

APUNTES SOBRE EL CONCEPTO DE COPYRIGHT*

Alberto Benegas Lynch (h)**

Este ensayo muestra que la asignación de derechos de propiedad solo tiene sentido allí donde hay escasez, al efecto de conocer en qué áreas deben ser colocados los recursos y cuáles las manos que deben administrarlos circunstancialmente. Siguiendo la tradición iniciada por Arnold Plant en la década de 1930 en la London School of Economics y, más contemporáneamente, por pensadores como Friedrich A. Hayek, el autor señala que el establecimiento de copyrights convierte artificialmente en escaso algo que por su naturaleza no lo es y, por ende, en su opinión, no resulta posible introducir en este contexto “contratos de adhesión”. El autor somete sus conclusiones a discusión con destacados exponentes de la posición contraria para que el lector saque sus propias conclusiones.

“The cry for copyright is the cry of men who are not satisfied with being paid for their work once, but insist upon being paid twice, thrice, and a dozen times over”.

George Bernard Shaw

Revista de Economía y Derecho, vol. 7, nro. 27 (invierno de 2010). Copyright © Sociedad de Economía y Derecho UPC. Todos los derechos reservados.

* El autor agradece los valiosos comentarios de Henri Lepage y Julio Cole cuando este trabajo era aún un proyecto lejano, lo cual no significa que compartan las reflexiones y las conclusiones que aquí se exponen.

** Profesor en la Maestría de Economía y Derecho de la Universidad de Buenos Aires, miembro de la Academia Nacional de Ciencias Económicas de su país y de numerosas asociaciones internacionales, profesor emérito de Eseade y autor de quince libros y seis más en colaboración. Este ensayo fue presentado originalmente en el seno de la Academia Nacional de Ciencias de Argentina en 1998 y publicado el mismo año por esa entidad con palabras introductorias de Julio H. G. Olivera y reproducido por otras revistas académicas.

“Once published with his consent, an author’s work is destined irretrievably for the public domain”.

Arnold Plant

Dado que nuestro conocimiento es sumamente restringido, todos los temas están abiertos a un proceso evolutivo en el que se teje una compleja trama de refutaciones y corroboraciones provisionarias, lo cual permite reducir en algo nuestra ignorancia. Los llamados “derechos intelectuales de propiedad” no están exentos de estas controversias. Muy por el contrario, se trata de un tema especialmente controversial: en este campo, aun dentro de una misma tradición de pensamiento, hay posturas diversas y hasta opuestas¹. Por eso es que en el debate que aquí presentamos recurrimos a tres opiniones que consideramos entre las de mayor peso para contradecir la tesis que intentamos sostener en estas líneas. Este es el procedimiento más adecuado para sacar la mejor partida posible del asunto tratado en vistas a pasar de momento la prueba o quedar en el camino. En cualquier caso, pensamos que se habrá puesto algo de luz en este tema que revela tantas facetas y resulta tan intrincado. Abrimos aquí un debate presentando las posturas en conflicto del modo más persuasivo posible para que el lector saque sus propias conclusiones, que, al igual que las nuestras, son provisionarias y abiertas a otras posibles refutaciones o corroboraciones transitorias. Las verdades aparecen como provisionarias en el contexto de un arduo peregrinaje a través de teorías rivales en la esperanza de aumentar nuestros conocimientos.

Dentro de los antedichos derechos se incluyen las patentes, las marcas (a veces aparece la subclasificación de diseño industrial) y los *copyrights*. En este breve ensayo circunscribiremos nuestra atención a este último concepto –el derecho de copia–, que en algunas oportunidades se ha considerado conveniente diferenciarlo del derecho de autor, el cual, en este contexto, se limita a que lo escrito por este le pertenece en el sentido de que si el texto apareciera sin su firma o con otra sin la expresa autorización del autor se estaría incurriendo en plagio, fraude, trampa o piratería².

Aunque en diversas ocasiones se ejercieron diversos tipos de controles sobre copistas de manuscritos, puede considerarse que un antecedente remoto del *copyright* surgió en Europa poco después del establecimiento de la imprenta. Se trataba de prebendas otorgadas por los monarcas, básicamente como un instrumento de censura. Pero nada

era seguro bajo ese régimen, incluso muchas veces se otorgaba el permiso para publicar que luego era revocado, como es el caso célebre que relata John M. Bury sobre Galileo: “Escribió un tratado sobre los dos sistemas, –el ptoloméico y el copernicano– en forma de Diálogos, en cuyo prefacio se declara que el propósito es explicar los pros y los contras de las dos opiniones. Recibió un permiso, definitivo, se figuraba él, para imprimirlo, del padre Ricardi, director del Sacro Palacio. [...] Desaprobado, no obstante, por el Papa, una comisión examinó el libro, citándose a Galileo ante la Inquisición”³. En 1624 ese poder pasó al Parlamento, primero en Inglaterra y luego en otros países, pero el *copyright* propiamente dicho recién hace su aparición en el siglo XVIII, a través de la legislación que prohibía la reproducción y la venta de trabajos escritos y registrados a tal fin, aunque los primeros debates sobre la extensión de la propiedad a la creación intelectual como bien intangible aparecen con la Revolución francesa⁴. Boudewijn Bouckaert explica que:

“Durante el *ancien régime* se desarrollaron algunas protecciones para artistas e inventores, pero eran consideradas en general excepcionales. Cada protección era caratulada como un privilegio, lo cual quería decir literalmente una ley especial (*privata lex*), una medida concebida para una persona específica. Por ejemplo, la ciudad de Venecia le concedió a Aldo Manuce el privilegio de imprimir con letras itálicas, y como una retribución por esa invención, el privilegio monopólico de imprimir las obras de Aristóteles. [...] La noción de la propiedad artística (*propriété littéraire*) apareció en Francia durante el siglo XVIII en el contexto de la lucha entre autores contra los privilegios reales. Dichos privilegios eran otorgados por los reyes a las compañías editoras en París. Los autores reclamaban el derecho a vender sus manuscritos a los editores o, incluso, editar e imprimir los documentos directamente ellos. Invocaron el concepto de la propiedad de sus producciones artísticas –sus manuscritos–. Este derecho de propiedad implicaba el derecho de vender sus productos a quienes quisieran. Estos reclamos reflejaban la aversión generalizada entre los intelectuales del siglo XVIII hacia los controles reales sobre la producción intelectual. De hecho, los autores demandaban nada más que la libertad individual de elegir los socios con quienes contratar respecto de la edición e impresión de sus manuscritos. Sin embargo, las demandas de los autores se extendieron más allá de sus libertades individuales. Los autores también pidieron que la exclusividad para editar, imprimir y vender, que estaba implícita

en los privilegios reales, debía generalizarse a todas las compañías con las que los autores hacían contratos. No consideraron esta exclusividad como inherentemente mala. Solamente rechazaron que la otorgara el rey a su arbitrio”⁵.

La legislación de *copyrights* no se adoptó en todas partes al mismo tiempo, por ejemplo, como hace notar Arnold Plant, hasta mediados del siglo XIX, en Estados Unidos, cualquiera podía reproducir las obras que quisiera⁶. Entre otros aspectos, el mismo autor alude a dos puntos de gran importancia en conexión con este tema⁷. En primer término, sostiene que la asignación de derechos de propiedad tiene sentido cuando existe escasez, a los efectos de establecer los destinos y las prioridades correspondientes según indique el mecanismo de precios, pero, en el caso que nos ocupa, Plant –igual que las opiniones anteriores de autores como Benjamin Tucker, William Hanson y James Walker⁸ y, más recientemente, Friedrich A. Hayek⁹ y Tom G. Palmer¹⁰– subraya que la legislación crea artificialmente esa escasez. Lo que alguien escribe y publica (hace público) no se asimila a un juego de suma cero sino que es de suma positiva: mucha gente puede estar en posesión de la construcción literaria simultáneamente, no es como una mesa específica que la tiene uno o la tiene otro. En el caso que nos ocupa, algo puede estar en la mente del creador y, al mismo tiempo, en la mente de muchos otros, no es un bien finito como el caso de la mesa. Por ende, no hay necesidad de asignar recursos según sean las prioridades prevalentes.

