

Propiedad y dominio público^(*)

Hanoch Dagan^(**)

Los simpatizantes del dominio público normalmente desconfían del discurso sobre la propiedad. Esta es percibida como el enemigo, el cual representa la amenaza de disminución del dominio público. Esta visión común está mal aconsejada; incluso es desafortunada. Está mal aconsejada porque la división entre el discurso sobre la propiedad y el floreciente dominio público es largamente ilusoria. Es desafortunada porque el concepto de propiedad tiene un enorme poder retórico en la formación de las expectativas de las personas y, por tanto, en la construcción de lo que es considerado normal, obvio y así claramente justificado⁽¹⁾. Por ambas razones, los simpatizantes del dominio público deberían aceptar la propiedad antes de pelear contra ella.

El trabajo de Lawrence Lessig personifica la desconfianza de los defensores del dominio público contra la propiedad. En *Re-crafting a Public Domain*, Lessig lamenta la expansión de los derechos de los titulares del derecho de propiedad intelectual para impedir que otros utilicen productos culturales y ofrece estrategias para revertir esa corriente. Lessig afirma que una vez clasificado como propiedad, el derecho de propiedad intelectual es cargado por “la visión ordinaria de la propiedad”, que es “binaria en su núcleo”. Él cree que a pesar de que los abogados entienden la

propiedad como un legajo de derechos, la “propietarización”⁽ⁱ⁾ de la actividad creativa facilita un clima social en el cual “debes asegurarte un permiso antes de usar”. Este clima (en paralelo a los grupos de interés que lo sustentan) aumenta el pesimismo de Lessig acerca de la posibilidad de una reforma legal exitosa. También explica su apologética respuesta a las críticas contra el intento de animar a los autores a optar por un sistema donde solo algunos de los derechos de propiedad intelectual son típicamente reservados⁽²⁾.

Ni el pesimismo ni la apología están garantizados. Nada en el lenguaje de la propiedad necesariamente invita a la agenda de la industria del contenido. Todo lo contrario: la forma, la sustancia y la historia de la propiedad incluyen lecciones que son más bien útiles para llegar al objetivo, el cual comparto, de un replanteo del dominio público. Abandonando estas lecciones, los guardianes del dominio público permiten a los expansionistas de la propiedad intelectual capturar la poderosa etiqueta de propiedad⁽³⁾, hasta socavar su propia causa.

1. Instituciones

La guerra imaginaria entre la propiedad y el dominio público empieza con la dicotomía entre la concepción de propiedad de los abogados como

(*) Texto a ser publicado bajo el título de *Property and the Public Domain*. En: *Yale Journal of Law and the Humanities*. La traducción del presente texto, con autorización expresa del autor y del *Yale Journal of Law and the Humanities*, estuvo a cargo de Carolina Oliveros Dulong miembro de la Asociación Civil **ius et veritas**.

(**) Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Tel Aviv. Agradezco a Bruce Ackerman, Jack Balkin, Stuart Banner, Yochai Benkler, Michael Birnhack, Niva Elkin-Koren, Wendy Gordon, Michael Heller, Roy Kreitner, Larry Lessig, Neil Netanel, Guy Pesach y Tal Zarsky por sus valiosos comentarios y al Cegla Center for Interdisciplinary Research of the Law por el apoyo económico.

(1) Véase, por ejemplo: UNDERKUFFLER, Laura S. *On Property: an Essay*. En: *Yale Law Journal*. Número 100, 1990. pp. 127,146 y 147.

(i) El autor utiliza el término *propertization*.

(2) LESSIG, Lawrence. *Re-crafting a Public Domain*. En: *Yale Journal of Law and Humanities*. En: Número 17, 2006. Véase también: LESSIG, Lawrence. *Free Culture*. 2004. pp. 83 y 84, 117-119 y 172.

(3) En otras palabras, las líneas lingüísticas tradicionales de las guerras de la propiedad intelectual, en las cuales los expansionistas etiquetan a la propiedad intelectual como propiedad y sus oponentes se refieren a ella como un monopolio limitado, puede ser parte del problema que Lessig busca resolver, y así pues necesita ser confrontado antes que evitado. (Esto no quiere decir que el efecto del monopolio de la propiedad intelectual y los efectos desreguladores de un dominio público expandido necesiten ser ignorados: lo que digo es que los defensores del dominio público deben suplementar, en lugar de suplantar, su actual línea argumentativa con razonamiento de propiedad).

un manajo de derechos y su entendimiento como exclusión⁽⁴⁾. La perspectiva anterior nunca fue totalmente aceptada en la conciencia popular, es lo que dice el argumento, por ende este último argumento debe haber convencido a las personas, acarreando una serie de devastadoras consecuencias para el incremento de la propiedad de la actividad creativa. La validez de este argumento depende de la plausibilidad de la alternativa conceptual que presenta. Afortunadamente, esta elección es tan defectuosa como penetrante en los estudios de propiedad.

