

CAPÍTULO 65

LA LEGITIMIDAD DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Kenneth E. HIMMA*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *¿Es la propiedad intelectual realmente propiedad?* III. *Argumentos en contra de la protección de la propiedad intelectual.* IV. *Argumentos basados en efectos a favor de la protección de la propiedad intelectual.* V. *Un defecto común de los argumentos en contra de la protección de la propiedad intelectual y los argumentos basados en efectos a favor de su protección.* VI. *El argumento de la inversión a favor del propiedad intelectual.* VII. *Un defecto del argumento de la inversión a favor de la propiedad intelectual.* VIII. *Ponderando los intereses de los autores y los intereses de la comunidad.* IX. *Sumario y Conclusiones.* X. *Bibliografía citada y recomendada.*

I. INTRODUCCIÓN

La pregunta de si el Estado está moralmente justificado en conceder a los creadores de contenidos un DERECHO jurídico de excluir a los demás del contenido de sus creaciones es un asunto altamente debatido en la ética de la información y la filosofía del derecho. Aunque alguna vez se dio por sentado que era una institución moralmente legítima, la propiedad intelectual ha venido siendo atacada durante los últimos treinta años, dado que el desarrollo de las tecnologías de información digital ha eliminado los vínculos entre la expresión de ideas y los medios materiales tradicionales como libros y revistas. Estos avances en la tecnología digital han llamado la atención a las características únicas de la propiedad intelectual, que aparentemente hacen que su protección sea problemática: cualquier pieza de contenido intelectual, por ejemplo, puede ser simultáneamente apropiada por

* Part Time Lecturer en University of Washington, Estados Unidos. (Traducción de Jorge Luis Fabra Zamora).

todas las demás personas en el mundo sin por ello disminuir la cantidad de contenido disponible para los demás. Este ensayo proporciona un visión general y evaluación de los asuntos, argumentos y contraargumentos sobre la propiedad intelectual.

II. ¿ES LA PROPIEDAD INTELECTUAL REALMENTE *PROPIEDAD*?

El concepto de PROPIEDAD expresa una relación entre una entidad y un agente libre y racional. Dicho de forma simple, una pieza de propiedad es, como una cuestión conceptual, algo que *le pertenece* a alguien; no existe ninguna propiedad que no esté relacionada con algún agente racional frente al cual se genere una relación de pertenencia o titularidad. Si una entidad *p* es caracterizada de forma adecuada como “propiedad”, entonces existe un agente racional *A* del cual es cierto que *A* es el dueño de *p*, y esto es parte de lo que es expresado por la noción de que *p* es propiedad. Una entidad que no tiene un dueño no es propiedad, aunque potencialmente puede ser propiedad si es la clase de cosa de la que uno puede apropiarse.

El concepto de propiedad tiene contenido normativo porque el concepto de titularidad tiene contenido normativo. La proposición que *A* es el dueño de *p* expresa o implica, entre otras cosas, que *A* tiene alguna clase de pretensión (moral) de excluir a los demás de apropiarse de *p*; a falta de circunstancias excepcionales, sería presumiblemente ilícito (aunque no necesariamente ilícito) que alguien tome *p* sin el consentimiento expreso o tácito de *A*, el cual puede ser negociado como parte de un contrato o venta. Por esta razón, “Porque *A* es el dueño de *P*” es una respuesta adecuada a la pregunta “¿Por qué debería preguntarle a *A* si quiero utilizar *p*?”.

Los asuntos de si y cómo el derecho debería proteger los derechos de propiedad intelectual son por supuesto bastante discutidos. Pero también lo es el asunto de si el contenido intelectual puede ser caracterizado adecuadamente como “propiedad”. Es crucial notar que el concepto de propiedad también tiene algún contenido descriptivo o fáctico. Decir que algo es “propiedad” es decir que es una entidad de una clase particular y por tanto decir que tiene ciertas características fácticas (es decir, las características pueden ser establecidas sin ninguna clase de investigación valorativa). Los teóricos discrepan acerca de qué clase de entidad debe ser una cosa para contar, como una cuestión conceptual, como propiedad y por tanto, si el contenido intelectual puede ser propiedad.

El problema aquí surge porque el contenido intelectual es una clase de cosa radicalmente diferente de los objetos a los cuales el concepto-término “propiedad” se aplica paradigmáticamente. Las entidades intelectuales como números y proposiciones carecen de las propiedades distintivas de objetos materiales como casas y computadores. En particular, estas entidades, al contrario de entidades materiales, carecen de solidez, extensión (es decir, de un “ser”, por decirlo de alguna forma, que se manifiesta en el espacio) y ubicación espacial. Por ejemplo, el contenido expresado por la proposición “Ningún soltero está casado” no puede ser encontrado en el espacio. De forma similar, entidades intelectuales carecen de las propiedades distintivas de los estados mentales: ellas no son intencionales, observables privadamente, ni están vinculadas de *ninguna* forma a estados físicos; si, por ejemplo, el número 2 puede ser caracterizado de forma adecuada como un ente “existente”, existiría sin importar qué forma tuviera el universo. En consecuencia, las entidades intelectuales no pueden interactuar causalmente con entidades materiales o mentales, o estados –aunque los números y las proposiciones pueden ser pensadas por agentes conscientes, y estos pensamientos (o al menos, los correlativos neurofisiológicos de esos pensamientos) pueden interactuar causalmente con seres materiales como nosotros–. Las entidades intelectuales, si tales cosas existen, son llamadas “objetos abstractos” que existen en un lugar comúnmente llamado “espacio lógico” y no puede interactuar causalmente con nosotros.¹

Algunos teóricos rechazan la idea de que los objetos abstractos puedan ser caracterizados adecuadamente como “propiedad” porque ellos creen que algo que no puede interactuar causalmente con nosotros no puede ser poseído en ningún sentido significativo y por tanto no puede ser apropiado.² La idea, por ejemplo, de que alguien puede *poseer* y por tanto apropiarse de la novela expresada en el libro *Historia de dos ciudades* tiene tan poco sentido, en esta visión, como pretender poseer o apropiarse de la entidad denotada por el símbolo “2”. Cualquiera sean los conceptos que se puedan aplicar a los objetos abstractos, el concepto de propiedad, de acuerdo a estos teóricos, no se le aplica. El término “propiedad intelectual” en el mejor de los casos no se aplica a nada, y, en el peor, es incoherente.

¹ La idea de que los objetos abstractos no pueden interactuar con objetos en el mundo causal y mental es la visión estándar. Véase, Gideon Rosen, “Abstract Objects”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2001. Disponible online en: <http://plato.stanford.edu/entries/abstract-objects/>

² Waldron, por ejemplo, define provisionalmente “propiedad” como si se aplicara únicamente a recursos materiales. Véase, Jeremy Waldron, *The right to private property*. Oxford, Oxford University Press, 1988.

Dos objeciones naturales surgen. Primero, no es claro que la titularidad, como una cuestión conceptual, requiera posesión *física*. Se puede sostener que la esencia de la titularidad consiste en un *poder* –el poder de excluir a los demás de ciertas conductas que involucran a la entidad relevante– y no el control físico o la posesión de la entidad. Yo sigo siendo el dueño de mi casa cuando esté de viaje en un lugar lejano y no esté, literalmente, en control físico o posesión de ella.

En realidad, el concepto de propiedad es comúnmente utilizado en contextos relacionados con objetos abstractos –y con poca controversia–. Por ejemplo, las personas frecuentemente afirman tener intereses propietarios en corporaciones, compañías, sociedades y otras organizaciones. Estas entidades se componen de sistemas y conjuntos que tienen una estructura única según el tipo de organización relevante; el sistema que constituye una corporación presumiblemente incluye, entre otras cosas, un conjunto llamado la “junta directiva”, un conjunto llamado “funcionarios”, un conjunto llamado “empleados” y un documento llamado “contrato societario”, etc. Los escépticos acerca de la pertinencia de llamar propiedad a este contenido parecen basarse demasiado en la metáfora de la posición física en su articulación del concepto de propiedad.

Segundo, los teóricos que toman esta perspectiva de negar que la propiedad intelectual sea propiedad típicamente infieren que los llamados derechos de propiedad intelectual son ilegítimos. Sin embargo, tal afirmación no es lo suficientemente fuerte como para generar la disputa normativa. Aunque es cierto que una entidad *E* que no sea “propiedad” no debería ser protegida como tal, de ello no se deriva que *E* no debería ser protegida de otras formas, quizás similares. Puede ocurrir que el derecho legítimamente pudiera permitir a los creadores de contenidos excluir a otros, por ejemplo, de copiar sus novelas sin su permiso, incluso si las novelas no constituyen “propiedad” en el sentido estricto del término.

