

¿LIBERTAD VERSUS PROPIEDAD? GRIETAS EN LOS CIMIENTOS DE LOS DERECHOS DE AUTOR⁽¹⁾

RICHARD A. EPSTEIN⁽²⁾

Profesor James Parker Hall en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago.

SUMARIO:

I. Resumen - II. Libertad, Trabajo y Autonomía - III. Propiedad -
IV. Libertad y Propiedad: El Segundo Certe en los Derechos de Autor - V. Conclusión.

I. RESUMEN

Muchos estudiosos modernos de la propiedad intelectual piensan que hay que oponer resistencia a la creación de patentes y derechos de autor para las invenciones y las obras, respectivamente, por la razón que estas formas de propiedad necesariamente infringen las formas comunes de libertad en contraste con la forma de propiedad que se encuentra en objetos tangibles. El presente artículo rechaza esta pretensión mostrándonos cómo la propiedad entra en conflicto con la libertad en ambos escenarios, pero que las diferentes configuraciones de derechos que se observan en diversas áreas son defendibles en razón que la pérdida de la libertad para toda persona es –hasta el extremo que las instituciones humanas pueden hacerlo– compensado por la utilidad que genera los diversos derechos sobre los bienes en cuestión. El enfoque apropiado a la propiedad intelectual no es la abolición, sino su fina sintonización en un esfuerzo de aumentar las ganancias de la propiedad intelectual en general.

La finalidad de este artículo es revisar lo que con seguridad es territorio antiguo y familiar con relación a las defensas, si las hubiera, que se puedan hacer de las diversas formas de propiedad intelectual –y para fines de la presente ponencia, en especial, el derecho de autor– como en asunto tanto de derecho natural y de teoría utilitaria concebidas ampliamente. Al tratar este asunto, es importante notar que, dentro de la tradición lockeana, la función de un gobierno representativo es proteger las vidas, libertades y patrimonios de las personas quienes como súbditos o ciudadanos están sujetos al ejercicio del poder del Estado.³ Hay pocas dudas de que esta formulación del asunto haya ejercido una gran influencia en la estructura del pensamiento y constitucionalismo norteamericano. Por ejemplo, no es necesario ir más allá de dos mandatos constitucionales que disponen que ninguna persona será privada (ya sea por el gobierno estatal o nacional) de la vida, libertad o propiedad sin un debido proceso legal.⁴ Para los presentes fines, existen dos elementos en dicha formulación que merecen un breve comentario. En primer lugar, la frase “sin un debido proceso legal” se ha entendido, durante mucho tiempo y controversialmente, que cubre situaciones en las que las personas están privadas de la vida, libertad o propiedad sin una justa compensación.⁵ En este aspecto, las cláusulas del debido proceso reflejan un lenguaje más específico que la cláusula

¹ El presente artículo fue publicado originalmente en John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 204 (2d series), April 2004 bajo el título *Liberty vs. Property? Cracks in the Foundations of Property Law*. Traducción realizada por el doctor Jorge Eduardo Pradolé Pérez.

² Mis agradecimientos a Eric Murphy por su invaluable ayuda en la investigación. Una primera versión de este artículo se presentó ante la Conferencia de la Fundación de Progreso y Desarrollo sobre Propiedad Intelectual realizada en Washington D.C. el 10 de junio de 2003, y en los salones de la Universidad de Chicago, Facultades de Derecho Fordham y Stanford.

³ LOCKE, John; *Del Gobierno Civil Segundo Tratado* ch. IX, 121 (1689) (“Este [origen] del estado natural] que sin embargo es libre, se encuentra lleno de miseria y carencia peligras, y no sin razón basta y viene unido en sociedad con otros que ya están unidos a fin de tener derecho de vivir, para la mayor preservación de sus vidas, libertades y patrimonios que en forma general lo voy a llamar propiedad”).

⁴ Constitución de los Estados Unidos, artículos V y XIV. El primero se aplica al gobierno nacional y el último a los estados.

⁵ *W. Chicago Burlington & Quincy R.R. Co. Versus Chicago*, 166 U.S. 226, 239 (1897).

que había de tomar que establezca lo siguiente: "tampoco la propiedad privada será tomada para uso público sin una justa compensación".⁴ Pero, para nuestros fines, la pretensión más importante dentro de esta cláusula es la ostensible paridad entre libertad y propiedad en la constelación de la constitucionalidad y por implicancia de los valores políticos.

Esta conjunción de libertad y propiedad tiene un claro atractivo para las personas que operan dentro de la tradición liberal clásica y ven la propiedad privada en sus diversas manifestaciones como consistente con un régimen de libertad personal. Pero, no obstante la facilidad con la cual es posible que transcurran estas dos frases juntas, se desprende con dificultad que esta unión debe tratarse como una verdad necesaria para ser negada solo en el dolor de la auto contradicción.⁵ En verdad, una defensa completa, tanto de la libertad como de la propiedad, requiere una evaluación concienzuda de la fuerza de cada una de estas pretensiones por separado. En realidad, se requiere de alguna ingenuidad para defender la paridad ostensible entre la libertad y propiedad cuando tratamos con la propiedad en el reino de lo tangible. Las dudas acerca del paralelismo entre las dos, si lo hubiera, son aun más insistentes en el reino de la propiedad intelectual.

Algunos comentaristas, tales como James DeLong⁶ y Adam Mossoff, ven una estrecha conexión entre el derecho natural y la propiedad intelectual⁷, pero probablemente es una posición minoritaria. Existe mucha gente que piensa que el actual alcance de los derechos de autor pone a la propiedad intelectual en oposición a la libertad humana de opinión y expresión, de tal manera que en la competencia entre los dos, el derecho de autor es el segundo mejor de los dos de estas dos libertades. Así, Tom Bell, un devoto seguidor de Locke y sus derechos naturales, escribe con amargura: "Con mayor exactitud, la protección del derecho de autor y de patentes contradice la justificación de propiedad de Locke. Invocando el poder del Estado, el titular de un derecho de autor o de una patente puede imponer restricciones, multas, prisión y confiscación previas sobre aquellos comprometidos en la expresión pacífica y el tranquilo disfrute de sus bienes tangibles".⁸ Evidentemente, este sentimiento no está confinado solamente para aquellos que proceden de las tradiciones comunitarias o del nuevo orden que inherentemente tienen cierta incomodidad acerca del crecimiento y expansión de la propiedad intelectual. También hay un fuerte descontento oculto acerca de la protección de los intereses de la propiedad intelectual entre aquellos que pretenden amenazar la libertad individual como el bien máspreciado. Tanto el software como los modelos de derechos de autor gratis muestran que hay mucho que une a la derecha (anarco-) libertaria con la (izquierda socialista o (anarco-) libertaria." Más aún, Lawrence Lessig y otros han hecho eco de este sentimiento con sus llamados de reconocimiento y promoción de los "comunes creativos".⁹

La posición moderna busca, así, poner la libertad en oposición a la propiedad y por su medio disolver los lazos que en el pensamiento ordinario unen a los dos. Creo que debe rechazarse este esfuerzo por separar la tradicional alianza tradicional, pero con argumentos que siguen una ruta que ponen en tela de juicio mucho de la teoría del valor del trabajo de Locke. En este contexto, el

⁴ Constitución de los Estados Unidos, artículo V.

⁵ Ver, e.g. Palmer, Tom G. Are Copyrights Morally Justified? (Se justifican moralmente los Derechos de Autor?). En: *COPY RIGHTS: The Future of the Intellectual Property in the Information Age* (Adam Thierer & Clyde Wayne Crews Jr. Eds. 2002) pp. 43-44.

⁶ DELONG, James V., Defendiendo la Propiedad Intelectual. En: *Copy Rights*, supra nota 5, al 17.

⁷ MOSSOFF, Adam., El Trabajo Perdido de Locke. 9 U. Chi. Roundtable 155: 155 (2002). Para las opiniones de Mossoff sobre los elementos del derecho natural en el derecho de patentes. Ver: MOSSOFF, Adam., Reponiendo el Desarrollo de los Patentes: Una Historia Intelectual, 1550-1900, 52 HASTINGS L.J. 1255 (2001).

⁸ W. BELL, Tom., Indecible Desbalance en el Derecho de Autor y de Patentes. En: *Copy Rights*, supra nota 5, en 4.

⁹ Ver DELONG, supra nota 6, en pp. 17-18.

¹⁰ Ver LESSIG, Lawrence., El Fiebre De Los Ideas: El Derecho De Los Comunes En Un Mundo Conectado. 84-99 (2001). Ver también WEINSTOCK, Neil, Derecho de Autor y Sociedad Civil Democrática. 106 YALES L.J. 783 (1996).

trabajo representa una forma de libertad porque es una forma de conducta individual que pretende establecer el eslabón entre una persona privada y una cierta fuente privada, sea tangible o intangible.

Para explorar la naturaleza de esta tensión tal como se aplica al derecho de autor, resulta crítico entender cómo ello juega también con las formas ordinarias de propiedad. La primera parte de este artículo, por tanto, es un examen de la tensión entre la libertad y la propiedad dentro de la tradición del derecho natural de Locke quien tenía, y debe notarse, poco o nada que decir acerca de la propiedad intelectual como tal. Una vez que se ha llegado a explicar este entendimiento básico de la tradición de Locke, ya resulta posible en la segunda parte de este artículo analizar cómo la misma tensión entre libertad y propiedad se relaciona con el derecho de autor y, por implicancia, con otras formas de propiedad intelectual. Al final, resulta sumamente apropiado hacer una conjunción de libertad y propiedad como lo han hecho los liberales clásicos que nos antecedieron. Sin embargo, el sendero analítico para lograr este resultado es mucho más tortuoso de lo que puede aparecer a la primera lectura.

