

PROPIEDAD INTELECTUAL PRIVADA FRENTE A LA INVESTIGACIÓN COMO SERVICIO PÚBLICO*

por Lorenzo Peña
CSIC - CCHS. Madrid

publ. en *ARBOR*
Nº 730 (marzo-abril 2008), pp. 307-332
ISSN 0210-1963

Sumario

Introducción.
El enfoque sintético.
El enfoque recusativo.
Enfoque reductivo. Semejanza entre la propiedad intelectual y la de otros bienes.
Caducidad de los derechos económicos.
La inalienabilidad de la propiedad intelectual.
La peculiaridad de los bienes intelectuales.
Justificación genética de la apropiación de la obra por su autor.
La materia prima del creador intelectual.
Justificación teleológica.
Justificación relativa.
La concepción lingüística de los bienes intelectuales.
Por qué la propiedad intelectual es propiedad de ideas.
Los bienes intelectuales como cúmulos de *possibilia*.
La función social de la propiedad intelectual.
Conclusión.
Post-Scriptum: El déficit de un concepto legal de productos intelectuales.
Bibliografía sumaria.

§1.— Introducción

¿Pueden ser objeto de dominio jurídico los productos de la ideación humana (o sea, las obras del espíritu, las creaciones de la mente, volcadas o plasmadas en algún medio o soporte)? O ¿es mera confusión cualquier habla acerca de la propiedad intelectual? De ser válida esa noción, ¿cómo articularla? ¿Qué objetos son los así dominados y en qué consiste la dominación, la calidad de dueño, o sea la titularidad dominical? ¿Es deseable que se mantenga esa noción jurídica, o es, más que nada, una fuente de conflictos, embrollos y enigmas que se haría bien en eliminar o en reemplazar por nociones mejor delimitadas?

En este artículo voy a estudiar la propiedad de los bienes intelectuales, entendiendo por tales aquellos bienes que pueden expresarse con palabras; dejo de lado las creaciones artísticas (gráficas o auditivas), y los hechos consistentes en la representación o ejecución (p.ej. la lectura pública de una obra científica o literaria).

Con relación a los productos de la actividad intelectual así circunscrita —o sea, la investigación, el estudio, el pensamiento y la autoría literaria— se plantean muchos problemas filosóficos. Entre los fundamentales cabe enumerar éstos cinco:

- (1º) ¿Qué relación jurídica se da entre esos entes y ciertos individuos o grupos humanos, particularmente sus inventores o descubridores (o productores, si se quiere)?
- (2º) ¿Es justo que se dé la relación jurídica que de hecho se da o sería más justo que se diera otra?

- (3º) Aceptando la relación de propiedad intelectual, ¿es justo que esté configurada como ahora lo está?
- (4º) ¿De qué índole son tales productos o entidades? (Eso constituye una cuestión ontológica.)
- (5º) ¿Cómo se puede mejorar la regulación de la propiedad intelectual para que cumpla la función social que a toda propiedad corresponde en nuestro ordenamiento jurídico-constitucional?¹

Tras ocuparme de los tres primeros problemas, abordaré la cuestión ontológica (problema 4º) y, para finalizar, las consideraciones *de lege ferenda*, o problema 5º.

§2.— El enfoque sintético

En diferentes sociedades ha habido diversas relaciones jurídicas en lo que atañe a los bienes del espíritu; nuestra concepción moderna es una de ellas. El problema que hemos de abordar es el de si de hecho se da, en nuestra sociedad, una concreta relación jurídica, la de propiedad, entre un individuo o un grupo —el titular de tal relación— y el objeto o término de la misma, aquel contenido intelectual del cual sería dueño —en virtud de tal relación— su titular.

En este particular, hay tres posturas definidas en la bibliografía: el enfoque sintético, el recusativo y el reductivo (que será aquel por el cual nos decantaremos).

La primera postura, la más común, adopta el sintagma consagrado «propiedad intelectual», haciéndole corresponder un elenco de derechos y deberes establecidos en las leyes y en los tratados. A tal postura podemos denominarla «*el enfoque sintético*», para el cual se trata menos de analizar o descomponer la locución «propiedad intelectual» en sus notas componentes —un género, la propiedad, y una nota específica, intelectual— que de ver la locución global como una frase hecha, que, sin duda, tiene una etimología, pero que hoy funcionaría como un bloque para describir una determinada situación jurídica impuesta por la ley —cualesquiera que puedan ser las similitudes y las diferencias entre esa situación y las que se refieren a bienes tangibles o intangibles.

El enfoque sintético está lógicamente implicado por la tesis dualista sobre los derechos de propiedad intelectual, a saber: la que escinde al cúmulo de derechos entrañados por la misma en dos grupos radicalmente separados: por un lado, los pecuniarios o económicos (mal llamados «patrimoniales»); y, por otro, los morales; y es que, donde se da una mera yuxtaposición de dos colecciones de derechos esencialmente heterogéneos entre sí —y a los que sólo aunaría, circunstancialmente, el mandamiento legal— no hay un pedestal común a ambos, que sería una sola relación jurídica.

Por otro lado, aunque el enfoque sintético no implica, de suyo, esa tesis dualista, viene —en el contexto de la normativa vigente— a acarrearla como una derivación pragmática o hermenéuticamente plausible, o como una explicación de por qué la propiedad intelectual no es en rigor una propiedad, sino un algo jurídicamente irreducible —sin que pueda decirse, en sentido estricto, que la tesis dualista sea una consecuencia jurídica del enfoque sintético.

¹. Es ésta una consideración *de lege ferenda*.

El enfoque sintético tiene la ventaja de que es una postura pragmáticamente adecuada, que soslaya las disquisiciones jusfilosóficas. Elude cuestionar de qué bienes se trate y cuál sea el fundamento objetivo para hablar de un «propietario» o de un «dueño». De hecho, los adeptos de ese enfoque pueden aducir que —pese a la enorme significación económica de lo que convencionalmente se llama «propiedad intelectual» y pese a la movilización político-legislativa para imponer su protección a toda costa—, poco o nada se suelen usar las expresiones «propietario intelectual», o «dueño», ni se suele decir —en los textos de doctrina jurídica sobre esta materia— que esa propiedad consista en una relación de dominio.

Al revés, un importante sector doctrinal —hoy tal vez superado— descartó firmemente toda referencia a una propiedad intelectual; tal sector doctrinal hacía estribar los derechos de autor, o *copyright*, sea en los derechos de la personalidad sea en un *tertium quid*, al margen de los derechos personales y de los reales. Frente a ese sector doctrinal, y por la misma época (fines del siglo XIX y comienzos del XX), otra tendencia —principalmente jurisprudencial— insistió en tratar a la propiedad intelectual como genuina propiedad, lo cual llevaba a entender que, en la comunidad de bienes matrimonial, la propiedad intelectual de un cónyuge se incorporaba a la masa común, de suerte que, en caso de divorcio, podía entrar incluso en el lote del no-autor, aunque los derechos morales —por su carácter personalísimo— permanecieran vinculados a la persona del autor.

La doctrina actualmente mayoritaria procede a una síntesis de esos dos extremos: resignándose al uso, hoy generalizado, de la expresión «propiedad intelectual», rehúsa, empero, ver en tal situación jurídica una genuina propiedad.²

Aducen los adeptos de este enfoque que, mientras en la propiedad a secas se determina (aunque sea con dificultades) cuál es el objeto dominado —atribuyéndose al dueño unos derechos reales sobre el mismo—,³ todo el contenido de lo que —como un bloque— se llama «propiedad intelectual» se agotaría en la enumeración de unos deberes ajenos de abstención, que serán unos en el caso de las patentes y las marcas y otros en el caso del *copyright*; los derechos del titular se limitarían a uno: el de exigir que los demás cumplan esos deberes de abstención (o, en casos contados, deberes de acción) y, cuando se infrinjan, percibir una indemnización adecuada (daños y perjuicios).

Para el enfoque sintético, dar a ese cúmulo —o más bien a esa conyunción— de peculiares relaciones jurídicas la denominación de «propiedad intelectual» y estudiarlo —en el Derecho Civil— dentro del capítulo de las propiedades especiales, eso es fruto contingente de circunstancias históricas. Holgaría, pues, tanto discurrir sobre la naturaleza de los bienes objeto de tan especial propiedad cuanto elucubrar acerca de las semejanzas y las diferencias entre la propiedad intelectual y la propiedad de un inmueble, de un reloj, de un título de la deuda pública, de una reputación mercantil.

². Especialmente en lo tocante a los derechos morales del autor, pero incluso en lo referido a los derechos económicos.

³. De los cuales se deducen, por una regla de lógica jurídica, deberes ajenos de abstención.

§3.— El enfoque recusativo

La segunda postura, el *enfoque recusativo*, descarta usar tal locución, aduciendo que no se puede analizar correctamente en un género próximo —el de la relación jurídica de propiedad— más una diferencia específica —la de lo intelectual. Al no poderse acudir válidamente a tal análisis, al tratarse de un mero elenco inanalizado de derechos y deberes —que se derivan del mandamiento legal y nada más—, sólo sería aceptable mantener el uso válido de la locución si, por lo menos, ese elenco fuera unívoco, e.d. si todos los objetos dominados por la «propiedad intelectual» entraran, con respecto al (presunto) dueño en una relación idéntica o similar; vamos a decirlo de otro modo:⁴ cabría mantener la locución si, al menos, el elenco de derechos y deberes involucrados en la situación denominada «propiedad intelectual» fuera el mismo en todos los casos. No es así a juicio de los adeptos de esta segunda postura, sino que, bajo tal nombre, se perfilan en realidad dos situaciones radicalmente dispares: la propiedad industrial (derecho de patentes y de marcas) y los derechos de autor (*copyright*).

El enfoque recusativo tiene hoy bastantes adeptos entre los cultivadores y difusores de las nuevas modalidades de acceso libre a contenidos intelectuales; podemos mencionar: los seguidores del *copyleft*; los usuarios de las licencias de *creative commons* y otras emparentadas; el movimiento del *open content*, que propugna poner a disposición del público el contenido intelectual, sin trabas. Son ramificaciones de esa amplia corriente, surgida inicialmente —por iniciativa del informático Richard Stallman— al margen de la doctrina jurídica, en la cual ha prosperado a duras penas. Incluso quien aparece como su más afamado adalid jurídico, Lawrence Lessig, en realidad expresamente asume la noción de propiedad intelectual. Para muchos de quienes actúan por principios inspirados en ese enfoque recusativo, valga lo que valiere el concepto jurídico de propiedad intelectual, lo que procede es descomponerlo en el haz de derechos asociados al mismo, poniendo en la balanza esos derechos con los derechos del público (o sea de los individuos humanos en general) a acceder libremente a los contenidos intelectuales.

Ese enfoque recusativo suele asociarse a movimientos anti-lucrativos.⁵ Veamos el argumento preferido de quienes abrazan el enfoque recusativo propiamente dicho:⁶ los derechos de autor no constituyen una propiedad, porque una propiedad es un objeto que queda en manos de su dueño o propietario.⁷ Los derechos de autor constituirían, en cambio, un monopolio;

⁴. A los adeptos del enfoque recusativo no les gustará especular sobre el objeto de tal relación.

⁵. O, por lo menos, hostiles a intereses que se juzgan abusivos de las grandes compañías mercantiles. También ha encontrado otro colectivo de adeptos entre un corto número de libertarios, quienes justamente defienden a machamartillo la licitud de la obtención de ganancias de la empresa privada, sin sujetarse a regulaciones ni intervenciones públicas. Tales libertarios alegan que la llamada «propiedad intelectual» viene a restringir los derechos de los dueños de ciertos objetos materiales, que son los auténticos propietarios. La propiedad intelectual de un autor, p.ej. de Mauriac (o sus herederos), impide al dueño de un ejemplar de *Le mystère Frontenac* usarlo como desee, p.ej. copiándolo y distribuyendo esas copias, incluso con alteraciones para suavizar la cruda imagen que da del ser humano. Sería, pues, la necesidad moral de salvaguardar el derecho de propiedad de bienes materiales lo que llevaría a rechazar la noción de propiedad intelectual (y, en realidad, tanto los derechos de autor cuanto la normativa de patentes y marcas).

⁶. Excluyendo, pues, a sus asociados, como Lawrence Lessig.

⁷. En inglés *property* designa tanto a la relación jurídica, *ownership*, cuanto al objeto de la misma, especialmente si éste es un inmueble.

su origen histórico fue la decisión de los poderes públicos de otorgar a los autores ese monopolio de explotación, por tiempo limitado, para incentivar la creación científica, literaria y artística.

Para responder a ese argumento hay que señalar dos cosas. La primera es que el verdadero cuadro histórico del origen de la noción de propiedad intelectual es, en realidad, mucho más complicado; ellos parecen tener en cuenta sólo una parte de la prehistoria legislativa del asunto (y concretamente la más de relieve en el ámbito de Norteamérica). Inicialmente la noción de propiedad intelectual surge a fines del siglo XVII como la titularidad de los impresores o editores, un bien que ellos habrían adquirido comprándolo a los autores y que merecería la misma duración y protección que cualquier otra adquisición legal. En el siglo XVIII —gracias a la obra de Denis Diderot⁸ y otros pensadores— ese derecho irá, poco a poco, siendo atribuido a los autores y justificado en el derecho a apropiarse del fruto del trabajo que uno realiza.

Sea como fuere, esa cuestión de la génesis conceptual histórica no puede servir para apuntalar ninguna postura, ni en un sentido ni en otro. (Tal vez esa invocación histórica tenga más fuerza en el marco del originalismo jurídico norteamericano, en el cual no cabe entrar aquí.)