Existen otros mecanismos a través de los cuales el derecho puede conceder a los creadores de contenidos algo que se parezca a un derecho a excluir a otros de apropiarse del contenido que ellos crean. Uno de tales mecanismos naturales, por ejemplo, involucraría utilizar los principios morales y jurídicos que gobiernan los intercambios contractuales. Si, por ejemplo, yo escribo un poema y usted quiere apropiárselo, usted no tiene ningún derecho moral previo de que yo lo comparta con usted; sería equivocado para mí guardarme mi poema para mí solo, pero hacer eso no viola ningún derecho suyo. Así, se podría decir que depende de mí si se lo revelo a usted o no, y bajo qué términos. Yo podría ofrecerle a usted adueñarse

del poema a cambio de un pago y una promesa de no compartirlo con otros; usted es libre, de acuerdo con esta línea de argumento, de aceptar o rechazar los términos propuestos. Si usted los acepta y hace las promesas apropiadas, usted está obligado por ellas. El efecto de aplicar estos principios al contenido intelectual es que me concede, a través de mecanismos contractuales, el poder de excluir a otros de apropiarse y distribuir mi poema. Quizá estos mecanismos debieran ser llamados derechos al “contenido intelectual”, y no derechos de “propiedad intelectual”, pero esto es una trivialidad.

III. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA PROTECCIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL

1. *La información debe ser libre*

Las nuevas tecnologías de la información han hecho posible diseminar el contenido intelectual a potencialmente cualquier persona con un computador y un módem sin tener que utilizar ninguna entidad material, incluyendo papel. Así divorciada de los medios tradicionales materiales, la verdadera naturaleza de la información parece haberse vuelto más clara de lo que era posible antes de que la información pudiera ser digitalizada y ampliamente diseminada sin distribuir copias en papel. Y para muchos, parece ser ahora que los derechos de propiedad intelectual son moralmente ilegítimos porque, como la cuestión es formulada frecuentemente, “la información debe ser libre”.

J.P. Barlow,³ quizás el primer proponente de esta línea de argumento, defiende una tesis más fuerte, a saber, que la información *quiere* ser libre. Desde esta visión, la información es una “forma de vida” con una pretensión moral de ser libre que se fundamenta en intereses y que “quiere” cosas por sí misma.

El problema con este argumento es que es simplemente implausibile pensar que objetos abstractos tengan deseos o, incluso, intereses. Dado que un deseo es, por su propia naturaleza, un estado mental, sólo algo que sea capaz de tener estados mentales puede tener deseos; y esto implica que sólo algo que pueda tener una *mente* puede tener deseos. Los objetos abstractos

³ John Perry Barlow, “The economy of ideas: selling wine without bottles on the global net”, 1993, Documento electrónico disponible en <http://www.eff.org/~barlow/EconomyOfIdeas.html>.

simplemente no son la clase de cosas que puede ser caracterizadas, de una forma justa, como teniendo deseos, porque ellos no son seres conscientes y no tienen estados mentales de ninguna clase. Si la información debe ser libre, no es porque “quiere” ser libre.

Se podría sostener que es parte de la naturaleza misma de la información que ella *deba* estar libremente disponible y por tanto diseminada. Las entidades de la información son objetos proposicionales que pueden ser representados (o pensados) por alguna mente para producir una variedad de estados noéticos, incluyendo estados de creencia, creencia justificada y conocimiento. El problema con este argumento es que tal análisis de la naturaleza de información implica, cuando más, la *afirmación descriptiva* de que la información *puede* ser utilizada por seres racionales con tal propósito. No existe nada en este análisis de la naturaleza de la información que implique la afirmación moralmente normativa de que la información *deba* ser utilizada para este propósito, y mucho menos la afirmación que debe ser libre.

El problema más importante con estos argumentos es que la conclusión es simplemente implausible desde el punto de vista de las intuiciones ordinarias. Nótese que la tesis “la información debe ser libre” es inconsistente con las visiones ordinarias acerca de la medida en la cual es legítimo para el Estado restringir el flujo de la información. Primero, la afirmación “la información debe ser libre” es inconsistente con las intuiciones ordinarias sobre la privacidad de cierta información. La afirmación defiende un nivel tal de generalidad que afirma que cualquier restricción estatal sobre el flujo libre de la información es moralmente ilegítima, incluyendo leyes sobre intimidad y privacidad que hacen responsable a una persona por revelar información personal de otros sin su consentimiento.

Segundo, la afirmación de que “la información debe ser libre” también es inconsistente con la idea de que el Estado puede legítimamente restringir el flujo de información por razones de seguridad pública. La tesis es inconsistente con la idea que el Estado podría legítimamente prohibir publicaciones de información que, por ejemplo, le permitan a las personas construir una pequeña pero poderosa arma nuclear de materiales que son muy comunes para ser restringidos. Pero parece claro que el Estado está *obligado* a tomar pasos inmediatos (y drásticos) para asegurarse que esta clase de información no sea diseminada, como un medio para proteger al público de una amenaza grave de daño. Aunque puede ser cierto que existen muy pocos ejemplos en los cuales sería legítimo para el Estado restringir información sobre tales fundamentos, un ejemplo hipotético es suficiente para

refutar la tesis de que la “la información debe ser libre”. Si una persona toma la posición de que las restricciones estatales de los dos últimos ejemplos son justificadas, entonces esa persona es obligada a rechazar tal afirmación.

2. El carácter social del contenido intelectual

Algunos teóricos creen que la protección a la propiedad intelectual es ilegítima porque cualquier pieza de contenido nuevo es en últimas un producto social. Desde esta línea de razonamiento, ningún autor es el único responsable del valor introducido por la pieza de contenido nuevo *C*, porque su habilidad para crear *C* fue formada a través de los esfuerzos de otros, de quienes él desarrolló sus habilidades e ideas. En consecuencia, sería injusto darle derechos de propiedad intelectual al autor sobre *C*.

El problema con este razonamiento es que, cuando más, puede mostrar que las contribuciones de esas otras personas deben ser compensadas. No implica la afirmación más fuerte de que toda persona debería tener acceso libre al contenido. Este argumento no proporciona ninguna razón para pensar que (1) alguien que no contribuyó nada a la habilidad del autor para crear la pieza relevante de contenido *C* deba ser capaz de acceder a *C* sin compensar a alguien, o (2) que el autor no debería ser capaz de excluir a tal persona de apropiarse de *C* sin el pago de una suma. El hecho de que otros contribuyeron con algún valor a *C* no implica, por ejemplo, que *yo* deba obtener ese contenido de forma gratuita.

Además, como Adam Moore⁴ señala, se puede argüir que los contribuyentes que tuvieron algún aporte en la habilidad del autor para crear *C* han sido compensados de forma justa a través de varios mecanismos sociales. La educación, después de todo, no es gratuita. Parece razonable pensar que los pagos por educación representan una compensación justa para las contribuciones hechas por tales personas a la habilidad del autor para crear *C*.

3. Los costos de la publicación de información digital

La idea básica aquí es que, en un mercado competitivo, el precio de la información debería reflejar adecuadamente los costos de hacerla disponible a los usuarios. Desde esta línea de análisis, mientras el costo de producción

⁴ Adam Moore, *Intellectual property and information control: philosophic foundations and contemporary issues*. Rutgers, NJ, Transaction Publishing/Rutgers University Press, 2001, pp. 172-3.
DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México,
Instituto de Investigaciones Jurídicas

en los medios tradicionales como libros puede ser suficientemente alto como para cargar a los usuarios un precio por él, los costos (por uso) de hacer la información disponible en medios digitales se acercan a cero en tanto el número de usuarios crezca. Por ejemplo, puede haber unos costos fijos involucrados en hacer la información disponible en un sitio web, pero no existen costos adicionales después de que ese contenido se haya hecho disponible a cierto número de usuarios; entre más usuarios se apropien de la información, menor es el costo de hacerla disponible a cualquier usuario particular. Así, el argumento concluye, sería injusto cargar a los usuarios un costo por apropiarse un pieza de información (digital); la información debería ser libre (o casi libre) para reflejar los costos de diseminación.

Hay dos problemas con este argumento. Primero, si se acepta la legitimidad de libre empresa, como parece presuponerse en el argumento anterior, entonces lo que es un precio justo será determinado por las interacciones voluntarias entre compradores y vendedores en un mercado competitivo: el precio justo es aquel establecido por las transacciones contractuales de compradores libres y prudencialmente racionales. Si los compradores en un mercado competitivo desean pagar un precio por la información digital significativamente más alto que el costo marginal del vendedor, entonces se asume que ese precio es justo. Segundo, el argumento ignora el hecho de que los costos fijos asociados con la producción y distribución de contenido intelectual pueden ser bastante altos. Por ejemplo, Disney Company se gastó más de cien millones de dólares en la película *Pearl Harbor*. Si se asume que un precio justo permite al productor recuperar los costos fijos asociados con la creación y distribución de contenido intelectual, esto implicaría que es justo para los productores de contenido cargar un precio que esté suficientemente por arriba de los costos marginales para permitirles recuperar esos costos fijos.

