

# EL FRACASO DE LA “FALLA DE MERCADO”: VUELTA A PENSAR EN BIENES “PÚBLICOS” Y “PRIVADOS” CON BASE EN *LA RIQUEZA DE LAS NACIONES* DE ADAM SMITH Y EL DERECHO ROMANO

FRIEDRICH KRATOCHWIL

## INTRODUCCIÓN

ENTRE LAS CONSECUENCIAS DEL DEBATE sobre la globalización está el tema del “dominio público” reformulado de manera más drástica que en estudios anteriores.<sup>1</sup> Puede verse en debates sobre cuestiones que surgen en el “conocimiento comunitario” y en discusiones sobre derechos de autor; se advierte también en cómo se trata la administración de recursos, en especial los comunitarios. En este aspecto fue muy importante el trabajo de Elinor Orston *et al.*,<sup>2</sup> porque corrigió las terribles predicciones sobre la “Tragedia de los bienes comunes”.<sup>3</sup> A veces, los nuevos estudios tienen matices más esperanzadores e incluso sugieren que, según las categorías que Aristóteles enumera en su *Poética*, podríamos encontrarnos con la “comedia de los bienes comunes”<sup>4</sup> –como señala agudamente Carol Rose, catedrática de Yale

<sup>1</sup> Contribuciones fundamentales que proponen un marco más amplio son las de Lawrence Lessig, *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World*, Nueva York, Vintage, 2001; y Jessica Litman, “The Public Domain”, *Emory Law Journal*, vol. 39, núm. 4, 1990, pp. 965-1024. Véase además el artículo de David Lange, “Recognizing the Public Domain”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 44, núm. 4, 1981, pp. 147-178, quien comenzó la discusión sobre dominio público en relación con la propiedad intelectual. Del mismo modo, desde la perspectiva sobre una sociedad informada y sus implicaciones, véase J. Boyle, *Shamans, Software, and Spleens: Law and the Construction of the Information Society*, Cambridge, Harvard University Press, 1996.

<sup>2</sup> Elinor Ostrom, Roy Gardner y Jimmy Walker, *Rules, Games, and Common-Pool Resources*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1974.

<sup>3</sup> Garret Hardin, “The Tragedy of the Commons”, *Science*, vol. 162, 1968, pp. 1242-1248.

<sup>4</sup> Carol M. Rose, “The Comedy of the Commons: Custom, Commerce, and Inherently Public Property”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 53, núm. 3, 1986, pp. 711-781.

especialista en propiedad— cuando tenemos los instrumentos adecuados para proyectar regímenes pertinentes. Esto puede dar lugar a mezclar normas de la legislación pública y privada y a ubicar elementos importantes en un debate amplio sobre la ley de propiedad, en vez de suponer que ciertas cuestiones son por naturaleza públicas o privadas.

Este tipo de análisis es importante incluso en otro aspecto, porque cambió el sentido en el que por costumbre pensamos sobre los problemas de manera “teórica”. Fundamentos que por tradición son incontrovertibles: los estándares del rigor lógico, de supuestos idealizados o simplemente estipulados y cierto método “científico” sometido a ideales de las ciencias naturales y una “física que jamás existió”,<sup>5</sup> se consideraron criterios adecuados para teorizar, porque se seguía el canon para tratar los hechos sociales como hechos naturales.<sup>6</sup> Pero el nuevo estilo de investigar, aunque no ajeno a la formalización, delataba una orientación “empírica”, porque tomaba más en cuenta los datos en vez de suponerlos o procurar formular algunas generalidades de manera inductiva. El nuevo modo de análisis se orientaba más hacia lo pragmático, es decir se interesaba más en solucionar problemas sociales concretos en vez de descubrir leyes universales y atemporales o regularidades. Así pues, en cierto sentido reflejaba corrientes que, con el tiempo, se manifestaron en el debate “teórico” de relaciones internacionales,<sup>7</sup> en el que se critica la vieja obsesión por el ideal epistemológico. Este ideal se sustenta en la creencia de que el conocimiento verdadero se obtiene sólo si se acomoda a algún campo independiente y a instrumentos ahistóricos, que proporcionan la filosofía o la “razón” universal. En vez de procurar una “óptica desde ningún lado”, que mostraría las “cosas” como son, la imposibilidad de tal formulación se ha reconocido especialmente a base de la crítica constructivista<sup>8</sup> y del encuentro intelectual con los prag-

<sup>5</sup> El término pertenece al físico y filósofo de las ciencias Stephen Toulmin; véase su *Return to Reason*, Cambridge, Harvard University Press, 2001, cap 4.

<sup>6</sup> Sobre la importancia de esta distinción, véase John Searle, *The Construction of Social Reality*, Londres, Penguin, 1999.

<sup>7</sup> Véase, por ejemplo, Friedrich Kratochwil, “Of False Promises and Good Bets: A Plea for a Pragmatic Approach to Theory Building”, *Journal of International Relations and Development*, vol. 10, núm. 1, 2007, pp. 1-15, y también la discusión que siguió (puesto que los artículos se encuentran en la misma revista y mismo tomo, sólo indico las páginas) con Colin Wight, “Inside the Epistemological Cave all Bets Are off”, pp. 40-56; Hidemi Suganami, “Friedrich Kratochwil’s Pragmatic Search for a Theory of International Relations”, pp. 25-39; Richard Lebow, “Social Sciences and Ethical Practice”, pp. 16-24; Friedrich Kratochwil, “Of Communities, Gangs, Historicity and the Problem of Santa Claus: Replies to my Critics”, pp. 57-78.

<sup>8</sup> Sobre el tema, véase mi artículo “Constructivism: What It Is (Not) and How It Matters”, en Donatella de la Porta y Michael Keating (eds.), *Approaches and Methodologies in the Social Sciences: A Pluralist Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 80-98.

máticos estadounidenses y su devoción por el eclecticismo.<sup>9</sup> Este cambio llevó incluso a declarar que estamos ante una “vuelta a lo pragmático” en el análisis de las relaciones internacionales.<sup>10</sup>

Es posible que esa valoración sea prematura (y contraproducente, en virtud de las vueltas durante las que nos mantuvo bailando o valsando, aunque sin movernos), pero el nuevo encuentro con la pragmática dio lugar al viejo problema aristotélico sobre qué criterios son apropiados para valorar los problemas de la *praxis*, que tratan con lo contingente y con lo que no es necesario.<sup>11</sup> Cuando el problema de “actuar” se ubica en el centro de la escena, surgen cuestiones relacionadas con el problema de reconocimiento, tiempo, completitud y responsabilidad, en cuanto opuestos a la falta de rigor, y lo mismo en cuanto a explicar y justificar. Así como al aprender una lengua, a nadar o pintar, cuando se trata de objetivos prácticos, en buena medida “aprendemos” “haciendo”; no investigando las “condiciones verdaderas” de las propuestas teóricas, que gramáticos, físicos, historiadores del arte o filósofos de la estética ofrezcan para describir estas actividades.

Con ese sentido quiero tratar aquí una de las cuestiones importantes del análisis social, la de los bienes públicos, porque se encuentra en el centro de la acción colectiva en relaciones internacionales y da lugar a temas también importantes en ámbitos como el derecho y la sociología. Al intentar esta reflexión crítica sobre las bases conceptuales y las conexiones de términos en el campo semántico, espero demostrar cómo procede esta forma de análisis. Aunque no se formula en proposiciones y sus “pruebas”, tiene criterio, su propia lógica, y depende de evidencias.<sup>12</sup> Al “hacer” este tipo de análisis espero mostrar los frutos que en potencia tiene una reflexión crítica como ésta y defenderme de posibles objeciones de que al optar por un “enfoque pragmático” esté contradiciéndome, porque sigo “teorizando” luego de confirmar el fin de la teoría y del proyecto epistemológico.

Para sustentar mi argumento revisaré brevemente temas del debate internacional sobre bienes colectivos y los problemas relacionados con la acción colectiva, con la finalidad de demostrar que el criterio tradicional sobre bien público tiene aplicación inmediata. En la tercera sección analizo,

<sup>9</sup> Véase, por ejemplo, Peter Katzenstein y Rudra Sil, “Eclectic Theorizing in the Study and Practice of International Relations”, en Christian Reus-Smit y Duncan Snidal (eds.), *The Oxford Handbook of International Relations*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 109-130.

<sup>10</sup> Véase, por ejemplo, Harry Bauer y Elisabetta Brighi (eds.), *Pragmatism in International Relations*, Londres, Routledge, 2008.

<sup>11</sup> *Ética a Nicómaco*.

