegables más largos de Europa y que recorre una de las cuencas industriales más importantes del mundo. Como refiere Heller (2017, pág. 181), desde la era romana el río era usado para el transporte de mercancías. A partir del declive del Sacro Imperio Romano Germano, a partir del siglo XIII, la feudalización de las orillas permitió que los barones locales cobraran derechos de paso a los barcos que navegaban; si bien el río siguió fluyendo, la navegación se hizo impracticable a razón de los ilimitados derechos de imponer impuestos de paso a los navegantes por un enorme número de dueños. El recurso río se hizo inmanejable y quedó en desuso¹⁹¹.

El problema de la sobrepropietarización es, como destaca Heller, invisible, o al menos más invisible de lo que llega a ser su contrario, la tragedia del agotamiento por sobreuso. Sin embargo, puede aplicarse a una serie de realidades en que la utilización económica de un recurso sólo es posible en la medida que su uso o explotación se produzca en conjunto con la de otros bienes o en una cadena de producción y trabajo fuertemente dividida en que distintos derechos de propiedad se van combinando. Sin cada uno de los puestos de control del Rin es propiedad de distintos dueños, la circulación total de una mercancía hasta su desembocadura sólo es posible si una nave paga todos los derechos de paso. El campo de la producción industrial basada en el conocimiento o derechamente de bienes del conocimiento, es uno que está en permanente riesgo de una sobrepropietarización que trabe esos procesos y lleve a los bienes involucrados en cada una de las etapas al desuso. Esto es especialmente posible en el caso de la producción de bienes amparados en regímenes de propiedad intelectual en que, como se ha dicho ya, el proceso de producción se basa en cúmulos de conocimiento.

La paralización del flujo de ideas, libros, información, publicaciones científicas, obras teatrales, cinematográficas y guiones, por mencionar algunas, por no poderse transar los derechos o debido a su alto precio, genera un empobrecimiento general de la producción cultural debido a la capacidad de veto que cada uno de sus titulares tiene respecto de todos los demás¹⁹². De esta manera, esos procesos productivos sólo pueden funcionar

¹⁹¹ El artículo de Wikipedia sobre el Rin señala que desde 1868 el río es considerado aguas internacionales, de modo de garantizar la libre navegación desde el último puente de Basilea hasta el Mar del Norte, asegurando de paso una salida al mar a Suiza. No debe perderse de vista que el Rin conduce a Rotterdam, quizás el puerto más grande de Europa. Véase en <https://es.wikipedia.org/wiki/Rin> (visitado el 25 de marzo de 2021).

¹⁹² Recuérdese, en ese sentido, la huelga de guionistas que en 2007 - 2008 afectó a la industria de producción audiovisual en los EE.UU. Durante cien días alrededor de doce mil guionistas sindicalizados en la *East and West Unions of the Writers Guild of America*, paralizaron sus actividades productivas, en reclamo de mayor participación en las utilidades del negocio. Más de sesenta *shows*, entre ellos la célebre *How I Met Your Mother*, se vieron afectados; algunos fueron cancelados y otros debieron acortar las temporadas. Véase la nota de prensa en The Huffington Post (https://www.huffpost.com/entry/10-years-ago-screenwriters-went-on-strike-and-changed-television-forever_n_5a7b3544e4b08dfc92ff2b32, visitado el 21 de marzo de 2021).

adecuadamente, y seguir proveyendo de bienes al mercado, en la medida de que algunos de los bienes que engranan el sistema, no sean excluyentes.

Esto sitúa el campo de las soluciones en un espacio intermedio entre la propiedad común, gobernada absolutamente por una comunidad que destierra los derechos individuales que propone la propiedad privada, y el extremo ultrapropietarista en que ninguna forma de uso común es reconocida o permitida. Dagan y Heller (DAGAN & HELLER, 2001) (DAGAN, 2011) proponen, en esta lógica, el paradigma del común liberal (*liberal commons*). En este, la metáfora de la tragedia de los comunes tanto niega la posibilidad del acceso abierto como asume la hostilidad de la ley hacia las posibilidades cooperativas. Un sistema legal bien estructurado puede, para los autores, mediar entre la propiedad y la cooperación. Para la mayoría de los recursos

“La más atractiva forma de propiedad prueba ser un régimen de participación comunal que además permite libremente a los miembros entrar y salir. (...) Cualquier régimen legal puede calificar como un común liberal cuando permite a un limitado grupo de dueños capturar los beneficios sociales y económicos de los usos cooperativos de un recurso escaso, asegurando a la vez la autonomía a los miembros individuales que se reservan un derecho de salida.” (DAGAN, 2011, p. 156).

9. En busca de la comedia; una caracterización de la propiedad común.

9.1. Los rasgos económicos de la propiedad común

Ya se ha visto, entonces, que los bienes comunes pueden presentar una dicotomía inicial que distinga una categoría cerrada y adscrita al gobierno de cierto grupo delimitado, propuesta por Elinor Ostrom y una categoría que Yochai Benkler ha denominado *comunes de acceso abierto*, especialmente presentes en el mundo de la producción inmaterial de bienes del conocimiento. Estos se originan o tienen su base en la información, y su rasgo distintivo es el acceso de todos más allá de un grupo cerrado. Si bien estos bienes informacionales pueden considerarse *a priori* como de acceso abierto, bien pueden, de acuerdo a arreglos institucionales específicos, comunitarizarse o propietarizarse: esta última es, como se ha visto, la solución clásica que proponen los regímenes de PI.

Los bienes informacionales pueden entonces ser dinámicamente inscritos en la categoría de bienes comunes o bienes de acceso abierto, de modo que las contingencias tecnológicas y económicas son las que determinan la modalidad de acceso y las construcciones jurídicas que se produzcan. No debe perderse de vista, en cualquier caso, que la aproximación de bienes comunes no necesariamente coincide con alguna categoría jurídica propietaria conocida por el derecho civil y su dogmática. Las categorías de bienes

comunes han sido elaboradas principalmente desde la economía y se fundan en las particularidades del aprovechamiento económico de los bienes, y con un grado creciente o decreciente de exclusividad en el uso de estos, más que con definiciones jurídicas que provengan de una u otra tradición de pensamiento (DUSOLLIER, 2013, pp. 265 - 266)¹⁹³. Esto permite, por cierto, superar la dicotomía privado – común como arquetipos opuestos y cerrados, y reconocer la variedad de alternativas que hay entre uno y otro extremo.

Desde la óptica ostromniana, característicamente institucional, el foco está en los arreglos institucionales que los aprovechantes de un recurso se dan, y no en las categorías propietarias. Frischmann *et al* (2014, p. 2) lo confirman al apuntar que lo común no denota un recurso, una comunidad o una cosa, sino que el arreglo institucional que se construye sobre esos elementos. De ahí que, en buena medida, ese enfoque se acerque más al derecho contractual, pues supone una determinada forma organizativa y reglas que los propios copartícipes en la explotación de un bien van a darse.

Desde este punto de vista, los bienes comunes o bienes de propiedad común pueden entenderse como aquellos recursos sobre los que opera alguna forma de arreglo institucional que los sustrae tanto del régimen de propiedad pública como privada, y que se sustentan en una caracterización económica como recursos de uso común. Estos, de acuerdo a Ostrom, se entienden como

“(...) un sistema de recursos naturales o creados por el hombre, lo suficientemente grande como para volver costoso (aunque no imposible) excluir a beneficiarios potenciales.” (OSTROM, 2011, p. 77).

Como se advierte, la base de la caracterización de bienes como recursos de uso común es una determinada condición de explotación en que no es posible excluir a otros, uno de los rasgos determinantes de la propiedad privada. A partir de esto, es preciso relevar que los bienes comunes no necesariamente corresponden a un régimen de propiedad o que la adecuada definición de los derechos no siempre debe tener lugar en el contexto de un sistema de propiedad. En efecto, la comunidad es un sistema de administración y gestión de bienes que, como se ha visto con Dusollier (2013, p. 266), corresponde a un sistema normativo en que no siempre el gobierno de los comunes y reglas de inclusión/exclusión van a constituir un régimen de propiedad. Esto permite, de alguna forma, superar la idea de que la comunidad es siempre una forma de propiedad sobre bienes, y acercar más el análisis a los arreglos particulares que se generen.

¹⁹³ La autora apunta que esta dicotomía entre propiedad privada y común es más notoria en la tradición de pensamiento del derecho civil, mientras que las doctrinas del *common law* serían más proclives a adoptar los matices. Ello implica que las reglas que gobiernan la comunidad pueden organizar el uso de los bienes comunes en torno a la propiedad (DUSOLLIER, 2013, p. 266).

Si bien Ostrom piensa fundamentalmente en recursos naturales¹⁹⁴, este modelo bien puede aplicarse a intangibles del conocimiento que son objeto, bajo un paradigma propietario, de un régimen de PI. Sobre un determinado condicionamiento de acceso al recurso, por tanto, se va a construir un arreglo que tanto puede mantenerlo en el acceso abierto como transformarlo en propiedad común, reservando la explotación a un grupo específico que desarrolla un sistema normativo para gobernar dicha explotación.

Dado que el trabajo de Ostrom es una de las más relevantes caracterizaciones de los bienes comunes como alternativa a la tragedia, no está demás dar una mirada a las categorías que la autora desarrolla en torno a estos. Estas serán relevantes para discurrir cómo la lógica de lo común puede aplicarse a los bienes que se protegen con regímenes de PI. Ostrom distingue, en primer lugar, las *unidades de recurso*, que corresponden a la cuantificación de lo que cada participante puede apropiar en un sistema de recursos (por ejemplo las toneladas de pescado que se pueden extraer). En segundo lugar la noción de *apropiadores*, identifica a aquellos sujetos individuales o colectivos que sustraen las unidades de recurso (los pescadores, en el ejemplo,). Esto no necesariamente se corresponde con una categoría propietaria construida por el derecho del Estado, de manera que un apropiador no necesariamente se hace dueño de la unidad del recurso, sino más bien lo aprovecha de alguna forma privilegiada. En tercer lugar, los *proveedores* son aquellos que se encargan de la provisión del recurso común y que suelen confundirse funcionalmente con los *productores*, es decir aquellos que realizan acciones que aseguran el sostenimiento de largo plazo del sistema de recursos (OSTROM, 2011, pp. 77 - 79).

Una de las características de los sistemas de recursos comunes que se desarrollan sobre recursos naturales es que, si bien en el proceso de apropiación pueden participar múltiples individuos o grupos, simultánea o consecutivamente, el proceso mismo de apropiación no deja espacio para el uso o aprovechamiento conjunto. Esto quiere decir, en el ejemplo de las pesquerías, que el pescado que un participante sustrae del sistema no aprovecha a nadie más que a ese apropiador. El uso conjunto recae, de esta forma, sobre el sistema de recursos, pero no sobre las unidades específicas del recurso. Esto lleva a que los bienes comunes no están libres, en lo absoluto, del problema de la congestión en el uso, entendida como un enjambre de apropiadores que concurren al mismo tiempo y sobrepasan eventualmente la capacidad de carga del sistema. Desde esa perspectiva es posible separar las categorías de bienes comunes de la categoría pura de bienes públicos, como se ha entendido tradicionalmente esta última (bienes no excluyentes y no rivales en su uso o consumo). Los bienes comunes ofrecen, por lo tanto, algún grado de exclusión, en tanto elemento definitorio de la propiedad privada. Es evidente, no obstante, que estas afirmaciones requerirán de una relectura en el mundo de los intangibles del conocimiento.

¹⁹⁴ Ostrom refiere como ejemplo las áreas de pesca, las cuencas subterráneas, los pastizales, los canales de riego y los cuerpos de agua. Dentro de los bienes no naturales, menciona a los "servidores de computación" (OSTROM, 2011, p. 77).

La perspectiva institucional del trabajo de Ostrom permite destacar un rasgo fundamental de esos arreglos institucionales, esto es la simetría en la toma de decisiones de ejercicio propietario respecto de esos bienes. La propiedad común, desde esta lógica, no está sujeta a la asimetría que se da entre el propietario y todos los demás obligados a no interferir en sus facultades de uso. Asimismo, desde la perspectiva de la producción, los bienes comunes no sólo ofrecen articular los intercambios en base simétrica y no monetaria, sino que las mismas tareas productivas pueden ser organizadas en torno a una comunidad específica que se autoprovee de las reglas y modos de solucionar los conflictos que más le convienen y que están fuertemente influenciadas por la cultura y normas locales. Estas son precisamente las que permiten disminuir la incertidumbre en el uso de los recursos y su eventual agotamiento; por ejemplo, el conocimiento tradicional sobre el comportamiento del clima y de su influencia en un cultivo determinado, forma parte del acervo normativo que una comunidad construye durante generaciones para administrar un sistema de recursos, tanto en su fase de producción como en el acceso.

Ya puede intuirse que los sistemas de recursos a los que dedicó su trabajo Elinor Ostrom, poseen una diversidad y complejidad que superan, con mucho, a los sistemas normativos de propiedad y contractuales que la modernidad jurídico – política ofrece como soluciones de talla única para gobernar todos los problemas de asignación y gobierno de recursos. Las mismas funcionalidades de los sistemas, las formas de asignación y los roles que los apropiadores van desarrollando en un juego de quita y pon, ofrecen una variedad y dinamismo que parecen correr por una vía paralela a la propiedad jurídicamente codificada. Se trata de sistemas característicamente evolutivos, de una solidez, flexibilidad y persistencia históricas enormes. Algunos de los casos de estudio vienen funcionando desde hace cien años, pero otros tienen mil, y han sobrevivido toda clase de desastres humanos y naturales (OSTROM, 2011, p. 118). Excede, con mucho, el interés de este trabajo el indagar en ellos, pero vayan aquí dos casos tratados por la economista. La Comunidad de Törbel (OSTROM, 2011, pp. 123 - 129), una aldea de seiscientos habitantes enclavada en las montañas Suizas del cantón de Valaís, ha establecido desde el siglo XIII un sistema de regulación de la propiedad comunal de las tierras de pastoreo (“derechos de vaca”), y que se ha sancionado normativamente desde el siglo XVII. Las normas establecen la cantidad de vacas que cada familia envía a pastar a las montañas y que está en relación a la participación de esa familia en la producción anual de queso de la aldea. Todos los ciudadanos locales dueños de ganado(se excluye a los extranjeros) son a su vez parte de una asociación alpina, que es la autoridad legal de administración de la montaña y la que decide las reglas. De la misma forma se administran los árboles de los bosques para la provisión de madera para combustible y para construcción, que se asignan por lotes a las familias de la comunidad. El sistema de propiedad comunal de la tierra de pastoreo convive con regímenes privados, en que uno o más individuos son dueños de las tierras de cultivo; en general el sistema permite tanto la producción óptima de madera y queso, como la conservación de los recursos.

De forma parecida, a mediados del siglo XV se estableció en lo que hoy día es Valencia, España, un sistema de administración del ya antiguo sistema de irrigación que formaban los canales de Benacher y Faitanar (OSTROM, 2011, pp. 135 - 145). Básicamente se

suscribieron acuerdos que regulaban qué acceso tendrían los regantes a las aguas canalizadas y que responsabilidades se les asignaban en la mantención de los canales. Muchas de estas normas simplemente afianzaron en instrumentos jurídicos reglas consuetudinarias, sobre cuyo origen sería quizás ocioso preguntarse, pero que podrían datar de la época en que esa zona era territorio musulmán del Al - Andalus, previo a la reconquista. Esas reglas aúnan a los regantes en el uso de un recurso escaso como es el agua, en una zona más bien árida y donde el acceso al regadío es una fuente permanente de conflictos.

Como puede observarse, en ambos casos los derechos de propiedad privada conviven con, y en ocasiones son superados en importancia por, los derechos comunales y el sistema normativo que se construye en torno al uso de recursos comunes, muchas veces consuetudinariamente. Hay dos observaciones que surgen para Ostrom del análisis de estos y otros ejemplos. En primer lugar, se trata de identificar qué principios subyacen a estos tipos de organización propietaria común, más allá de las particularidades normativas y económicas de cada realidad. Ostrom señala siete principios de ese diseño, para instituciones de larga duración como las que se han referido (OSTROM, 2011, p. 165). Los límites están claramente establecidos; las reglas de apropiación y de provisión (cuánto da y cuánto quita cada apropiante al sistema) son coherentes; las reglas son establecidas colectiva y participativamente; existe un monitoreo de los acuerdos y se rinde cuenta de ello; las sanciones son graduales para las violaciones de las reglas; existe un mecanismo de resolución de conflictos; y se reconocen mínimamente los derechos de la organización por parte de las autoridades del Estado.

En segundo lugar, Ostrom plantea la cuestión de hasta que punto son válidas las instituciones tradicionales de la propiedad privada para la asignación de estos recursos, especialmente respecto de las tierras. O, dicho de otro modo, cuándo es apropiado considerar a la propiedad como una institución superior a otras, que evita problemas de destrucción por imposibilidad de excluir o simplemente debido a que el costo de negociación de las reglas no propietarias es demasiado alto. Como se ha visto, los sistemas de recursos comunes contienen en sí mismos una combinación variable y dinámica de derechos comunes y privados. En el caso de la tierra la recomendación más lógica parece ser la propietarización privada mediante división y cercamientos, que vienen a solucionar los problemas de depredación que plantea la tragedia de los comunes. Lo que Ostrom observa es que, aún en los casos de la propiedad de tierras cultivables y de pastoreo, hay una combinación de ambas modalidades. De esta manera, la propiedad comunal no es un simple vestigio de épocas pasadas de mayor abundancia, sino un conveniente arreglo, plenamente vigente, para la optimización de cierta clase de recursos. Ya se verá si es posible aplicar la misma lógica a los bienes del conocimiento.

9.2. Lo político y lo jurídico en los bienes comunes

Hasta este punto, se ha ensayado sobre la base de la economía de los derechos de propiedad y de la forma en que los arreglos de propiedad común pueden funcionar. Esto conduce, como se ha visto, a la subversión de la idea de que los derechos de propiedad privada son la única alternativa al agotamiento de los recursos al que, en el paradigma clásico, conduce la propiedad común. Esos arreglos institucionales surgen, sin embargo, en un marco político específico que, para Ugo Mattei, está dominado por la realidad binaria que constituyen el Estado y el mercado y que se naturalizan en un retórica propietaria dominante (MATTEI, 2013, p. 13). Esta retórica, como se muestra en este capítulo, está constituida binariamente por los ejes público – privado. Los bienes comunes, para el autor, se sitúan en una estrategia de resistencia a esa dualidad y constituyen una categoría jurídica autónoma, alternativa a la propiedad privada y a la propiedad pública, entendida esta última como la que radica en el Estado u otras expresiones de organización política formal. Para Mattei, los bienes comunes cumplen con una función de tutela de lo público, frente al poder privado y frente al mismo Estado (MATTEI, 2013, pp. 11 - 13). La reinstauración de lo común se plantea como una herramienta de combate ante los cercamientos del mercado y del Estado que sirve, entre otras cosas, para dar un nombre, un vocabulario con que enfrentar la destrucción que la economía neoliberal ignora o propone como progreso (BOLLIER, 2016b, p. 8).

Esta perspectiva rescata a los bienes comunes de un espacio de negación a que habían sido sometidos desde la implantación del paradigma hardiano sobre la propiedad privada. Su hegemonía, para Mattei, se construye en base a una idea que *La Tragedia de los Comunes* en realidad no contiene¹⁹⁵. Mattei afirma que economistas liberales, como von Hayek y von Mises, no demoraron en leer el ensayo de Hardin como un alegato en contra de las políticas keynesianas e interpretarlo como una teoría normativa sobre la propiedad privada. Su éxito puede leerse, en ese sentido, en el marco de la guerra fría en el que *común* se parece, peligrosamente, a *comunismo* (MATTEI, 2013, p. 24).

En tanto paradigma académico, *La Tragedia de los Comunes* no es tan clara y mucho menos es normativa en sus planteamientos. Pero desde lo político, aparece más bien como una efectiva maniobra ideológica en un contexto de batallas de ideas sumamente poderosas en el que la literatura académica toma una posición específica. *La Tragedia de los Comunes*, cuando se aplica al mundo de los bienes del conocimiento, instala con fuerza la idea de la alegoría del *free rider* como un comportamiento habitual, antes que como un problema excepcional, de lo cual se sigue la solución propietaria binaria (FRISCHMANN, et al., 2014, p. 7).

¹⁹⁵ En palabras de Bollier, la tragedia de los comunes es un meme que lavó el cerebro a toda una generación de universitarios (BOLLIER, 2016b, p. 11). O al menos "(...) una lección admonitoria sobre la inviabilidad de la acción colectiva." (BOLLIER, 2016b, p. 30).

Desde el punto de vista del derecho, es necesario comprender este paradigma como el punto de inicio del que se derivan las líneas matrices, las ideas fuerza que van a impactar en las configuraciones jurídicas de la propiedad privada. Una evidencia de esto es la ampliación del campo y alcance de la propiedad intelectual, que ya se ha visto antes. Mattei resalta que a partir de la escuela del análisis económico del derecho, se produce, una fuerte tendencia a que el derecho busque imitar al mercado (MATTEI, 2013, pp. 25 - 26). Desde ahí, las formas jurídicas del capitalismo neoliberal van a adaptarse a las necesidades de fluidez del capital y las nuevas formas de acumulación que el capitalismo impone a partir de los desarrollos tecnológicos y la globalización. De este modo los criterios de referencia del sistema político y jurídico pasan a ser la eficiencia y la competitividad, y las soluciones que el sistema normativo permite, únicas.

Este giro hacia el mercado es propio de la modernidad jurídica que se inaugura conjuntamente con el capitalismo. Como se veía en la introducción de este trabajo, la modernidad implicó la supresión de una variedad de estatutos jurídicos propios de los antiguos feudos del medioevo, y su reemplazo definitivo por la forma del Estado nación como único productor de normas abstractas y universales. La recuperación de lo común y de los bienes comunes, puede situarse como una suerte de resistencia al poder normativo absoluto del Estado y, en suma, de la modernidad. De ahí la relevancia de los ejemplos de que Elinor Ostrom refiere en su obra. Se trata de una miriada de bienes que se administran en común, aguas y pastos, en comunidades pequeñas que desarrollan sistemas normativos de larga duración, adaptables, eficientes y que parecen resistir o al menos marginarse del derecho de los Estados y del poder normativo *de facto* de las grandes corporaciones de alcance global. Mattei ve en esto

“(…) un escenario que (…) puede considerarse, sin imprudencia, fenomenológicamente más parecido al orden jurídico medieval que a las mitologías de la modernidad absolutista.” (MATTEI, 2013, pp. 31 - 32)

Mirar los bienes comunes desde la perspectiva del orden político y jurídico medieval propone un camino teórico en que los bienes económicamente valiosos se sustraen de la lógica de la modernidad jurídica y su ambición universal. Esto permite trascender la sola aproximación económica que ha puesto de relieve Ostrom, y adentrarse en las particularidades políticas de la construcción de lo común y en sus manifestaciones normativas, donde puedan hallarse. Los bienes comunes, entonces, se sitúan en un espacio político específico de resistencia contramoderna, que reconoce las posibilidades autonormativas de grupos específicos de la sociedad en torno a los medios producción y

las formas de intercambio que les son propias, ya sea porque las han practicado ancestralmente o bien porque las han construido bajo un paradigma específico¹⁹⁶.