Si prestamos debida atención a esta argumentación, concluimos que en ausencia de la legislación que prohíbe la reproducción, no resulta posible imponer la figura de un contrato implícito¹¹ referido a “derechos intelectuales”. No tiene sentido asignar derechos de propiedad allí donde hay para todos, cuando se publica (se hace público), entra en el dominio público. Un contrato a título oneroso involucra transacciones de derechos de propiedad, si no hay propiedad no hay contrato que puede reconocerse como implícito. Ahora bien, cuando una creación literaria está en la mente de su creador, este desde luego tiene todo el derecho de retenerla y no hacerla pública. También puede decidir vendérsela a un editor y si esta transacción se realiza por un precio es debido a que en ese momento –antes de hacerse público– se trata de un bien escaso (el editor no está comprando simplemente papel y tinta, sino un contenido que valora y es escaso). La transacción se puede llevar a cabo de muy diversas maneras, una de ellas es, por ejemplo,

a través de una suma al contado. En este caso el autor se deshace de su propiedad que ahora le pertenece al editor, quien al momento es el único autorizado para hacerla pública. El editor puede decidir retenerla y no publicarla si es que esa posibilidad estuviera contemplada en el arreglo contractual. Si optara por esta variante seguiría siendo un bien escaso, pero, si decidiera publicar el libro, el bien dejaría de ser escaso, no porque el libro físico sea escaso sino porque el contenido puede estar simultáneamente en todas las mentes que tengan acceso a él, sin que las que lo conocían con anterioridad tengan que renunciar a ese contenido. Si el editor es hábil, hará una distribución tal, pondrá un precio y cubrirá distintas calidades de edición para minimizar el riesgo de que otros lo reproduzcan y entren al mercado, pero, por las razones expuestas, no podría prohibir que lo hicieran.

Otra forma de operar podría ser que el autor conviniera con el editor el cobro de *royalties* por los ejemplares que venda o una combinación de este último procedimiento y el pago adelantado o cualquier otro procedimiento que surja en el mercado y que satisfaga a las partes en el contexto de un proceso evolutivo y abierto. Lo dicho hasta aquí no quiere decir que al autor eventualmente no le gustaría excluir a los que no le paguen directamente, lo cual puede resultar en definitiva posible en el futuro debido a cambios tecnológicos que permitan dicha exclusión, del mismo modo que pueden resolverse casos en los que actualmente aparecen *free-riders*¹² (Plant conjetura que, si se les diera el poder suficiente, también los editores estarían satisfechos si pudieran controlar la oferta de libros de la competencia¹³). En ausencia de *copyrights*, una vez que se pone un material abierto en internet no hay forma de alegar un contrato “implícito”, el receptor tiene derecho a usarlo y reproducirlo, pero en este caso la tecnología revela que resulta posible excluir, esto es, obligar al usuario a pagar: aparece un *password* a través del cual se pueden acordar las condiciones del pago por el servicio recibido (o, en su caso, la obra vendida), lo cual no quiere decir que una vez que se hizo pública pueda reclamarse derechos de propiedad sobre el material ofrecido.

Debe distinguirse el derecho de propiedad del bien físico (libro, *software* o lo que fuere), por un lado, y el dinero entregado a cambio, por otro, de aquello que ha dado en llamarse “derechos de propiedad intelectual”. Es esto último sobre lo que no cabe un arreglo contractual implícito. Por esto es que quienes fotocopian un libro o reproducen un casete o un *soft* no son estafadores. En otro orden de cosas, el con-

cepto de marcas resulta de una naturaleza distinta, puesto que, al igual que los nombres propios, su utilización sin la debida autorización del titular significa un fraude, puesto que se engaña aparentando algo que no es. De la misma manera, la violación de lo que comúnmente se denomina información confidencial tiene otro carácter, ya que de lo que aquí se trata es que, de común acuerdo, se convino mantener en reserva y no difundir algo que finalmente se filtró deliberadamente: se trata de un bien escaso que se intenta no hacerlo público. Es en este sentido posible convenir la entrega de determinado material con la condición de que no se reproduzca, lo que no tiene sentido es que, simultáneamente, se haga público (se publique), puesto que, como se ha dicho, así entra automáticamente en el dominio público.

Hay una interesante producción cinematográfica titulada *The Gods Must Be Crazy*, que, en este contexto, comenta Ejan Mackaay¹⁴. Fue dirigida por Jamie Uys y estrenada a comienzos de 1981. La parte que nos interesa aquí es la referida a la historia de una tribu primitiva cuyos integrantes eran poco numerosos y, a pesar de ser contemporáneos a nosotros, se mantenían en una situación de atraso debido a su aislamiento. Como consecuencia de que el predio en que desarrollaban sus vidas era relativamente extenso, podían conseguir de la naturaleza los bienes indispensables para subsistir en cantidades que excedían a sus demandas. Esta situación se la atribuían a la bondad de los dioses que, según ellos, todos los días reponían lo necesario. Un día sobrevoló la zona un piloto solitario, quien, después de terminar una bebida, arrojó la lata por la ventana de su pequeño avión, la cual fue a dar en las tierras que circunstancialmente ocupaba la reducida población a que nos referimos. Este peculiar instrumento, a los ojos de los pobladores, también les cayó del cielo. Era otro regalo de los dioses aunque esta vez se lo disputaban todos: los chicos para jugar, las mujeres para cocinar alimentos, los hombres como arma de defensa, etcétera. Por primera vez tuvieron noción de la escasez y, por tanto, se vieron en la obligación de discutir normas para su asignación, dado que todos no podían utilizarlo al mismo tiempo y había que establecer prioridades en cuanto a los distintos usos posibles. Después de largos conciliábulos decidieron destruir lo que consideraban un artefacto misterioso y malévolo, consecuencia de una rareza de los dioses por haberles proporcionado solamente una unidad. De este modo se ilustra el problema de la escasez y el origen de la propiedad privada tal como también la explicó, entre otros, David Hume, quien dice que “cuando existe cualquier cosa en

abundancia para satisfacer todas las necesidades de los hombres: en ese caso, la distinción de la propiedad se pierde totalmente y todo queda en común”¹⁵.

Otro de los puntos que hace Plant y que juzgamos clave es el que se refiere a la eventual menor creatividad o producción de libros que existiría en ausencia de la legislación que otorga el monopolio artificial de marras, así como la consiguiente mayor renta que obtiene este tipo de monopolista: “Lo que generalmente no tienen en cuenta los partidarios entusiastas de este tipo de esquemas es la producción alternativa que tendrían los recursos disponibles en otras áreas”¹⁶. En otras palabras, el monopolio artificial que critica Plant distorsiona los precios relativos y, por ende, hace que artificialmente se asignen mayores recursos a la producción de libros y menos, digamos, a leche y medicamentos, lo cual produce un fenómeno de consumo de capital con la consiguiente reducción en salarios e ingresos en términos reales que, a su vez, entre otras cosas, implica un privilegio para que puedan acceder los más ricos al propio mercado de libros en detrimento de los relativamente más pobres.

Por otra parte, como también señala Plant, durante siglos y siglos hubo extraordinarias obras artísticas sin que existiera tal cosa como una ley de *copyrights* (Shakespeare, etcétera, etcétera¹⁷). De cualquier manera, eventualmente podrá resultar menor la producción total de libros y, como consecuencia, resultará necesario proceder a una mejor selección de aquellos que toman los editores, ya que no contarán con aquel instrumento que les permitía calcular probabilidades de un modo diferente. De todos modos –como bien han explicado Robert Nozick¹⁸ y, específicamente referido al tema de nuestro estudio, Tom G. Palmer¹⁹–, el derecho no se sustenta en criterios para que unos puedan usar a otros como medios para servir sus propósitos personales al mejor estilo benthamita. Por tanto, en este contexto, resulta del todo irrelevante si, como consecuencia de abrogar una ley injusta, el resultado fuera una menor publicación de libros (aunque la competencia en otros rubros muestra que la producción aumenta y el precio se torna más accesible en la medida en que se abre el mercado).