4. Los argumentos basados en los efectos contra la protección de la propiedad intelectual

Los argumentos basados en los efectos identifican alguna clase de estado de cosas que constituyen un tipo adecuado de derecho que debe ser promovido al máximo para que su contenido sea moralmente legítimo. Estos argumentos usualmente están de acuerdo en la tesis de que el bienestar humano debe ser promovido al máximo por el derecho, pero discrepan sobre cuál es el mejor indicador de bienestar. Los bienestaristas hedonistas miran a las experiencias subjetivas de dolor y placer como los indicadores excluyentes de bienestar; en esta visión, las experiencias subjetivas de sólo placer condu-

cen al bienestar humano, mientras que las experiencias de sólo dolor impiden ese bienestar. Los objetivistas miran la provisión de ciertos bienes básicos como los indicadores exclusivos de bienestar. Afirman que esos bienes son necesarios, como una cuestión objetiva, para que los seres humanos prosperen en las formas que deberían: las personas, en esta tesis, necesitan bienes materiales (como agua, comida y refugio), compañía sexual y platónica, y experiencia artística –lo sepán ellos o no.⁵ Otros teóricos miran a las preferencias satisfechas como un índice de bienestar; en esta visión, un estado de cosas X involucra un bienestar mayor a p que otro estado de cosas Y si y sólo si p tiene un número mayor de preferencias satisfechas en X que en Y. Existen otras teorías, como veremos pronto, que miran los indicadores económicos de bienestar.

Los argumentos basados en los efectos contra la propiedad intelectual intentan mostrar que las restricciones en el uso de la propiedad intelectual fracasan en maximizar (y probablemente incluso disminuyen) el bienestar por una variedad de razones. Las restricciones, por ejemplo, en el uso de información científica (tales como las que contempla el derecho de patentes) impiden el desarrollo de nuevas tecnologías que producirían eficiencia y mayor riqueza.⁶ Las restricciones en el uso del contenido artístico hacen al arte menos disponible para personas con menores ingresos y por tanto disminuyen su placer, privándoles de un bien básico que necesitan para prosperar, o frustrando sus preferencias (dependiendo de cuál índice de bienestar sea utilizado). A falta de circunstancias excepcionales, el derecho debería promover el bienestar, y no desalentarlo. Dado que la protección de la propiedad intelectual no promueve al máximo el índice relevante de bienestar, los derechos de propiedad intelectual no deben ser protegidos por el Derecho.

Debe notarse que los argumentos consecuencialistas que no utilizan un conjunto de medidas puramente económicas de bienestar tienden a tener conclusiones más fuertes que los defensores del ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO, que también defienden una posición basada en efectos. Aunque existen varias posiciones del ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO en materia de propiedad intelectual, muchos analistas económicos⁷ toman posiciones moderadas frente a su protección, sosteniendo que la misma es necesaria para promover la eficiencia, pero advirtiendo que muchas

⁵ Véase, por ejemplo, Finnis, John, *Natural law and natural rights*. Oxford, Oxford University Press, 2013.

⁶ Véase, por ejemplo, Lawrence Lessig, *The future of ideas*. NY, Random House, 2001.

⁷ Por ejemplo, William M. Landes y Richard A. Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property*, Cambridge, Harvard University Press, 2013.

protecciones existentes tienen efectos inhibidores sobre esos indicadores de bienestar. En contraste con los argumentos que defienden posiciones abolicionistas (es decir, que la protección a la propiedad intelectual de cualquier clase es ilegítima) o absolutistas (es decir, la protección a la propiedad intelectual debería conceder a los creadores de contenidos el control absoluto sobre su creación sin límites o excepciones), las posiciones del analista económico del derecho pueden ser caracterizadas de una manera justa como de naturaleza “reformista”.

Los argumentos basados en los efectos son problemáticos porque, en este momento crítico, no es clara la medida en la cual la protección de la propiedad intelectual fracasa en promover el índice relevante de bienestar humano. Por ejemplo, uno de los argumentos más influyentes a favor de la propiedad intelectual se funda en la afirmación de que tal protección es necesaria para asegurar que los inventores tengan un incentivo suficiente para hacer continua la investigación esencial para el progreso tecnológico, lo cual es necesario para promover el índice relevante de bienestar humano. En realidad, como veremos más adelante, también existen argumentos basados en los efectos, que son en principio plausibles a favor de la protección de alguna propiedad intelectual. En la medida en que el asunto sea de descripción empírica, no existe un consenso en este momento para afirmar que la protección a la propiedad intelectual fracase en promover al máximo el índice de bienestar relevante.

IV. ARGUMENTOS BASADOS EN LOS EFECTOS A FAVOR DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

De acuerdo con los argumentos basados en efectos a favor de la protección a la propiedad intelectual, el derecho debería reconocer y proteger la propiedad intelectual por las consecuencias deseables que ello genera. En esta línea de argumento, la sociedad necesita protección de la propiedad intelectual para asegurarse de que los creadores de contenidos continúen dedicando su tiempo, esfuerzo y trabajo en crear o descubrir nuevos contenidos, sea tal contenido de naturaleza científica, artística u otra. La protección de la propiedad intelectual ayuda a asegurar que los autores tengan suficientes incentivos para la actividad intelectual que resulte en contenido intelectual porque les permite establecer condiciones sobre su acceso y uso bajo el pago de un precio. Sin tal incentivo, el argumento continúa, los autores no serían capaces de dedicar tiempo a la creación de

contenidos y todos terminaríamos perjudicados porque tendríamos menos productos artísticos o tecnológicos.

Los argumentos basados en los efectos a favor de la propiedad intelectual son vulnerables a algunas objeciones bien conocidas.⁸ Primero, los argumentos parecen falsamente presuponer que el único incentivo que existe para crear contenido es el incentivo material; los académicos y los artistas frecuentemente crean contenido sin creer que ellos tienen una posibilidad remota de recibir un pago por ello. Segundo, los argumentos no son suficientemente fuertes para implicar que la protección de la propiedad intelectual es un *derecho* justificado; existen otras formas de asegurarse que el incentivo material para la creación de contenido sea proporcionado: el Estado podría, por ejemplo, pagar un salario a los creadores de contenidos. Tercero, como fue discutido anteriormente, el asunto de si la protección a la propiedad intelectual promueve al máximo la felicidad o el bienestar es una pregunta empírica que sigue sin ser resuelta. Por ejemplo, los teóricos del ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO discrepan sobre si la protección a la propiedad intelectual promueve al máximo la eficiencia económica o la maximización de la riqueza. En este punto, se necesita más investigación empírica por economistas y sociólogos para determinar cuáles son los efectos de la protección de propiedad intelectual para el desarrollo artístico o intelectual.

V. UN DEFECTO COMÚN DE LOS ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y LOS ARGUMENTOS BASADOS EN LOS EFECTOS A FAVOR DE SU PROTECCIÓN

Todos los argumentos anteriores parecen fallar en un aspecto importante: ninguno parece prestar suficiente atención al asunto de si los autores tienen un interés moralmente protegido en los contenidos de sus creaciones. De hecho, casi ninguno de esos argumentos ni siquiera consideran tal posibilidad. Las afirmaciones que se enfocan en las propiedades de la información no dicen nada en absoluto acerca de si los autores tienen o carecen de un interés moralmente protegido en el contenido que ellos crean; todos los

⁸ Para una discusión de estos problemas, véase, Justin Hughes, "The philosophy of intellectual property". *Georgetown Law Journal*, vol. 77, 1988; Adam Moore, "Intellectual property, innovation, and social progress: the case against incentives-based arguments," *Hamline Law Review*, vol. 26, 2003 y Richard Spinello, "The future of intellectual property". *Ethics and Information Technology*, vol. 5, 2003.

argumentos anteriores se basan en afirmaciones sobre la naturaleza o las propiedades de las entidades de la información.⁹

