



DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS Y NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL OCIO Y EL TURISMO: RECONFIGURACIÓN LEGAL, CONSTRUCCIÓN DE MERCADO Y VALOR EMPRESARIAL

Sheila Sánchez Bergara

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS Y NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL OCIO Y EL TURISMO: RECONFIGURACIÓN LEGAL,
CONSTRUCCIÓN DE MERCADO Y VALOR EMPRESARIAL

Sheila Sánchez Bergara

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS Y NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL OCIO Y EL TURISMO: RECONFIGURACIÓN LEGAL,
CONSTRUCCIÓN DE MERCADO Y VALOR EMPRESARIAL

Sheila Sánchez Bergara

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS Y NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL OCIO Y EL TURISMO: RECONFIGURACIÓN LEGAL,
CONSTRUCCIÓN DE MERCADO Y VALOR EMPRESARIAL

Sheila Sánchez Bergara



UNIVERSITAT
ROVIRA I VIRGILI

SHEILA SÁNCHEZ BERGARA

**DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS Y NUEVAS
TECNOLOGÍAS EN EL OCIO Y EL TURISMO:
RECONFIGURACIÓN LEGAL, CONSTRUCCIÓN DE
MERCADO Y VALOR EMPRESARIAL**

TESIS DOCTORAL

Dirigida por la Dra. MARÍA ERCILIA GARCÍA ÁLVAREZ

Departamento de Gestión de Empresas
Grupo de Investigación Cualitativa de los Mercados del
Ocio y sus Organizaciones (QUALOCIO)

Vila-seca, 2016

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS Y NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL OCIO Y EL TURISMO: RECONFIGURACIÓN LEGAL,
CONSTRUCCIÓN DE MERCADO Y VALOR EMPRESARIAL

Sheila Sánchez Bergara

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Declaro que la presente tesis es una obra original, resultado de una investigación realizada en el marco del Doctorado en Turismo y Ocio. Ha estado dirigida por la doctora María Ercilia García Álvarez. Como autora asumo la responsabilidad por la obtención e interpretación de los datos y manifiesto haber citado como corresponde a todos los autores cuyas aportaciones han sido fuentes del presente trabajo. Esta obra está sujeta a una licencia Creative Commons Reconocimiento-Compartir Igual

https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.es_ES



Sheila Sánchez Bergara

Vila-seca, 10 de junio de 2016.

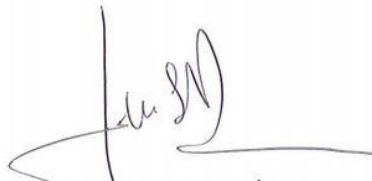
UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS Y NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL OCIO Y EL TURISMO: RECONFIGURACIÓN LEGAL,
CONSTRUCCIÓN DE MERCADO Y VALOR EMPRESARIAL

Sheila Sánchez Bergara

HAGO CONSTAR que el presente trabajo, titulado 'Derechos de autor y conexos y nuevas tecnologías en el ocio y el turismo: reconfiguración legal, construcción de mercado y valor empresarial,' que presenta Sheila Sánchez Bergara para la obtención del título de Doctor, ha sido realizado bajo mi dirección en el Departamento de Gestión de Empresas de esta universidad.

Reus, 10 junio de 2016.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'María Ercilia García Álvarez', with a long horizontal flourish extending to the left.

Dra. María Ercilia García Álvarez
Directora de la tesis doctoral

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS Y NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL OCIO Y EL TURISMO: RECONFIGURACIÓN LEGAL,
CONSTRUCCIÓN DE MERCADO Y VALOR EMPRESARIAL

Sheila Sánchez Bergara

A SUSANA BERGARA ALMEIDA, mi madre.