Lo segundo que hay que responder es que cualquier propiedad constituye un monopolio. La propiedad de un bien tangible, mueble o inmueble, estriba en un derecho exclusivo del titular a usar el bien (*ius utendi*), disfrutar o beneficiarse de él (*ius fruendi*) y deshacerse de él —o disponer de él— (*ius abutendi*). Tal derecho exclusivo comporta una prohibición a los demás de estorbar, perturbar o impedir ese uso, ese disfrute o ese acto de disposición; y, por lo tanto, comporta un monopolio dominical de tales uso, disfrute y disposición.⁹ La asociación con el monopolio no es, pues, ningún distintivo de la propiedad intelectual respecto de las demás.

Es verdad, sin embargo —y en eso daremos la razón a los libertarios opuestos a la propiedad intelectual— que se produce una colisión entre la propiedad del autor de una obra y la del comprador de un ejemplar de la misma. En la medida en que éste último es dueño de esa copia, le es lícito usarla, aprovecharse de ella y hasta disponer de ella (destruyéndola o enajenándola), mas la propiedad intelectual del autor limita esos derechos. Por otro lado, también la propiedad intelectual del autor está limitada por la propiedad del adquirente del ejemplar: al haber accedido a la distribución y reproducción de su obra, y al legitimar la compra de ese ejemplar, el autor ha consentido en una limitación de su propio derecho exclusivo de uso y disfrute de la idea expuesta en la obra. Y es que hay una intersección entre el bien intangible y el tangible, ya que los entes inmateriales sólo se nos manifiestan en sus materializaciones.

⁸. V. Denis Diderot, «Lettre sur le commerce des livres» (1763), ed. electrónica realizada por Christophe Paillard, 2002, http://www.uqac.quebec.ca/zone30/classiques_des_sciences_sociales/.

⁹. Ya que un uso, un disfrute o un acto de disposición, efectuados por otro y sin permiso del dueño, estorba o perturba el ejercicio de los derechos dominicales de éste.

§4.— Enfoque reductivo. Semejanza entre la propiedad intelectual y la de otros bienes

La tercera posición —que será la nuestra— es el enfoque reductivo o analítico, para el cual la propiedad intelectual es simplemente el dominio de unos determinados bienes intangibles, que son entes de lo que provisionalmente podemos llamar «el reino de las ideas». Esa relación de dominio o de propiedad es una situación jurídica establecida por la ley, en virtud de la cual se otorgan al dueño de esos bienes intangibles unos derechos sobre los mismos que acarrearán unos deberes correlativos de abstención para los demás. La relación es idéntica al dominio de otros bienes materiales o inmateriales.¹⁰ No se trata de una creación arbitraria del legislador, aunque tampoco hay que sostener forzosamente que la propiedad (privada) sea un derecho natural, ni la de estos bienes ni la de ningún otro.

A diferencia de las dos posturas hasta aquí consideradas —la sintética y la recusativa—, el enfoque reductivo o analítico tiene en cuenta la enorme semejanza (en verdad, identidad) entre la titularidad dominical de un bien tangible y la de un bien intangible, que es igualmente un objeto potencial de uso, disfrute y disposición, aunque con particularidades.¹¹

Si un autor descubre o inventa una idea,¹² mientras sólo él la conoce, sólo él puede usarla y disfrutar de ella. Puede también eliminarla¹³ —lo cual no obsta a la posibilidad de que otros hagan el mismo descubrimiento independientemente—; también puede deshacerse de ella traspasándola, p.ej. comunicándola a otros antes de someterse a ese tratamiento psíquico. Será más o menos factible; será lícito o ilícito; pero es posible.¹⁴

El autor tiene la posibilidad física de hacer partícipes a otros del uso y disfrute de esa idea, igual que el dueño de un terreno puede compartir con otros su uso y disfrute. La diferencia estriba en que, aparentemente, cuando el dueño de un predio invita a otros, puede terminar la invitación, volviendo entonces a quedar en posesión exclusiva del predio, mientras que no se ve cómo un autor que ya ha comunicado su idea a otro u otros puede luego hacer que dejen de usarla o de disfrutar de ella.

Sin embargo, esa disparidad es parcial; el autor podría comunicar su idea con la condición de que los interlocutores ni la comunicaran a terceros ni grabaran o escribieran el contenido intelectual que les transmite el autor, o que, de hacerlo, lo hicieran bajo determinadas

¹⁰. Aunque el rol jurídico de propietario intelectual conlleve particularidades legalmente establecidas.

¹¹. Igual que hay particularidades que diferencian el uso, disfrute y disposición de los bienes tangibles de un tipo de los de otro tipo: el pan comprado no se usa como un terreno, ni la participación en un Fondo de inversión como un adorno.

¹². Sea ésta un relato, sea una demostración, sea un procedimiento técnico, una teoría o cualquier otra.

¹³. Podría someterse a un tratamiento psíquico que le hiciera olvidarla y destruir cualquier plasmación física que haya producido.

¹⁴. Al menos en general —aunque no siempre resulte prácticamente viable.

condiciones. Lo único que es imposible es exigir que esos destinatarios de su mensaje borren de su memoria el contenido intelectual.¹⁵

Hay, pues, más parecido de lo que se suele creer entre el uso, disfrute y disposición de un bien material —mueble o inmueble— y el de un bien intangible inmaterial, como una idea —en el sentido de un contenido intelectual, sea de la índole que sea. Y, si el *dictum* de la propiedad material es similar al de la propiedad intelectual, no cabe aducir como objeción a esta última noción jurídica que su contenido sería radicalmente dispar del de la propiedad de bienes materiales; y es que el contenido de una propiedad, el *dictum* de esa relación jurídica, no es el objeto dominado, sino el hecho de la dominación, la cual estriba en el uso, el disfrute y la disposición del objeto.

Si al autor de una obra o idea se le atribuye la situación jurídica de dueño de la misma, entonces a los demás les estará vedado perturbar ese uso, ese disfrute o ese acto de disposición; por lo cual únicamente podrán usar la obra o idea o disfrutar de ella cuando lo consienta el autor y en las condiciones que él estipule.

No es que esa profunda semejanza esté exenta de dificultades; pero no parecen tan insolubles que vengan a resultar dirimentes, al paso que, renunciando a la noción de propiedad intelectual, se pierden de vista esas hondas similitudes.

§5.— Caducidad de los derechos económicos

El enfoque analítico o reductivo reduce la propiedad intelectual a la propiedad —en sentido llano— de bienes intelectuales o ideales. Este enfoque se funda en la analogía o similitud profunda entre la titularidad del dueño intelectual y la del dueño de un bien material o de bienes intangibles de otra índole. Sin embargo, frente al enfoque reductivo yérguese una formidable objeción, a saber: la propiedad intelectual está sujeta a dos fuertes limitaciones: en cuanto a los derechos económicos, es de duración finita; y en cuanto a los derechos de titularidad estrictamente dichos —o sea, a los derechos llamados «morales»— es irrenunciable e inalienable. ¿No marcan tales rasgos una diferencia sustancial a tenor de la cual no podría darse una misma relación jurídica, la de propiedad, en el caso de los bienes intelectuales y en el de los bienes materiales? No; las diferencias no impiden la existencia de la común relación jurídica dominical, en ambos casos.

Empecemos por la caducidad de los derechos económicos. Ésta significa que tiene un plazo de expiración el derecho exclusivo del autor (o de aquellos a quienes el autor los haya transferido —por herencia o por contrato—) a beneficiarse de su obra, una vez publicada, haciendo pagar a los demás un precio o canon por cualquier uso o disfrute de la misma. Al vencerse ese plazo, la obra entra en el «dominio público» (pero luego veremos que esa expresión es inadecuada en este contexto). Los períodos de duración de esos derechos se han ido alargando y hoy pueden abarcar la vida de cinco o seis generaciones;¹⁶ pero no son perpetuos.

¹⁵. Al menos hasta donde hoy alcanzan la psicología y ciencias afines. Notemos que también es imposible que el invitado a un paseo por la finca siga disfrutando toda su vida con el recuerdo de ese paseo, y así siga disfrutando de algún modo de la finca; y podría haber sacado foto, que guardaría en su album.

¹⁶. Una obra publicada en 2008 puede entrar en el dominio público a finales del siglo XXII.

Se objeta que eso no sucede con ninguna propiedad. Es falso. La propiedad de las superficies tiene también plazo de caducidad: el dueño de un edificio levantado en terreno ajeno pierde la propiedad del edificio al cabo de un tiempo prescrito por la ley (y por el contrato). Además las propiedades están, en general, sujetas a usucapión o prescripción adquisitiva; una finca abandonada acaba pasando al dominio de un ocupante ajeno. También hay otras propiedades temporalmente limitadas: montes, minas, aguas. Podrá discutirse en cada caso si es una propiedad útil o eminente, y si se trata de propiedad o de arriendo, pero, de manera general, la noción de propiedad temporalmente limitada no ofrece graves dificultades.

Pero es que, por otro lado, lo esencial de la propiedad intelectual no consiste en los derechos económicos o de explotación, sino en los morales. Por ello no es cierto (aunque lo diga la ley de propiedad intelectual) que, trascurridos 70 años desde la muerte del autor de una obra, ésta caiga en el dominio público. La ley lo desmiente, al atribuir a los herederos, perpetua e irrenunciablemente, la titularidad de los derechos morales.¹⁷

Conque en rigor la propiedad intelectual no se extingue, sino que es perpetua. Hay ciertos actos de uso y disfrute que están perpetuamente reservados al autor y a sus herederos. Hay, eso sí, otros actos de uso y disfrute que —a la expiración de los derechos económicos— serán libremente realizables por todos sin obligación de pagar una contraprestación al propietario.

¿Es el único caso en el que el dueño de un bien está legalmente obligado a permitir un libre uso inocuo ajeno sin exigir pago alguno? De ningún modo. Hay muchas propiedades en las cuales el titular del bien viene obligado a permitir usos ajenos sin compensación económica: servidumbres establecidas por ley o contrato, y especialmente la propiedad de terrenos en zonas marítimas o ribereñas, aguas o fuentes, subsuelo, montes. En Suecia todo dueño de una finca rústica está obligado a permitir el uso inocuo por terceros en las condiciones que fija la ley, sin exigir ningún canon. A menudo los cazadores disfrutaban también gratuitamente de servidumbres legales sobre terrenos ajenos, al menos la de paso.

La caducidad de los derechos económicos inherentes a la propiedad intelectual significa una servidumbre de uso inocuo a favor del público en general a partir del transcurso de un tiempo desde la publicación —igual que la ley puede estipular sobre terrenos en determinadas zonas que el dueño sólo podrá exigir un pago por su uso inocuo hasta una fecha.

La terminación o caducidad de los derechos económicos no despoja, pues, al dueño de su propiedad intelectual, sino que simplemente lo constriñe a consentir que otros hagan un uso inocuo de ese bien intelectual sin pagarle nada a cambio.

Hay un problema que no ha precisado la legislación positiva en materia de propiedad intelectual: al vencimiento de ese plazo de caducidad, ¿se terminan también los derechos del dueño del bien intelectual en cuestión a exigir, por el uso ajeno del mismo, el cumplimiento de ciertas condiciones que no consistan en contraprestación pecuniaria? No cabe duda de que el dueño de un edificio (un museo privado, p.ej.) puede permitir a cualquiera visitarlo a cambio del cumplimiento de una condición no pecuniaria (p.ej. ir vestido de determinada manera, pronunciar en el atrio una fórmula ritual, o estampar su firma en el libro de visitas). El dueño de un bien intelectual puede permitir el acceso al mismo bajo condiciones que no

¹⁷. Con restricciones, porque algunos de tales derechos sólo puede ejercerlos el propio autor durante su vida o tal vez por un acto de última voluntad.

sean de contraprestación económica.¹⁸ ¿Subsistirá ese derecho cuando se extingan los derechos económicos?¹⁹

§6.— La inalienabilidad de la propiedad intelectual

Pasemos a la segunda particularidad jurídica de la propiedad intelectual: su inalienabilidad. El dueño puede enajenar los derechos económicos;²⁰ no puede, en cambio, traspasar su condición de dueño intelectual, salvo por un acto *mortis causa*.²¹ Saltan a la vista las dificultades que encierra esa prohibición legal. Mas el principio jurídico está claro, al igual que lo está la *ratio legis*.

La inalienabilidad de la propiedad intelectual constituye, sin duda, una fuerte anomalía en el ámbito de las relaciones dominicales. Sin embargo, en el pasado estuvieron extendidísimas las vinculaciones patrimoniales.²²

En otra época era corriente que unos bienes materiales fueran inalienables, no pudiendo salir del patrimonio de un propietario o de sus descendientes primogénitos (mayorazgos).²³ Todavía hoy hay bienes inalienables o cuya enajenabilidad está sujeta a trabas: patrimonio histórico-artístico, casas de protección oficial, domicilios recibidos en herencia que se han beneficiado de una desgravación tributaria —sin hablar ya de los fideicomisos y de ciertos bienes del patrimonio de las fundaciones. También está limitada la facultad de disposición por derechos ajenos de tanteo o retracto y por la legislación preservadora de ciertos tipos de bienes.

Todas esas prohibiciones y restricciones de disponibilidad implican limitaciones del derecho de propiedad, mas no su anulación. La propiedad es una conyunción de los tres derechos de uso, disfrute y disposición; restringir o condicionar uno o varios de ellos implica limitar la propiedad. Pero toda propiedad está y ha estado siempre limitada.

