

CONSIDERACIONES RAWLSIANAS SOBRE LOS MÉRITOS Y EL ACERVO COMÚN Y SU INCIDENCIA EN LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Juan Fernando CÓRDOBA MARENTES*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La propiedad intelectual en la filosofía liberal*. III. *El desarrollo del concepto de acervo común*. IV. *Acervo común en el pensamiento de Rawls*. V. *Acervo común, méritos y propiedad intelectual*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

En su *Teoría de la justicia*,¹ al explicar el alcance del principio de diferencia, John Rawls afirma que la distribución de talentos naturales conforma un acervo común (*common asset*) del que pueden obtener provecho los más talentosos siempre que con ello mejoren la situación de aquellos que no han contado con su suerte (Rawls, 1978: § 17, 124). Lo anterior se desprende del hecho, según sostiene Rawls, de que los talentos recibidos mediante una distribución arbitraria de la naturaleza son inmerecidos, por lo que se requiere de una compensación por parte de la sociedad a los menos afor-

* Universidad de La Sabana.

¹ En el análisis de la obra de Rawls se tuvo en cuenta tanto la versión original en inglés como la correspondiente en castellano, por lo que las citas se referirán a los números de secciones, que coinciden en una y otra versión, adicionándole la página de la correspondiente en castellano: Rawls, 1971. Las citas textuales se han extraído de la versión castellana.

tunados (Rawls, 1978: § 17, 123). Mientras que la distribución de talentos no puede considerarse justa o injusta, la sociedad sí estaría actuando con injusticia si no interviene para asegurar una compensación razonable y un adecuado uso del acervo común (Rawls, 1978: § 17, 124-125).²

Para Rawls:

...los favorecidos por la naturaleza no podrán obtener ganancia por el mero hecho de estar mejor dotados, sino solamente para cubrir los costos de su entrenamiento y educación y para usar sus dones de manera que también ayuden a los menos afortunados. Nadie merece una mayor capacidad natural ni tampoco un lugar inicial más favorable en la sociedad. Sin embargo, esto no es razón, por supuesto, para eliminar estas distinciones. Hay otra manera de hacerles frente. Más bien, lo que es posible es configurar la estructura básica de modo tal que estas contingencias funcionen a favor de los menos afortunados. Nos vemos así conducidos al principio de diferencia si queremos continuar el sistema social de manera que nadie obtenga beneficios o pérdidas debidos a su lugar arbitrario en la distribución de dones naturales o a su posición inicial en la sociedad, sin haber dado o recibido a cambio ventajas compensatorias (Rawls, 1978: § 17, 124).

² Las ideas de Rawls sobre el mérito y el acervo común parecen haber tenido su génesis en las concepciones religiosas que inicialmente defendió. En efecto, antes de haber sufrido el desencanto de la religión con el telón de fondo de la Segunda Guerra Mundial, Rawls había presentado su tesis de licenciatura en la Universidad de Princeton, *Consideraciones sobre el significado del pecado y la fe*, en donde expuso una serie de ideas filosóficas y teológicas en las que se pueden identificar, en estado germinal, varios de los conceptos que posteriormente desarrollaría en su pensamiento de madurez. Aunque algunas de esas concepciones pudieron tener origen en el cristianismo (Iglesias episcopaliana y metodista) que había practicado *convencionalmente* en el seno de su familia, lo cierto es que ellas se afianzaron espiritual y académicamente en sus últimos dos años de estudios universitarios, cuando incluso contempló la posibilidad de entrar en el seminario. Rawls narra este proceso de desilusión en el ensayo *On my religion*, que escribió en 1997, y cuyo texto fue encontrado y publicado después de su muerte. Versión en castellano en: Rawls, 2010: 285-293. Más adelante se harán algunas referencias adicionales a las ideas de Rawls que comenzaron a perfilarse en esta tesis.

Las ideas citadas, centrales en la teoría de la justicia distributiva de Rawls y predicables respecto de variados ámbitos de la vida social, se me antojaron particularmente aplicables a los fundamentos de la propiedad intelectual desde la primera vez que las leí, sobre todo porque los distintos sistemas de protección de la misma parecen haber sido contruidos a partir de la concepción contraria: se hace necesario recompensar a los creadores intelectuales por los méritos que se derivan de su labor creadora y por su contribución al desarrollo de la sociedad. Aunque el pensamiento de Rawls se inscribe dentro de la misma tradición liberal bajo la cual se configuraron los modernos regímenes de propiedad intelectual, lo cierto es que su propuesta política-filosófica debería llevar a la revisión de los principios que han sustentado históricamente a dichos sistemas de protección, como se verá a continuación.

II. LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA FILOSOFÍA LIBERAL

Recordemos que uno de los padres de la filosofía liberal, John Locke, en su *Segundo tratado sobre el gobierno civil* (1689), calificó a la propiedad privada como uno de aquellos derechos que posee el hombre en el *estado de naturaleza*, consecuencia de ser dueño de su propia persona y, por consiguiente, del trabajo de su cuerpo con el cual se ha apropiado de las cosas que ha encontrado en dicho estado. Para Locke, entonces, las cosas pertenecerían en común a todos los hombres en el estado de naturaleza (serían *res in commune*), pero al trabajar los hombres sobre ellas les añadirían algo de su propia persona (su talento o habilidades, si utilizáramos el lenguaje de Rawls), las harían suyas y excluirían de su disfrute a los demás, siempre que quedaran suficientes bienes para satisfacer las necesidades del resto de la humanidad. En otros apartados del mismo capítulo, Locke explicará que, dado que cada persona sólo sería capaz de apropiarse de aquello que trabaje, no existirían

conflictos sobre los bienes, porque no se acumularían excesivamente, en la medida en que sólo se utilizarían para suplir las propias necesidades y lo que excediera sería de los otros (Locke, 2010: § 31). Los problemas respecto de la propiedad sobrevendrían con el advenimiento del dinero, dado que, con su uso, algunos hombres tendrían capacidad de acumular cosas en exceso, requiriéndose, por tanto, de la definición de reglas y procedimientos por parte de la sociedad para dirimir las consecuentes disputas (Locke, 2010: § 45-51).