Con la vigencia de la legislación a que nos venimos refiriendo, en buena medida se obstaculiza la posibilidad de otros arreglos, por esto es que, paradójicamente, los autores que se oponen a ese tipo de leyes en general se ven compelidos a acogerse a ellas puesto que resulta muy poco común encontrar editores que estén dispuestos a renunciar

voluntariamente al privilegio que les reporta la prohibición para que otros reproduzcan los libros que publican.

Pasemos ahora a considerar la opinión de tres destacados autores de la tradición liberal que no comparten los aspectos medulares de lo que hasta aquí queda dicho. Se trata de Herbert Spencer, Murray N. Rothbard y Ayn Rand. El primero de estos autores dice que “es extraño que haya hombres inteligentes que sostienen que cuando un libro se ha publicado se transforma en propiedad pública y que resulta un corolario de los principios de librecambio que cualquiera que lo desee puede republicar y vender copias para su propio provecho. [...] Pero si no sustrae la propiedad de nadie quien infringe la ley de *copyrights* ¿cómo puede ser que la cosa sustraída posea valor? Y si la cosa sustraída no posee valor, entonces la persona que se apodera de ella no se encontraría en una situación peor si se le prohíbe que la posea. Si resulta que se encuentra en una situación peor, entonces, claramente, es que se ha apoderado de algo de valor. Y desde que este algo de valor no es un producto natural, la obtención del mismo tiene que ser a expensas de alguien que artificialmente lo produjo”²⁰.

A continuación Spencer se refiere a un trabajo que publicó anteriormente²¹, donde se detiene a explicar que el *copyright*, a su juicio, no constituye un monopolio, puesto que cualquiera puede editar libros, de lo cual no se desprende que pueda copiar ciertas formas exclusivas que surgen de la creatividad del autor y por ello, incluso, considera que debe ser tratado más ajustadamente como propiedad que los propios bienes materiales. Explica el concepto del monopolio en estos términos:

“En el sentido político-económico un monopolio es un arreglo por el que una persona o conjunto de personas recibe por ley el uso exclusivo de ciertos productos naturales, agencias o facilidades, las cuales, en ausencia de esa ley estaría abierto a todos. Y el opositor del monopolio es alguien que no pide nada en cuanto a asistencia directa o indirecta, solo requiere que él también pueda usar los mismos productos naturales, agencias o facilidades. Este último desea concretar negocios que no lo hagan dependiente ni siquiera de modo remoto con el monopolista, sino que puede llevar a cabo sus negocios de modo igual o mejor que el monopolista y en ausencia de todo lo que este realiza. Vayamos ahora al comercio de la literatura y preguntemos cuál es la posición del así llamado librecambista y la posición del monopolista. ¿El así llamado monopolista (el autor) prohíbe acaso al así llamado librecam-

bista (el que desea reimprimir) usar alguno de los ingredientes o procesos, intelectuales o mecánicos para producir libros? No. Estos se mantienen abiertos a todos. ¿Acaso el así llamado librecambista desea simplemente usar de modo independiente esas facilidades abiertas a todos del mismo modo que lo haría en ausencia del así llamado monopolista? No. Desea la dependencia y las ventajas, las cuales no existirían si el así llamado monopolista no hubiera aparecido. En lugar de quejarse como lo hace el verdadero librecambista en el sentido de que el monopolista resulta un obstáculo en su camino este seudolibrecambista se queja porque no puede utilizar ciertas ventajas que surgen del trabajo del hombre que él llama monopolista”²².

Por último, Spencer, aun admitiendo que resulta un tema espinoso, sugiere que no se debe establecer un periodo por el cual tienen vigencia los *copyrights*²³ del mismo modo que no opera un vencimiento para el resto de los derechos de propiedad.

Pensamos que el silogismo inicial de Spencer adolece de una inconsistencia fundamental. Nadie sugiere que lo escrito por un autor necesariamente carezca de valor, los buenos autores producen obras de un valor extraordinario, muchas veces constituyen contribuciones insustituibles para la humanidad. Pero de allí no se desprende que ese valor se traduzca en precios expresados en términos monetarios. El aire es de un gran valor para el hombre, tal vez sea el de mayor valor para su supervivencia; sin embargo, por el momento, en este planeta, no se cotiza en el mercado, precisamente porque no resulta escaso en relación con las necesidades que hay de él (su utilidad marginal es nula). En el caso de los libros lo que resulta escaso es el bien material. Si estos fueran abundantes, tampoco se cotizarían, de lo cual no se desprendería que carecen de valor. Sin duda que no da lo mismo comprar papel y tinta con cualquier contenido; interesa lo que se lee en el texto. Supongamos por un instante que hubiera que envasar aire para poder respirar. En ese caso, *ceteris paribus*, lo que tendría valor monetario sería el envase y no el aire aunque este sea el objeto final de la referida adquisición.

No está entonces en cuestión el valor de la producción intelectual, ni el derecho del autor a que aparezca su nombre cada vez que se recurra a su texto, ni tampoco está en cuestión el provecho evidente que se saca al invertir en la reproducción y posterior venta de libros que contengan los aludidos escritos o la simple copia para uso personal (o, a los efectos, la reproducción de casetes, *soft*²⁴, etcétera). En

resumen, cualquiera sea la posición que se adopte en este debate no está en juego lo que supone Spencer y tampoco se deriva de sus premisas la prohibición de reproducir. Respecto de sus comentarios sobre la idea de monopolio, coincidimos con sus afirmaciones y su esquema analítico, lo cual no se aplica al caso que nos ocupa, puesto que está presente la pretensión de que algo que se hace público debe mantenerse fuera de los alcances del público y, por tanto, no se debe permitir su reproducción, cosa que, precisamente, constituye un monopolio. También coincidimos como Spencer en cuanto a que no deben operar vencimientos en los derechos de propiedad.

Veamos el caso de Rothbard²⁵, quien, después de señalar una diferencia que a su juicio resulta esencial entre patentes y *copyrights*, concluye que la abrogación de la legislación especial en esta última materia no es óbice para que se respeten los contratos. Según este autor estos contratos tienen lugar desde el momento en que el lector adquiere un libro en el que aparece la inscripción con la prohibición de reproducirlo (serían de adhesión o implícitos si se siguen los procedimientos habituales del *copyright*).

Tratemos de explayarnos en base a esta idea. Según esta concepción, cuando alguien adquiere un libro realizaría un contrato de compra-venta, con lo que, de facto, se estaría comprometiendo a cumplir las condiciones del convenio que pactó libremente (al adquirir el bien en cuestión). Si las condiciones que claramente se leen en el libro son las de la no reproducción, el adquirente no lo podría reproducir sin infringir el contrato de referencia. Incluso si el comprador presta el libro (siempre y cuando el convenio en cuestión lo autorice) el receptor del préstamo estaría también sujeto a las mismas responsabilidades que el titular si es que así se estipuló en el préstamo.

Muchos arreglos contractuales pueden juzgarse absurdos por terceras personas, pero quien pacta algo se obliga moralmente a cumplirlo, a menos que el contrato resulte en lesiones al derecho de terceros o resulte en la contradicción que implica, por ejemplo, un acuerdo de esclavitud en el que por definición queda anulada la voluntad (es la voluntad de no ejercitar más la voluntad) y la voluntad de las partes es precisamente el ingrediente central del contrato. En base a este razonamiento, podría incluso concebirse un contrato por el que un vendedor de camisas estableciera que el comprador la podrá usar solamente los domingos. Se podrán efectuar múltiples conjeturas sobre un convenio de esa naturaleza, una de las cuales podría ser que

la demanda de camisas sujetas a semejantes condiciones experimentará una abrupta contracción por parte de quienes tienen arraigados principios éticos o que, como es de muy difícil contralor, en la práctica, muchas personas no lo cumplirán, etcétera, etcétera. De todos modos, surgiría de este análisis la obligación moral de cumplir con este tipo de arreglos. En otros términos, una vez desaparecida la legislación que venimos comentando, el mercado, en un proceso evolutivo y abierto, y según sean los adelantos tecnológicos, abriría una serie de avenidas y posibilidades contractuales que no pueden anticiparse. Algunos tipos contractuales se abandonarían por imprácticos y otros se adoptarían según sea la valorización de las partes intervinientes.