En ese sentido, las prácticas políticas de la premodernidad están basadas en el territorio y la adscripción de los individuos a este, en base a una pertenencia a la tierra modelada por el sistema feudal. El orden jurídico es plural y su variedad está determinada por las distintas calidades que una persona pudiera detentar. A esta pluralidad normativa, que es territorial y personal, debe superponerse un sistema económico basado en una explotación sustentable y ecológica de la tierra, en que el comercio es incipiente y en que las actividades productivas están asociadas a grupos específicos que producen y transan por subsistencia, sin un objetivo acumulador. Para Mattei la modernidad se construye a partir de la destrucción de esa organización ecológica y sostenible que preside la organización de la sociedad y en la sustitución del paradigma del ser por el del tener. Esto se expresa en dos hitos fundantes; los cercamientos de los bienes comunales y el *descubrimiento* del nuevo mundo (MATTEI, 2013, p. 49). El canon comunitario sobre la tierra se vuelve, a partir de estos hitos, un especie de paria en el sistema de ideas de la modernidad, y queda relegado al ámbito de lo premoderno “(...) de lo salvaje y de lo medieval.” (MATTEI, 2013, p. 61). La propiedad privada es, en ese sentido, el producto de una lógica política binaria y excluyente que sólo reconoce privados y Estado, y que suprime toda la riqueza y variedad de las alternativas intermedias.

Así, las ideas que buscan la recuperación de lo común no proponen un nuevo paradigma, sino más bien corresponden a una relectura de aquellos que quedaron excluidos del conjunto de ideas consideradas válidas y que lograron una hegemonía en la configuración político – jurídica de la modernidad. De este modo, esas ideas no se detienen en la sola forma de explotación económica comunitaria de determinados bienes, sino que además buscan refundar el discurso político y jurídico sobre una base fáctica distinta. En esta, las relaciones entre las cosas y las personas se sitúan en una dimensión ecosistémica, de mutua dependencia y supra individual. Mattei busca, en ese sentido, superar la mera economía de los bienes comunes, e instalar una narrativa alternativa a la lockeana y, por cierto, a la hardiana.

Esta propuesta integra plenamente a los bienes en una relación cualitativa con las personas, que los excluye de la idea moderna de mercancía. De este modo los bienes comunes sólo admiten una conceptualización en el marco de una praxis específica en la que adquieren relevancia, y no a cuenta de una ontología dada (MATTEI, 2013, pp. 65 - 66). De ahí que, como se sostenía antes, los bienes comunes no necesariamente se corresponden con las categorías propietarias que el derecho del Estado ofrece, y que están ancladas en los cánones jurídico modernos y en las formas de explotación propiamente

¹⁹⁶ Ahí se encuentra, por ejemplo, la recuperación de los cultivos tradicionales en Andhra Pradesh, India, que permiten a las mujeres de las castas más pobres, recobrar su autonomía alimentaria sembrando semillas rescatadas del olvido, bajo procedimientos agrícolas mucho más adecuados a las condiciones climáticas, y permitiendo su independencia de cultivos introducidos que requieren de pesticidas (BOLLIER, 2016b, p. 20).

capitalistas. Como destaca Alvaro Ramis, estos nuevos comunes no pueden comprenderse desde las estructuras tradicionales de conceptos ni pueden tampoco ser catalogados en un sistema de propiedad que emane de la legalidad formal y en el ámbito nacional de su jurisdicción (RAMIS, 2017, pág. 57). De ahí también el profundo dinamismo con el que las cosas pueden transitar desde lo común a lo privado – público y viceversa, a partir de distintos arreglos que una determinada sociedad o grupo se dan. Aventurando los límites de las construcciones jurídicas comunes, es muy posible que estas mismas trasciendan las meras estructuras propietarias y que el sistema de arreglos tenga mucho más que ver con los acuerdos de voluntades que se producen en torno al uso de cierto bienes. Como apunta Séverine Dusollier, si la propiedad engendra derechos y poderes, los comunes crean privilegios e inmunidades para el grupo de beneficiarios de esos bienes y usos comunes (DUSOLLIER, 2013, pp. 261 - 262). De esta manera se construye un sistema de relaciones entre personas más que de estas con las cosas; en suma una perspectiva funcionalista y relacional en que lo común

“Es una categoría auténticamente relacional, construida a partir de relaciones entre individuos, comunidades, contextos y medio ambiente. Lo común es un categoría ecológico – cualitativa y no económico – cuantitativa, como la propiedad o la soberanía estatal.” (MATTEI, 2013, p. 74).

Desde la perspectiva que ofrece el derecho es claro que los bienes comunes, en tanto construcción política de gobierno relacional sobre bienes, constituyen un sistema normativo dinámico, no formal, no originado en el Estado pero que interactúa en alguna instancia con el derecho formal que produce este último. Hay por lo tanto, una pregunta pendiente acerca del rol del Estado y del sustento que este le proporciona al absolutismo normativo de la modernidad jurídica. La consolidación propietaria privada sugiere la idea de un Estado más bien ausente en la configuración de los derechos de propiedad privada y con un rol más bien de facilitador en el resguardo de estos (FITZPATRICK, 2006, p. 1007). En ese sentido, el rol está en la arquitectura jurídica puesta a disposición de los mercados de transacciones que, de manera autónoma, iban a asignar derechos de propiedad de forma de llevar los bienes a su máxima valoración. Sólo se requiere, entonces, que el Estado provea un sistema de delineamiento de los derechos, criterios de asignación de estos y el imperio monopólico de la fuerza para hacerlos cumplir. Esta forma de comprender los sistemas propietarios está evidentemente en deuda con la realidad polimorfa en que las distintas formulaciones culturales, sociales, institucionales, políticas, étnicas, territoriales y, finalmente económicas, se apropian y transan bienes, y

que trascienden con mucho un mero ajuste ante las relaciones de costo – beneficio. Las asunciones económicas clásicas, como afirma Fitzpatrick¹⁹⁷

(...) tienden a ignorar lo que los antropólogos han afirmado largamente: que los derechos de propiedad son tanto el resultado como la causa de conflictos sobre los recursos. Como tales, no son tanto facultades de acción autorizadas que los participantes de un mercado eligen y que están garantizadas por el Estado, sino más bien procesos y productos de la constante negociación, oposición y acuerdos.” (FITZPATRICK, 2006, p. 1008).

Es evidente, en ese sentido, que los regímenes de propiedad común representan por sí mismos sistemas normativos que atañen a un grupo específico de la sociedad y que generan un contexto plurinormativo que en ocasiones se enfrenta al derecho del Estado y las soluciones de talla única que este impone. Esto plantea una arena política nueva en términos de qué reconocimiento le dispensa o debería dispensar el Estado moderno a prácticas normativo – propietarias y transaccionales que remiten a lo premoderno.

Como se veía anteriormente con Ostrom, uno de los principios de diseño de los sistemas de bienes comunes es que estos cuenten con un cierto reconocimiento del Estado (OSTROM, 2011, p. 165). Lo de *cierto* es un espacio de vasta complejidad, pero se puede intuir que un sistema de comunes requiere, al menos, una autonomía que no se enfrente con las autoridades de gobierno estatal (MARGALIT, 2009, p. 146). Una de las críticas que Avital Margalit levanta al enfoque neoinstitucional de Elinor Ostrom es su insuficiencia para proveer una adecuada comprensión del contexto de fuerzas externas que afectan a los comunes, y que se resuelven en una serie de aspectos económicos, políticos, culturales e institucionales. La insuficiencia del marco analítico tiende así a comprimir el análisis de los bienes comunes a un mero mecanismo de reducción de costos (MARGALIT, 2009, p. 146). Más allá de dudar de que esto represente una crítica sólida al análisis de Ostrom (lo institucional posee un campo bastante rico), sí es necesario reconocer que los bienes comunes se insertan en una realidad que trasciende al sólo grupo que gobierna un recurso de manera colectiva, independientemente de su escala. Margalit propone un esquema de análisis que considera cuatro elementos; el funcionamiento interno del grupo; los ambientes ecológicos, sociales y políticos en que se sitúa; las interacciones que se producen entre las variables internas y las externas; y, finalmente,

¹⁹⁷ Fitzpatrick plantea la cuestión de que la imposición de derechos de propiedad clásicos en contextos del llamado Tercer Mundo resulta impracticable cuando estos producen nuevas formas de incertidumbre y conflictos. Se trata en ese sentido de territorios en que el gobierno de algunos recursos ha evolucionado de forma separada o en abierta contradicción con las instituciones del Estado (FITZPATRICK, 2006, p. 1009). De esta forma, los arreglos comunales sobre el aprovechamiento de un recurso pueden ser eficientes para ese territorio específico y sus integrantes, pero pueden producir paradojas y conflictos cuando se enfrentan al derecho del Estado.

los cambios que van experimentando en el eje temporal (MARGALIT, 2009, p. 148). En ese esquema, el contexto legal en que los comunes existen y operan es una expresión del poder normativo del Estado que de una u otra manera ejerce influencia en estos. Si el reconocimiento de la existencia de esa clase de arreglos es el punto cero de esa relación, esto resulta al menos coherente con los principios de reconocimiento de grupos intermedios de la sociedad y de su derecho de autodeterminación, que son corrientes en el constitucionalismo moderno. Este punto de vista sitúa a la ley, en tanto derecho del Estado, como un factor endógeno a los bienes comunes y una parte integral de su entorno cultural (MARGALIT, 2009, p. 150). Puesto de otra forma, los comunes no podrían existir sin un mínimo reconocimiento a su poder normativo, que viene dado por la ley estatal.

Esta premisa esconde, no obstante, los múltiples roles que la ley estatal puede jugar en la constitución y funcionamiento de un sistema de bienes comunes, tanto para fomentarlos como para coartarlos. Un ejemplo, como destaca Margalit, es el caso de las imposiciones coloniales que, en el mejor de los casos, dialogan y construyen un orden a partir de la ley estatal y de los arreglos locales pero que, en el peor, terminan por destruir o debilitar los sistemas de bienes comunes locales, a cuenta de la necesidad de establecer mercados externos para recursos naturales (MARGALIT, 2009, p. 150). Resulta difícil, así visto, pensar los bienes comunes sin considerar alguna clase de nexo con el derecho estatal. Como afirma Margalit, la misma autonomía de los colectivos que organizan modelos comunales de administración y explotación de recursos, está determinada por normas estatales, al menos en el nacimiento de estas organizaciones.

Un campo de discusión evidente que surge con esto es la modulación de la intervención del Estado, asumiendo que esta es inevitable. Una pregunta clave en esa dirección es si el Estado debe intervenir cuando el sistema falla, ya sea para transformar esos bienes comunes en propiedad privada o pública, o bien para dejarlos caer, intencionadamente, en el campo del acceso abierto. Pero, evidentemente, estas cuestiones pueden extenderse a otros intereses que el Estado deba satisfacer, como por ejemplo la conservación de un recurso que está siendo agotado debido a una deficiente administración del régimen común. Con la misma lógica, puede producirse un proceso virtuoso y sinérgico de producción normativa, en que el derecho del Estado recoge las prácticas normativas de los bienes comunes y las incorpora al sistema legal, por ejemplo, mediante el reconocimiento de determinadas costumbres como fuente de derecho. Evidentemente, este reconocimiento normativo no es casual y responde a una política más amplia de reconocimiento político, pero en buena medida constituye un telón de fondo normativo que dispone de ciertos principios por los que se deberá regir un sistema de bienes

comunes¹⁹⁸. Boillier, adecuadamente, considera el origen del derecho de los comunes en el seno de las mismas comunidades que crean su legislación social e informalmente, en función de sus necesidades para después perpetuarla en la práctica diaria. Se trata, en ese sentido, de “(...) comunidades autoorganizadas (*sic*) con una ética social y unas normas propias que se aplican ellas mismas.” (BOLLIER, 2016b, p. 89).

Buena parte del reconocimiento que algunos estados otorgan a los pueblos indígenas gira, precisamente, en torno a resolver el problema de su autonomía normativa, que les proporciona capacidad decisoria y control sobre procesos de producción económica, muchas veces relacionados con la tierra y los recursos naturales. Las relaciones entre el sistema legal y las otras formas normativas que existen dentro de una sociedad, pueden ofrecer una perspectiva multifacética y polimorfa de lo que tradicionalmente se entiende por *orden normativo*. En estas relaciones confluyen una multiplicidad de elementos que van a dar origen a un derecho de bienes mucho más rico, que reconoce de modo más perfecto las variadas relaciones entre las personas y las cosas de que se sirven.

10. Los bienes comunes del conocimiento

El primero de enero de 2021 caducaron los derechos de autor que los herederos de Francis Scott Fitzgerald mantuvieron durante setenta años sobre *El Gran Gatsby*, una de las novelas más icónicas del panorama literario norteamericano de la primera mitad del siglo XX (y para algunos *la gran novela americana*). Desde la muerte temprana y alcohólica de Fitzgerald, en 1940, los derechos de su personaje y la historia habían estado en poder de sus herederos. Todas las ediciones posteriores y las muchas traducciones, han estado protegidas por derechos de *copyright* y todos quienes hayan comprado algún ejemplar han pagado esos derechos. Eso incluye, por cierto, las adaptaciones cinematográficas que se han hecho de *Jay Gatsby*: las más relevantes son las de 1974, protagonizada por Robert Redford, y dirigida por Jack Clayton; y la de 2013, dirigida por Baz Luhrmann y con Leonardo Di Caprio en el rol de Gatsby.

El paso de los derechos al dominio público permitirá una serie de nuevas ediciones y, sobre todo, adaptaciones de la obra de Fitzgerald. Una de ellas es la novela que cuenta la historia de Nick Carraway, el narrador en primera persona de la novela, y que esperó

¹⁹⁸ Dagan y Heller consideran como fundamento de cualquier régimen de bienes comunes que se precie de liberal, el reconocer y resguardar el derecho de salida de quienes participan en ese régimen. Pero a la vez, este derecho de salida representa un desafío enorme a esos sistemas, que son susceptibles de fracasar por el abandono oportunista de sus miembros. El sistema de reglas que conforma ese telón de fondo puede disponer de un diseño que atenúe ese efecto, creando una red de seguridad que permita a los comuneros beneficiarse de la mutua confianza sin tomar riesgos individuales (DAGAN, 2011, p. 169). Las reglas, de esta forma, pueden minimizar los incentivos para los abusos que llevan a la tragedia, que toman generalmente la forma de *free riders*, y fomentar las adopción de estrategias cooperativas, que llevan al éxito.

cinco años a que los derechos caducaran para ver la imprenta. Pero junto a ello vendrán adaptaciones teatrales y cinematográficas; en suma, nuevas formas de contar la historia de Gatsby, en nuevos contextos, bajo otros paradigmas que aquellos que inspiraron a F.S. Fitzgerald hace casi un siglo¹⁹⁹.

El paso de los derechos de *El Gran Gatsby* al dominio público es (o está por ser) un ejemplo de cómo la liberación de una obra de las constricciones del derecho de autor es capaz de iniciar un proceso virtuoso de creación en torno a, o tomando como base la obra original, pero modificándola, alterándola, releyéndola, reinterpretándola y/o resignificándola (o todo a la vez) en tiempos y contextos distintos²⁰⁰. Esas relecturas y la consecuente creación que se produce sobre estas, sólo son posibles cuando el conocimiento está abierto, y sus códigos son posibles de manipular por quienes deseen emprender nuevos caminos creativos. Desde el punto de vista de la producción de valor, es indudable que la entrada de obras en el dominio público, como es el caso de *El Gran Gatsby*, representa posibilidades de multiplicación respecto de la obra original paralizada por los derechos de PI.

Hasta ahora se ha buscado situar a los bienes comunes en el terreno de las configuraciones posibles de las relaciones propietarias en un sistema normativo. Pero no es posible desconocer que el análisis de lo común ha girado en torno a los bienes tangibles, a la tierra y los recursos naturales estáticos o móviles. El desarrollo y las transformaciones del capitalismo, como se ha visto ya, transitan hacia la construcción de valor en torno a otras formas de activos económicos, principalmente intangibles de producción humana; bienes que no se encuentran en la naturaleza, sino en la capacidad creadora e innovadora de hombres y mujeres, aunque habría que preguntarse por qué no considerar a estos últimos como parte de la naturaleza.

El problema de los bienes comunes y su tragedia, con la consecuente convergencia propietarizadora, puede rebatirse cuando se trata de repensar qué paradigma propietario puede aplicarse a esta clase de bienes, de modo de sustituir o al menos tomar distancia del paradigma privado. La primera aproximación es la que piensa a los bienes del conocimiento desde las nuevas formas de producción e intercambio. En ese sentido para Andrea Fumagalli, los bienes comunes son la tipología principal de bienes que produce el capitalismo cognitivo (FUMAGALLI, 2010, p. 276). Dicho de otro modo, el capitalismo cognitivo produce principalmente bienes que son comunes por naturaleza. Esos bienes emanan, entonces, de un proceso de producción que es común, no en el sentido de que sean comunmente producidos, como podrían serlos aquellos que resultan de una cadena de producción fordista. Por el contrario, se trata de bienes que son resultado

¹⁹⁹ Véase la nota de prensa en *The New York Times* (<https://www.nytimes.com/2020/12/30/books/great-gatsby-fitzgerald-copyright.html>, visitado el 01 de abril de 2021).

²⁰⁰ Es, por demás, el gran logro de Christopher Nolan y su trilogía de Batman, que comienza con *Batman Begins* (2005), y en que ofrece una brillante puesta a tono del personaje creado en 1939, esta vez en el mundo del miedo y el terror post 11/9.

de la cooperación social, pues es esta la que hace posible que el conocimiento fluya hacia la producción.

10.1. Qué son los bienes comunes del conocimiento

Frischmann, Madison y Strandburg se refieren a los bienes comunes del conocimiento como la gobernanza comunitaria institucionalizada para compartir y crear información, ciencia, conocimiento, datos y otros tipos de recursos culturales e intelectuales (FRISCHMANN, et al., 2014, p. 3). Desde esta perspectiva, más allá de definirlos como un conjunto específico de bienes con tales o cuales características, los bienes comunes de conocimiento responden a una forma de acción no completamente propietaria y no completamente excluyente, que transforma la lógica puramente mercantil de la producción y transacción sobre ellos. Esta forma de acción se centra en arreglos específicos y puede operar sobre una gama más o menos amplia de bienes que emanan del conocimiento humano que, según determinados acuerdos entre grupos humanos de productores y consumidores, transitan desde lo puramente privado hacia alguna forma de comunidad, que excede el esquema público – privado. En tanto espacio intermedio, su dimensión podrá ser o menos amplia, de forma que su real campo de aplicación es contingente a innovaciones político – jurídicas que se ven influenciadas por innovaciones tecnológicas que inciden en la producción y transacción. Por eso, los bienes comunes del conocimiento son especialmente contingentes a *internet*, como espacio creativo y transaccional²⁰¹.

Dado que ya se ha ensayado antes una definición de bienes comunes es preciso aventurar algunas diferencias entre estos y esta subespecie que constituyen los bienes comunes del conocimiento. En primer lugar, la base fáctica de apropiación es evidentemente diferente. El conocimiento es la base de la apropiación, y como tal es intangible más allá de un soporte físico en que se inscribe. Como señalan Hess y Ostrom, el conocimiento equivale a “(...) ideas, información y datos inteligibles en cualquier forma en que se expresen u obtengan.”, pero también a las formas de procesamiento consciente de esa información y los productos que aparecen de este proceso. Es conocimiento “(...) toda forma de comprensión lograda mediante la experiencia o el estudio (...). También incluye obras creativas, como la música y las artes visuales y teatrales.” (HESS & OSTROM, 2016a, p. 32).

²⁰¹ Hess y Ostrom fijan en la década del noventa el verdadero auge de la divulgación digital de conocimiento con los rasgos de masividad que hoy son corrientes. Si antes esos bienes comunes del conocimiento se limitaban a librerías y bibliotecas, la irrupción de *internet* aumenta la cantidad de información que surge en formato digital y la que pasa a este formato para ser distribuida a través de la *web*. El fenómeno viene jalonado por la mejora creciente de los motores de búsqueda y de las bases de datos y la posibilidad de intercambio sincrónico de información (HESS & OSTROM, 2016b, p. 71).

Es conveniente, a efectos de este estudio, abordar la conceptualización del conocimiento de la forma más amplia, desacademizada y democrática posible; conocimiento es la forma ancestral de preparar la cerveza y la fórmula de las vacunas más sofisticadas; es la tradición oral de los cuentos que mantienen viva la historia de un pueblo, y son las obras de la filosofía más avanzada y vanguardista; son los murales de Mon Laferte en los cerros de Valparaíso y las pinturas de Goya en el Museo del Prado. De la misma forma, y siguiendo a Hess y Ostrom, las expresiones *bienes del conocimiento* y *bienes informacionales* deben usarse de forma intercambiable, porque los problemas que se tratan a partir de estos "(...) tienen una importancia crucial que se extiende bastante más allá de la torre de marfil." (HESS & OSTROM, 2016a, p. 33). Sin perjuicio de que la vocación de este trabajo está centrada en los bienes intelectuales de producción humana amparados en derechos de autor/*copyright*, es necesario tener en cuenta los límites porosos de los estatutos legales. Baste decir que el Batimovil no es sólo un modelo industrial susceptible de ser patentado; es un objeto cultural y un personaje cinematográfico con larga presencia en varios soportes narrativos distintos²⁰².

En el segundo elemento clave en los bienes comunes del conocimiento, es el distinto comportamiento de la sustrabilidad, es decir de las posibilidades de exclusión que estos presentan en contraposición a los bienes comunes a secas. Si bien la exclusión es un elemento que ya se presenta en menor medida en la propiedad común de tangibles, este declive se acentúa en los bienes del conocimiento. Ya sea porque esta es imposible o su costo demasiado alto, la posibilidad de excluir a otros del flujo libre es baja o nula en el mundo de los bienes del conocimiento. Este rasgo es aún más intenso, como se ha visto, en el mundo de la producción y de los intercambios digitales en la *web*. A partir de esto, se produce un cambio radical en el comportamiento económico de esos bienes, pues las justificaciones de la propietarización en la escasez se vuelven débiles y tienden a generar un vacío de ideas en torno a qué son estos bienes y por qué deberían seguir siendo considerados privados. De ahí que se instale a partir de la desprivatización *de facto* de ciertos bienes, una nueva racionalidad económica en torno a estos, en la que la experiencia de lo común puede obtener una preeminencia cuando se articula como un paradigma equitativo, eficiente y sostenible.

Estas últimas tres características de los bienes comunes del conocimiento permiten también posicionarlos como una superación del conflicto inherente a los bienes comunes. Como se verá más adelante, los bienes comunes ofrecen un escenario que surge de un conflicto, pero que no está exento de otros. Los bienes comunes del conocimiento, como afirman Hess y Ostrom, son vulnerables a los dilemas sociales y los resultados de las interacciones transitan desde lo negativo a lo positivo (HESS & OSTROM, 2016a). En ese sentido

²⁰² Véase a Schonhofen (2016).