Ni la concepción de propiedad como exclusión ni la de propiedad como manajo de derechos lleva cualquier semejanza con la ley de propiedad como los abogados la conocen, o -aún más importante- como la experimentan los ciudadanos en su vida diaria. Debemos descartar estas dos concepciones y adoptar una que esté más acorde con las manifestaciones de la propiedad en la vida real. Felizmente, tal como lo veremos, esta comprensión de la propiedad es hospitalaria para el propósito de reivindicar un rico dominio público.

Cierta medida de exclusión es, seguramente, parte de lo que la propiedad usualmente conlleva. Aún así, la concepción de propiedad como exclusión -entendiendo las leyes de propiedad como el centro de una lucha entre autónomos excluyentes, cada uno cubierto con una armadura Blackstoniana de "dominio exclusivo y despótico"⁽⁵⁾ -es una gran exageración⁽⁶⁾. La exclusión puede agotar el campo de la propiedad solo si es que grandes partes de lo que convencionalmente entendemos como el derecho de propiedad es dejado de lado. Numerosas reglas de propiedad, que prescriben derechos y obligaciones de miembros de comunidades locales, vecinos, copropietarios, socios, y cónyuges no pueden ser analizadas de una manera justa bajo el paradigma de la exclusión; el punto central de estas doctrinas elaboradas, después de todo, es proveer estructuras para relaciones⁽⁷⁾ cooperativas antes

que competitivas. Estas doctrinas no son marginales para la vida de la propiedad. Más aún, tratan con algunas de nuestras más comunes interacciones humanas y así tienden a mezclarse en nuestro ambiente natural. Por ello, postular la exclusión como el entendimiento en términos latos de la propiedad no solo es condescendiente; es también probablemente erróneo.

El fracaso de la concepción de propiedad como exclusión no significa que la concepción contraria como "manajo de derechos" sea más exitosa. Nuevamente, entender la propiedad como un manajo de derechos tiene poco de verdad: la propiedad no tiene una composición canónica y por tanto la referencia al concepto de propiedad no puede nunca vincular un inevitable conjunto de incidencias⁽⁸⁾. La propiedad no es, como la metáfora que esta concepción pudiera sugerir, una mera lista de derechos con permutaciones ilimitadas. Por el contrario, como el principio de *numerus clausus* prescribe, en cualquier momento las leyes de propiedad ofrecen un limitado número de formas de propiedad estandarizadas⁽⁹⁾. No solo las personas comunes no comparten la idea de un manajo de derechos abiertos sin fin; las mismas leyes de propiedad tampoco la han aplicado así alguna vez.

En lugar de un muro uniforme de exclusión o de un manajo de derechos amorfo, deberíamos pensar a la propiedad como realmente es en la vida y en el Derecho: un conjunto de instituciones, cada una de las cuales está constituida por una configuración particular de derechos. La composición de los derechos que constituyen cada una de las instituciones de la propiedad está determinada por sus características y sus subyacentes compromisos normativos. Ninguna habilidad técnica es necesaria para ver el impulso básico de las distinciones entre las instituciones de la propiedad. Dejando de lado las especificaciones, nada hay de misterioso al distinguir los significados de estar en una tradicional hacienda de pagos simples, de ser

- (4) La fuente, o al menos un punto importante de esta división, es ACKERMAN, Bruce. *Private Property and the Constitution*. 1977.
- (5) BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England*. pp. 1765-1769.
- (6) Igualar la propiedad con la exclusión le da impulso incorrectamente al poder cultural de los reclamos libertinos.
- (7) Véase: DAGAN, Hanoch y Michael A. HELLER. *Conflicts in Property*. En: *Theoretical Inquires in Law*. Número 6, 2005. pp. 37 y 41.
- (8) Véase: HOHFELD, Wesley Newcomb. *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*. En: *Yale Law Journal*. Número 26, 1917. pp. 710, 720, 733 y 734, 746 y 747.
- (9) Véase: MERRILL, Thomas W. y Henry E. SMITH. *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*. En: *Yale Law Journal*. Número 110, 2000. pp. 1, 9-24.