Como ya se dijo, es desde luego distinta la situación, por ejemplo, de quien recibe por internet un texto literario en el que se acompaña una leyenda sobre la prohibición de reproducir. En ese caso, no hay “contrato implícito” ni contrato de ninguna especie, simplemente hay la voluntad unilateral de una de las partes, lo cual no obliga a quien lee aquel texto en la pantalla de su computadora (por eso es que, en la práctica, como también hemos dicho, para acceder a la información que está en la red sujeta a ciertas condiciones, se requiere que se recurra a un *password* que hace que aquellas sean aceptadas para poder operar).

En la obra citada, Rothbard sostiene:

“Consideremos el caso del *copyright*. Un hombre escribe un libro o compone música. Cuando publica el libro o la hoja de música imprime en la primera hoja una palabra que dice ‘*copyright*’. Esto indica que cualquier persona que accede a comprar esta producción que también concuerda como parte de la transacción a no copiar o reproducir esta obra para la venta. En otras palabras, el autor no vende su propiedad sin más al comprador; la vende bajo la condición de que el comprador no la reproducirá para la venta. Desde el momento que el comprador no adquiere la propiedad sin más, sino que lo hace bajo esta condición, cualquier incumplimiento de este contrato por parte de él o de quien lo haya recibido como reventa está incurso en robo implícito y será así tratado en el mercado libre. Consecuentemente, el *copyright* es un instrumento lógico de los derechos de propiedad en el mercado libre”²⁶.

Por su lado, Nozick, quien deja en claro que este tema resulta muy controvertido incluso entre liberales, señala que los autores que sostienen que hay contrato de no copiar al realizarse la compra-

venta “aparentemente se olvidan que algunas personas algunas veces pierden libros y que otros los encuentran”²⁷. Sin embargo, pensamos que este hecho no debilita en nada el argumento rothbariano: por una parte, del hecho de que se pierda un anillo no se sigue que no debería existir registro de propiedad y, por otra, el que encuentra el anillo en cuestión está moralmente obligado a intentar por todos los medios su restitución, lo mismo ocurre con un libro del cual no se desprende que quien haya encontrado el anillo no retenga el diseño y se lo encargue a su joyero. Idéntico razonamiento puede aplicarse al libro encontrado a los efectos de su copia, otorgándose, claro está, el correspondiente crédito.

David Friedman observa que, “para otro ejemplo del mundo real, deben considerarse los programas para computadoras. Hacer una copia de Word o de Excel para un amigo viola el *copyright* de Microsoft, pero no hay mucho que Microsoft pueda hacer al respecto. [...] Para poder quedarse en el negocio, las compañías de *software* que apuntan principalmente a consumidores individuales deberán encontrar modos de cobrar por producir un bien público”²⁸. Sin duda lo que dice Friedman es descriptivamente correcto, pero el análisis que pretendemos realizar en este breve ensayo apunta más bien a lo deontológico que a lo puramente utilitario. No respetar un derecho porque no se puede controlar al invasor no parece una argumentación sólida. No es aquí el caso de entrar en otro debate, cual es el del iusnaturalismo y el utilitarismo el que hemos abordado en otra ocasión²⁹. Nos limitamos ahora a señalar que el derecho como parámetro extramuros de la ley positiva se basa en la naturaleza³⁰ de la acción humana en cuanto a que esta pretende pasar de una situación menos satisfactoria a una que proporciona mayor satisfacción, para lo cual hay que permitirle al sujeto actuante que proceda en consecuencia siempre y cuando no impida igual comportamiento de terceros. Para permitir este paso, se requiere el respeto a lo suyo comenzando por la propiedad del propio cuerpo, pero este reconocimiento no está sustentado en la utilidad (por otra parte, imposible de medir), sino en órdenes preexistentes al agente que reconoce y descubre valores y nexos causales que subyacen a la realidad y que, por tanto, no son fruto del diseño o de la ingeniería social, lo cual, en este sentido, puede decirse que produce como consecuencia resultados convenientes (útiles) al sujeto del derecho sin la pretensión de evaluar tal cosa como “balances sociales” ni efectuar comparaciones de utilidad interindividuales.

Más adelante, Rothbard alude a la duración del *copyright*: “Obviamente, para que sea íntegramente la propiedad de un individuo, un bien debe ser la propiedad permanente y perpetua de esa persona y sus herederos. Si el Estado decreta que la propiedad de alguien cesa en fecha determinada, esto quiere decir que el Estado es el verdadero propietario y que simplemente otorga una concesión por el uso de la propiedad por un cierto periodo de tiempo”³¹.

En la presentación rothbariana, hay cuatro capítulos bien diferenciados. El primero se refiere al aspecto central de la discusión, cual es la posibilidad de la exclusión. Como dice Plant en el epígrafe con que hemos abierto estos apuntes y como han explicado otros autores en las citas que hasta aquí hemos recogido, cuando se hace pública una idea expresada de tal o cual manera, esta entra en la esfera del dominio público y, por el principio de no contradicción, un texto no puede ser público y privado simultáneamente. No tiene sentido asignar propiedad a algo que no es escaso y no hay sustento para reconocer contratos implícitos allí donde no existen transferencias de derechos de propiedad. Esto no constituye una mera petición de principios ni un razonamiento circular: no es que no hay derecho simplemente porque previamente afirmamos que no hay derecho, no tiene lugar debido a que la infinitud no requiere el establecimiento de usos alternativos y las consecuentes prioridades. Siempre, en este análisis crítico de lo que hemos llamado el primer capítulo del enfoque rothbariano, debemos señalar que existe gran controversia sobre los llamados contratos implícitos o de adhesión, ya que se sostiene que para que exista contrato debe haber una manifestación específica y expresa de la voluntad. En cualquier caso –aun aceptando este tipo de contratos–, se tornan del todo ambiguos y desdibujados cuando no están involucradas transacciones de derechos de propiedad. Las convenciones y arreglos que puedan hacerse sin que medien transacciones de derecho de propiedad por parte de todos los interesados deben, con mayor razón, contar con una voluntad puesta de manifiesto de modo expreso y no basarse meramente en una presunción³².

Marco Aurelio Risolía presenta la discusión que se suscita en torno a las “voluntades implícitas y presuntas”³³, la cual se pone de manifiesto en los contratos de adhesión³⁴. Risolía recoge opiniones que sostienen que “contrato y adhesión son, pues, términos que no concilian. Transmiten una antinomia incompatible con la institución involucrada

[...y que se refiere al] predominio exclusivo de una voluntad que ‘dicta su ley’ a una colectividad indeterminada”³⁵. Y, más adelante, dice que “en el fondo de todo esto no hay más que fenómenos económicos de difícil apreciación, acciones y reacciones confusas, desequilibrios de oscuro origen que afloran al campo del derecho y se afirman a favor de recursos técnicos más o menos eficaces”³⁶. Este debate sobre el llamado contrato de adhesión –en el que esa figura es criticada por autores como Georges Ripert³⁷ y que Risolía admite que puede ser “una forma de expresar el consentimiento”³⁸– se agudiza en nuestros días en el caso de la “propiedad intelectual” por las razones antes expuestas y donde cobra más relevancia la clasificación que esboza Marco Aurelio Risolía entre contratos y convenciones³⁹ y, como queda dicho, donde la lógica indica que se requiere el consentimiento expreso para algunos arreglos entre partes⁴⁰.