“Amenazas típicas de los bienes comunes del conocimiento son la mercantilización o el cercamiento, la contaminación o la degradación y la no sostenibilidad.” (HESS & OSTROM, 2016a, p. 29).

Esto puede, no obstante, ser cuestionado si se piensa a los comunes como un sistema que supera muchos de esos problemas y se entiende puntualmente a los comunes del conocimiento como un terreno de abundancia no rival y no excluyente, es decir como recursos no sustractivos. Desde este punto de vista, la PI, como respuesta normada del Estado al problema de la apropiación del conocimiento, en permanente extensión de su campo de dominio, puede ser vista como la principal amenaza a los bienes comunes del conocimiento.

Si bien los bienes comunes tienen una estructura propia es preciso distinguir cuáles de estos elementos estructurales están presentes en los bienes comunes del conocimiento, teniendo en cuenta las características de no exclusividad – no rivalidad de esos sistemas de recursos. Para Hess y Ostrom (HESS & OSTROM, 2016b, pp. 71 - 73), estos sistemas se componen en primer lugar de instalaciones de almacenamiento de artefactos, que tradicionalmente han sido las bibliotecas, pero que en el mundo digital son la infraestructura física de red (fibra óptica, hilos de cobre, servidores y terminales); sobre estas se produce el almacenamiento de artefactos; aquí el análisis se sofisticaba bastante, pues los artefactos son las expresiones de ideas (o ideas expresadas, codificadas en algún lenguaje posible de decodificar). Es evidente que la variedad de artefactos de que disponen los bienes del conocimiento es enorme y facilitan su difusión sin límites y, de alguna forma su comunitarización. Para Hess y Ostrom equivalen, en el mundo tangible, a las unidades de recurso, que fluyen a través de una instalación tecnológica específica (2016b, p. 72). Finalmente, las ideas son los “(...) pensamientos coherentes, imágenes mentales, visiones creativas e informaciones innovadoras.” (2016b, p. 72). Las ideas son unidades de flujo no físicas, que están contenidas en los artefactos; algunas son capturables por los derechos de autor y otras, como la tabla de multiplicar o la fórmula de cálculo para hacer cemento o para calcular la inflación, son dominio público que no es propietarizable.

Aquí radica una clave de los sistemas de bienes comunes del conocimiento: la infraestructura sumada a artefactos digitales es lo que permite la reproducción ilimitada de la información y contenidos de ideas que se soportan en dichos artefactos. Esta estructura se caracteriza por su replicabilidad prácticamente ilimitada sin que el aprovechamiento de unos signifique menoscabo para otros. Ahora bien: no es esta estructura en sí misma lo que genera la comunidad de bienes. Es decir, la confluencia de estos tres elementos que caracterizan un sistema de recursos del conocimiento no necesariamente se resuelve en la creación de una comunidad de bienes. La comunidad, como se viene señalando, posee un carácter subjetivo y se basa en actores específicos que construyen un sistema en base a roles más o menos intercambiables y con mayores o menores alcances. Hess y Ostrom, distinguen a los usuarios de informaciones digitales; a los proveedores, que aportan los contenidos o desarrollan los *softwares* necesarios y la infraestructura física; y los reguladores, que se encargan de elaborar y hacer cumplir las

reglas del sistema de bienes comunes. Su variedad es enorme y pueden ir desde los operadores de la Wikipedia hasta una comisión rectora de una biblioteca digital. De alguna forma, los sistemas de bienes comunes conjugan una estructura específica de bienes con una organización de sujetos con roles bien definidos, aunque en muchos casos intercambiables. Pero aún así, estas estructuras objetivas y subjetivas, por sí mismas, no son aún constitutivas de una comunidad. Se requiere de un elemento que amalgame estas dos estructuras, y este es el conjunto de valores mutuamente compartidos entre estos sujetos respecto de esos bienes. Naturalmente estos valores, que determinan las condiciones de la infraestructura para el intercambio de los artefactos, no están escritos en piedra y sí resultan en muchos casos conflictivos, complejos y, sobre todo, fragmentados (HESS & OSTROM, 2016b, p. 74). De ahí que la variedad de posibles comunidades de bienes del conocimiento sea contingente a las tecnologías que determinan las estructuras en las que se produce e intercambia, pero también a valores y consideraciones respecto de estos artefactos e ideas que circulan a través de esos soportes. Esto posibilita, con todo, la aparición de nuevas formas de comunidades que reúnen valores que no existían con anterioridad o que, existiendo, no disponían de medios para unirse en algo parecido a una comunidad. La fragmentación de los intereses es en ese sentido alta, pero su variedad lo es también. De igual forma, las comunidades que pueden formarse en torno a bienes del conocimiento poseen una extensión que ya no está determinada por la proximidad geográfica a un recurso como podría ser el agua, sino por conexiones específicas con una forma particular de conocimiento o información (FRISCHMANN, et al., 2014, p. 16).

10.2. El conflicto sobre los bienes del conocimiento

Ya se ha visto, en el capítulo segundo de este trabajo, que los derechos de propiedad intelectual otorgan monopolios temporales a sus titulares respecto de bienes de su producción. Esto es especialmente conflictivo cuando se trata de monopolizar bienes del conocimiento mediante estatutos de propiedad intelectual que vuelven escasos bienes que naturalmente fluyen con libertad sin que ello signifique su agotamiento o la paralización de su provisión. Estos problemas se acrecientan, como advierte Haunss, cuando los regímenes de propiedad intelectual inciden en bienes de demanda inelástica, absorbiendo los consumidores el mayor precio. Esto es especialmente grave cuando se trata de bienes esenciales que escasean debido a derechos de propiedad intelectual, como es el caso de

los medicamentos antiretrovirales para el tratamiento del VIH/SIDA²⁰³. Ello evidencia cómo la propiedad intelectual deja de ser un problema que afecta solamente las microeconomías de productores industriales y comerciantes de ciertos bienes y pasa a ser una cuestión de orden personal para muchos individuos, que trasciende la sola afectación por un precio monopólico (HAUNSS, 2013, pp. 18 - 19). No debe obviarse que las economías basadas en el conocimiento se desarrollan de forma paralela a sociedades del consumo, de modo que ambos procesos se complementan, retroalimentan y encuentran, finalmente, en el mercado. Si las economías producen esos bienes es porque dirigen esa producción a un mercado en que son adquiridos y consumidos.

Con todo, es necesario relevar la enorme dispersión de los intereses y de los cursos de acción política que se generan alrededor de los bienes del conocimiento. Quienes tienen interés en la liberación de los derechos de la literatura clásica no son los mismos que lo tienen en la liberación de las patentes de medicamentos en India o Brasil; quienes buscan que los sitios de *streaming* gratuitos de filmografía sean abiertos y no perseguidos por los organismos del Estado, no son necesariamente los mismos que pugnan para que la producción académica universitaria circule libremente en repositorios abiertos.

Haunss destaca, en esa lógica, cómo la protección de la PI fue un sistema que regulaba primordialmente relaciones entre productores y entre estos y los comercializadores, pero que rara vez involucraba a los individuos directamente (HAUNSS, 2013, p. 19) Sólo desde mediados de la década del noventa se comenzó a desarrollar un interés en el consumidor final, último eslabón de la cadena, a cuenta especialmente de las políticas de persecución de los piratas informáticos. A partir de esto, es posible pensar la importancia de la PI en términos políticos, en tanto se amplía el espectro de actores (productores, científicos, laboratorios, universidades, artistas, agencias públicas, intermediarios varios, entidades de gestión, consumidores, compañías productoras de infraestructura de redes, entre otros) y de asuntos que envuelve la propiedad intelectual (medicamentos, literatura, producción científica de base y obras artísticas de una amplísima gama y soportes). Estos fenómenos son el corazón del conflicto que plantea la PI y deben, como afirma Haunss, situarse en el marco de un cambio social de mayor envergadura, esto es la transición hacia

²⁰³ En ese sentido, el caso de Brasil es ilustrativo. Costa *et al* se refieren al desarrollo de las políticas de acceso de medicamentos para tratar el VIH/SIDA, que comenzó a gestarse a mediados de la década de los ochenta, cuando la epidemia atacaba con especial fuerza en Brasil. En ese contexto el llamado Movimiento Sanitario, tuvo como misión relevar el derecho a la salud universal como una obligación del Estado. Junto a esto, surgieron las primeras organizaciones dedicadas a la lucha contra el SIDA con campañas y litigios para obtener acceso al AZT, por ese entonces el principal fármaco que podía controlar las manifestaciones del virus. Hasta mediados de la década del noventa, Brasil mantenía una legislación sobre propiedad intelectual que no otorgaba derechos de patentes sobre productos y procesos farmacéuticos. De este modo, y a través de laboratorios públicos y privados, Brasil pudo emprender la producción local de una nueva generación de medicamentos, esta vez de acción antiretroviral (ARV), a un costo mucho menor del que ofrecían las empresas transnacionales. Sin embargo, en 1996, y a resultas de los instrumentos internacionales sobre propiedad intelectual suscritos, Brasil modificó su legislación sobre PI, permitiendo el patentamiento de medicamentos y procesos de fabricación (COSTA, et al., 2008, pp. 170 - 173).

una sociedad del conocimiento (HAUNSS, 2013, pp. 50 - 51). De este modo la PI enfrenta un contexto de barreras poco claras entre productores y consumidores, que excede los límites de la fábrica industrial clásica y en que los consumidores son a la vez productores de conocimiento e información que se disemina rápidamente en la red.

Es indudable que esto produce un impacto significativo en las narrativas que tradicionalmente han justificado la propiedad y, como una subespecie de esta, la PI. Los bienes comunes, en tanto discurso, tienen un carácter políticamente reivindicativo, como destacan Mattei y Bollier (MATTEI, 2013; BOLLIER, 2016a; BOLLIER, 2016b), que se produce a partir de la huida de categorías de pensamiento predominantes. Por lo pronto, la tradición de pensamiento fundada en John Locke, que inspiró latamente la gestación de la propiedad liberal al servicio del desarrollo capitalista, queda en entredicho. Su fundamento apropiador en el trabajo humano y la gestación de un régimen de propiedad individual que lo recompensa, es de dudosa aplicación a una base fáctica de producción inmaterial y colectiva, y de bienes que ni rivalizan ni son escasos. En ese sentido, el conflicto mismo por el dominio de los bienes escasos tiende a diluirse cuando las personas pueden acceder a ellos sin que eso implique negar el acceso a otros. Pero también la narrativa de la propiedad privada como fundamento del desarrollo de los países, suscita nuevos conflictos en el contexto internacional y una nueva forma de desigualdad entre quienes poseen el conocimiento y lo resguardan, y quienes lo requieren para llevar a cabo sus propios proyectos. Nuevamente, la variedad de actores que pueden caber en este último grupo es amplísima; en ella caben piratas informáticos, asociaciones de académicos, sociedad civil organizada (y no tanto) y agencias estatales que buscan un cambio de giro en las estrategias de desarrollo de los países.

En ese sentido, la irrupción de la tecnología ofrece una nueva base económica y las redes necesarias para los bienes comunes del conocimiento. En el contexto específico de las economías de conocimiento, advierte Ramis, “(...) germinan experiencias productivas que se apartan de la antinomia entre propiedad estatal y propiedad privada.” (RAMIS, 2017, pág. 392). El paradigma de lo común, alguna vez recesivo frente a las formas gananciosas de propiedad privada, comienza a tomar una forma específica en determinadas economías en que la tecnología de la información ha entrado con fuerza para permitir nuevas relaciones entre productores; entre estos y los consumidores; y entre estos últimos.

Estas interacciones no están mediadas por los característicos intercambios de mercado y, sobre todo, no se catalizan a través de contratos constitutivos de propiedad privada. No interesa tanto, desde ese punto de vista, desarrollar una ontología específica que permita discernir qué bienes son comunes y cuáles no podrían serlo. Más bien es necesario preguntarse qué clase de relaciones, prácticas y experiencias humanas constituyen la comunidad, de la cuál el régimen de bienes no es más que un punto de confluencia de amplias redes de individuos en busca de oportunidades de colaboración para objetivos comunes (BENKLER, 2017b, p. 244).

En ese sentido, Ramis aborda la idea de los bienes comunes en tanto método político que busca trascender la dicotomía entre ejercer el poder o padecerlo. Para el autor, el espacio de acción política que proponen los bienes comunes es uno que ya está poblado por dinámicas con existencia real y se expresa, como método, en la voluntad de “(...)

intensificar, extender y densificar una trama auto organizativa de la que se es parte (...)” (RAMIS, 2017, pág. 397).

Es posible, en ese sentido, articular los nuevos conflictos en la sociedad del conocimiento a partir de dos líneas bien claras. Por una parte, las estrategias propietarizantes que extienden el campo de lo apropiable, y por otro las contratendencias que pretenden una variada serie de objetivos que tienen en común el reconocer a los bienes del conocimiento su carácter no excluyente. La politización del conflicto arranca de nuevos grupos de intereses en torno a esos bienes, que involucran a una mayor cantidad y variedad de actores que los conocidos hasta ahora, y una mayor atención desde las estructuras de poder y de toma de decisiones (HAUNSS, 2013, p. 50). Desde ese punto en adelante, son varias las subestrategias que pueden darse, y varían entre los accesos abiertos, no normados, generalmente ilegales y susceptibles de generar responsabilidades en el ámbito civil y penal; y los regímenes de comunidad, en tanto sistemas normativos de producción y aprovechamiento comunitario de bienes. Estos últimos sistemas, como afirma Haunss, se basan en los principios de acceso y compatibilidad o no exclusión (HAUNSS, 2013, p. 48).

Es claro, no obstante, que esos rasgos pueden darse de manera separada, modulándose distintas estrategias según qué clase de bienes y qué comunidades los produzcan y/o operen. El régimen de comunidad mismo, como se ha visto, no necesariamente es abierto (al menos no lo es *urbi et orbi* como lo sería un área de pesca internacional), aunque sí lo es para sus participantes, como lo concibe Ostrom.

La prevalencia de un modelo de propiedad respecto de los bienes del conocimiento no es un asunto menor. El auge de las sociedades del conocimiento y su transición más o menos rápida desde la base de producción manufacturera hacia una basada en el conocimiento, evidencia enormes disparidades a nivel global. Esto implica una batalla de los Estados nación por hacerse de nuevas fuentes de riqueza a partir de la formación de capital humano y de la producción intelectual que este pueda desarrollar dentro de las fronteras, quedando muchos de los procesos de manufactura propiamente tal, deslocalizados. Como destaca Haunss, y como ya se ha dicho a propósito del capitalismo cognitivo, esta transición, para los países que logran efectuarla, tiene un impacto en la estructura ocupacional, a cuenta del mayor predominio de trabajadores altamente calificados (*white collar workers*) en sectores claves de economía del conocimiento. Junto con otros factores que no viene al caso discutir aquí, esta transición empuja un cambio en la estructura social, especialmente en las capas medias, que se visualizan como una categoría de gran heterogeneidad, con enormes dispersiones de ingresos y condiciones de vida (HAUNSS, 2013, pp. 89 - 90).

Como puede advertirse entonces, la posesión del conocimiento, en las varias formas que este pueda adoptar, se transforma en un marcador de clase, como alguna vez lo fue la pertenencia a un gremio de oficios en la baja edad media que transitaba hacia una estructura social con preeminencia de la burguesía urbana. Es indudable, como se exponía antes, que las fortunas que el capitalismo ha producido en los últimos treinta años, si se distribuye por el mayor valor en bolsa de las compañías, se fundan en la posesión

exclusiva de alguna forma de conocimiento (por ejemplo, un algoritmo que gobierna una aplicación) y en la producción de bienes intangibles a partir de eso.

Es posible, entonces, situar a la PI en el centro de ese conflicto social que se produce en la sociedad del conocimiento. El protagonismo de esa forma propietaria específica puede tener lugar en el nivel de las estrategias país para el desarrollo o bien en el nivel micro, en que una empresa pequeña busca hacerse de un modelo de negocios basado en una tecnología específica que se basa en el conocimiento y de los derechos a usufructuar de esta. Haunss apunta en ese sentido que el conflicto por el conocimiento puede estar en varios niveles. El más básico es el que se refiere a las condiciones generales para la generación de conocimiento²⁰⁴. Aquí se sitúan el control de las redes y los mecanismos y criterios de exclusión / inclusión en estas. Pero en otros niveles el conflicto se manifiesta en el reemplazo del trabajo por tecnología – conocimiento, lo que origina nuevas formas de desigualdad (HAUNSS, 2013, p. 91).

En lo que releva a este estudio, el grupo de conflictos más relevante es el que se refiere a las reglas que gobiernan el acceso y distribución de conocimiento. La variedad de subconflictos que Haunss plantea es relativamente amplia, y considera problemas que ya son clásicos en las más modernas reflexiones político – jurídicas. En esta gama se encuentran el acceso a la educación, a la información, los límites a esos accesos, los conflictos sobre el alcance de lo público y lo privado y las inequidades sociales y territoriales que se producen (HAUNSS, 2013, pp. 91 - 92). En varios de estos conflictos la estructura de los derechos de PI y la mayor o menor apertura al acceso que estos permitan, constituye un *gatekeeper*, un mecanismo que funciona en base a reglas que deciden quiénes acceden a qué. En tanto institución propietarista, la PI produce esas decisiones a partir de mecanismos de mercado: no es raro, entonces, que tantos dardos se dirijan en contra del mecanismo de propietarización en que se funda la PI, o al menos en la forma en que suele comprenderse.

10.3. El sistema de bienes comunes del conocimiento

Como se ha venido señalando, los bienes comunes consisten en una práctica específica que puede tener lugar sobre una variedad de bienes. A partir de cada ontología específica de bienes van a producirse ciertos arreglos que son posibles respecto de unos y no de otros. Los bienes comunes del conocimiento poseen en ese sentido características especiales en torno a las que se va a construir un sistema propio que se compondrá de un medioambiente de fondo, los atributos básicos de los bienes, y las reglas de gobernanza (FRISCHMANN, et al., 2014).

²⁰⁴ Nótese que el autor se refiere a la generación (*generation*) y no a la producción (*production*) de conocimiento. No parece haber consenso en que el conocimiento se produzca, se manufacture en un proceso en que el trabajo humano sea protagonista. El conocimiento, más bien, es algo a lo que puede accederse sin esfuerzo humano, sin gasto calórico, algo que puede encontrarse por casualidad en la observación despistada de la naturaleza o de la sociedad humana.

Así como los bienes comunes en el mundo natural poseen un ambiente en el que se desarrollan (por ejemplo, las pesquerías en determinadas zonas de un país o las comunidades de regantes en torno a las canalizaciones fluviales) los bienes comunes del conocimiento tienen un telón de fondo en la cultura específica en la que aparecen. Esta se compone de las normas de interacción social, las normas jurídicas, la historia, las prácticas y las tradiciones, entre muchas variantes. Frischmann *et al* identifican dos medioambientes canónicos en los que se pueden desarrollar los bienes comunes del conocimiento. En el primero no existen derechos de PI y en el segundo sí. El primero es el ámbito natural, o por defecto, en que muchas cosas quedan aún sin ser objeto de derechos propietarios y que fijan una línea de base para las apropiaciones subsiguientes (FRISCHMANN, et al., 2014, pp. 21 - 22). Es equivalente, como se verá, al dominio público, o si se quiere al espacio común que John Locke visionó como el mundo previo a la primera apropiación. Desde este punto de vista, los sistemas de comunes basados en la PI establecida como derechos, aparecen para Frischmann en un segundo lugar, como alternativas al régimen *natural*.

El segundo componente de un sistema de comunes del conocimiento son los atributos básicos de los bienes, que comprenden el recurso mismo, los participantes y los fines u objetivos que se proponen (FRISCHMANN, et al., 2014, p. 24). Se trata de identificar cuáles son los recursos que se someten a gobierno común y cuáles las características más relevantes de estos. En ocasiones estas se definen por obviedad, pero en otros casos su determinación exacta es más compleja o no está tan clara. Muchos recursos sólo tienen valor en la medida de que se granjee acceso a otros recursos del conocimiento, entablándose entonces una relación de dependencia de la que surge, en realidad, el valor. La conjugación de factores en un sistema de comunes de acceso abierto y bienes protegidos bajo PI ofrece una relación dinámica entre esos dos mundos. El sistema se construye y funciona, entonces, en la operación de accesos y rivalidades. Esto incide también de forma notoria en la conformación de las comunidades que gobiernan los comunes y en las relaciones que estas entablan con otros titulares de recursos que sí son rivales. Como se ha visto, los sistemas de bienes comunes son fundamentalmente relacionales y su composición está determinada por el tipo de relaciones intra, extra e intercomunitarias.

Finalmente, los atributos de los recursos comunes se definen a partir de los fines de las comunidades. Estos pueden parecer bastante obvios en el caso de los recursos naturales, como el agua o las pesquerías, en donde hay un objetivo primario de repartir esos recursos equitativamente o conforme a criterios proporcionales muy sencillos de comprender. Sin embargo, los objetivos en el acceso común a bienes del conocimiento pueden entrañar motivaciones políticas, como apunta Ugo Mattei, o bien resolver un dilema social específico, solucionar problemas de acción colectiva, mediar entre las comunidades y otros sistemas normativos o simplemente coludir a productores para eliminar a la competencia (FRISCHMANN, et al., 2014, p. 26)²⁰⁵. En otras ocasiones, señala

²⁰⁵ Piénsese, por ejemplo, en una comunidad escolar que decide intercambiar libros de texto o formar un biblioteca con prestamos gratuitos.

Frischmann, los bienes comunes simplemente emergen y se debe gobernar su acceso de alguna forma, sin un problema puntual que solucionar.

El tercer componente de un sistema de bienes comunes son las normas o reglas de gobierno bajo las que este funciona (FRISCHMANN, et al., 2014, p. 28). Estas reglas operan dos aspectos fundamentales. El primero es la mayor o menor apertura del sistema tanto al uso de los bienes como a los miembros de la comunidad que los opera. Lo que estas reglas deciden es básicamente quiénes pueden acceder a qué. No debe perderse de vista que el gobierno de los bienes comunes es en definitiva la regulación de la exclusión que esa comunidad específica practica respecto de otros que no son partes de esta, pero también establece criterios internos de exclusión. Sin embargo, tratándose de bienes del conocimiento, y con mayor énfasis en los bienes que transitan a través de *internet*, las razones y la importancia de excluir no son tan claras. Excluir a otros de aquello que no se agota puede obedecer a otras razones que no tienen que ver simplemente con el control económico del recurso.

La segunda línea normativa que surge es la relativa a las estructuras de gobierno que la comunidad establece para tal objetivo. Aquí se incluyen elementos exógenos que la comunidad toma del contexto y los liderazgos formales o informales que inciden en la toma de decisiones (FRISCHMANN, et al., 2014, p. 31). Hay para los autores un conjunto de variables en este ámbito y que se relacionan con las estructuras de los derechos que los miembros van a tener sobre los bienes y cómo y por quienes se proveen los mismos. Los procesos de provisión de bienes tienen en el mundo de los intangibles del conocimiento un claro sentido acumulativo, de modo que un producto se basa en otros anteriores y es al mismo tiempo la base de la creación de otros nuevos. Los mismos límites al uso de estos bienes, no están determinados por factores geográficos, pues el conocimiento y sus derivaciones anidan en espacios no físicos cuyos límites los establece la propia cultura en la que son producidos. Esto va a dar lugar a distintas formas de atesorar y compartir el conocimiento que responden a una arquitectura cultural más amplia y compleja.