Mucha gente que se opone a la protección del derecho de autor lo hace porque cree que la propiedad intelectual fracasa donde los derechos de los bienes tangibles tienen éxito. Es decir, alegan que este fracaso es el resultado de la teoría de Locke que tiene como justificación esencial de los derechos de los bienes, los siguientes tres pasos: "(i) porque el creador se tiene a sí mismo, (ii) es propietario de su trabajo y, por tanto, (iii) de aquellos bienes intelectuales con los que mezcla su trabajo por la fuerza de sus actas creativas".¹¹ Sin embargo, es justo aquí donde el argumento da un traspie. El silogismo de Locke no tiene en cuenta a ningún sistema de derechos de los bienes del tipo que Locke mismo emisionaba, ya sea en sí mismo o en sus partes externas tangibles. Más bien, se hace necesaria la reconstrucción de esta teoría en términos más consecuencialistas. Una vez hecho esto, el abismo entre los derechos de los bienes tangibles y los derechos de los bienes intangibles se hace mucho más estrecho de lo que estos teóricos creen. El juego de justificaciones usadas en el primero nos lleva al último. La única cuestión que permanece es cómo las diferencias en la naturaleza de los recursos en cuestión –ya sea derechos de autor o patentes (un tema que se presenta también con las formas tangibles de propiedad)– requieren una configuración distintiva de los derechos sobre los bienes en el área apropiada. Por lo tanto, podemos tener alguna justificación para los plazos limitados tanto de las patentes como de los derechos de autor y de sus pronunciadas diferencias en extensión. Más aún, podemos entender las razones del privilegio de un uso justo en los derechos de autor, pero no en patentes. Pero, al pensar en estas diferencias, no debemos olvidar los paralelos cercanos entre las acciones por usurpación y aquellas de infracción o del uso de los daños y perjuicios y medidas cautelares en estas dos áreas. Los derechos de la propiedad intelectual descansan en algunas premisas plausibles pero no infalibles, al igual que los derechos del suelo y el agua. Una vez que hemos diseñado las diferencias, irónicamente, podemos entender la unidad teórica que cruza estas diversas áreas. De acuerdo con este plan general, la primera parte de este artículo examina las justificaciones del derecho natural de la propiedad en la persona misma y en los objetos tangibles. La segunda parte del presente artículo lleva el análisis de los derechos de autor.

II. LIBERTAD, TRABAJO Y AUTONOMÍA

El punto de inicio de la justificación de la propiedad de los bienes tangibles es la famosa declaración de Locke que reza: "a pesar de que la tierra y todas las criaturas inferiores son comunes a todas las personas, cada hombre tiene bienes para su propia persona: a esto nadie tiene derecho sino él mismo".¹² Aquí, por supuesto, el punto es tratado como partida de la norma común para todo lo que

¹¹ BELL, supra nota 8, en 2.

¹² LOCKE, supra nota 1, en ch. 3, 27.

sigue en su sistema. Las desviaciones más importantes son las reglas que hablan acerca de inversión de trabajo como un medio para adquirir bienes privados al "mezclar" el trabajo de uno con el suelo u otros objetos externos que se dicen deben ser de propiedad en común.¹³ Sin embargo, esta teoría está sujeta a una rango amplio de objeciones importantes que relacionan a la libertad, a la propiedad y a su intersección. Muchas de las cuales tienen que ver con la pregunta de si debemos reconocer los derechos sobre los bienes en general o los derechos de autor en particular.

En el punto de inicio, la teoría de Locke no se lee como un panegírico al utilitarismo en particular. Irónicamente, no parece caer en las teorías de la clase del derecho natural que descansa en la pretensión deontológica de "mirar hacia atrás" en la que la cuestión de derechos depende solamente en todo lo que ha sucedido antes y no en aquellas cosas que son factibles que vengan posteriormente.¹⁴ Tampoco está claro que las pretensiones pueden ser convenientemente distribuidas en teorías de este tipo. El punto de crítica más obvio es que no hay literalmente nada que alguien haya hecho para "merecer" la creación de los derechos sobre los bienes en su propia persona. Más aún, no importa qué términos se usan, ya sea autonomía o auto-propiedad—asumiendo que algunas diferencias dependan en la elección de la terminología—. La verdad contundente es que estas cosas tangibles son regalos de la naturaleza, en el sentido de que nadie se ha comprometido con ningún tipo de trabajo para crearlos. El punto recibe su elaboración más fuerte en las críticas que John Rawls ha hecho de la pretensión de que las personas pueden ejercer la propiedad o que de otra forma están facultados a tener la propiedad de sus propios talentos (no es normativa sino descriptiva o como uno lo asuma). Rawls notó que es "arbitrario moralmente hablarlo" que cada persona sea tratada como el único propietario de sus propios talentos, porque lo que determina su valor yace en fortunas aleatorias del nacimiento y de la crianza junto con la demanda de estos talentos, enormemente recompensados.¹⁵

Podemos explorar este contra-argumento hacia Locke por ciertas razones. Primero, muchos de nuestros más importantes legados, desde la buena salud hasta el buen carácter e inteligencia, si dependen de la suerte de la lotería genética, muchos de los cuales no pueden ser corregidas por ningún sistema jurídico. Por ejemplo, la gente que nace en condiciones fatales tales como la enfermedad de Tay-Sachs tiene una vida corta e infeliz sin importar qué tipo de distribución de la renta se haya implementado en su favor. Sin embargo, la Fundación Make-A-Wish (Pida Un Deseo) realiza trabajos maravillosos para la gente joven que tiene enfermedades fatales. No iguala las fortunas de todas las personas, pero al mismo tiempo sería un error adoptar la postura del determinismo genético a la exclusión de los factores sociales. Una vez que controlamos los factores sociales, parece indefendible decir, a grandes rasgos, que en general los éxitos y fracasos de las personas dependen en gran medida de circunstancias que están más allá de su control. Existen muchas personas que son criadas en circunstancias adversas y logran éxito en la vida ya que, sobre la base del esfuerzo, han llegado a desarrollar el carácter y las habilidades necesarias que los han permitido tener éxito en el mundo. Igualmente, conocemos a muchas otras que, cuando eran niños, disfrutaron de las ventajas de la familia y la fortuna solo la utilizaron para echar a perder sus vidas. Se necesita una gran dosis de confianza para creer que tenemos un sólido conocimiento de lo que determina el éxito personal.

¹³ Al ("Lo que uno mezcla con el suelo del estado por mezclarlo que lo perteneció y le dejó en ella, el ha mezclado su trabajo y lo ha unido a algo que le es propio y es así como lo hace de su propiedad.")

¹⁴ Ver, e.g., FEINBERG, Joel, *La justicia y el Deber Personal*. En: *Doing And Deserving: Essays In The Theory Of La Responsabilidad*, p. 81 y ss. 1970.

¹⁵ Ver RAWLS, John, *Una Teoría De La Justicia* 210, 1971 ("El destino de uno persona depende en gran medida en la fortuna de la familia y en las circunstancias sociales por las cuales no puede pretender ningún crédito. En casos de destino no se aplica a este caso.")

La respuesta rawlsiana puede llegar en la forma de regresión del tipo que alega que dichas virtudes se derivan en gran medida del trabajo, cuidado y confort proporcionado por los padres, con frecuencia con gran sacrificio para ellos. Estas personas pueden tener algún reclamo de desierto moral en virtud de lo que le han proporcionado a sus hijos. En verdad, se han comprometido en actividades que califican como de "teoría del desierto", observando sus acciones pasadas. Pero, ¿entonces qué? Si han elegido regalar sus servicios a sus hijos, ¿por qué no podrían transferir los frutos de su trabajo a sus hijos de la misma manera que unas acciones o de un recuerdo familiar? Tal vez la respuesta yace en la idea de que no permitimos a las personas regalar lo que han creado, incluso a sus seres queridos. Existe una larga tradición de personas acaudaladas tales como Andrew Carnegie o Bill Gates que están de acuerdo con impuestos significativos por razón de fallecimiento. Si esto es correcto, entonces el argumento ha cambiado, al menos en parte, desde la justicia en la adquisición de la libertad y propiedad, a la justicia en la transferencia. El nivel de control que el Estado (es decir, otras personas) ejerce sobre cada individuo se hace aún más extensivo. Si la gente no es propietaria de sus propios talentos, tampoco van a poder transferir los frutos de su trabajo a los demás, o al menos eso parece.

Sin embargo, la oposición más fuerte a la idea de que las personas no merecen ser propietarias de su propio trabajo se desprende de una simple pregunta: si yo no merezco los frutos de mi trabajo, mis legados genéticos y el apoyo de mis padres, ¿entonces quién los merece? Si estos elementos son considerados como insuficientes para establecer una pretensión de que cada persona es propietaria de su propio trabajo y los frutos del mismo, en la teoría del desierto seguramente no son suficientes en ninguna forma o combinación para dejar que otra persona reclame esos derechos de los bienes de mi trabajo. Recíprocamente, yo no puedo pretender ningún derecho de las cosas de ningún tipo en el trabajo de ellos. Después de todo, ¿qué desierto posible tenemos en el trabajo de otros en los que no hemos contribuido con nada y en ninguna forma?. Por lo tanto, el rechazo a la pretensión de Locke sobre la autopropiedad de la persona no puede ser leída como un argumento que hace fracasar el criterio del "desierto", en el que el subtexto implícito es que alguna distribución no específica pasa el examen. Todo lo contrario, si la teoría de Locke falla porque no cumple el *standard* del desierto entonces no es posible otra distribución basada en el desierto. Y tampoco debemos pensar de otra manera: la naturaleza (en sentido literal) nos ha dado a todos ciertos regalos. Mientras haya elementos que no se han ganado, no es posible que todas las cosas con valer se obtengan bajo ninguna versión de la teoría del desierto. La idea del desierto se transforma en una sirena y en un hoyo. Debemos voltear la mirada a otros lugares para justificar cualquier teoría de la propiedad, sea privada o común.