Por otra parte, las formas de reproducción son muy variadas: no solo las electrónicas⁴¹, por ejemplo, cuando alguien hace público un poema y una persona lo recuerda y lo retransmite a un tercero durante un almuerzo a cambio de un vaso de vino. Se trata de una venta que no parece que pueda razonablemente ser bloqueada ni obligado el sujeto en cuestión a que no recuerde lo dicho o escrito por el poeta. Desde luego que lo que es susceptible de apropiación es el contenido material de una obra, todo lo cual, como hemos dicho más líneas antes, no significa que se pueda proceder sin otorgarle el crédito al autor correspondiente o la indudable facultad de que este pueda decidir el retenerlo en su mente y no hacerlo público. Precisamente, nuestro ejemplo del poema transmitido de viva voz se conecta a la electrónica de la información, ya que esta hace que se convierta en algo similar a la conversación donde nunca se aplicó el *copyright*. Así dice Ithiel de Sola Pool que en este contexto “la proliferación de textos en múltiples formas no permite establecer una línea clara entre los primeros borradores y las versiones finales. [...] Para los *copyrights* las implicaciones resultan fundamentales. Las nociones establecidas sobre *copyrights* se tornan obsoletas, ya que están basadas en la tecnología de la imprenta. [...] Con el arribo de la reproducción electrónica estas prácticas se tornan imposibles. La publicación electrónica es análoga no a la imprenta del siglo XVIII sino a la comunicación boca a boca a la que el *copyright* nunca se aplicó”⁴². El autor alude al mundo de los manuscritos antes de Gutenberg, en donde había variaciones entre las copias debidas a la tarea de los copistas; en cierto sentido, “las

publicaciones electrónicas vuelven a esas tradiciones. [...] Una persona escribe sus comentarios en una terminal y le ofrece a sus colegas acceso para que incluyan sus comentarios. A medida que cada persona copia, modifica, edita y expande el texto cambia día a día. Con cada cambio el texto es archivado bajo una versión diferente. Libros de texto computarizados podrán existir en versiones distintas según cada profesor”⁴³. Por otro lado,

“Considérese la distinción crucial en la ley de *copyright* entre la lectura y la escritura. Leer un texto que está bajo el *copyright* no es una violación, solamente copiarlo en la escritura. La base tecnológica de esta distinción se revierte en el texto computarizado. Para leer un texto archivado en la memoria electrónica uno lo pone en la pantalla: uno lo escribe para leerlo. Para transmitirlo a otros, sin embargo, uno no lo escribe, solo uno le da a otros un *password* a la memoria de la computadora”⁴⁴.

Más aún, concluye el autor que hay muchos textos que no son escritos directamente por el ser humano, sino que la computadora realiza operaciones y produce su versión. En ese caso, “¿quién es el autor del informe que escribió la computadora o el resumen producido? ¿La computadora? La idea de que la máquina es capaz de labores [de este tipo] está más allá de las leyes de *copyrights* [...] La noción de *copyright* basada en la imprenta simplemente no es posible”⁴⁵.

Un segundo capítulo lo centramos en las dos veces que Rothbard repite en el párrafo transcrito la expresión “para la venta”. Aquí el autor parece admitir las copias cuando no se destinan al uso comercial. Esto, aun desde el punto de vista de su posición, nos parece una arbitrariedad. Si se aceptara que hay un contrato y este establece la prohibición de copiarlo es para todos los efectos (a menos que se exprese lo contrario, lo cual no es el caso en los ejemplos corrientes). Un tercer punto se refiere a la expresión “robo implícito”, con lo que parece suavizar o matizar lo que a su juicio constituye un delito. En rigor, no hay tal cosa como robo implícito, es robo o no lo es y si se trata de esto último es siempre explícito, adjetivo que convertiría la expresión en un pleonismo.

Por último, concordamos plenamente con Rothbard (igual que con Spencer) en que un derecho de propiedad no debe tener vencimiento, de lo contrario se trataría de una concesión. Por esto es que siempre nos han parecido inconsistentes aquellos que pretenden la prohibición de reproducir aquello que se ha hecho público y que no es escaso y,

simultáneamente, sugieren una fecha para que expire el así llamado derecho, ya sea la vida del autor más 25, 50 o 70 años. De todos modos se nos ocurre que eventualmente se producirían algunas complicaciones si se siguiera la secuencia rothbariana; por ejemplo, casos como los pagos por *copyrights* que se les debería a los autores involucrados en la Biblia, léase los descendientes de personajes como Samuel, Mateo, etcétera, etcétera (para no decir nada de los problemas operativos para transferir sumas a Dios), ya que, en última instancia, no resulta relevante si había o no legislación respecto de *copyrights*, sino de los aspectos éticos que estarían presentes.

Por su parte, Ayn Rand⁴⁶ estudia las patentes y los *copyrights* de forma conjunta y no hace la separación que efectúa Rothbard. Señala que todos los trabajos que se traducen en objetos materiales implican una dosis de tarea intelectual y que las obras escritas tienen ese ingrediente en grado superlativo. Explica que “lo que [...] protege el *copyright* no es el objeto material como tal, sino la idea que contiene. Al prohibir una reproducción no autorizada del objeto, la ley declara, en efecto, que el trabajo físico de la copia no constituye la fuente del valor del objeto, que el valor es creado por quien origina la idea y no puede ser utilizado sin su consentimiento; por tanto, la ley establece el derecho de propiedad de la mente que le ha dado la existencia”⁴⁷. Después de distinguir la diferencia entre lo que es un descubrimiento y una invención, Rand dice que:

“Un descubrimiento científico o filosófico que identifica una ley de la naturaleza, un principio o un hecho de la realidad desconocido hasta ese entonces no puede ser la exclusiva propiedad del descubridor porque: a) no lo creó y b) si desea hacer su descubrimiento público, alegando que es cierto, no puede demandar que los hombres continúen pensando o practicando falsedades, excepto con su permiso. Puede hacer que su libro esté sujeto a *copyright* en el que presenta su descubrimiento y puede demandar que se le dé crédito a su autoría por el descubrimiento y que ninguna otra persona pueda apropiarse o plagiarlo, pero no puede hacer un *copyright* por los conocimientos teóricos”⁴⁸.

Pensamos que si se es consistente con el argumento arriba presentado por Rand, no vemos por qué deba ser excluido el conocimiento teórico-filosófico-científico. Desde luego que resultaría ridícula semejante pretensión, pero es que el resto de la argumentación conduce a esta conclusión. No vemos que una conclusión como la mencionada

pueda sostenerse en base al esqueleto analítico presentado. En otros términos, si fuera correcto que lo que alguien escribe y hace público no puede ser copiado por nadie esto debería incluir todas las ideas que son escritas por primera vez por un autor. A estos efectos no nos parece que agregue nada la distinción entre invención y descubrimiento, lo cual quiere decir que –siempre en esta línea argumental– también, aunque parezca inverosímil, debería considerarse plagio (es decir, el crimen mayor que pueda concebirse en el campo intelectual) el que alguien reproduzca la idea de que dos más dos es igual a cuatro, si es que se pudiera detectar quién lo dijo primero y suponiendo que las leyes de *copyrights* ya hubieran estado en vigencia y el descubridor decidiera acogerse a dicha ley. Es de interés anotar al margen que el “Happy Birthday” tiene *copyright* por Birchtree Ltd., a quien debe pagársele cada vez que se canta públicamente (vence en el 2010, año en el que pasará al dominio público). La canción fue escrita por dos hermanas en 1893 y actualmente reporta un millón de dólares anuales⁴⁹.

Hay todavía otro asunto en la propuesta que a este respecto hace Ayn Rand y que se refiere a la duración del derecho sobre el que venimos discutiendo. En este caso nos parece que la autora se interna en una especie de galimatías que no resulta posible eludir. Así afirma que:

“La propiedad material representa un monto estático de riqueza ya producida. Puede dejarse a herederos, pero no puede quedar en la posesión perpetua de quienes no realizan esfuerzo alguno: los herederos pueden consumirla o deben ganar a través de su esfuerzo productivo para mantener la posesión. Cuanto mayor el valor de la propiedad, mayor será el esfuerzo que les demande a los herederos. [...] Pero la propiedad intelectual no puede ser consumida. Si fuera retenida a perpetuidad, conducirá a lo opuesto al mismo principio en el que se basa: conduciría, no a la ganancia obtenida por los logros sino al apoyo de parásitos”⁵⁰.