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS Y NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL OCIO Y EL TURISMO: RECONFIGURACIÓN LEGAL,
CONSTRUCCIÓN DE MERCADO Y VALOR EMPRESARIAL

Sheila Sánchez Bergara

*'Disciplinary boundaries should be viewed pragmatically; indeed, with
healthy suspicion.'*
Roger Cotterrell

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS Y NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL OCIO Y EL TURISMO: RECONFIGURACIÓN LEGAL,
CONSTRUCCIÓN DE MERCADO Y VALOR EMPRESARIAL

Sheila Sánchez Bergara

AGRADECIMIENTOS

'...todos los logros son posibles con el concurso de todos.'
Nontombi Naomi Tutu

Como mujer de isla que soy, desde mi experiencia de vida puedo decir que esta tesis doctoral ha sido como una travesía por la mar. Durante este tiempo, he necesitado de la ayuda y colaboración de innumerables personas a las que agradezco infinitamente el apoyo desinteresado que me han brindado. También he requerido, como en todo viaje, de los medios económicos que me permitieran iniciarlo, desarrollarlo y finalizarlo en buen puerto. Me reconozco incapaz de predecir cuál hubiera sido el destino de este viaje sin esos recursos. Estoy convencida de que sólo aunando esfuerzos se puede aspirar a lo sublime. Reciban mis agradecimientos muy especialmente:

Dra. Ercilia García, por ser ejemplo, inspiración y guía en todo momento. Por lo aprendido, por el apoyo y porque casi todo lo que pensé durante estos años fue gracias a usted.

Dra. Noemí Rabassa, por la motivación y el soporte indispensables en momentos en los que esta travesía se hizo particularmente gravosa.

El personal directivo, administrativo y de servicios de la Facultad de Turismo y Ocio y del CRAI del Campus de Vila-seca de la URV, por hacerme sentir como en casa y facilitarme los medios necesarios para la labor de investigación.

Dr. Salvador Antón y Meritxell Fuguet que desde el Parque Científico y Tecnológico de Turismo y Ocio de Cataluña (PCT) me brindaron un apoyo logístico crucial durante un período de mi investigación. También por la ayuda previa al trabajo de campo.

Todos los informantes que aceptaron participar en el trabajo de campo y a las organizaciones que ellos representan, cuyos nombres no mencionaré expresamente por respeto a la confidencialidad prometida.

Las personas que hicieron posible la concertación de las entrevistas.

Dr. Jordi López Sintas y el Centro de Estudios e Investigación en Humanidades (CERHum), de la Universitat Autònoma de Barcelona por el soporte académico y logístico prestado a lo largo de esta investigación.

Dr. Antonio Paolo Russo, por las recomendaciones y el apoyo ofrecido en diferentes momentos de esta travesía.

Dra. Giovanna Segre por recibirme y compartir su tiempo y conocimientos conmigo durante mi estancia de investigación en el Centro Studi Silvia Santagata (CSS-Ebla). También al equipo de investigadores del centro por los comentarios y soporte académico prestado durante esa etapa.

A los revisores anónimos de las revistas científicas a las que he enviado algunos de los resultados de este trabajo. Sus críticas y reflexiones fueron una fuente enriquecedora a lo largo de la investigación.

Alan Quagliari por sacarme de apuros en varias ocasiones con creatividad, profesionalidad y amor.

Ailish M J Maher por la asistencia prestada en la traducción de los capítulos IV y V de esta investigación.

Mis más cercanos afectos, mi familia y mis amistades. Quienes han vivido, en parte, esta travesía, han hecho de soporte en actividades fuera del ámbito académico, pero imprescindibles en la cotidianidad, me han dado apoyo moral y me han servido de inspiración.

Esta tesis ha estado cofinanciada en un 50% por el Programa Operativo de Fondos Europeos de Cataluña 2007ES052PO007 y en un 50 % por la Agencia de Gestión de Ayudas Universitarias y de Investigación (AGAUR) de la Generalitat de Cataluña. Convocatoria FI_DGR/2013 Ayudas destinadas a universidades, instituciones de investigación y fundaciones hospitalarias para contratar personal investigador novel.

ABREVIATURAS

ADIGITAL: Asociación Española de la Economía Digital.

ADPIC: Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.

Apda: activos protegibles por los derechos de autor.

Api: activos de propiedad intelectual.

ASCAP: American Society of Composers, Authors and Publishers.

BIRPI: Bureaux internationaux réunis pour la protection de la propriété intellectuelle.

BMI: Broadcast Music, Inc.

CBS: Columbia Broadcasting System.

CCIC: Coalition of Creators and Content Industries.

CD: Compact Disc.

DJ: disk jockey.

EMI: Electric and Musical Industries.

EU: European Union.

FAP: Federation for the Protection of Intellectual Property.

HADOPI: Haute Autorité pour la Diffusion des Ouvres et la Protection des Droits sur Internet.