¹⁸. Aunque es dudoso si puede exigir tales condiciones cuando también demanda un pago, porque, de hacerlo, podría contravenir la legislación mercantil.

¹⁹. Esa cuestión, que puede parecer baladí, está siendo ya ventilada en la jurisprudencia; aquí meramente nos correspondía, al respecto, evocar el problema en sí, no resolverlo.

²⁰. Y aun eso con ciertos límites, porque determinadas cesiones serán consideradas leoninas y habrán de rescindirse, por mandamiento de la ley.

²¹. Hay lagunas en la legislación respecto a qué sucederá en casos de delación de la herencia y en muchos supuestos complicados de la sucesión hereditaria. La ley ha sido más previsora respecto a los problemas de la sucesión económica que de los derechos morales inherentes a la propiedad intelectual.

²². En España fue así hasta la obra desamortizadora que, iniciada en las Cortes de Cádiz, será llevada a cabo en los períodos de prevalencia progresista en el siglo XIX.

²³. No es de extrañar que Proudhon, adversario de la propiedad intelectual, la estigmatizara, en 1863, como un mayorazgo: v. Sagot-Duvauroux, 2002.

§7.— La peculiaridad de los bienes intelectuales

Hemos visto en los dos apartados anteriores que las dos particularidades jurídicas de la propiedad intelectual no obstan a que sea una propiedad, igual que la peculiar índole del objeto sobre el que recae no impide que se trate de la misma relación jurídica, la de propiedad.

Mas, si la relación jurídica es idéntica (a saber: es la relación dominical de una persona —individual o colectiva, pública o privada— con respecto a un bien, material o inmaterial), lo que mayores dificultades suscita es la acusada diferencia entre los bienes tangibles y los intangibles.

Un primer rasgo de los bienes intelectuales que hace problemático verlos como objeto de dominio es su indefinición, e.e. su difícil individuación.

Notemos, sin embargo, que tampoco los bienes materiales objeto de propiedad están siempre perfectamente definidos. Una finca es un trozo de materia, pero son muy problemáticas las condiciones necesarias y suficientes de su individuación, porque no basta una delimitación en un espacio bidimensional; persiste la indeterminación de hasta dónde se extiende por abajo y por arriba; además la propiedad de bienes materiales, incluso inmuebles, comporta complicaciones enormes: propiedad horizontal, propiedad por turnos,²⁴ co-propiedad. Si, en tales casos, es muy difícil delimitar el objeto, todavía más lo es con respecto a derechos reales que no son estrictamente tangibles: un valor mobiliario, un derecho de usufructo, una hipoteca genérica,²⁵ un fondo comercial —que incluye un derecho de clientela; en tales casos se podrá discutir si estamos ante derechos reales o ante derechos personales de crédito, pero algunos ordenamientos jurídicos han tendido a tratar esos derechos como reales.

El segundo rasgo de los bienes intelectuales que plantea dificultades en este contexto es el de su inaprensibilidad, justamente porque se trata de bienes intangibles. Ahora bien, parece que lo primero que se puede exigir de un bien para que esté dominado es que pueda ser poseído, que pueda estar en poder de un dueño, en sus manos, bajo su control. ¿Cómo va a estarlo un bien intangible? Éste es expansivo y difusivo: transmitido a otros, sin que el transmisor pierda nada, los receptores de la transmisión acceden igualmente a ese bien intelectual (a esa idea).

Sin embargo, el descubridor o inventor de una idea tiene cinco modos de asegurarse el control de la misma:

- El primer modo es el de abstenerse de comunicarla. Claro que ello no impide que otros lleguen, por su propio camino, a esa misma idea; hasta que eso suceda, el inventor o descubridor habrá podido seguir monopolizándola.
- El segundo modo es el de transmitir la idea en una versión codificada; eso es lo que sucede con los programas informáticos privativos (o no-libres), en los cuales se transmite al usuario sólo el resultado de compilar el código fuente, el cual permanece secreto; otras variantes de la transmisión codificada se dan en la difusión de emisiones encriptadas —que sólo se pueden descifrar con un aparato alquilado por la compañía emisora—, en

²⁴. En un espacio tetradimensional, en el que interviene la dimensión temporal.

²⁵. Sobre un patrimonio más que sobre una finca concreta; tales hipotecas fueron suprimidas en España en el siglo XIX.

la puesta a disposición pública de ficheros utilizables sólo en ciertas condiciones y en el recurso a los DRM²⁶ (púdicamente traducidos en nuestra legislación como «medidas tecnológicas eficaces»). Todo eso estará bien o mal, será fácil o difícil de eludir —como también pueden saltarse las vallas, palanquearse las puertas, forzarse las cerraduras, falsificarse las llaves. Pero no dejan de ser procedimientos físicamente factibles de control del uso y disfrute ajenos de una idea o de una necesidad intelectual.

- El tercer modo es patentar la idea. Desde luego, la patentabilidad está sujeta a tres restricciones legales: (1^a) sólo son patentables las invenciones de cierto tipo (industrialmente aplicables); (2^a) la patentabilidad decae en el caso de que el inventor no explote la idea (directa o indirectamente); (3^a) la patente prescribe al cabo de cierto tiempo. Dentro de esas tres restricciones, la idea patentada sólo pueden usarla los demás en las condiciones impuestas por el inventor; ni siquiera les será lícito usarla o aprovecharla (salvo en el ámbito puramente privado y no-lucrativo) aunque ellos mismos la inventen independientemente.
- El cuarto modo es el de registrar la idea como marca. Esto sólo afecta a ideas expresables en breves locuciones o en gráficos;²⁷ y comporta unas obligaciones. Mas es legalmente posible y, dentro de su ámbito restringidísimo, garantiza ese control.
- El quinto modo es proteger la idea con derechos de autor. Los títulos quedan amparados casi como marcas; y —una vez expresada o grabada en una partitura, en un escrito, en una obra plástica, sonora o de cualquier otra forma perceptible— la idea en su conjunto estará, en su uso y disfrute ajeno, sujeta a las cláusulas que imponga el inventor o descubridor (dentro siempre de las limitaciones legales). De nuevo tales cláusulas podrán ser violadas —en transgresión de la ley, que manda cumplirlas o abstenerse de usar esa idea—, pero eso sucede también con respecto a un bien de cualquier tipo.²⁸

Si, por consiguiente, no es absolutamente imposible controlar el uso y el disfrute ajenos de una idea, tampoco es siempre fácil asegurarse del control de un bien tangible: predios agrestes que, por lo escarpado, recóndito o anfractuoso del terreno, sean difíciles de vallar o de vigilar; animales mal domesticados, que tiendan a escapar del control del dueño; riquezas subterráneas movilizadas (p.ej. acuíferos); y así sucesivamente.

Por lo tanto, no hay una disparidad absoluta entre los bienes materiales y los intelectuales en lo que se refiere a su controlabilidad, como tampoco se aprecia una fundamental e insalvable discrepancia entre el título jurídico por el cual al inventor de una idea le es legalmente lícito controlarla y aquel por el cual el dueño de un bien tangible está autorizado a monopolizarla, o sea: poseerla de manera exclusiva. Hay diferencias pero son de grado y de modo, y no afectan a lo esencial.

De todo lo cual podemos concluir que la noción de propiedad intelectual es sólida y viable. Otra cosa es que sea justa.

²⁶. *Digital rights management*.

²⁷. Se ha discutido su eventual extensibilidad a otros sistemas semióticos.

²⁸. Un coche alquilado puede usarlo el arrendatario sobrepasando la velocidad prescrita, prolongando indebidamente su posesión, llevando a más pasajeros de lo permitido o alejándose del lugar del alquiler más de lo acordado.

§8.— Justificación genética de la apropiación de la obra por su autor

Que la propiedad intelectual es justa y que ha de pertenecer al autor es una tesis aceptada por la mayoría doctrinal y hoy consagrada en la legislación de todos los países —incluidos los que han optado por economías no-mercantiles. La paradójica aplicación de esa atribución dominical al autor, sin embargo, consiste en que los verdaderos beneficiarios acaban siendo, las más de las veces, ciertos no-autores: las compañías que los contratan como asalariados y que se arrojan la presunta autoría colectiva; los editores y publicadores; las sociedades corporativas gestoras; los impostores.

A pesar de esos efectos perversos, hay que plantearse ahora el problema de la legitimidad y justificabilidad de la propiedad intelectual y de su atribución a los autores. Luego consideraremos los problemas prácticos.

A favor del reconocimiento de la propiedad intelectual de los autores se ha esgrimido un primer argumento basado en la adquisición por el trabajo. Según tal punto de vista, la más legítima apropiación que un ser humano puede realizar de un bien es la que lo convierte en dueño del producto de su propio trabajo, lo cual sucede máximamente con la labor de creación intelectual.

Fue Locke el originador de esa teoría, según la cual la apropiación por ocupación es legítima cuando se cumplan varias condiciones, entre las que figura que el bien ocupado haya sido trabajado por el adquirente, mezclándose así en él un elemento natural preexistente con el esfuerzo derramado por el dueño. Para Locke, la doble condición a respetar es que se deje otro tanto y de igual calidad para la apropiación ajena y que no se echen a perder los bienes de los que uno se apodera, sino que se les dé un uso para la utilidad de uno mismo o de los demás.

Ese argumento de Locke fue aplicado por Denis Diderot a la apropiación, por el trabajo —el estudio, la investigación y la creación—, de bienes intelectuales, los cuales constituyen la obra misma del inventor o creador sin usar una materia prima preexistente que hasta ese momento haya sido de otro o haya estado previamente en el patrimonio común.

Ahora bien, ese argumento de legitimación de la propiedad intelectual por la labor de descubrimiento o creación sólo es compatible con una determinada concepción de la naturaleza de los bienes intelectuales, a saber: *la visión conceptualista*, la cual entiende que esos bienes son entes que nacen a la existencia con la obra del autor y que, por lo tanto, radican en la mente individual de éste —o tal vez después asimismo en la mente colectiva, o en un cúmulo de mentes individuales—. Y es que, para que tales bienes sean efectivamente un producto de la labor intelectual del hombre, es menester que no sean entidades preexistentes; que sean entes cuyo ser se inicia con la obra creadora y que dejarán de existir cuando cese la relación intelectual humana con ellos.

La visión conceptualista está sujeta a objeciones tan fuertes que resulta muy difícil dilucidar la verdadera naturaleza de los bienes intelectuales desde esa perspectiva.

¿Qué pasa si nos volvemos hacia *la visión realista* (que defenderé más abajo, en el §14), según la cual los bienes intelectuales son entes ideales preexistentes a la labor intelectual humana (entes que van a ser descubiertos por el científico, por el estudioso, por el escritor

o por el artista)? Entonces deja de darse la pureza de la creación intelectual, porque en rigor no se trata de creación alguna.

Es más, desde la visión realista, ni siquiera podemos decir que el trabajo espiritual transforma los bienes intelectuales igual que el trabajo manual transforma los bienes materiales. La tierra laborada es diferente de la tierra virgen y silvestre, pero, en cambio, la secuencia de pasos demostrativos que llevan de los postulados de una geometría euclídea al teorema de Pitágoras es una concatenación lógica que no viene configurada ni modificada en lo más mínimo por la obra de los matemáticos, sino que éstos se limitan a explorarla y descubrirla —como el navegante que, desde su barco, descubre un continente o un archipiélago sin hollarlo ni alterarlo.

La justificación de la propiedad intelectual sobre la base de la creación espiritual es, pues, un argumento tributario de la visión conceptualista de los productos de tal creación, una visión que nos parece errada.

Por otro lado, en general la teoría lockeana de la legitimidad de la apropiación por el trabajo ha sido sometida a una fuerte objeción por Nozick. Aunque el hombre sea dueño de su trabajo, y aunque éste se mezcle con la materia prima para formar un producto elaborado, tal mezcla sólo autoriza a ese hombre a adueñarse de tal producto si dicha materia le pertenecía previamente, o al menos si le era lícito adueñarse de ella para trabajarla. El mero hecho de la mezcla no basta para fundar la licitud de esa apropiación.

En la apropiación intelectual, o bien no hay materia prima (visión conceptualista de los bienes intelectuales), o bien no hay alteración alguna de los mismos por el trabajo intelectual (visión realista). En el primer caso, el argumento de Locke permitirá fundar la propiedad intelectual del creador, pero ya no se tratará de justificar (como sucedía en Locke) la adquisición privada del dominio sobre un bien previamente perteneciente a todos en mancomún. En el segundo caso, el argumento de Locke no sirve para justificar la apropiación intelectual del individuo que hace el descubrimiento.

Todo ello nos lleva a rechazar el argumento lockeano a favor de la apropiación de los bienes intelectuales creados o descubiertos por el autor. Además, hay todavía otras dos objeciones contra la justificación de la propiedad intelectual por el trabajo de estudio o creación.

La primera objeción al intento de justificar la apropiación intelectual privada en virtud del trabajo de creación o de investigación es que nos falta un eslabón argumentativo para pasar de la premisa de que el individuo Equis descubre o crea el producto intelectual Zeta a la conclusión de que Zeta debe pertenecer a Equis.

El tesoro hallado no pertenece al inventor.²⁹ Ni siquiera es válido apropiarse de tesoros hundidos en alta mar, lo cual constituye más bien un acto de piratería.³⁰ Lo único que pertenece al descubridor es el derecho a que se le reconozca su contribución al descubrimiento. Es un derecho personal, no real. ¿Qué es lo que permite atribuir a los descubridores la propiedad de los bienes intelectuales o espirituales, que son entes intangibles? La justificación genética no responde a esa pregunta.

²⁹. Aunque éste tiene un derecho de remuneración.