Esto es problemático porque el asunto de si la propiedad intelectual es protegida de forma legítima claramente depende de si los autores tienen un derecho moral al contenido de sus creaciones. Si, por ejemplo, los autores tienen un derecho moral a sus creaciones, no importa si la información “quiere” ser libre; la información es un objeto abstracto que no tiene derechos morales y por tanto no tiene nada que haga contrapeso a los derechos del autor (si hay tales). Tampoco importaría si la información digitalizada es idéntica a las ideas; si los autores tienen un derecho moral a sus creaciones, ellos tendrían un derecho, a excepción de circunstancias excepcionales, a excluir a otros de las ideas asumiendo que es la única forma de proteger el derecho de los autores a sus creaciones. De forma similar, los costos de publicar la información digital son irrelevantes si el autor tiene el derecho a controlar la disposición de su creación y puede evitar cualquier forma de diseminación a menos que se le dé un pago.¹⁰

VI. EL ARGUMENTO DE LA INVERSIÓN A FAVOR DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

La principal estrategia a favor de la protección de la propiedad intelectual la denominaré “argumento de la inversión”. Existen varias versiones de este argumento. Lo que las varias versiones tienen en común es la idea que

⁹ Hay un argumento en contra de la protección de la propiedad intelectual que no fue considerado y del cual se puede pensar que tiene un fundamento diferente: el argumento de la libre expresión. La protección de la propiedad intelectual es problemática, en esta línea de razonamiento, porque necesariamente implica la restricción sobre el derecho moral a la libertad de expresión. Desde esta visión, el derecho moral a la libertad de expresión es tal que ninguna restricción a la misma podría ser justificada en una sociedad democrática. Dado que las leyes que protegen la propiedad intelectual excluyen a otros del contenido intelectual, tienen el efecto de restringir este derecho, por lo que son moralmente ilegítimas.

Este argumento es diferente de los otros porque no se basa en afirmaciones sobre la naturaleza o las propiedades del contenido sino que se centra en los intereses de otras personas en la libertad de expresión. Sin embargo, no considera que pueda haber algún interés de importancia comprable en los contenidos de sus creaciones. El argumento falla, de todos modos, por una razón más fundamental: se debe basar en la afirmación más bien implausibile de que el derecho a la libertad de expresión es absoluto.

¹⁰ Además, si los autores tienen tal derecho, no es suficiente afirmar que otras personas tienen un derecho de libertad de expresar tal contenido; los varios derechos en conflicto tienen que ser ponderados para ver cuál prevalece.

el creador de contenido invierte algo a lo cual él tiene un interés moralmente protegido (posiblemente, elevando al nivel de derecho moral) a la creación de contenido que debería, como cuestión de justicia o equidad, ser protegido como un derecho jurídico a la propiedad intelectual.

1. El argumento clásico lockeano

Es instructivo comenzar con una breve mirada al argumento clásico de John Locke acerca de la “adquisición original” de la propiedad (es decir, la conversión de un objeto que nadie posee en uno que tiene un dueño). Locke notó que la existencia de un derecho moral a la propiedad depende de la idea de que una persona puede adquirir un derecho de propiedad sobre un objeto al cual nadie tiene una pretensión o legitimación previa (es decir, objetos que no son propiedad de nadie más). La transferencia de algo sobre lo cual se tiene una pretensión de titularidad es fácilmente justificable sobre la base de la autonomía; si tengo un interés en algo, entonces mi derecho a la autonomía es tal que puedo abandonar ese interés unilateralmente o cambiándolo por el pago de una suma. Si, en contraste, nadie nunca tiene justificación para afirmar derechos de titularidad sobre algo que anteriormente no pertenecía a nadie, entonces no se podría tener nunca derecho sobre nada, dado que todas las entidades materiales tienen una historia que en últimas empieza donde no fueron propiedad de nadie (quizá antes de que los seres humanos llegaran a apropiarse de esos objetos).

Locke sostuvo que alguien puede adquirir, a través de la inversión de su trabajo, un derecho de propiedad sobre objetos materiales que de otra forma no serían propiedad de nadie.

Aunque la tierra y todas las criaturas inferiores pertenecen en común a todos los hombres, cada hombre tiene, sin embargo, una propiedad que pertenece a su propia persona; y a esa propiedad nadie tiene derecho, excepto él mismo. El trabajo de su cuerpo y la labor producida por sus manos, podemos decir que son suyos. Cualquier cosa que él saca del estado en que la naturaleza la produjo y la dejó, y la modifica con su labor y añade a ella algo que es de sí mismo, es, por consiguiente, propiedad suya. Pues al sacarla del estado común en el que la naturaleza la había puesto, agrega a ella algo con su trabajo, y ello hace que no tengan ya derecho a ella los demás hombres.¹¹

Existen dos condiciones, de acuerdo con Locke, que restringen la adquisición original: (1) debe haber suficiente del material para que los demás puedan adquirirlo, y (2) nadie puede adquirir un objeto material para dañarlo o destruirlo.

¹¹ John Locke, *Segundo Tratado del Gobierno Civil*, 1690, capítulo 5, §27.

En cualquier caso, una persona adquiere un derecho de propiedad sobre objetos que no son propiedad de nadie al invertir su propiedad en el objeto en forma de trabajo. Existen varias posibles explicaciones de cómo el trabajo en un objeto genera un derecho de propiedad: (a) puede ocurrir que una persona haya mezclado su trabajo (y por tanto su propiedad) con el objeto de tal forma que no puedan ser separados, y, por esta razón, proporciona un interés moralmente protegido y prioritario al trabajador, o (b) puede ser que una persona haya, por su trabajo, mejorado el objeto material de tal forma que crea un valor que previamente no existía en el mundo.¹²

Aunque el argumento lockeano intenta justificar los derechos de propiedad *materiales*, sería útil considerar la medida en la cual tiene aplicación a los derechos de propiedad intelectual. Nótese, primero, que la condición (a) no tiene aplicación directa u obvia a los derechos de propiedad intelectual porque los creadores de contenidos no necesariamente mezclan su trabajo con algún objeto preexistente; aunque un escultor puede hacer eso, un novelista no. Si tiene sentido pensar que el contenido intelectual está constituido de objetos que existen independientemente de nosotros, ellos son *objetos abstractos* que tienen propiedades radicalmente diferentes que los objetos materiales o mentales (es decir, ideas, pensamientos, percepciones, etc.). El problema es que, por definición, no podemos interactuar causalmente con objetos abstractos, así que no podemos trabajar en ellos en la forma requerida;¹³ aunque se puede, por ejemplo, pensar en el objeto denotado por el símbolo “2”, no podemos interactuar causalmente con él y por tanto no podemos imponer trabajo en él.

Similarmente, aunque no se basa en la metáfora de la mezcla, (b) no sería suficiente para fundamentar un argumento exitoso a favor de la propiedad intelectual, porque no explica cómo el trabajo puede generar un nuevo interés propietario moralmente protegido. Se puede objetar, por ejemplo, que asume incorrectamente que los autores son los únicos responsables por el valor que cualquier pieza nueva de contenido trae el mundo. Como hemos visto, muchos teóricos sostienen que la habilidad de los autores para crear nuevo contenido valioso depende crucialmente de los esfuerzos intelectuales de aquellos que crearon e impartieron contenido antes de él. Desde esta línea de análisis, ningún autor puede afirmar ser el único responsable por el valor que una pieza nueva de contenido genera en el mundo. El argumento entonces, de acuerdo con esta crítica, se basa en una premisa falsa.

¹² Desde esta visión, sólo el objeto que obtenga el valor que crea al invertir su propiedad en el objeto.

¹³ De nuevo, esta es el entendimiento estándar de los objetos abstractos. Véase, *supra* nota 1.

Una forma en la cual se puede intentar rescatar el argumento lockeano es evitar la idea de mezcla del trabajo, y enfocarse exclusivamente en los esfuerzos del autor. Michael MacFarland,¹⁴ por ejemplo, sostiene lo siguiente: “Toma mucho pensamiento, tiempo, y esfuerzo crear un libro, una composición musical o un programa de computación. Aquellos que han trabajado para crearlo tienen la pretensión más fuerte de los beneficios de su uso, sobre cualquier otro que no haya contribuido nada al proyecto”. Es claro del pasaje que el argumento de McFarland no se basa, ya sea explícita o implícitamente, en la premisa de que el autor crea el contenido al mezclar su labor con algún objeto preexistente. La afirmación es simplemente una de justicia: alguien que invierte esfuerzo relevante tiene una pretensión superior que cualquier otra persona al contenido que el esfuerzo produce.