Lamentablemente, este uso exacto del *standard* del desierto llega a un costo real porque ello conlleva una cura entre los usos diarios del término desierto y su deconstrucción filosófica. "Yo merezco ingresar a la universidad, conseguir un trabajo, ganar un premio o en verdad cualquier cosa en el mundo", debe ser ahora tratado como una declaración ociosa por personas que no obtienen la arbitrariedad moral que nubla sus logros personales ostensibles. Más aún, estas críticas no determinan completamente quién debe obtener el beneficio de todos los elementos que están pensados en combinación como insuficientes para justificar una pretensión en el desierto: el legado genético, los esfuerzos individuales así como la instrucción y la preocupación de los padres.

Hay una forma distinta de ver la situación que me parece se condice con más fidelidad a las sensibilidades ordinarias. Nadie duda que el éxito en una cierta aventura depende de una combinación del esfuerzo individual y la vieja suerte tradicional. Raoul Berger trabajó en una oscura historia de un juicio político y, quien lo iba a decir, el juicio a Nixon cobró mayor importancia justo después de que

el libro fuera publicado.¹⁶ El éxito del libro fue una combinación de suerte y talento. Sin embargo, nadie en un discurso ordinario piensa que tiene que abandonar las regalías extras que obtuvo de las ventas excepcionales, especialmente de algunos grupos indeferenciados de personas a quienes no se les podía pedir que contribuyeran con algunos centavos si el libro hubiera caído en la total indiferencia. Nuestra actitud social, por tanto, es de que si alguna persona aporta trabajo en un proyecto o llegue a participar en las ganancias (claro que sujeto a los reclamos contractuales de otros que participaron en el proyecto) incluso si estas provienen en alguna medida de la pura y tradicional suerte.¹⁷ El planteamiento que esbozamos aquí es simplemente este: el escepticismo usual acerca del desierto establece de manera indudable que nadie puede pretender que el 100% de cualquier desarrollo se deba al esfuerzo personal. De ello se colige que la sociedad distribuye el resultado sujeto a las pretensiones contractuales de las personas que contribuyen con la parte del león del material. Al hacerlo así, rechazamos cualquier pretensión de que el nivel de otorgamiento de derechos tiene que ser "proporcional" en cierto sentido al monto del esfuerzo que se ha puesto en el negocio. Esta proporcionalidad no puede ser satisfecha incluso en mercados fuertemente competitivos que después de todo todavía permiten –y, a un austriaco, en verdad estimula– retornos sobrecompetitivos, al menos en el corto plazo, a aquellas personas suficientemente capaces de crear u ocupar un nicho nuevo en el mercado.¹⁸

En este punto, el argumento bien puede desviarse al lado consecuencialista de la línea. No debe haber una pretensión de desierto clara que cubra la cantidad total de la ganancia, entonces surge la cuestión, ¿cómo se debe dividir esa ganancia no ganada? El problema aquí es la cuestión ineludible de la creación conjunta. Ceder esa ganancia a la gente que no tuvo nada que ver con su creación cambia un poco al propietario original. Cederlo al creador le permite mantener las ventajas de la suerte; sin embargo, por el mismo motivo, ello no le permite invadir el trabajo de ninguna otra persona. La gran tentación aquí es buscar alguna forma de distribución, pero esa tarea es más fácil decirlo que hacerla. Pretender que alguna fracción de ganancia deba ir a otra gente (digamos, en la forma de un impuesto a la renta progresivo) no decide qué personas están facultadas a qué cuota. Por ejemplo, debe haber un crédito especial para aquellos que han cuidado a las personas en sus años de formación y, si así fuera, ¿debe estar por encima del sueldo de mercado que pudieran haber recibido por sus esfuerzos?, ¿o debe ir a personas del mismo vecindario, ciudad, estado, nación o el mundo? El perturbador hecho de las fronteras jurisdiccionales entre naciones no podría desacelerar ninguna urgencia cosmopolita, al menos en el plano moral en el que se ha ido lejos.

En el ámbito práctico, dos puntos sobresalen. Primero, este ejercicio particular tiene que ser acometido no solo por este u otro reclamante, sino por todos los que alguna vez han recibido algo por su trabajo. Segundo, no podemos liberarnos de esta obligación simplemente confiando en el próximo examen de la renta (con todos sus problemas de aglomeración y valuación) porque no hay absolutamente nada que diga que las personas con el mismo nivel de ingresos se han beneficiado con el mismo nivel de suerte. En suma, el esfuerzo por aislar contribuciones "proporcionales" de la suerte y del esfuerzo se hace pedazos debido a la incapacidad de conducir medidas razonables sobre incontables personas por períodos incontables. Sería tan defectuoso que está en el interés a largo plazo de todos abandonar cualquier esfuerzo por aislar y distribuir el "aumento no ganado" (o disminución) que va adjunto al trabajo humano. Una regla dura y presta, por tanto, que sigue al sentido ingenuo del desierto trabaja mejor en la práctica que cualquier sistema que busca desviar la riqueza a otras personas que lo merecen menos que la persona cuya labor creó esa riqueza en cuestión dentro de las reglas del juego. No se necesita aplicar a Himen.

¹⁶ BERGER, Raoul, *Jacco Pastoer* (1970).

¹⁷ En defensa de mi opinión, ver: EPSTEIN, Richard A., *La Suerte*, 6 SOC. PHIL. & POLITICA 17 (1988).

¹⁸ Para una explicación de cómo se entrometen otros factores, ver: CHRISTMAN, John, *Escepticismo, Quiero Movimientos & Rutas del Mercado*, 6 SOC. PHIL. & POLITICA 1 (1988).

En este punto podemos empezar a ver la conexión entre el apego natural y tradicional a las teorías del desierto que dependen en la teoría del valor del trabajo y la situación consecuencialista que busca, como yo lo tendría, crear reglas que a largo plazo se tengan situaciones ganador/ganador –llamo a esto las mejoras de Pareto– para la gran mayoría de la población. Cada uno de nosotros, *ex ante*, está en mejor situación renunciando a cualquier pretensión incipiente contra el trabajo de otros con la condición de que ellos renuncien a sus pretensiones en respuesta. El propósito de esta renuncia masiva de pretensiones de la clase débil no es garantizar una perfecta distribución de los bienes del universo. Es una tarea más mundana identificar a propietarios a bajo costo como para asegurar la garantía de la inversión e intercambio que promueva la riqueza productiva a largo plazo. No es un accidente que aquellos que aceptan la autopropiedad del trabajo individual tiendan a ser fuertes devotos del sistema de mercado porque pueden ver los efectos perniciosos que provienen de los incentivos perversos que surgen de cualquier sistema que es ciego al autointerés y pretende operar sobre la base del principio “de cada uno de acuerdo a su habilidad, para cada uno de acuerdo a su necesidad”. Son solo aquellos que permanecen atrapados en la duda filosófica que ven ambigüedades sobre el desierto, así como otro clavo en el ataúd del capitalismo de mercado.¹⁹ Comprometiéndose en un examen casuístico de los determinantes del desierto, se permite la duda filosófica de sembrar la confusión administrativa en las incontables decisiones prácticas de cada día. En este punto, es mejor regresar a una forma indirecta de consecuencialismo con raíces en uno de los primeros trabajos de David Hume²⁰, quien aconsejó en contra de juzgar lo insondable de las instituciones sociales por la forma en que juegan en algún caso individual. Estas raíces también aparecen en los primeros escritos de John Rawls quien daba a los juicios consecuencialistas un papel más grande en la evaluación de las instituciones sociales más que ver exclusivamente los casos personales.²¹ Para la válida operación del sistema legal y social, debemos entender por qué las prácticas más grandes tienen sentido sobre el amplio dominio de los casos, tales que podemos formular una regla general que no está expuesta al constante contraataque en una base caso por caso.

III. PROPIEDAD

En la balanza, hay razones suficientes para aceptar la proposición general de que todas las personas tienen derechos exclusivos en su propio trabajo, al menos como una presunción inicial. La siguiente pregunta que se debe formular es cómo esto lleva al caso de la propiedad individual de bienes. De nuevo aquí, la forma más común del argumento filosófico viene de Locke. Este autor vio la posición inicial como una mezcla incómoda de propiedad personal del trabajo propio de uno y los frutos del mismo, y la propiedad común de los recursos naturales que hay en el mundo, que en su cuenta, Dios ha dado a todos los hombres en común.²² Pero de nuevo aquí su cuenta corre hacia una dificultad paralela que surge en relación con la propiedad personal del trabajo de uno: ¿cómo uno da cuenta por el aumento no ganado que va a cada persona quien por su propio trabajo ha tomado algo de lo que es común?

Aquí hay diversas formas de atacar esta cuestión. Un rápido rechazo se basa en una objeción terminológica: no es posible mezclar el trabajo con la propiedad, de modo que el argumento de Locke falla como una metáfora mal llevada. Esta posición es tomada por Jeremy Waldron, quien escribe que toda la empresa falla en este nivel básico. Más notablemente sostiene que:

¹⁹ Ver, e.g., Christian, *supra* nota 18, en 16 (“La relevancia de este [rechazo del desierto moral en el trabajo] a nada más consiste en sacar una pila del ya inabarcable desierto moral del capitalismo de libre mercado”).

²⁰ HUME, David, *An Treatise Of The Natural History*, (1740, p. 502 (L.A. Selby-Bigge ed., Oxford Univ. Press 2da ed. 1878).

²¹ RAWLS, John, *On Concepts of the Norms*, 84 *Philosophical Review* 3 (1955) (nota que es válido ser retribucionista en casos de delitos individuales, aun si fuera importante a nivel del sistema para entender la justificación consecuencialista por decir la discusión de varias formas de castigo).

²² LOCKE, *supra* nota 1, en ch. 5, p. 26.