<sup>12</sup> Véase de Jörg Friedrichs y Friedrich Kratochwil, “On Acting and Knowing: How Pragmatism Can Advance International Relations Research and Methodology”, *International Organization*, vol. 63, núm. 4, 2009, pp. 701-731.

más en general, el problema de los “comunes” (los bienes comunes) a la luz del derecho romano. Opino también que no se puede sostener la analogía, por lo común aceptada, entre propiedad intelectual y propiedad tangible. Entre otras cosas, esto conduce a la incoherencia de que la teoría del valor del trabajo tiene que explicar y justificar todo. Así pues, este análisis abre camino para más reflexiones sobre la utilidad de un marco de propiedad diferenciado (cuarta sección), que no se limita a la dicotomía público/privado, en la que me sirve como reflejo el quinto libro de Adam Smith.

#### EL CONCEPTO DE BIEN COLECTIVO

Como se ha mencionado, el debate que inició Samuelson y prosiguió Olson<sup>13</sup> se caracterizó por su enfoque más limitado sobre la falla de mercado, pues la naturaleza no competitiva del consumo y el carácter no excluyente de los bienes colectivos presentaban algunos problemas sobre la acción colectiva. Olson recuperó algunos de los temas que ya habían llevado a Hume a destacar la necesidad de un “magistrado” que se apoyase en la aplicación de las leyes y en la tributación para crear bienes públicos, más que en contribuciones voluntarias o las ventas.<sup>14</sup> A la inversa, este argumento y el debate que siguió puso en primer lugar los problemas conceptuales relacionados con el carácter “público” de esos bienes.<sup>15</sup> En mi opinión, este cambio de énfasis no es accidental, porque la mayor libertad de flujos de individuos y de información desgastó el concepto clásico de “público” cercado, que coincide ya con un estado territorial –cuya tarea es proporcionar los bienes públicos necesarios–, ya con una esfera pública internacional mal articulada en la que los Estados, como directores –y las organizaciones internacionales como sus agentes–, proporcionan al menos algunos de esos bienes.

No hay necesidad de vetar nuevamente los problemas causados por cambiar hacia lo que tradicionalmente se entiende un “público” constituido por una nación-Estado, ni de practicar argumentos sobre lo inadecuado de las estrategias conceptuales tradicionales que usan la “internacionalización del Estado”<sup>16</sup> refiriéndose a la proliferación de redes en apertura,

<sup>13</sup> Mancur Olson, *The Logic of Collective Action*, Cambridge, Harvard University Press, 1971.

<sup>14</sup> Véanse las secciones VIII-X de David Hume, *A Treatise of Human Nature*, en Henry Aiken (ed.), *Hume's Moral and Political Philosophy*, Darien, Conn., Hafner, 1970.

<sup>15</sup> Véase, por ejemplo, el simposio de la escuela de derecho de Duke sobre dominio público y en especial James Boyle, “Foreword: The Opposite of Property?”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 66, núms. 1-2, 2003, pp. 1-32.

<sup>16</sup> Robert W. Cox, “Social Forces, State and World Orders: Beyond International Relations Theory”, *Millennium: Journal of International Studies*, vol. 10, núm. 2, 1981, pp. 126-155.

a sacar el mercado de la economía “nacional” y al sector financiero del resto de la “economía”.<sup>17</sup> Varias razones apuntan a la poca eficacia de esta conceptualización; entre otras, que muchos de los que se suponen bienes públicos se entenderían mejor como “bienes de club”, porque pueden proporcionarse sobre bases excluyentes.<sup>18</sup> Así pues, incluso la “defensa nacional”, uno de los ejemplos clásicos de un bien público colectivo, se provee sólo para los que están “adentro”. La palabra política, viene de *polis*, que significa “construir una muralla”, para proteger a los de adentro y excluir a los de “afuera”.

Otra característica de los bienes públicos es la falta de rivalidad en el consumo. El ejemplo frecuente es la disposición de aire para todos, que no es bien público según el significado técnico del término. La falta de rivalidad es el resultado del suministro abundante; ese suministro, no obstante, no es inagotable, como lo demuestran la polución y el comercio de derechos de emisión.<sup>19</sup> Además, es muy irónico que con la información digital y su amplia difusión estemos ante un movimiento de “cerrazón” de proporciones gigantescas, con los intentos de cortar la información y el conocimiento público “privatizándolos” mediante derechos de propiedad exclusivos.<sup>20</sup> Así pues, cuando la información pudiera compartirse y, por lo tanto, acrecentar su valor —puesto que su producción no está sujeta a limitaciones de rendimientos decrecientes—, curiosamente retrocedemos y optamos por soluciones basadas en analogías muy problemáticas como las del aprovechado en un régimen de acceso libre a los recursos naturales.<sup>21</sup> Los requerimientos de más “privatización” resultan en especial irónicos, pues se basan en el argumento de que sin esos derechos de exclusión no habrá nuevo conocimiento útil y se privaría al inventor del fruto de su trabajo sin

<sup>17</sup> El tema se trata por extenso en Kratochwil, “Global Governance and the Emergence of World Society”, en Nathalie Karagiannis y Peter Wagner (eds.), *Varieties of World-Making: Beyond Globalization*, Liverpool, Liverpool University Press, 2007, cap. 14.

<sup>18</sup> Para aproximarse a una discusión sobre estos problemas y las consecuencias de su acción colectiva, véase Todd Sandler, *Global Collective Action*, Cambridge, University Press, 2004.

<sup>19</sup> Sobre las consecuencias económicas y legales, véase Carol M. Rose, “Expanding the Choices for the Global Commons: Comparing Newfangled Tradable Allowances Schemes to Old-Fashioned Common Property Regimes”, *Duke Environmental Law & Policy Forum*, vol. 10, 1999, pp. 45-72.

<sup>20</sup> Véase, por ejemplo, James Boyle, “The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 66, 2003, pp. 33-74.

<sup>21</sup> Sobre el tratamiento de estos problemas en relación con los recursos, véase National Academy of Sciences, *Proceedings of the Conference on Common Property Resource Management*, Washington, D. C., National Academy Press, 1986. Y, con más detalles sobre el tema, Elinor Ostrom, *The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

una compensación sustentada en derechos de propiedad.<sup>22</sup> La primera afirmación es un error, porque la producción de conocimiento es, en esencia, una empresa social, no el comercio de ideas “privadas”; el segundo invoca –*mirabile dictu*– la teoría del valor del trabajo, que en otras circunstancias es anatema en el discurso económico. Naturalmente, esto ni siquiera alude al embarazo que provoca la justificación principal de la teoría económica; en especial: la eficacia del mercado se debe al ingreso libre a la “tecnología” (la tecnología es externa a la empresa). La incoherencia del argumento a propósito de los derechos de la propiedad se vuelve ridícula, por ejemplo, cuando para reunir datos sencillos como números telefónicos de naturaleza pública se reclaman “derechos de autor” e incluso se los conceden por el trabajo dedicado a esa tarea.

No es posible evitar la leve sospecha de que la razón de estas peculiares discusiones y las consecuencias de su extraña política se relaciona con la deficiencia de los instrumentos conceptuales, en especial con la indefinición de lo “público” y lo “privado”. Esta deducción se refuerza cuando se examina la “genealogía” de estos conceptos y se los compara con el contenido que “público” y “privado” han tenido a lo largo del tiempo.

Puesto que no hay, *au naturel*, dominios públicos y privados ni vienen empacados como “talla única”, son importantes su historia y sus variantes. Al estudiarlas obtenemos pistas valiosas sobre los problemas que subyacen en su constitución o los efectos de las prácticas que prescriben o autorizan. Estudiarlos proporciona un espacio intelectual alternativo donde pueden analizarse estos problemas. Con ese propósito sugiero que ayuden en nuestro análisis dos fuentes que arrojan luz en el examen: *La riqueza de las naciones* de Adam Smith<sup>23</sup> y las *Instituciones*,<sup>24</sup> parte del Código Justiniano del derecho romano. Reconozco que esos textos no parecen, a primera vista, fuentes adecuadas para aclarar estos problemas, pero, como siempre, es necesario probar. No hay en este espacio manera de hacer justicias a la complejidad de ambas obras, pero es necesario señalar algunos puntos.

<sup>22</sup> Véase el argumento de David Hume, sobre los derechos perpetuos de propiedad intelectual: “An Enquiry into the Principles of Morals”, parte III, dice “¿Quién no ve, por ejemplo, que cualquier cosa que se produzca o mejore por arte o industria del hombre debe asegurarse para alentarlos en tan útiles hábitos y logros?; ¿y que a su vez la propiedad debería pasar a los hijos y parientes con el mismo propósito de utilidad?” David Hume, “An Enquiry into the Principles of Morals”, en Henry Aiken (ed.), *Hume’s Moral and Political Philosophy*, p. 194.