³⁰. Neptuno no ha pertenecido nunca a quienes lo descubrieron en 1846: J. G. Galle y Louis d'Arrest.

La segunda objeción requiere un tratamiento más pormenorizado. Vamos a examinarla en el apartado siguiente.

§9.— La materia prima del creador intelectual

La segunda objeción al intento de justificar la apropiación privada de la obra intelectual por su autor es que cualquier labor individual o colectiva de investigación o creación literaria o artística trabaja con ideas previamente elaboradas por otros humanos como se trabaja con una materia prima.

Esquilo, Sófocles y Eurípides repiten temas, personajes, argumentos, tramas, aunque cada uno modifique las ideas heredadas, afectándolas de su particular sello personal. Muchas de esas ideas serán retomadas, siglos después, por Séneca, por Racine, por Voltaire y por muchos otros. El más genial dramaturgo de todos los tiempos, William Shakespeare, plagia masivamente personajes, títulos, argumentos, situaciones y peripecias de otros autores. Son también enormes las imitaciones de unos músicos barrocos respecto de otros; hoy estaría prohibido componer música de ese modo; es de temer que tal prohibición nos privaría, a la postre, de esas obras grandiosas —y, a fin de cuentas, originales (cuando se ven un su conjunto)— que constituyen la obra de Bach, la de Vivaldi, la de Haendel, la de Arcangelo Corelli, la de Henry Purcell, la de Lully, la de Domenico Scarlatti, etc.

Si pasamos al campo de la teoría, de la ciencia y del ensayo, podríamos decir que el escritor más ocurrente e imaginativo, el inventor más intrépido, el descubridor más afortunado deben a los demás un 99% de lo que hacen, ya sea porque trabajan con ideas previamente desarrolladas, ya porque las suyas propias las elaboran en mayor o menor interacción con otros, ya porque siguen su línea de pensamiento incitados por ciertas preocupaciones y mentalidades colectivas de la época en que viven, sin lo cual su propia busca ni siquiera arrancarían ni se encaminaría hacia sitio intelectual alguno.³¹

Es errónea, por lo demás, la visión discontinuista del avance de la ciencia impuesta desde Kuhn. No hay revoluciones científicas. Hay una evolución. El propio Kuhn reconoció que los paradigmas presuntamente nuevos surgen de problemas acumulados en el paradigma previamente aceptado. Pero insistió en que el cambio paradigmático introducía tales novedades que resultaría una inconmensurabilidad. No es así. No hay ruptura alguna. Lo nuevo carece de sentido sin lo viejo, aunque el efecto acumulado de muchos cambios acabe haciendo irreconocible el panorama intelectual. Si las nuevas teorías se imponen, es porque convencen; y convencen porque son comprensibles para quienes trabajaban con las viejas teorías, o para algunos de ellos, y solucionan mejor las dificultades con las que lidiaban. Si surgiera una teoría totalmente nueva sin raíces en la obra científica anterior, nadie la entendería y pasaría sin dejar rastro ni encontrar eco.

Podemos recapitular esta segunda objeción diciendo que el mérito de la obra individual de creación o de estudio es siempre pequeño en comparación con lo que cada pensador o

³¹. Hay casos, como el de la teoría de la relatividad de Einstein, en los que la leyenda ha suplantado a la realidad, asignando exclusivamente a la autoría de un individuo lo que fue el trabajo acumulado de muchos. Que tales suplantaciones sean, o no, fruto del egoísmo y de la auto-publicitación de individuos menos escrupulosos que sus colegas es un asunto que no viene al caso. Voluntaria o involuntaria, la equivocada atribución de la novedad a uno solo oculta muchas veces esa labor acumulada, paulatina, sucesiva.

cada artista o escritor debe a la sociedad. El trabajo de creación y de investigación tiene un componente social e intergeneracional preponderante; sólo en el margen es estrictamente individual o de grupo.

La objeción ahora considerada tiene su principal alcance en el tema que ha motivado el presente artículo: la investigación científica desarrollada en el marco de las instituciones académicas de titularidad pública. Cada uno de nosotros trabaja merced a lo que recibe de la sociedad:

- (1º) gracias a las competencias investigativas que adquirió en su formación universitaria y que ha ido perfeccionando después en las propias instituciones en las que ha ido trabajando;
- (2º) utilizando el instrumental que pone a su disposición la sociedad, sea los utensilios de observación o análisis, sea el fondo bibliográfico o documental o cualquier otro;
- (3º) pudiendo dedicar a esa labor el tiempo suficiente gracias a la remuneración percibida;
- (4º) obteniendo de la institución en que se encuentra —en unos casos más, en otros menos— un lugar adecuado no sólo para que sus investigaciones alcancen visibilidad en la comunidad científica sino también para recibir las retroalimentaciones intelectuales que impulsen ulteriormente su trabajo.

Por todo lo cual puede parecer abusivo atribuir al investigador individual la titularidad dominical de los bienes intelectuales que él hace accesibles a los demás.

El jardinero que arregla el parque municipal no se convierte en su amo; ni los obreros de la fábrica de acuñación de monedas adquieren la titularidad de las mismas. ¿Por qué el investigador científico va a tener el privilegio de adueñarse del producto de un trabajo que efectúa por encargo de la sociedad, percibiendo remuneración de ésta y gracias a unos recursos materiales e intelectuales que la sociedad le ha proporcionado?

§10.— Justificación teleológica

Así pues, falla la justificación genética de la propiedad intelectual, la que motiva esa propiedad por la legitimidad de su peculiar modo de adquisición, a través exclusivamente del propio trabajo.

Pasemos a considerar una segunda justificación, la teleológica: la sociedad se ha dado cuenta de que, atribuyendo a los autores la propiedad de los bienes intelectuales que ellos descubren (sea ese descubrimiento un trabajo de investigación, sea de «creación» artística, literaria, ensayística o filosófica), se incentiva la labor de descubrimiento. Estaríamos ante un fenómeno como el de la repoblación en la Reconquista española o la colonización del Oeste norteamericano: la avidez de incremento patrimonial empujará a mucha gente a ir y posesionarse de esas tierras que se quieren ocupar —o, en nuestro caso, a entregarse a un trabajo de creación o de investigación, a sabiendas de que las ideas que produzcan serán de su propiedad.

Este argumento sólo es convincente si, o bien se comprueba empíricamente que esa atribución dominical de la obra a los autores produce los esperados efectos incentivadores, o bien hay alguna base racional para que la sociedad tenga esa expectativa, aunque luego

se vea defraudada, mientras que la no atribución del dominio causaría una desincentivación de la labor intelectual.

Sin embargo, ni existe prueba alguna de tal incentivación —ni, menos aún, de los efectos esterilizantes de la ausencia de apropiación individual— ni hay base alguna para creer que esa expectativa haya sido racional. Desde luego, la expectativa ha existido y sigue existiendo. Pero eso no prueba que haya sido racional, ni menos aún que tenga fundamento en los hechos.

Hasta fines del siglo XVII no existía noción alguna de propiedad intelectual. Sin embargo hubo enorme labor intelectual, en todos los campos, científico, teórico, artístico y literario. Los escritores, los pensadores, los estudiosos, los artistas trabajaban por un cúmulo de motivaciones: afán de gloria, altruismo, amor al arte y a la ciencia, imitación de sus maestros, esperanza de un mecenazgo, o encargo real de un mecenas. Retrospectivamente podemos ver en la satisfacción de alguna de tales aspiraciones algo que nosotros englobaríamos en la propiedad intelectual. Mas en su momento no era así.

No hay prueba alguna de que el incremento de la producción intelectual en los últimos tres siglos se haya debido a la propiedad intelectual, ni de que haya habido correlación alguna entre el reconocimiento de ésta y la actividad intelectual de un país.

El componente pecuniario de la propiedad intelectual puede ser un aliciente. Pero eso en la práctica sólo favorece a una parte de la producción intelectual, y a menudo a una parte de escaso valor científico o artístico, al paso que mucha labor intelectual de gran valor científico o artístico se desarrolla sin que el autor pueda albergar esperanzas razonables de lucro alguno gracias a su trabajo.

En cuanto al componente moral, hay en él rasgos (como el afán de renombre) que pueden verse satisfechos aun sin propiedad intelectual; en todo caso una parte del mejor trabajo científico se ha realizado siempre por otros motivos, o al menos por una combinación de motivos mezclados.

Para salir de dudas sobre esta justificación teleológica de la propiedad intelectual habría que ensayar las alternativas, en una escala suficientemente amplia, lo cual no se ha hecho nunca. Ni siquiera las sociedades no-capitalistas del siglo XX rompieron con el paradigma de la propiedad intelectual (aunque no inscribieran esa locución en sus textos legislativos).

No hay que plantear una alternativa falsa entre un sistema con propiedad intelectual y otro en el cual los autores carecerían de reconocimiento y no tendrían compensación alguna por su esfuerzo creador o descubridor. Ni Platón se consideró dueño de sus diálogos, ni Demóstenes de sus discursos ni San Juan Crisóstomo de sus homilías ni Averroes de sus comentarios a Aristóteles; mas sí tenían la esperanza de un reconocimiento. Y muchos autores se ganaron la vida gracias al mecenazgo.³²

³². Aunque fuera verdad lo que sostiene el argumento teleológico, restaría aún por demostrar que es justo adjudicar a los autores esa propiedad. Tal vez podríamos sustentar ese aserto en un argumento rawlsiano: si tal adjudicación es beneficiosa para todos (más para los autores, menos para los demás), entonces es justa. La tesis rawlsiana está sujeta a serias dificultades, siendo de temer que pueda servir para justificar políticas claramente injustas (que mejoren mucho a los de arriba, un poco a los más miserables, empeorando a la gran masa de la población); además, los cálculos de máximos y mínimos suponen que podamos considerar todas las alternativas posibles, que sean recursivamente numerables, previsibles y mentalmente actualizables (no sólo en abstracto, sino en concreto), lo cual es absolutamente irrealista; y, en fin, todavía falta por probar que obrar así sea justo, porque hay muchos criterios alternativos (mejorar a todos, no empeorar a nadie, obtener una mejora media, u otros que se prestan mal a ese tipo de formulaciones matemáticas, seguramente artificiales). Aparte de eso, está el hecho de que habría que probar

La discusión de esa justificación teleológica quedará aquí inconclusa. No me parece muy atractiva; sus pronósticos son engañosos y de oropel. Pero quizá sea mejor dejar abierta la posibilidad de hallar un argumento menos endeble que sustente esa justificación teleológica.

§11.— Justificación Relativa

Fracasados el argumento genético y el teleológico, ¿qué nos queda como justificación de la propiedad intelectual?

Podríamos decidir no justificarla de ningún modo, sino sencillamente tomar nota de que ésta existe en nuestra sociedad y limitarnos a buscar su articulación más justa o más socialmente conveniente. P.ej., podemos estudiar cómo la propiedad intelectual ha de ajustarse a los parámetros que nuestro ordenamiento jurídico establece para la propiedad en general, como su función social.

Entre la justificación absoluta y la no-justificación, hay una vía media, que es la de justificar la propiedad intelectual privada con relación a nuestro sistema de propiedad. Y es lo que haremos.

Sería exagerado decir que vivimos en un sistema de propiedad privada. Es ésa una visión ideológica que no corresponde a los hechos, cuando la mitad del PIB se administra públicamente. Aunque la mayor parte del suelo sea de propiedad privada, y aunque lo sea, en general, más de la mitad de la riqueza inmobiliaria, no lo es la mayor parte de la riqueza anualmente producida, puesto que legalmente la mitad es de titularidad pública. Y de todos modos es dudoso que la mayor parte de la riqueza estable esté en manos privadas.

Lo que sí es verdad es que nuestro sistema jurídico se presenta ideológicamente como uno de propiedad privada y de economía mercantil, y que tal presentación ideológica cuenta hoy con el respaldo mayoritario de la opinión pública. También es cierto que una gran parte de la riqueza social está en manos privadas, y que lo está de manera enormemente desigual (por países y por estratos sociales).

Siendo ello así, es legítimo que los individuos en general, y los menos afortunados en particular, aspiren a tener su propiedad privada. En países donde prevalece la vivienda en propiedad, la gente desea una casa de su propia titularidad.³³ Ninguna persona normal renunciará a su piso en propiedad. No por afán de ser propietario, sino porque las cosas están así organizadas, aunque otros sistemas serían más racionales.

En el marco de la organización social actual, el creador y el descubridor de obras intelectuales tienen una legítima pretensión a ser dueños de esas obras. Tal vez sea una propiedad un tanto platónica muchas veces, pero es aquella a la que pueden optar.

El autor de una obra³⁴ realiza un esfuerzo, aunque muchas veces sea un esfuerzo agradable y que encierra su recompensa en sí mismo (como la virtud según los estoicos). Ese esfuerzo puede significar una aportación al bien común de la sociedad.

que la atribución de la propiedad intelectual colectivamente a la sociedad no favorecería más una mejora de los más desafortunados.

³³. A menudo la alternativa puede ser la de vivir en la calle.

³⁴. Sea el escritor literario, sea el estudioso o investigador, sea el artista.

No siempre hay tal aportación, evidentemente. Igual que no todo trabajo material es socialmente útil; a veces es socialmente nocivo. Un ingeniero que produzca planos inviábiles o condenados al fracaso, un lógico que elabore sistemas axiomáticos delicuescentes, un autor de películas de violencia que causen conductas agresivas seguramente están brindando al público obras que hacen más mal que bien.³⁵

Sin embargo, los efectos positivos o negativos de las obras intelectuales no son fáciles de determinar según criterios sencillos, ni a corto plazo. Por ello, la única solución jurídica es ver en todos ellos, sin discriminación, potenciales contribuciones al bien común llevadas a cabo por el autor. Desde luego el autor trabaja con una materia prima espiritual que es fruto de quienes lo han precedido; además, trabaja frecuentemente con el respaldo de una institución o empresa, o en interacción con una comunidad académica o literaria, con la crítica, con el público; por lo cual su obra no es nunca total y exclusivamente suya. Pero el hecho es que lo hace.