dueño de una unidad en una comunidad de intereses comunes, o de tener una acción en una corporación públicamente sostenida. Así pues, no hay razón para pensar que estas diferencias no son ampliamente conocidas y fácilmente comprendidas. De hecho, las leyes se justifican al limitar el número de estas instituciones de la propiedad exactamente por su rol como estructuras básicas de la interacción interpersonal que consolida las expectativas de la gente y expresa los ideales normativos del derecho para las relaciones humanas centrales⁽¹⁰⁾.

Apreciar los múltiples rostros de la propiedad debería revelar algunas de las preocupaciones de los defensores del dominio público y ayudar directamente a su actividad intelectual y pública. Así pues, rechazando el monismo de la propiedad se socava la visión, considerada seriamente por Lessig, de que una vez que la actividad creativa es gobernada por un régimen de propiedad -cualquiera que pueda ser su contenido específico- este necesariamente se convierte en un régimen demasiado comercial. Tanto en las leyes como en la vida el repertorio de las instituciones de la propiedad gobierna un amplio orden de tipos de interacciones sociales, desde relaciones libres guiadas por un ideal competitivo hasta relaciones familiares donde el ideal de una repartición equitativa es la norma, con muchas categorías intermedias a lo largo de este espectro.

En realidad, las instituciones de la propiedad son tan diversas en su normativa interna como las coyunturas de la interacción humana. La idea de que los derechos de los dueños típicamente encajan en un tipo de institución de la propiedad (gobernando, por ejemplo, la actividad comercial) que necesariamente es aplicable con respecto a otros (tales como los que tratan con la actividad creativa) es ajena al derecho de propiedad. Es

también dramáticamente distante de la experiencia diaria de la propiedad en la realidad.

Por consiguiente, en lugar de agonizar sobre la propietarización de la creatividad, los simpatizantes del dominio público deberían trabajar por una redefinición de las implicancias de los derechos de propiedad en los productos creativos, para que estos respondan de manera adecuada a las preocupaciones normativas concernientes a la asignación de los derechos en la información⁽¹¹⁾. Esta es la historia usual del dinamismo de la propiedad: las instituciones de la propiedad existentes están en constante evolución, y nuevas instituciones son añadidas (mientras otras son abandonadas)⁽¹²⁾. En el siguiente acápite discuto la opción de la evolución legal. Aquí ubico las nociones de nuevas instituciones de la propiedad.

Sugiero analizar el proyecto *Creative Commons* como un nuevo miembro de la orgullosa tradición por la innovación en la propiedad. Como sus predecesores, tiene un componente de decepción por las instituciones de la propiedad existentes. *Creative Commons* facilita una concepción de los derechos de propiedad sobre productos culturales que dista de los errores cometidos por el derecho propiedad intelectual contemporáneo. Como Lessig reporta, la idea es afianzar una competencia que preserve siempre el derecho a la atribución, pero que sea más sensible a las distinciones entre usos derivados y no derivados y entre usos comerciales y no comerciales. Como es usual con esas innovaciones en la propiedad, esto puede generar dos resultados positivos: uno material (expandir el dominio público), y el otro expresivo (enseñando a la gente que “algunos derechos reservados” son el adecuado equilibrio en la propiedad intelectual)⁽¹³⁾. Lessig sugiere que esta nueva omisión es “una argucia contra el marco de las leyes de propiedad”⁽¹⁴⁾. De hecho, es mejor analizado como un intento de reorganizar este mismo marco.

(10) Resumen mis discusiones extendidas en: DAGAN, Hanoch. *The Craft of Property*. En: *California Law Review*. Número 92, 2003. p. 1517.

(11) Como es usual, esta investigación debe tomar en cuenta la naturaleza del recurso en juego, en nuestro caso la información. Por ejemplo, el hecho de que el consumo de información no es rivalizada es crucial al tomar en consideración, en lo que concierne, el proveer incentivos apropiados. Véase: LEMLEY, Mark A. *Ex Ante Versus Ex Post Justifications for Intellectual Property*. En: *University of Chicago Law Review*. Número 71, 2004. pp. 129 y 143.

(12) Véase: ROSE, Carol M. *Property in All the Wrong Places?* En: *Yale Law Journal*. Número 114, 2005. pp. 991, 993, 1006 y 1017.