<sup>23</sup> Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations: Representative Selections*, ed. de Bruce Mazlish, Indianápolis, Bobbs-Merrill, 1961.

<sup>24</sup> Véase Gaius, *Gaii Institutionum Iuris Civilis, Commentarii Quatuor: Or Elements of Roman Law*, ed. de Edward Poste, Oxford, Clarendon Press, 1871. Cf. Justiniano, *Institutiones*, II, 8.

En el libro quinto de *La riqueza de las naciones*, al proponer privatizar las carreteras complementarias de la red, Adam Smith menciona la “educación” como deber “público” del soberano. Sorprenden estos argumentos, porque en su tiempo la educación era tarea privada, sujeta a prácticas de exclusión. Pero incluso los más férreos defensores de la propiedad privada opinaban que las carreteras y el libre tránsito eran parte del dominio público. Se piensa en este caso en la discusión de Locke sobre la necesidad de instituir el derecho del rey a expropiar por causa pública y su argumento sobre el “contrato implícito” con el soberano, quien, se supone, está involucrado con el que viaja por carretera. Así pues, a pesar de la distinción común entre “cosas” públicas y privadas, sus límites están sujetos a grandes variantes históricas; esto, a su vez, indica que no importan tanto las cosas cuanto el *metarrégimen* que les asigna su estatus.<sup>25</sup>

Naturalmente, esto no debería sorprender a abogados o teóricos que trabajan con la “propiedad”, porque uno de sus criterios para desengañar al individuo común es que “tener” algo no está determinado por la relación entre una “cosa” y una persona. A la inversa, los abogados laborales procuran demostrar que “propiedad” se refiere, en primer lugar, a regular la relación *entre los actores* dándoles o quitándoles ciertos derechos al ingreso o uso.<sup>26</sup>

En ese sentido, tipos de propiedad no exclusivos proporcionan casos para analizar diversos problemas de acción colectiva, que por tradición se identifican con bienes públicos. Pensamos entonces en la *tragedia de los comunes*, que ha predominado en la discusión bastante tiempo. Luego de reducir todo al Dilema del Prisionero, que inevitablemente ocurre en regímenes abiertos, la imagen del uso excesivo de los bienes públicos fue justificación poderosa para las políticas de privatización en el decenio de 1980. Es paradójico que se haya usado también para justificar el “segundo cercamiento” del dominio del conocimiento mediante la asignación de derechos exclusivos de propiedad intelectual, a pesar de que no se trata en este caso del problema clásico del uso excesivo. En cuanto a la información/conocimiento y a la mayoría de los productos disponibles en el espacio cibernético, no hay rivalidad en el consumo, a diferencia de lo que ocurre en el espacio real.

<sup>25</sup> Así también, la noción de “público” no es un repositorio para todos los problemas que el “mercado” no puede resolver de manera eficiente, según parece sugerir, a primera vista, el dictado de Smith: “la defensa es más importante que la opulencia”; aunque en apariencia se apoya en un criterio más sólido de comunidad a pesar de los argumentos sobre la “mano invisible”.

<sup>26</sup> Sobre conceptos fundamentales, véase Abraham Bell y Gideon Parchomovsky, *Reconfiguring Property in Three Dimensions*, Filadelfia, Penn Law, 2007 (University of Pennsylvania Law School: Scholarship at Penn Law, Working Paper, 178).



Cuando recurrimos al derecho romano, cuya distinción entre público y privado es fundamental para el desarrollo de muchas normas legales en Occidente, advertimos que su división es más meticulosa. La ley romana distinguía entre *res nullius* (que no pertenece a nadie, es decir aún no tiene dueño, como la pesca, la caza o una propiedad abandonada, pero también a cosas que no se pueden poseer, como los objetos sagrados),<sup>27</sup> *res communes* (abierta a todos, como el aire y el mar),<sup>28</sup> *res publicae* (lo que pertenece al público en cuanto son cosas públicas, como carreteras y plazas),<sup>29</sup> *res divini* (objetos sagrados que no pueden ser propiedad de los humanos)<sup>30</sup> y *res universitatis* (que pertenece a un grupo por su capacidad corporativa).<sup>31</sup> Las categorías primera y tercera son aún parte de nuestro discurso político y legal, y la última subsiste en nuestras “universidades”, concebidas como corporaciones; el interés en las *res communes* y *res divinis* desapareció con el renacimiento del derecho romano. Según Grocio,<sup>32</sup> la propiedad comunal es algo así como un oxímoron; y Locke, por su parte, con una elaboración conceptual consecuente —“cuando todo el mundo era como América”—,<sup>33</sup> simplemente redujo la propiedad común a un antecedente de modernidad, cuyas características se sustentaban en establecer derecho exclusivos de la propiedad privada.

Locke creó así la ilusión del tránsito de una supuesta propiedad “primitiva” a una “real” y además devaluó de un plumazo la disposición de la propiedad comunal de los pueblos no europeos justificando la despose-

<sup>27</sup> Justiniano, *Institutiones*, II, 7 (sobre lo sagrado), 12 (apropiarse de animales salvajes). Véase J. B. Moyle, *The Institutes of Justinian*, Oxford, 1913. En ese contexto, algunas cuestiones “comunales” no se trataban como simples *res publicae*, tales como murallas y puertas de las ciudades, porque eran “sagradas” (*Gaii Institutionum*, II, 8; Justiniano, *Institutiones*, II, 1), y, como tales, no podían ser propiedad de individuos. Estaban sujetas a la ley divina y cualquier ofensa contra ellas se castigaba con la pena capital. Por esa razón, la parte de la ley que establece castigo para el transgresor se denomina *sanción*. [Del latín *sancio*, *sanxi*, *sanctum*. E.]

<sup>28</sup> Justiniano, *Institutiones*, II, 1-5.

<sup>29</sup> Cosa extraña, las *res publicae* se definen con matiz negativo. Es decir, no están sujetas al dominio individual, porque pertenecen a la *universitas*, una comunidad en la que *res universitatis* significa también corporativa, forma subordinada de “propiedad privada”, cuyos títulos se asignan mediante ley pública. En *Gaii Institutionum*, II, 11, dice: *Quae publicae sunt, nullius in bonis esse creduntur...* [La frase completa es “Las cosas públicas parecen no ser propiedad de nadie, pues se consideran universales. Las privadas son de cada hombre en particular.” Traducción de Francisco Samper a las *Institutiones jurídicas de Gayo*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2000. N. del E.]

<sup>30</sup> *Gaii Institutionum*, II, 1, 8.

<sup>31</sup> *Gaii Institutionum*, II, 2, 6, da como ejemplos el teatro y el estadio de la ciudad.

<sup>32</sup> Hugo Grotius, *De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres*, Oxford, Clarendon Press, 1925, II, 2, 2.

<sup>33</sup> John Locke, *The Second Treatise of Government*, ed. de Peter Laslett, Nueva York, Mentor, 1965, §§ 49-343.



sión. Importante para este temas es el acto de prestidigitación de Locke al establecer la dicotomía público/privado, que subyace aún en buena parte de la discusión sobre bienes públicos y controla los medios dominantes para tratar con las (in)deseables consecuencias de administrar la propiedad mediante la “privatización” o regulaciones (públicas).

Estos temas me llevan a la tesis de este artículo: cualquier discusión sobre bienes colectivos y problemas relacionados con ellos no deben tratarse como hechos naturales con cualidades intrínsecas, sino analizar los regímenes sobre derechos de propiedad y sus diversas configuraciones –en los que desempeña papel importante la distinción público/privado– sin agotar sus dimensiones importantes y las posibilidades de combinación. La adquisición intelectual al intentar esa comparación y en la arqueología de los conceptos, es ver que puede haber diferencias importantes entre los “bienes públicos”, que necesitan tratamiento distinto para superar las dificultades que encierran, y que no pueden reducirse a asignarles derechos de propiedad exclusivos o las normas de la autoridad pública.

Para apoyar mi tesis, revisaré brevemente algunos debates sobre los bienes colectivos y los problemas consecuentes de la acción colectiva, para demostrar que no es posible llegar a una solución que abarque todos los problemas. Demostraré luego que no es posible sostener la analogía, generalmente aceptada, entre propiedad intelectual y propiedad concreta, que lleva, entre otras cosas, como hemos visto, a la incoherencia de presentar la teoría del valor del trabajo como justificación y explicación de todo. Este análisis abre camino a otras reflexiones sobre la utilidad de establecer un ámbito para la propiedad de naturaleza diferente, que no se limita a la separación público/privado, según ejemplifica la obra de Adam Smith.