Y lo hace en el marco de un sistema que proclama la propiedad privada como un principio de su ordenamiento jurídico. Si lo hiciera en un sistema sin propiedad privada de los bienes materiales, posiblemente no tuviera la misma pertinencia el problema de si, con su creación intelectual, adquiere la titularidad dominical de la región de ideas que ha explorado o cuyo conocimiento hace accesible a los demás.

En el marco de una sociedad sin propiedad privada material (ni de bienes intangibles de otro tipo), los derechos del autor podrían —tal vez deberían— conceptualizarse de otro modo, sin acudir a la relación jurídica de propiedad.

Pero estamos en la sociedad en que estamos, en la cual los individuos y los colectivos son dueños de casas, herramientas, máquinas, vehículos, fincas, bancos, cosechas, títulos, almacenes, hoteles, emisoras y así sucesivamente. En esta sociedad —en la cual se va incrementando el patrimonio de cada uno en la medida en que se lo permite la ley—, si las obras intelectuales pasaran, según se fueran creando o descubriendo, a ser de todos o de nadie (*res omnium* o *res nullius*), el autor estaría desincentivado de su esfuerzo intelectual, ya que, no conduciendo a un incremento patrimonial, se vería en desventaja con respecto a otros esfuerzos que sí acarreasen tal incremento.

Asimismo los descendientes u otros herederos de un autor fallecido, al continuar, en cierto modo, la personalidad de éste, pueden hallar en la perpetua e inalienable propiedad intelectual que heredan (aunque temporalmente limitada en cuanto a derechos económicos), un privilegio, pero un privilegio que puede ser lo único que les quede en una sociedad en la que otros heredan, de generación en generación, predios rústicos o urbanos, paquetes de acciones u otras riquezas.

La propiedad intelectual puede ser un premio de consolación, un título en sí casi nominal, como los nobiliarios (en nuestra sociedad actual). La analogía puede profundizarse. Un título nobiliario, el marquesado de Huibralgo, p.ej., es hoy, en rigor, una propiedad intelectual, la propiedad de una idea, que se expresa en un nombre. Sólo el titular puede hacer ciertos usos de ese bien, como el de adjuntar a su nombre y apellidos la denominación de «marqués de Huibralgo». Puede disfrutar de las satisfacciones y los honores que (en círculos aristocráticos)

³⁵. Con la excepción de que los sistemas axiomáticos incongruentes pueden suscitar nuevos afanes investigativos, como sucedió con el de Frege.

se tributen a los individuos de ese rango —de lo cual está privado quien carezca de un marquesado. Posiblemente ese bien sea inalienable. En suma, estamos en presencia de una figura jurídica bastante similar a la de los herederos de un autor; a unos y otros les es lícito continuar y transmitir a sus herederos respectivos glorias pasadas.

Sucede algo parecido con cualquier título que uno haya adquirido por su esfuerzo, por su apariencia o incluso inmerecidamente —aunque en tales casos nuestro ordenamiento jurídico no hable de propiedad—: un título universitario, la dignidad de académico, la de campeón deportivo de una disciplina en determinada circunstancia (p.ej. ganador de una vuelta ciclista a España en 1950), la de agraciado con una distinción o condecoración en tal fecha (Miss Europa 1960, Gran Cruz de Isabel la Católica). Son bienes intangibles, en verdad ideales, con relación a los cuales se otorgan al titular unos derechos exclusivos de uso (de un uso determinado) y de disfrute; son propiedades vinculadas, en las que el dueño carece del derecho de disposición (nadie puede vender su doctorado en ciencias matemáticas).

La semejanza tiene sus límites, porque las dignidades que estamos ahora considerando son personalísimas y absolutamente intransferibles, al paso que la propiedad intelectual se transmite por herencia.

Sea como fuere, todos esos bienes son entes ideales, y por lo tanto intangibles. En algún caso puede que ni siquiera sean eso, sino meras ficciones, entes quiméricos. No nos importa. Lo que sí nos importa es saber si una propiedad así, una titularidad que, en sí misma, puede carecer de significado económico, podría darse con relación a bienes tangibles. Y la respuesta es que sí.

Hemos hablado de los descubridores de astros o de zonas del espacio. No habría jurídicamente inconveniente en que adquiriesen la propiedad de tales bienes, aunque esa propiedad no tendría ningún efecto práctico (menos aún efectos económicos). Que el planeta Plutón perteneciera a la viuda del difunto Clyde Tombaugh, su descubridor, —y, tras su muerte, a sus herederos— no impediría la exploración científica ni le otorgaría en la práctica ninguna ventaja; mas habría un uso reservado.

Sin embargo, al llegar a ese punto, está claro que el bien tangible se nos hace prácticamente intangible, y que lo que queda en realidad es una idea, la idea del planeta Plutón, más que el cuerpo material de cuya calidad de planeta estuvieron debatiendo los astrónomos el año pasado.

Poco cuesta a la sociedad otorgar la propiedad intelectual al autor,³⁶ siempre que vaya acompañada de unas limitaciones para garantizar la función social de tal propiedad. La legislación sobre la propiedad intelectual impone una serie de restricciones a los derechos dominicales para asegurar esa función social: limitación temporal de los derechos económicos;³⁷ limitación del derecho de no-difusión de los herederos; prohibición de uso abusivo de los derechos morales; derechos de copia a favor de terceros en ciertos casos (derechos de copia privada y de cita); obligación de indemnización en caso de ejercer el derecho a retirar la obra.

³⁶. Como posiblemente poco costaría atribuir la de objetos distantes a sus descubridores.

³⁷. Que, según hemos visto, implica el nacimiento de una servidumbre de uso inocuo por parte de terceros al cabo de un tiempo.

En suma, con las cautelas que establece la ley —y acaso con otras adicionales que recomendamos *de lege ferenda*— el derecho a la propiedad privada de los bienes intelectuales a favor de sus descubridores o creadores es una medida de política legislativa razonable en una sociedad con vocación de mantener la propiedad privada. Naturalmente, la propiedad privada es una institución históricamente surgida y cuya existencia no viene requerida por la convivencia social, sino que caben otros sistemas de relaciones jurídicas. En ellos sería justo que a los autores se les reconocieran ciertos derechos que nosotros subsumimos en el de la propiedad intelectual, aunque tuvieran otra conceptualización jurídica.

Mi argumento minimalista a favor de la propiedad intelectual tal vez sería preferible reformularlo así: estamos en un ordenamiento jurídico que otorga la propiedad de bienes intelectuales a sus descubridores o creadores, dentro de una política legislativa general que preserva la propiedad privada. Ésa es la situación existente. Pasar de esa situación a otra implicaría un cambio. Cualquier cambio ha de ser justo, o sea motivado por razones justificadas, ponderado en sus efectos, cauteloso para evitar agravios comparativos y suave en sus ritmos para minimizar los efectos perversos o las consecuencias no deseadas.

Conque, antes de emprender una modificación de la política legislativa que suponga reemplazar la propiedad privada de los bienes intelectuales por otro sistema, sería menester elaborar —con tino y prudencia— esa alternativa, sopesarla y experimentarla; y, a la postre, si acaso introducirla con todas esas cautelas. Mientras no se produzca eso, los autores siguen estando amparados en su legítima aspiración de ser los dueños de las regiones del espíritu o del mundo de las ideas que ellos descubren o exploran.

§12.— La concepción lingüística de los bienes intelectuales

Habiendo, en los apartados precedentes, abordado ya los problemas 1º, 2º, y 3º anunciados en nuestra introducción, ha llegado el momento de habérmolas con el más difícil, con el 4º, que es, en verdad, una cuestión metafísica: ¿cuál es la naturaleza ontológica de los bienes sobre los cuales ejerce su dominio el propietario o dueño intelectual?

Ya más arriba (§8) estuvimos considerando las dificultades de una visión conceptualista, según la cual los entes sobre los que se ejercería el título jurídico que denominamos «propiedad intelectual» empezarían a existir en el momento en que son pensados por el creador científico o literario. Si no empiezan a existir con el acto de creación/descubrimiento, es que preexisten. Y, entonces, ¿qué son?

En España la respuesta legislativa la dio D. Gumersindo de Azcárate cuando se debatía la ley de 1879:³⁸ el ente cuya propiedad inmaterial viene legalmente atribuida al autor es la expresión lingüística de una creación del espíritu, no la creación en sí misma ni su contenido ideológico, que es un patrimonio común una vez inventado, creado o descubierto.

Llamemos a esa solución «la ecuación lingüística»; podemos parafrasearla diciendo que el objeto de propiedad intelectual sería un ente lingüístico, aunque objetivo, el contenido de un acto de habla (o más bien de un mensaje de escritura) que, una vez expresado por vez primera, es susceptible de repetición en otras proclaciones o actos de escritura.

³⁸. No hizo sino asumir el punto de vista que ya había enunciado Fichte en 1793. Un comentario reciente sobre la argumentación de Fichte se encuentra en Pievatolo, 2006.

Hay cinco dificultades en torno a la ecuación lingüística.

- En primer lugar, esa caracterización lingüística de la obra (como el contenido lingüístico objetivo de un acto de escritura) impide entender cómo es que el dominio del autor abarca también a las traducciones a otros idiomas.
- En segundo lugar, esa caracterización determina que el autor pasa a ser propietario de un mensaje, de una secuencia de palabras; sin embargo, las secuencias de palabras son de todos los hablantes del idioma. Así, ningún hablante, ningún grupo de hablantes del español es dueño de una palabra ni de una frase ni de un párrafo, ni de una serie de párrafos. Un ente lingüístico, una ristra de oraciones de nuestro idioma, es un bien de todos y de nadie, que está al alcance de quien lo quiera usar. Antes de ser un elemento de habla (*parole*, en el sentido de Saussure), es un elemento de lengua (*langue*). Cada ristra de oraciones constituye un mensaje potencial que preexiste a su eventual prolación individual, si es que ésta llega a efectuarse.³⁹ Parece un poco difícil entender que de ese haber o acervo colectivo se desgajen ciertas ristas de oraciones y sean adjudicadas como propiedad a quienes las hayan proferido por primera vez.
- En tercer lugar, esa entidad lingüística plantea un problema de existencia e individuación. Generalmente pensaríamos que una obra científica o literaria empieza a existir en el momento en que la crea su autor; se suele entender que esa creación es un invento genuino, y no un descubrimiento. Sin embargo, la ristra de oraciones que constituiría el *Quijote* preexistió a Cervantes.⁴⁰ La caracterización lingüística de una obra científica o literaria explica bien que ésta tenga una existencia que depende de lo humano, mas no que tenga una que depende del autor y de su acto de creación.
- En cuarto lugar, si ya a mediados del siglo XIX se planteaba el problema de la propiedad de obras dramáticas y musicales no impresas, a eso se añade el hecho de que, al dejar de ser la escritura el único modo de difundir ideas,⁴¹ se ha visto que también las exposiciones verbales son creaciones del espíritu que merecerían igualmente venir consideradas como objetos de propiedad intelectual; con lo cual la expresión en que adquiriría existencia la obra habría de ampliarse para ser cualquier acto de habla o escritura. Aunque la mera idea intramental no fuera objeto de propiedad intelectual, sí lo sería cualquier expresión lingüística oral o escrita (p.ej. una conferencia pronunciada o una lección magistral impartida). Sin embargo, una vez que damos ese paso surge el problema de si, cuando uno profiere en voz alta una serie de consideraciones sin que lo escuche nadie, está ya dando plasmación (y por lo tanto existencia) a una obra del espíritu; ¿por qué iba a requerirse la presencia de un oyente? ¿Y si éste no entiende lo que oye? Mas del monólogo en voz alta pasamos al monólogo en voz baja, y de éste al mero pensamiento, al habla mental de uno consigo mismo.
- En quinto y último lugar, la propiedad intelectual así entendida sólo concede al autor el dominio sobre ese ente lingüístico que es el contenido textual de un acto de escritura,

³⁹. Evidentemente, la mayoría de ellas nunca han sido ni serán proferidas por ningún locutor.

⁴⁰. Al menos dejando de lado tal o cual palabra concreta que pudo ser producto de la imaginación del novelista, como el nombre propio 'Quijote'.

⁴¹. Con la gramofonía, la magnetofonía y los desarrollos técnicos ulteriores.

mas no el resultado de someter a ese contenido a transformaciones, acortamientos, alargamientos, alteraciones sintácticas. La individuación del producto así dominado vendría, pues, determinada por la identidad lingüística estricta, lo cual ciertamente reduce en la práctica a casi nada la significación de tal propiedad, pues bastará a cualquiera añadir una palabra para que se trate de otra obra.⁴²

A esta quinta dificultad podemos añadirle una consideración adicional: la protección que otorga la ley al creador de la obra literaria o artística en algunos casos trasciende claramente lo lingüístico. El detallado decreto de 1880 que contenía el reglamento de aplicación de la ley de 1879 venía a atribuir al creador de una obra dramática o musical la propiedad exclusiva de los personajes, el argumento y el plan de la obra. No se extendía esa protección a las obras impresas, siendo un tema técnico-jurídico controvertible el de en qué medida sean propiedad intelectual del autor los personajes que éste crea (o inventa o descubre), o el argumento de una novela.