"La persona X mezcló su trabajo con el objeto 'Q', parece que implica algún tipo de error de categoría. Seguramente que las únicas cosas que pueden ser mezcladas con objetos son otros objetos. Pero el trabajo consiste en acciones, no en objetos. ¿Cómo una serie de acciones se pueden mezclar con un objeto físico?"²³

Sin embargo, tal "imposibilidad" ocurre siempre. En las transacciones comerciales ordinarias es común que una persona contribuya con trabajo y otra con capital para una empresa conjunta. La mezcla de trabajo y propiedad también puede suceder por inadvertencia o error. Como lo discutire más adelante, las doctrinas del Derecho Romano y del Common Law de fundir todo, tomaron como un caso común la situación en la que el trabajo de "A" se aplicó a un objeto propiedad de "B". La situación es suficientemente común que uno necesita un juego de reglas para analizar lo que no podría hacerse si la cuestión entera de ordenar las contribuciones relativas no tuvieran ningún sentido.

Las objeciones reales a esta posición deben ser más sustantivas. La primera de estas es notar que alguna parte del problema yace en la especificación de Locke de la posición de propiedad inicial con respecto a los recursos naturales. Más concretamente, él no da cuenta con respecto a qué, y si así fuera, por qué los recursos deben ser tenidos como propiedad común. En este aspecto con seguridad está de malas en mucho tanto de la tradición romana como del Common Law. Es instructivo que las Institutas de Justiniano comenzaran su discusión de la propiedad con una compilación de aquellas fuentes naturales que en verdad son de propiedad común: el aire, el agua y, en su forma más compleja, las playas.²⁴ Pero es igualmente claro que Locke no era sensible a las consecuencias que se adherían a la propiedad común. Para estar seguro, él trata la cuestión del agua brevemente en su ensayo, pero en general no entiende cómo el sistema de derechos de los bienes funciona. En un punto, él observa tal como sigue: "A pesar que el agua que fluye en la fuente es de todos, sin embargo quien puede dudar que lo de la jarra es sólo de quien lo extraje".²⁵ Pero pierde el punto. Los regímenes de propiedad común contienen barreras complejas contra la creación de la propiedad privada por apropiación u ocupación. Puede bien ser que las personas puedan sacar agua de un río, pero nunca podrían reclamar el mismo como propio añadiéndole trabajo que permita separarlo de los otros. El río se mantiene como común para preservar su valor de "negocio en marcha" para el transporte, la pesca, la recreación y similares.²⁶ De la misma forma, Locke no lo hace mejor cuando escribe que "nadie puede pensar en sentirse dañado por que otro hombre bebía, o pesar que él extraje una buena cantidad, quien tuvo toda un río de la misma agua para él puro satisfacer su sed".²⁷ La cuestión no es cual es la consecuencia adversa de lo que sería una gran cantidad, sino más bien de las consecuencias sistemáticas de múltiples cantidades o, peor aun, desviaciones del río original para la irrigación u otros fines: él ignora el problema del recipiente común en su declaración del punto.²⁸ Sin embargo las leyes de agua impiden que las personas tomen tanta agua de lo que es común como son capaces. Se colige, por lo tanto, que la imagen inicial del suelo, las cosas o los animales como propiedad común no es buen augurio para un sistema de propiedad personal. Así, es instructivo notar que el sistema jurídico al tratar con las cuestiones de los derechos de ocupación (del suelo) o captura (de los animales) no comienza con la imagen de estos recursos como *res communes*. Más bien, trata cada uno de ellos como *res nullius* para que la ocupación del suelo o el tomar de la cosa no tome ningún interés que otros tengan en común.

²³ WALDRON, Jeremy, *Don Preocupaciones Sobre la Mezcla del Trabajo de Dios*, 33 PHIL. Q. 37, 407 (1984). Este argumento aparece en *Introducción al Positivismo*, Op. Cit. nota 7, quasi entre el punto en otros términos.

²⁴ INST. de J. 2, p.

²⁵ LOCKE, Op. Cit. nota 1, en ch. 5, p. 29.

²⁶ Ver EPSTEIN, Richard A., *¿Por qué Destruye la Aterización?*, 85 COLUM. L. REV. 970 (1985).

²⁷ LOCKE, Op. Cit. nota 1, en ch. 5, p. 32.

²⁸ Ver HARDIN, Garrett, *La Topología de las Comunas*, 152 SCIENCE 1243 (1968).

Para ver la importancia de no tratar los bienes tangibles como comunes en la posición inicial, resulta útil considerar el tratamiento de la ley de aquellas situaciones en el que una persona toma el suelo o las cosas propiedad de otros y se los apropia para su propio uso. Todos los textos jurídicos clásicos en esta materia comienzan con casos similares al del siguiente ejemplo: yo soy propietario de una losa de mármol que usted tomó por error, la cual usa para hacer una estatua. ¿Quién es el propietario de la estatua? ¿Qué derechos, si los hubiera, son inherentes de quien no es propietario? Las respuestas a estos casos no son sencillas pero, por sus diferencias y variaciones, nunca resultan en la solución de Locke que se viste de propiedad entera la parte cuyo trabajo mejoró las cosas materiales que eran propiedad de una o más personas.

Para estos ejemplos, solo resulta posible indicar algunos de los elementos claves. El Derecho clásico con frecuencia permite a la persona que tiene el atributo descriptivo (el escultor) quedarse con la cosa mientras se dé una losa sustituta (o su equivalente en dinero) al propietario del ingreso alternativo. Sin embargo, nunca se llegan a crear sociedades entre las dos partes; las relaciones de confianza no funcionan bien entre personas que se vinculan por circunstancias fortuitas. En esencia, una regla de intercambios forzados domina el tema, como la parte que se queda con la cosa se le exige que pague una compensación justa a la parte que se le exige que renuncie su interés en el bien, usualmente medido por su valor sin la mejora.²⁷

En este punto podemos convertir estos problemas al problema lockeano asumiendo que las cosas que una persona toma son, en realidad, propiedad de un grupo de personas en común. Entonces, ¿cómo se aplica la lógica del derecho privado a esta situación? El primer corte en el problema es distinguir entre las personas que han tomado la cosa inocentemente de aquellas que la han tomado de mala fe. La definición de la parte inocente no es alguien que no ha cometido algo malo; más bien, es una persona que ha tomado y se queda con bienes sin ignorancia que lo justifique de que los bienes son propiedad de otra persona. Por ejemplo, alguien que toma el oro del patrimonio de otra persona en la creencia que es de su propiedad, se considera que es una apropiación inocente.²⁸ El poseedor de mala fe, por el contrario, es aquel que toma con conocimiento las pretensiones de propiedad de otros.

Al tratar con las apropiaciones inocentes, tenemos las distribuciones anotadas arriba. El que se apropia, por tanto, debe considerarse propietario del segmento tomado, pero no llega a obtener el título limpio y claro que Locke le atribuye. En primer lugar, si ha llegado a tomar más de su parte proporcional, debe aceptar un gravamen en sus bienes por el exceso. Además, él debe renunciar a todos los reclamos del bien que permanece en común. Sin embargo, nadie piensa que una persona que captura un animal u ocupa un terreno sufre una disminución en su derecho de usar los ríos o de respirar el aire. El modelo de división y partición que a veces se usa en casos de bienes comunes no llega a explicar cómo cualquier persona propietaria obtiene un título limpio y claro tomando algo de lo común. Dicho modelo también asume que la persona que toma el bien es un apropiador inocente. Esta forma de asumir podría ser correcta solo si las reglas en cuestión permitieran el derecho universal de la separación, que es en el fondo el punto en debate. Una forma de hacer ese alegato es apartarse de las normas de derecho privado generales y notar que los reclamos de necesidad permiten que ocurra la separación en cuestión, lo que por supuesto está en la línea que toma Locke.

El caso de los bienes privados es todavía débil, si tratamos a todas las personas como apropiadores de mala fe de los recursos comunes porque conocen su *status* legal. El propietario de mala fe es siempre un "pardador". Primero, no llega a quedarse con la cosa; además, cuando la devuelve a sus propietarios (comunes), no recibe ninguna compensación por el trabajo o materiales.

²⁷ Ver generalmente: EPSTEIN, Richard A., *Anglo-Saxons From Domesday to the Present*, 1995, pp. 116-118.

²⁸ Ver, e.g., Magee v. Tappin, 23 Cal. 304 (1865).

que le ha agregado a la cosa que ha tomado. Por lo tanto, si seguimos las analogías del Derecho privado en esta materia, tratando a todos los recursos naturales como si fueran una propiedad en común, ello conlleva a la desagradable consecuencia de que todas las personas que (de mala fe) se apropian de los bienes comunes para su uso particular tienen que devolver lo que han tomado sin ningún tipo de compensación por las mejoras hechas. A partir de allí, es un paso fácil llegar a la conclusión de que puede prohibírseles que lo tomen, tal como pueden ser prohibidos de hacer una represa en el río, o de bloquear el acceso al océano. Ambos ejemplos son en realidad bienes comunes, tanto para el Derecho como para la Filosofía. Este resultado no es un juego de resultados que Locke había esperado lograr al mezclar trabajo privado con recursos naturales de propiedad común. Sin embargo, inexorablemente ello sigue a su descripción de la posición de propiedad inicial.

Estos problemas son dejados de lado al tratar el suelo, las cosas y los animales salvajes como *res nullius*.¹² El cambio en la terminología tiene consecuencias importantes con relación al problema de fusión antes mencionado: ya no es posible decir que la apropiación de un objeto de propiedad de nadie resulta una apropiación ilícita del derecho de cualquier otra persona. En consecuencia, la persona ahora tiene derecho a tomar tanto lo que plazca de estas fuentes y no tiene que preocuparse por las consecuencias impuestas a otras personas. En realidad, esta es la posición clásica en el Derecho Romano y el Common Law.