#### LOS DERECHOS DE PROPIEDAD Y LOS BIENES COMUNES

Lo dicho hasta aquí sirve para ubicar esta exposición, que procura ilustrar cuestiones sobre derechos de propiedad intelectual mediante analogías positivas o negativas con el movimiento de “cercamiento”, que elimina los bienes comunes; no obstante, el tema es problemático y se puede diagnosticar mal el problema. Tampoco ayuda que el análisis de recursos concretos que no son propiedad privada, sea también confuso. Especialmente los derechos de propiedad intelectual, por lo general, no corresponden a las hipótesis restrictivas de la concepción original sobre bienes públicos que se encuentra en *Logic of Collective Action* de Olson, que Hardin trae a colación

en su popular *Tragedy of the Commons*.<sup>34</sup> A causa del previsible uso excesivo de los bienes comunes, Hardin argumenta que la situación implica un Dilema del Prisionero con un número  $x$  de personas, para el cual sólo la imposición gubernamental o la privatización ofrecen solución. En consecuencia, sería de sorprender que estos errores conceptuales desaparecieran al transferirlos de los recursos tangibles a los intangibles.

Además, como sugiere el ejemplo del derecho romano, los problemas conceptuales son profundos; el criterio del dominio público es muy ambiguo en nuestra lengua moderna; buen ejemplo son las definiciones de diccionario. El *Oran's Dictionary of the Law*<sup>35</sup> dice que dominio público es tanto “tierra que posee el gobierno” cuanto “algo que cualquiera puede usar o algo que no está protegido por derecho de autor”. La primera acepción contiene un “propietario”; la segunda, sugiere que hay un propietario, que, se supone, está en el fondo de los problemas que encontramos.

Por último, si bien ciertos elementos del dominio intelectual no parecen aptos para la propiedad privada, hay quien asocia el conocimiento con los “bienes comunes” y el dominio público por medio de una analogía entre “medio ambiente” y “conocimiento”; ésta traslada al dominio del conocimiento conceptos que se habían desarrollado, originalmente, en el derecho ambiental.<sup>36</sup> No se necesita mucha elucubración para advertir que las cosas se vuelven confusas fácilmente, y que la mejor manera de aclarar malentendidos es comenzar con el análisis de lo “público”. “Como el medio ambiente —dice un distinguido abogado estadounidense—, es necesario inventar el dominio público antes de salvarlo”.<sup>37</sup>

Para hacerlo, podríamos empezar con Hardin. Muchas de las consecuencias graves que predice brotan de la fusión que establece entre el régimen de propiedad común en decadencia y la naturaleza pública del régimen bajo el cual se encuentra. Como en el caso de la propiedad común histórica, los “comunes” eran propiedad de un grupo determinado, cuyos miembros tenían acceso abierto a los recursos. Según el derecho romano, es importante distinguir entre *res communis* y *res nullius*. Ésta permanece abierta para todos (acceso abierto); por lo general, el abuso es la consecuencia de tal régimen, en el que “las cosas no son propiedad de nadie”. En tanto, la *res communis* está abierta sólo a los miembros de la comunidad. Por experiencia, sabemos que grupos constituidos desde antiguo pueden defi-

<sup>34</sup> Hardin, art. cit. Sobre el debate consecuente, véase David Feeney *et al.*, “The Tragedy of the Commons: Twenty Two Years Later”, *Human Ecology*, vol. 18, núm. 1, 1990, pp. 1-19.

<sup>35</sup> Daniel Oran y Mark Tosti, *Oran's Dictionary of the Law*, Albany, West Legal Studies, 2000, p. 392.

<sup>36</sup> Véase, por ejemplo, Litman, art. cit.

<sup>37</sup> Boyle, art. cit., p. 52.

nir prácticas para evitar el uso excesivo de una *res communis*, precisamente porque pueden resolver el problema del “acceso abierto” excluyendo a los de afuera y ejerciendo presión social en sus miembros si se exceden en lo que “toman”. Pueden incluso ejercer una sanción legal.<sup>38</sup> Como se advierte en los derechos de pastoreo de pueblos nómadas, esas prácticas consuetudinarias son bastante estables incluso si falta un gobierno central. Un destacado especialista en propiedad opina que con frecuencia observamos –a la inversa de Hardin– una “comedia” de los comunes; sobre todo si usamos, más que el humor, el criterio aristotélico que caracteriza a este género literario como uno de “final feliz”.<sup>39</sup>

El factor que debilita esos regímenes de propiedad común no se relaciona tanto con la dificultades de la acción colectiva como con el desarrollo tecnológico y el crecimiento de la población (o los “recién venidos”), que cambian los pilares de tales regímenes: la práctica habitual de limitar lo que se toma y el acceso. Naturalmente, pese a las limitaciones, a veces surgen dificultades a causa de la naturaleza de los recursos. Por ejemplo, los peces de mar o río no pueden enjaularse, lo que significa que estamos más cerca de un régimen de acceso abierto que de un acuerdo sobre propiedad común. Surgen, en casos como éste, problemas de ejecución, como el de la zona económica exclusiva en derecho internacional: a pesar de asignar derechos de propiedad exclusiva a Estados que tienen costas, la “solución” reproduce, en lo interno, el problema de un régimen abierto. En pocas palabras, asignar derechos de propiedad de poco sirve en esos casos, porque a menudo es inviable y da lugar a graves problemas de ejecución. Cuando, como en ámbitos más definidos, un recurso especial es más constante, la eficacia del régimen se sustenta en la habilidad para limitar la membresía y en presiones para conservar las costumbres. Ambos factores se encuentran en comunidades muy cerradas, como las poblaciones pesqueras de Bali y Maine.<sup>40</sup> No obstante, resultado de este argumento es que no hay relación automática entre recursos comunes y cualquier otro tipo de propiedad, a pesar de otras sugerencias.

Lo expuesto hasta aquí trae a colación tres cuestiones: malinterpretar la *Tragedia* de Hardin como producto de la naturaleza pública del problema, a lo que sigue la dicotomía simple entre bienes públicos y privados; el

<sup>38</sup> Sobre los casos de acción relacionados con los bienes comunes después de Bracton y antes de que el movimiento de cercamiento acabara con ellos, véase Daniel R. Coquillette, “Mosses from an Old Manse: Another Look at Some Historic Property Cases About the Environment”, *Cornell Law Review*, vol. 64, núm. 5, 1979, pp. 761-821.

<sup>39</sup> Véase Rose, “The Comedy of the Commons...”.

<sup>40</sup> James M. Acheson, *The Lobster Gangs of Maine*, Hanover, University Press of New England, 1988.

supuesto, también problemático, de que los conflictos de la acción colectiva consecuente son “dilemas del prisionero” generalizados; por último, la dudosa adecuación de fracaso del mercado expuesto por Olson. Es necesario analizar más estas cuestiones antes de discutir el asunto de los derechos intangibles comunes y los de propiedad intelectual.

Ya expuse, aunque de manera indirecta, el primer error en el argumento de Hardin: al comparar un acceso abierto con un recurso común no tratamos explícitamente con un bien público. La “tragedia” se debe a que la rivalidad en el consumo arruina el recurso. Como vimos, el acceso y uso restringido son a menudo la solución, a la inversa de los derechos de propiedad individual exclusiva. En ese ámbito, también es útil reflexionar sobre la naturaleza de “propiedad” y distinguir entre diversos tipos de derechos que pueden ser unitarios o en conjunto. Podemos distinguir así entre derechos de acceso, de extracción (derechos para adquirir recursos), de administración (derechos para regular los patrones en uso y transformar esos recursos mejorándolos), de exclusión (concediendo y quitando el acceso, y quitando derechos), de alienación (derecho de vender o rentar administración y derechos de exclusión).