En lo que dice relación propiamente con los arreglos institucionales, como advierten Frischmann y compañía, su conformación obedece también a criterios funcionales que pueden operar en el contexto de un mercado protagonizado por industrias y compañías (FRISCHMANN, et al., 2014, p. 32). Los miembros de una comunidad que transa bienes del conocimiento en forma comunitaria pueden ser parte de una red más amplia que considera entre sus participantes tanto a entidades comerciales como a las que suelen llamarse genéricamente *sociedad civil*²⁰⁶. De este modo, las transacciones pueden tener un carácter mercantil, o bien desarrollar formas de intercambio no monetario.

²⁰⁶ Mariana Mazzucato destaca el sentido de cúmulo y concatenación de factores que está detrás de los logros de un *cluster* tecnológico como Silicon Valley. Los ordenadores personales que sustituyeron a las pesadas y enormes cajas que eran las computadoras centrales, fueron producto del desarrollo de los semiconductores, que a su vez son el producto de una fuerte inversión gubernamental en la década del cincuenta (MAZZUCATO, 2019, pág. 267 268).

Esto lleva a considerar un último factor que resulta relevante a este estudio, como se verá en el acápite que sigue: la estructura legal que se dan o reciben los bienes comunes del conocimiento. El sistema legal formal no está completamente ajeno a la conformación de un sistema de comunidad y puede influirlo de distintas maneras. Ya se ha señalado antes la fuerte influencia que la tecnología mantiene sobre la liberación del conocimiento a través de la red de *internet*. El mismo desarrollo tecnológico que sienta las bases para la construcción de comunidades de bienes del conocimiento ha sido, en muchos casos, impulsada por políticas estatales que se soportan en una legislación determinada. Estos desarrollos se relacionan también de manera directa con los sistemas de protección de la competencia en los mercados en que las innovaciones tienen lugar.

10.4. Los bienes comunes del conocimiento y la propiedad intelectual

Los derechos de propiedad privada arrancan de una filosofía política específica que sirve a un sistema denominado capitalismo. Pero desde el análisis económico de las formas jurídicas que se originan a partir de este, surgen dos paradigmas bien claros. El primero es la tragedia de los comunes, que busca propietarizar para evitar el agotamiento de los recursos; el segundo deriva de las ideas de Harold Demsetz, quien afirma que los derechos de propiedad aparecen en una economía cuando el costo de establecerlos es inferior a la ganancia que produce extraerlos del campo de lo común.

Ya se ha visto cómo la línea de análisis crítico de Elinor Ostrom propone trascender esas construcciones ficticias y la narrativa pretendidamente universal que proponen. Las líneas de argumentación tradicionalmente propietaristas convergen en un punto fundamental: todas responden al problema de los bienes comunes, en tanto estado de cosas previo al *big-bang* propietarista de los inicios del capitalismo. A partir de estas se han generado una variedad de discursos propietarizantes que se han extendido hegemónicamente en el mundo de los bienes tangibles. Los sistemas propietarios clásicos, como se ha visto, responden a un diseño específico en torno a la tierra y los frutos de esta. Ostrom demuestra que esa ficción narrativa es rebatible cuando se analiza el comportamiento real de los derechos de propiedad en manos de personas y comunidades concretas que no responden a un arquetipo filosófico – normativo, sino a condicionamientos productivos y transaccionales específicos.

Pero la irrupción de la sociedad y las economías del conocimiento, y específicamente de una forma capitalista basada en bienes intangibles que emanan del conocimiento humano, viene a plantear el problema de si es posible rebatir, en ese ámbito de cosas, el paradigma propietario privatista propuesto por la doctrina y la práctica de la PI.

Un primer aspecto de esa indagación es el rol que la propiedad intelectual cumple en el mundo de los bienes del conocimiento y específicamente en la construcción de un paradigma comunitario posible respecto de estos. Fumagalli estima en ese sentido que la PI es “(...) la institución de propiedad adecuada a los nuevos mecanismos de acumulación del capitalismo cognitivo.” (2010, p. 111). Este punto de partida ofrece varios puntos críticos, pero se puede comenzar con las coincidencias. En efecto, el régimen de PI, en tanto formulación normativa es adecuada para propietarizar los bienes del conocimiento.

A pesar de todos los conflictos conceptuales y la evidente ausencia de bordes claramente definidos que ofrece la PI, se trata de un estatuto y un conjunto de doctrinas diseñado para esa clase de bienes. No obstante, y como se ha afirmado en el capítulo segundo, la PI responde a una estrategia apropiadora que individualiza la posesión de bienes que se han producido de forma colaborativa y cuyos procesos productivos consisten en superposiciones dinámicas de cúmulos de conocimiento. La PI no entabla un diálogo con los procesos productivos colaborativos y transversales que están a la base de bienes, sino más bien impone, desde el Estado, una solución de talla única que sirve a intereses específicos de apropiación individualista de conocimiento.

En ese sentido, Shubba Ghosh (2016) plantea el problema del rol de la PI en la construcción de bienes comunes del conocimiento, a partir de sopesar si esta constriñe o facilita dichos bienes, o si su existencia es simplemente indiferente a la PI. Como es lógico, se pueden advertir tres posiciones teóricas distintas que tienen, a su vez, importancia en ámbitos específicos de las doctrinas que componen la PI. La posición que considera a la PI como constrictiva del desarrollo de los comunes del conocimiento se centra especialmente en el mundo de las patentes de invención, aunque no deja de estar presente en el caso de los derechos de autor. En ellos, la PI coarta, o al menos encarece, la posibilidad de las obras derivadas, creando una barrera a la expresión artística y, en suma, a la creatividad (GHOSH, 2016, p. 232). En cambio, la idea de la PI como un facilitador de la creación de bienes comunes, se asemeja en buena medida al argumento del incentivo, que se analizó en el capítulo segundo. La PI permite a los creadores generar y difundir su trabajo sin temor a las apropiaciones; se trata de bienes que, transcurrido un plazo, alimentarán un campo de uso común como es el dominio público, de modo que la PI no es completamente ajena a la construcción de lo común. La exclusividad de la PI interviene como un elemento que conforma una esfera pública creando garantías para los creadores (GHOSH, 2016, pp. 236 - 237).

Una tercera postura es considerar al régimen de propiedad intelectual como un factor irrelevante para la creación de bienes comunes del conocimiento. Esto desafía de alguna manera la utilidad del derecho como mecanismo de incentivo o de constrictión, que implica pensar que las personas actúan, crean, piensan e inventan libremente, sin importar lo que las leyes manden, prohíban o permitan. Los bienes comunes del conocimiento así, no se crean a partir de la PI sino que surgen de normas informales y costumbres que priman sobre el sistema normativo formal (GHOSH, 2016, p. 231). La caja, herméticamente cerrada, de la PI posee en realidad una serie de fisuras que cuestionan su relevancia para producir bienes comunes. Una de las más notorias, como apunta Ghosh, es el confuso rol del trabajo en la determinación de quién es el propietario de obras que se producen por encargo o mediando una relación laboral, o en el caso de las obras que se producen oralmente (GHOSH, 2016, pp. 238 - 239).

Los estatutos de PI son, asimismo, confusos en cuanto a determinar la autoría en obras que se producen colectiva y colaborativamente, en que es prácticamente imposible determinar una titularidad de los derechos porque la aportación individual de originalidad no es posible de establecer. Para Ghosh estas zonas grises destacan el rol de las normas informales y las costumbres en la administración de esos bienes, y que terminan

conviviendo con el sistema formal de PI. Muchas de esas normas informales son, en los hechos, acuerdos que se producen en el seno de las instituciones de gestión de esos recursos, productoras de reglas que se van incorporando a mayor o menor velocidad en el sistema formal (GHOSH, 2016, p. 239-240). De ahí que Ghosh no desestime completamente la relevancia de la PI en la producción de bienes comunes del conocimiento, sino más bien vea la relevancia de los acuerdos institucionales que generan las condiciones de su producción.

Dado que la PI se ha construido dogmáticamente desde una permanente estrategia imitativa de la propiedad sobre entidades físicas, es preciso repensar analíticamente qué ofrece la PI a los bienes comunes del conocimiento, ya sea como justificación económica o como filosofía político-jurídica. El desafío más relevante en ese sentido es determinar en qué medida el sistema de propiedad intelectual puede internalizar alguna forma de uso comunitario de esa clase de bienes, que trasciendan la propiedad privada. Mirando la PI desde una lógica instrumental adscrita a fines, Ghosh describe tres principios rectores que guían el diseño de los bienes comunes del conocimiento. La imitación, que posee una función de pedagogía en la transmisión social del conocimiento²⁰⁷; el intercambio, que permite desarrollar la heterogeneidad y representar la variedad de deseos e intereses de los ciudadanos; y la gobernanza de la producción cultural, que implica tanto la construcción de infraestructuras culturales como el valor de estas en el fomento de la participación y la autonomía. Ghosh advierte que estos tres principios orientan la creación de bienes comunes y además estructuran la propiedad intelectual "(...) como medio para implementar ese diseño." (GHOSH, 2016, p. 244).

Esta posición es, en ese sentido, proclive a asignar a la PI un rol en la producción de bienes comunes del conocimiento, en el entendido de que esta colabora al diseño de esos bienes. Como se verá más adelante, y como se ha visto a partir de varios rasgos de la PI, no se advierte sin embargo cómo la institución de la PI puede en realidad colaborar con esos principios en dicho diseño. Los bienes comunes del conocimiento aparecen, más bien, como un paradigma en muchos casos contrario a la PI, que no aprueba la imitación, no permite más intercambios que los que se producen en el mercado y no provee de medios ni de instituciones para una gobernanza común que no tenga como fin la transacción mercantil del conocimiento.

10.5. El problema de exclusión

Pese a los problemas que puedan detectarse en sus límites conceptuales, los bienes comunes mantienen una característica transversal que representa un contrapunto a la propiedad privada: el comportamiento de la exclusión en los bienes comunes es muy distinto en un régimen de comunidad en comparación a uno privado. Si bien ya se ha

²⁰⁷ Véase el trabajo de Byung-Chul Han, citado en el capítulo segundo (HAN, 2017).

tratado el problema de la inclusión/exclusión en el capítulo segundo de este estudio, en lo sucesivo se focaliza el problema en los bienes comunes del conocimiento.

Los bienes comunes son esencialmente inclusivos y por eso suelen coincidir, y a veces confundirse, con los bienes públicos. Desde este punto de vista, Dusollier apunta a la no exclusión (o inclusión) como uno de los rasgos distintivos de los recursos de uso común, pues determina el alcance de las facultades que una persona con un derecho sobre una cosa puede desarrollar, teniendo en cuenta otras facultades paralelas que otras personas ejercen sobre esos mismos bienes, con derecho a ello. El arreglo básico de un sistema de bienes comunes es que las prerrogativas que una persona pueda ejercer pueden también ser ejercidas por otros comuneros (DUSOLLIER, 2013, p. 262). De esta forma, la característica de no exclusión es fundante para los bienes comunes del conocimiento, y determina las bases de la perspectiva relacional a la que se aludía con anterioridad. A partir de esta imposibilidad de excluir se construye el conjunto variado de arreglos que constituye la propiedad común.

Esto no implica, sin embargo, que la exclusión esté completamente ausente de lo común. Lo cierto es que la dicotomía privado – común se construye sobre un eje de mayor a menor exclusión, con etapas intermedias entre uno y otro extremo. El mayor o menor grado de exclusión presente en los bienes comunes lleva a que la noción de propiedad no esté completamente ausente de lo común: de ahí que pueda hablarse, en consecuencia, de *propiedad común*, pero que lo común no siempre sea propiedad.

En ese sentido Dusollier avanza algunas ideas útiles. En el mundo académico suele designarse bajo la idea de *comunes* a todas aquellas situaciones de no propiedad, que se oponen a la propiedad intelectual. Por eso los bienes comunes se identifican, erróneamente, con el acceso abierto, cuando en realidad también incluyen situaciones de gestión y administración de derechos inmateriales de base propietaria (DUSOLLIER, 2013, p. 266). No todos los bienes comunes del conocimiento, entonces, carecen necesariamente de una base propietaria²⁰⁸. O, dicho de otra forma, la propiedad está en alguna medida presente en los regímenes de comunidad de bienes, dependiendo de qué tan acentuada sea la exclusión (total en el caso de la propiedad y nula en el caso del acceso abierto). Esto dará lugar a una variedad de arreglos, algunos más propietarios que otros.

En el campo de la propiedad intelectual, sin embargo, el modelo de propiedad común ha sido considerado hasta ahora como residual frente al paradigma dominante de propiedad privada. En general, el modelo de propiedad intelectual privada sólo permite la completa inclusión en casos específicos en que, a contrario, no puede tener lugar la total exclusión. Esto puede deberse a que ha transcurrido un plazo de protección o bien a que, muy excepcionalmente, los dispositivos legales lo permiten a través de excepciones.

²⁰⁸ Es habitual la confusión entre propiedad común y libre acceso. Por ejemplo, Schimtz alude a ella al referirse al dominio público, asemejándolo a la propiedad común. Señala el autor que "(...) aquella "propiedad común" recae principalmente sobre las creaciones intangibles que no son susceptibles de ser protegidos a través de la propiedad intelectual o cuyos derechos intelectuales ya hayan expirado en el tiempo." (SCHIMTZ, 2009, p. 346).

El caso más paradigmático de esto es el dominio público. Se trata de un espacio de no propiedad, de completa inclusión y de nula exclusión, que se construye con recursos intelectuales que no están protegidos por derechos de autor, ya sea porque se trata de bienes inapropiables por disposición legal o porque ha transcurrido el plazo de protección (DUSOLLIER, 2013, pág. 267; SADABA, DOMINGUEZ, ROWAN, MARTINEZ, & ZEMOS98, 2013) ²⁰⁹ ²¹⁰. Es el caso, como se mostraba antes, de la novela *El Gran Gatsby*, desde enero de 2021. El dominio público es, en ese sentido, un espacio negativo, que Dusollier etiqueta como el reverso de la propiedad intelectual, y equivale a la no – propiedad. Es, como se advierte, un espacio con un estatus inferior al de la propiedad, en el que no hay protección alguna, ni del régimen formal ni de ningún otro que los incumbentes puedan acordar.

Si se quiere ver en accesos abiertos como el dominio público, algo parecido a un régimen de comunidad, es preciso recurrir a algunos acercamientos conceptuales ya afianzados en este trabajo y algunos nuevos que se pueden plantear. Ya se ha apuntado, anteriormente, al carácter normativo de los regímenes de comunidad y cómo esto los separa de los accesos abiertos no normados (OSTROM, 2011; OSTROM & HESS, 2010). Lo común, desde esta perspectiva, constituye por sí mismo un sistema normativo de mayor o menor complejidad, pero siempre asociado a prácticas sociales y productivas específicas. Sin embargo, como sostiene Dusollier, detrás de los arreglos comunes hay en realidad una afirmación de derechos exclusivos, pues esta es la única forma de que, en un contexto de comunidad, nadie pueda poner en peligro la viabilidad de esta reclamando exclusividad para sí. La inclusividad propia de los comunes es en realidad generada a partir de instrumentos contractuales, especialmente las licencias de uso. Dice Dusollier que

“Ejercitar derechos exclusivos en *copyright* o patentes no lleva necesariamente a la exclusión de otros, sino que más bien puede incluirlos en el uso de una obra o de un invento. En otras palabras (...) los derechos exclusivos crean facultades inclusivas (...).” (DUSOLLIER, 2013, pág. 271).

²⁰⁹ El dominio público puede ser estructural, es decir compuesto por bienes que no están protegidos por *copyright*; o bien puede ser funcional, es decir responder a objetivos circunstanciales, que no dicen relación con la esencia de los bienes y que facultan a cualquiera a hacer uso de esas creaciones o innovaciones (DUSOLLIER, 2013, págs. 268 - 269).

²¹⁰ La Ley de Propiedad Intelectual en Chile dispone de ese espacio. Su artículo 85 H establece que: “Se presume, salvo prueba en contrario, que el derecho de autor y los derechos conexos subsisten sobre una obra o fonograma, cuya fecha de su primera publicación sea inferior a setenta años. Sin embargo, no será aplicable lo dispuesto en el inciso anterior respecto de aquellas obras y materias afines que hayan pasado al dominio público por expiración del plazo de protección de acuerdo a esta ley o a leyes anteriores.”

La pregunta que puede plantearse, entonces, es si la PI, en tanto sistema, permite la creación y el desarrollo de bienes comunes del conocimiento. Shubba Ghosh ofrece una perspectiva en que la PI posee algún rol en la apertura de espacios de acceso abierto, toda vez que se genera a partir de esta un corpus de bienes que alimentarán el dominio público en algún momento futuro (GHOSH, 2016). Pero, como se ha visto, las trazas de inclusividad que ofrece el modelo de PI a través del dominio público se limitan más bien a un espacio negativo y residual con escaso desarrollo normativo, una especie de trastienda del modelo propietario principal. Son, desde esa perspectiva, la única concesión medianamente cercana a lo común que contiene el sistema de propiedad intelectual. En lo demás, el régimen de PI se asemeja, como apunta Boyle, a un sistema de responsabilidad legal objetiva (BOYLE, 2016, p. 147). Cualquier desvío del sistema de reglas implica una vulneración de los derechos y la aplicación de las respectivas sanciones, de forma que las dudas sobre posibles usos libres, o bien caen derechamente en la etiqueta de piratería o bien conducen a una abstención en el actuar. Lo primero es habitual en el mundo de las personas que obtienen conocimiento en la forma de obras en la red sin siquiera experimentar subjetivamente la ilegalidad del acto²¹¹. Lo segundo es más probable en instituciones, como por ejemplo bibliotecas, que preferirán abstenerse de reproducir un material cuando la determinación de los titulares de los derechos sea difícil de lograr.

No es posible desconocer que tanto el dominio público como las mismas excepciones y limitaciones al régimen de PI (cada vez más escasas), forman parte del sistema mismo de PI. Sin embargo, ambos son poco más que anomalías residuales del mismo, que no alcanzan a fundar las bases de un sistema de gobierno de bienes comunes y cuya práctica tiene escasas consecuencias normativas. Asimismo, la PI sólo puede funcionar sobre un fundamento propietario, mientras que los dispositivos comunes se fundan en acuerdos de orden contractual, que ofrecen una enorme riqueza más allá de lo puramente propietario. El espacio – dominio público, desde esa perspectiva, no es más que un desierto normativo con escasas posibilidades de desarrollo. A este vacío, el paradigma de los bienes comunes opone una explicación de cómo crear valor y sostenerse fuera del sistema de mercado; es posible, por lo tanto, trascender en la construcción teórico y práctica de los bienes comunes, la preocupación por el régimen de propiedad, contratos y mercado, para ir a las “(...) reglas sociales y mecanismos jurídicos que permiten a la gente compartir la propiedad y el control de los recursos.” (BOLLIER, 2016a, p. 53).

²¹¹ Véase el trabajo de Mario Balestrino, *It is a theft but not a crime* (2008).

10.6. Los bienes comunes del conocimiento de acceso abierto

Si bien se argumenta en el acápite anterior, que la PI resulta una solución pobre para potenciar los comunes del conocimiento, es preciso indagar en el sistema de acceso abierto, como una posible alternativa que retrotrae el problema de los comunes prácticamente a sus orígenes. Los comunes de acceso abierto son, como se discute antes, una categoría híbrida, adecuada para los bienes comunes del conocimiento, pues reconoce el libre flujo de estos en la red (BENKLER, 2017a). Es un espacio libre de cualquier norma basada en *copyrights* o licencias, en donde no existen barreras de precio y de permisos; estos han sido derribados porque las obras pertenecen al dominio público o bien porque sus autores han decidido otorgar ese acceso abierto, renunciando a sus derechos legales y permitiendo usos abiertos (SUBER, 2016, p. 189). Aquí, como se advierte, el dominio público no está concebido como un espacio negativo residual como lo entendía Dusollier, sino más bien como un ámbito que resulta de voluntades específicas que confluyen en ello. Se trata de acceso libres a bienes intelectuales cuya producción, sin embargo, no está exenta de costos. El ejemplo más claro de esto, como apunta Peter Suber, es el de los repositorios de acceso abierto que crean las universidades o centros de investigación y que pueden estar sujetos a distintas reglas para la publicación de los artículos que contienen el conocimiento que producen.

Vercellone y Giuliani, (2019b) destacan en ese sentido que la producción de conocimiento e información en el siglo XX ha estado gobernada por dos sistemas que se han desarrollado paralelamente. El primero se acerca bastante a la lógica del acceso abierto, y lo componen los sistemas públicos de investigación y educación superior, cuya función es la producción de conocimiento básico bajo el modelo de *open science*. De esta forma la investigación científica es financiada por el Estado bajo la condición de que el producto se deje fluir libremente y sin costo, alimentando en consecuencia ese espacio público. Esto se corresponde de formar bastante coherente con el modelo de bienes comunes de acceso abierto que planteaba Benkler (2017a), con el añadido de que su origen no responde a una falla del sistema propietario sino a una política deliberada en ese sentido. Como destacan Frischmann *et al*, el dominio público puede ser resultado directo o indirecto de una provisión pública estatal (gubernamental), que se verifica en una serie de instrumentos, como créditos de impuestos, becas, subsidios, organización de empresas públicas o compra y distribución de los resultados de la investigación privada (FRISCHMANN, et al., 2014, p. 8).

El segundo, es el sistema de *research and development* (R&D, o I+D, en castellano), que se radica en empresas privadas, habitualmente vinculadas a la tecnología, pero que se produce internamente y se controla verticalmente mediante herramientas. Es un tipo de producción de conocimiento que se orienta al mercado, y se gobierna mediante herramientas de PI (VERCELLONE & GIULIANI, 2019a, p. 22).

Hay dos características entonces, para los accesos libres o abiertos al sistema de producción del conocimiento. En primer lugar, la producción de las obras es remunerada institucionalmente a través de distintos sistemas de financiación. En segundo lugar, el acceso abierto así organizado no genera *royalties* o ganancias para los productores de

obras. A partir de eso aparece un espacio teórico de indagación sobre las motivaciones no monetarias (o no evidente ni directamente monetarias) que se generan para los autores académicos, como el prestigio, el uso de ese conocimiento, la aceptación de los pares o el ejercicio de la libertad de cátedra. Dada esta distinta categoría de intereses, es claro que la transformación de esa producción (amparada en principio por derechos de autor) en acceso abierto ni perjudica los intereses ni desincentiva la producción de quienes construyen esas obras.