HOTREC: Hotels, Restaurants & Cafés in Europe.

ICTs: Information and Communication Technologies.

IIPA: International Intellectual Property Alliance.

ISPs: Internet Service Providers.

ISSPs: Information Society Service Providers.

LP: Long play.

OMC: Organización Mundial del Comercio.

OMPI: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

OT: Organización Turística.

PI: propiedad intelectual.

RCA: Radio Corporation of America.

Redtel: Asociación Española de Operadores de Telecomunicaciones.

SGAE: Sociedad General de Autores y Editores.

TICs: Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

TRLPI: Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

UNCTAD: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, conocida por sus siglas en inglés, referidas a United Nations Conference on Trade and Development.

USTR: Representante de Comercio de los Estados Unidos, conocido por sus siglas en inglés, referidas a United States Trade Representative.

WCT: Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, conocido por sus siglas en inglés, referidas a WIPO Copyright Treaty.

WIPO: World Intellectual Property Organization

WPPT: Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, conocido por sus siglas en inglés, referidas a WIPO Performances and Phonograms Treaty.

WTO: World Trade Organization.

ÍNDICE

Resumen.....	1
Capítulo I Exordio.....	5
1. Presentación.....	6
2. Relevancia del tema de investigación.....	9
3. ¿Por qué desde una perspectiva socio-jurídica?	11
4. Estructura de la tesis	13
5. Principales aportaciones	16
6. Referencias.....	20
Capítulo II Marco teórico.....	21
1. Presentación.....	22
2. Marco jurídico de los derechos de autor y conexos: El Texto.....	25
2.1. ADPIC y la globalización de los estándares de protección	26
2.2. La Directiva 2001/29 y la armonización de los derechos de autor y conexos en la Unión Europea.....	28
3. Escenario internacional y europeo: el contexto	31
3.1. Claves socio-económicas y culturales del sistema de derechos de autor y conexos	32
3.2. Escenario, actores y dinámicas que explican la existencia de ADPIC	35
3.3. Reformulación de políticas y enfoques sobre los derechos de autor y conexos en la Unión Europea.....	37
3.4. ‘Nuevos’ factores de cambio y cuestionamientos al sistema de los derechos de autor y conexos	39
4. Teorías y argumentos: El subtexto	43
4.1. La teoría del trabajo.....	43
4.2. La teoría de la personalidad.....	45
4.3. La teoría utilitarista	46
4.3.1. El enfoque de los incentivos	47
4.3.2. El enfoque neoclásico.....	48
4.4. Teoría de la planificación social.....	50
5. Texto y subtexto en contexto.....	53
6. Referencias.....	55
6.1. Fuentes legales	64
Capítulo III Metodología	65
1. El proceso de investigación: un continuo work in progress.....	66
1.1. Esta no es una investigación preconcebida: The beginnings.....	66
1.2. La propuesta de investigación	69

1.3.	Iniciada la tesis doctoral: continúa la búsqueda de una metodología.....	70
1.3.1.	El enfoque.....	70
1.3.2.	El campo de estudio.....	73
1.3.3.	Pregunta científica y objetivo general	75
1.3.4.	La estructura	75
1.3.5.	Recolección de datos	78
1.3.6.	Análisis de los datos.....	81
2.	Referencias.....	85
Capítulo IV A deconstruction of online copyright as regulated in Spain		89
	Abstract	91
1.	Introduction	92
2.	Copyright legal framework in Spain: scope and conflicts.....	94
2.1.	The pre-existing Spanish copyright protection framework.....	95
2.2.	Conflicting parties and rights.....	103
3.	The Sinde law: content, context and implications.....	107
3.1.	Main features of the Sinde law.....	107
3.2.	Sinde law implementation: criticisms and weaknesses.....	111
3.3.	Why these legislative developments? Context and social forces	116
4.	Conclusions	126
Capítulo V The social construction of music markets: copyright and technology in the digital age		128
	Abstract	130
1.	Introduction	131
2.	From local popular music markets to regional commercial markets (circa 1900 to 1939).....	133
3.	The construction of national markets (circa 1939 to 1980).....	135
4.	The construction of transnational markets (circa 1980 to 2000).....	138
5.	The construction of global markets (circa 2000 to date)	141
6.	Discussion and conclusions.....	146
7.	References	149
7.1.	Legislation and other legal materials	151
Capítulo VI Gestionar activos protegibles por derechos de autor en el contexto digital: un nuevo reto estratégico para pequeñas y medianas empresas turísticas.....		153
	Resumen.....	155
1.	Introducción	156
2.	Revisión de la literatura.....	157
2.1.	Nuevas tecnologías, creación y cocreación de apda en el turismo.....	157