§13.— Por qué la propiedad intelectual es propiedad de ideas

Si el ordenamiento jurídico otorga (al menos a veces) la propiedad de un personaje o de un argumento al autor (como en el caso de obras dramáticas), claramente estamos ante una propiedad literaria que no tiene un objeto lingüístico, sino más bien uno que sería algo así como una idea (no subjetiva).

Que el ordenamiento jurídico es parsimonioso a la hora de reconocer una propiedad literaria de esa índole (sobre argumentos y sobre personajes) parecen probarlo las sentencias que han zanjado sonados juicios de estos últimos años en torno a novelas famosas, como *El nombre de la rosa* y *El código da Vinci*. Sin embargo, hay que huir de conclusiones precipitadas, porque en esos (y otros) casos se interponen intereses de tal peso que quizá pleitos similares de menor cuantía podrían arrojar resultados judiciales diversos.

Sea como fuere, nuestra consideración apunta sólo a que se da —al menos en algunos casos— una atribución al autor de titularidad dominical sobre contenidos de su ideación o creación espiritual que no pueden fácilmente cifrarse en entes lingüísticos.⁴³

No sólo eso, sino que la propiedad intelectual implica la prohibición de escribir desarrollos o continuaciones de una obra, al menos cuando impliquen modificaciones de la misma; la libertad de modificar la obra, o no hacerlo, es un atributo que integra la propiedad intelectual del autor. Es un tema polémico el de si esa atribución forma parte de los derechos pecuniarios o de los morales; mi opinión es que, al menos en ciertos casos, es un derecho moral, inalienable y perpetuo.

La cuestión se ha debatido en el ámbito judicial con una serie de sonadas querellas; p.ej. la que ha enfrentado, años atrás, a la editorial Feltrinelli y a Alexander Mollin, autor de «La hija de Lara» presentada como continuación del «Doctor Zhivago» de Boris Pasternak.

⁴². De hecho la ley española de propiedad intelectual de 1879 daba indicaciones de hechos prohibidos a tenor de la misma, de no mediar consentimiento del autor, hechos que obviamente abarcaban una amplia gama de conductas de plagio, que no consisten en la reproducción literal e íntegra de la obra.

⁴³. Un personaje es el mismo aunque se le cambie el nombre; y, si a un argumento queremos verlo como un ente lingüístico, será de tal abstracción que prácticamente nada lo distinguiría de una idea.

Otra de ellas ha sido el litigio entre la editorial parisina Plon y los descendientes de Víctor Hugo. No puedo entrar aquí en los detalles,⁴⁴ mas sí señalar que, en general, es dudoso que las segundas partes de una obra literaria sean meras adaptaciones. Una adaptación —en la medida en que lo sea— respeta, a grandes rasgos, la integridad de la obra adaptada, y sólo cambia su adecuación a un medio expresivo (cine, teatro, radiodifusión etc) o a un público (como una obra científica adaptada para su divulgación entre los no especialistas). En cambio una continuación de una obra puede alterar el contenido.

Se puede defender la libertad de publicar continuaciones de obras ajenas; pero esa libertad es incompatible con la propiedad intelectual de los herederos; no con los derechos pecuniarios, sino con el derecho moral, que es el núcleo de la propiedad intelectual. Seguramente lo razonable sería que, en una serie de casos, la propiedad intelectual dejara de ser privada para ser un patrimonio público; que se hiciera propiedad colectiva de la nación,⁴⁵ cuyos representantes culturales tuvieran la potestad de autorizar, o no, las reelaboraciones, en función del interés nacional y del de la humanidad, y en atención a todas las circunstancias de cada caso.⁴⁶ Sea como fuere, la jurisprudencia prueba que lo que se ventila en la propiedad intelectual no es la mera expresión de ideas, sino las ideas expresadas.⁴⁷

Todavía más se refuerza esa consideración en el caso de la propiedad industrial. Aunque el ordenamiento jurídico español distinga lo que denomina «propiedad intelectual» de la

⁴⁴ La citada firma publicó en 2001 dos novelas de François Cérésa como continuaciones de los «Misérables». Plon fue demandada por Pierre Hugo, en nombre de todos los herederos del gran escritor galo por atentado contra el respeto debido a su obra. Tras haber sido juzgado el pleito en primera y segunda instancia, el Tribunal Supremo (*Cour de Cassation*) ha anulado la sentencia favorable a la demanda. El fundamento de la casación se resume en sostener que la continuación de una obra es una adaptación, y que el derecho de adaptar la obra forma parte de los derechos «patrimoniales» —o sea pecuniarios—, los cuales prescriben a los 70 años de la defunción del autor. Conque escribir una adaptación no implicaría atentar contra la integridad de la obra. Discrepo absolutamente de la opinión del tribunal supremo francés, el cual ignora una parte sustancial del fundamento de la demanda, a saber: que esa pseudo-continuación de «Les misérables» implica una modificación de la obra original, al invalidar el suicidio del personaje Javert.

⁴⁵ La ley cubana de propiedad intelectual preceptúa, en su art. 48, que, al expirar los derechos de explotación de los autores, sus obras pueden ser declaradas pertenecientes al Estado, por decisión del Consejo de Ministros, situándolas así en el dominio público administrativo. Lamentablemente ese precepto nunca se ha aplicado (uno esperaría que las obras de Martí, Marinello y Nicolás Guillén estuvieran, a estas alturas, en el patrimonio del Estado cubano). V. Valdés Díaz, 2006, p. 457. Un precepto así sería más operativo si confiara a organismos académicos, investigativos o literarios declarar la demanialidad de obras intelectuales, en lugar de exigir una especial decisión del gobierno. Notemos que según P.-Y. Gautier, 2001, p. 368, es perfectamente concebible que el Estado pueda recibir la herencia artística, en caso de ausencia de otros herederos. En ciertos casos, sería mejor que se tratara de una obligación. No comparto el punto de vista de Valdés Díaz (p. 460) de que las obras que se hallan en el dominio público han de ser patrimonio de la humanidad; actualmente, por desgracia, ésta carece de representantes que puedan defender ese derecho universal. Sólo los Estados pueden proteger el patrimonio cultural colectivo.

⁴⁶ Anuncio así la conveniencia de sujetar la propiedad intelectual a las servidumbres de pública conveniencia que preconizaré más abajo.

⁴⁷ Eso no sucede únicamente en el caso de las obras literarias, sino también de las científicas. V. *infra*, §14. La jurisprudencia francesa se ha pronunciado sobre tales temas; v. Gautier, p. 57. Gautier distingue, con razón, el saber acumulado —que pertenece a todo el mundo— de las hipótesis que se montan sobre él, constituyendo una aportación original. El jurista galo añade (*ibid*, p. 58): «En bref le raisonnement — et la paternité, trop malmenée en matière scientifique — doivent être protégés [...] En vérité, si l'on scrute attentivement la jurisprudence, apparemment hostile à l'appropriation de l'idée, fût-elle originale, [...] elle a recours à des subtilités qui confinent parfois à l'artifice et à la contradiction». Gautier señala que la propiedad de ideas originales es lo que protege el art. L 111-2 del código francés de la propiedad intelectual al afirmar que el autor crea su obra al concebirla, aunque sea en forma inacabada, siempre que salga de algún modo del fuero interno, aunque sea verbalmente.

propiedad industrial, es un distinguo técnico que tiene poca relevancia en el mundo de hoy, en el cual el sintagma inglés «*intellectual property*» designa a ambos géneros de propiedades de bienes inmateriales o intangibles. La propiedad industrial abarca el derecho de marcas, el de patentes y otros similares. El derecho de patentes es el dominio de una idea práctica, prohibiéndose a cualquiera, sin el permiso del titular de la patente, aplicar esa idea aunque la haya descubierto independientemente.⁴⁸

§14.— Los bienes intelectuales como cúmulos de *possibilia*

Ante la necesidad de superar la visión expresivista de la propiedad intelectual y de verla como la propiedad de un contenido intelectual (no de la mera forma expresiva), podríamos tratar de entender los objetos de la propiedad intelectual como entes culturales *sui generis*, inspirándonos en la teoría popperiana del tercer mundo, o Mundo 3. Ese enfoque no nos retrotrae al conceptualismo subjetivo que hemos criticado más arriba, porque ahora defenderíamos un conceptualismo colectivo.⁴⁹

Popper sólo marginalmente planteó en su tratamiento del Mundo 3 problemas de índole jurídica.⁵⁰ Su foco de atención lo constituían las teorías científicas, o —más en general— los elementos objetivos de la actividad científica: los problemas, las soluciones, los argumentos, las coyunturas teoréticas, entes que integrarían un conocimiento o pensamiento no subjetivo, que empezarían a existir con una cierta actividad mental de sujetos humanos, mas que seguirían existiendo aunque dejara de haber tales sujetos. Esos entes serían un poco como Formas o ideas platónicas, entes inmateriales, carentes de ubicación espacial, de volumen, de composición (como la composición atómica), mas no de determinación temporal, al menos por el extremo de su comienzo temporal.⁵¹ La característica especialmente popperiana estriba en su dependencia de lo humano, al paso que los habitantes ideales de la ontología de Hartmann parece que están ahí para que accedan a ellos, si se terciara, otros seres reales diversos de los humanos.⁵²

Ese enfoque tendría la ventaja de que —adaptándonos oportunísticamente a las particularidades de los diferentes productos— podríamos ver a algunos de ellos como objetos lingüísticos (p.ej. las marcas y los títulos de obras) pero ver a otros como constituidos por ideas (no subjetivas), y tal vez a otros más como mixtos.

A pesar de su indudable atractivo, el enfoque popperiano de ese Mundo 3 afronta dos objeciones.

⁴⁸. Al igual que el propietario de una finca puede prohibir a cualquier otro acceder a ella o transitarla aunque llegue a la misma por un lugar diferente de la vía de acceso del dueño.

⁴⁹. Podemos hallar en algunos libros de Nicholas Rescher ideas parecidas.

⁵⁰. Karl R. Popper, *Objective Knowledge*, Clarendon, 1986, ed. rev. Una exposición clara y sucinta de la teoría del Mundo 3 y su relación con los mundos 1 y 2 la presenta Popper en su opúsculo «Three Worlds» (The Tanner Lecture on Human Values, pronunciada en la Universidad de Michigan en 1978-04-07), disponible electrónicamente: <http://www.tannerlectures.utah.edu/lectures/popper80.pdf>.

⁵¹. Podrían también tener un fin temporal si se extinguieran los soportes materiales en los que se hubieran plasmado.

⁵². Ángeles, humanoides de otra galaxia, tal vez podríamos conjeturar incluso que seres de otro mundo posible.

- [1^a] Resulta muy difícil disipar la zozobra que causa reconocer unas entidades de las cuales, en su conjunto, podemos decir tan pocas cosas indicativas de aquello en que estribe su existencia, salvo el bruto hecho inanalizable e indilucidable de que existen; alberga uno el recelo de que «existir» sea ahí un verbo no-unívoco; con lo cual nos vuelven a asaltar las dudas de siempre sobre los usos analógicos o equívocos, o alternativamente la sospecha de que se trate de un mero juego de lenguaje.⁵³
- [2^a] Ve uno mal cómo una teoría según esos lineamientos puede solventar el problema de saber en qué pueda consistir la similitud entre las relaciones de dominación de bienes materiales (las facultades de uso, disfrute y disposición) y las que cabría estipular o reconocer con respecto a habitantes del Mundo 3.

¿Hay alternativas? Para un platonista cabe admitir entidades objetivas preexistentes a la invención o al descubrimiento humano y que son objeto de imaginación, descubrimiento o ideación cuando hablamos de cúmulos o conjuntos, estados de cosas, contenidos enjuiciables o enunciables, vínculos de implicación necesaria y así sucesivamente. Podemos suscribir un platonismo concreto en el cual no se trata de entidades ajenas a lo espacio-temporal.

Tendríamos que apenar con una cierta inflación ontológica si, reconociendo entidades así, también vamos a reconocer —además de los integrantes del Mundo físico o material (de éste o también de otros)— un Mundo 3.⁵⁴ Aunque nadie ha demostrado que sea falsa o errónea esa inflación, solemos suscribir (bajo una u otra variante) un canon de economía de sabor occamiano: *entia non sunt multiplicanda præter necessitatem*.

¿Podemos prescindir del Mundo 3? ¿Podemos hacerlo sin perder nada para dar cuenta de las relaciones de propiedad intelectual? Voy a sugerir que sí. Mi sugerencia es tentativa y provisional. Por ahora sostengo que nos bastan las entidades platónicas. Mas las voy a reducir a entidades de la amplia esfera de lo real de David Lewis (un poco modificada).⁵⁵

Don Quijote de la Mancha será un habitante de una serie de mundos posibles en los que se desarrollen secuencias de acontecimientos que guarden similitud con los de la obra cervantina.

⁵³. Es difícil reconocer la existencia de entes del Mundo 3 popperiano porque:

- a duras penas podemos dilucidar esa existencia —o sea, averiguar qué tiene en común con la existencia de objetos materiales (o incluso espirituales independientes del ser humano);
- carecemos, al parecer, no ya de criterios, sino incluso de aproximaciones razonables que nos proporcionen alguna indicación sobre las condiciones necesarias o las condiciones suficientes de mismidad o identidad de entidades de ese Mundo 3;
- no está claro si la referencia a ese Mundo 3 y a sus habitantes es una manera de hablar: tal vez una adecuada paráfrasis suprimiría tales referencias.