Sólo el último derecho (propiedad total) contiene, al parecer, los demás, y los sistemas de propiedad que no tienen provisiones para alienar se consideran, en consecuencia, deficientes. Prescindiendo de las objeciones de Blackstone,<sup>41</sup> los beneficios que se obtienen de los sistemas de propiedad, que no tienen disposiciones para alienación muestran que no todos los derechos deben estar siempre juntos. Ejemplo es el sistema de propiedad común de una corporación, que distingue con claridad entre posesión y derechos de administración. Ocurre lo mismo, por ejemplo, con boletos mediante los cuales compramos el derecho de ingreso a un parque nacional, lo que no significa que podamos “reclamar” o tomar cualquier recurso que encontremos allí, cosa que está en realidad estrictamente prohibida. Más aún, el deber de dejar esos parques tan puros como sea posible –incluso desalojando a los nativos del lugar– los distingue de las *res communes*, que pertenecen al público. Tenemos en este caso, según opinión de un experto en propiedad, algo parecido al criterio de *res divini*, ya que, siendo propiedad de los dioses, nadie puede apropiarse de ellas; inspiran temor, porque explícitamente están en el terreno de lo “sagrado”.<sup>42</sup>

<sup>41</sup> S. W. Blackstone (*Commentaries on the Laws of England*, Chicago, University of Chicago Press, 2002, p. 2) define “propiedad” (con criterios muy de derecho romano) como “el dominio único y despótico... sobre las cosas externas del mundo, el cual excluye totalmente los derechos de cualquier otro individuo en el universo”.

<sup>42</sup> C. M. Rose, “Roman Roads and Romantic Creators: Traditions of Public Property in the Information Age”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 66, 2003, pp. 89-110.

Por lo demás, cuotas transferibles en algunos regímenes pesqueros autorizan traspasar un derecho de extracción a un *pescador* autorizado sin concederle derechos de administración o sin el poder de determinar a qué miembro de estos derechos exclusivos pertenece la apropiación del pescado o se los puede transferir. A la inversa de nuestra primera impresión de “plenitud” del poder concedido por los derechos de alienación, éstos no son de un mismo paño. Como demuestran casos de fideicomisarios, si uno puede tener derechos de acceso, extracción, administración, alienación, está sujeto con frecuencia a normas que limitan el ejercicio de esos derechos, en especial el último. Así también, en el derecho romano, aunque mediante el matrimonio el marido fuera propietario de la dote de su mujer, no podía venderla sin su consentimiento.<sup>43</sup>

El segundo error al sacar conclusiones de la *tragedia* es suponer que todos los bienes públicos dan lugar a problemas de acción colectiva del tipo Dilema del Prisionero, con los que se necesita privatización o intervención del gobierno. Con todo, sin mucho reflexionar se advierte que los problemas de la acción colectiva surgen de circunstancias diversas. Incluso hay casos que parecen juegos de coordinación en los que la racionalidad colectiva y la individual no se oponen. Por ejemplo, cuando acordamos sobre estándares técnicos comunes, pero no hay manera de coincidir por los costos irrecuperables del sistema que usamos, la cuestión no resuelta es si la privatización e intervención del gobierno son recursos más eficaces.

La privatización se sustenta en el supuesto de que la propiedad privada significa la inversión óptima *en y de* el uso de los recursos. Tal cosa no predomina en regímenes de acceso común sujetos a uso excesivo y poca inversión. Pero el argumento necesita el apoyo tácito de que los propietarios particulares piensan en el futuro y se interesan en conservar un estilo de vida particular. No obstante, nada en la lógica de la economía evitaría que un propietario obtuviera tanto como le fuera posible de un recurso –talar y quemar antes que interesarse en un producto sostenible–, en especial cuando se le abren otras alternativas y puede concebir esas posibilidades. En todo caso, la propiedad privada exclusiva no ha evitado la incursión corporativa o el preferir ganancias a corto plazo. Justamente porque la propiedad y los estilos de vida influyen uno en otro en muchos sentidos, hábitos comunes se desarrollan y sostiene aunque son muy vulnerables cuando chocan con otras concepciones sobre el estilo de vida y otros criterios de propiedad.

La intervención del gobierno, lo demuestra la historia, también puede ser problemática. En el siglo pasado, cuando aumentó la preocupación

<sup>43</sup> Véase *Gaii Institutionum*, II, 62, 63.

por conservar los recursos, las antiguas colonias protegieron sus derechos, reaccionando a intentos externos e internos (con frecuencia alentados por antiguos colonizadores) para definir derechos privados por medio de la nacionalización de tierras y aguas. En estas circunstancias, derechos comunitarios tradicionales, que tenían acceso y uso limitado, no se concedieron o perdieron su estatuto legal a causa del la herencia colonial. Como resultado, el gobierno se convirtió en el único propietario. Además, como el gobierno de las ex colonias era por lo común débil e ineficiente, los recursos —que en algún tiempo estuvieron bajo un régimen de propiedad común *de facto* mantenida por los “locales”— se convirtieron en régimen de ingreso abierto, porque el gobierno, como “propietario”, no ejerció, o no pudo ejercer, sus derechos de propiedad. Así pues, distinto del problema de que el gobierno pueda usar la propiedad de manera corrupta y conseguir clientes con la ayuda de fuentes públicas, el argumento se centra aquí en que incluso con las buenas intenciones de adoptar las “mejores prácticas” tomándolas de afuera, puede no llegar a los resultados deseados a menos que sean compatibles con los hábitos y prácticas prevalecientes. En este caso, el conocimiento local supera normas que, se supone, pueden aplicarse de manera universal.

Estas observaciones hacen dudar de que la propuesta clásica sobre los bienes públicos, surgida del argumento del fracaso del mercado, sea suficiente para aclarar los problemas complejos que encontramos en ese entorno. La dependencia en la teoría del juego no cooperativo elimina, por definición, los factores que facilitan la cooperación en el mundo real, como la comunicación, las promesas y la habilidad de identificar a los desertores y castigarlos por huir; en este caso es muy instructivo el trabajo de Ellickson.<sup>44</sup> Si comparar el comportamiento en el ámbito internacional con políticas internas está siempre cargado con analogías equivocadas, no significa que todas las restricciones sociales falten entre “individuos de autoridad soberana”, según sugiere el problema de la anarquía. En este caso, importan los detalles que definen la situación, lo mismo que la reglas institucionales.

Ejemplo de esto es que la actuación en secuencia de las promesas en el Dilema del Prisionero agrava el dilema, pero en los juegos de confianza mutua contribuyen a su solución. Las consecuencias de las reglas institucionales acrecientan nuestras dudas de que haya siempre, antes de escoger, una suma fija para distribuir entre los miembros cooperantes, creando así tendencias al abuso. En la negociación de salarios, puede ocurrir que el resultado sea mayor si participan más trabajadores. Si el acuerdo no cubre a

<sup>44</sup> Robert C. Ellickson, *Order without Law: How Neighbors Settle Disputes*, Cambridge, Harvard University Press, 1991.

todos los asalariados, sólo a los que forman parte del sindicato, podemos encontrar problemas en la acción colectiva, aunque estos problemas no sean los mismos que Olson encuentra entre tamaño de grupo y aprovechados. Además, lo que importa en esas situaciones son las creencias de los jugadores respecto a qué creen unos y otros, y en consecuencia son muy sensibles en cuanto a la información y están sujetos a costos importantes y asimetrías (en vez de simplemente dárselos a todos mediante el criterio de información total del análisis de la economía clásica). Por último, los cuellos de botella, o efectos asimétricos acumulativos, influyen mucho en la provisión de bienes públicos y cuestionan el supuesto clásico de la suma y sustitución de la contribución de cada miembro (cada unidad que se entrega al bien público se añade de manera igual al nivel general). Como demuestra la seguridad de los aeropuertos en la lucha contra el terrorismo, siempre hay un eslabón flojo (o quizá varios) donde la seguridad es laxa, sin respeto por el esfuerzo de los demás; es la “contribución menor” (ahorro de personal y equipo en un aeropuerto), que en realidad determina la proporción de bien público, es decir, la calidad de seguridad para todo el público.

Los problemas de la contaminación del aire o lluvia ácida son algo diferentes. Los depósitos de sulfuro en algún país son la suma de la contaminación propia y de la de otros países. Puesto que la contaminación propia puede ser grande, algunas tendencias independientes pueden frenarse, pero si los vientos dominantes favorecen a un país depositando sus contaminantes en otros, fracasará la cooperación. Así por ejemplo, la *Waldsterben* (devastación de los bosques de pino en Alemania y territorios del este) aumentó de manera alarmante porque los vientos traían nubes contaminantes de Francia, lo que a este país preocupaba poco. En ambos casos, a diferencia de lo que sugiere Olson, importa la forma en la suma de las contribuciones más que el tamaño del grupo, porque no se consigue sustitución perfecta.<sup>45</sup> Al respecto, las discusiones en los últimos dos o tres decenios han aclarado diversas cuestiones y corregido la idea de que hay talla única para proveer “bienes públicos”, lo que es más claro cuando en vez de bienes tangibles pensamos en los que se encuentran en el espacio virtual.