Por esto es que sostiene que la llamada propiedad intelectual no puede retenerse a perpetuidad, aunque para ello Rand deba apartarse de su filosofía antiutilitaria, lo cual es reforzado más adelante cuando hace extensas disquisiciones sobre los negocios a largo plazo, que se verían frustrados si el periodo de tiempo resulta demasiado corto, etcétera (p. 132). En verdad, lo que dice del carácter parasitario de los herederos puede, por una parte, aplicarse de igual modo para el autor mientras vive y, por otra, no se ve por qué dentro de cierto plazo los

herederos no serían parásitos y se convertirían en eso solo después de transcurrido cierto plazo arbitrariamente escogido.

Por último, Rand dice que cuando vence el *copyright* “la propiedad intelectual involucrada no se transforma en ‘propiedad pública’ (aunque se la denomine ‘del dominio público’); deja de existir *qua* propiedad. Y si la invención o el libro continúa produciéndose, el beneficio de esa ex propiedad no se destina al ‘público’, se destina a los verdaderos herederos: a los productores, a aquellos que realizan el esfuerzo de corporeizar la idea en nuevas formas materiales y, por tanto, manteniéndola viva”⁵¹. Curiosamente, esto último es coincidente con lo que argumentamos quienes sostenemos que no hay tal cosa como propiedad intelectual, solamente que Ayn Rand de facto acepta esas argumentaciones después de transcurrido un lapso de tiempo arbitrariamente establecido por la legislación vigente según sea el país de que se trate.

Friedrich A. Hayek expresa sus dudas de que sea finalmente posible salir del círculo vicioso que presenta el *copyright*, puesto que hay un interés creado en los propios escritores para que se les mantenga ese privilegio. Así dice que “sería interesante descubrir hasta dónde puede existir una crítica seria de la ley de *copyright* [...] en una sociedad en la que los canales de expresión están tan extensamente controlados por gente que tiene un interés creado en la situación prevalente”⁵². Con anterioridad, Hayek ya había señalado respecto de los *copyrights*: “Creo más allá de toda duda que en este campo se ha extendido el error de aplicar el concepto de propiedad del mismo modo como se lo aplica a los bienes materiales, lo cual ha hecho mucho para fortalecer el crecimiento del monopolio y, por tanto, se requerirían en esto reformas drásticas si la competencia ha de tener vigencia”⁵³. Ya hemos consignado que Arnold Plant comparte esta última idea y que también comparte la preocupación de Hayek que hemos consignado en primer término: “Hay desde luego una dificultad especial que se presenta en la discusión sobre el tema del *copyright* y es que el escritor no es imparcial. ¿Cuántos de nosotros encara el tema con un espíritu como el que evidencia H. C. Carey en sus *Cartas* sobre el *copyright* internacional?”⁵⁴. A continuación Plant cita del trabajo de Carey: “Quien escribió estas *Cartas* no tenía interés personal en el tema que allí se discutía. Él mismo es un autor [...] ahora escribe en la creencia que el derecho está del lado de los consumidores de libros y no de parte de quienes los producen, sean estos autores o editores”⁵⁵.

Plant apunta que “hay autores –académicos y también poetas– que están dispuestos a pagar cantidades importantes para que sus libros se publiquen”⁵⁶ y también alude a muchos oradores que están solamente interesados en que se difundan sus ideas⁵⁷. El mismo autor lo cita a Frank H. Knight (de su libro *Riesgo, incertidumbre y beneficio*), quien se refiere a las razones por las cuales los economistas escriben ensayos y libros: “El ingreso monetario directo por las ventas de lo que escriben no figura en la provechosa discusión que plantea el profesor Knight sobre las motivaciones de los economistas-autores, a pesar de que a través de tres sino cuatro siglos los partidarios de la propiedad por el derecho a copiar han estado argumentando como si la producción de libros fuera la respuesta de autores, editores e imprenteros debido a la existencia de la legislación sobre *copyright*”⁵⁸.

Esto no quiere decir que los autores no quieran recibir dinero a cambio de su trabajo, muy por el contrario, cuando resulta posible generalmente lo reciben con gusto, más aún, como ya hemos puesto de manifiesto, en ausencia de *copyright*, se pueden recibir sustanciosos pagos adelantados o jugosos *royalties* o una combinación de ambas cosas. Plant cuenta que, por ejemplo, muchos escritores ingleses, a pesar de que en su país había legislación sobre *copyright* preferían venderle sus obras a editoriales estadounidenses en la época en que allí no existía dicha legislación debido, precisamente, a los atractivos pagos que recibían por adelantado⁵⁹.

También Plant se refiere a un libro de G. H. Thring –*The Marketing of Literary Property*–, donde el autor explica extensamente las diversas estrategias editoriales para cubrir eficientemente el mercado a los efectos de minimizar las posibilidades de reproducciones por parte de otras editoras⁶⁰. Este fenómeno también sucedía antiguamente con los manuscritos: “En los días de los manuscritos, hasta donde alcanzan nuestros elementos de juicio, nunca se pensó en *copyrights* de autor. Los manuscritos se vendían lisa y llanamente, el autor sabía que el comprador podía hacer copias para la venta y el primer comprador sabía que cada copia que vendiera constituía una fuente potencial para copias competitivas adicionales. Por tanto, al vender trataba de explotar con todas sus habilidades la ventaja que poseía en el tiempo inicial hasta tanto apareciera la competencia de las copias”, del mismo modo que hoy ocurre en el terreno de las modas⁶¹.

Jacob Burkhardt se refiere a “la sistemática creación de bibliotecas por medio de copias”⁶² y a la colección de obras del florentino Nic-

coló Niccoli, cuyo agente “descubrió seis oraciones de Cicerón y el primer Quintiliano [...que] dijo que copió en 32 días en una lindísima escritura”⁶³. Y sigue diciendo Burkhardt que “entre los copistas profesionales, aquellos que entendían griego ocupaban el lugar más alto y para quienes se reservaba el nombre de *scrittori* [...] el resto se conocía simplemente como *copisti*. [...] Cuando Cosimo de Médici estaba apremiado para formar la biblioteca destinada a su fundación predilecta, lo mandó llamar a Vespasiano, quien le aconsejó que se olvidara de conseguir libros, ya que los que valían la pena eran difíciles de adquirir y que, por tanto, hiciera uso de los copistas. [...] Vespasiano, junto con 45 escribas, bajo su dirección, reprodujo 200 volúmenes en 22 meses”⁶⁴. Concluye Burkhardt que “cuando había tanto esmero en honrar el contenido de un libro a través de una forma tan bella [el trabajo de los copistas], es comprensible que la abrupta aparición de libros impresos fuera recibida al principio con cualquier cosa menos con entusiasmo. Federico de Urbino se hubiera avergonzado de tener un libro impreso. Claro que los fatigados copistas –no aquellos que vivían del comercio, sino los que estaban forzados a copiar un libro para tenerlo– celebraron la invención alemana. [...] Después de un tiempo la relación moderna entre el autor y el editor comenzó a desarrollarse y, bajo Alejandro VI, [...] la prohibición de la censura hizo su aparición”⁶⁵.