Suber llama la atención sobre la escasez de literatura libre de *royalties*, pues exige una renuncia por los creadores a esa función de los derechos de autor (2016, p. 196)²¹². Al menos, no se trata de una categoría que asome, en principio, como una alternativa coherente. Nadie pensaría como posible acudir a una librería cualquiera y obtener los ejemplares de su autor preferido sin pagar por los derechos de autor que se contienen en ese ejemplar²¹³. Pero mucha de la literatura científica primaria, y ciertos insumos básicos del mundo del derecho, sí son de acceso abierto y libres de *royalties*. Nadie podría cobrar un derecho por el uso de la tabla de multiplicar o la tabla periódica de elementos químicos; nadie cobra derechos por el acceso a bases de jurisprudencia o legislación, que son el insumo sustancial para la investigación jurídica de base y, por cierto, para la construcción de una sociedad democrática y basada en el estado de derecho²¹⁴. La literatura libre de cobros se explica como una anomalía aparente a partir de la tendencia de darle el mismo trato que a la literatura llamada *comercial*, que sí está pensada para producir *royalties*, como si fueran una misma cosa. El resultado, como advierte Suber, es la imposición de costos innecesariamente onerosos a los usuarios (2016, p. 197). Otra consecuencia, bastante evidente a cualquier investigador, es la proliferación de sitios de acceso libre, en donde es posible encontrar literatura de pago de un amplio espectro de disciplinas a costo cero. Muchos de los trabajos de investigación, incluso de larga data, que se venden por

²¹² En esto cobra relevancia la distinción entre derechos de autor y *copyright*. Los derechos económicos están más presentes en las doctrinas de *copyright*, como sistema de licenciamiento de pago, mientras que los derechos morales que implican el reconocimiento del autor en tanto tal, son más propios de los sistemas de derechos de autor, como se ha explicado en el capítulo segundo de este trabajo.

²¹³ O quizás nadie tiene muy claro que, al comprar ese ejemplar no está pagando sólo el papel en que está impreso, sino que el precio a público se compone del costo de las materias, los de distribución, los honorarios de los intermediarios, las ganancias de las casas editoriales, las del librero y, probablemente en forma residual, los derechos de autor que el creador recibe en forma de *royalties*.

²¹⁴ En Chile, el acceso a la base de datos normativa lo provee la Biblioteca del Congreso Nacional, a través del sitio *web* <https://www.bcn.cl/leychile/>, junto con la historia de la discusión parlamentaria y, en algunos casos, jurisprudencia asociada. A nivel latinoamericano *leychile* es la más completa base de legislación accesible en un único sitio *web*. A nivel comparado, existen bases de datos de legislación similares en Francia (<https://www.legifrance.gouv.fr/>) y Reino Unido (<https://www.legislation.gov.uk/>). Todas ellas son de acceso gratuito.

USD19,99 en Jstor o Elsevier, son accesibles sin costo en sitios piratas que cambian constantemente la extensión de su dominio en *internet*, huyendo de los cercamientos.

Pese a que la literatura científica es sólo una parte de la producción del conocimiento, llaman la atención dos aspectos. En primer lugar, la PI, en tanto sistema basado principalmente en la explotación comercial para un mercado de los bienes del conocimiento, no parece ser un régimen adecuado ni al carácter ni a la vocación de los productores ni a la necesidad de fluidez del conocimiento. La PI, en ese sentido, no logra sintonizar su función normativa con un producto que no busca la obtención de una ganancia, en la forma de *royalties*, y que obedece a una gama mucho más amplia de motivaciones. La PI busca inutilizar la acción supuestamente depredadora de los *free riders* mediante la imposición de constricciones de uso y de un sistema de responsabilidad por las violaciones de esas condiciones. Pero la realidad indica, como apuntan Frischmann *et al*, que muchos recursos del conocimiento son producidos sin atender a su posible apropiación irregular, de modo que la existencia y poder apropiatorio de los *free riders* no es en realidad un factor determinante en la producción. Al mismo tiempo, los beneficios que los polizones puedan obtener son, en muchos casos, irrelevantes frente a las motivaciones no mercantiles de las personas para producir esos bienes (FRISCHMANN, et al., 2014, p. 9).

En segundo lugar, el tamaño, la extensión y la vocación de las comunidades científicas (en todo ámbito de disciplinas) son el ejemplo más evidente de formas de trabajo auténticamente colaborativo y acumulativo. La producción de una novela puede ser un trabajo solitario e individual; también lo es la producción de una tesis de doctorado. Pero la producción científica se basa en la prueba, en el ensayo y el error, en la discusión de ideas, métodos, posibilidades y límites, dentro de comunidades con un alto grado de identificación en torno a un objeto de investigación. Al mismo tiempo, la producción científica se basa necesariamente en los caminos previamente trazados, ya sea para continuarlos o para torcer su rumbo; el acceso a esos cúmulos de conocimiento es de la esencia de esa clase de producción.

Esto convierte a la literatura científica en un verdadero común del conocimiento, que se construye en base a una política de acceso abierto de producción controlada. La producción científica está sometida a varios procesos de control, principalmente la revisión por pares y el *ranking* de revistas en que se contienen las publicaciones, según su impacto y su reconocimiento en determinados repositorios. Sin perjuicio de las críticas que se puedan levantar a este sistema (y a las que no se hará referencia en este trabajo), interesa relevar el proceso productivo como uno sometido a normas y controles, pero que en su resultado es de libre acceso. Esto, sin embargo, no ha sido completamente interiorizado por el sistema, que ha transitado hacia una absorción de muchas publicaciones por casas editoriales que venden esos bienes a las instituciones que colaboran en su producción. A la forma de producción colaborativa se opone con fuerza un modelo de cercamiento, a través de barreras de pago y protección de copias.

Romper ese círculo implica voluntades políticas de los actores y un sistema de gobierno de lo común. Como se indicaba más arriba, los bienes comunes no están exentos de

amenazas. Y los comunes del conocimiento, pese a sus rasgos de no rivalidad o escasez y de su perfecto flujo a través de los canales de *internet*, tampoco lo están. Suber identifica aquí un claro problema de acción colectiva que denomina el *punto muerto trágico*: ocurre cuando ningún actor se atreve a ser el primero en liberar su producción porque teme que detrás de él vengan una serie de *free riders* que parasitarán lo liberado sin colaborar en la producción y sustento del sistema (SUBER, 2016, p. 206). Esto se resuelve en que dejan de crearse bienes comunes, o bien se retarda o limita su creación, un problema que se emparenta con lo que Heller y Dagan denominan la *tragedia de los anticomunes*, o la sobrepropietarización (DAGAN & HELLER, 2001; DAGAN, 2011). Antes que una objeción sustancial a los bienes comunes del conocimiento, el punto muerto trágico es más bien un obstáculo a estos, y por tanto salvable. Es el derecho del Estado, entonces, en tanto fuerza externa, el que deberá intervenir en una situación de atascamiento en la producción común que los particulares – productores no son capaces de salvar con sus propias normas.

10.7. El canon propietario en retirada ¿Hacia una nueva política del conocimiento?

No es necesario ir muy lejos ni recurrir a elaboradas teorías para comprobar tangiblemente la irrupción de bienes del conocimiento en las economías y las vidas diarias de millones de personas. Las ideas, el conocimiento científico y la creación cultural, se presentan en una serie de dispositivos de consumo masivo, que van desde los *smartphones* a los asistentes de cocina. Muchos de ellos permiten la creación de nuevo conocimiento y la elaboración, captura, manifestación y diseminación de ideas que dan origen a más conocimiento, como es el caso del aparato y el *software* en que este breve estudio ha sido escrito. Otros permiten la mejora de las condiciones de vida de muchas personas, como los medicamentos, las vacunas y la maquinaria de imagenología, que son producto del conocimiento y a la vez conocimiento aplicado.

Lo que no es tan claro, y lo que se ha buscado dilucidar a través de este estudio, son las implicancias que esa multiplicación y accesibilidad del conocimiento a través de la tecnología, tiene en términos políticos y jurídicos. Por lo pronto, la liberación del conocimiento propone una nueva distribución del poder, en términos de inversión de la relación salarial y la transformación de muchas más personas en productores. Pero en esta liberación, las comunidades que gobiernan su acceso y uso poseen un poder normativo que se imbrica en mayor o menor medida con el derecho de los Estados. Ya podrán incorporarse a éste, hacer suyas sus normas o bien escindirse derechamente de cualquier constrictión normativa heterónoma para fundar las propias, quizás no menos constrictivas, pero al menos propias. Esto da lugar, como se ha visto, a una pluralidad de arreglos institucionales o reglas del juego que desafían el poder normativo absoluto del Estado que propone la modernidad jurídica.

Pietro Barcellona se preguntaba, en un ensayo de 1990, si el Estado de derecho podía aún ofrecer un paradigma para gobernar las profundas transformaciones post caída del

comunismo y, al mismo tiempo, “(...) los grandiosos procesos de concentración de ciencia, economía e información que en Occidente tienden a instituir nuevas jerarquías y nuevos poderes supra y transnacionales” (BARCELONA, 1999, p. 45). Es válido reformular esa pregunta en términos de si el derecho del Estado sirve para sentar las bases de un gobierno común sobre bienes del conocimiento, y producir una reconfiguración del poder que mire hacia las comunidades.

Cuando esa pregunta se centra en el problema de la PI y su capacidad de ofrecer un marco para la producción e intercambios no propietarios, la respuesta debe ser un *no del todo*, antes que una radical negativa. Una de las experiencias no totalmente propietarias en el mundo de los intangibles es la comunidad de creadores que se reúne en torno a los *Creative Commons* (CC, o *bienes comunes creativos*, en su traducción castellana). Inventados por Lawrence Lessig en 2001, CC es una Organización No Gubernamental (ONG), sin fines de lucro que promueve el acceso y el intercambio de bienes culturales. Como señala el artículo de Wikipedia²¹⁵, CC desarrolla instrumentos jurídicos gratuitos para facilitar, usar y compartir creaciones y conocimiento. Básicamente CC constituye un sistema de licenciamiento paralelo a la PI que flexibiliza los derechos de autor, reconociendo diversos modos de compartir conocimiento que legitiman usos que de otra forma serían ilegales. Como el mismo Lessig señala, mediante el sistema de licenciamiento de CC se facilita la construcción de obras a partir de otras creaciones, permitiendo que sean los mismos creadores de las obras primarias quienes determinen qué grados de libertad van a conceder sobre sus obras. El mecanismo de liberación más o menos completa, funciona a través de etiquetas de fácil comprensión, o *licencias a prueba de bombas*, como las califica Lessig (LESSIG, 2005, p. 281). Al mismo tiempo las licencias CC funcionan de un modo autoejecutable por los propios creadores, sin necesidad de abogados²¹⁶ ni intermediarios, de forma que cada autor puede decidir entre seis formas distintas de licenciar un trabajo, desde el más al menos restrictivo en cuanto a las libertades que otorga²¹⁷. De esta forma CC

²¹⁵ Véase en https://es.wikipedia.org/wiki/Creative_Commons (visitado el 17 de abril de 2021).

²¹⁶ Lessig, quien como el autor de este estudio es abogado de profesión, desarrolla un acápito en su obra, que se titula “*Despedir a un montón de abogados*” (2005, p. 298). Lessig es de la opinión de que los abogados han tenido mucha voz en este asunto de la PI y que hablan más por sus clientes que por los ideales que la ley busca plasmar, siendo muy poco imparciales. Tampoco manifiesta una gran opinión respecto de los economistas.

²¹⁷ Véanse las formas de licenciamiento en <https://creativecommons.org/about/cclicenses/> (visitado el 17 de abril de 2021).

“(…) pretende, por lo tanto, construir una capa de contenidos, gobernados por una capa de leyes razonables de copyright, sobre la que otros puedan construir. Las decisiones voluntarias de individuos y creadores harán que estos contenidos estén disponibles. Y estos contenidos nos permitirán a su vez reconstruir un dominio público.” (LESSIG, 2005, p. 280).

Si bien CC no surge a partir de un conflicto específico en la PI, lo cierto es que son la manifestación de una cierta incomodidad con los estatutos vigentes respecto de bienes del conocimiento. Su rápida diseminación mundial, después de haber sido concebidas en escuelas de derechos de universidades *Ivy League*, la ha llevado a ser una forma de licenciamiento ampliamente usada, y a desarrollar capítulos regionales de la ONG. Pese a que no observa las formas habituales de acción colectiva (la protesta y la confrontación), Haunss apunta que igualmente debe ser considerada como una forma de movilización conflictual (HAUNSS, 2013, pp. 202 - 203). CC busca crear un espacio de dominio público que no es residual, como se ha visto con anterioridad, y que enriquece las posibilidades de creación intelectual mediante accesos otorgados por los propios titulares de derechos. CC es una comunidad con distintos objetivos, que pueden ir desde la resistencia a la privatización del conocimiento hasta la formación de repositorios abiertos de conocimiento en distintas áreas que se retroalimentan permanentemente. Esta variedad tiene su origen en la pluralidad de actores que se involucran en esta forma abierta y libre de publicar conocimiento. Como destaca Haunss parte de este éxito radica en que ciertos actores de alto nivel, como el Massachusetts Institute of Technology (MIT), la Facultad de Derecho de la Universidad de Stanford y Sun Microsystems, han adoptado alguna de las formas de licenciamiento, otorgándole publicidad y credibilidad al sistema. Esto provee una fuerza convincente a los discursos que buscan contrapesar el poder apropiatorio del conocimiento, contribuyendo a la ampliación del espacio abierto (HAUNSS, 2013, pp. 209 - 213). Muchos de los trabajos citados en este estudio cuentan con alguna forma de licencia CC.

Estas comunidades ofrecen un sentido de grupo que se amalgama en torno al interés en determinados bienes del conocimiento y formas de aprovechamiento económico respecto de éstos. Esta pertenencia trasciende un límite geográfico y probablemente muchas de las fronteras que forjaron la modernidad a cuenta de la identificación del ciudadano con el Estado nación del que forma parte. Las comunidades, en tanto remiten a los orígenes, a la tradición, a vínculos no creados ni sancionados por el Estado por ser anteriores a éste, representan para Barcelona una paradoja de la modernidad. Por una parte, esta el derecho y el mercado, que se establecen como universalidades, y por otra la sociedad civil como esfera contingente (BARCELONA, 1999, pp. 18 - 19). Para los primeros, la comunidad es una abstracción que se subsume en un *deber ser* del Estado, y que se inscribe a través del universal jurídico de la igualdad y los derechos de los ciudadanos. En la esfera contingente de la sociedad civil, en cambio, la comunidad es un hecho regulado (o bien ignorado) por el derecho del Estado. La modernidad implica una evidente supresión de las comunidades en pos del imperio del derecho único y por ende de soluciones de talla

única que se aplican a todos los individuos, todas sus relaciones y todos sus conflictos, fingiendo que son iguales y que transan en los mercados como tales. Dice Barcellona:

“La modernidad no sabe ofrecer ningún terreno común que no sea la neutralización de la tensión entre las diferencias individuales en la forma de intercambio mediado por dinero.” (BARCELLONA, 1999, p. 20).

Este punto de vista permite reposicionar a la PI y su estrategia propietarizadora sobre bienes del conocimiento, como un aparentemente exitoso programa de neutralización. Los conflictos sobre el conocimiento se subsumen y resuelven a partir de derechos de Estado y de las normas supraestatales que dispone el derecho internacional. Se dice aparente, pues no se pierden de vista los problemas dogmáticos y prácticos que ofrece, su extendido cuestionamiento y las evidentes fallas en su objetivo, a cuenta de las distintas formas de piratería, que traicionan la vocación económica de los derechos de PI de ser captadores de renta. Pero aparente, también, si se considera cómo la forma jurídica universal y abstracta que provee el Estado para la producción y transacción de esos bienes, invisibiliza los entretelones políticos de la apropiación o liberación del conocimiento y la información²¹⁸. La substancia que la norma jurídica universal busca despersonalizar y neutralizar para cumplir su cometido igualador, es en este caso la enorme proliferación de formas de transacción de bienes y producción comunitaria entre iguales, que han subsistido al derecho del Estado o que han nacido, en el caso de los bienes del conocimiento, a contrapelo de éste y a cuenta del desarrollo tecnológico.

De ahí la renovación de la comunidad como modelo de organización político – económica que desafía la modernidad jurídica propuesta por el poder del Estado y el imperio del derecho. Esta reconfiguración del poder surge directamente del control sobre las cosas económicamente usables, pero implica por cierto nuevas configuraciones jurídicas en torno a la propiedad. El punto de partida de éstas es el declive de las formas propietarias tradicionales que ha ofrecido la modernidad, y que se inscriben en la institución de la propiedad privada. Su versión hecha a medida (aunque con lagunas) para el mundo de los intangibles, es la propiedad intelectual que extiende el paradigma propietario a los productos del conocimiento, y se ve en cuestión en tanto herramienta normativa que sirva a una nueva aproximación relacional y comunitaria con los bienes, que es ante todo colectiva y no individual.

La estructura de derechos es, como señala Barcellona, “(...) estrictamente individualista, remite a relaciones de mercado y no da importancia alguna a la desigualdad de poderes” (BARCELLONA, 1999, p. 107). El derecho que aparece, en cambio, de esas nuevas conformaciones comunitarias es el resultado de un proceso normativo rico en matices. Se parece a lo que Paolo Grossi bosquejaba respecto del orden jurídico medieval, en que el

²¹⁸ La forma política, dice Pietro Barcellona, se neutraliza constantemente “(...) para presentarse en la forma de un precepto jurídico” (BARCELLONA, 1999, p. 49).

derecho aparece de y para las comunidades que conforman el mundo feudal, sin esperar la acción del gobierno público. A esta forma normativa

“(…) le es suficiente con aquellas más plásticas organizaciones comunitarias en las que la sociedad se ordena y que no se fundan todavía sobre la polis sino sobre la sangre, sobre el credo religioso, sobre el oficio, sobre la solidaridad cooperativa, sobre la colaboración económica” (GROSSI, 2003, p. 25).

Este pluralismo que caracteriza el mundo medieval nace y evoluciona a partir de consorcios de fuerzas. Estas fuerzas poseen una nueva expresión en la apropiación de bienes del conocimiento fuera o en los límites de las normas del Estado. La radicalidad de los movimientos en favor del conocimiento libre consiste, en ese sentido, en traer de vuelta un canon comunitario previo a la modernidad jurídico – política, volviendo a centrar las decisiones normativas en comunidades que se articulan en torno a un producto del conocimiento, una tecnología que les permite operarlo y su propio gobierno.

Tanto la dimensión política como la jurídica constituyen, como se ha venido observando, un campo de batalla no completamente definido ni acabado. Lawrence Lessig, conocido académico y activista del conocimiento libre, señalaba en 2005, cuando *internet* era sólo una sombra de lo que es en 2021, que

“(…) las formas habituales en las cuales los individuos crean y comparten la cultura caen dentro del ámbito de acción de las regulaciones impuestas por leyes, que se han expandido para poner bajo su control una enorme cantidad de cultura y creatividad a la que nunca antes habían llegado” (LESSIG, 2005, p. 28).

Lessig daba cuenta así del contragolpe propietario que se gestaba en contra de la posibilidad granjeada por la tecnología de que muchos más accedieran a producción cultural. La forma de proteccionismo que representa la PI y las estrategias de expansión de esta (véase el capítulo segundo), no es la que busca proteger al creador, sino más bien a ciertas formas de negocio sobre esa producción cultural (LESSIG, 2005, p. 28). Esto permite, por cierto, confirmar el sentido más exacto de la PI y lo que busca el despliegue de la estrategia propietaria, encubierto bajo una demanda de imperio del derecho y de la propiedad. Para Lessig el control propietario sobre *internet* deviene en una cultura del permiso (en que se debe contar con autorización para cualquier uso que se busque dar a una obra bajo derechos de autor) y en la formación de una aristocracia cultural, que gobierna el acceso a esas producciones.

La PI aparece, de esta forma, como un campo de lucha jalonado por desarrollos tecnológicos que provienen del conocimiento y a la vez permiten desestructurar los medios de intercambio y producción, subvirtiendo el mandato individual – propietario que contiene. Como avanza Sádaba *et al*, el auge de la PI implicó significativas movilizaciones ideológicas, una fuerza que “(…) debió alterar las visiones del mundo para poder representar los objetos culturales como bienes apropiables por los que pagar.” (SADABA, DOMINGUEZ, ROWAN, MARTINEZ, & ZEMOS98, 2013, pág. 11). Detrás de ese auge no sólo hay una voluntad política, sino que un complejo sistema de

ideas y sujetos que confluyen en intereses específicos y una dogmática adepta a estos. El rasgo ideológico más fundamental es que las ideas pueden ser objeto de transacciones. Para llegar a esto, no obstante, la doctrina y los aparatos dogmáticos de la PI tuvieron que cosificar las ideas, volverlas materiales, de forma de hacerlas rivales y “(...) ponerles el disfraz de bienes de intercambio.” (SADABA, DOMINGUEZ, ROWAN, MARTINEZ, & ZEMOS98, 2013, pág. 47). Esta operación ideológica es de una envergadura monumental y de una extensión en el tiempo notable, y ha pervivido adaptativamente a los distintos cambios del capitalismo.

Ante esto, y dado que las ideas podrán ser transables, pero nunca inmutables, es posible desarrollar un proceso en reversa, histórica e ideológicamente. Es factible, si se quiere, desarrollar una ingeniería inversa de subversión de la propiedad intelectual, que implica e implicará arduas deconstrucciones y necesitará herramientas teóricas a las que recurrir. Sádaba *et al* aluden a dos frentes ideológicos desde los cuales arranca una corriente anti PI. El primero es el ataque propiamente liberal economicista, que vé en la PI un monopolio injustificado e ineficiente, que es contrario a los principios de libre circulación de los bienes; el segundo frente es la reivindicación de lo colectivo y de los beneficios morales para la comunidad (SADABA, DOMINGUEZ, ROWAN, MARTINEZ, & ZEMOS98, 2013, pág. 49). Es en esta corriente en la que se inserta el paradigma comunitario como forma de producción y transacción. Sádaba *et al* hablan de una “(...) resistencia colectivista, valedora de lo público (...)”, que obedece a una nueva fase de articulación práctica de la construcción teórica que da origen a la PI (2013, pág. 48). En esta fase, con los respectivos determinismos tecnológicos, la liberación de las constricciones que representa la PI se hacen más atractivas y posibles. La piratería digital y su práctica extendida y no necesariamente comercial/lucrativa, evidencia un interés de acceso a esos bienes que obedece a su disponibilidad.

El paradigma de la propiedad común remite a las formas comunitarias de organización, vinculación y dependencia que siempre han existido, pero que retornan de modo incoherente y espontáneo en las economías digitales del conocimiento. Es un escenario, uno más, de la recuperación de lo colectivo y, por cierto de la complejidad que esto trae aparejada, perdida como quedó en la operación reduccionista que llevó a cabo la modernidad y su dialéctica binaria Estado – individuo (GROSSI, 2003, p. 51).