El propio Popper se esforzó por dar en parte respuesta a esas dificultades, principalmente la última, subrayando la insoslayabilidad de esas entidades si se querían entender los problemas del conocimiento científico; por extensión sus reflexiones se aplicarían a los objetos de la creación literaria y artística, a los productos intelectuales en general.

⁵⁴. Y, para los mentalistas, entre ambos un Mundo 2, el de lo subjetivo.

⁵⁵. No es éste el lugar adecuado para entrar en detalles sobre la teoría del realismo modal reelaborado en la que se sustenta mi tratamiento de los entes posibles. V. mi artículo «Grados de posibilidad metafísica», *Revista de filosofía*, vol VI, Nº 9, 1993, pp. 15-57. Un desarrollo en parte diferente y más amplio se halla en *El ente y su ser: un estudio lógico-metafísico*, León: Publ. Universidad de León, 1985.

Similarmente una teoría científica presenta un estado de cosas conyuntivo que se realiza en un cúmulo de mundos posibles.⁵⁶ Persiste el problema de qué hacer con aquellas teorías delicuescentes que carecen de modelo (teorías absolutamente inconsistentes que se aplican a todo o a nada). Esa dificultad se deja apuntada como un problema abierto.

Tales entidades preexisten a la creación humana. Esa creación es un descubrimiento, un acceso mental a tales entidades. El *Quijote* como entidad objetiva es un entramado de acontecimientos en un mundo posible o en una familia de mundos posibles. Propiamente no empieza a existir con Cervantes; el gran escritor nos lo hizo accesible; así, lo que es verdad es que, para nosotros, sí empieza a existir a comienzos del siglo XVII.

El autor de una obra literaria es el descubridor de un entramado o agregado de hechos que existen en un cúmulo de mundos. El autor de una obra científica es el descubridor de un agregado de hechos que existen en una familia de mundos que (presuntamente) abarca a nuestro mundo. Los hechos que forman ese agregado están unidos por unos nexos internos.

Al descubridor de ese acervo de *possibilia* (e.d. de ese entramado de hechos) le otorga el ordenamiento jurídico una relación de titularidad dominical similar a la que une al dueño de un objeto material con el mismo. La base de la atribución es semejante a la que se reconoce en la adquisición originaria de una propiedad material (o sea por un título no transmisivo), como el hallazgo, la ocupación o la fabricación.

§15.— La función social de la propiedad intelectual

Ya vimos en el §11 cómo la legislación vigente establece una serie de cautelas con vistas a garantizar la función social de la propiedad intelectual. Y ése es el buen camino. En el marco de nuestras instituciones jurídicas (y sin que ello obste a los intentos de reforma), lo juicioso y razonable es propiciar medidas graduales que vayan asegurando una creciente función social de la propiedad, sin que ello sea óbice para preconizar la nacionalización en los casos en que se justifique.

Como cualquier propiedad, el dominio de bienes intelectuales sufre limitaciones legales, y más en un sistema jurídico como el nuestro donde toda propiedad ha de desempeñar una función social acorde con la peculiaridad de su objeto y con el contexto.

Igual que sucede con la propiedad material, el dueño de una propiedad intelectual es titular de los derechos exclusivos de uso y disfrute y, a fuer de tal, beneficiario de una obligación ajena de no-perturbación o no-impedimento. Claro que la perturbación ajena no puede ser igual en lo tocante a un bien material y a un bien intelectual. No hay estricta identidad, pero sí suficiente similitud para que el ordenamiento jurídico haya aplicado aquí ese concepto normativo de la propiedad (y de las obligaciones ajenas que de ella dimanar.)

Mas, además de las obligaciones voluntarias que contrae el dueño de un bien, material o intelectual, con respecto a otras personas a las que autorice ciertos usos o disfrutes de ese bien, están las servidumbres. Las servidumbres son derechos reales, no personales, porque van vinculados al bien mismo, de suerte que la transmisión de la propiedad acarrea la de

⁵⁶. Son los modelos de la teoría; este enfoque nos aproxima a algunos planteamientos de Hilary Putnam y del estructuralismo.

la carga o servidumbre. Sin embargo, en el caso de bienes inalienables parece que cualquier obligación contractual que los afecte se convierte en una servidumbre.

Al margen de las servidumbres voluntarias están las que tienen vigencia por mandamiento de la ley, como lo son las que afectan a menudo a los predios (luces, tránsito, aguas, medianería, etc.) La ley también impone servidumbres sobre la propiedad intelectual a fin de asegurar su función social. Así, las patentes y marcas⁵⁷ tienen plazos de prescripción y son condicionales, caducando por no utilización. Las publicaciones están sujetas a derechos limitados de reproducción ajena (p.ej. el derecho de cita).

Cuando los textos legislativos afirman (erróneamente) que no pueden ser objeto de propiedad las ideas, las teorías, las demostraciones, lo que en realidad está queriendo decir el legislador (sin conseguirlo del todo) es que cualquier propiedad intelectual ha de soportar unas servidumbres de utilidad social; entre otras, las que obligan al autor de una obra científica publicada a consentir que otros usen la teoría que él ha propuesto, que retomen o hasta modifiquen sus pruebas y argumentos, que manejen y reelaboren sus ideas.

Tal es la finalidad legítima de esas declaraciones; en su literalidad son erróneas, porque anularían la propiedad intelectual privada y son incompatibles con la titularidad dominical de contenidos intelectuales esenciales de una obra, como la trama o el argumento y los personajes; y es que, en una obra de carácter científico, la trama o el argumento es el contenido ideal, la teoría misma, al paso que los personajes son los ingredientes intelectuales de esa teoría, las nociones elaboradas o inventadas por el estudioso —nociones de índole jurídica, filosófica, física, sociológica, etc. En suma, lo que quiere evitar el legislador con las fórmulas que estoy criticando es que, si un estudioso propone una teoría física, p.ej., quienes la reelaboren o discutan tengan que pagar por ello regalías a ese estudioso, o que sólo puedan escribir sobre el asunto con su autorización.

El estudioso que publica un trabajo está, pues, legalmente obligado a permitir usos ajenos que son inocuos, a fin de que avancen el debate y el conocimiento. Cualquiera tiene el derecho a reutilizar sus conceptos, sus demostraciones, sus teorías. ¿Es lícito hacerlo sin citar al autor? De otorgarse ese permiso, se anularía la propiedad intelectual. Ésta se reduciría al estricto *copyright* en su acepción más obtusa y enclenque. El reconocimiento de la propiedad intelectual del autor obliga a quienes usen su obra para fines científicos a citar adecuadamente al inventor de la teoría. Lo que no sea eso constituirá un plagio, un ilícito civil caracterizable como apropiación indebida, que podrá asimilarse en ciertos casos a una falta —o a un delito— de hurto (aunque nuestro código penal no aplique esa denominación).

No vale argüir que con el plagio al autor no se le quita nada, que no se perturba su uso y disfrute de la obra que ha creado. Sí, se perturba un aspecto de ese disfrute exclusivo, que consiste en que cualquier uso ajeno se haga dando al autor el debido crédito. El disfrute aquí involucrado es una cuestión de fama o nombre científico.⁵⁸ Variarán según un número de parámetros qué crédito haya que dar y cómo hacerlo.⁵⁹

⁵⁷. Patentes y marcas integran la rama que en España se llama «propiedad industrial».

⁵⁸. Que naturalmente tiene repercusiones profesionales indirectas y, a la postre, también económicas.

⁵⁹. Entre otros, los usos y la realidad social cambiante, así como el grado de explotación o aprovechamiento de la obra intelectual ajena.

Un litigio se ha planteado ante la jurisdicción española sobre un proyecto de investigación universitario. Al parecer se había producido un plagio. El juez prohibió a los plagiarios seguir usando las ideas contenidas o expuestas en el proyecto de autoría ajena. La situación jurídica así declarada por el juez no consiste sólo en obligar a los plagiarios a cesar en su pretensión de originalidad y a retirar el fruto del plagio, sino también a abstenerse en el futuro de usar esas ideas de ningún otro modo.

Eso significa que nuestro ordenamiento prohíbe a los no-creadores todo uso o disfrute del ente intelectual descubierto por otro, salvo que: o bien (1) deriven un título legítimo de uso del consentimiento de ese otro —que es el auténtico creador o, mejor, descubridor—; o bien (2) hagan uno de los usos que expresamente otorga la ley con respecto a obras ya divulgadas (pero no con relación a obras inéditas), a saber: cita directa o indirecta, acompañada del crédito correcto según los usos científicos y académicos. La ley no lo dice todo; hay que acudir a las normas consuetudinarias, que son las que delimitan la noción de plagio a tenor de la realidad social, cultural e intelectual, de las exigencias del progreso, de los cánones de razonabilidad y proporción, etc. Se trata de servidumbres legales (como las de tránsito forzoso en un predio.)

La propiedad intelectual de los investigadores científicos se alcanza en un contexto laboral o mercantil específico. El investigador indaga y elabora teorías o bien gracias a un mecenas —en una relación que quizá podamos asimilar a un arrendamiento de obra (obligación de resultado) o de servicios (obligación de medios)—, o, si no, como trabajador por cuenta ajena.⁶⁰

Por ello surge la pregunta de si la propiedad intelectual ha de corresponder al autor del invento o del descubrimiento (o, si se quiere, más modestamente de la propuesta doctrinal) o a su patrón o patrocinador o a ambos.

La legislación tiende —con algunas limitaciones— a atribuir la propiedad científica («derechos de autor») al científico individual —o eventualmente al equipo—, pero la propiedad industrial al empleador. Siendo un tema técnicamente complejo, entrar en él desbordaría los límites de este artículo. Baste con señalar que, de modo general, nos parece más justo que sean los autores los dueños del bien intelectual, aunque esté sujeto a servidumbres legales o contractuales.

Es inquietante la tendencia actual a que una parte sustancial de la propiedad intelectual (las patentes) no sea reconocida como una titularidad dominical de los científicos inventores sujeta a la función social de uso al servicio del pueblo (velar por lo cual es tarea del Estado), sino que venga considerada como propiedad de la empresa o institución para la que trabaja el investigador, la cual la transmite luego a una empresa privada, a cambio de una subvención para la investigación.

Lo que resulta de ahí suele ser un contrato leonino. Las instituciones académicas erigidas por el Estado para el bien común se ven sometidas a una penuria causada por la sequía presupuestaria; los investigadores no vienen remunerados como espera estarlo el personal de su nivel de preparación universitaria y de su carrera profesional.⁶¹ Para colmar esas

⁶⁰. Podemos prescindir de los casos de autofinanciación, como el de John Napier.

⁶¹. No estoy afirmando que sus reivindicaciones o expectativas sean necesariamente justas.

deficiencias, la institución y el académico son empujados a acudir a la financiación privada, lo cual significa vender de antemano la propiedad intelectual a cambio de aportaciones muchas veces secundarias. Eso es perjudicial para los intereses públicos. Todavía mayor es la lesión para pueblos de países pobres, a los que se priva así de beneficiarse de los descubrimientos, mientras que, si la propiedad intelectual se quedara en manos del autor (un empleado o funcionario de una institución pública) o de la entidad académica, se sujetaría a los principios de nuestro derecho público: uso para el bien común tanto nacional como de la humanidad en general.

La huida del Derecho Administrativo que los juristas han denunciado se traduce, en este particular, en una privatización de los beneficios de la investigación mucho más que de los gastos de la misma; siendo desproporcionada, es contraria a la equidad, y no pocas veces acaba siendo lesiva para derechos fundamentales del hombre recogidos en la Declaración universal de los derechos humanos (p.ej. el derecho al sustento o a la salud).

Eso no sucede del todo en el ámbito de los llamados «derechos de autor» (o sea la propiedad intelectual de las ideas expuestas en obras científicas o literarias). Pero sí ocurre otro fenómeno de privatización, a saber: la obra escrita por un investigador que trabaja para una institución académica pública sólo se reconoce debidamente si es publicada por ciertas editoriales o revistas de titularidad privada, las cuales o bien se adueñan del *copyright* o, más usualmente, acaparan el beneficio económico de la publicación, ya sea reclamando a la institución un honorario, ya sea vendiendo los ejemplares a alto precio a las bibliotecas académicas y así condicionando, indirectamente, la publicación a la suscripción (aunque eso no se diga así).

El resultado inmediato es que las Universidades pagan a las empresas dueñas de esas publicaciones para que sus investigadores alcancen su adecuada promoción académica. Las empresas, en reciprocidad, designan a algunos de esos académicos como miembros de sus consejos asesores o de las juntas de redacción, con la retribución correspondiente; tales designaciones, evidentemente, se efectúan según el libre criterio del empresario privado y no vienen sujetas a ningún control de la institución académica (salvo tal vez en un implícito sobreentendido).

Pero también hay otros efectos perversos, aunque sean mediatos. Los empresarios de esas editoriales privadas pasan a constituir un poder académico en la sombra, interesado en imponer el elitismo y en no perder su atributo de árbitros de la excelencia académica. De ahí se deriva un maltusianismo académico, la caza de las publicaciones a corto plazo en las revistas de postín, la preterición de los esfuerzos de largo aliento, la quiebra de la busca científica desinteresada o sosegada, la competición y hasta rivalidad a muerte entre los académicos, un clima insano, frenético, que destruye la calidad de vida, a la cual tienen derecho los investigadores como todos los demás seres humanos. Y, lejos de que todo eso beneficie a la sociedad, provoca un estrangulamiento de la vida académica regido por consideraciones de rentabilidad crematística de intereses privados.