2.2. Gestión de los apda.....	162
3. Metodología	165
3.1. Selección de los informantes y trabajo de campo	166
3.2. Análisis de los datos.....	169
4. Resultados.....	171
4.1. Uso de las tecnologías digitales y las redes sociales por las organizaciones turísticas.....	171
4.2. La creación de apda.....	171
4.3. La valoración de apda	173
4.4. La protección de los apda.....	175
4.5. La explotación de los apda.....	177
4.6. La vigilancia de los apda.....	179
5. Discusión	181
6. Conclusiones e implicaciones	187
7. Referencias	189
Capítulo VII Discusión y Conclusiones.....	195
1. Discusión y Conclusiones	196
2. Futuras líneas de investigación y limitaciones del estudio.....	203
3- Referencias	206
Capítulo VIII: Anexos.....	209
Anexo 1: Protocolo de la entrevista.....	210
Anexo 2 Check list 1.....	213
Anexo 3 Check list 2.....	214

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla I Proceso de investigación.....	84
Tabla 1 Características de las organizaciones turísticas participantes.....	167
Tabla 2: Fases para un proceso de gestión de apda.	183

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura I: Desarrollo del sistema de derechos de autor y conexos: normas, escenarios y teorías.	54
Figura II Ejemplo de codificación con el programa Edet.	82
Figure 1: Timeline of pre-existing Spanish legal framework for copyright protection.....	102
Figure 2: Timeline of most recent changes to legal copyright protection in Spain.....	126

RESUMEN

RESUMEN

Si bien de manera independiente se ha estudiado, por una parte, la irrupción de las nuevas tecnologías en el ocio y el turismo y, por otra, la regulación de los derechos de autor y conexos a partir de los cambios introducidos por las tecnologías digitales e Internet; desde el ámbito académico se ha prestado poca atención a las repercusiones del marco regulatorio de los derechos de autor y conexos para el turismo y el ocio en un contexto donde las nuevas tecnologías conectan y convulsionan ambas áreas. Por un lado, los efectos desestabilizadores del uso de las nuevas tecnologías por usuarios y empresas en los ámbitos del ocio y el turismo generan oportunidades, pero también retos incuestionables. Por otro, el uso de las tecnologías digitales e Internet para el desarrollo de nuevos modelos de negocio y el consumo al margen de la ley, ha generado tensiones y favorecido un proceso de reforzamiento global de los estándares de protección y defensa de los derechos de autor y conexos en Internet. Estas premisas son el punto de partida de este estudio, dirigido a conectar el turismo y el ocio, las nuevas tecnologías y los derechos de autor y conexos.

La investigación examina componentes normativos, analíticos y empíricos del proceso de reconfiguración del marco regulatorio de los derechos de autor y conexos en el ámbito de la economía (sociedad) de la información, prestando especial atención al contexto español. Además, analiza cómo se manifiesta la legislación en dos contextos socio-económicos concretos como son el ocio y el turismo. Con este propósito, se opta por un enfoque socio-jurídico y se construye el diseño de investigación a través de un proceso en el que se combinan métodos de investigación jurídica con otros de las ciencias sociales, se analizan datos cualitativos y cuantitativos, se desarrolla una revisión de literatura que abarca diferentes áreas de conocimientos y se realiza un estudio empírico constructivista. El trabajo se estructura en tres partes independientes pero

RESUMEN

enlazadas a partir de un marco teórico, una metodología y unas conclusiones generales.

La primera parte, se enfoca en el análisis del proceso de regulación de los derechos de autor y conexos en España en las últimas décadas, con énfasis en la conocida como Ley Sinde. Para lo cual, se examinan los textos legales previos, los desencajes con el contexto a la luz de los adelantos tecnológicos, el contenido de la nueva normativa, el primer balance de su aplicación y los derechos, intereses e interacciones entre los principales actores. Como resultado se delinea un proceso todavía inconcluso, se desvela porqué los cambios legales tienen una eficacia instrumental limitada y se pone en evidencia las funciones que efectivamente cumplen.