Respecto de la legislación sobre *copyrights*, según Dale A. Nance, “decir que se puede mirar pero no copiar es reclamar las ventajas de la publicación sin aceptar las consecuencias”⁶⁶, y Arnold Plant subraya que dicha legislación produce, sin duda, ganancias superiores a las del mercado para los interesados, pero “de más está decir que ese hecho indiscutible no es una razón adecuada para que el público en general deba otorgarles cualquier grado de poder monopólico”⁶⁷. Por su parte, al igual que otros autores, Tom G. Palmer asimila las patentes a los *copyrights*, por eso es que recurre al ejemplo del ábaco, y también por eso es que en su conclusión incluye todo lo que se ha dado en llamar derechos de propiedad intelectual. En este sentido, según su opinión,

“Al ser yo dueño de mi computadora, restrinjo su acceso a esa computadora, pero no constituye una restricción general a su libertad para que adquiriera una computadora similar, o un ábaco, o para que cuente con sus dedos o para que use papel y lápiz. En contraste con esto, reclamar un derecho sobre un proceso es reclamar un derecho generalizado para controlar las acciones de otros. Por ejemplo, si el

derecho a usar un ábaco se le otorgara a alguien, esto querría decir que otros no podrían hacer un ábaco a menos que tuvieran permiso de quien posee el derecho. Sería una restricción a la libertad de todos los que quisieran hacer un ábaco con su propio trabajo y de la madera que legítimamente poseen. Esto es una restricción sobre la acción que es cualitativamente diferente de la restricción que implica que yo sea dueño de un ábaco particular. Esto ilustra que los derechos de propiedad intelectual no son equivalentes a otros derechos de propiedad en cuanto a la restricción de la libertad. Los derechos de propiedad para los bienes tangibles no restringen para nada la libertad, simplemente restringen la acción. Por otro lado, los derechos de propiedad intelectual restringen la libertad⁷⁶⁸.

Tal vez resulte de interés concluir estos breves comentarios con una cita de Thomas Jefferson que reitera uno de los aspectos medulares de nuestra discusión: “Si la naturaleza ha hecho una cosa menos susceptible de propiedad exclusiva, esta es la acción del poder de pensar llamada idea, la cual un individuo la puede poseer en forma exclusiva siempre que se la guarde para sí; pero en el momento en que se divulga fuerza su posesión a todos y el receptor no puede ser desposeído de ella. Su característica peculiar es que nadie posee menos debido a que todos los demás poseen la totalidad. Aquel que recibe una idea de mí, recibe instrucción sin que disminuya la mía, como aquel que prende su vela con la mía recibe luz sin oscurecer la mía, [...en esta materia] no es posible el confinamiento o la apropiación exclusiva⁷⁶⁹.”

Coda

Después del resumen expuesto sobre un tema tan controvertido, quisiera dejar consignado un brevísimo comentario personal. Por una cuestión de cortesía no copiaría un trabajo para fines comerciales sin contar con la anuencia de los respectivos autores o editores. Sin embargo, copio para uso personal. Pienso que se trata de una cuestión de grados, del mismo modo que si estoy informado de que una persona prefiere que no la miren trato de esquivarla, pero si prefiere que no estornude no me abstengo de proceder en consecuencia. Esta cuestión de cortesía no significa que alguien tenga el derecho a que otra persona actúe de acuerdo con las preferencias del primero.

NOTAS

- 1 Véase, por ejemplo, Fritz Machlup y Edith T. Penrose, “The Patent Controversy in the Nineteenth Century”, en *Journal of Economic History*, 10, 1950, y también Wendy McElroy *Intellectual Property: Nineteenth Century Libertarian Debate*, Caliber, diciembre de 1981.
- 2 Véase John Hospers, *Libertarianism: A Political Philosophy for Tomorrow*, Los Ángeles, California: Nash Pub, 1971, p. 71.
- 3 *La libertad de pensamiento*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1941 [1913], p. 62.
- 4 Véase Ejan Mackaay, “Economic Incentives in Markets for Information and Innovation”, en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 13, 3, verano de 1990, p. 867.
- 5 “What is Property?”, en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 13, nro. 3, verano de 1990, pp. 790-791; la cursiva es nuestra.
- 6 “The Economic Aspects of Copyright in Books”, en *Selected Economic Essays and Addresses*, Londres: Routledge & Kegan Paul, 1974 [1934], p. 62.
- 7 A. Plant, “The Economic Theory Concerning Patents for Inventions”, en ob. cit., pp. 36 y ss. [1934].
- 8 Véase W. McElroy, ob. cit.
- 9 *The Fatal Conceit: The Errors of Socialism*, The University of Chicago Press, 1988, donde Hayek dice que “la diferencia entre éstos [*copyrights* y patentes] y otros tipos de derechos de propiedad es esta: mientras la propiedad de los medios materiales de producción guía el uso de medios escasos hacia sus destinos más importantes, en el caso de los bienes inmateriales tales como las producciones literarias y los inventos tecnológicos la habilidad para producirlos es también limitada, pero una vez que existen pueden multiplicarse infinitamente y se convierten en escasos solo a través de la ley con el propósito de inducir a que se produzcan esas ideas. Sin embargo, no resulta obvio que dicha escasez forzada sea la forma más efectiva de estimular el proceso de la creatividad humana. Dudo que exista una sola gran obra de la literatura de la que nos veríamos privados si el autor no hubiera dispuesto de *copyright*”, p. 36. En otro orden de cosas, si conjeturamos lo que eventualmente podría constituir una etapa futura del proceso evolutivo, no parece prudente depositar confianza en el monopolio de la fuerza; en este sentido, véase Anthony de Jasay, *Against Politics*, Londres, Routledge, 1997; Sam Peltzman y Gianluca Fioretini (editores), *The Economics of Organized Crime*, especialmente Herschel Grossman, “Rival Kleptocrats: The

- Mafia versus The State”, Cambridge University Press, 1997 [1995], pp. 143 y ss., y Alberto Benegas Lynch (h), “Toward a Theory of Autogovernment”, en *Values and the Social Order: Voluntary vs. Coercive Orders*, Aldershot, Inglaterra, Avebury Pub., Series in Economics & Philosophy, 1997, Gerard Radnitzky ed., pp. 113 y ss.
- 10 “Are Patents and Copyrights Morally Justified?”, en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 13, nro. 3, verano de 1990, donde el autor afirma: “La escasez resulta central para la legitimización de los derechos de propiedad, la propiedad intelectual no tiene base moral legítima”, p. 861.
 - 11 Más adelante nos referiremos a otros convenios en conexión con lo que se ha dado en llamar “contratos implícitos o de adhesión”.
 - 12 En este sentido, véase Alberto Benegas Lynch (h), “Bienes públicos, externalidades y los *free-riders*: el argumento reconsiderado”, Academia Nacional de Ciencias, Buenos Aires, noviembre de 1997. Al solo efecto del presente ensayo, conviene señalar que la internalización de externalidades positivas se realizará en la medida en que se desee (por ejemplo, la mujer atractiva por lo general no lo desea) y en la medida en que la tecnología lo permita. La internalización coactiva de externalidades positivas presenta una situación inferior en cuanto a eficiencia respecto de la no-internalización del mercado. Aquella variante se traduce en una producción subóptima (ya que se malasan recursos) respecto de la optimización del mercado abierto. En este último sentido, James M. Buchanan explica: “Si no hay criterio objetivo para el uso de los recursos que puedan asignarse para la producción como un medio de verificar indirectamente la eficiencia del proceso, entonces, mientras el intercambio sea abierto y mientras se excluya la fuerza y el fraude, el acuerdo logrado, por definición, será calificado como eficiente”, *Liberty, Markets and State*, “Rights, Efficiency and Exchange: The Irrelevance of Transaction Costs”, Nueva York, New York University Press, 1985 [1983], p. 95.
 - 13 “The Economic Aspects of Copyrights in Books”, ob. cit., p. 60.
 - 14 “Economic...”, ob. cit., p. 873.
 - 15 *A Treatise on Human Nature*, Londres, Longmans, Green and Co., 1898 [1740], vol. II, p. 267. Para una explicación más extensa, véase Libro III, Parte II, Sección II. Israel M. Kirzner adhiere en lo que a la escasez se refiere, pero expone otra perspectiva para fundamentar la propiedad –también distinta de la versión puramente lockeana– en *Discovery, Capitalism, and Distributive Justice*, Nueva York, Basil Blackwell, 1989, especialmente caps. 5 y 6. Véase también la crítica de Robert Nozick al criterio propuesto por John Locke de “mezclar el trabajo” como fundamento de la propiedad y al lockean provisto en *Anarchy, State and Utopia*, Nueva York, Basic Books, 1974, pp. 174 y ss.