Este paradigma no representa propiamente una liberación absoluta del conocimiento ni una supresión de la propiedad privada. La libertad del conocimiento, como la plantea Lessig, no es ni debe comprenderse como equivalente del acceso gratuito: la cultura libre posee un sentido mucho más allá de la mera gratuidad, aunque podría perfectamente incluirla²¹⁹. La comunidad de los bienes del conocimiento implica un movimiento

²¹⁹ De hecho Lessig se manifiesta en su obra como un partidario de la propiedad intelectual y contrario a la piratería (LESSIG, 2005, p. 29). Sádaba *et al* sostienen que una cultura libre no es una cultura sin propiedad, sino una que estimula la libre creación, la libre empresa, el libre albedrío. Concede derechos de PI, pero a la vez los limita para que los creadores que vienen puedan usar esos bienes y ser libres en el control respecto del pasado (SADABA, DOMINGUEZ, ROWAN, MARTINEZ, & ZEMOS98, 2013, pág. 49).

contramoderno que busca una nueva política que supere la abstracción de las diferencias a que conduce el derecho y la economía monetaria, para construir relaciones de intercambio que se desarrollen bajo otra racionalidad, esta vez de reconocimiento recíproco y genuinamente igualitario entre sujetos.

Conclusiones

Esta tesis ha indagado de manera crítica en los fundamentos de filosofía política y pensamiento económico que sostienen la necesidad de establecer y mantener derechos de propiedad privada. Para ello, se han repasado los orígenes modernos de la propiedad privada y su anclaje en la filosofía liberal, como manifestaciones de una nueva forma de comprender las relaciones entre las personas y las cosas: estas inciden en una dogmática específica de los sistemas jurídicos de occidente, construyendo un paradigma privatista que sustituye a las formas feudales de propiedad. La propiedad privada hace su aparición, así, juntamente con o a propósito de, la instalación de un sistema social y económico capitalista, que se desarrolla y asienta gracias a los procesos de acumulación a los que sirve de catalizador. El canon privado que caracteriza la propiedad en el capitalismo, se nutre de la filosofía liberal y se caracteriza por la exclusividad del ejercicio de los actos de dominio y la posibilidad de excluir legalmente a otros de esos actos. Enseguida se ha indagado en los aspectos económicos de la propiedad privada y las particularidades que esta forma de aproximarse a las cosas ofrece, encadenando ese estudio con el de las formas propietarias intangibles que se consagran en la institución de la propiedad intelectual; se ha hecho foco en esta, y específicamente en los derechos de autor o *copyright*, en tanto activos que se transan en una economía dada a propósito de una construcción jurídica que comparte algunos, pero no todos, los rasgos del canon jurídico y económico de la propiedad privada.

A partir de ello, se ha presentado un panorama del capitalismo a partir de sus crisis, su progresión a través de la historia, y la forma en que estas crisis se visualizan en el declive de la propiedad y de la propiedad intelectual. Esta crisis impacta en esa institución clave del capitalismo y genera una necesidad, que es política y filosófica, de mirar hacia un nuevo/antiguo paradigma, la propiedad común. El paradigma de lo común retrotrae a las formas propietarias del mundo precapitalista y anterior al Estado y la uniformidad jurídica que este trae consigo. Lo común constituye, en ese sentido, el paradigma que quedó olvidado en el proceso de implantación de la modernidad jurídica y económica, pero que pervivió en sectores de la economía y territorios específicos. Ese paradigma se actualiza en el mundo de los intangibles del conocimiento, como una forma de explicar las formas de producción y transacción de estos en el contexto de los desarrollos tecnológicos actuales. La irrupción de este paradigma ofrece, entonces, un espacio de reflexión teórica crítica que cuestiona de forma sólida las formas de relación entre cosas y personas que impone el capitalismo a través de las instituciones que le son propias.

En lo sucesivo, se ofrece una sistematización de las conclusiones siguiendo el orden de los capítulos de esta investigación, para finalmente exponer algunas reflexiones finales sobre la ruta que podría tomar un nuevo paradigma propietario y los desafíos teóricos que representa.

Capítulo Primero

La introducción y el capítulo primero se han centrado en la evolución del sistema de ideas que desde la filosofía política y la economía permiten la ruptura con el orden social y

económico feudal, y que dan origen al capitalismo. En ese sentido, es la irrupción del liberalismo político lo que va a dibujar las líneas fundamentales de ese sistema de ideas que viene a dar clausura a un sistema autárquico, parcelado y políticamente fragmentado. El liberalismo da paso a una economía de creciente apertura y un sistema de derechos políticos y económicos funcional a los intereses de la naciente burguesía, como clase social que reemplaza a la nobleza.

En este orden de cosas, el canon propietario de la Edad Media experimenta una crisis cuyo principal rasgo es el cercamiento y la privatización de los campos que, hasta ese momento, se explotaban bajo una variedad de regímenes comunitarios y distintas formas propietarias. Esta pluralidad del mundo precapitalista va a subsumirse en una forma específica de propiedad, la privada, que termina por erigirse como triunfadora en el sistema de ideas que gobierna el naciente capitalismo. En esto tienen un rol fundamental los cambios tecnológicos que se desarrollarían para incipientes industrias urbanas, que comenzarían lentamente a reemplazar a la tierra como fuente de riqueza. En ese sentido, el canon propietario del medioevo deja de ser funcional a esos nuevos modos de producir, y se requiere el reemplazo de sus fundamentos filosóficos y económicos. El resultado de esta crisis es la implantación de un paradigma privatista sobre la propiedad, que se despersonaliza y deja de constituir un vínculo entre personas y territorios: se edifica a partir de ello un canon jurídico específico, que se transformará con los siglos en la propiedad privada, tal y como es conocida a partir de cuerpos normativos codificados, como son los códigos civiles francés y chileno. Los elementos centrales de este canon son la exclusividad y la exclusión, que va a permitir y validar política y jurídicamente que las personas puedan ser dueñas de algo sin compartir esa propiedad con nadie.

La implantación de ese paradigma privado no está exenta de una sólida fundamentación en la filosofía. La propiedad privada, que excluye a otros y surge del trabajo propio con que se extraen cosas de la naturaleza, es el producto de tres fuerzas tectónicas que confluyen en un momento específico de la historia. La conquista violenta del llamado *nuevo mundo*, con su afluencia interminable de recursos apropiables; el cambio tecnológico que provoca la revolución industrial y la conversión de los desposeídos del campo en proletarios urbanos; y la filosofía liberal, como nueva forma de relación con el poder político, pero también como movimiento que emancipa personas y sistemas económicos en base a la libertad. Los tres van a conformar un sistema que se retroalimenta permanentemente y cuyos efectos son de larguísimo alcance en la historia.

Si bien pueden identificarse un número de aproximaciones filosóficas a la propiedad privada, la más relevante es la que se construye a partir del pensamiento de John Locke, y que se muestra a partir de algunos pasajes que le dedica en el *Segundo Tratado del Gobierno Civil*. Más allá de lo ficcional que tiene la obra de Locke, y su intento de mostrar una fábula sobre el devenir humano, lo cierto es que el sistema de ideas que ofrece ha sido una base fundante de la modernidad capitalista. Si la propiedad privada logra su pervivencia y hegemonía, ha sido a partir de su imbricación profunda con la libertad humana, de la que no es sólo una expresión, sino que la constituye en sus bases. La identificación entre propiedad y la libertad va sostener ideológicamente la larga marcha hacia el capitalismo y la pervivencia de este como sistema de valores anclado en figuras jurídicas tan trascendentales como la propiedad y el contrato, presentes en ordenes

jurídicos de distinto origen. Es esta hegemonía liberal la que ha sustentado procesos virtuosos de democratización y establecimiento de derechos civiles y políticos a través de occidente, pero también es la fuerza ideológica que, renovando el compromiso con la libertad, ha permitido la desregulación de los mercados y la invasión por estos de todos los rincones de la vida diaria de las personas. La lógica de la libertad es objeto de una relectura en el neoliberalismo, que se desata como una fuerza global en los últimos treinta años del siglo XX, con una notoria carga de deterioro social.

La fundamentación liberal, no obstante, tiende a esconder otras razones, igualmente poderosas, por las que implantar un régimen de propiedad privada de tan amplia y extendida fama a través de sistemas jurídicos de distinto origen. Si tanto los sistemas de derecho civil como los de *common law* han desarrollado sistemas propietarios privados es porque los mecanismos económicos a que estos responden son los mismos: la necesidad de que una clase propietaria detente medios de producción en forma exclusiva y excluyente y que además produzca bienes de consumo usando trabajo ajeno, para transarlos en los mercados y ser asignados nuevamente como propiedad privada de esos adquirentes, a través del dinero. La propiedad, de este modo, supera largamente su sólo carácter de paradigma jurídico - filosófico derivado de la libertad humana, y pasa a transformarse en un paradigma económico al servicio de un proyecto político y económico liberal. Los procesos de acumulación capitalista no habrían sido posibles sin el impulso ideológico de la propiedad privada y probablemente tampoco los desarrollos tecnológicos que se han venido produciendo al amparo de esta.

En ese sentido, la corriente del análisis económico del derecho va a proveer de nuevas justificaciones que no se derivan directamente de la filosofía liberal lockeana, sino que vienen a renovar el mito de la necesidad de los derechos de propiedad bajo la premisa del agotamiento y la escasez de bienes. Lo que este posicionamiento, propio del siglo XX, tiene en común con el paradigma liberal lockeano es la contraposición de la propiedad privada con la comunidad, en tanto estado previo al desarrollo, previo a la civilización y previo a la libertad. El paradigma del análisis económico del derecho, influido azarosamente por Garret Hardin y su parábola del desastre en *La Tragedia de los Comunes*, ofrecerá la propiedad privada como una solución de talla única a los problemas de depredación de recursos naturales, en un contexto de escasez y agotamiento muy diverso al mundo de abundancia por descubrir que Locke imaginó.

De esta forma, los derechos de propiedad actualizan su vigencia, en pleno siglo XX, en la premisa de que, de no ser otorgados estos derechos a agentes racionales que los lleven a su mejor uso mediante transacciones libres, los bienes se agotarán en el pantano de lo que, por ser de todos, no es de nadie. El siglo XX, con una población en acelerado crecimiento, conocerá una actualización de los mitos propietarios en la exigua obra de Hardin, que será adoptada como verdad, para renovar la vigencia del pensamiento liberal sobre la propiedad. Tras la *Tragedia de los Comunes* vendrá el neoliberalismo y el reforzamiento de los derechos de propiedad como garantía de inversión y crecimiento. En ese contexto, el capitalismo neoliberal renueva sus votos con el paradigma, como epítome de un sistema jurídico de orden global que sirve a su vez a un sistema social y económico, y que provee una sólo solución: la propiedad privada.

Capítulo Segundo

El segundo capítulo de esta investigación ha puesto el foco en los derechos de propiedad intelectual (PI), como una especificación del canon propietario clásico, o un subsistema de este, aunque con algunas particularidades que lo distiguen. La PI posee dos vertientes que, en la misma lógica del capítulo anterior, interesan a estas conclusiones. Es, en primer lugar, un artefacto jurídico – político curioso, que presenta serias dificultades conceptuales. Es, si se quiere, difícil de asir. Si la propiedad privada de cosas tangibles ya presenta un fondo de razones más allá (mucho más allá) de la libertad humana y la capacidad de acción autónoma que propone el liberalismo, la PI es bastante más difusa en su sentido y su justificación. La PI recae en una serie de bienes intangibles cuyo número no parece estar tan cerrado, y por tanto está abierta a nuevas incorporaciones. Su núcleo lo componen, canónicamente, cuatro formas de activos económicos (patentes industriales, *copyrights* - derechos de autor, marcas y secretos comerciales), pero no parece mostrar un contenido cerrado, de modo que los procesos de innovación tecnológica amparados en estatutos jurídicos específicos podrían ampliar el catálogo primario de la PI. Esta no parece ser mucho más que un conjunto de doctrinas dotadas de una dogmática y una práctica propia, que comparten entre sí la intangibilidad del activo sobre el que recaen en cuanto objeto normativo.

En segundo lugar está la vertiente del análisis económico de los derechos de propiedad intelectual, que plantea nuevos problemas que desestabilizan la justificación misma de su existencia. Tanto si se aplica un canon clásico, basado en la propiedad lockeana que surge de la agregación de valor mediante el trabajo, como si se recurre al expediente del agotamiento de bienes escasos y a la posibilidad de impedirlo mediante la parcelación de bienes en paquetes de derechos, la PI no termina de cuadrar, en ninguno de los dos esquemas.

Si se busca su justificación primera en el trabajo humano que se agrega a las cosas que Dios dejó en el mundo para el aprovechamiento de los hombres, se encuentra que en realidad la propiedad intelectual no recoge nada de la tierra, ni se basa siempre en cosas producidas mediante el trabajo humano, o al menos no totalmente. Aquello resulta aún menos exacto si se piensa en una serie de bienes producidos por el intelecto humano y en los que separar el trabajo propio del de los antecesores es, al menos, difícil. Muchos bienes protegidos por algún estatuto de PI son en realidad el resultado de largos procesos de desarrollo, ensayos y errores, que agregan en ese resultado el trabajo de muchos otros. Nada más real que el caso de esta misma tesis doctoral, que se basa en conocimiento previamente puesto en papel o en pantalla por personas más sabias, por cierto, que su autor.

Si se procura buscar el por qué de la PI en un supuesto agotamiento de los bienes escasos sobre los que recae, esa ruta argumentativa resulta aún más problemática. La PI recae en una serie de bienes que no se agotan, y en que los elementos del canon clásico, la exclusión y la exclusividad del uso y disfrute, no sirven en modo alguno para poder impedir que otros, distintos del dueño, usen y disfruten esos bienes. En ello opera fundamentalmente una razón fáctica: los derechos de PI no logran contener un alto grado de dispersión de los beneficios, de forma que el dueño (si lo hubiere) enfrenta una

estructura de costos altísima para poder implementar cercos a esa dispersión. Esos costos pueden llegar a subvertir la idea matriz del análisis económico de la propiedad, de que la propietarioización sólo tiene sentido cuando el costo de excluir es menor que el de no hacerlo. Los bienes amparados en PI pueden ser usados por muchos sin que ello importe su agotamiento, como ocurre en el caso de bienes tangibles que sí se agotan y en los que los derechos de propiedad sí cumplen una función de excluir a otros, por la fuerza del derecho, como son las manzanas, las bellotas, las casa y los campos.

Aun menos razones existirán cuando se trata de bienes del intelecto que circulan a través de plataformas tecnológicas, principalmente *webs*, en que una enorme cantidad de activos son objeto de transacciones no mercantiles - no propietarias, en que no media dinero y los bienes son conducidos hacia su mejor o más valorado uso de manera libre. Muchas de estas transacciones son ilegales y objeto de persecución penal y civil, en niveles supranacionales, a cuenta de instrumentos de derecho internacional que han promovido la implementación de regímenes de PI en las legislaciones. El canon propietario sobre esta clase de bienes intangibles, y no obstante su difusa justificación, se ha extendido significativamente como imposición de las fuerzas comerciales globales, que pretenden ignorar la realidad no escasa de esos bienes y una serie de prácticas de producción y transacción cultural no mercantil que tienen lugar en la *internet*.

Estos problemas hacen que la mirada, siempre sospechosa, gire hacia otras razones que se ocultan detrás del canon de la propiedad privada de bienes físicos, mediocrementemente aplicado a bienes intangibles con la etiqueta "PI". La crítica de la PI hace que su misma posibilidad de existencia aparezca más bien como una contingencia del desarrollo tecnológico, y que un cambio en esos desarrollos la convierta en un estatuto completamente inoficioso. Desde el punto de vista del aprovechamiento económico de los bienes que se amparan en PI, este subsistema de derechos aparece como un causante artificial de escasez, que pretende propietarioizar bienes volviéndolos escasos cuando en los hechos no lo son. A esto debe agregarse que económicamente, la PI posee una clara inclinación monopólica, lo que dialoga de manera tensa con los fundamentos liberales que subyacen a las figuras propietarias capitalistas. El mismo auge de la piratería es una prueba tangible de que los sistemas de PI no están cumpliendo su cometido. Aún cuando procuran trazar nuevos cercos con herramientas digitales, como la encriptación de archivos, los hechos indican que esos bienes se están transando de otra manera sin que ello implique menor producción o un desincentivo a esta. Si la vulneración sistemática de la PI, especialmente en el negocio de la producción musical, fue una explicación sostenida para la quiebra de ciertos negocios, lo cierto es que la producción de bienes amparados en esos derechos (música, cine, trabajos científicos y tesis doctorales) nunca había sido tan profusa, variada y, probablemente, libre. Lo crítico, bajo este punto de vista, no es el problema de la producción sino más bien el modelo de negocios que compañías como Blockbuster o una serie de disqueras transnacionales, buscaron sostener, sin adaptarse adecuadamente al cambio tecnológico. Los derechos de PI no aparecen, entonces, como un incentivo para la creación, cuyas motivaciones no parecen estar en el afán de poseer, y su vulneración tampoco parece ser un lastre que lleve a la trágica subproducción. La explicación más posible es una convivencia, no siempre pacífica, entre sistemas de transacciones mercantiles, en que los derechos de PI son respetados y transados, y un

número creciente de mecanismos no mercantiles que transitan por un camino paralelo al propietario.

Capítulo Tercero

La tercera parte de este estudio reflexiona en dos líneas. Por una parte indaga en el estado actual del sistema capitalista y las características de su modo de acumulación. En segundo lugar, explora cómo los cambios tecnológicos permiten que, en el mundo de los bienes intangibles amparados en estatutos de propiedad intelectual, se produzca un resurgimiento del paradigma de la propiedad común, como forma de gobierno, producción y transacción no necesariamente mercantil.

El estado actual del desarrollo capitalista se pone en estudio fundamentalmente a partir de las crisis sistémicas que se desatan a partir de los cambios tecnológicos. Cada uno de esos cambios ha acompañado la puesta en marcha de una nueva forma capitalista, y específicamente de acumulación de capital. Los desarrollos tecnológicos hacen avanzar al capitalismo a nuevas fases, pero las formas de acumulación mantienen su vigencia, superponiéndose y complementándose unas a otras. De este modo, a la forma comercial se superpone la industrial y a esta los modos de producción de las sociedades postindustriales, caracterizadas por un predominio de la información como bien básico, que produce a su vez más información y conocimiento. El estadio actual del desarrollo capitalista es, entonces, una fase de alto desarrollo del capitalismo informacional, lo que no significa que las formas comerciales e industriales hayan decaído. Con todo, los activos del mundo del conocimiento toman un rol preponderante en la construcción de polos de desarrollo económico, de modo que muchas compañías de alto valor se han construido precisamente a partir del desarrollo de intangibles.

En este contexto, más que centrar el análisis en la perspectiva de una falla masiva y final del capitalismo, en que este es derrotado por la acción revolucionaria de una clase obrera organizada, es preciso situarse en las mutaciones que este experimenta como sistema productivo y social, a partir de los desarrollos tecnológicos que permite y fomenta. En ese sentido, el capitalismo es, como Schumpeter sostenía, una fuerza transformadora que trae en sí mismo el germen de su propia destrucción creativa y de su transformación. Si bien en su mutación informacional puede efectivamente avanzar hacia su crisis final, lo que interesa es que esos desarrollos han hecho proliferar formas de producción y transacción que subvierten las clásicas relaciones capitalistas de trabajo y propiedad. Las tecnologías digitales de información y comunicación no sustituyen a las relaciones industriales en su totalidad, pero sí fomentan la aparición de una nueva clase de trabajadores que son dueños de saberes específicos, detentan herramientas tecnológicas de bajo costo de adquisición y producen bienes del conocimiento que no siempre tienen como destino los mercados. Estos trabajadores, que algunos han llamado *cognitariado*, poseen en sí mismos el medio de producción (conocimiento) y producen con esos medios una serie de bienes, lo que los independiza de la relación laboral jerárquica industrial típicamente capitalista. A esto se suma una red global de comunicación e información, en que esos productos se pueden compartir con facilidad y sin fronteras geográficas, a través

de una serie de nodos productivos conectados en una red en que las relaciones son de orden horizontal.

La profunda novedad de la última generación de cambios tecnológicos que constituyen las tecnologías digitales de información y comunicación, radica en que posibilitan un retorno a formas precapitalistas de producción y transacción de bienes. A partir de estas se subvierte una institución tan clave como la propiedad privada, incontestada a través de todas las mutaciones previas del capitalismo. Estas formas propietarias remiten, con mucha fuerza, a un mundo premoderno, en que las fuerzas productivas están radicadas en la comunidad y en que el producto de la tierra se explota, gobierna y distribuye común o comunitariamente. La producción y transacción en la *web*, ofrecen una remisión, con las correcciones históricas, dogmáticas y económicas que deban hacerse, a la forma de producción de la baja Edad Media, cuando los saberes comienzan a concentrarse en talleres que custodian y transmiten el conocimiento a las generaciones venideras, en la forma de un procedimiento para derretir el vidrio o para hacer funcionar un torno de carpintería, en las primeras formas de mecanización del trabajo agrícola, o en las incipientes técnicas para rotar los cultivos de un campo que no genera aún un excedente de capital, sino sólo alimenta pobremente a algunos aldeanos: ese momento justo, en otras palabras, previo al cercamiento que inicia la era capitalista.

El recorrido que lleva al paradigma de lo común implica, necesariamente, transitar por figuras que son jurídicamente imprecisas, que no se corresponden necesaria o correctamente con las definiciones que la ciencia del derecho impone y que las legislaciones adoptan. Muchas de estas poseen variantes regionales de acuerdo a la pertenencia a sistemas jurídicos de *common law* o de raigambre continental, pese a que los tratados internacionales de comercio han procurado imponer uniformidad. Buena parte de la conceptualización que se ha ofrecido en este trabajo proviene de la economía y de otras ciencias sociales. No se trata, en ese sentido, de una idea que goce de gran popularidad para una dogmática civil que lleva casi doscientos años anclada en un paradigma que es privado y, por ser privado, es la vez individualista. El servicio que esta dogmática le presta al sistema capitalista abona, por cierto, su persistencia y resistencia al cambio. Pero en tiempos convulsos, como aquellos en los que esta tesis ha sido escrita, la necesaria recuperación de lo común exige una relectura del derecho y del rol que sus instituciones pueden jugar, a favor o en contra, de lo que interesa a todos.

Elinor Ostrom, primera mujer en obtener el premio Nobel de economía en 2002, resulta de gran interés para comprender que el paradigma comunitario no quedó en verdad sepultado en la economía y el derecho liberales del siglo XVIII, sino que persistió, en tanto práctica política y económica, con éxitos y fracasos, en ciertos sectores productivos, generalmente extractivos y reducidos a territorios específicos. En ese sentido, esa persistencia de las formas comunes resalta no tanto por lo que tienen de propiedad, sino por una serie de arreglos institucionales, de reglas del juego, que se producen y gobiernan comúnmente, y que sólo a veces tienen que ver con la propietarización privada de los recursos. Esto sienta las bases para desestimar que el derecho de propiedad privada sea la única forma de gobernar bienes, y que la comunidad sea un pozo de pérdida y desperdicio, como lo planteaban Hardin y sus intérpretes.