La segunda parte, persigue analizar la ley en acción en el sector de la música digital, en tanto, por una parte, se muestra como uno de los sectores más afectados a la luz de los cambios tecnológicos; y por otra, es uno de los más activos en la promoción de los cambios al marco regulatorio de los derechos de autor y conexos. Concretamente, se analiza el rol de las leyes de derechos de autor y conexos y las nuevas tecnologías en la construcción del mercado de la música digital a partir del *Six facet model* de Peterson (1990). Con este propósito, se examinaron datos históricos sobre la evolución de los mercados de la música, principalmente en Estados Unidos, haciendo un repaso de cómo han interactuado las leyes, la tecnología y los principales actores de la industria desde los mercados locales hasta el global, incluyendo los últimos cambios al marco europeo. Finalmente, se delinea un proceso en el que se repiten patrones en las interacciones entre actores y en los cambios legales a partir de determinados avances tecnológicos, independientemente de la escala geográfica. Además, se continúa construyendo el modelo de Peterson a partir de la evidencia de que las leyes de derechos de autor y conexos funcionan como dispositivos que aseguran el control sobre las producciones musicales y legitiman

RESUMEN

cambios en la estructura de la industria a partir de la concesión de derechos a nuevos actores.

La tercera parte, focaliza el estudio en un grupo de pequeñas y medianas empresas turísticas vinculadas a un contexto de innovación en España. Analiza cómo repercute el uso de las nuevas tecnologías, las redes sociales e Internet, y el marco legal vigente en la gestión que realizan este grupo de empresas de los activos protegibles por los derechos de autor y conexos, especialmente en el ámbito digital. En este caso, se desarrolla un estudio empírico, cuyos resultados sobrepasan los presupuestos iniciales. Concretamente, se desvela el rol que juegan estas empresas como (co)creadoras de activos protegibles por los derechos de autor a partir de la progresiva incorporación de las tecnologías digitales, las redes sociales e Internet. Además, se destacan los retos e implicaciones a nivel de gestión de estos activos que incumben tanto a empresas como a asociaciones sectoriales. A nivel académico se demuestra la relevancia de desarrollar estudios teóricos y empíricos que ahonden en la temática, prácticamente inédita hasta la fecha.

CAPÍTULO I

EXORDIO

Capítulo I Exordio

1. PRESENTACIÓN

A pesar de la frecuencia con que en los medios de comunicación se encuentran noticias sobre la propiedad intelectual y los derechos de autor, es necesario empezar con una aclaración terminológica por dos motivos. El primero, porque esta investigación no se desarrolla en un contexto jurídico. El segundo, porque el término propiedad intelectual tiene dos significados, en dependencia del contexto y de quien lo emplee. Por consiguiente, se hace preciso evitar confusiones respecto al sentido en el que se utiliza el término a lo largo de este estudio.

Indagando en los orígenes históricos del término se constata que, es en la década de los 50 del siglo XX cuando comienza a extenderse la utilización de propiedad intelectual en un sentido genérico o como concepto marco que hace referencia a un variado grupo de regímenes jurídicos – invenciones, marcas, derechos de autor, dibujos y modelos industriales, entre otros- (Cfr. Bogsch, 1992:8). En el contexto internacional, para la década del 80 del pasado siglo, ya la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) había conseguido que este significado se asentara (Hughes, 2012:27). Sin embargo, a finales del siglo XIX, en las esferas legislativas e institucional, el uso del término era otro. El Convenio de Berna de 1886 para la protección de las obras literarias y artísticas fue el primer tratado internacional en el ámbito de la propiedad intelectual y los derechos de autor, considerados como sinónimos; mientras que el Convenio de París de 1883 para la protección de la propiedad industrial regulaba esta otra área de manera independiente. También en el ámbito institucional, con cada uno de estos tratados se crearon sendos organismos para gestionarlos por separado. No fue hasta 1893 que los *Bureaux Internationaux*, supervisados por el gobierno de la Confederación Suiza se fusionaron bajo el nombre de *Bureaux internationaux réunis pour la protection de la propriété intellectuelle*, más conocido por su traducción al inglés como *United International Bureaux* y el acrónimo de BIRPI (Bogsch,

Capítulo I Exordio

1992:7-8). A pesar de la denominación que recibió el nuevo organismo, se sostiene que durante años el significado de la 'I' final del acrónimo fue ambiguo (Hughes, 2012:6), para algunos significaba industrial y para otros intelectual.