Aunque, como se observa, Locke no se refirió de manera expresa a la propiedad intelectual, varios apartados del capítulo dedicado a la propiedad han sido constantemente citados para definir la naturaleza jurídica de esta institución.³ Así, lo expresado por Locke en relación con la propiedad sobre los bienes materiales ha sido interpretado de manera análoga respecto de aquellos resultados de la creación intelectual, por lo que, a la luz de la teoría lockeana, los frutos del trabajo del autor, tanto de sus manos como de su mente, le pertenecerían a éste con el consecuente derecho a controlar la explotación de la obra resultante, así como a impedir la modificación o alteración de la misma sin su correspondiente autorización (Davies, 2002: 14).⁴ El hombre se apropiaría, por tanto, de las ideas y conocimientos que, en principio, eran comunes, pero que, en virtud de su trabajo, transformaría (cambiaría su forma o expresión) y les infundiría algo de su propia persona, mediante la generación de un vínculo entre él y la cosa. Esta última idea, la de la *huella* de la persona en la

³ *Cfr.*, entre otros: Merges, Menell & Lemley, 2007: 2-6; May, 2008: 27-28; Yen, 1990: 523; Pabón, 2009: 70; Plata, 2010: 185; Gordon, 1993: 1533, 1544-1545. Esta última autora critica la permanente referencia de académicos y jueces a la teoría de Locke para justificar su aplicación a la propiedad intelectual, sin examinar a fondo la teoría.

⁴ William Blackstone fue uno de los primeros en interpretar el pensamiento de Locke como aplicable a los derechos de los creadores al justificar el derecho del autor en su trabajo personal, que le permite ejercer una especie de ocupación estándole prohibido a los demás reproducir ejemplares de la obra sin su permiso: Blackstone, 1766: 405.

cosa —en este caso, la obra— sería, además, precursora del llamado derecho moral del autor, que comenzaría a desarrollarse en Francia y Alemania un siglo después.

Sin embargo, considero que el raciocinio de Locke adolece de varias fallas, que afectan necesariamente sus conclusiones. Por una parte, el vínculo que se genera entre la cosa y el hombre que ha trabajado para conseguirla, moldearla o disfrutarla, no es un vínculo jurídico propiamente dicho, sino, más bien, un lazo de carácter artístico o técnico. En efecto, no es posible atribuirle el carácter de propiedad a la simple decisión individual de apropiarse de una cosa mediante labores respecto de la misma. Si, efectivamente, éste fuera el resultado —la atribución de propiedad sobre una cosa que se ha trabajado— no sería consecuencia de un acto jurídico individual, sino de la ocurrencia del mismo en el marco de una decisión colectiva (política) que le ha reconocido a dicho sujeto la posibilidad de adquirir algo como consecuencia del trabajo desplegado. Una razón muy importante para que ello sólo pueda ser así es el presupuesto del que parte el mismo Locke; es decir, el carácter común que tienen los bienes antes de ser apropiados. Y es que, en su afán por justificar un título natural a la propiedad privada, el padre del liberalismo otorgó a las *res in commune* los mismos efectos de las *res nullius*; esto es, que pudieran ser adquiridas por la simple decisión individual de apropiárselas.

La revisión del concepto lockeano de propiedad tiene una clara incidencia en el de propiedad intelectual en general, y en el del derecho de autor en particular. Así, al tiempo que no se puede negar que la obra está ligada, de una u otra forma, a su autor, esto no implica, de suyo, que el solo hecho de la creación de la obra haga surgir un vínculo de naturaleza jurídica entre dicho sujeto y el producto resultante de su intelecto. La atribución jurídica de una obra a su autor será consecuencia de una decisión colectiva, orientada al bien común, mediante la cual se determinará que, para la satisfacción de objetivos importantes para la sociedad, es conveniente otorgar a dicho autor unas prerrogativas

especiales sobre su creación. Nuevamente, y con mayor claridad, se puede observar que los bienes utilizados en la producción de la obra, su materia prima (conocimientos, cultura, memoria, etcétera), son *res in commune* —o parte de un acervo común, en los términos utilizados por Rawls y otros filósofos, según se verá más adelante— por lo que no podrían ser apropiados individual y arbitrariamente, sin el consentimiento de la comunidad a la que pertenecen y sin referencia a su bien común.

No obstante las críticas que podemos hacer hoy en día a las ideas lockeanas que influyeron en la configuración de la propiedad intelectual, tanto éstas como las utilitaristas fueron determinantes en la manera como se estructuró la protección de la propiedad intelectual consagrada en la Constitución de los Estados Unidos de América. En dicha norma se otorgaron una serie de poderes generales al Congreso para establecer impuestos, acuñar moneda, declarar la guerra y “para promover el progreso de la ciencia y de las artes útiles, asegurando a los autores y a los inventores el derecho exclusivo, por plazos limitados, sobre sus respectivos escritos y descubrimientos”.⁵ De la lectura de esta *cláusula de propiedad intelectual*, como se le suele denominar, se ha inferido que los constituyentes norteamericanos quisieron proteger las nuevas creaciones en la medida en que dicha protección causara el mayor beneficio posible para la sociedad. En otras palabras, teniendo presente un fin o propósito —el progreso de la ciencia⁶ y de las artes útiles— se señaló el medio o mecanismo que sería utili-

⁵ Artículo (*section*) 8 de la primera parte. Nótese además que el autor de la primera enmienda (donde se consagra la libertad de expresión) y de la cláusula de *copyright* en la Constitución fue James Madison quien, al referirse a la misma, afirmó que “the public good fully coincides in both cases [autores e inventores] with the claims of individuals”, proponiendo entonces la necesidad de compensar estos dos intereses (Patry, 1995: 575; y Seltzer, 1978: 10).