La lectura de Ostrom ofrece dos grandes lecciones a esta investigación. En primer lugar, la importancia de la propiedad privada es relativa y su imposición como solución única al problema del agotamiento que representa la tragedia de los comunes debe ser cuestionada a partir de las experiencias prácticas, de la realidad en que los agentes económicos viven las relaciones transaccionales y en contextos específicos. Esto permite vislumbrar un ámbito de una riqueza normativa y una variedad de figuras que supera con mucho las clásicas dualidades que ofrece el esquema privado/público. Sólo algunas de estas soluciones son estrictamente propietarias, mientras que la mayoría transita por acuerdos de voluntades que permiten extraer valor de una manera mucho más igualitaria y equilibrada de lo que permitiría la propiedad privada. Sobre todo, permite que las propias comunidades se otorguen un sistema normativo de asignación de bienes y resolución de conflictos, a la medida de realidades culturales, jurídicas y normativas muy precisas. Esto último representa un giro fundamental de la modernidad jurídica que impone el Estado moderno, y una suerte de retorno a la pluralidad de estatutos jurídicos que es más propio del mundo medieval y su diversidad territorial y política.

En segundo lugar, es posible extrapolar una arquitectura jurídica y económica de bienes comunes desde los tangibles en los que Ostrom centra sus estudios, al mundo de los intangibles del conocimiento humano, en los que la escala de una comunidad no está ya limitada a un espacio geográfico específico sino que se estructura, como se decía, a partir de nodos en una red. Hay pues, una coincidencia teórica y práctica entre instituciones (en tanto reglas del juego) tan disimiles entre sí como los *geeks* que hackean *softwares* para mejorar su fallas, una biblioteca digital comunitaria organizada por profesores de la Isla de Chiloé y los repositorios de investigación científica sobre biodiversidad de una universidad en Arizona, cuyos productos están licenciados en alguna modalidad *Creative Commons*. Todos ofrecen una perspectiva de administración y gobierno de bienes intangibles del conocimiento humano, protegidos o no por propiedad intelectual, y con cierta prescindencia de si aquello es o no relevante para una finalidad concreta: compartir conocimiento. Todos representan, además, una complejidad y riqueza que el derecho del Estado moderno, en su versión de PI, no es capaz de captar.

Quedan algunas palabras para la propiedad intelectual, el foco de buena parte este estudio. La PI parece ser el canon propietario más adecuado para los bienes del conocimiento. Esto es sumamente cierto si se atiende a que, pese a su dispersión y límites porosos, su dogmática es en efecto una elaboración, un sofisticado artilugio, diseñado para lidiar con los problemas de un grupo de bienes específicos y resolver los conflictos sobre su detentación y aprovechamiento. Pero al situarla en función de una perspectiva de bien común y pensarla como una herramienta de aprovechamiento común de bienes no escasos, no excluyentes y no exclusivos, la PI ofrece pocas alternativas más allá de aportar obras al dominio público después de setenta años de muertos sus autores. No se trata de un estatuto jurídico que piense en lo común, sino más bien una refrendación de la construcción individualista que propone el capitalismo.

Reflexiones finales

Esta tesis ha propuesto que la propiedad privada puede ser releída a partir del juego de desmontar los elementos de su paradigma y volverlos a montar bajo otro distinto. Cuando ciertos bienes comienzan a observar un comportamiento no propietario y transitan fuera del circuito de las relaciones mercantiles productoras de propiedad privada, es una señal de alerta de que algo no está funcionando en las formas típicas de transacción. El conocimiento es uno de esos bienes, pero no es el único. Las relaciones de producción e intercambio están mutando a partir de cambios tecnológicos que hace treinta años eran ciencia ficción y que disponen nuevas posibilidades de colectivizar cosas a través de una red infinita. No es posible pensar que instituciones tan fundamentales como la propiedad privada, que son en realidad funcionales a una organización productiva específica, vayan a permanecer incólumes por mucho tiempo ante esos cambios. Esta tesis, escrita para obtener un grado académico, es parte de ese proceso: si tiene suerte podrá ver la luz circulando libremente por la red. Por lo pronto, los desafíos que presentaba están, en parte cumplidos. Y se dice *en parte*, por que el recorrido que propone siembra más y más preguntas que deberán ser resueltas en el futuro. Quedan pendientes, en ese sentido, los análisis de campo que puedan determinar con exactitud qué bienes del conocimiento se producen y transan libremente, qué modelos de gobierno presentan, qué actores se involucran en ellos y si son o no sostenibles en el tiempo. Queda por analizar el real impacto que la liberalización del conocimiento tiene en economías específicas, y si deviene o no en una subproducción de bienes. Queda por ver qué formas de lucha política están detrás de esos procesos de colectivización del conocimiento y en que términos puede esta colaborar en la redistribución más justa de la riqueza.

Asimismo, el estudio de los comunes desde el derecho y la ciencias jurídicas ofrece un campo de gran interés y un desafío político: el paradigma privado está fuertemente arraigado en los sistemas jurídicos de derecho civil, y presenta una estabilidad y una falta de cuestionamiento sorprendente. La propiedad privada es aún cosificada y elevada, especialmente en el nivel constitucional, a condición de estabilidad democrática y económica, como si no hubiera más paradigmas que seguir. La discusión constitucional que Chile emprende por estos días, es una oportunidad para releer la propiedad privada a la luz de los cambios que la tecnología ofrece, pero también bajo los paradigmas comunes y el sentido político que estos representan. Estas páginas son un intento por cuestionar y resistir ese paradigma de corriente principal cuando se pretende imponerlo en bienes intangibles que pueden pertenecer a todos y todas.

Bibliografía

- ACEMOGLU, D., & JOHNSON, S. (2005). Unbundling Institutions. *Journal of Political Economy*, 113(5), 949 - 995.
- ACEMOGLU, D., & ROBINSON, J. (2012). *Por qué fracasan los países*. (M. GARCIA, Trad.) Barcelona, España: Deusto.
- ARROW, B. (2010). Real-Life Protection for Fictional Trademarks. *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, 21(1), 111 - 171.
- ASHTON, T. S. (1973). *La Revolución Industrial* (Segunda Edición en español ed.). (F. C. Cancini, Trad.) México D.F., México: Fondo de Cultura Económica.
- ATTAS, D. (2008). Lockean Justifications of Intellectual Property. En AA.VV., A. GOSSERIES, A. MARCIANO, & A. STROWEL (Edits.), *Intellectual Property and Theories of Justice* (págs. 29 - 56). New York, New York, U.S.A.: Palgrave Macmillan.
- BLONDEAU, O. (2004). Génesis y subversión del capitalismo informacional. En AA.VV., *Capitalismo cognitivo; propiedad intelectual y creación colectiva* (E. RODRIGUEZ, B. BALTZA, & A. GARCIA, Trads., págs. 31 - 48). Madrid, España: Traficantes de Sueños.
- BALESTRINO, A. (2008). It is a theft but not a crime. *European Journal of Political Economy*, 24(2), 455 - 469.
- BARCELONA, P. (1999). *Postmodernidad y comunidad; el regreso de la vinculación social* (3ª ed.). (H. SILVEIRA, J. A. ESTEVEZ, & J. R. CAPELLA, Trads.) Madrid: Trotta.
- BARDHAN, P. (2001). Distributive Conflicts, Collective Action and Institutional Economics: The Future in Perspective. En G. MEIER, & J. STIGLITZ (Edits.), *Frontiers of Development Economics* (págs. 269 - 290). New York: Oxford University Press.
- BARZEL, Y. (1997). *Economic Analysis of Property Rights* (2ª ed.). Cambridge, U.K.: Cambridge.
- BELL, A., & PARCHOMOVSKY, G. (2005). A Theory of Property. *Cornell Law Review*, 90(3), 531 - 615.
- BELLEFLAMME, P., & PEITZ, M. (2012). Digital Piracy; Theory. En AA.VV., M. PEITZ, & J. WALDFOGEL (Edits.), *The Oxford Handbook of the Digital Economy* (págs. 489 - 530). Oxford, U.K.: Oxford University Press.
- BECHTOLD, S. (2013). Law and Economics of Copyright and Trademarks on the Internet. En *The New Palgrave Dictionary of Economics* (págs. 1 - 12). Palgrave Macmillan.
- BEAUD, M. (1984). *Historia del Capitalismo, de 1500 a nuestros días* (1ª edición en español ed.). (M. S. Crespo, Trad.) Barcelona, España: Ariel.
- BENKLER, Y. (2015). *La Riqueza de las Redes; Cómo la Producción Social Transforma los Mercados y la Libertad* (Primera edición en español, de la primera edición en inglés de 2006 ed.). (M. PORTILLO, N. BACHMAKOV, V. CABELLO, G.

- FARAGUNA, C. FELIS, M. GARCIA, . . . L. ZETÓN, Trads.) Barcelona, España: Icaria.
- BENKLER, Y. (2017a). Open- Access and Information Commons. En AA.VV, *The Oxford Handbook of Law and Economics* (Vol. 2: Private and Commercial Law, págs. 256 - 279). Oxford, U.K.: Oxford University Press.
- BENKLER, Y. (2017b). Law, Innovation, and Collaboration in Networked Economy and Society. *Annual Review of Law and Social Science*, 13, 231 - 250.
- BERLIN, I. (1988). *Cuatro Ensayos sobre la Libertad* (Segunda reimpression en español, 2003 ed.). Madrid, España: Alianza.
- BIAGIOLI, M. (2019). Weighing intellectual property: Can we balance the social costs and benefits of patenting? *History of Science*, 57(1), 140 - 163.
- BOLLIER, D. (2016a). El Ascenso del Paradigma de los Bienes Comunes. En C. HESS, & E. OSTROM (Edits.), *Los Bienes Comunes del Conocimiento* (P. CARBAJOSA, D. ESCRIBANO, Á. FERRERO, F. OROBÓN, & C. TULBURE, Trads., págs. 51 - 64). Quito / Madrid, Ecuador / España: Instituto de Altos Estudios Nacionales del Ecuador / Traficantes de Sueños.
- BOLLIER, D. (2016b). *Pensar desde los comunes: una breve introducción* (1ª ed.). (G. Translation, Trad.) Sursiendo + Traficantes de Sueños + Tinta Limón + Cornucopia + Guerrilla Translation.
- BOURDIEU, P. (2003). *Las Estructuras Sociales de la Economía*. (T. Kauf, Trad.) Barcelona: Anagrama.
- BOUTANG, Y. (2004). Riqueza, propiedad, libertad y renta en el capitalismo cognitivo. En AA.VV, *Capitalismo cognitivo, propiedad intelectual y creación colectiva* (E. RODRIGUEZ, B. BALTZA, & A. GARCIA, Trads., págs. 107 - 128). Madrid, España: Traficantes de Sueños.
- BOYLE, J. (2003). The Second Enclosure Movement and The Construction of Public Domain. (D. L. Repository, Ed.) *Law and Contemporary Problems*, 66(1), 33-74.
- BOYLE, J. (2016). ¿Mertonismo Desencadenado? Imaginar el Acceso Libre y Descentralizado a la Mayor Parte del Material Cultural y Científico. En AA.VV., C. HESS, & E. OSTROM (Edits.), *Los Bienes Comunes del Conocimiento* (P. CARBAJOSA, D. ESCRIBANO, Á. FERRERO, F. OROBÓN, & C. TULBURE, Trads., págs. 143 - 161). Quito / Madrid, Ecuador / España: Instituto de Altos Estudios Nacionales del Ecuador / Traficantes de Sueños.
- BRAUDEL, F. (1994). *La Dinámica del Capitalismo* (Primera Reimpression en Chile, de la Primera Edición en español de 1986 ed.). (R. T. Calatayud, Trad.) México D.F., México: Fondo de Cultura Económica.
- BREAKEY, H. (2013). Properties of Copyright. En H. HOWE, & J. GRIFFITHS (Edits.), *Concepts of Property in Intellectual Property* (págs. 137 - 160). Cambridge, U.K.: Cambridge University Press.
- CALABRESI, G., & MELAMED, D. (1972). Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral. *Harvard Law Review*, 85(6), 1089-1128.
- CHAMBERLAIN, J. (1976). *The Roots of Capitalism*. Indianapolis, EE.UU: Liberty Fund.

- CHANG, H. -J. (2015). *Economía para el 99% de la Población*. (T. B. Arijón, Trad.) Barcelona, España: Debate.
- CHANG, H.-J. (2002). *Kicking Away the Ladder; Development Strategy in Historical Perspective*. London: Anthem Press.
- COASE, R. (1992). El Problema del Costo Social. (C. d. Públicos, Ed.) *Estudios Públicos*(45), 81 - 134.
- Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. (s.f.). *WIPO IP Portal*. Recuperado el 8 de septiembre de 2020, de <https://wipolex.wipo.int/es/treaties/textdetails/12214>
- COOTER, R., & ULEN, T. (2008). *Derecho y Economía*. (E. L. Suárez, Trad.) Mexico DF: Fondo de Cultura Económica.
- CORDERO, E. (2008). De la Propiedad a las Propiedades: La Evolución de la Concepción Liberal de la Propiedad. (E. d. PUCV, Ed.) *Revista de Derecho*(XXXI), 493-525.
- CORSANI, A. (2004). Hacia una renovación de la economía política. Antiguos conceptos e innovación teórica. En AA.VV, *Capitalismo cognitivo; propiedad intelectual y creación colectiva* (E. RODRIGUEZ, B. BALTZA, & A. GARCIA, Trads., págs. 89 - 98). Madrid, España: Traficantes de Sueños.
- COSTA, G., FOGAÇA, M., & REIS, R. (junio de 2008). Acceso a medicamentos y propiedad intelectual en Brasil: reflexiones y estrategias de la sociedad civil. *Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos*, 5(8), 168 - 198.
- DAGAN, H. (2011). *Property, Values and Institutions*. Oxford, U.K.: Oxford University Press.
- DAGAN, H., & HELLER, M. (2001). The Liberal Commons. *The Yale Law Journal*, 110(549), 549-623.
- DAVIES, W., & FOURACRE, P. (1995). Property and Power in the Early Middle Ages, Introduction]. En AA.VV., W. DAVIES, & P. FOURACRE (Edits.), *Property and Power in the Early Middle Ages* (págs. 1 - 16). Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- DEANE, P. (1968). *La Primera Revolución Industrial* (Primera Edición en Español, 1968 ed.). (J. S. Tura, Trad.) Barcelona, España: Ediciones Península.
- DEMIR, C., & LENGGER, A. (2019). Intellectual property rights and global imitation chains: the north-south-east model. *Economía Política*, 36(2), 549 - 569.
- DEMSETZ, H. (Octubre de 1964). The Exchange and Enforcement of Property Rights. (T. U. Press, Ed.) *Journal of Law and Economics*, 7, 11 -26.
- DEMSETZ, H. (October de 1966). Some Aspects of Property Rights. *The Journal of Law & Economics*, 9, 61 - 70.
- DEMSETZ, H. (1967). Toward a Theory of Property Rights. *The American Economic Review*, 57(2), 347-359.
- DOBB, M. (2013). *Introducción a la Economía* (17º impresión, 2013, de la segunda edición en español de 1959, de la primera edición en inglés de 1932 ed.). (A. C. Leal, Trad.) México D.F., México: Fondo de Cultura Económica.

- DOUGLAS, S., & McFARLANE, B. (2013). Defining Property Rights. En J. PENNER, & H. SMITH, *Philosophical Foundations of Property Law* (págs. 219 - 243). Oxford, UK: Oxford University Press.
- DRAHOS, P. (2004). The Regulation of Public Goods. *Journal of International Economic Law*, 7(2), 321-339.
- DREIER, T. (2013). How Much "Property" is There in Intellectual Property? The German Civil Law Perspective. En H. HOWE, & J. GRIFFITHS (Edits.), *Concepts of Property in Intellectual Property Law* (págs. 116 - 136). Cambridge, U.K.: Cambridge University Press.
- DUSOLLIER, S. (2013). The commons as a reverse intellectual property. En AA.VV., H. HOWE, & J. GRIFFITHS (Edits.), *Concepts of Property in Intellectual Property Law* (págs. 258 - 281). Cambridge, U.K.: Cambridge University Press.
- DYER-WHITEFORD, N. (2004). Sobre la contestación al capitalismo cognitivo; composición de clase en la industria de los videojuegos y de los juegos de ordenador. En AA.VV., *Capitalismo cognitivo; propiedad intelectual y creación colectiva* (E. RODRIGUEZ, B. BALTZA, & A. GARCIA, Trads., págs. 49 - 62). Madrid, España: Traficantes de Sueños.
- EFRONI, Z. (2010). *Access Right*. Oxford, U.K.: Oxford University Press.
- EGGERTSSON, T. (1990). *Economic Behavior and Institutions*. (T. P. Cambridge, Ed.) Cambridge, U.K.: Cambridge University Press.
- EPSTEIN, R. A. (2010). The Disintegration of Intellectual Property? A Classical Liberal Response to a Premature Obituary. *Stanford Law Review*, 62(2), 455-524.
- FAZIO, A. (2009). Las Filosofías de la Propiedad Intelectual: Sobre la Privatización del Conocimiento en el Capitalismo Actual. (F. d. Instituto de Filosofía, Ed.) *Cuadernos de Filosofía*(53), 79 - 103.
- FAZIO, A. (2017). *El Trabajo Inmaterial como Problema de la Filosofía Política* (Segunda ed.). Buenos Aires, Argentina: Teseopress.
- FAZIO, A. (mayo de 2019). Los Fundamentos Conceptuales de la Propiedad Intelectual: Liberalismo y Crítica. *Ideas y Valores*, 68(170), 121 - 145.
- FERNANDEZ, J. C. (2010). *Sistema de Derecho Económico Internacional* (Primera ed.). Cizur Menor, España: Thomson Reuters.
- FITZPATRICK, D. (2006). Evolution and Chaos in Property Rights Systems: The Third World Tragedy of Contested Access. *The Yale Law Journal*, 115, 996 - 1048.
- FOUCAULT, M. (2010). *¿Que es un autor?* (S. MATTONI, Trad.) Córdoba, Argentina: Ediciones Literales.
- FRIEDMAN, M. (1966). *Capitalismo y Libertad*. (A. Lueje, Trad.) Madrid, España: Rialp.
- FRISCHMANN, B., MADISON, M., & STRANDBURG, K. (2014). Governing Knowledge Commons. En AA.VV., *Governing Knowledge Commons* (págs. 1 - 43). Oxford, U.K.: Oxford University Press.
- FUENTES, J. (2018). *El Derecho de Propiedad*. Santiago de Chile: Der.
- FUMAGALLI, A. (2010). *Bioeconomía y capitalismo cognitivo; hacia un nuevo paradigma de acumulación* (1ª en español, de la 1ª edición original de 2007 ed.).

- (A. HERNANDEZ, J. GUAL, & E. RODRIGUEZ, Trads.) Madrid, España: Traficantes de Sueños.
- GALBRAITH, J. K. (1984). *El Nuevo Estado Industrial*. (M. Sacristán, Trad.) Madrid, España: Sarpe.
- GALBRAITH, J. K., & SALINGER, N. (2009). *Introducción a la Economía; Una Guía para todo (o casi)* (Tercera reimpresión de la primera edición de 2001, del original en francés de 1978 ed.). (G. Muñoz, Trad.) Barcelona, España: Crítica.
- GEORGE, A. (2012). *Constructing Intellectual Property*. New York, New York, EE.UU.: Cambridge University Press.
- GHOSH, S. (2016). Cómo Construir los Bienes Comunes: ¿Es la Propiedad Intelectual Constrictiva, Facilitadora o Irrelevante? En *Los Bienes Comunes del Conocimiento* (P. CARBAJOSA, D. ESCRIBANO, Á. FERRERO, F. OROBÓN, & C. TULBURE, Trads., págs. 227 - 265). Quito / Madrid, Ecuador / España: Instituto de Altos Estudios Nacionales del Ecuador / Traficantes de Sueños.
- GINSBURG, J. (2018). Copyright. En AA.VV., R. DREYFUSS, & J. PILA (Edits.), *The Oxford Handbook of Intellectual Property Law*. Oxford, U.K.: Oxford University Press.
- GRAY, J. (1994). *Liberalismo*. (M. T. Mucha, Trad.) Madrid, España: Alianza.
- GREY, T. C. (1980). The Disintegration of Property. (A. S. Philosophy, Ed.) *Nomos*, 22, 69 - 85.
- GROSSI, P. (2003). *Mitología Jurídica de la Modernidad*. (M. MARTINEZ, Trad.) Madrid: Trotta.
- GUZMAN, A. (1996). *Derecho Privado Romano* (1ª ed., Vol. 1º). Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- GUZMAN, A. (2006). *Las Cosas Incorporales en la Doctrina y en el Derecho Positivo* (Segunda edición de la primera edición de 1995 ed.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- HALL, P., & SOSKICE, D. (2001). An Introduction to Varieties of Capitalism. En D. SOSKICE, *Varieties of Capitalism* (págs. 1-68). Oxford, Inglaterra: Oxford University Press.
- HAN, B.-C. (2017). *El Arte de la Falsificación y la Deconstrucción en chino*. (P. KUFFER, Trad.) Buenos Aires, Argentina: Caja Negra Editora.
- HARDIN, G. (December de 1968). The Tragedy of Commons. *Science, New Series*, 162(3859), 1243-1248.
- HARVEY, D. (2007). *Breve Historia del Neoliberalismo* (Tercera reimpresión de la primera edición en español de la primera edición en inglés de 2005 ed.). (A. VARELA, Trad.) Madrid, España: AKAL.
- HARVEY, D. (2013). *El Enigma del Capital* (Primera Reimpresión en Español ed.). (J. Madariaga, Trad.) Madrid, España: Akal.
- HAUNSS, S. (2013). *Conflicts in the Knowledge Society: The Contentious Politics of Intellectual Property*. Cambridge, U.K.: Cambridge University Press.
- HELLER, M. (2017). Commons and Anticommons. En AA.VV., & F. PARISI (Ed.), *The Oxford Handbook of Law and Economics* (Vol. 2, págs. 178 - 199). Oxford, U.K.: Oxford University Press.