Es hoy particularmente aberrante e injustificado ese circuito de las publicaciones científicas, ya que la técnica moderna lo ha convertido en una atávica reliquia, que sólo se mantiene por una combinación de intereses creados, influencias, inercias e imitaciones ciegas de lo que se hace fuera. Para que se respetara la función social de la propiedad intelectual en tales casos, sería menester que se atribuyera exclusivamente al autor, o a los autores, y que se propiciaran medios de difusión no lucrativos, que son hoy perfectamente posibles.

El negocio de las publicaciones científicas debería dejarse atrás, como se dejó en el Renacimiento el de la copia de manuscritos. De hecho, ya hay movimientos académicos que trabajan en esa dirección.

§16.— Conclusión

La propiedad intelectual es la de bienes que no están (sólo) en este mundo; se parece a la que (si hubiera razones para ello) podría otorgar el ordenamiento jurídico sobre parcelas de otros astros del universo a los que de momento no podríamos acceder más que cognoscitivamente.⁶²

Estriba la propiedad intelectual en el derecho exclusivo del descubridor de unas ideas a usarlas y a disfrutar de ellas,⁶³ junto con un derecho inalienable, irrenunciable y perpetuo a la autoría e integridad de su descubrimiento.

No nos parece que esté bien planteado el problema de la propiedad intelectual en los ordenamientos jurídicos que se han centrado en el *copyright*, como el de los Estados Unidos, donde la cuestión se ha heredado de la vieja temática de los monopolios de impresión. Copiar una obra (reproducirla, fijarla en otro soporte) y difundir las copias o facilitarlas a terceros son tan sólo algunos de los hechos de uso y disfrute de un agregado de ideas plasmadas en la obra.

Han visto mejor de qué se trata aquellos ordenamientos jurídico-civiles que —como el francés y el español— han evolucionado (no sin tropiezos) a la noción de propiedad intelectual en el sentido pleno que hoy se maneja en nuestro derecho.

Es eso lo que nos lleva a no suscribir las propuestas del *copyleft*. Parten éstas de unos subyacentes derechos naturales de todos a compartir las ideas (y a que los demás las compartan con nosotros), así como a usarlas y modificarlas libremente; las prescripciones legales sobre *copyright* —o monopolios temporales de reproducción y difusión— serían excepciones al ejercicio de esas libertades naturales; extinguido dicho monopolio por el transcurso del tiempo, el producto intelectual sería un bien mostrenco, que cualquiera podría usar como le diera la gana.

En la visión jurídico-civil de la propiedad intelectual, ésta no gira en torno a las prohibiciones de copia no autorizada, sino que es un derecho perpetuo e irrenunciable de titularidad junto con un derecho exclusivo de uso y disfrute de las ideas descubiertas a salvo de la función social de la propiedad.

⁶². Al fin y al cabo muchos propietarios absentistas guardan con algunos de sus bienes materiales una relación que se asemeja a ese uso y disfrute a distancia.

⁶³. Salvo las limitaciones legales y salvo los compromisos a que él mismo se obligue contractualmente.

Lo que nos parece erróneo en la actual legislación europea y española sobre la propiedad intelectual es la dicotomía entre derechos morales y derechos de explotación.⁶⁴ La propiedad ha de ser una titularidad dominical inextinguible.⁶⁵

En lugar de estipularse una caducidad de los derechos mal llamados «patrimoniales» (los de explotación) de los herederos del dueño (70 años después de su muerte), lo que debiera establecerse sería un derecho de todos, al cabo de un tiempo, a copiar y distribuir la obra sin pagar ninguna compensación económica; cualquier derecho adicional que se quiera otorgar (como el de unas segundas partes) debería fijarlo claramente la ley, al paso que hoy el art. 41 de nuestra Ley actualmente vigente abre un horizonte indefinido sobre qué sea lícito y qué sea ilícito respecto de las obras de autores que fallecieron hace más de 70 años.

En lo tocante a las obras científicas, la ley tiene que perfilarse mejor para asegurar el respeto al principio de inalienabilidad a favor del autor, a la vez que regular más claramente las servidumbres legales a fin de que se cumpla la función social de esa propiedad intelectual. A la vez, las instituciones académicas deben propiciar medios de difusión científica sin ánimo de lucro y no seguir pagando tributo a intereses privados, que distorsionan la vida académica.

Post-Scriptum: El déficit de un concepto legal de productos intelectuales

No deja de sorprender que, cuando —en las esferas mercantiles y políticas— tanto se habla hoy sobre la importancia de la propiedad intelectual (y cuando, efectivamente, el comercio de productos intelectuales constituye uno de los rubros más voluminosos del tráfico económico internacional), el ordenamiento jurídico siga desconociendo la producción intelectual, a la que a duras penas logra —por vericuetos retorcidos— meter con cuña en alguna clasificación económica.

Nadie ignora que el derecho de marcas es uno de los componentes esenciales del derecho de la propiedad industrial, que a su vez es una de las dos grandes ramas del derecho de propiedad intelectual. Mas, a su vez, el derecho de marcas se adapta a la visión jurídica de la actividad económica, para articular la clasificación de las marcas de manera no arbitraria, ajustadamente a las clases en que quepa dividir racionalmente esa actividad.

Es el Arreglo de Niza sobre la clasificación de bienes y servicios a efectos de registro de marcas, de 15 de junio de 1957, el que preside la normativa aplicable en 147 países —incluida España. En virtud de ese Arreglo se constituyó un organismo internacional, la Unión de Niza —que abarca actualmente a 79 países—, cuyo comité de expertos revisa periódicamente la clasificación, en el marco de la WIPO (organización mundial de la propiedad intelectual), con sede en Ginebra.

Para la Unión Europea existe un organismo especial, la OHMI, con sede en Alicante. Recientemente la OHMI ha constituido con los organismos correspondientes de los EE.UU y del Japón un acuerdo trilateral. Todo eso crea una cierta confusión; en cualquier caso, para el registro de marcas españolas la norma aplicable es la Ley de Marcas, Ley 17/2001, de

⁶⁴. Figura la prohibición del plagio entre éstos últimos, según el art. 17 de nuestra Ley de Propiedad Intelectual.

⁶⁵. Salvo que se prevea legalmente su expropiación o que se reemplace el sistema de propiedad privada por uno de dominio público universal.

7 de diciembre y su reglamento, Real Decreto 687/2002, de 12 de julio, cuyo art. 3.1 dispone: «La lista de productos y servicios solicitada se ajustará a la clasificación [...] del Arreglo de Niza, [...] en su forma revisada y modificada vigente para España».

Pues bien, esa clasificación de la actividad económica humana establece dos grandes grupos de actividad: productos —o bienes— y servicios. Está claro que los productos son sustancias o entes que se pueden tener y que, en el tráfico, pasan de manos del productor a las del consumidor, a través de los intermediarios, mediante un acto jurídico como la venta, la permuta o la donación. Los servicios, en cambio, son actividades concretas, que se hacen y que ni se venden ni se dan. Las clases 1 a 34 son de bienes o productos; las clases 35 a 45, de servicios. (Inicialmente la última clase era un cajón de sastre, la 41, que se ha desglosado luego en cinco clases distintas.) ¿Qué lugar ocupan los bienes o productos intelectuales? Ninguno.

La versión original del Arreglo desconocía por completo la noción de producto intelectual o inmaterial, de suerte que había que ir introduciendo casuísticamente diversos tipos de materializaciones de tales productos en los géneros adecuados de sus soportes: los tratados y otros textos científicos, las novelas, los ensayos, los textos de divulgación etc entraban como impresos —una subclase de la clase 16, la de artículos de papel; las películas entraban como artículos de celuloide en la misma clase 16. Más recientemente se modificó la clase 9, la de aparatos e instrumentos, para que incluyera los programas de *software*, acudiéndose así a la ficción jurídica de concebir a esos productos intelectuales o inmateriales como objetos materiales.

No voy a enumerar los asendereados avatares que ha sufrido la incorporación de productos intelectuales, varios de los cuales han ido y venido de unas clases a otras; así los libros y las revistas digitales *descargables* se incluyeron en la clase 9, y los no descargables —sino sólo accesibles en línea— en la clase 41. Hoy, sin embargo, es posible a cualquier productor de bienes intelectuales cobijar su marca o nombre comercial en la clase 41 (servicios de educación, formación, esparcimiento y actividades culturales), porque, en sus últimas versiones, vienen clasificados en esa clase estos «servicios»: publicación de libros (410024); escritura de textos (410184); publicación de textos (410016); producción de programas de radio y TV (410026); producción de películas (410020); publicación electrónica de libros y revistas en línea (410091); suministro de publicaciones electrónicas no descargables (410099); publicación electrónica de oficina (410092). (Las obras de arte, gráficas o sonoras, no entran en esa enumeración.)

Dejemos de lado las ausencias (como la publicación serial), las redundancias y las incoherencias de criterio. Lo más de señalar es que, para meter con calzador esos productos intelectuales en los servicios de la clase 41, se acude al expediente de describir la actividad productiva, la cual es un servicio, algo que se hace, no algo que se da o se vende o se acumula o se tiene. Pero, si vale tal procedimiento, vale igual para la producción de cualquier producto material, con lo cual podría subsumirse en servicios la fabricación de agujas, barcos, zumos, bombillas, analgésicos, fertilizantes, etc.

Es notoria la desazón de los administradores de los registros de marcas. La USPTO, de los EE.UU, justifica con el siguiente subterfugio su costumbre de registrar como un servicio de la clase 41 la producción de películas y programas televisivos:

En este servicio, la propiedad del producto físico no sale del productor. La sala cinematográfica o la emisora de TV «arriendan» (en cierto sentido) la película o la cinta por un período y luego

la devuelven al productor. (V. <http://www.uspto.gov/web/offices/tac/notices/exam9808.htm>.)

¿Vale la pena refutar ese pretexto? El soporte material de la película tiene escaso valor; poco importa que se venda o que sólo se alquile. Lo que vale muchísimo es la película, un producto inmaterial.

En realidad esos campeones de la propiedad intelectual tienen todavía que enterarse de la existencia propia de entes inmateriales que son producibles por el hombre —al menos en el sentido de que causamos su accesibilidad intelectual al ser humano; unos bienes que son entes de algún modo susceptibles de propiedad (uso, disfrute, transmisión). No son bienes materiales, pero tampoco servicios o actividades. Un texto científico o literario es un producto propio, singular, cualquiera que sea el soporte en el que circunstancialmente venga grabado o transmitido (papel, disco magnético, disco óptico, cable, ondas, cinta magnetofónica, microfilm, lápiz de memoria USB, etc) y cualquiera que sea la codificación particular de una de esas transmisiones o grabaciones.

Los administradores del derecho de la propiedad intelectual tienen todavía que aprender que existen los productos intelectuales, los bienes que caen bajo esa titularidad dominical.

Bibliografía sumaria

- Pablo Arrabal, *Manual práctico de Propiedad intelectual e industrial*. Barcelona: Ediciones Gestión, 2000.
- Lawrence C. Becker, *Property Rights. Philosophical Foundations*. Londres: Routledge and K.P., 1977.
- Rodrigo Bercovitz y otros, *Manual de la propiedad intelectual*. Madrid: Tirant lo Blanch, 2003.
- M^a del Pilar Cámara Águila, *El derecho moral del autor*. Granada: Editorial Comares, 1998.
- Claude Colombet, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*. París: Dalloz, 1997 (8^a ed.)
- Pierre-Yves Gautier, *Propriété littéraire et artistique*. Paris: PUF, 2001 (4^a ed.)
- James O. Grunebaum, *Private Ownership*. Londres: Routledge, 1987.
- Edwin C. Hettinger, «Justifying intellectual property», *Philosophy and Public Affairs*, 18/1, pp. 31-52, 1989.
- Lawrence Lessig, *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*. Penguin, 2004.
- Juan Marco Molina, *La propiedad intelectual en la legislación española*. Madrid: Marcial Pons, 1995.
- Carmen Pérez de Ontiveros, *Derecho de autor: la facultad de decidir la divulgación*. Madrid: Civitas, 1993.

-
- Maria Chiara Pievatolo, «Il mercante e il califfo: politiche della proprietà intellettuale», <http://eprints.rclis.org/archive/00010428/01/fichte.pdf> y http://www.cinquantuno.it/download.php?file=immagini/isdr10_pievatolo.pdf (partes I y II resp.)
- Joaquín Rams Albesa, «Las obras en dominio público», en *La duración de la propiedad intelectual y las obras en dominio público*, coord. por Carlos Rogel Vide, Madrid: Reus, 2005.
- J. Miguel Rodríguez Tapia & Fernando Bondía Román, *Comentarios a la ley de propiedad intelectual (Texto refundido 1996)*. Madrid: Civitas, 1997.
- Dominique Sagot-Duvaurox, *La propriété intellectuelle, c'est le vol! Les majorats littéraires de Proudhon et autres textes choisis et présentés*, Dijon: Les Presses du réel, 2002.
- Caridad del Carmen Valdés Díaz, «Acerca de la autoría y la titularidad en el contexto jurídico cubano. ¿El Estado como titular del derecho de autor?», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, CLIII, 2006, N° 3, pp. 435-66.
- Carlos Rogel Vide (coord), *En torno a los derechos morales de los creadores*. Madrid: Reus, 2002.
- Alan Ryan, *Property and Political Theory*. Londres: Blackwell, 1984.
- Jeremy Waldron, *The right to private property*. Oxford: Clarendon, 1988.
-

Notas

- * Este artículo forma parte de la ejecución del proyecto «Una fundamentación de los Derechos Humanos desde la lógica del razonamiento jurídico» [HUM2006-03669/FISO] del Ministerio de Educación y Ciencia, 2006-2009.