⁶ Davies sostiene que el término *science* equivalía a *knowledge* o *learning* en la forma como lo mencionaba el Estatuto de la Reina Ana (Davies, 2002: 5). En el mismo sentido, Walterscheid, citando a Seidel, a Cohen y a Johnson, afirma que en el siglo XVIII el término *science* tenía ese equivalente (Walterscheid, 2002: 125 y 126).

zado para lograrlo, es decir, la garantía de los derechos exclusivos de autores e inventores por un plazo cierto (Seltzer, 1978: 8).⁷

La concepción estadounidense de propiedad intelectual, tal como quedó plasmada en su Constitución, se valió, entonces, del argumento individualista-liberal de la exclusividad de unos derechos en cabeza de los creadores, como reconocimiento a su labor, adicionándole unos propósitos relacionados con los beneficios sociales que se procuraban con la atribución de tales derechos.⁸ Y es que, a diferencia de las teorías individualistas, las utilitaristas partían de la necesaria interacción entre los distintos miembros de la sociedad, para el ejercicio de sus derechos. Así, la propiedad se entendía protegida y fundamentada en los acuerdos tácitos y consuetudinarios mediante los cuales se buscaba evitar las interferencias en el pacífico disfrute de las posesiones de unos y otros, facilitando de esa manera la convivencia de los asociados (Senftleben, 2004: 12). Al trasladar esta perspectiva utilitarista al ámbito de la propiedad intelectual, se materializó en la concesión de incentivos o derechos exclusivos a los creadores, con los que se pretendía fomentar una mayor producción científica y cultural que redundaría en beneficio de toda la sociedad.⁹ Por tanto, para que se cumplieran los fines antedichos era necesaria la introducción de otros medios legítimos que permitieran equilibrar los derechos de los creadores con los intereses de la sociedad,

⁷ El autor resume los elementos centrales de la norma referida así: 1) el propósito del *copyright* es beneficiar a la sociedad, 2) el mecanismo para conseguir este propósito es económico, 3) el instrumento de la sociedad para lograr este propósito es el autor. Por otro lado, sobre esta cláusula se expresó el presidente Lincoln afirmando que "...agregó la energía del interés al fuego del genio, en la producción de cosas nuevas y de utilidad" (Novak, 1997: 25).

⁸ Es generalizada la posición de la doctrina según la cual el régimen estadounidense de propiedad intelectual está sustentando en una filosofía utilitarista y de incentivos. Véase, por ejemplo, Moore, 1997: 65; Schechter & Thomas, 2003: 18; y Merges, Menell & Lemley, 2007: 10-11.

⁹ Esta concepción se ha utilizado para justificar distintas decisiones en material, de propiedad intelectual, dentro de las cuales una representativa es: *Mazer v. Stein* 347 U.S. 201 (1954).

siempre tratando de obtener el mayor beneficio o utilidad posible para las partes comprometidas, dando así origen a la doctrina que conocemos hoy como del *fair use* o de los usos honrados.

En cuanto al sistema de *droit d'auteur* francés, tradicionalmente se ha afirmado que, desde su origen, después de haber sido suspendidos todos los privilegios por la Asamblea Constituyente en medio de la Revolución francesa (Laligant, 1991: 3-5),¹⁰ éste se centró en los derechos del creador de la obra, considerados ellos como de carácter natural,¹¹ sagrado e inviolable, por lo que se distinguiría fundamentalmente del *copyright* porque no se encontraría basado en consideraciones utilitaristas, como las que caracterizan a este último (Lucas & Cámara, 2009: 22-23).¹² Sin embargo, a partir de la revisión de diversos documentos relevantes en la génesis del *droit d'auteur*, se puede afirmar que este sistema tuvo origen y propósitos similares al de *copyright*; es decir, que nació como un instrumento jurídico con un claro contenido eco-

¹⁰ El autor considera que, ante la abolición de los privilegios, era necesario definir la forma como habrían de protegerse los intereses de todos aquellos que antes estaban cubiertos por los privilegios, y que la forma como fue definido el derecho de autor fue consecuencia del principio de libertad, que le permite a toda persona expresarse sin el permiso de nadie, y de justicia, que exige que todo trabajo esté debidamente remunerado. Sobre la existencia de privilegios en Francia, las discusiones entre libreros de París y libreros de provincia y la influencia de juristas como D'Hericourt y pensadores como Diderot (ambos representando los intereses de los libreros de París), *cf.* Dock, 1974: 187-197; y Colombet, 1997: 2-3.

¹¹ Juana Marco Molina considera que la tesis iusnaturalista para calificar la propiedad del autor no es un rasgo exclusivo del derecho francés, sino que se puede calificar de un elemento común en el derecho europeo, por lo menos hasta finales del siglo XVIII (Molina, 1994: 132). Sin embargo, Davidson considera que no se debe confundir el concepto de derecho natural previsto en el derecho de autor francés —más referido a la personalidad del autor— con el del *copyright* angloamericano —con más énfasis en la propiedad— (Davidson, 2005: 620-623).

¹² Los autores citan además a Desbois, inspirador de la ley francesa de 1957, al afirmar que en Francia siempre se ha rechazado la idea de que las obras se protegen “en virtud de consideraciones de oportunidad, a fin de estimular la actividad literaria y artística” [en la obra de Desbois citada más adelante, § 449].

nómico¹³ en donde, además, se percibía el interés por fomentar la transmisión del conocimiento a los miembros de la sociedad.¹⁴

III. EL DESARROLLO DEL CONCEPTO DE ACERVO COMÚN

De acuerdo con el anterior recuento histórico, podemos observar la forma como se fue perfilando la protección de las creaciones intelectuales mediante la institución de la propiedad, con un carácter especial, del que se desprenden facultades de carácter moral y patrimonial. Si examinamos estas últimas facultades —las de carácter patrimonial— a la luz del concepto de acervo común, podremos afirmar que en la medida en que el derecho le reconoce al autor (persona) un título sobre aquello que sea consecuencia del ejercicio de su natural inclinación a buscar el desarrollo de bienes básicos o primarios como el trabajo, la libre expresión y el conocimiento, la obra o creación resultante será, hasta cierto punto, de su propiedad.¹⁵ Se dice que hasta cierto punto porque, después de todo, la obra no ha emanado exclusivamente de él.¹⁶ Aunque, por supuesto, es preciso reconocer su esfuerzo, trabajo e ingenio;

¹³ Cfr. Kerever, 1989: 4; Ginsburg, 1990-1991: 1014; Bécourt, 1990: 6; Senfleben, 2004: 9; Cámara, 1998: nota al pie núm. 2. Sobre la configuración del derecho de autor como un instrumento económico, véase además artículo de Pérez Gómez Tétrel, 2006-2007: 10.