#### LAS TAREAS DEL GOBIERNO SEGÚN ADAM SMITH: OTRO ESTILO DE DOMINIO PÚBLICO

Volvamos al problema del principio, al argumento de Adam Smith, raro al parecer, de considerar la educación como tarea pública, aunque deman-

<sup>45</sup> Véase Sandler, *op. cit.*, caps. 1 y 2.



dase a la vez una solución privada para las carreteras.<sup>46</sup> Después de todo, *algunos aspectos* de la educación pueden tener ciertos elementos de “bien público”, como, por ejemplo, asistir a una conferencia, lo que no es competitivo. No obstante, quien no confunde transmitir información con educación advertirá que “enseñar” es, en esencia, un bien “privado”. Puesto que es importante durante el periodo de aprendizaje atender las necesidades de cada alumno, la educación es tema de mucha “rivalidad” en el tiempo del maestro.

Desde los romanos, los caminos se habían considerado *res communes*, probablemente porque era una forma de cooperación con la propiedad privada. Naturalmente, Smith no trata estos temas, sino que se concentra en la “virtud” de que el viajero pague por su uso y comparta los costos para mantener el sistema en buenas condiciones. Además, apuntaló su argumento al decir que si el soberano colectaba impuestos para conservar en buen estado los caminos públicos, no podía gastarlos en otra cosa. No obstante, como demuestra lo expuesto, los regímenes de propiedad privada y pública no se oponen, sino que se poyan y crean beneficios cuando trabajan juntos.

En lo que respecta a los dos argumentos de Smith sobre las carreteras, sólo el primero tiene elementos que conciernen al debate de los bienes públicos; el segundo se refiere al buen gobierno y a conservar un soberano “honesto”. Por lo demás, el ejemplo de la educación parece concentrarse en un tema totalmente diferente, que no nos permite ver un bien público común, elemento que comparte los otros ejemplos. Pero hay similitudes que atestiguan la naturaleza pública de ambos bienes, aunque en sentido totalmente distinto a lo que podría hacernos creer el debate sobre bienes públicos. Es necesario tratar brevemente sobre la propiedad tangible y luego sobre los bienes intangibles. Comenzaré con la tangible y examinaré los efectos de la cooperación entre “público” y “privado”.

Dije arriba que la difusión del conocimiento y la distribución de bienes tangibles mediante intercambio y comunicación dependen en esencia de que haya una red en la cual transcurran esas actividades. Los caminos que permiten esos intercambios, que están abiertos para todos (y que no representan algún tipo de propiedad común aunque exclusiva) son *res publicae* (no sólo *res communes*) y están en relación simbiótica con la propiedad privada. Es por eso que la propiedad de tierras es más valiosa cuando se garantiza acceso a carreteras públicas. Sólo así el excedente de productos puede entrar en el mercado y el intercambio permitiendo que se concreten

<sup>46</sup> Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations: Representative Selections*, v, 3, art. 1.

los beneficios de la división del trabajo. Por eso, lo que precede a todos los argumentos sobre intercambio no es sólo la asignación de derechos de propiedad, sino que haya una infraestructura sujeta a un régimen específico que nos permita aprovechar las economías de escala, las cuales mejoran a medida que más individuos usan las redes. En cierto sentido, sirve el dicho “cuantos más mejor”. Así pues, a pesar de los conflictos por uso y abuso frecuente, que señala el punto central en el análisis de regímenes abiertos, hay una dimensión muy distinta del público que podría darnos temas para reflexionar. Si concentramos la idea de “público” para obtener preguntas desde el punto de vista de los regímenes de propiedad excluyentes, sin tener en cuenta también sus efectos de escala y sus funciones sociales, habría grandes distorsiones.

Estas redes se crearon antes del triunfo del liberalismo y de su justificación de la posesión individual. El derecho romano es, quizá, la referencia más antigua en lo que se refiere a la soberanía territorial (*dominium*), a los argumentos de los mercantilistas y los defensores de monopolios naturales para apoyar “proyectos públicos”. Weber<sup>47</sup> y Hirshman<sup>48</sup> demostraron que el prejuicio de la “ciencia” económica según el modo naturalista tiende a olvidar la naturaleza histórica de sus antecedentes; aún más, oculta algunos elementos sólo visibles cuando cambiamos de perspectiva prescindiendo de esos conceptos que matizan el discurso actual, lo que es cierto en especial cuando cruzamos del territorio de los bienes tangibles al de los intangibles y examinamos las analogías a las que se recurre para enfrentar esos problemas.

Es necesario detenernos ahora en la similitud entre la educación que da conocimiento “público” y los ejemplos de caminos públicos y redes de información. Estas analogías destacan que es útil para todos “difundir la noticia” y conseguir que más gente participe en el intercambio de ideas, sometiéndolas a consideración. Éste no es sólo un elemento de la teoría democrática que John Stuart Mill<sup>49</sup> hizo popular, sino el *conocimiento de todo* concebido como información, ciencia o arte. En cuanto a la primera, el protocolo de la “información supercarretera” todavía se asocia a la red tradicional de caminos, lugares, ríos que pertenecían al dominio público; ciencia y arte también dependían del uso irrestricto de datos y artesanías, lo que tiene dimensión pública significativa. Así pues, la “originalidad” de

<sup>47</sup> Max Weber, “The Social Psychology of the World Religions”, en Hans Heinrich Gerth y C. Wright Mills (eds.), *From Max Weber: Essays in Sociology*, Nueva York, Oxford University Press, 1958, pp. 267-301.

<sup>48</sup> Albert O. Hirschman, *The Passions and the Interests: Political Arguments for Capitalism before Its Triumph*, Princeton, Princeton University Press, 1977.

<sup>49</sup> John Stuart Mill, *On Liberty*, ed. de David Spitz, Nueva York, Norton, 1975.

ambos campos depende tanto de lo que es posible combinar y experimentar libremente con formas e ideas que ya tenemos, cuanto de “trabajo” individual que debe remunerarse concediendo derechos de propiedad, que trascienden la vida de su creador.

No es difícil advertir que creatividad es muy diferente de talento personal o “genio”; y también es diferente de la concepción de “ideas”, si se tratan como estados psicológicos de una mente más que como partes de un discurso público. Aun si pensar es una actividad individual, cualquier sistema de significados, como al hablar una lengua, no puede reducirse a meros actos individuales, como frases o sonidos. Se trata más bien de una comunicación constante que incluye no sólo a otros, sino a un conjunto de conocimientos, teorías y experimentos, o formas de cultura desde la música de Mozart hasta personajes como el Quijote, Fausto e incluso Popeye o Mickey Mouse –por juntar lo sublime con lo ridículo. Así se distingue explícitamente de un bien privado que se “consume” y del que no habrá provisión suficiente si no se asignan derechos exclusivos de propiedad.

Legislaturas y cortes, al reconocer esta situación, procuraron asegurar ciertos beneficios que se obtienen del acceso irrestricto elaborando una doctrina del “uso honesto”. Pero intentos recientes en Estados Unidos (después de la consecuencias de *Eldred vs. Ashcroft*<sup>50</sup> y luego de daños importantes en las exenciones del “uso honesto” tradicional)<sup>51</sup> y en la Unión Europea<sup>52</sup> se orientan más a aumentar derechos de propiedad que a favorecer el dominio público. Este nuevo orden de prioridades puede añadir matices a importantes valores constitucionales, como la libertad de expresión, y establecer nuevos estándares para crear y difundir conocimiento y producción original. No es necesario ser partidario del

<sup>50</sup> Véase, por ejemplo, 123 S. Ct. 769 (2003) que apoya el *Copyright Terms Extension Act* (CTEA), según el cual incluso los autores desaparecidos (más bien sus herederos o alguien designado) pueden reclamar protección de los derechos de autor.

<sup>51</sup> Es el caso de Dmitry Sklyarov, programador ruso, que había desarrollado un programa para leer libros digitales, como Adobe había hecho con *Alice in Wonderland*. Según el Digital Millennium Copyright Act (Ley núm. 105-304, 112 Sta. 2860, 1998), ésta era una ofensa criminal que se castigaba con cárcel, porque evadía la licencia de Adobe por el equipo que permitía leer el libro. Véase Yochai Benkler, “Through the Looking Glass: Alice and the Constitutional Foundations of the Public Domain”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 66, núms. 1-2, 2003, pp. 173-224; y Pamela Samuelson, “Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to Be Revised”, *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 14, 1999, pp. 519-566.