- 16 “Economic...”, ob. cit., p. 72.
- 17 Véase, en este sentido, Robert M. Hurt, “The Economic Rationale of Copyright”, en *American Economic Review*, 56, mayo de 1966, pp. 425 y ss.
- 18 En la misma línea de la segunda fórmula del imperativo categórico de Kant, Nozick dice: “Sostengo que las restricciones morales de lo que podemos hacer evidencian nuestras existencias separadas. Reflejan el hecho de que ningún balance moral de un acto puede tener lugar entre nosotros; no hay posibilidad de sopesar moralmente una de nuestras vidas con otras, tendentes a lograr un mayor bien social. No hay justificativo para sacrificar a uno de nosotros por otros. Esta idea fundamental, esto es, que hay diferentes individuos con vidas separadas de modo que ninguna puede sacrificarse en aras de otras, pone de manifiesto restricciones morales pero también considero que conduce a restricciones libertarias que prohíben la agresión contra otro”, *Anarchy, State...*, ob. cit., p. 33.
- 19 “Intellectual Property: A Non-Posnerian Law and Economics Approach”, en *Hamline Law Review*, 12, 1989.
- 20 *The Principles of Ethics*, Indianapolis, Liberty Classics, 1978 [1897], vol. ii, p. 123-124.
- 21 *Edinburgh Review*, octubre de 1878.
- 22 *The Ethics...*, ob. cit., p. 126.
- 23 *Ibidem*, pp. 125-126.
- 24 Es de interés destacar que en *The Economist* (28 de marzo-3 de abril de 1998) se lee: “Muchas compañías de *software* entregan sin cargo sus productos. Microsoft ha hecho esto con su *browser* y en febrero Netscape hará lo mismo. Pero lo que Netscape propone ahora es más radical aún. Las compañías rara vez publican sus propios códigos de la fuente –los procedimientos para programar el lenguaje que hace que funcione su programa–. [...] Esto es exactamente lo que Netscape quiere que hagan los programadores. [...] El objetivo de esta propuesta heterodoxa es convertir a todo internet en una enorme división para el *browser software* de Netscape [...Por su parte,] Richard Stallman, quien dirige la Free Software Foundation, rechaza la noción de *copyright*”, p. 60.
- 25 *Man, Economy and State, A Treatise on Economic Principles*, Los Ángeles, California: Nash Pub., 1962.
- 26 Ob. cit., p. 654.
- 27 Ob. cit., p. 141.
- 28 *Hidden Order: The Economics of Everyday Life*, Nueva York, Harper Business, 1996, p. 263.
- 29 Véase Alberto Benegas Lynch (h), “Nuevo examen sobre el iusnaturalismo”, en *Poder y razón razonable*, Buenos Aires, Ed. El Ateneo, 1992 [1987], cap. II.

- 30 La expresión “naturaleza” está usada en el sentido a que se refiere Hume: “Tampoco es impropia la expresión leyes de la naturaleza; si por natural entendemos lo que es común a una especie o incluso si lo circunscribimos a lo que es inseparable de las especies”, *A Treatise...*, ob. cit., tomo II, p. 258.
- 31 Ob. cit., p. 656.
- 32 Una convención en la que no medien derechos de propiedad de ambas partes podría ejemplificarse cuando una persona le vende a otra cierta cantidad de aire para que respire entre tales y cuales calles de una ciudad a cambio de una suma de dinero (aunque exista mayor cantidad de aire que el oxígeno requerido); en estos casos que pueden considerarse extraños resulta indispensable una manifestación expresa del consentimiento. En este sentido, resulta útil transcribir dos artículos del Código Civil argentino que aparecen bajo el título “Del consentimiento en los contratos”, artículo 1144: “El consentimiento debe manifestarse por oferta o propuestas de una de las partes y aceptarse por la otra”. El artículo 1145 reza así: “El consentimiento tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que la ley exige una manifestación expresa de la voluntad o que las partes hubiesen estipulado que sus convenciones no fuesen obligatorias sino después de llenarse algunas formalidades”.
- 33 *Soberanía y crisis del contrato*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1958 [1945], p. 81.
- 34 Esta expresión fue acuñada por Raymond Saleilles en *De la personnalité juridique*, París, Rousseau Ed., 1922, quien afirma que estos “no tienen de contrato más que el nombre”, p. 6.
- 35 Ob. cit., pp. 145-146.
- 36 *Ibidem*, p. 147.
- 37 *La règle morale dans les obligations civiles*, París, Lib. Gén. de Droit et de Jurisprudence, 1935 [1923].
- 38 *Soberanía y...*, ob. cit., p. 150.
- 39 *Ibidem*, pp. 99 y ss.
- 40 Véase nota 32 ut supra.
- 41 En seguida nos referiremos específicamente a la transmisión electrónica de información, ahora dejamos consignado un comentario de Nicholas Negroponte en el contexto de la emisión de *bits*, quien afirma que los *copyrights* carecen de sentido ya que “es un producto de la era de Gutenberg. [...], el caso puede asimilarse a] un pintor que prácticamente se despide de su cuadro una vez que lo vendió. Sería impensable cobrar por cada vez que el mismo sea exhibido”. *Ser digital*, Buenos Aires, Atlántida, 1995, pp. 66-67.
- 42 *Technologies of Freedom*, Harvard University Press, 1983, p. 214.

- 43 Ob. cit., p. 213.
- 44 Ibídem, p. 214.
- 45 Ob. cit., p. 215. Dice el autor (p. 18) que en apariencia hay una contradicción entre la primera enmienda de la Constitución estadounidense (libertad de expresión) y la sección 8 de su primer artículo, que, agregamos nosotros, pone de relieve una óptica que pretende ser utilitaria: “El Congreso tendrá el poder [...] de promover el progreso de las ciencias y las artes útiles asegurando por tiempo limitado a los autores e inventores el derecho exclusivo a sus respectivos escritos y descubrimientos”. Para una discusión sobre la libertad de expresión, véase Henry J. Abraham, *Freedom and the Court*, Oxford University Press, 1982, cap. V.
- 46 “Patents and Copyrights”, *Capitalism: The Unknown Ideal*, Nueva York, New American Library, 1946.
- 47 Ob. cit., p. 130.
- 48 Ibídem, pp. 130-131.
- 49 Roy J. Ruffin y Paul R. Gregory, *Principles of Economics*, Nueva York, Addison-Wesley, 1997, p. 313. Véase también “Yes, You Did Hear It Right: Happy Birthday Is For Sale”, *The New York Times*, 20 de octubre de 1988.
- 50 P. 131.
- 51 P. 132.
- 52 “The Intellectuals and Socialism”, en *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, The University of Chicago Press, 1967 [1949], p. 182.
- 53 “Free Enterprise and Competitive Order”, en *Individualism and Economic Order*, The University of Chicago Press, 1948 [1947], p. 114.
- 54 A. Plant, “The Economic Aspects of Copyrights in Books”, ob. cit., pp. 57-58.
- 55 Loc. cit.
- 56 Ibídem, p. 58.
- 57 Ibídem, p. 59.
- 58 Ibídem, p. 57.
- 59 Ibídem, p. 62.
- 60 Ibídem, p. 63. No siempre resulta fácil competir con editoriales avezadas y muchas veces incluso la fotocopia del libro resulta ser mucho más cara que una edición de bolsillo.
- 61 A. Plant, ibídem, p. 61.
- 62 *The Civilization of Renaissance in Italy*, Nueva York, Oxford University Press, 1944, p. 114.
- 63 Ibídem, p. 115.
- 64 Ibídem, p. 117.
- 65 Ibídem, pp. 117-118.

- 66 “Foreword: Owning Ideas”, en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 13, nro. 3, verano de 1990, p.772.
- 67 “The Economic Aspects...”, ob. cit., p. 60.
- 68 “Are Patents and Copyrights...”, ob. cit., p. 831; las cursivas son nuestras.
- 69 Carta a Isaac McPherson, *The Life and Selected Writings of Thomas Jefferson*, Nueva York, The Modern Library, 1944, Adrienne Koch & William Pender ed. [1813], p. 630; las cursivas son nuestras.