¹⁴ En realidad, el carácter personalista del *droit d'auteur* se fue construyendo en la jurisprudencia francesa del siglo XIX y estuvo claramente influenciado por los estudios que se realizaron en Alemania, a partir del pensamiento de Kant y Hegel, según se verá en el siguiente acápite. Para una explicación más detallada cfr. Stengel, 2004: 84-ss.

¹⁵ Sobre el alcance del concepto de propiedad privada, Finnis considera que ésta consiste en otorgarle a su titular la primacía para usar y disfrutar de la cosa, en la medida en que esta disponibilidad acrecienta su razonable autonomía y le estimula a hacerla producir y a cuidarla (Finnis, 2011: 173).

¹⁶ Con razón, Hervada considera que el “hombre inventa (palabra que significa hallazgo, encontrar algo que ya estaba al menos en potencia) y no que crea (sacar algo de la nada). El hombre es inventor, no creador” (Hervada, 2002: 95).

es decir, sus talentos, al mismo tiempo es menester tener en cuenta que tanto su producción como sus talentos provienen, en mayor o menor medida, del acervo común de la humanidad y que, además, ayudarán a acrecentarlo (Ginsburg, 1997: 5; y Litman, 1990: 965 y ss).¹⁷

Podemos encontrar rastros de la idea de la propiedad como beneficiaria y tributaria de tal acervo en obras de representantes de otras líneas de pensamiento, más cercanas al realismo jurídico que a las ideas que fundamentarían el liberalismo. Así, por ejemplo, se encuentran indicios en la obra de Aristóteles cuando afirma que, por razones de mejor cuidado, es preferible que los bienes pertenezcan a particulares, pero que en el momento de su utilización se hagan comunes.¹⁸ Esta concepción es igualmente desarrollada por Tomás de Aquino, quien al responder a la cuestión de si es lícito a alguien tener una cosa como propia manifiesta que, cuando se trata de bienes exteriores, al hombre le corresponde usar y disfrutar de los mismos. Sin embargo, agrega, al usar y disfrutar de estas cosas no las debe considerar exclusivamente propias, sino que, por el contrario, debe tenerlas por comunes, de modo que cuando otros las necesiten, les puedan dar fácil participación (De Aquino, 1956: II-II, q. 66, a. 2; y Finnis, 1998: 189-190). Adicionalmente, al tratar de la conformación y uso de ese acervo de cosas comunes, sostiene que las cosas materiales o

¹⁷ Gervais anota que el mismo Locke reconoce la existencia de una correlación entre lo que un individuo debe a la sociedad y lo que ésta debe al individuo, aunque considera que deben reconocerse los esfuerzos que ha desplegado el individuo para crear o adaptar algo que estaba en el dominio público (Gervais, 2007: 16-17).

¹⁸ A esta conclusión llega, después de sostener entre otras cosas que un régimen de propiedad justo debe contar con las ventajas tanto de un sistema privado como de uno común: "...es preciso que en cierto modo la propiedad sea común, aunque sea en general privada. Así pues, los intereses, al estar repartidos, no causarán reclamaciones de unos contra otros, y rendirán más al aplicarse cada uno a lo suyo. Pero, gracias a la virtud, se obrará para su uso conforme al dicho 'las cosas de los amigos son comunes'... Pues aunque cada uno posea su propiedad privada realiza las cosas provechosas a sus amigos y se sirve de otras que le son comunes..." (Aristóteles, 2004: II, V).

inferiores —por contraposición a las espirituales— deben estar destinadas a satisfacer las necesidades de los hombres. De aquí se desprende, de acuerdo con el Aquinate, que la división y apropiación de las cosas, según el derecho de los hombres, no pueda impedir que con ellas se puedan satisfacer las necesidades de los hombres que lo requieran (De Aquino, 1956: II-II, q. 66, a. 7; y Finnis, 1998: 190-196). En tiempos modernos, Finnis también ha desarrollado el concepto de acervo común como condicionante de la propiedad privada al afirmar, respecto del titular de una cosa que, aunque detenta la posibilidad de usar ésta para satisfacer, de manera razonable, sus necesidades y las de sus dependientes, ese mismo propietario debe tener presente que el resto de la propiedad y de sus frutos los mantiene como parte del acervo común (*common stock*).¹⁹ Así, según Finnis, lo que inicialmente era común —las cosas en servicio de todos los hombres— ingresa a la órbita privada como consecuencia de algún acto de atribución, únicamente en la medida necesaria para satisfacer las propias necesidades, pero, en virtud del bien común, continúa haciendo parte de tal acervo común. El principal efecto de esta pertenencia al acervo común es que, aunque la cosa ha sido atribuida a una persona para su administración y control —pudiendo tenerla como propia—, ella no le pertenece para su exclusivo beneficio sino para el beneficio común (Finnis, 2011: 173).

IV. ACERVO COMÚN EN EL PENSAMIENTO DE RAWLS

Como se puede observar, el del acervo común no es un concepto nuevo o exclusivo de Rawls. Sin embargo, lo que sí puede con-

¹⁹ Aunque en las versiones castellanas se ha utilizado el término *acervo común* (y *activo común*) para los conceptos propuestos por Rawls y Finnis, nótese que el primero utilizó originalmente *common asset*, mientras que el segundo alude a *common stock*. Si se examina el significado de uno y otro en idioma inglés, se encontrará que, aunque no son totalmente sinónimos, sí hacen referencia a una realidad similar.

siderarse novedoso, según observamos en la parte inicial de este trabajo, es que no se haya referido dicho concepto a bienes, sino a talentos y habilidades y sugerir una especie de equiparación entre los más y los menos afortunados, restándole importancia al mérito de los primeros, tal como lo hace en *Teoría de la justicia*. Eso explica que esta particular propuesta de Rawls haya recibido críticas desde distintos flancos. Por ejemplo, están aquellos que, como Nozick, no confían en la posibilidad de sopesar o equilibrar los valores liberales clásicos de libertad e igualdad, y optan por renunciar a lo segundo, con todo lo que ello implica para la denominada *igualdad de recursos* e *igualdad material*. De ahí que Nozick criticara a Rawls por considerar que su visión del acervo común y la compensación requerida no se compadecía con el principio de autonomía de la persona, al tiempo que reafirmaba los derechos de toda persona, derechos de carácter inalienable, sobre los resultados de su trabajo, esfuerzo e inventiva, por lo que no sería posible subvalorar los méritos y logros personales que debían ser debidamente recompensados (Nozick, 1974: 224-227).²⁰ Por su parte, Sandel, desde el comunitarismo, presentó una contundente crítica a la manera como Rawls pretendía introducir la idea de acervo común, que suponía que cada individuo era tan sólo un depositario de méritos y no un poseedor de ellos, en contravía de los postulados liberales que el teórico de la justicia como equidad intentaba defender (Sandel, 2000: 91-134 y 217-227).