<sup>52</sup> Directive 96/9/EC 11 de marzo, 1996, que sirvió como modelo para el tratado sobre bases de datos propuesto por el *World Intellectual Property Organization*, que protege cualquier compilación de datos siempre que el creador pueda mostrar “inversión sustantiva”. Véase más sobre el tema en R. Marlin-Bennett, *Knowledge Power: Intellectual Property, Information, and Privacy*, Boulder, Lynne Rienner, 2004, cap. 5.

movimiento *Open Source* para darse cuenta de que la teoría del valor del trabajo no puede justificar la “privatización” de trabajos creativos, que por tradición pertenecen al dominio público, porque no es posible aplicar el segundo miembro del que depende esa justificación: los peligros del uso excesivo.

El primer obstáculo era, quizá, la respuesta necesaria a las consecuencias desastrosas de un régimen de libre acceso –justamente porque los recursos tangibles están sujetos a rivalidades en el consumo–, pero no hay limitaciones cuando se trata de bienes intangibles. Al parecer, pues, puede haber cooperaciones importantes cuando este espacio está abierto a todos y cuando nuevos costos impuestos no obstruyen las transacciones.

Pero no hay que olvidar que la distinción entre “redes” y los “bienes” importantes para la *res publica*, es, al parecer, difícil de conservar en el espacio intelectual, donde los caminos, como los “medios” de comunicación y el contenido no pueden separarse fácilmente. Ingresar a la ruta de la información significa tener el bien listo para usarlo y que ningún artefacto o cosa tangible, como un libro, cambie de manos.<sup>53</sup> Buen ejemplo son las bibliotecas, que han llegado a convertirse en “reguladores de acceso” a la información más que en instituciones para préstamo de revistas y libros. Las editoriales venden menos libros, aunque pueden conseguir “rentas”, porque se niegan a vender, por ejemplo, un ejemplar de revista, pero ofrecen paquetes con varias publicaciones según acuerdo de licencia, lo que hacen de manera oficial por el efecto cooperativo de los paquetes; esos recursos tienden a aumentar el valor de los productos que se venderían de otra manera o para evitar la cancelación de suscripciones individuales, que justificarían solicitudes para bajar el precio.

## CONCLUSIONES

Estos ejemplos dan lugar a cantidad de nuevos problemas, que sirven como recordatorio útil: nuestras esperanzas están mal orientadas si encontrar *la* –incluso *una*– solución depende de dar con la analogía correcta. El examen cuidadoso de varios problemas relacionados debe hacerse caso por caso. El espectro amplio del derecho romano parece útil, porque advierte los errores de dicotomías tradicionales y obliga a pensar otra vez en problemas comunes. Borrando la distinción entre medios de comunicación (las antiguas “carreteras”) y “contenido” (el bien que se comercia), la solución

<sup>53</sup> Véase Charlotte Hess y E. Ostrom, “Ideas, Artifacts, and Facilities: Information as a Common-Pool Resource”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 66, núms. 1-2, 2003, pp. 111-146.

puede venir del *tiempo* más que del espacio, como ocurre con la legislación tradicional de patentes.<sup>54</sup>

No se protegía los productos que contenían conocimiento estándar (sin innovaciones) y no se concedían por mucho tiempo derechos exclusivos de propiedad (patentes, derechos de autor). Innovaciones y obras literarias ingresaban rápido al dominio público y permitían que la idea de una “República de las letras” no fuera sólo una aspiración, sino dominio común real y preocupación constante de sus miembros. El argumento de John Locke se resume en el memorándum para el parlamentario Edward Clarke del 2 de enero de 1693 (cuando estaba por renovarse la regulación sobre derechos de autor en la ley de licencias de 1662). Ahí se describen las objeciones contra el derecho de autor perpetuo y que siguiera concediéndose a la Compañía Papelera el monopolio sobre los clásicos latinos, que el gremio de los impresores tenía desde la primera ley de licencias.<sup>55</sup> También hoy, los “costos de transacción”, que son producto de la multiplicación de derechos de autor –tema de debates académicos e innovaciones, según advierten dos especialistas en cuestiones legales–, pueden preparar el terreno para una real “Tragedia de los *anticomunes*”.<sup>56</sup>

Es posible que el primer tiempo en la lucha por conservar el “conocimiento” como bien común se haya perdido, porque el criterio de conocimiento ubicado en la “confianza pública”<sup>57</sup> quedó absorbido en la legislación de derechos de autor que transfiere políticas de administración pública al dominio privado sustentándose en la racionalidad económica para acrecentar la riqueza. Cabe preguntar, sin embargo, si este argumento sobre “incentivos”, muy cuestionable, es persuasivo y no se sustenta en algunas falacias, y si es deseable el resultado de ese cambio en las normas del régimen básico. Por ejemplo, apenas es posible argüir que los derechos de autor a largo plazo serán incentivos suficientes para producir conocimiento. En todo caso, el académico que escribe artículos como parte de sus obligaciones tiene que ceder los derechos de autor a quien lo publica, quien se beneficiará con la extensión de derechos exclusivos. Además, la

<sup>54</sup> Trata bien el tema Carol M. Rose, “The Comedy of the Commons...” y “Roman Roads and Romantic Creators...”.

<sup>55</sup> Benjamin Rand, (ed.), *The Correspondence of John Locke and Edward Clarke*, Londres, Oxford University Press, 1927, p. 366.

<sup>56</sup> Véase Michael A. Heller y Rebecca S. Eisenberg, “Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research”, *Science*, vol. 280, 1998, pp. 698-701; especialmente, p. 698.

<sup>57</sup> Trata sobre la doctrina del derecho público y su aplicación para la consulta en bibliotecas sobre arte, documentos presidenciales e investigación científica, J. L. Sax, *Playing Darts with a Rembrandt: Public and Private Rights in Cultural Treasures*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1999.

universidad que, en cierto sentido, pagó la cuenta por la “producción” intelectual del artículo, tiene, según esta extraña lógica, que “volver a comprar” puesto que para tener accesos al texto se necesita una suscripción a la revista o una base de datos. ¡Vaya un incentivo para los que apoyan y producen conocimiento! Algo se pierde en este tipo de argumento a pesar de su popularidad.

Los recursos públicos (*public trust*) comparten dos cualidades: *a*) su naturaleza vaga, que los hace sujetos de trámites políticos y administrativos poco definidos; *b*) son parte constitutiva de comunidades o, por lo menos, de preocupaciones comunes constantes. Por ello será necesario un tratamiento más meticuloso en vez de transferirlos completamente al ámbito privado. En este caso son útiles los trabajos de Maureen Ryan sobre el régimen de propiedad en el ciberespacio<sup>58</sup> y los ensayos de Charlotte Hess y Elinor Ostrom.<sup>59</sup> Además, el movimiento *Open Source*<sup>60</sup> (y la *Negativland*, el arte colectivo para música experimental que emplea montajes),<sup>61</sup> a pesar de sus limitaciones y de su origen algo “elitista”, es una contrafactura sorprendente a la supuesta universalidad de los “incentivos” económicos, algo que no se puede ignorar sin riesgos.<sup>62</sup>

En tiempos donde parece que los valores se ubican cada vez más en lo que se “posee”, puede ser benéfico recordar que el mundo de lo “privado”, allí donde sólo se actúa por interés personal y se excluye a los demás sin pensar en cuánto se tiene en común con ellos, se pensó alguna vez como el mundo de los *idiotes*, de los individuos que, según el sentido original del término, no participaban en un mundo comunitario.

Traducción de MARTHA ELENA VENIER

<sup>58</sup> Maureen Ryan, “Cyberspace as Public Space: A Public Trust Paradigm for Copyright in a Digital World”, *Oregon Law Review*, vol. 79, núm. 3, 2000, pp. 647-720.

<sup>59</sup> Hess y Ostrom (eds.), *Understanding Knowledge as a Commons: From Theory to Practice*, Cambridge, MIT Press, 2007.

<sup>60</sup> Yochai Benkler, “Coases Penguin, or, Linux And ‘The Nature of the Firm’”, *Yale Law Journal*, vol. 112, núm. 3, 2002, pp. 369-446.