Un problema con este argumento (algunas veces llamado el argumento del “sudor en la frente”) es que asume falsamente que los autores invierten bastante de algo (sea pensamiento, tiempo o esfuerzo) en sus creaciones. Aunque es presumiblemente cierto que se debe invertir “mucho” (lo que sea que esto signifique) pensamiento, tiempo y esfuerzo en hacer una película como *Pearl Harbor*, esto no es cierto de todas las creaciones de contenido. Con la inspiración adecuada, un poema o una canción pueden ser creados en cuestión de minutos sin ningún pensamiento o esfuerzo. Si alguien debe someterse a un umbral de esfuerzo para ganar una pretensión en un producto que es resultado de ese esfuerzo, entonces esto tendría que ser determinado caso por caso –y la consecuencia sería que no todos los autores tendrían un derecho de propiedad intelectual. Ésta podría terminar siendo la posición correcta, pero el argumento de McFarland, como los demás argumentos de la inversión, tratan de justificar un derecho general a la propiedad intelectual.¹⁵

2. *El argumento de la personalidad*

Lo que denominaré el “argumento de la personalidad” se debe a G.W. Hegel y toma varias formas. En el fundamento que cada uno de tales argumentos, sin embargo, está la idea de que un individuo goza de un dere-

¹⁴ Michael C. McFarland, “Intellectual property, information, and the common good”, *Proceedings of the Fourth Annual Ethics and Technology Conference*, 1999.

¹⁵ Adam Moore ofrece otra posibilidad, sosteniendo que la protección de la propiedad intelectual está presumiblemente justificada en virtud de la protección de la soberanía del individuo. Véase, *Intellectual property and information control: philosophic foundations and contemporary issues*, op. cit.

cho moral exclusivo a los actos y el contenido de su personalidad, entendiéndose personalidad como una noción que incluye una variedad de rasgos del carácter, disposiciones, preferencias, experiencias y conocimiento. La actividad intelectual, bajo esta línea de razonamiento, involucra el uso de tal personalidad. La actividad creativa de un poeta, un músico, un artista, un científico o un matemático necesariamente es una expresión de rasgos que forman parte de una personalidad. Tales esfuerzos, por ejemplo, requieren la utilización de experiencia, conocimiento y rasgos del carácter que pueden ser caracterizados de forma justa como expresión de esos elementos de la personalidad. Justin Hughes expresó alguna vez esta idea de forma algo paradójica, al decir que la creación de contenido intelectual “materializa” esta dimensión de la personalidad.¹⁶

Existen dos direcciones que el argumento de la personalidad puede tomar. Primero, se puede argüir que la materialización de la personalidad (es decir, el contenido intelectual producido) es algo separado de la personalidad y la expresa. Alternativamente, se puede argüir que tal contenido constituye una extensión de la personalidad (o quizás la personalidad del autor). En cualquier caso, el argumento concluye que esta la personalidad del autor (la cual es “propiedad” del autor) resulta en que el autor tenga una pretensión legítima de titularidad sobre el contenido.

Ambas versiones son vulnerables a una objeción. Contra la primera versión, se puede argüir que la afirmación de que alguien sea el dueño de su propia personalidad no implica, por sí misma, que esa persona sea el dueño de las “expresiones” de su personalidad. La titularidad de la personalidad no se convierte, al menos de forma obvia, en titularidad sobre las expresiones de la personalidad. Si yo combino una camisa y unos pantalones en un atuendo que exprese mi personalidad, no tengo derechos de titularidad que impidan que los demás utilicen un atuendo muy similar.

Contra la segunda, se puede señalar que es implausible pensar que las expresiones de personalidad en forma de contenido intelectual son extensiones literales de la personalidad (o de la persona), en el sentido de que forman parte de la personalidad (o de la persona). Si tales expresiones se convierten en la personalidad de alguien, parecería derivarse que se es dueño de cualquier cosa que constituya parte de esa personalidad, como ocurriría con cualquier extensión de algo. Pero no es plausible pensar en una novela como una parte literal de la personalidad del autor o de una

¹⁶ Hughes, Justin, “The philosophy of intellectual property”. *Georgetown Law Journal*, vol. 77, 1988. Digo “paradójicamente” porque no todo el contenido es material.

persona; una novela bien puede ser expresión de las esperanzas o miedos de alguien, pero la novela no es en sí misma una esperanza o miedo.

VII. UN DEFECTO DEL ARGUMENTO DE LA INVERSIÓN A FAVOR DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Muchos argumentos de la inversión a favor de la propiedad intelectual parecen ser vulnerables a una objeción común. Mientras los argumentos contra la propiedad intelectual parecen haber prestado insuficiente atención al asunto de si los autores tienen un interés moralmente protegido en sus creaciones, la mayor parte de los teóricos de la inversión parecen haber prestado insuficiente atención al asunto de si la comunidad tiene un interés moralmente protegido en el contenido creado por otros. Seguramente, si los intereses de los autores son relevantes, también lo son los intereses de las otras personas. En realidad, se podría plausiblemente creer que puede haber contenido tan importante para la humanidad que el interés de las demás personas, puesto junto, derrota cualquier interés que el autor tenga en ese contenido.

Para ver el problema, considérese de nuevo algunos argumentos de la inversión. Los argumentos de la personalidad no consideran la medida en la cual la comunidad podría tener un interés legítimo en el contenido creado por otros; el único interés explícitamente considerado es el interés propio del autor en extensiones o expresiones de su ser. De forma similar, aunque los argumentos lockeanos tienen por condición que exista suficiente del recuso para los demás, muchos lockeanos y neo-lockeanos simplemente asumen que esto es cierto; McFarland, por ejemplo, nunca considera la medida en la cual las vidas de los otros pueden ser empeoradas al darle a un autor el control exclusivo sobre el contenido de su creación. Parece ser claro que una evaluación adecuada de la legitimidad de la protección de la propiedad intelectual debe evaluar *todos* los intereses que las personas podrían tener en alguna pieza de contenido intelectual.¹⁷

¹⁷ Algunos neo-lockeanos han intentado hacer esto al teorizar la condición lockeana en mayor detalle y aplicarla a asuntos de propiedad intelectual. Moore, por ejemplo, interpreta la condición como un principio que permite la propiedad intelectual en la medida en que sea óptima en el sentido de Pareto. Un problema con utilizar la optimalidad de Pareto para este propósito es que es vulnerable a contrajemplos. Si A descubre la única cura posible contra el cáncer y perversamente decide conservarla privandósela de las personas con cáncer, los pacientes con cáncer están en una peor posición en el sentido siguiente: ellos tienen una oportunidad positiva de sobrevivencia antes de la apropiación exclusiva de A de la cura, dado que, después de todo, alguien podría haberla descubierto y hecha disponible

VIII. PONDERANDO LOS INTERESES DE LOS AUTORES Y LOS INTERESES DE LA COMUNIDAD

En este momento, parece claro que una evaluación completamente adecuada de los derechos de la propiedad intelectual tendría que considerar *todos* los intereses que las personas pueden tener en el contenido intelectual. Aunque los argumentos de la inversión fracasan en mostrar que la inversión de trabajo es suficiente para crear derechos de propiedad sobre objetos intelectuales o materiales, ellos tienen la virtud de considerar el interés legítimo que los autores tienen sobre sus creaciones. Como tal, los argumentos de la inversión sugieren una aproximación plausible para la determinación de si alguien debería ser titular de un derecho jurídico limitado de excluir a los demás de la apropiación de un objeto. Para determinar si el Derecho debería permitir excluir a otros de la apropiación de un objeto material o intelectual, debemos ponderar todos los intereses en juego. Si mis intereses sobre X son suficientemente fuertes para prevalecer sobre los intereses de todas las otras partes interesadas, entonces este hecho es una buena razón (aunque no necesariamente una razón decisiva) para pensar que mi interés en X debe ser protegido justificadamente por el Derecho. Esto, por sí mismo, no nos dice todo lo que queremos saber acerca de la forma específica que tal protección debería tomar, pero nos dice que la moralidad política concede alguna protección jurídica substantiva del interés.

1. *Los intereses del autor en su tiempo y trabajo*

Esto debe quedar claro desde el comienzo: los creadores de contenidos tienen un interés *prudencial* (es decir, un interés desde el punto de vista del auto-interés objetivo o percibido) en controlar el uso y diseminación de sus creaciones. Al dedicar tiempo y energía a la creación de contenido intelectual, un autor debe desviar tiempo y energía de otras actividades. Esto significa que cualquier despliegue particular de tiempo y energía envuelve costos que son relevantes desde el punto de vista de la racionalidad prudencial, incluyendo los costos de oportunidad que están involucrados cuando alguien renuncia a otras oportunidades de dedicar recursos en una actividad particular.

libremente; ahora esta oportunidad les ha sido negada a ellos. Dado que la protección de derechos de propiedad intelectual en tales casos usualmente se da por sentada por los defensores de tal protección, este caso funciona como un contraejemplo.