Seguramente movido por las críticas sobre el particular, en *Justice as Fairness* (2002) Rawls dedicó varias páginas a aclarar el concepto de la distribución de talentos como un acervo común. Veamos algunas de esas observaciones, que nos pueden ayudar a precisar mejor las ideas de Rawls sobre el tema que venimos analizando. En primer lugar, llama la atención que en esta obra utiliza menos los términos *talentos* y *habilidades* y más *dotaciones* o *endowments*, término que, aunque sinónimo abarcaría también otras realidades, como la riqueza y los bienes que se posean. Res-

²⁰ Sobre el concepto de mérito y recompensa en Rawls y Nozick, puede leerse: Cummiskey, 1987: 15-19.

pecto de las dotaciones que se puedan calificar como innatas, Rawls reitera que ellas son inmerecidas, afirmación que él califica como perogrullada (Rawls, 2002: § 21.1, 110). Para poner a prueba la obviedad de su afirmación, formula varias preguntas desafiantes sobre si se puede pensar que se merece haber nacido mejor dotado que otros; o si se merece haber nacido hombre en lugar de mujer; o si se merece haber nacido en una familia adinerada en lugar de haberlo hecho en una familia pobre.²¹ Rawls mismo contesta negativamente a sus propias preguntas y aclara que “una estructura básica que satisfaga el principio de diferencia recompensa a las personas, no por su lugar en la distribución sino por adiestrar y cultivar sus capacidades y por ponerlas a trabajar en aquello que contribuya al bien de los demás y al suyo propio” (Rawls, 2002: § 21.1, 110). Aquellos que actuaran de esta forma serían meritorios, desde la perspectiva de las expectativas legítimas (Rawls, 2002: § 21.1, 110).

Más adelante, Rawls responde a una de las críticas mencionadas, referida a la forma como el acervo común afectaría la autonomía personal. Aclara que lo que se puede considerar un acervo común es la distribución de las dotaciones innatas o naturales y no las dotaciones en sí mismas consideradas e individualizadas. De aquí que reafirme la integridad física y psicológica de

²¹ Esta idea ya había sido presentada en *Consideraciones...* al expresar, con evidente influencia del pensamiento luterano: “La persona humana, tras percibir que la revelación de la palabra es una condena del yo, desecha cualquier pensamiento acerca de sus propios méritos... No puede ya jactarse de sus buenas obras, de su destreza, porque sabe que son dones divinos. Cuanto más examina su vida, más mira en su interior con plena honestidad y más claramente percibe que todo cuanto tiene es un don. Supongamos que a ojos de la sociedad fuera un hombre de bien; a la sazón se dirá a sí mismo: ‘Eres un hombre cultivado, sí, pero ¿quién pagó tu educación?; eres un hombre bueno y honrado, sí, pero ¿quién te enseñó buenos modales y te proporcionó una buena fortuna de modo que no tuvieras que robar?; eres un hombre de talento afectuoso y no un ser despiadado, sí, pero ¿quién te educó en una buena familia, quién te dio cariño y afecto cuando eras pequeño de modo que crecieras sabiendo apreciar la gentileza y la bondad? ¿No deberías admitir que todo cuanto tienes te ha sido dado? Sé pues agradecido y abandona tu arrogancia’” (Rawls, 2010: 261).

las personas y sus correspondientes derechos y libertades básicas. Para Rawls, entonces, son las diferencias entre las personas, la manera desigual como se encuentran dotadas lo que realmente constituye el acervo común al que ha hecho referencia. La riqueza e importancia de este acervo común radicaría entonces en la forma como se podrían complementar y extraer ventajas de las diferencias entre talentos, similares a aquellas que han explicado los economistas con el principio de las ventajas comparativas (Rawls, 2002: § 21.3, 111).

Finalmente, para responder a las críticas respecto de la compensación que merecerían aquellas personas que han desarrollado positivamente sus dotaciones, Rawls expresa la necesidad de que el principio de diferencia vaya acompañado de reciprocidad, idea que ya había esbozado en *Liberalismo político*, y que consistiría en que a los mejor dotados o más afortunados en la distribución de dotaciones innatas se les estimule a obtener beneficios adicionales en la medida en que desarrollen sus dones y talentos, y de esa forma contribuyan al beneficio de los menos dotados o afortunados (Rawls, 2002: § 21.4, 112).

V. ACERVO COMÚN, MÉRITOS Y PROPIEDAD INTELECTUAL

Teniendo entonces presentes las discusiones sobre la existencia y los límites que impondría un acervo común de la humanidad y la idea de reciprocidad expuesta por Rawls, es posible afirmar que, en el campo de la llamada propiedad intelectual, se puede constatar que en la labor de *creación* de una obra se utilizan elementos que provienen de ese activo universal (ideas, conocimientos, memoria [Donald, 1991: 259-359], talentos, habilidades transmitidas, etcétera) y que sus resultados también lo acrecientan. En otras palabras, tanto autor como sociedad fungen como beneficiarios y tributarios en la dinámica de la aprehensión, transformación y divulgación de conocimiento. Sin embargo, una cosa es sostener que los bienes intelectuales se originan y hacen parte de un acervo

común, y otra bien distinta, negar los méritos, esfuerzos y sacrificios de quienes utilizan sus talentos para aprehender, transformar y divulgar esos productos del pensamiento. Sin llegar al extremo en el que se ubican Nozick y los grandes exponentes del liberalismo, que califican de inalienables los resultados del trabajo y la inventiva del hombre, es de justicia reconocer los méritos y contribuciones del autor en la determinación de lo que le corresponde en la explotación de la obra resultante, como lo aclara Rawls en *La justicia como equidad*, en desarrollo de la idea de reciprocidad. De ahí que, a pesar de las patentes diferencias con aquella que recae sobre bienes tangibles, no sea irrazonable atribuirle al autor una especie de propiedad,²² con sus consecuentes características de exclusividad y transmisibilidad, máxime cuando para él será más factible mirar como *propio* el objeto de su creación que hacer lo mismo con un bien material que le pertenezca. En todo caso, esta propiedad del autor sobre su obra, después de todo favorecida por el acervo común preexistente, tendría una índole similar a la fiduciaria, que supondría de parte del creador el deber de contribuir con el beneficio común, particularmente en el ámbito de los bienes relacionados, tales como el conocimiento y la libertad de expresión.²³