La adopción de esta posición tiene varias ventajas poderosas. Por un lado, permite el uso de un examen rápido y confiable para identificar al propietario de cada objeto que a su vez permite un uso ordenado, la recombinación y disposición de los recursos naturales. El número de casos en que se presentan complicaciones por una persecución candente es pequeña, no obstante la celebridad merecida de *Pierson v. Post*.¹³ Además, esta regla impide que grandes problemas negados ocurran; un resultado inevitable si hubiera necesitado el consentimiento universal para retirar algo de los comunes. Es justo ese espectáculo terrible que llevó a Locke a optar por su teoría del valor del trabajo¹⁴, haciéndolo; sin embargo, él lo hizo a costa de su teoría general. La intuición básica detrás de la teoría del trabajo es que el bulto enorme del valor de cierto bien dado deriva del trabajo productivo que se le agrega a ello, que es probablemente todo lo que él quiso decir cuando usó la metáfora de "mezclar" el trabajo con recursos naturales.¹⁵ Esta analogía puede ser cierta en una granja de piedra, pero obviamente no es cierta con el abundante petróleo árabe.

Además, Locke también tenía que ocuparse de cómo cualquier persona pudo llegar a tener derecho a agregar trabajo a los objetos en primer lugar si no eran de su propiedad por posesión inicial. Por ejemplo, las bellotas deben haber tenido propietario cuando fueron "sacadas" y no en un punto posterior cuando las llevaron a casa, se les hizo hervir o se les comió.¹⁶ Es importante ver cómo este buen ejemplo revierte la secuencia de la teoría de valor del trabajo. Luego del hecho en que el artículo entró en propiedad y se mejoró, se está tentado a decir que la propiedad debe ser completa debido al enorme trabajo que invirtió el propietario en el objeto; sin embargo, la verdadera tarea es adoptar una regla que requiera el menor posible para perfeccionar el título de la bellota, para que el propietario tenga confianza de que será capaz –aferrándose al objeto externo– quedarse con el beneficio del trabajo que está creando. Tomar la otra posición tiene consecuencias adversas. Si la propiedad se adquiriese, por ejemplo, solo al hervir las bellotas, esta norma legal impediría la posibilidad de guardar las bellotas para su uso posterior ya que el título

¹² Véase e.g., G. Inst. 2.6h; Inst. j. 2.1.12.

¹³ 3 Cal. R. 175 (N.Y. Sup. Ct. 1805). El abarca famoso río entre Pierson y Hoyoth por la captura de una pelota que hizo record de Harry Bovens es uno de esos casos, pero sólo por que Los Gigantes de San Francisco no establecieron la regulación regular de la captura. Véase *Pierson v. Hoyoth*, No. 400544, 2002 WL 31833731 (Cal. Super. Ct. Dec. 18, 2002).

¹⁴ LOCKE, *supra* nota 1, en ch. 5 (28).

¹⁵ Véase MOSSOFF, *supra* nota 7, pp. 158-159.

¹⁶ LOCKE, *supra* nota 1, en ch. 5, 28.

sobre ellos todavía sería precario. Asimismo, el suelo tendría que haberse trabajado (para el desmayo de los conservacionistas) para que el título se perfeccione. El punto de mixtura es permitir el agregado de trabajo a los recursos naturales para aumentar su valor y tal objetivo se logra moviendo el punto de adquisición hacia el momento más temprano posible. Mirar la bellota no lo logrará; lo que una persecución tenaz puede hacerlo, y su captura si lo logra con toda seguridad. En cierto sentido, Locke lo ha llevado todo hacia atrás. El propósito de la regla de la primera posición es permitir la fácil adquisición de cosas materiales para que sus propietarios estén en posición de invertir trabajo en ellos. No tiene sentido exigir realizar grandes inversiones de trabajo como una precondition de propiedad. Locke solamente alude a dicha opinión errónea porque quiere hacer que el valor preexistente de los recursos naturales poco relativo al trabajo usado para mejorarlos.¹⁴ Ello puede ser cierto en algunos casos, pero no en todos. El suelo que necesita limpieza para la agricultura requiere mucho más trabajo duro, pero el suelo en el cual los pozos profundos de petróleo brotan a la superficie requiere mucho menos. Tengo pocas dudas que Adam Mossoff está en lo cierto cuando él lee la palabra mixtura como una metáfora de trabajo productivo, pero la objeción más significativa es que esta reformulación de la opinión de Locke no salva su teoría, incluso en contra del ejemplo de las bellotas. Por el contrario, el punto correcto y más simple es que tomar algo de los comunes y mantenerlo solo, llega a marcar lo que una persona tiene contra otra en una forma barata de comunicar, como lo hace la posesión, al resto del mundo en cuanto a la existencia de una pretensión previa.

El movimiento desde el *res commune* al *res nullus* escapa a las serias objeciones de la teoría del trabajo combinado con objetos externos, pero estando solo no responde a todas las preguntas que el escéptico filosófico puede hacer con relación al status problemático de la propiedad privada. Una línea de objeción es que esta definición de propiedad permanece necesariamente inconsistente con la definición amplia de libertad que es parte del legado de cada persona: la pretensión precisa unida con el derecho de autor. Dicha libertad incluye la habilidad de ir donde uno desea y que este derecho de movimiento está necesariamente limitado por la creación de cualquier sistema de propiedad privada que convierte el libre movimiento (desplazamiento) hacia la usurpación ilegal. El punto ha sido argumentado por Robert Leo Hale y G.A. Cohen¹⁵, quienes ven en la creación de cualquier ley de usurpación como una limitación, con frecuencia injustificada, de la libertad individual.

La verdad concluyente es que este desafío no puede ser dejado de lado por una respuesta analítica de memoria. Es concebible que podríamos tratar el suelo como común al igual que el agua, y así impedir su permanente ocupación por parte de cualquiera. Las primeras tribus nómadas siguieron justamente este patrón. Sin embargo, la razón por la cual no estamos todavía en este estado primitivo son las enormes ventajas de la privatización del suelo sin la cual nadie podría invertir en mejoras permanentes a su propio costo, el que puede ser arrancado por cualquiera. La breve respuesta a la pregunta del por qué la ley confiere la propiedad privada de estos recursos es la misma que la del trabajo. Funciona como ventaja a largo plazo de todos detrás de un velo de ignorancia, para que estas limitaciones de libertad estén justificadas por las ganancias que produce la propiedad social de los bienes. Las pérdidas que sufre la gente por la exclusión son pequeñas comparadas con las ganancias que obtienen tanto de su habilidad de privatizar su trabajo y de su habilidad de hacer negocios con aquellos que se han comprometido con la privatización. Es por esta razón que Blackstone, al tratar la regla de la primera posesión, notó que era el producto de un "consentimiento explícito" de la humanidad.¹⁶ Claramente, el término "consentimiento implícito"

¹⁴ *Id.* en c.5, p. 42.

¹⁵ HALE, Robert, *En Creación y la Distribución en un segundo Estado No Comunes*, 38 POL. SCIENCE QUARTER 470, 1923; G.A. COHEN, *Auto Propiedad, Libertad e Igualdad*, 1994, pp. 35-56. Yo he criticado sus posiciones extensamente. En EPSTEIN, Richard A., *Expropriation y Libertad: Un Caso Moderno Del Lockeano Clásico*, 2003 pp. 110-114, pp. 132-138.

¹⁶ BLACKSTONE, William, *Comentarios*.

es algo que produce causa hace mucho trabajo. Desde una perspectiva moderna y de ventaja social, la creación de la propiedad privada a través de la adquisición es una clara mejora de Pareto sobre un mundo en el que cada persona disfruta (según algunos comunes) una posición de bloqueo contra todos los demás. De nuevo, tenemos una forma de consecuencialismo de closet en la articulación de nuestras normas legales que salen al descubierto con el famoso breve artículo de Harold Demsetz sobre las justificaciones funcionales del derecho de los bienes.⁴⁷

Todo esto, sin embargo, no es así de transparente; incluso si uno adopta la regla de la primera posesión, uno tiene que determinar qué es lo que cuenta como "posesión" dentro del significado de la norma. Aquí existe una literatura largamente olvidada que hoy en día nos preguntamos por qué, o cómo, alguien mantiene la posesión de una cosa después de que ya no la tiene tomada con la propia mano.⁴⁸ En algunos casos, tiene sentido permitir intereses posesorios solo de duración limitada. Por ejemplo, el plazo corto se prefiere en el caso de aquellos que hacen chozas temporales en las playas públicas. El uso limitado es congruente con mantener la playa abierta para el transporte en la forma en que las estructuras permanentes no lo son⁴⁹, pero una vez que dejamos a los comunes, la situación es normalmente distinta. Como una vez Bentham describió en uno de sus famosos pasajes, la situación de los derechos limitados a los bienes es muy lamentable desde el punto de ventaja de todos, debido a la naturaleza precaria de la posesión que se ha creado.

Desde el principio ha habido y siempre habrá circunstancias en las que un hombre puede asegurarse a sí mismo por sus propios medios el disfrute de ciertas cosas. Pero el catálogo de estas cosas es muy limitado. El salvaje que ha matado a un ciervo espera tenerlo para sí mientras no sea descubierta su cueva; mientras cuida de defenderse y sea más fuerte que sus rivales, pero eso es todo. ¡Qué miserable y precaria es dicha posesión! Si suponemos un mínimo entendimiento entre salvajes con relación a las adquisiciones de uno con el otro, vemos la introducción de un principio al que no se le puede dar otro nombre que de ley. Una expectativa débil y momentánea puede ser resultado de vez en cuando de las circunstancias puramente físicas, pero una expectativa fuerte y permanente puede ser resultado solo de la ley. Aquel que, en estado natural, era un hilo casi invisible, en estado social se hace un cable.