Es importante enfatizar que el interés prudencial es de profunda relevancia. Mi tiempo y energía importan bastante para mí porque sé que tengo una cantidad limitada de ambos. Como todos los demás, soy un ser finito con una rango de vida limitado. Con cada momento que dedico a una tarea particular, gasto uno de la cantidad limitada de momentos que tengo en la vida para hacer todas las cosas que hacen a una vida valiosa.

Y, como envejezco progresivamente, mi tiempo y energía se vuelven incrementalmente preciosos para mí. Existen al menos tres razones para esto, una biológica y las otras psicológicas. Primero, y de forma más obvia, nuestras cantidades disponibles de tiempo y energía se vuelven más pequeñas en la medida en que finalice nuestro tiempo de vida. Segundo, tendemos a volvemos más sensibles sobre nuestra propia mortalidad en tanto más envejecemos. Es bien sabido que las personas mayores tienen un sentido más agudo de su propia mortalidad que personas más jóvenes, y que ese sentido se vuelve más agudo a lo largo del tiempo. Tercero, la experiencia de una persona tiende a cambiar en tanto ella crezca: el paso de un año es experimentado de forma más rápida por una persona mayor que por una persona menor. Como cuestión general, estos elementos conducen a las personas a asignar más valor a los gastos de tiempo y energía cuanto más envejezcan porque todo gira la atención al hecho desafortunado de que su cantidad de momentos es limitada.

En cualquier caso, no parece controversial que, una vez que alcanzamos cierta edad, consideraremos nuestras inversiones de tiempo y energía como prudencialmente valiosas. La mayoría de nosotros tiene una lista de proyectos que son importantes, cosas que queremos hacer y cumplir en la vida. Los niños sienten que ellos tienen un cantidad ilimitada de tiempo y energía que los adultos generalmente ya no tienen. Tenemos tiempo y energía para hacer todas las cosas que da forma y sentido a nuestras vidas. Pero si queremos cumplir estas cosas, tenemos que asignar el valor relevante a nuestro tiempo y energía –algo que es claro para cualquier adulto–.¹⁸ Desde el punto de vista de nuestros propios intereses, nuestro tiempo y energía tiene valor, es decir, tenemos un interés prudencial en nuestro tiempo y energía.

Es cierto, por supuesto, que el simple hecho de que las personas tengan generalmente un interés *prudencial* en algo nos dice poco acerca de si ellos tienen un interés *moralmente protegido* en ello. Por sí mismo, la afirmación de que X quiere o valora algo no implica que X tenga un interés moralmente

¹⁸ Esta verdad obvia es expresada en una variedad de eslóganes bien conocidos, como “el tiempo es dinero”.

protegido en ello. Las personas comúnmente quieren o valoran cosas, como prestigio y poder sobre otros, a lo cual la moralidad no concede ninguna protección significativa.

Pero el punto aquí no es sólo el punto descriptivo de que las personas generalmente valoran su tiempo y energía: también debe ser claro que, como una cuestión normativa de racionalidad práctica, las personas *deberían* considerar su tiempo y energía como algo prudencialmente valioso. Alguien a quien no le importa en absoluto como gasta su tiempo y energía puede ser caracterizado de forma justa como haciéndose un perjuicio a sí mismo –y quizá a la comunidad en general–.

Hay dos puntos normativos aquí. Primero, parece claro que debemos, como una cuestión de racionalidad prudencial, valorar nuestro tiempo y energía. Como una cuestión conceptual, los intereses son cosas que nos importan o nos deben importar. Pero si a X le importa –o le debería importar– obtener *p*, y X sabe que *q* es necesario para obtener *p*, entonces X tiene una razón para que le importe *q*. Éste es sólo un principio de racionalidad de fines y medios: el hecho de que X valore o debería valorar *p*, como cuestión de racionalidad, proporciona una razón para que a X le importen los medios que él sabe que son necesarios para obtener *p*. Dado que tener tiempo y energía son medios necesarios para obtener cualquiera de nuestros intereses y dado que esto es obvio para adultos racionales, parece que se sigue que nos debería importar nuestro tiempo y energía, como una cuestión de racionalidad prudencial.

Segundo, es razonable pensar que la falla de una persona en asignar cualquier valor prudencial a su tiempo y energía es señal de alguna enfermedad psicológica. Alguien que no asigna ningún valor a su tiempo y energía probablemente asigne poco o nada de valor a sus propios intereses de forma general. En realidad, la afirmación de a X no le importan en absoluto sus propios intereses, sino que lo único que le importa es su tiempo y energía, parece incoherente. Los principales recursos que tenemos para perseguir nuestros intereses son nuestro tiempo y nuestra energía –un hecho que es obvio para cualquier agente racional, de acuerdo con el cual, si una persona no se interesa en estos recursos, es razonable concluir que ella no se interesa en sus propios intereses. Pero alguien a quien no le importen sus propios intereses probablemente está gravemente deprimido, y posiblemente suicida; es patológico, como cuestión normativa de bienestar físico y psicológico, no preocuparse por los intereses propios o por los recursos centrales para perseguir nuestros propios intereses.

La importancia normativa de tales intereses desde el punto de vista de la racionalidad, entonces, proporciona alguna razón para pensar que los intereses prudenciales que tenemos en nuestro tiempo y energía reciben alguna protección de la moralidad. Los seres humanos tienen el estatus moral especial de *personalidad*, el cual les confiere un derecho moral fundamental al respeto, y es difícil ver cómo se podría respetar a una persona sin respetar esos intereses que son centrales para prosperar en todas las formas que deberían. Ésta es la razón por la que, por ejemplo, la obligación moral de respetar a las personas demanda que respetemos sus vidas y su autonomía.

Es razonable pensar, entonces, que los demás deberían respetar esos intereses que tienen la importancia, para seres como nosotros, que el tiempo y la energía tienen. De nuevo, el punto no es sólo que algunos de nosotros nos preocupamos por nuestro tiempo y energía, o incluso que *todos* no preocupamos por esos recursos; más bien, el punto es que todos *deberíamos* preocuparnos por cómo gastamos nuestro tiempo y energía porque ellos son centrales para asegurarnos de que prosperemos de las formas en que debemos. Esto distingue nuestros intereses en tales materiales de intereses que son más triviales desde un punto de vista moral, tales como nuestros intereses en tener estándares más afluente de vida que nos permitan, por ejemplo, comprar carros más grandes y costosos. El respeto moral por las personas seguramente requiere respeto por aquellos intereses que son profundamente centrales para asegurar que las personas prosperen en las formas que deben hacerlo; esos recursos son profundamente centrales para nuestro bienestar y prosperidad. Si ello es así, entonces es razonable pensar que nuestros intereses y nuestro tiempo y energía reciban protección relevante de la moralidad.

La afirmación de que nuestros intereses en nuestro tiempo y energía sean protegidos se armoniza bien con otros principios morales que aceptamos comúnmente. Tendemos a considerar a las personas que no se preocupan por los gastos de su tiempo y energía como moralmente deficientes en un varios de aspectos. Por ejemplo, consideramos que ellas están “malgastando sus vidas” –“malgasto” definido aquí como algo que tenemos fuertes razones morales para evitar-. De forma similar, las consideremos como improductivas y, por tanto, como poco beneficiosas a nuestra sociedad. La industria, la productividad y el deseo de cumplir algo no son, por supuesto, sólo valores prudenciales; no preocuparse por la realización es considerado un defecto desde el punto de vista de la moral. Pero en la medida en que esos valores tienen relevancia moral, las personas deben dedicar tiempo y energía para expresar esos rasgos. En la medida en que el

tiempo y la energía de X tiene valor moral, parece claro que no sólo X tiene una obligación moral de utilizar esos recursos sabiamente, sino que también las demás personas tienen una obligación de respetar el tiempo y la energía de X.

Un argumento más fuerte está disponible con respecto a la relevancia moral de nuestros intereses y nuestros gastos de *tiempo*. Es razonable pensar que lo que valoramos, o *debemos* valorar, es nuestro tiempo como un fin en sí mismo, y no simplemente como un medio. Aunque puede ser cierto que la energía sólo es instrumentalmente valiosa (es decir, valiosa como un medio para alcanzar otros fines) porque permite alcanzar otros fines haciendo cosas, el tiempo es tanto instrumental como intrínsecamente valioso. El tiempo es, por supuesto, de considerable valor instrumental sólo porque tener tiempo es una condición necesaria para ser capaz de cumplir *cualquier* fin; no podemos ser o hacer nada si no tenemos una cantidad disponible de tiempo. Pero si una vida consciente y continua es, como parece ser, de considerable valor intrínseco (es decir, valiosa por sus propios méritos como un fin en sí mismo), entonces se sigue que tener una cantidad de tiempo también tiene valor intrínseco considerable para un ser consciente: alguien que no tiene tiempo disponible no está vivo.