Sin embargo, el mundo ha cambiado desde que Rawls escribió su *Teoría de la justicia*, y los cambios se han sentido particular-

²² En la medida en que el autor puede considerar su creación como *propia*. No se trata aquí de equiparar completamente la relación autor-obra con la que puede tener una persona que ejerza el derecho real de propiedad sobre una cosa material. Colombet considera que la naturaleza del derecho de autor es *híbrida* en la medida en que respecto del patrimonial se puede calificar como de propiedad y respecto del derecho moral como un derecho de la personalidad. Lo anterior supone, por supuesto, la suscripción de la teoría dualista del derecho de autor (Colombet, 1997: § 21). Asimismo, Vivant considera que es más factible llamar propiedad al *copyright* que al derecho de autor del sistema latino-germánico. En todo caso, reconoce que en el derecho de autor se pueden encontrar elementos del derecho de propiedad, lo que no implica calificarlo como derecho humano (Vivant, 1997: 85).

²³ Lo dicho por Finnis se refiere, en general, a la propiedad privada (Finnis, 2011: 173).

mente en el ámbito de la propiedad intelectual. En los últimos cuarenta años, la propiedad intelectual ha pasado de ser un asunto regulado por los legisladores nacionales a ser uno de los temas más importantes en el contexto del derecho internacional, tal como lo muestra la adopción de distintos tratados en la materia, principalmente impulsados por los países más desarrollados; es decir, aquellos que representan a los grandes titulares de propiedad intelectual (los más aventajados), interesados en una protección cada vez más estricta. El comercio internacional ha ido convirtiendo, poco a poco, las otrora creaciones de la inventiva humana en simples *commodities*, cuyos términos de uso y explotación ocupan un lugar privilegiado en los tratados multilaterales y bilaterales de libre comercio. Las nuevas realidades tecnológicas también han generado nuevos desafíos: cuando Rawls publicó su *Teoría...*, Internet todavía era Arpanet, un proyecto militar estadounidense en el contexto de la guerra fría y no lo que ha llegado a ser hoy, una superautopista de información o la biblioteca universal con la que soñó Borges,²⁴ en la que todos nos consideramos legítimos para usar su contenido, sin contraprestación alguna.

Estos cambios han abierto nuevamente la discusión sobre cuál es la mejor forma como se pueden conseguir los fines de promoción y difusión del conocimiento en la sociedad, sin causar perjuicio a los intereses de los creadores y la industria que ayuda a difundir sus creaciones. En términos rawlsianos, cuál es la mejor forma de hacer efectivo el acervo común que constituye la distribución de dotaciones innatas, reconociendo al mismo tiempo una recompensa a aquellos que han sabido utilizar esas dotaciones en beneficio común. Por un lado, los defensores del derecho de autor consideran que un mayor conocimiento es consecuencia de la producción de una mayor cantidad de obras, y que ello sólo es posible cuando existe un marco jurídico que otorgue una debida protección al autor y a sus creaciones. Desde esta perspectiva, el sistema jurídico protector debe interpretarse de manera extensiva

²⁴ Cfr. el cuento de Borges, "La biblioteca de Babel", en *Ficciones*.

y preferente a favor del autor, y de forma restringida y limitada en relación con todas las demás personas que pretendan tener acceso a la obra. En particular, se sostiene que unos derechos más fuertes a favor del autor redundarán en un mayor estímulo para la creación de obras, mientras que su limitación a favor de terceros implicará un desincentivo a su labor creadora y, por tanto, a la generación de conocimiento.²⁵

Por otro lado, los críticos de los sistemas de derecho de autor pugnan por una significativa limitación de los derechos exclusivos de los autores y por una mayor o total libertad de utilización de sus creaciones, permitiendo así una amplia difusión del conocimiento. Esta posición está usualmente soportada en la prevalencia de los derechos fundamentales a la educación, a la información y a la libre expresión, entre otros.²⁶ En los últimos años, también se han ubicado en esta orilla de la discusión aquellos que buscan el reconocimiento de otros derechos *fundamentales*, como el acceso al conocimiento —*access to knowledge* o *A2K*, por su denominación y siglas en inglés— y el acceso a Internet.²⁷ Para todos ellos, el *conocimiento libre* se constituye en un poderoso motor de saber y transmisor de cultura, por lo que bajo esta concepción se alcanzarían mejor los fines de las sociedades democráticas en cuanto más personas accederían a más fuentes de conocimiento, y, en esa medida, habría más creadores y creaciones.²⁸

En todo caso, una de las principales causas por las cuales los defensores y detractores de los sistemas de derechos de autor no

²⁵ Strowel desarrolla con amplitud esta justificación basada en el estímulo personal al autor y su eficacia económica e influencia en el mercado (Strowel, 1993: 173-ss.; y Vivant, 1997: 69 y nota 10).

²⁶ *Cfr.*, por ejemplo, la descripción de los extremismos del *copyright* que hace Lessig (2004: 10).

²⁷ *Cfr.* reporte presentado a la Asamblea General de Naciones Unidas por Frank La Rue, relator para la promoción de la libertad de expresión y de opinión, 16 de mayo de 2011.