La propiedad y la ley nacieron y morirán juntas. Antes que se hicieran las leyes no había propiedad, retirarse las leyes y cesará la propiedad.⁵⁰

En cierto sentido, es claro que Bentham mismo buscaba ponerse en oposición a Blackstone, pero en realidad los dos hacen el mismo punto.⁵¹ Las teorías de los derechos naturales en la propiedad no pueden mantenerse debido a que se necesita el poder del Estado para extender la posesión más allá de las situaciones del control real. El Estado que crea la propiedad (por implicancia) puede limitar su extensión a voluntad. Pero en realidad, su paso solo establece que los abogados naturalistas, tal como Blackstone argumentaba con energía, habían pensado durante mucho tiempo que era una ineludible conclusión de su propio sistema. En la elección de problemas de Bentham, el pasaje de arriba exhibe una continuidad destacable del pensamiento. En realidad, su ejemplo del ciervo apunta exactamente en la dirección opuesta de lo que había creído. Cualquier cultura podría, tendría y debería desarrollar esta misma norma al lidiar con los derechos de los bienes de sus miembros. El sentido más primitivo de posesión sólo cubre el asir y el aferrarse a un objeto. Dicha regla es manifiestamente inconveniente porque quiere decir que la posesión legal cesa

⁴⁷ DEMSETZ, Harold, *Hacia una Teoría de los Derechos de los Bienes*, 57 AM. ECON. REV. 347, (1967).

⁴⁸ Para un tratamiento histórico del tema, ver Joshua Getzler, *How Roman Law De La Propiedad*. En: *Legal Law Themes: A New Perspective* (BRIGHT Susan & DEWAR, John eds., 1998); y NICHOLAS, Barry, *Introducción Al Derecho Romano* 1962. Para una aproximación del Common Law, ver POLLOCK & WRIGHT, *The History of the Common Law* 1888.

⁴⁹ Ver J. Inst. 2.1.3r.

⁵⁰ BENTHAM, Jeremy, *Tratado de la legislación*, 4ª Edición, 1802, pp. 112-113.

⁵¹ Ver J. BLACKSTONE, *WILLIAMS*, *Comentarios sobre lo inconveniente de la propiedad en tránsito*.

cuando el poseedor pierde el contacto de lo que está bajo su control. Solo por grados, el término posesión se entiende para cubrir casos donde el control físico se relaja debido a la intención de retener la propiedad. El punto es crítico, no solo como un asunto lingüístico, sino por la simple verdad que muchos recursos *standard* Romanos y del *Common Law* fueren claves a la "posesión": solo el poseedor está en posición de iniciar el juicio en cuestión. Por tanto, cuando Bentham se refiere al "mínimo entendimiento entre salvajes" es solo una forma elegante de reformular el argumento del consentimiento implícito en Blackstone y otros. La regla que trata a las personas en lo que a veces se denomina posesión "implícita" de las cosas, que literalmente no continúan poseyendo en sus manos, crearon una enorme mejora de Pareto, que nadie podía oponerse desde detrás del velo de la ignorancia. En realidad, es un lugar común tanto en el Derecho Romano como en el *Common Law* que el ocupante de un patrimonio no necesite merodear sus fronteras para mantener un dominio. Más bien, "es suficiente que forme parte del patrimonio, pero con la intención y conciencia de que por medio de ella él busca poseer el patrimonio hasta el límite de sus fronteras".⁴¹ Tampoco es difícil inferir la intención de poseer el patrimonio entero. Las personas con una pizca de auto interés podrán reclamar todo lo que la ley les permite lograr a través de un acción unilateral.

El último elemento distintivo del suelo es la regla que permite la adquisición de la superficie para cubrir los derechos de la tierra (y sus minerales) hacia abajo y del aire hacia arriba. La tierra no es bidimensional, pero no es practicable en ninguna forma exigir que las personas inviertan grandes recursos para delimitar sus pretensiones. Así, nosotros de nuevo animamos la protección privada de algún "elemento no ganado" porque la tarea clave del sistema es reducir el trabajo y complejidad que se requiere para reducir las cosas naturales a la propiedad privada. Un régimen legal que requiera que las personas inviertan trabajo que sea igual en valor a los bienes adquiridos reduce el valor del bien a cero. Cualquier sistema que requiera que las personas pasen las de Cain para adquirir estos derechos en los bienes reduce su valor *pro tanto*. De nuevo, desde una perspectiva ex ante, está en el mejor interés de la sociedad tener tan pocas barreras a la creación de la propiedad privada como sea posible, y no tantas como puedan ser impuestas.

Al final, por lo tanto, cualquier exploración de las reglas que regulan la adquisición de los bienes tiene el mismo sentimiento como aquellas que lidian con la libertad. En ambos casos hay un incremento de talento o riqueza no ganado, que no se merece bajo algunas fuertes teorías del desierto moral individual. Dicha objeción, sin embargo, lleva poco peso en el caso general debido a que, si es verdad, quiere decir que nadie más puede preparar una pretensión basada en el desierto. Por tanto, la mejor solución es desarrollar una norma que permita a las personas marcar los bienes como suyos de manera tan barata como sea posible. Es mejor que el incremento no ganado sea mantenido por alguien, en vez de que sea perdido en el embrollo de la competición para adquirir la propiedad. Tanto con la propiedad como con la libertad existen limitaciones que bien pueden tener sentido. Por ejemplo, un aspecto mayor es el problema del charco común el que resulta en la sobrecacería de ciertas formas de animales salvajes que, en el *Common Law*, están sujetas a una captura limitada. Pero estas limitaciones no están diseñadas para establecer la libertad en oposición a la propiedad privada ni tampoco a desafiar la legitimidad de ninguna. Más bien, están creadas para continuar el proceso de crear la mejora social a largo plazo por medio de las modificaciones de incremento razonables de un sistema de derechos sobre bienes. Estos aspectos tienen su importancia en el área de los derechos de autor donde ayudan a enmarcar tanto el debate vigente sobre el tema.

⁴¹ DIG. 41.2.31 (Pashaz).

IV. LIBERTAD Y PROPIEDAD: EL SEGUNDO CORTE EN LOS DERECHOS DE AUTOR

La segunda parte de este artículo tiene la intención de mostrar cómo la tensión entre libertad y propiedad juega en sí misma una conexión con los derechos de autor. En la mayoría de los escenarios, el entendimiento común es que el caso de la creación de los derechos de autor es, si lo hubiera, más débil de lo que es para las formas ordinarias de propiedad. La acción individual de adquisición del suelo o cosas quiere decir que el sistema general de autoayuda logra que las personas permitan tanto definir como proteger sus derechos personales sobre bienes. Es fácil imaginar cómo un sistema de derechos sobre las cosas es natural en el sentido que no toma ninguna dependencia del Estado para demarcar los derechos en cuestión. Desde este punto de vista, los derechos vienen de su adquisición y la sola función del Estado es proporcionarles protección con el uso de la fuerza pública administrada por la rama ejecutiva y ejecutada por medio de un grupo de jueces imparciales. Podemos dejar de lado a la legislatura.

Tal solución no es posible con los derechos de autor. Ya que mientras que los límites y linderos podrían funcionar para el suelo y la posesión simple para la mayoría de las cosas, la única forma de proteger los derechos de autor es a través de la creación de algún sistema que permita que ellos sean colocados en un soporte y grabados, y ello requiere alguna forma de poder del Estado. Las exigencias de autoayuda son de lejos más grandes en el derecho de autor que para los bienes inmuebles. Con los derechos de autor, uno literalmente tiene que cometer una usurpación en contra de otro para que le vaya bien en la pretensión. Es por esta razón que la Corte Suprema de manera repetida ha establecido que no hay un derecho natural a la propiedad, tal como le es dado, en el sentido que Bentham lo aprobaría; la criatura del Estado por la cual se atribuyen abiertamente justificaciones utilitarias.⁴³ La opinión se hace más creíble de que los derechos de autor vienen de arriba hacia abajo incluso si los derechos en el suelo y las cosas van de abajo hacia arriba. Así, Tom Bell arguye que los derechos de autor deben ser denunciados porque son totalmente criaturas del Estado.⁴⁴

En otro sentido, el caso para tratar los derechos de autor y otras formas de propiedad intelectual en el marco de los derechos naturales es más atractivo de lo que este breve artículo sugiere. Los bloques tambaleantes iniciales para tratar los derechos de autor con los derechos de propiedad de los derechos naturales son los dos siguientes: ¿es que una persona es propietaria de su propio trabajo? y ¿qué pasa cuando su trabajo está mezclado con recursos que son propiedad común? Con respecto a la primera pregunta, no hay nada acerca de la situación de los derechos de autor que desvía de otros usos del trabajo. El argumento general en favor de una fuerte protección en el trabajo de uno lleva a lo largo contra cualquier pretensión que algún tipo de teoría del desierto nos llevaría en la dirección opuesta. No parece correcto decir, como ha escrito Tom Bell, que la justificación de trabajo-desierto de la propiedad da al creador el título sólo a la parte tangible particular en el que él fija su creatividad, "no a algún vestigio intangible del reino metafísico". Tenemos un sistema de derechos de no vestigio en la actualidad. Mientras uno puede oponerse a su creación, los derechos en cuestión son capaces de venta o licencia, están protegidos contra la confiscación e infracción y son capaces de valorización. Uno también puede dar la misma dudosa descripción de los derechos contractuales ordinarios para los cuales el Gobierno no puede tomar una cesión a menos que esté preparado para compensar al cedente por la pérdida de su título.

Para estar seguro, Locke no ofreció ningún tratamiento explícito, de una forma u otra, de los derechos sobre propiedad intelectual, lo que aumenta su atractivo. Pero difícilmente se desprende que esta teoría no tenga implicancias para el área. En realidad, la teoría de trabajo de adquisición

⁴³ Ver, e.g., *Graham v. John Deere*, 383 U.S. 1 (1966).

⁴⁴ Ver BELL, *supra* nota 8, en 3.

parece, si así fuera, más fuerte aquí, precisamente, porque los bienes intelectuales no requieren ninguna forma de "mezcla" con las formas tangibles. Más bien, estos tipos de bienes parecen ser el resultado de un trabajo puro, que el creador, por tanto, no puede tenerlo, porque la primera posesión de un objeto tangible le permite solo proteger el papel en donde el bosquejo está escrito más que el bosquejo en sí mismo. Por la misma razón, el autor no ha tomado nada más de los comunes y se tropieza con la objeción de la contribución conjunta que socava el poder de la regla de la primera posesión de los objetos tangibles. La única función de la intervención legal aquí es proteger la inversión del trabajo sin ninguna expropiación.