De nuevo, existen dos puntos aquí, uno descriptivo y uno normativo. El punto descriptivo es que las personas generalmente consideran los momentos de su vida como fines en sí mismos y por tanto valiosos por sus propios méritos. El punto normativo es que *debemos* considerar los momentos de nuestras vidas como fines en sí mismos y por tanto como valiosos por sus propios méritos. Si debemos considerar nuestras vidas como intrínsecamente valiosas, entonces debemos considerar cada momento como intrínsecamente valioso, dado que, de nuevo, una vida consciente consiste en momentos en los que un ser es consciente.

Además, parece claro que las personas también deberían considerar el *tiempo de los demás* como un fin en sí mismo, precisamente porque el tiempo de los demás es, y debe ser, intrínsecamente valiosos para ellos. Si, como parece razonable, debemos ver las *vidas* de los demás como intrínsecamente valiosas, entonces se deriva que debemos valorar los momentos que constituyen esas vidas como intrínsecamente valiosos.

El análisis anterior sugiere por tanto que se le concede protección moral relevante a nuestros intereses prudenciales de tiempo. Mientras que la afirmación de que algún recurso *r* es, o debe ser, considerado como *instrumentalmente* valioso no implica que la moralidad proteja el interés de esa persona en *r*, la afirmación de que *r* es –y debe ser– considerado como

intrínsecamente valioso parece implicar que la moralidad proteger el interés *r*. Como cuestión de teoría moral substantiva, lo que es y lo que debe ser considerado como intrínsecamente valioso para seres como nosotros con un estatus moral especial de personalidad es merecedor de respeto moral porque esos valores constituyen nuestros fines últimos; y es difícil dar sentido a la idea de que merecemos respeto *qua* personas si lo que debemos considerar como nuestros fines últimos no merece respeto de otros.

Otra forma plausible de respetar este recurso intrínsecamente valioso es respetar, dentro de sus límites, el interés que una persona tiene en el control del uso de lo que ella crea utilizando su tiempo. Respetar el tiempo de otra persona requiere abstenerse de hacer algo que en últimas convertiría a ese gasto de tiempo en un desperdicio de un recurso valioso. Y debe ser claro que proteger el interés en controlar el uso y la diseminación de la creación de alguien es un valor merecedor de una forma de respeto. Pagarte, por ejemplo, un precio negociado por el uso limitado de tu creación, y respetar esos límites, claramente preserva el valor de tu gasto de tiempo.

Las anteriores consideraciones sugieren, entonces, que tenemos un interés moralmente protegido en el tiempo y la energía que gastamos en la creación de contenido intelectual. Aunque nuestro tiempo y energía pueden ser sólo instrumentalmente valiosas, es suficientemente central para nuestra prosperidad, de modo que es razonable pensar que recibe alguna protección de la moralidad. Además, nuestro interés en el tiempo que gastamos es intrínsecamente valioso y por tanto merecedor de respeto. Y una forma de proteger esos intereses es permitirle al autor algún control –aunque no necesariamente absoluto– sobre el contenido que él hace disponible al mundo.

2. Los intereses de otras personas

Los autores claramente no son las únicas personas a quienes les importa el contenido intelectual; a otras personas también les importa bastante ese contenido. Después de todo, no existiría mucha disputa, como cuestión empírica, acerca de los derechos de propiedad intelectual si las personas no tuvieran un interés relevante en el contenido creado o descubierto por otros. Esto, por supuesto, no es decir que no sería un problema si no fuera importante, sólo sugiere que la comunidad no se preocuparía mucho sobre éste si no tuvieran un interés en tal contenido. La disputa de la propiedad intelectual es polémica precisamente porque a las personas les interesa bastante el contenido que ellos crean y el contenido que es creado por otros.

Los intereses de las personas en el contenido creado por otro presumiblemente difieren en peso dependiendo del tipo de contenido en cuestión.

Es razonable pensar, por ejemplo, que algunos de estos intereses en algún contenido asciende al nivel de *necesidad*, si alguna pieza de contenido es vital para la supervivencia de otras personas, entonces sus intereses son adecuadamente caracterizados como “necesidades”. Pero no todos los intereses ascienden al nivel de necesidad. Aunque los seres humanos no pueden prosperar en todas las formas en las que ellos deberían sin acceso a algún contenido artístico, sería inexacto caracterizar nuestros interés sobre tales contenidos como necesidad. Las personas simplemente no necesitan arte de la misma forma que necesitan comida, agua y abrigo. Además, mucho de los contenidos deseados no son buscados por los individuos porque sean necesarios para prosperar de un modo relevante; existe mucho contenido, por ejemplo, que busca entretenir o divertir, o incluso, aliviar el aburrimiento. Esos intereses sólo ascienden a deseos que son considerablemente menos importantes que las necesidades materiales fundamentales para prosperar.

3. Ponderando los intereses

Lo anterior sugiere que el balance de intereses diferiría dependiendo del peso de los intereses que las personas tienen el contenido creado por otros. No es implausible pensar que las personas tienen, por ejemplo, un interés especialmente importante en el contenido intelectual que ellos *necesitan* para sobrevivir, y esto sugiere que los intereses de los autores en el contenido intelectual pueden ser derrotados en casos que involucren un interés vital, aunque esto no significa que al autor no se le deba ninguna compensación. Debe ser cierto, por ejemplo, que los individuos y naciones deben tener suficiente información que les permita competir en una economía global y por tanto que los autores no deberían tener derecho de excluir a otros de tal información. En realidad, bien se podría tomar la posición de que toda la información científica que ha conducido o potencialmente podría conducir a avances tecnológicos que mejorarían la condición de las personas más pobres del mundo no debería ser protegida a través de la propiedad intelectual.

En realidad, parece razonable pensar que, cuando más, una protección muy limitada a los derechos de propiedad intelectual sobre hechos es moralmente apropiada. Primero, es mucho más probable que el contenido fáctico tenga aplicaciones que conducirían a suplir necesidades de supervivencia; el contenido no fáctico no puede tener un papel en el desarrollo de nuevas tecnológicas de la agricultura, la informática o médicas. Segundo, el

papel del autor en hacer disponible el nuevo contenido fáctico es diferente del papel de un autor que hace disponible nuevo contenido no fáctico. Si Einstein no hubiera descubierto la teoría de la relatividad, alguien más eventualmente lo hubiera hecho. Pero si Dickens no hubiera escrito *Historia de dos ciudades*, nadie más lo habría hecho. Los autores particulares son indispensables en la creación de contenido no fáctico, pero no en el descubrimiento de contenido fáctico. En casos donde es más probable que alguien más produzca el mismo contenido, la recompensa por producir el contenido será más limitada que en otros casos –sin importar cuanto tiempo, energía o esfuerzo se haya utilizado. De acuerdo con esto, los intereses de las demás personas en el contenido fáctico descubierto por otros es suficientemente importante, como mínimo, para condicionar la protección que la moralidad proporciona a los intereses de los autores en tal contenido.

Pero, en otros contextos, es discutible que los intereses de otras personas no sean suficientemente relevantes para derrotar el interés del autor en el valor que genera para el mundo. Es cierto, como fue notado anteriormente, que algún contenido no vital, como el contenido artístico, puede ser adecuadamente caracterizado como necesario para la prosperidad humana completa, pero sería ridículo, por ejemplo, afirmar que la necesidad de acceder a las últimas canciones de *50 Cent* es algo necesario para prosperar en alguna forma moralmente relevante. Aunque puede (o no puede) ser divertido escuchar a la última canción de *50 Cent*, es simplemente implausible pensar que una persona no puede prosperar sin acceso gratuito a ella. Lo que esto significa es que los intereses de otras personas en prosperar derrotan los intereses de los creadores de contenidos en algunos casos, pero no en todos los casos de contenido artístico.

Parece claro, sin embargo, que el interés del autor derrota a los demás intereses de las demás personas en el contenido que es simplemente deseado. Aunque siempre es un hecho moralmente relevante que algún agente *A* quiera *p*, no es suficientemente fuerte para generar alguna protección relevante de este interés. En ausencia de condiciones excepcionales, si *A* quiere *p* y yo puedo satisfacer su deseo por *p*, sería algo bueno desde el punto de vista de la moralidad para mí proveer *p* a *A*. Pero la afirmación de que *A* quiere *p*, por sí misma, no implica que sería erróneo no proveer de *p* a *A* si puedo hacer eso. En realidad, no proveer a una persona con algo que ella quiere no es ni siquiera una propiedad que convierta en *incorrecto* a un acto; si bien puede ser bueno proporcionar *p* a *A*, a falta de circunstancias excepcionales, no genera ninguna razón en absoluto para pensar que no proveer *p* a *A* es *prima facie* inmoral. Nuestros meros deseos no pueden tener ningún peso moral relevante.