(13) La estrategia de *Creative Commons* no es impecable. En particular ha sido directamente criticada por la falta de un mensaje normativo claro y la dependencia excesiva en la auto restricción. Véase: ELKIN-KOREN, Niva. *Exploring Creative Commons: A Skeptical View of a Worthy Pursuit* (manuscrito no publicado). El proyecto serviría mejor la meta de promover una cultura libre de permisos ofreciendo bases más pegajosas y al permitir solo licencias lo suficientemente más amigables de las actuales bases del modelo de propiedad intelectual.

(14) LESSIG. *Supra* nota 2.

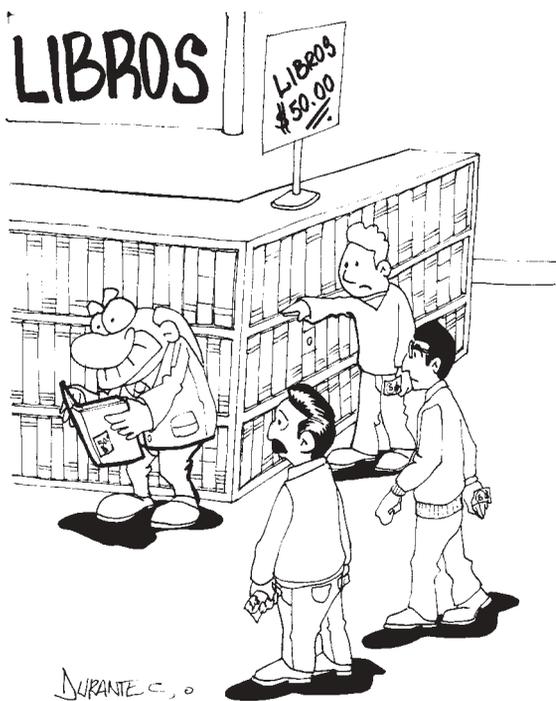
Es instructivo comparar este proyecto con la anterior característica central de la institución de la propiedad: el interés común de la sociedad. Después de algunas resistencias por parte de los juzgados y algunos ajustes en las expectativas de las personas, los intereses comunes de la sociedad son la institución de la propiedad con más rápido crecimiento en América. Esta institución ha cambiado dramáticamente la realidad de la propiedad para millones, ya que típicamente presupone características que son bastante ajenas al absoluto simple tradicional pago, destacando la administración colectiva de aspectos importantes del desarrollo inmobiliario y el espeso manual de reglas referidas al uso de unidades individuales. El éxito de las comunidades de interés común, alejándose de la preexistencia de un entendimiento común del significado de tener un hogar, demuestra el potencial de las nuevas instituciones de la

propiedad. Como la más grande iniciativa reciente por crear una institución de la propiedad, el proyecto *Creative Commons* puede ganar inspiración y coraje en una historia exitosa.

2. Valores

Mientras nuevas instituciones de la propiedad son añadidas, las ya existentes están sujetas a un cuestionamiento reconstructivo en su curso: uno en el cual los abogados identifican y reevalúan sus ideales normativos unificadores y las maneras en las cuales sus configuraciones particulares responden a estos ideales. El producto de este proceso típicamente toma la forma de una reforma legal, dirigida a permitir que una institución de la propiedad este a la altura -existente o potencial- de sus ideales. (La creación judicial del uso justo y el mal uso de las doctrinas de la propiedad intelectual pueden servirnos de ejemplo)⁽¹⁵⁾. No quiero sugerir ingenuamente que el poder y los intereses no han tenido un rol en la historia de la propiedad. Poderosos grupos de interés han sido, en efecto, siempre parte de este drama. Pero como la reconstrucción de tanto las leyes de propiedad conyugal como de las leyes de arrendamiento demuestra, en lo referido a argumentos no tienen un rol en este proceso, típicamente empujan el concepto de propiedad a lo largo de líneas narrativas más optimistas⁽¹⁶⁾.