Sin embargo, en este plano hay un segundo aspecto que se debe cumplir. Puede bien ser que las personas no retiren cosas materiales de los ríos y bosques cuando trabajan, pero sí dependen de los comunes culturales de clases para su inspiración o ideas. A la luz de estos comunes, es posible igualar un ataque del tipo desierto sobre los derechos de autor al igual que con otras actividades mentales, notando que todas las personas están constantemente sujetas a una gran variedad de influencias externas que enriquecen sus trabajos. Entonces, el argumento es que no es posible pensar que algún mercado no mediato e impecable registra su valor personal intrínseco. En verdad algunos creen que la creación del monopolio de los derechos de autor es uno de los factores que impide la respuesta proporcional de regreso al trabajo.¹⁷ Si ese punto fuera verdad en relación con la fabricación de piezas, es verdad también de los innumerables autores del ensayo "De las Piezas", cuyo éxito es parasitario de los inventores y fabricantes de piezas. La información proporcionada depende de las contribuciones de un gran número de otras personas. El "autor" es deconstruido en un buque por medio del cual se vierten numerosas formas de influencias. La crianza familiar, la educación, la influencia literaria y el recuerdo pasado de eventos populares son todos ejemplos de estas influencias. ¿Qué tanto crédito podemos darle a Charles Dickens si su retrato de Wilkins Macawber en *David Copperfield* está basado en su padre? ¿Y qué tanto se se han incorporado elementos de los grandes autores del pasado en su estilo de escribir sin compensación o tal vez incluso sin reconocimiento?

La respuesta al reto específico es el mismo que para los casos generales: confesar y evitar. Hay poco cuestionamiento de que todas estas influencias vengán a afectar al autor individual. Por la misma razón, es posible localizar en una persona o grupo pequeño de autores conjuntos, la chispa creativa o duro esfuerzo que tomó estas influencias dispersas y fueron fundidas en un trabajo coherente, que merezca nuestra atención. Los otros con quienes el creador trabaja pueden protegerse a sí mismos a través de contratos. El sistema de la propiedad de los derechos de autor era correcto para ajustar la atención en los autores, tal como lo exige la Constitución.¹⁸ Por su intermedio se otorga todo reclamo a la persona que ha contribuido con el producto terminado, con la intención de desdeñar las contribuciones indirectas de otras personas a este producto. ¿Queremos tratar como autor a una persona que se abstuvo de matar o mutilar al autor mientras se comprometía con sus esfuerzos creativos? ¿O incluso con aquellas personas que fueron la inspiración creativa de la persona que hizo la obra? El énfasis constante de estos efectos indirectos revisa el simple punto de que el autor de un trabajo autorral protegido contribuye –nos atrevemos a decir en igual medida– de regreso al hoyo común por la creación de imágenes que permiten a otros continuar también con su trabajo. Así, estos contribuyentes obtienen compensación implícita en especie por sus contribuciones, en su habilidad de usar las obras del creador para sus propias creaciones. Por tanto, mientras pensemos que los derechos de autor proporcionan incentivos razonables para la creación de nuevas obras, no hay razón para pensar que cada moneda que ingresa tiene que ser ganada para que todo

¹⁷ Ver, e.g., CHRISTMAN, *supra* nota 18, en 13.

¹⁸ Constitución de los Estados Unidos, artículo 1, § 8, cl. 3 ("Proteger el progreso de la ciencia y las artes otorgando por tiempo limitado a los autores e inventores el derecho exclusivo a sus respectivos obras y descubrimientos").

ello sea distribuido al autor. En verdad, en muchos casos, el elemento "monopolio" de retorno es exagerado porque los derechos exclusivos con frecuencia no se hacen monopolio económico a la luz de la feroz competencia de lectores o oyentes que se facilita por medio de los derechos de autor.

El marco básico de argumentación también lleva al claro conflicto entre los derechos de autor y la libertad de opinión que, en su forma esencial, es análogo al conflicto entre la libertad de libre tránsito y las leyes de usurpación. La ley de usurpación es útil solo para terrenos debido a la red de caminos públicos y canales de agua que permiten el movimiento entre varios lotes de propiedad privada. De manera similar, tenemos un dominio común de expresión ordinaria y lenguaje que está fuera del alcance de los derechos de autor, lo que facilita la creación de escritos que están adecuadamente sujetos a la protección bajo la ley. El monopolio legal conferido por los derechos de autor o patentes no necesitan ser traducidos en sí mismos a un monopolio económico mientras haya sustitutos cercanos como para cada canción popular nueva producida. Como un bromista (no sé quien fue) dijo, la propiedad y el monopolio no son lados diferentes de una misma moneda: son el mismo lado de la misma moneda. No podemos decidir que los derechos de autor presenten riesgos sociales a menos que creamos que ponen barreras en contra de la creación de nuevas obras. Más aún, ese riesgo me parece ser más crítico con las leyes de patente especialmente con los materiales genéticos que lo que sucede a cualquier canción u obra musical. Nadie tiene que usar una canción o historia en particular para un proyecto en particular, pero puede producir una cultura rica incluyendo los artículos que han caído fuera de la protección autorral. Por el contrario, es muy difícil conducir una investigación sobre el cáncer de mama a menos que uno tenga acceso al gen BRAC-1. Lograr las normas correctas en este campo es una tarea difícil. Todos están de acuerdo que la protección a las patentes debe ser más breve que la protección autorral. Sin embargo, más allá de ese punto, hay diferencias de opinión profundas, tal vez insalvables, entre aquellos, como yo mismo, que piensan que el problema se maneja bien por medio de las doctrinas tradicionales y otros que piensan incluso más enfáticamente todo lo contrario. El uso perdido en juego es de poca consecuencia para cualquier desarrollo dinámico de las artes que no necesita ser el caso en patentes. Es claro que los derechos de autor tienen implicancias para el uso de corto plazo, dado que cada canción todavía se paga por encima del costo marginal de producción, incluso en una industria competitiva. Nuevamente, sin embargo, no hay razón para creer que algunos intereses no diferenciados en la libertad sean tan fuertes como para extinguir cualquier creación de los derechos de autor.

En la balanza, como en los objetos tangibles, el emparejar la libertad con la propiedad parece sobrevivir, si exactamente no prospera. Una forma de mirar a este elemento es analizar la recepción que los derechos de autor tienen con relación a la libertad de expresión, en donde las doctrinas constitucionales en cuestión son cualquier cosa menos moribundas. En este caso, la opinión judicial usual del tema es la opuesta a la encontrada en la literatura lockeana ya acotada. Así, para la Corte Suprema la libertad de opinión comienza en el punto en que la delineación de la protección del derecho de autor cesa, y esta idea descansa en un mundo en el que el escrutinio intermedio o estricto es en mucho la orden del día.¹⁰ Una forma de resolver este problema es argumentar que el punto en cuestión es de definiciones: la infracción de los derechos de autor es un mal que no puede justificar la Primera Enmienda. Sin embargo, para un analista serio esto rinde como una forma de pregunta pidiendo para que el punto en realidad sea en realidad acerca de si el Congreso puede crear estos derechos de toda forma. En un nivel, esa cuestión parece ociosa debido al poder explícito de crear derechos de autor que se encuentra en el artículo I de la Constitución. Pero, por la misma razón, se puede argumentar que la Primera Enmienda requiere que uno justifique la creación del régimen referido a su propósito del avance de las artes útiles. En el caso ordinario, podemos

¹⁰ *Wt. ex. v. Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (1985).

argumentar que esto en verdad se ha satisfecho debido a las ganancias de incentivos desde la creación de estos derechos exclusivos que justifican las restricciones impuestas en la opinión.

Aun esa exigencia, sin embargo, deja abierta la cuestión ulterior de si la balanza de comercio se ha hecho suficientemente trizas en casos específicos, de manera que dicha balanza tiene que ser repensada o rediseñada. El punto más obvio es si el privilegio del uso justo, tal como se relaciona con la crítica y comentarios de las obras literarias, es algo que requiere la Primera Enmienda que pienso debe ser el caso aún si no lo fuera en la actualidad. Pero el punto viene en otros contextos también, especialmente con relación a la duración de la protección autoral que bajo la Constitución tiene que ser solo por plazos limitados. Este caso es uno en el que el uso de la frase constitucional es de lejos preferible que el uso de un número. Es en contraste al uso de la cifra de veintidós dólares en la Séptima Enmienda, que era de lejos menos útil que ningún número. La Constitución pudo haber tomado cualquiera desde el año 1 hasta el 1000 (o plazos diferentes para patentes o derechos de autor). Este número hubiera sido preferible porque la gente hubiera sabido cuál era su posición y se podía haber evitado una teorización interminable con relación al propósito de una restricción mal formada. Mientras que el descuento es tomado seriamente, el valor de la vida futura de los derechos de autor podría variar desde el 10% hasta 99.9% de su valor de uso. Esta vaga disposición constitucional no da pautas en cuanto a cuáles de estos extremos debe tenerse como el mejor.

En el análisis general, el primer contraste entre los derechos de autor y los derechos reales es que no hay razón obvia para limitar la duración de los derechos en los bienes inmuebles.¹⁰ El largo periodo de propiedad estimula el desarrollo, pero desde que una sola persona puede cultivar en cualquier momento, hace poco para obstaculizar la utilización de la parte posterior. Con los derechos de autor, la posibilidad de múltiples utilizaciones del artículo, sin agotar sus propiedades físicas, permite la realización de ganancia si el plazo se acorta. Esta ganancia no se encuentra en los bienes inmuebles y hacen únicos los derechos de autor, pero incluso aquí, el punto no es decisivo por ningún medio.