En los casos donde el contenido es simplemente deseado o querido, entonces, parece que los intereses de los creadores de contenidos en el control limitado sobre el contenido que ellos crean derrota el interés de las demás personas. Por un lado, el creador de contenido gasta recursos preciosos en la forma de una cantidad limitada de vida y energía para traer nuevo valor al mundo. Por el otro lado, otras personas simplemente quieren pasar el rato o divertirse con tal contenido.

Por supuesto, pueden existir muchas personas que quieran el contenido y sólo haya un creador de contenido cuyos intereses son relevantes, pero esto no es suficiente para derrotar el interés del creador del contenido. El interés del creador del contenido es suficientemente relevante para recibir protección moral: en la medida en que mi conducta gaste la vida o energía de otra persona, es moralmente problemático. Pero el hecho de que alguien quiera un contenido no es suficientemente relevante, por sí mismo, para merecer ninguna protección moral: aunque puede ser bueno darle a alguien algo que quiere, no hacerlo no es erróneo, ni siquiera presuntamente erróneo. Un interés que recibe protección moral, como el del autor, no puede ser derrotado al agregar los intereses que no la reciben. La diferencia entre los dos intereses, desde un punto de vista moral, es *cualitativa* y no *cuantitativa*.

Irónicamente, lo que la mayor parte que los críticos de la propiedad intelectual quieren gratis es un contenido no informativo que es simplemente deseado (no necesitado). Es razonable pensar que la gran mayoría de la música, películas y novelas contemporáneas (las cuales no son, hablando en sentido estricto, “información” porque no pretenden expresar contenido proposicional verdadero¹⁹) son queridas primariamente para entretenimiento y diversión. Las personas que comparten ilegalmente archivos musicales en línea están violando el Derecho por la simple razón de querer estar entretenidos o experimentar el placer de escuchar la música más nueva, bajo la idea de que su deseo es mucho más importante que el tiempo y esfuerzo de los creadores de los contenidos.

Aquí vale recordar que, con respecto al contenido artístico, los autores no sólo crean una pieza de contenido, *sino que también la demanda por ella*. No habría demanda, por ejemplo, para *Historia de dos ciudadanos* si Dickens nun-

¹⁹ Véase, Ken Himma, “Information and intellectual property protection: evaluating the claim that information should be free”. *APA Newsletter in Philosophy and Law*, 4, 2005, pp. 2-8; también disponible en <http://ssrn.com/author=328842>, para una defensa detallada de este punto. Véase, además, Luciano Floridi, “Information” en Blackwell Guide to the Philosophy of Computing and Information, Oxford, Blackwell Publishing, 2004.

ca la hubiera escrito. No podría haber ninguna demanda para una canción que nunca fue escrita. Aunque es cierto que las personas quieren contenido artístico y pueden querer el contenido de un artista en particular, el deseo no tiene ningún foco particular hasta que un creador de contenido le da forma cuando proporciona una pieza de contenido adecuada. Los artistas satisfacen deseos que ellos mismos generan. Muchas personas creen que esos deseos, los cuales no tendrían si no hubiera personas que los crearan, tienen precedencia sobre cualquier interés que un artista tiene sobre la distribución de sus creaciones. Pero en la medida que concierne al contenido que es simplemente querido, esto parece implausible.

IX. SUMARIO Y CONCLUSIONES

En este ensayo, he revisado y evaluado varios argumentos a favor y en contra de la protección de propiedad intelectual, concluyendo que alguna protección es legítima. En particular, he sostenido que el interés de los creadores de contenidos tienen sobre el contenido que crean o describen es más importante que los intereses de otras personas en casos que no involucran contenido que es necesario para la necesidad humana de sobrevivir, prosperar o florecer en ciertas formas importantes. Es cierto, por supuesto, que la afirmación de que el interés del autor es más relevante que el interés de las demás personas en ciertas clases de contenido no implica claramente que el autor tiene un *derecho* moral a la propiedad intelectual. Sin embargo, tal afirmación seguramente proporciona una razón suficiente para conceder alguna protección jurídica rigurosa a los intereses de los creadores de contenidos sobre sus creaciones. Un modo razonable de hacer esto es permitirles un *control* limitado sobre la disposición de sus creaciones.

X. BIBLIOGRAFÍA CITADA Y RECOMENDADA

- BARLOW, John Perry. “The economy of ideas: selling wine without bottles on the global net.”, 1993, Documento electrónico disponible en <http://www.eff.org/~barlow/EconomyOfIdeas.html>.
- BUGBEE, Bruce, *Genesis of American patent and copyright law*. Washington, D.C, Public Affairs Press, 1997.
- FINNIS, John, *Natural law and natural rights*. Oxford, Oxford University Press, 2013.

- FLORIDI, Luciano, "Information" en *Blackwell Guide to the Philosophy of Computing and Information*, Oxford, Blackwell Publishing, 2004.
- HETTINGER, Edwin, "Justifying intellectual property". *Philosophy and Public Affairs*, vol. 18, 1989.
- HIMMA, Kenneth E., "There's something about Mary: the moral value of things *qua* information objects." *Ethics and Information Technology*, vol. 6, 2004.
- _____, "The moral significance of the interest in information: reflections on a fundamental right to information." *Journal of Information, Communication, and Ethics in Society*, vol. 2, 2004.
- _____, "The question at the foundation of information ethics: does information have intrinsic value?" in Bynum, T., Pouloudi, N., Rogerson, S., y Spyrou T. (eds.) *Challenges for the citizen of the Information society: Proceedings of the seventh international conference on the social and ethical impacts of information and communications technologies*, ETHICOMP, 2004.
- _____, "Information and intellectual property protection: evaluating the claim that information should be free". *APA Newsletter in Philosophy and Law*, 4, 2005; también disponible en http://ssrn.com/author_id=328842.
- _____, "Justifying intellectual property protection: why the interests of content-creators usually wins over everyone else's" en Rooksby E., *Information Technology and Social Justice*, Idea Group, 2007; disponible online en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=840584.
- HUGHES, Justin, "The philosophy of intellectual property". *Georgetown Law Journal*, vol. 77 1988.
- LANDES, William M. y POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Intellectual Property*, Cambridge: Harvard University Press, 2013.
- LEMLEY, L. "Property, intellectual property, and free riding". *Texas Law Review*, vol. 82, 2005.
- LESSIG, Lawrence, *The future of ideas*. NY, Random House, 2001.
- LITMAN, J., *Digital copyright*. Amheast, NY, Prometheus Books, 2001.
- MCFARLAND, Michael C., "Intellectual property, information, and the common good". *Proceedings of the Fourth Annual Ethics and Technology Conference*, 1999.
- MOORE, Adam, *Intellectual property and information control: philosophic foundations and contemporary issues*. Rutgers, NJ, Transaction Publishing/Rutgers University Press, 2001.

- _____, “Intellectual property, innovation, and social progress: the case against incentives-based arguments,” *Hamline Law Review*, vol. 26, 2003.
- _____, Privacy, intellectual property, and hacking. En Himma, K.E. (ed.) *Readings in internet security: hacking, counterhacking, and society*. Sudbury, MA: Jones & Bartlett Publishers, 2006.
- POSNER, Richard, *The economics of justice*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1981.
- NOZICK, Robert, *Anarchy, state, and utopia*. NY, Basic Book, 1974.
- ROSEN, Gideon “Abstract objects”. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Available from <http://plato.stanford.edu/entries/abstract-objects/>, 2001.
- SCHMIDTZ, D., “When is original appropriation required?” *The Monist*, vol. 73, 1990.
- SIMMONS, A.J. *The Lockean theory of rights*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1992.
- SPINELLO, Richard, “The future of intellectual property”. *Ethics and Information Technology*, vol. 5, 2003.
- TAVANI, Herman, “Balancing intellectual property rights and the intellectual commons: A lockean analysis”. *Journal of Information, Communication, and Ethics in Society*, 2, supplement, 2005.
- _____, “Information wants to be shared: an alternative framework for analyzing intellectual property disputes in the information age”. *Catholic Library World*. 73,
- _____, *Ethics and information technology*. Hoboken, NJ, John Wiley and Sons, 2007.
- WALDRON, Jeremy, *The right to private property*. Oxford, Oxford University Press, 1988.
- _____, “From authors to copiers: individual rights and social values in intellectual property”. *Chicago-Kent Law Review*, vol. 68, 1993.