- HESS, C., & OSTROM, E. (2016a). Introducción: Una Visión General de los Bienes Comunes del Conocimiento. En AA.VV., C. HESS, & E. OSTROM (Edits.), *Los Bienes Comunes del Conocimiento* (P. CARBAJOSA, D. ESCRIBANO, Á. FERRERO, F. OROBÓN, & C. TULBURE, Trads., págs. 21 - 50). Quito/Madrid, Ecuador / España: Instituto de Altos Estudios Nacionales del Ecuador / Traficantes de Sueños.
- HESS, C., & OSTROM, E. (2016b). Un Marco de Análisis de los Bienes Comunes del Conocimiento. En AA.VV., C. HESS, & E. OSTROM (Edits.), *Los Bienes Comunes del Conocimiento* (P. CARBAJOSA, D. ESCRIBANO, Á. FERRERO, F. OROBÓN, & C. TULBURE, Trads., págs. 65 - 104). Quito / Madrid, Ecuador / España: Instituto de Altos Estudios Nacionales del Ecuador / Traficantes de Sueños.
- HETTINGER, E. (Invierno de 1989). Justifying Intellectual Property. *Philosophy & Public Affairs*, 18(1), 31-52.
- HIDALGO, C. (2017). *El Triunfo de la Información* (1º en español ed.). (M. PEREZ, Trad.) Barcelona, España: Debate.
- HIMMA, K. E. (2015). La Legitimidad de la Protección Jurídica de los Derechos de Propiedad Intelectual. En J. L. FABRA, E. SPECTOR, & I. d. Universidad Nacional Autónoma de México (Ed.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (J. L. Zamora, Trad., Vol. 3, págs. 2471-2499). Mexico D.F., D.F., México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- HOBBSAWM, E. (2016). *La Era del Capital, 1848 - 1875* (6ª ed.). (A. G. Fluixa, & C. Caranci, Trads.) Buenos Aires, Argentina: Crítica.
- HONORÉ, A. (1993). Ownership. En P. SMITH (Ed.), *The Nature and Process of Law: An Introduction to Legal Philosophy* (págs. 370 - 375). New York, EE.UU.: Oxford University Press.
- HURD, G. A. (Productor), & CAMERON, J. (Dirección). (1984). *The Terminator* [Película]. USA: Metro Goldwyn Mayer.
- JOHNSON, D. R. (2007). Reflections on the Bundle of Rights. *Vermont Law Review*, 32(2), 247 - 272.
- KLICK, J., & PARCHOMOVSKY, G. (2017). The Value of the Right to Exclude: An Empirical Assessment. *University of Pennsylvania Law Review*, 165(4), 917 - 966.
- KAHN, P. (2018). *El Liberalismo en su Lugar*. (J. C. Singh, Trad.) Santiago de Chile, Chile: Universidad Diego Portales.
- KEYNES, J. M. (2010 (1930)). Economic Possibilities for Our Grandchildren. En *Essays in Persuasion* (págs. 321 - 332). London: Palgrave Macmillan.
- KHAN, Z. (2016). History of Intellectual Property. En S. DURLAUF, & L. BLUME (Edits.), *The New Palgrave Dictionary of Economics* (págs. 1 - 6). Palgrave - Macmillan.
- KINSELLA, N. S. (2008). *Against Intellectual Property*. Auburn, Alabama, U.S.A.: Ludwig von Mises Institute.
- KRIER, J. (1992). The Tragedy of the Commons, Part Two. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 15(2), 325 - 347.

- KRUEGER, A. (1974). The Political Economy of the Rent-Seeking Society. *The American Economic Review*, 64(3), 291 - 303.
- KU, R. S. (2002). The Creative Destruction of Copyright: Napster and the New Economics of Digital Technology. *The University of Chicago Law Review*, 69(1), 263 - 324.
- KUHN, T. (2010). *La Estructura de las Revoluciones Científicas* (Tercera edición en español de 2006, de la primera edición en inglés de 1971 ed.). (C. SOLIS, Trad.) México, D.F., México: Fondo de Cultura Económica.
- LANDES, W., & POSNER, R. (2003). *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cambridge, Massachusetts, USA: The Belknap Press of Harvard University Press.
- LASALLE, J. M. (2001). *John Locke y los Fundamentos Modernos de la Propiedad*. Madrid, España: Dykinson.
- LASKI, H. (1992). *El Liberalismo Europeo* (12ª reimpression, de la primera edición en español, de la primera edición en inglés de 1936 ed.). (V. Miguelez, Trad.) Ciudad de México, DF, México: Fondo de Cultura Económica.
- LEMLEY, M. A. (2005). Property, Intellectual Property, and Free Riding. *Texas Law Review*, 83, 1031.
- LESSIG, L. (2005). *Por una cultura libre* (1ª ed.). (J. CANDEIRA, Ed., & A. CÓRDOBA, Trad.) Madrid, España: Traficantes de Sueños.
- LEVEQUE, F., & MENIERE, Y. (2004). *The Economics of Patents and Copyright*. Berkley, California: Berkley Electronic Press.
- LOCKE, J. (1998). *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Barcelona, España: Altaya.
- LONG, P. (1991). Invention, Authorship, "Intellectual Property," and the Origin of Patents: Notes Toward a Conceptual History. (T. J. Press, Ed.) *Technology and Culture*, 32(4), 846 - 884.
- LOUKIL, K. (2020). Intellectual Property Rights, Human Capital and Innovation in Emerging and Developing Countries. *Journal of Social Economics Research*, 7(1), 35 - 41.
- McKAY, A. (Dirección). (2015). *The Big Short* [Película]. EE.UU.: Paramount Pictures.
- MACPHERSON, C. (1951). Locke on Capitalism Appropriation. *The Western Political Quarterly*, 4(4), 550 - 566.
- MACPHERSON, C. (1975). Capitalism and the Changing Concept of Property. En E. KAMENKA, & R. NEALE, *Feudalism, Capitalism and Beyond* (págs. 104 - 124). Canberra, Australia: Australian University Press.
- MACPHERSON, C. (1978). *Property; Mainstream and Critical Positions*. Toronto: University of Toronto Press.
- MACPHERSON, C. (2005). *La Teoría Política del Individualismo Posesivo: De Hobbes a Locke* (Edición en español, del original del autor de 1962 ed.). (J. -R. Capella, Trad.) Madrid, España: Trotta.
- MADDISON, A. (1982). *Las Fases del Desarrollo Capitalista; Una Historia Económica Cuantitativa*. (M. F. Chavarría, Trad.) México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.

- MARGALIT, A. (2009). Commons and Legality. En AA.VV., G. ALEXANDER, & E. PEÑALVER (Edits.), *Property and Community* (págs. 141 - 163). Oxford, U.K.: Oxford University Press.
- MARTIGNETTI, G. (2002). Propiedad. En N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, & G. PASQUINO, *Diccionario de Política* (Vol. 2, págs. 1300-1317). México D.F., México: Siglo XXI S.A. de C.V.
- MASON, P. (2016). *Postcapitalismo; Hacia un Nuevo Futuro* (1ª en español ed.). (A. SANTOS, Trad.) Buenos Aires, Argentina: Paidós.
- MATTEI, U. (2013). *Bienes Comunes. Un Manifiesto*. (G. Pisarello, Trad.) Madrid, España: Trotta.
- MAZZUCATO, M. (2019). *El Valor de las Cosas; Quién Produce y Quién Gana en la Economía Global*. (R. GONZÁLEZ, Trad.) Barcelona, España: Taurus.
- MENELL, P. (2011). Governance of Intellectual Resources and Disintegration of Intellectual Property in the Digital Age. *Berkeley Technology Law Journal*, 26(4), 1524-1560.
- MENELL, P. (2016). Adapting Copyright for the Mashup Generation. *University of Pennsylvania Law Review*, 164, 441 - 512.
- MERGES, R. (2011). *Justifying Intellectual Property*. Cambridge, Massachusetts, USA: Harvard University Press.
- MERGES, R. (2017). Economics of Intellectual Property Law. En AA.VV., *The Oxford Handbook of Law and Economics* (Vol. 2: Private and Commercial Law, págs. 200 - 219). Oxford, U.K.: Oxford University Press.
- MIRO - LLINARES, F. (2007). El Futuro de la Propiedad Intelectual desde su Pasado. La Historia de los Derechos de Autor y su Porvenir ante la Revolución de Internet. (U. M. Hernández, Ed.) *Revista de Sociales y Jurídicas*(2), 103 - 155.
- MOORE, A., & HIMMA, K. (2018). Intellectual Property. En AA.VV., *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (E. ZALTA, Trad., págs. 1 - 35). Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University.
- MOORE, M. (Dirección). (2009). *Capitalism: A Love Story* [Película]. USA.
- MOSSOFF, A. (2012). Saving Locke from Marx: The Labor Theory of Value in Intellectual Property Theory. (G. M. Law, Ed.) *Social Philosophy and Policy*, 29(2), 283 - 317.
- NEALE, R. (1975). Introduction: property, law and the transition from feudalism to capitalism. En AA.VV., E. KAMENKA, & R. S. NEALE (Edits.), *Feudalism, capitalism and beyond*. Canberra, Australia: Australian National University Press.
- NOLAN, C., GOYER, D. (Escritores), & NOLAN, C. (Dirección). (2005). *Batman Begins* [Película]. U.K.: Warner Bros. Pictures.
- NORTH, D. C. (1993). *Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico* (1ª Edición en Español ed.). (A. Bárcena, Trad.) México D.F., México: Fondo de Cultura Económica.
- NOZICK, R. (1988). *Anarquía, Estado y Utopía* (Primera Edición en Español ed.). (R. Tamayo, Trad.) Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica.
- NWAUCHE, E. (2016). Right to Intellectual Property. En M. P. Law, R. GROTE, F. LACHENMANN, & R. WOLFRUM (Edits.), *Max Planck Encyclopedia of*

- Comparative Constitutional Law* (Updated February 2019 ed., pág. <http://oxcon.oup.com>). Oxford, U.K.: Oxford University Press.
- OAKES, J. (2016). Garrett Hardin's Tragic Sense of Life. *Endeavour*, 40(4), 238-247.
- OKEDIJI, R. (2003). The International Relations of Intellectual Property: Narratives of Developing Country Participation in the Global Intellectual Property System. *Singapore Journal of International & Comparative Law*, 7, 315 - 385.
- OKEDIJI, R. (2017). Reframing International Copyright Limitations and Exceptions as Development Policy. En R. OKEDIJI (Ed.), *Copyright Law in an Age of Limitations and Exceptions* (págs. 429 - 496). Cambridge, U.K.: Cambridge University Press.
- OSTERGARD, R. L. (2014). Economic Growth and Intellectual Property Rights Protection: a Reassessment of the Conventional Wisdom. En GERVAIS, Daniel, GERVAIS, & Daniel (Edits.), *Intellectual Property, Trade and Development* (págs. 3 - 39). Oxford, U.K.: Oxford University Press. doi: DOI:10.1093/acprof:oso/9780199684700.001.0001
- OSTROM, E. (2011). *El gobierno de los bienes comunes; la evolución de las instituciones de acción colectiva* (2ª en español, de la 1ª edición en inglés de 1990 ed.). (L. MERINO, Trad.) México D.F., México: Fondo de Cultura Económica.
- OSTROM, E., & HESS, C. (2010). Private and Common Property Rights. En B. BOUCKAERT (Ed.), *Encyclopedia of Law and Economics* (2º ed., Vol. 5, págs. 53 - 106). Northampton, Massachusetts, USA: Edward Elgar Publishing Limited.
- PEÑALVER, E., & ALEXANDER, G. (2012). *An Introduction to Property Theory*. Cambridge, Massachusetts, USA: Cambridge University Press.
- PEÑA, C. (2017). *Lo que el dinero sí puede comprar* (Tercera edición, noviembre de 2017 ed.). Santiago de Chile, Chile: Taurus.
- PIKETTY, T. (2013). *El Capital en el Siglo XXI*. (E. C.-T. Isoard, Trad.) México D.F., México: Fondo de Cultura Económica.
- PIPES, R. (2002). *Propiedad y Libertad; Dos Conceptos Inseparables a lo Largo de la Historia* (Primera edición en español, de la primera edición en inglés publicada por Alfred Knopf, 1999 ed.). (J. d. Diego, Trad.) México D.F., México: Turner/Fondo de Cultura Económica.
- POLANYI, K. (1992). *La Gran Transformación; Los Orígenes Políticos y Económicos de Nuestro Tiempo* (Primera edición en español, ed.). (E. L. Suarez, Trad.) México D.F., México: Fondo de Cultura Económica.
- POSNER, R. (2005). Intellectual Property: The Law and Economics Approach. *Journal of Economic Perspectives*, 19(2), 57 - 73.
- POSNER, R. (2006). Do we have too Many Intellectual Property Rights? *Marquette Intellectual Property Law Review*, 9:2(173), 174 - 184.
- POSNER, R. (2007). *El Análisis Económico del Derecho* (Segunda edición en español ed.). (E. Suarez, Trad.) Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.
- POTTAGE, A., & SHERMAN, B. (2013). On the Prehistory of Intellectual Property. En H. HOWE, & J. GRIFFITHS (Edits.), *Concepts of Property in Intellectual Property Law* (págs. 11 - 28). Cambridge, U.K.: Cambridge University Press.
- RAMIS, A. (2017). *Bienes Comunes y Democracia*. Santiago, Chile: LOM.

- RAMONET, I. (2010). *La Catástrofe Perfecta*. (G. VILLALBA, Trad.) Madrid, España: Diario Público.
- RAND, A. (1990). ¿Qué es el capitalismo? (C. d. Públicos, Ed.) *Estudios Públicos*(37), 63-90. Recuperado el 10 de Julio de 2017, de <https://www.cepchile.cl/que-es-el-capitalismo/cep/2016-03-03/183241.html>
- RANDOLPH, M. (2019). *That Will Never Work; The Birth of Netflix and the Amazing Life on an Idea*. New York, U.S.A.: Little, Brown & Company.
- RAYNAUD, P., & RIALS, S. (Edits.). (2001). *Diccionario Akal de filosofía política*. Madrid: AKAL.
- REICH, R. (2017). *Savig Capitalism*. London, U.K.: Icon.
- RIFKIN, J. (2014). *La Sociedad del Costo Marginal Cero*. Buenos Aires, Argentina: Paidós.
- RIPERT, G. (1950). *Aspectos Jurídicos del Capitalismo Moderno*. (J. Q. Molares, Trad.) Buenos Aires: Bosch y Cía. Editores.
- RIPERT, G., & BOULANGER, J. (2007). *Tratado de Derecho Civil* (Vol. VI). Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- RODOTA, S. (1986). *El Terrible Derecho: Estudios sobre la Propiedad Privada*. (L. Díez-Picazo, Trad.) Madrid, España: Civitas.
- RODRIG, D. (2006). Institutions for High-Quality Growth: What they are and how to acquire them. En K. ROY, & J. SIDERAS (Edits.), *Institutions, Globalisation and Empowerment* (págs. 19 - 55). Cheltenham, U.K.: Elgar.
- ROSE, C. (1985). Possession as the Origin of Property. *University of Chicago Law Review*, 52(1), 73 - 88.
- ROSE, C. (1994). *Property & Persuasion: essays on the History, Theory, and Rhetoric of Ownership*. (W. Press, Ed.) Boulder, Colorado, USA: Westview Press.
- ROSE, C. (2000). Left Brain, Right Brain and History in the New Law and Economics of Property. *Oregon Law Review*, 79, 479 - 492. Obtenido de https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1801/?utm_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Ffss_papers%2F1801&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages
- ROSE, C. (2010 c). La Retórica de la Propiedad. En C. ROSE, *El Derecho de Propiedad en Clave Interdisciplinaria* (L. Grosman, Trad., págs. 75 - 109). Buenos Aires, Argentina: Fundación Universidad de Palermo.
- ROSE, C. (2010 b). Las Contribuciones de la Economía al Derecho de Propiedad. En C. ROSE, *El Derecho de Propiedad en Clave Interdisciplinaria* (L. Grosman, Trad., págs. 55 - 73). Buenos Aires, Argentina: Fundación Universidad de Palermo.
- ROSE, C. (2010a). La Propiedad como Relato. Perspectivas desde la Teoría de los Juegos, la Teoría Narrativa y la Teoría Feminista. En C. ROSE, & L. Grosman (Ed.), *El Derecho de Propiedad en Clave Interdisciplinaria* (págs. 31 - 54). Buenos Aires, Argentina: Fundación Universidad de Palermo.
- ROSE, M. (1993). *Authors and Owners; The Invention of Copyright*. Cambridge, Massachusetts, USA: Harvard University Press.

- ROSTOW, W. (1961). *Las Etapas del Crecimiento Económico. Un Manifiesto No Comunista*. (R. Pimentel, Trad.) México D.F., México: Fondo de Cultura Económica.
- RULLANI, E. (2004). El capitalismo cognitivo ¿un déjà-vu? En AA.VV, *Capitalismo cognitivo; propiedad intelectual y creación colectiva* (E. RODRIGUEZ, B. BALTZA, & A. GARCIA, Trads., págs. 99 - 106). Madrid, España: Traficantes de Sueños.
- RYAN, A. (1994). Self-ownership, Autonomy, and Property Rights. *Social Philosophy and Policy*, 11(2), 241 - 258.
- SCHIMTZ, C. (2009). Propiedad Intelectual, Dominio Público y Equilibrio de Intereses. *Revista Chilena de Derecho*, 36(2), 343-367.
- SCHONHOFEN, S. (2016). 'Holy Copyright Law, Batman!' The Batmobile is a copyright character. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 11, 12 - 14.
- SCOTT, R. (Dirección). (1982). *Blade Runner* [Película]. USA: Warner Bros. Pictures.
- SCHUMPETER, J. (2010). *¿Puede Sobrevivir el Capitalismo? La Destrucción Creativa y el Futuro de la Economía Global*. (J. RUBIO, Trad.) Madrid: Capitan Swing.
- SCHWEMBER, F. (2014). Comunidad y Apropiación Originaria en los Tratados sobre el Gobierno Civil de Locke. (F. d. Chile, Ed.) *Revista Chilena de Derecho*, 41(3), 1079 - 1104.
- SADABA, I., DOMINGUEZ, M., ROWAN, J., MARTINEZ, R., & ZEMOS98. (2013). *La tragedia del copyright; bien común, propiedad intelectual y crisis de la industrial cultural*. Barcelona, España: Virus.
- SENNETT, R. (2000). *La Corrosión del Carácter; Las Consecuencias Personales del Trabajo en el Nuevo Capitalismo* (Novena edición en español, 2006 ed.). (D. NAJMÍAS, Trad.) Barcelona, España: Anagrama.
- SERRANO, E. (2000). *La Propiedad Intelectual y las Nuevas Tecnologías*. Cizur Menor, Navarra, España: Thomson Reuters.
- SHARMAN, F. A. (1989). An Introduction to Enclosure Acts. *Journal of Legal History*, 10(1), 45-70.
- SHAVELL, S. (2004). *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge, Massachusetts, USA: The Belknap Press of Harvard University Press.
- SHIFFRIN, S. V. (2008). The Incentives Argument for Intellectual Property Protection. En A. GOSSERIES, A. MARCIANO, & A. STROWEL (Edits.), *Intellectual Property and Theories of Justice* (págs. 94 - 104). Hampshire, U.K.: Palgrave MacMillan.
- SILVER, J. (Productor), WACHOWSKI, L., & WACHOWSKI, L. (Dirección). (1999). *The Matrix* [Película]. USA: Warner Bros / Intercom.
- SMITH, A. (1994). *La Riqueza de las Naciones* (Primera Edición de Bolsillo de 1994, Tercera Edición de 2011, Séptima Reimpresión de 2017 ed.). (C. R. Braun, Trad.) Madrid, España: Alianza.
- SMITH, H. (2017). Economics of Property Law. En F. PARISI, *The Oxford Handbook of Law and Economics* (Vol. 2: Private and Commercial Law, págs. 148 -177). Oxford, U.K.: Oxford University Press.

- SPURR, S. (2019). *Economic Foundations of Law* (Tercera ed.). London, U.K.: Routledge.
- STENGEL, D. (2004). La Propiedad Intelectual en la Filosofía. *Propiedad Inmaterial*, 71(106), 71 - 106.
- STOLLEIS, M. (2011). *La Textura Histórica de las Formas Políticas*. (I. Gutierrez, Trad.) Madrid, España: Marcial Pons.
- STREECK, W. (2017). *¿Cómo terminará el capitalismo? Ensayos sobre un sistema en decadencia*. (J. AMOROTO, A. GARCIA-ORMAECHEA, J. MADARIAGA, & E. ODRIOZOLA, Trads.) Madrid, España: Traficantes de Sueños.
- SUBER, P. (2016). Crear Bienes Comunes Intelectuales Mediante el Acceso Abierto. En AA.VV., *Los Bienes Comunes del Conocimiento* (P. CARBAJOSA, D. ESCRIBANO, Á. FERRERO, F. OROBÓN, & C. TULBURE, Trads., págs. 189 - 225). Quito / Madrid, Ecuador / España: Instituto de Altos Estudios Nacionales del Ecuador / Traficantes de Sueños.
- The Economist. (13 de septiembre de 2018). A manifesto for renewing liberalism. *The Economist*.
- TULLOCK, G. (2008). Rent Seeking. En P. Macmillan (Ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics* (págs. https://doi.org/10.1057/978-1-349-95121-5_1745-2). London, U.K.: Palgrave Macmillan.
- VAUGHN, K. I. (1978). John Locke and the labor theory of value. *Journal of Libertarian Studies*, 2(4), 311 - 326.
- VERCELLONE, C., & GIULIANI, A. (2019a). An introduction to cognitive capitalism. En A. FUMAGALLI, A. GIULIANI, S. LUCARELLI, & C. VERCELLONE, *Cognitive capitalism, welfare and labour; the commonfare hypothesis* (págs. 10 - 32). London, New York, U.K., U.S.A.: Routledge.
- VERCELLONE, C., & GIULIANI, A. (2019b). Common and commons in the contradictory dynamics between knowledge-based economy and cognitive capitalism. En A. FUMAGALLI, A. GIULIANI, S. LUCARELLI, & C. VERCELLONE, *Cognitive capitalism, welfare and labour; the commonfare hypothesis* (págs. 132 - 173). London, New York, U.K.; U.S.A.: Routledge.
- VON MISES, L. (1981). *Seis Lecciones sobre el Capitalismo*. (J. R. Albiol, Trad.) Madrid, España: Unión Editorial.
- WALDRON, J. (2016). Property and Ownership. En E. ZALTA, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Metaphysics Research Lab, Stanford University. Obtenido de <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/property/>
- WELLS, H. G. (1982). *La Máquina del Tiempo*. (N. MANSO de ZUÑIGA, Trad.) Madrid, España: Hyspamerica/Anaya.
- WEST, F. (1975). On the ruins of feudalism - capitalism? En AA.VV., *Feudalism, Capitalism and Beyond* (págs. 50 - 60). Canberra: Australian National University Press.
- WOLFE, T. (2001). Dos Jóvenes que fueron al Oeste. En T. WOLFE, *El Periodismo Canalla y Otros Artículos* (M. E. CIOCCHINI, Trad., págs. 27 - 94). Barcelona, España: Ediciones B.

WU, T. (2017). Law and Economics of Information. En AA.VV., & F. PARISI (Ed.), *The Oxford Handbook of Law and Economics* (Vol. 2: Private and Commercial Law, págs. 239 - 255). Oxford, U.K.: Oxford University Press.

DOC CB. 00417862
G934c RU. 284700
[20--] Guerra Araya, Pedro S.
Capitalismo y propiedad intelectual:
Elementos para desmontar un paradigma

NOMBRE DEL LECTOR	Fecha devol.

DOC CB. 00417862
G934c RU. 284700
[20--] Guerra Araya, Pedro S.
Capitalismo y propiedad intelectual:
Elementos para desmontar un paradigma



00417862

WU, T. (2017). Law and Economics of Information. En
Oxford Handbook of Law and Economics (Vol. 2: Private and Commercial Law).
págs. 239 - 255). Oxford, U.K.: Oxford University Press.

DOC CB. 00417862
G934c RU. 284700
[20--] Guerra Araya, Pedro S.
Capitalismo y propiedad intelectual:
Elementos para desmontar un paradigma

NOMBRE DEL LECTOR	Fecha devol.

DOC CB. 00417862
G934c RU. 284700
[20--] Guerra Araya, Pedro S.
Capitalismo y propiedad intelectual:
Elementos para desmontar un paradigma