Las llamadas por la permanente protección de los derechos de autor (pero raramente por la protección permanente de las patentes debido a cómo la tecnología ha tomado control de la invención) han aparecido en muchos lugares. Samuel Clemens¹¹ por uno, y más recientemente, por los imponentes colegas profesor William Landes y el juez Richard A. Posner.¹² Este argumento reconoce los costos de exclusión, pero no los encuentra concluyentes.¹³ La fuente de intranquilidad en su trabajo es la preocupación acerca del posible deterioro de los bienes valiosos cuando se pongan en el dominio público. En un nivel, este estado de cosas en el dominio público debe ser visto como una buena causa porque el *status* de dominio público de un bien crea dos ventajas reales. Primero, elimina los costos de transacción asociados con diversos contratos de licencia y de ventas, tales como para identificar a los tenedores de derechos válidos, negociando tratos y similares. Segundo, ello permite la gerencia de marca del bien para que, en cierto sentido, no sufra de la sobreexposición o usos incompatibles. Que estos puntos no puedan ser desechados a nivel general, es evidente por el mandato congresal en la *Bayh-Dole Act*, Ley BayhDole¹⁴ que da una visita a las partes privadas que reciben donaciones del gobierno, para honestamente considerar si sacan patentes sobre los frutos de su investigación. El miedo mayor de esta Ley es que los artículos dejados en el dominio público languidezcan debido a que algún propulsor de la idea se vea sobrepasado por futuros imitadores que puedan proveer el mismo producto u similares a un precio mucho más bajo.

¹⁰ Para una discusión de la variación en los tipos de duración de los bienes, ver: EPSTEIN, Richard A., *Propiedad Inmuestral: Reyes Lemita y Nueva Frontiera* (Traducción de Abbaue C. Harro), 76 *IND. L. J.* 801 (2001).

¹¹ CLEMENS, Samuel L., *Derecho de Autor a Perpetuidad*, 6 *Green Bag 2d* 109 (2002).

¹² LANDES, William H. y POSNER, Richard A., *Derechos de Autor Indefinidamente Renovables*, 70 *U. CHI. L. REV.* 471 (2003).

¹³ *Id.*, en 475-484.

¹⁴ 35 U.S.C. § 108 (2000).

La pregunta que uno se deba formular es cómo es que estas cosas juegan fuera del campo de la patente. En este aspecto, es imperativo distinguir con agudeza entre casos de nombre comercial y marca de derecho de publicidad. Estrictamente hablando, el ejercicio de marca está en riesgo en los primeros dos tipos de casos y, en algunas instancias, en el tercer tipo, socializar el nombre o la marca lo hace no valioso para cualquier cosa, menos para la decoración debido a que falla en su función de relacionar el artículo de marca de regreso a una simple fuente. En los casos en los que el derecho de publicidad es usado para el mismo propósito está sujeto al mismo tipo de raciocinio. Este no se aplica a aquellos que desean actuar con los rasgos de Elvis Presley, y un caso fuerte existe para bifurcar el derecho y permitir que la protección sea de duración indefinida cuando se use para fines de identificación o de marca.

Con el sistema de derechos de autor, sin embargo, el énfasis no está en la marca sino en la ejecución y aquí sí tenemos gran experiencia con los materiales que han caído en el dominio público. Existen incontables, con frecuencia perversas, versiones de Shakespeare que son producidas en todas partes hoy. El "Fideicomiso Shakespeare" probablemente no daría licencia a algunas de estas ejecuciones de ninguna manera. Más aún, el fideicomiso podría cobrar un pesado derecho por las ejecuciones estándar que si han llegado a licenciarse, y podría poner con facilidad apretadas restricciones en la elección de los sets, diseños, actores y similares. Cualquiera se encuentra fuertemente presionado para creer que la estrella de Shakespeare se ha opacado por las calamidades cometidas en su nombre, o que el mundo sería un lugar mejor si las obvias restricciones en su uso podrían lograrse con la bendición del Estado. Para aquellos trabajos autorales protegidos (tratados y libros de casos, lamentablemente, por ejemplo) que necesitan revisiones en ciclos de tres años para permanecer vigentes, la duración de los derechos de autor tiene poca consecuencia. Sin embargo, el punto de la duración solo cuenta para las obras literarias que son inmortales y por estas obras el juicio original de que sea por plazos es correcto. Más aún, los plazos deben ser significativamente más breves que la vida más 50 años usado para las obras nuevas hoy.

La cuestión de la duración es, por supuesto, no solo relevante a la situación para las nuevas patentes. Es más notable en virtud a una decisión reciente bajo la Copyright Term Extension Act (Ley de Extensión del Plazo de los Derechos de Autor) para alargar el plazo de protección del derecho de autor durante 20 años, tanto para las nuevas como para las patentes existentes.¹⁵ Dicha Ley fue mantenida por la Suprema Corte en una cuidadosa decisión del juez Ginsburg que prestó mucha atención al racional test para llegar a su decisión.¹⁶ Ahora sí marca una diferencia real qué enfoque tomar a la cuestión de la Primera Enmienda.¹⁷ Si la regla es dogmáticamente que nada está cubierto por los derechos de autor puede ofender a la Primera Enmienda, como el test de base racional puede ser leído fácilmente para implicar, la CTEA es libre sin ninguna examinación de su contenido solamente porque es una ley de derechos de autor. Sin embargo, el análisis toma una vista diferente si uno pregunta si hay o no alguna justificación social por la ley en el sentido que ofrece ganancias a otros que justifiquen, tal vez a un estándar de escrutinio intermedio las restricciones que han sido impuestas.

Empezando desde esta perspectiva, el desafío obvio a la CTEA es que es una renuncia del bien de dominio público a los personas privadas por la cual el Estado no recibe nada en retorno. Bajo el estándar de la base racional, dicha renuncia puede ser justificada por las razones mencionadas líneas atrás, es decir, que facilita el manejo coherente de varias marcas en cuestión. El material de

¹⁵ Sonny Bono Copyright Term Extension Act, Pub. L. No. 105-298, 12 Stat. 2827 (1998).

¹⁶ *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003), 41p op. Es 7 (La Corte de Apelaciones reconoció que esta Corte ha sido diferente simultáneamente a juicio del Congreso en el reino de los derechos de autor).

¹⁷ Ver EPSTEIN, Richard A., *La Constitucionalidad Duda de la Ley de Extensión del Plazo de los Derechos de Autor*, 36 *Loy. L.A. L. rev.* 123, pp. 148-156 (2002).

Mickey Mouse puede caer dentro de esta categoría a la luz de la imagen consistente que Disney ha tratado de proyectar. Este caso presenta una tensión evidente entre la protección a los derechos de autor que corre y la protección de la marca que es perpetua. En otros casos, tales como el del patrimonio de Gershwin, el argumento del manejo de marca parece todavía más débil. No es como si Mozart o Beethoven hubieran sufrido porque su música está fuera de los derechos de autor.

Si el nivel del escrutinio constitucional fuera desmenzado, prevalecería con seguridad un juego de consideraciones diferentes. Una vez que ha quedado claro que los diferentes derechos de autor caen dentro del dominio público, es incierto por qué se deben renunciar a ellos por cuando pueden ser revendidos o licenciados a cualquiera, incluyendo sus tenedores originales. En este escenario, podríamos lograr cualquiera ganancia disponible por un manejo de clase, pero dejar al Estado que mantenga alguna porción de los procesos a través de arreglos de venta en formas que honran un tipo de cláusula de dominio evidente contraria: tampoco los bienes públicos serán dados para uso privado sin justa compensación.⁵⁸ El punto es que incluso si no se ofendiese a la Primera Enmienda por esta renuncia, alguna versión de la doctrina de la confianza pública sí lo está. Ahora no es el momento de hablar acerca del incómodo pedigrí constitucional de esta doctrina a nivel federal. Sin embargo, es apropiado enfatizar que incluso como asunto de sana política, la privatización de material autoral protegido podía ser manejado por un intercambio en vez de un regalo.

V. CONCLUSIÓN

En suma, cuando vemos la situación con respecto a los derechos de autor, parece claro que la peculiar naturaleza de tales en cuestión justifica las reglas que permiten la duración limitada y el uso justo y tal vez algunas otras restricciones. Pero, como tal, no alteran la tensión básica que existe entre libertad y propiedad en el caso de trabajo o recursos naturales. Es fácil concluir que los cimientos de la ley de la propiedad intelectual, en general, y los derechos de autor, en particular, están tambaleantes si se asume que los cimientos de la autonomía individual y la propiedad privada son seguros en una versión sin adornos de la teoría del derecho natural que confía más en la auto evidencia y menos en la ventaja funcional.

Sin embargo, durante años, mi propia campaña privada ha sido de insistir en que la fortaleza de las teorías del derecho natural descansaban en sus cimientos utilitarios implícitos (ampliamente concebidos) que requieren de alguna evaluación empírica del por qué ciertas instituciones promueven el florecimiento humano y, a través de ello, el bienestar general. Bajo dichos exámenes todas las normas legales son reajustes imperfectos y equilibrios entre bienes en competencia.⁵⁹ Simplemente, cualquier sistema de propiedad privada impone pesados costos de exclusión. Sin embargo, estos costos solo pueden ser eliminados adoptando un sistema de propiedad colectiva que por su lado imponga pesados costos de gobierno. La única elección que tenemos es tomar el mal menor: no existe ninguna solución mágica para la libertad o propiedad que cree beneficios sin dislocaciones. Pero una vez que hemos reconocido que los equilibrios constituyen una característica ineludible de la actividad social, podemos concluir que un sistema razonable de derechos de autor no es un equilibrio tan malo después de todo.

⁵⁸ EPSTEIN, Richard A., *La Doctrina del Fideicomiso Público*, 7 *CATO J.* 411 (1987). Para un desarrollo de este argumento con respecto a Eminent Domain, ver Richard A. Epstein, *La Historia Moderna de la Propiedad y la Libertad*, *Chicago L. Rev.* XXX,XXX (2003).

⁵⁹ Para una de mis más recientes declaraciones de esta opinión, ver: EPSTEIN, Richard A., *Days que los usos judiciales se aplican: Verdades Necesarias y Contraintuivas en la Doctrina Legal*, 115 *HARV. L. REV.* (2002).