²⁸ Vivant menciona y califica de poco serias estas posiciones, que verían con buenos ojos la desaparición del derecho de autor, entendido como un obstáculo para el libre desarrollo del conocimiento (1997: 69 y nota 12).

logran un acuerdo sobre los mejores medios para promover el conocimiento es la multiplicidad de intereses adicionales y contrapuestos de los distintos actores involucrados, así como su falta de referencia a un bien común. En efecto, por más que se arguyan motivos de interés público en la protección de los derechos de los autores y de los titulares o en la mayor limitación de dichos derechos, si en los distintos miembros de la sociedad no se verifica la propia consecución de los bienes singulares relacionados (conocimiento, verdad, trabajo, juego, experiencia estética, etcétera) no se estaría logrando tampoco el bien común, como tampoco alcanzarían realmente esos bienes singulares si para su obtención no se ha buscado un fin superior, sino la afirmación absoluta de sus propios intereses, olvidando que entre dos bienes auténticos no puede existir oposición (Vigo, 1983: 169).²⁹ En suma, la discusión entre promotores y opositores de un derecho de autor menos limitado, entre enemigos y amigos de una mayor libertad en la utilización de obras y creaciones, se torna insalvable cuando ella se sustenta en el supuesto carácter absoluto³⁰ de los derechos e intereses que cada uno pretende defender. El debate, así planteado, deja de ser jurídico y racional y se transforma en mediático y visceral.³¹

Para resolver esta cuestión, se requiere de un acuerdo básico, como el que propone Rawls, sobre los intereses y valores que

²⁹ El autor retoma conceptos de la filosofía aristotélico-tomista para afirmar la imposibilidad de obstrucción entre dos bienes, cuando ellos son verdaderos y parte del bien común.

³⁰ El que los derechos e intereses involucrados en este debate se encuentren soportados en bienes humanos básicos no significa que ellos, por sí mismos, sean bienes humanos básicos. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que no debe existir ninguna preferencia arbitraria entre valores o bienes humanos básicos (Finnis, 2011: 105-106).

³¹ En la línea de pensamiento de Cruz Prados, se puede criticar esta clase de posturas como típicamente liberales individualistas, que terminan convirtiendo un problema práctico en un verdadero conflicto de derechos, otorgando mayor importancia al interés de cada cual, que a los fines comunes hacia los cuales deberían estar encaminados (Cruz Prados, 2006: 108 y 109).

comúnmente se quieren conseguir con un régimen autoral más o menos estricto, con unas libertades de información, expresión, etcétera más o menos amplias. Es preciso definir el contenido del bien común relacionado con estos derechos e intereses y la forma como él puede ser obtenido.³² Así, en la medida que se logre una mayor identidad de pretensiones relativas a la creación y aprovechamiento de las obras, se obtendrá un vínculo unificador más fuerte y aumentará la probabilidad de satisfacer esas aspiraciones compartidas redundando en beneficio de unos y otros.

Un acuerdo sobre este particular debe partir del entendimiento sobre el fin que se quiere lograr en conjunto y la manera como el derecho de autor y sus limitaciones pueden contribuir al bienestar integral de la sociedad, acrecentando y transformando lo que los distintos actores hagan individualmente, perfeccionando y conjugando sus fuerzas singulares de forma que los bienes que genera la creación y el disfrute de obras sean participados, a toda la comunidad, en el máximo grado posible.

En suma, las ideas de acervo común y de reciprocidad, iluminadas por el concepto de bien común, suponen, en el caso del derecho de autor, la ordenación de los distintos bienes individuales hacia un fin común para todos los actores involucrados;³³ por ejemplo, una justa retribución al trabajo realizado por el autor,

³² Sin la definición de un *ethos* común en materia de propiedad intelectual, no será posible definir qué postura y qué acción es racional. Sobre este tema, Cruz Prados afirma: “Para que quepa racionalidad práctica, es preciso la previa definición del *ethos* común, de lo que estamos haciendo juntos. Frente al normativismo, hay que afirmar que la definición del *ethos* precede y es condición de la formulación de las normas... El *ethos* no es una trama normativa, ni se constituye por suma de normas. Es algo que estamos haciendo, una praxis común; una forma real y concreta —y más o menos abarcante—, de actividad compartida, de vida común. Las normas, como auténticas reglas *prácticas*, sólo pueden surgir a partir de aquello en lo que consista el *ethos*” (Cruz Prados, 2006: 111).

³³ Sobre el particular, Vigo afirma que “son los mismos miembros de la comunidad, a través de sus diferenciados talentos y funciones los encargados de forjar y de usufructuar el bien común, además de lograr sus respectivos bienes individuales” (Vigo, 1983: 169).

el reconocimiento de la autoría de una obra o la posibilidad de acceder a la obra y usarla en condiciones equitativas; esto es, pagando un precio razonable o disfrutándola sin pago, según dicten las circunstancias particulares. El acuerdo político que se logre al respecto debe ser integral y armonizador, debe ayudar a que se realicen plenamente las distintas facetas de la vida humana, por lo que, en el caso del derecho de autor, debe abarcar y procurar la efectividad de derechos tan aparentemente disímiles como la cultura y la propiedad, la libertad de expresión y la honra. Y respecto a cada uno de ellos, atendiendo las específicas circunstancias históricas y sociales, conceptos como el del bien común influirán para que la obtención de los bienes relacionados sea perfecta y gradual, de unos bienes básicos, a unos intermedios, a otros más elevados. Así, el sistema de derecho de autor deberá permitir pasar de un nivel básico de educación a garantizar un desarrollo tecnológico más avanzado,³⁴ de estimular la creación de ciertas obras a incentivar, mediante políticas más ambiciosas y comprehensivas, la producción y disfrute masivo de las creaciones intelectuales. Podemos decir que estas propuestas, como algunas que hizo Rawls, no tienen asidero en la realidad que hoy estamos viviendo, en la que predomina la ambición de parte y parte, de grandes titulares de derechos que aspiran recibir pago por cualquier uso y los usuarios que sueñan con tener millones de canciones y videos en la memoria de su computador, aunque nunca los vayan a escuchar o a ver. Es cierto, puede ser que sea imposible lograr este acuerdo alrededor de la propiedad intelectual, pero creo que vale la pena intentarlo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ARISTÓTELES, (2004), *Política*, Madrid, Tecnos.

BÉCOURT, D. (1990), “La Revolución francesa y el derecho de autor: por un nuevo universalismo”, *Boletín de derecho de autor* (4).

³⁴ Una idea similar, aunque de manera general, propone Santiago (2002: 116).