Lessig apunta tres sugerencias útiles para una reforma legal que pueda apoyar una cultura de permiso libre: dejar de copiar los derechos exclusivos que la propiedad intelectual otorga; restaurar formalidades; y, aplicar una modificada doctrina *Sullivan*, la cual reduciría la habilidad de los poseedores de derechos intelectuales para evitar que otros usen sus trabajos como parte de un comentario o crítica en asuntos de relevancia pública. Pero es más bien pesimista acerca de la posibilidad de su adopción. No soy competente para asesorar la existente influencia política de los campos rivales en las batallas por los derechos



(15) Véase (respectivamente): KAPLAN, Benjamin. *An Unhurried View of Copyright*. 1967; BURK, Dan. *Anticircumvention Misuse*. En: *UCLA Law Review*. Número 50, 2003. pp. 1095, 1124-1131.

(16) Véase: DAGAN. *Supra* nota 10. pp. 1158 y 1165.

(17) El efecto práctico de tener un mejor grupo de argumentos depende del rol que jueguen los ideales en el interés del grupo por la competencia por el poder, que es, creo yo, más significativo de lo que se cree. Véase: DAGAN, Hanoch. *Just Compensation, Incentives, and Social Meanings*. En: *Michigan Law Review*. Número 99, 2000. p. 134. Está por verse si es que esta observación se mantiene en el contexto del *lobby* por propiedad intelectual. Pero los escépticos deberían recordar que las relaciones brutas de poder están dadas, a lo que solo queda la pregunta es qué lenguaje

de propiedad. Pero creo que dado el poder cultural de la propiedad, este pesimismo puede ser prematuro porque los simpatizantes del dominio público no han usado aún el soporte intelectual que podrían extraer del discurso sobre la propiedad⁽¹⁷⁾. En el último acápite abordo algunas doctrinas específicas sobre la propiedad que pueden ayudar⁽¹⁸⁾. Discutiré el tema fundamental de los valores de la propiedad, los cuales son el motor de la historia optimista de su evolución.

Como Lessig correctamente sostiene, la lucha sobre el alcance y la validez del dominio público implica importantes valores. Los valores que invoca para apoyar una protesta contra el hundimiento del dominio público⁽¹⁹⁾ y en favor de las reformas apropiadas incluye propagar la cultura, fomentar la creatividad y facilitar el eficiente uso de productos culturales⁽²⁰⁾. El descuido de Lessig por algunos clásicos valores de la propiedad -notablemente el abandono y la condición de persona- es equívoco y lamentable⁽²¹⁾.

El fallar en afrontar estos valores de la propiedad puede ser interpretada como un reconocimiento a que estos apoyan robustos derechos legales para los titulares de la propiedad intelectual. Pero tal

postura derrotista es infundada en cuanto estos compromisos normativos en realidad llevan a una posición con mayor matiz. Es particularmente desafortunado el fracaso en comprometer el abandono de una teoría de propiedad por la labor creativa, dado su fuerte arraigo popular en la sociedad contemporánea, generalmente y respetando el contexto más específico para asignar derechos sobre creaciones intelectuales⁽²²⁾.

Para ver el potencial de este ejercicio no necesitamos centrarnos en la articulación de Locke de esa teoría⁽²³⁾. Es suficiente mirar a su más caritativa (y además intuitiva) rendición. La propiedad, desde esta visión, es una recompensa al trabajo productivo. Este trabajo sostiene los esfuerzos de las personas, su perseverancia, la toma de riesgos así como -a pesar de las intimidantes dificultades filosóficas- la aplicación de su inteligencia innata y su creatividad. El trabajo productivo significa que no todo sería un desgaste de energía; solo actividades con ese propósito, las cuales están dirigidas hacia objetivos útiles, tales como la preservación o el confort de nuestro ser. Los creadores merecen una recompensa porque

hará una mejor labor aminorándolos. Entonces, si es que estoy en lo correcto respecto al poder cultural de la propiedad, el perder la batalla de la propiedad de por sí, y cambiar hacia otra, por hipótesis del lenguaje menos poderosas, innecesariamente exacerba el predicamento. (Y si la respuesta de los escépticos es que aquí las razones son sobrepasadas por el poder, entonces la batalla está condenada a ser perdida en cualquier evento).