<sup>61</sup> Véase <http://www.negativland.com>

<sup>62</sup> Véase también la recomendación hecha por el President’s Information Technology Advisory Committee, en septiembre de 2000, para apoyar la apertura de programas y conservar el liderazgo de Estados Unidos en el desarrollo de *software*. Panel On Open Source Software For High End Computing, *Developing Open Source Software to Advance High End Computing*, reporte para el Presidente, Arlington, VA, President’s Information Technology Advisory Committee, octubre de 2000 (PITAC Reports), en <http://www.nitrd.gov/pubs/pitac/pres-oss-11sep00.pdf>

## BIBLIOGRAFÍA

- Acheson, James M., *The Lobster Gangs of Maine*, Hanover, University Press of New England, 1988.
- Bauer, Harry y Elisabetta Brighi (eds.), *Pragmatism in International Relations*, Londres, Routledge, 2008.
- Bell, Abraham y Gideon Parchomovsky, *Reconfiguring Property in Three Dimensions*, Filadelfia, Penn Law, 2007 (University of Pennsylvania Law School: Scholarship at Penn Law, Working Paper, 178).
- Benkler, Yochai, “Coases Penguin, or, Linux And ‘The Nature of the Firm’”, *Yale Law Journal*, vol. 112, núm. 3, 2002, pp. 369-446.
- , “Through the Looking Glass: Alice and the Constitutional Foundations of the Public Domain”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 66, núms. 1-2, 2003, pp. 173-224.
- Blackstone, S. W., *Commentaries on the Laws of England*, Chicago, University of Chicago Press, 2002.
- Boyle, James, *Shamans, Software, and Spleens: Law and the Construction of the Information Society*, Cambridge, Harvard University Press, 1996.
- , “Foreword: The Opposite of Property?”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 66, núms. 1-2, 2003, pp. 1-32.
- , “The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 66, 2003, pp. 33-74.
- Coquillette, Daniel R., “Mosses from an Old Manse: Another Look at Some Historic Property Cases About the Environment”, *Cornell Law Review*, vol. 64, núm. 5, 1979, pp. 761-821.
- Cox, Robert W., “Social Forces, State and World Orders: Beyond International Relations Theory”, *Millennium: Journal of International Studies*, vol. 10, núm. 2, 1981, pp. 126-155.
- Ellickson, Robert C., *Order without Law: How Neighbors Settle Disputes*, Cambridge, Harvard University Press, 1991.
- Feeney, David *et al.*, “The Tragedy of the Commons: Twenty Two Years Later”, *Human Ecology*, vol. 18, núm. 1, 1990, pp. 1-19.
- Friedrichs, Jörg y Friedrich Kratochwil, “On Acting and Knowing: How Pragmatism Can Advance International Relations Research and Methodology”, *International Organization*, vol. 63, núm. 4, 2009, pp. 701-731.
- Gaius, *Gaii Institutionum Iuris Civilis, Commentarii Quatuor: Or Elements of Roman Law*, ed. de Edward Poste, Oxford, Clarendon Press, 1871.
- Grotius, Hugo, *De Jure Belli Ac Pacis Libri Tres*, Oxford, Clarendon Press, 1925.
- Hardin, Garret, “The Tragedy of the Commons”, *Science*, vol. 162, 1968, pp. 1242-1248.
- Heller, Michael A. y Rebecca S. Eisenberg, “Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research”, *Science*, vol. 280, 1998, pp. 698-701.
- Hess, Charlotte y Elinor Ostrom, “Ideas, Artifacts, and Facilities: Information as a Common-Pool Resource”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 66, núms. 1-2, 2003, pp. 111-146.



- (eds.), *Understanding Knowledge as a Commons: From Theory to Practice*, Cambridge, MIT Press, 2007.
- Hirschman, Albert O., *The Passions and the Interests: Political Arguments for Capitalism before Its Triumph*, Princeton, Princeton University Press, 1977.
- Hume, David, *A Treatise of Human Nature*, en Henry Aiken (ed.), *Hume's Moral and Political Philosophy*, Darien, Conn., Hafner, 1970.
- Katzenstein, Peter y Rudra Sil, "Eclectic Theorizing in the Study and Practice of International Relations", en Christian Reus-Smit y Duncan Snidal (eds.), *The Oxford Handbook of International Relations*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 109-130.
- Kratochwil, Friedrich, "Global Governance and the Emergence of World Society", en Nathalie Karagiannis y Peter Wagner (eds.), *Varieties of World-Making: Beyond Globalization*, Liverpool, Liverpool University Press, 2007.
- , "Of False Promises and Good Bets: A Plea for a Pragmatic Approach to Theory Building", *Journal of International Relations and Development*, vol. 10, núm. 1, 2007, pp. 1-15.
- , "Of Communities, Gangs, Historicity and the Problem of Santa Claus: Replies to my Critics", *Journal of International Relations and Development*, vol. 10, núm. 1, 2007, pp. 57-78.
- , "Constructivism: What It Is (Not) and How It Matters", en Donatella de la Porta y Michael Keating (eds.), *Approaches and Methodologies in the Social Sciences: A Pluralist Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 80-98.
- Lange, David, "Recognizing the Public Domain", *Law and Contemporary Problems*, vol. 44, núm. 4, 1981, pp. 147-178.
- Lebow, Richard, "Social Sciences and Ethical Practice", *Journal of International Relations and Development*, vol. 10, núm. 1, 2007, pp. 16-24.
- Lessig, Lawrence, *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World*, Nueva York, Vintage, 2001.
- Litman, Jessica, "The Public Domain", *Emory Law Journal*, vol. 39, núm. 4, 1990, pp. 965-1024.
- Locke, John, *The Second Treatise of Government*, ed. de Peter Laslett, Nueva York, Mentor, 1965.
- Marlin-Bennett, Renée, *Knowledge Power: Intellectual Property, Information, and Privacy*, Boulder, Lynne Rienner, 2004.
- Mill, John Stuart, *On Liberty*, ed. de David Spitz, Nueva York, Norton, 1975.
- Moyle, J. B., *The Institutes of Justinian*, Oxford, 1913.
- National Academy of Sciences, *Proceedings of the Conference on Common Property Resource Management*, Washington, D. C., National Academy Press, 1986. Y, con más detalles sobre el tema, Elinor Ostrom, *The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.
- Olson, Mancur, *The Logic of Collective Action*, Cambridge, Harvard University Press, 1971.
- Oran, Daniel y Mark Tosti, *Oran's Dictionary of the Law*, Albany, West Legal Studies, 2000.



- Ostrom, Elinor, Roy Gardner y Jimmy Walker, *Rules, Games, and Common-Pool Resources*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1974.
- Panel On Open Source Software For High End Computing, *Developing Open Source Software to Advance High End Computing*, reporte para el Presidente, Arlington, VA, President's Information Technology Advisory Committee, octubre de 2000 (PITAC Reports), en <http://www.nitrd.gov/pubs/pitac/pres-oss-11sep00.pdf>
- Rand, Benjamin (ed.), *The Correspondence of John Locke and Edward Clarke*, Londres, Oxford University Press, 1927.
- Rose, Carol M., “The Comedy of the Commons: Custom, Commerce, and Inherently Public Property”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 53, núm. 3, 1986, pp. 711-781.
- , “Expanding the Choices for the Global Commons: Comparing Newfangled Tradable Allowances Schemes to Old-Fashioned Common Property Regimes”, *Duke Environmental Law & Policy Forum*, vol. 10, 1999, pp. 45-72.
- , “Roman Roads and Romantic Creators: Traditions of Public Property in the Information Age”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 66, 2003, pp. 89-110.
- Ryan, Maureen, “Cyberspace as Public Space: A Public Trust Paradigm for Copyright in a Digital World”, *Oregon Law Review*, vol. 79, núm. 3, 2000, pp. 647-720.
- Samuelson, Pamela, “Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to Be Revised”, *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 14, 1999, pp. 519-566.
- Sandler, Todd, *Global Collective Action*, Cambridge, University Press, 2004.
- Sax, J. L., *Playing Darts with a Rembrandt: Public and Private Rights in Cultural Treasures*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1999.
- Searle, John, *The Construction of Social Reality*, Londres, Penguin, 1999.
- Smith, Adam, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations: Representative Selections*, ed. de Bruce Mazlish, Indianápolis, Bobbs-Merrill, 1961.
- Suganami, Hidemi, “Friedrich Kratochwil's Pragmatic Search for a Theory of International Relations”, *Journal of International Relations and Development*, vol. 10, núm. 1, 2007, pp. 25-39.
- Toulmin, Stephen, *Return to Reason*, Cambridge, Harvard University Press, 2001.
- Weber, Max, “The Social Psychology of the World Religions”, en Hans Heinrich Gerth y C. Wright Mills (eds.), *From Max Weber: Essays in Sociology*, Nueva York, Oxford University Press, 1958, pp. 267-301.
- Wight, Colin, “Inside the Epistemological Cave all Bets Are off”, *Journal of International Relations and Development*, vol. 10, núm. 1, 2007, pp. 40-56.