- BLACKSTONE, W. (1766), *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, The Clarendon Press. Recuperado el 15 de 9 de 2012, de Google Books: http://books.google.com.co/books?id=u593727KjGgC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false.
- CÁMARA, P. (1998), *El derecho moral del autor*, Granada, Comares.
- COLOMBET, C. (1997), *Propriété littéraire et artistique et droit voisins*, París, Dalloz.
- CRUZ PRADOS, A. (2006), *Ethos y Polis: bases para una reconstrucción de la filosofía política*, Pamplona, Eunsa.
- CUMMISKEY, D. (1987), “Desert and Entitlement: A Rawlsian Consequentialist Account”, *Analysis* (1).
- DAVIES, G. (2002), *Copyright and the Public Interest*, Londres, Thomson Sweet & Maxwell.
- DAVINSON, B. (2005), “Lost in Translation: Distinguishing between French and Anglo-American Natural Rights in Literary Property, and How Dastar Proves that the Difference Still Matters”, *Cornell Intellectual Property Law Journal*, (38/583).
- DE AQUINO, T. (1956), *Suma Teológica*, Madrid, Católica.
- DOCK, M. C. (1974), “Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire”, *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, (79/127).
- DONALD, M. (1991), *Origins of Modern Mind*, Cambridge, Harvard University Press.
- FINNIS, J. (1998), *Aquinas, Moral, Political and Legal Theory*, Nueva York, Oxford University Press.
- (2011), *Natural Law and Natural Rights*, Nueva York, Oxford University Press,
- GERVAIS, D. (2007), “Intellectual Property and Human Rights: Learning to Live Together”, en TORREMANS, P. L., *Intellectual Property and Human Rights*, La Haya, Kluwer Law International.
- GINSBURG, J. C. (1990-91), “A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America”, *Tulane Law Review*, (64/5).

- (1997), “Author and Users in Copyright”, *Copyright Society of U.S.A.*, (45/1).
- GORDON, W. J. (1993), “A property right in self-expression: equality and individualism in the material law of intellectual property”, *Yale Law Journal* (2/7).
- HERVADA, J. (2002), *¿Qué es el derecho?*, Pamplona, Eunsa.
- KEREVER, A. (1989), “Révolution française et droit d’auteur”, *Revue Internationale du Droit d’Auteur* (141).
- LALIGANT, O. (1991), “La Révolution française et le droit d’auteur ou perennité de l’object de la protection”, *Revue Internationale du Droit d’Auteur*, 79 (147).
- LESSIG, L. (2004), “The Creative Commons”, *Montana Law Review*, (65).
- LITMAN, J. (1990), “Jessica Litman, The Public Domain”, *Emory Law Journal*, 39 (965).
- LOCKE, J. (2010), *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Madrid, Tecnos.
- LUCAS, A., & Cámara, P. (2009), “Por una interpretación razonable de la regla de los tres pasos”, *Pe.i. revista de propiedad intelectual*, 33 (13).
- MARCO, J. M. (1994), “Bases históricas y filosóficas del derecho de autor”, *Anuario de Derecho Civil* (121).
- MAY, C. (2008), *The Global Political Economy of Intellectual Property Rights*, Nueva York, Routledge.
- MERGES, R. P. et al. (2007), *Intellectual property in new technological age*, Nueva York, Aspen Publisher, Wolters Kluwer & Business.
- MOORE, A. (1997), “A Lockean Theory of Intellectual Property”, *Hamline Review*, 21 (56).
- NOVAK, M. (1997), *El fuego de la inventiva y la energía del interés: sobre la propiedad intelectual*, Buenos Aires, Fundación República para una Nueva Generación.
- NOZICK, R. (1974), *Anarchy, State, and Utopia*, Nueva York, Basic Books.

- PABÓN, J. A. (2009), “Aproximación a la historia del derecho de autor”, *La propiedad inmaterial*, 13 (59).
- PATRY, W. F. (1995), *The fair use privilege in copyright law*, Washington (D.C.), Bureau of National Affairs.
- PÉREZ GÓMEZ TRÉTEL, A. M. (2006-2007), “El análisis económico del derecho de autor y del *copyright*, un estudio del equilibrio entre los intereses público y privado”, *La propiedad inmaterial* (10-11).
- PLATA, L. C. (2010), *Responsabilidad civil por infracciones al derecho de autor*, Barranquilla, Ediciones Uninorte & Gustavo Ibáñez.
- RAWLS, J. (1971), *A Theory of Justice*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press.
- (1978), *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica.
- (2010), *Consideraciones sobre el significado del pecado y la fe y Sobre mi religión*, Barcelona, Paidós.
- (2002), *La justicia como equidad: una reformulación*, Barcelona, Paidós.
- SANDEL, M. (2000), *El liberalismo y los límites de la justicia*, Barcelona, Gedisa.
- SANTIAGO, A. (2002), *Bien común y derecho constitucional*, Buenos Aires, Ábaco.
- SCHECHTER, R. E., & Thomas, J. R. (2003), *Intellectual property: the law of copyrights, patents, and trademarks*, St. Paul, Thomson & West.
- SELTZER, L. E. (1978), *Exemptions and Fair Use in Copyright: the Exclusive Rights Tension in the 1976 Copyright Act*, Cambridge, Harvard University Press.
- SENFLEBEN, M. (2004), *Copyright, limitations and the three-step test: An Analysis of the Three-step Test in International and EC Copyright Law*. La Haya: Kluwer Law International.
- STENGEL, D., “La propiedad intelectual en la filosofía”, *La propiedad inmaterial*, 8 (71).

- STROWEL, A. (1993), *Droit d'auteur et copyright: divergences et convergences*, París-Bruselas, Bruylant-LGDJ.
- VIGO, R. L. (1983), *Las causas del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- VIVANT, M. (1997), “Le droit d’auteur, un droit de l’homme?”, *Revue Internationale du Droit d’Auteur* (174).
- WALTERSCHEID (2002), *The Nature of the Intellectual Property Clause: A Study in Historical Perspective*, Buffalo, William S Hein & Co.
- YEN, A. (1990), “Restoring the Natural Law: Copyright as Labor and Possession”, *Ohio State Law Journal*, 51 (517).