- (18) Para ver un elaborado ejercicio respecto a prestarse de las reglas que limitan, en vez de expandir el dominio del propietario, véase: CARRIER A., Michael. *Cabining Intellectual Property Through a Property Paradigm*. En: *Duke Law Journal*. Número 54, 2004. pp. 52-144.
- (19) Asumo la declaración que dice que el dominio público está en verdad reduciéndose. Para una visión en contrario, véase: MAHONEY, Julia D. *Lawrence Lessig's Dystopian Vision*. En: *Vanderbilt Law Review*. Número 90, 2004. pp. 2305, 2319 y 2320.
- (20) LESSIG. Supra nota 2.
- (21) Lessig también utiliza en forma frecuente la historia, argumentando que el régimen actual de propiedad intelectual "no tiene precedente en la tradición angloamericana". LESSIG. Supra nota 2. Pero el hecho de que una institución de propiedad cambie de rostro es, mayormente, solo un débil argumento en contra de ese cambio. Mientras cierto conservadurismo hacia las instituciones de propiedad existentes se encuentra justificado, esencializar a las instituciones de propiedad existente ciertamente no lo es. Véase: DAGAN. Supra nota 10, pp. 1558, 1560 y 1561.
- (22) Las solicitudes normativas por el abandono (y la condición de persona) de cualquier consideración de derechos sobre creaciones intelectuales no se encuentra reducido por el desecho de la legalización de la propiedad intelectual en Feist Publications, Inc *versus* Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340,352-56 (1991). Veo estos apelativos normativos como una señal de que el intento (de Lessig et al) de construir una gran pared de autonomía frente a las ideas de propiedad está llamada al fracaso e intelectualmente desviada. En forma similar a la inevitable relación de reciprocidad entre la ley de propiedad marital y otras leyes familiares y de propiedad, la "ley de creatividad" está directamente ligada no solo a los campos de leyes que tratan con el discurso, la cultura y el aprendizaje sino también con las áreas más tradicionales del derecho de propiedad. ACKERMAN, Bruce A. *The Structure of Subchapter C: An Anthropological Commnet*. En: *Yale Law Journal*. Número 87, 1977. pp. 436, 438, 439 y 444.
- (23) Respecto a la teoría de Locke, véase, por ejemplo: WALDRON, Jeremy. *The Right to Private Property*. 1988. pp. 137-252; SREENIVASAN, Gopal. *The Limits of Lockean Right in Property*. 1995. En su aplicación respecto de la propiedad intelectual, véase: FISHER, William. *Theories of Intellectual Property*. En: MUNZER, Stephen R (editor). *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*. 2001. pp. 168, 184-189.
- (24) Véase: BUCKLE, Stephen. *Natural Law and the Theory of Property*. 1991. pp. 149-152; MUNZER, Stephen R. *A Theory of Property*. 1990. pp. 255 y 256, 285-287.

mediante su compromiso con la actividad de creación y valor contribuyen con una mejora a los predicamentos del hombre⁽²⁴⁾.

Si realmente este es el atractivo que la mayor parte de las personas encuentra en una teoría de la propiedad por la labor creativa, entonces fácilmente podrán ser encontradas las siguientes tres limitaciones a las prerrogativas de los creadores. Los creadores merecen una recompensa sí y solo sí se ocupan en la clase correcta de actividad (útil y con buen propósito, en lugar de destructiva, inconsecuente o simplemente inadvertida). Pueden reclamar una recompensa sí y solo sí efectivamente han añadido valor⁽²⁵⁾. Y, finalmente, la recompensa merecida debe ser proporcional al valor agregado que en realidad hayan generado⁽²⁶⁾.

La segunda y la tercera limitación son particularmente significantes para las creaciones intelectuales. La actividad creativa siempre compromete, invoca, y es inspirada por -y así pues vitalmente dependiente de- un legado cultural: un rango de materiales culturales preexistentes, y un conjunto de métodos, prácticas y técnicas establecidas. Así pues, incluso si ignoramos el rol de otros -tales como los consumidores prescribiendo el valor del mercado de las creaciones intelectuales⁽²⁷⁾-, los requerimientos del valor agregado y la proporcionalidad implican que los autores no deberían merecer este valor total⁽²⁸⁾.

Debido a que la recompensa de los autores no debería tomar una forma propietaria que les permita extraer todo el valor de mercado de sus creaciones intelectuales, la teoría del trabajo creativo no requiere que los autores disfruten un derecho

inquebrantable de exclusión. En particular, la teoría del trabajo creativo es compatible con (aunque no necesariamente lo requiera) un régimen IP que en algunos casos reduzca el derecho a denegar el acceso a otros y limite el material de reclamo para los titulares de la propiedad intelectual a solo una porción del valor de mercado de sus creaciones intelectuales, mientras se insiste por una atribución apropiada como una forma necesaria de alabanza y gratitud pública.

3. Doctrinas

Nuestra discusión sobre las instituciones y los valores de la propiedad da soporte a la mayoría de las reformas que Lessig sugiere, lo que toma la forma de alterar el ya existente "manejo de derechos" que los titulares de la propiedad intelectual mantienen⁽²⁹⁾. Así pues, la intención de renegociar el contenido de la propiedad intelectual no es de ninguna manera idiosincrásico: repensar la configuración de los ya existentes manojos que constituyen nuestras instituciones de propiedad es parte del reflujo y el curso del Derecho de Propiedad. Además, incluso el más individualista de los valores de la propiedad -el abandono del principio del trabajo- permite constreñir los derechos de los titulares de la propiedad intelectual⁽³⁰⁾.

Para estar seguros, Lessig y otros han demostrado fuertes lazos entre una adecuada reforma de la propiedad intelectual y otros valores, tales como facilitar la eficiencia, enriquecer nuestra cultura y nutrir las instituciones políticas y democráticas⁽³¹⁾. Pero al situar estos valores al margen de la propiedad -

(25) Una versión modificada también podría permitir dichos reclamos para desafortunados intentos de buena fe por aumentar valor.

(26) Véase: KRAMER, Matthew H. *John Locke and the Origins of Private Property*. 1997. pp. 170 y 171; WALDRON. Supra nota 23.

(27) Estos factores no son únicos a nuestro contexto. En otras palabras, lo que sea que uno puede obtener de la dependencia general de los trabajadores en la infraestructura social en la cual operan está compuesta por la dependencia más específica relevante a productos intelectuales.

(28) Véase: BECKER, Lawrence C. *Deserving to Own Intellectual Property*. En: *Chicago-Kent Law Review*. Número 68. pp. 609 y 624-626; COHEN, Julie E. *Copyright, Commodification, and Culture: Locating the Public Domain* (manuscrito no publicado, disponible en <http://papers.ssrn.com/abstract=663652>). GORDON, Wendy J. *A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property*. En: *Yale Law Journal*. Número 102, 1993. pp. 1533, 1556 y 1561. HETTINGER, Edwin C. *Justifying Intellectual Property*. En: MOORE, Adam D. (editor). *Intellectual Property: Moral, Legal and International Dilemmas*. 1997. pp. 17, 22, 23 y 25; SHIFFRIN, Sheana Valentine. *Lockean Arguments for Private Intellectual Property*. En: *New Essays*. Supra nota 20. pp. 138 y 162.

(29) Me refiero a dos de las sugerencias de Lessig en *Re-crafting a Public Domain* -previniendo a autores de limitar la mera copia y aplicar una modificada defensa a la *Sullivan*- así como sugerencias hechas en otros lugares, reduciendo notablemente la vida de los Derechos de autor. Véase: LESSIG. Supra nota 2. pp. 292 y 293.

(30) Véase: NETANEL, Neil. *Copyright's Paradox: Property in Expression/Freedom of Expression* (a ser publicado en el 2006).

(31) Sobre derechos de autor y democracia, véase: NETANEL, Neil. *Copyright and a Democratic Civil Society*. En: *Yale Law*

inclusive como preocupaciones en contra de la propiedad- ellos socavan la fuerza de estos reclamos, haciéndolos fácilmente desechables o descontados dado el poder cultural de la propiedad⁽³²⁾. Nuevamente, la defensa del divorcio entre la propiedad y el dominio público no solo es desafortunada, sino también errónea, porque estos aspectos importantes son mejor conceptualizados como valores de la propiedad. Así como el trabajo (o condición de persona), son parte de la razón por la cual tenemos los derechos sobre la propiedad intelectual en primer lugar⁽³³⁾.

Una convergencia similarmente prometedora entre el discurso sobre la propiedad y la agenda por la preservación del dominio público aparece con relación a la última sugerencia doctrinal de Lessig: hacer a la propiedad intelectual más formal. Ambos aspectos de esta sugerencia -utilizar reglas más claras y estándares más sólidos, y solidificar los sistemas de registro de la propiedad intelectual- son realmente deseados. Ambos están sostenidos por la teoría y el Derecho de Propiedad.

El Derecho de Propiedad siempre ha sido sobrecargado por la intención de lograr reglas cristalinas, opuesto a estándares inseguros⁽³⁴⁾. Esto no es sorprendente dados los importantes valores de la propiedad servidos por derechos claros. La predictibilidad de esos derechos no solo sirve a la eficiencia; es también conducente a la libertad ya que limita la aplicación de

discrecionalidad seguida de varios tipos de interacción⁽³⁵⁾. Asimismo, el creciente valor de las creaciones intelectuales y el decreciente valor de los costos del registro de la propiedad intelectual hacen que el reclamo de Lessig por un registro de la propiedad intelectual sea un ejemplo extraído de libro acerca de la teoría de la propiedad⁽³⁶⁾.

4. Observaciones finales

Reflexionando sobre la continuidad existente entre el Derecho de Propiedad tradicional y la esfera de los logros intelectuales, Carol Rose sugiere dos lecciones importantes: (i) que el dominio público y la propiedad privada no son campos independientes, pero sí íntimamente entrelazados; y, (ii) que en ambos campos la ley debe facilitar el florecimiento de una institución de propiedad intermedia acorde con un modelo liberal común⁽³⁷⁾. Rose acierta en ambos aspectos. Como este comentario demuestra, esta continuidad también genera una tercera lección: que la defensa -o el resurgimiento- de un robusto dominio público puede beneficiarse de los ricos recursos intelectuales que las instituciones, valores y doctrinas de la propiedad proveen. Así pues, Lessig y sus muchos seguidores -incluyéndome- deben comprometerse positivamente con el discurso sobre la propiedad, en lugar de admitir de manera envidiosa o resentida su desafortunada presencia⁽³⁸⁾.

Journal. Número 106, 1996. pp. 283, 341-385. Cfr. ELKIN-KOREN, Niva. *Cyberlaw and Social Change: A Democratic Approach to Copyright Law in Cyberspace*. En: *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal*. Número 14, 1996. p. 215.

- (32) Esta presentación también es lamentable porque perpetua la impresión de que los valores de la propiedad en contra de los cuales estos están argüiblemente objetados presuponen limitaciones de los derechos del autor.
- (33) Un buen ejemplo viene dado por la ley de propiedad marital, la cual está significativamente formada por compromisos con los valores de comunidad e igualdad; o al menos así lo argumento en FRANTZ, Carolyn J. y Hanoch DAGAN. *Properties of Marriage*. En: *Columbia Law Review*. Número 104, 2004. p. 75. También véase: NETANEL. *Supra* nota 31.
- (34) Véase: ROSE, Carol M. *Crystals and Mud in Property Law*. En: *Stanford Law Review*. Número 40, 1988. p. 577. Rose argumenta que estándares más "sucios" siempre fueron invocados para poder lidiar con casos notorios de aplazamiento o negociaciones de largo plazo. Ninguna de estas excepciones es relevante para nuestro contexto.
- (35) Además, como Lessig convincentemente argumenta, un régimen de vagos estándares socava la justicia distributiva. LESSIG. *Supra* nota 2. La justicia distributiva es mejor analizada en nuestro contexto como un valor de la propiedad. Véase: DAGAN, Hanoch. *Takings and Distributive Justice*. En: *Vanderbilt Law Review*. Número 85, 1999. p. 741.
- (36) Véase: ANDERSON, Terry y P.J. HILL. *The Evolution of Property Rights: A Study of the American West*. En: *Journal of Law and Economics*. Número 18, 1975. p. 163; BAIRD, Douglas y Thomas JACKSON. *Information, Uncertainty, and the Transfer of Property*. En: *Journal of Legal Studies*. Número 13, 1984. pp. 299 y 303-306. Véase (inclusive): HAWKINS, Ashton. *A Tale of Two Innocents: Creating an Equitable Balance Between the Rights of Former Owners and Good Faith Purchasers of Stolen Art*. En: *Fordham Law Review*. Número 64, 1995. p. 49.
- (37) ROSE, Carol M. *Romans, Roads and Romantic Creators: Traditions of Public Property in the Information age*. En: *Law and Contemporary Problems*. Número 89, 2003. pp. 89, 101, 102 y 107. Véase también: ROSE, Carol M. *The Several Futures of Property: Of Cyberspace and Folk Tales, Emission Trades and Ecosystems*. En: *Minnesota Law Review*. Número 83, 1998. pp. 129 y 155-162.
- (38) Otro beneficio de adoptar el discurso sobre la propiedad es que invita a la discusión sobre la relación interna entre los participantes en el proceso creativo, notablemente entre los proveedores de información creativa (autores o creadores) en una mano y (típicamente corporativos) titulares de la propiedad intelectual en la otra.