Sin embargo, tal y como explica Hughes (2012:13) la confusión respecto al significado del término propiedad intelectual era evidente, en tanto, al margen de la OMPI, países como Francia, Italia y España lo utilizaban para referirse exclusivamente a los derechos de autor. También existen evidencias de esta dualidad de significados entre juristas del sistema del *common law* durante los siglos XIX y principios del XX (Hughes, 2012:13). Independientemente de los cambios producidos a nivel internacional y en algunos países respecto al significado del término, concretamente en España, continuó utilizándose para referirse a los derechos de autor. Así, tanto a nivel legislativo, institucional, académico y jurisprudencial, propiedad intelectual se utiliza como sinónimo de derechos de autor o lo que en el sistema del *common law* se denomina *copyright*.

Actualmente si bien los tratados de cada una de estas áreas –propiedad industrial y derechos de autor- son independientes; a nivel institucional, desde 1967 la OMPI es el organismo de Naciones Unidas cuya misión es desarrollar un sistema de propiedad intelectual internacional y que aúna tanto a la propiedad industrial como a los derechos de autor y los derechos conexos. Por consiguiente, fuera del contexto español, el término propiedad intelectual suele entenderse en su significado global, de concepto referido a derechos relativos a una amplia variedad de modalidades.¹

¹ El artículo 2 del Convenio de Estocolmo de 14 de julio de 1967, Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, en su: Artículo 2 Definiciones, apartado VIII define que: A los efectos del presente Convenio se entenderá por Propiedad intelectual, los derechos relativos:

- a las obras literarias, artísticas y científicas,
- a las interpretaciones de los artistas intérpretes y a las ejecuciones de los artistas ejecutantes, a los fonogramas y a las emisiones de radiodifusión,
- a las invenciones en todos los campos de la actividad humana,
- a los descubrimientos científicos,

Capítulo I Exordio

Esta investigación se centra en los derechos de autor y derechos conexos y en sus diferentes partes se ha dado prevalencia al uso de este término. Sin embargo, en ocasiones no ha sido posible excluir la utilización del término propiedad intelectual como sinónimo de derechos de autor. Concretamente, por coherencia con las fuentes españolas -literatura jurídica, legislación, jurisprudencia, entre otras- las cuales utilizan el término con este particular significado. Consecuentemente, en estos casos se mantiene el significado más restringido del término. No obstante, en el resto de ocasiones en las que se emplea, se hace en el sentido amplio de concepto marco, que aglutina a un conjunto de creaciones intelectuales que tienen en común cuestiones teóricas, legales e históricas.

Otro de los conceptos de este estudio es derechos conexos -también conocidos como derechos vecinos o derechos afines-. Estos derechos están íntimamente vinculados con los derechos de autor y últimamente las modificaciones legales incumben a ambos. Con el término derechos conexos se identifican los derechos reconocidos a los artistas intérpretes y ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión. El fundamento del reconocimiento de estos derechos está en que es necesario proteger aquellas actividades que permiten poner las obras a disposición del público. Además, estas actividades, incorporan cierto grado de creatividad, habilidad técnica, organizativa y/o de recursos financieros y se realizan comúnmente con carácter profesional. En las últimas décadas, estos derechos también han experimentado una expansión tanto en el contenido como en el término de duración de la protección. A nivel internacional los principales tratados en los que han

- a los dibujos y modelos industriales,
- a las marcas de fábrica, de comercio y de servicio, así como a los nombres y denominaciones comerciales,
- a la protección contra la competencia desleal, y todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario y artístico.
Disponible en: http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=283997. Consultado: 29/5/16.

Capítulo I Exordio

sido reconocidos son: la Convención de Roma de 26 de octubre de 1961; el Convenio para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas del 29 de octubre de 1971 y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) de 20 de diciembre de 1996. En España, están regulados junto con los derechos de autor, es decir, en las leyes de propiedad intelectual.

2. RELEVANCIA DEL TEMA DE INVESTIGACIÓN

Si bien a nivel profesional siempre me han interesado las cuestiones relativas a la propiedad intelectual, no fueron las motivaciones personales las que hicieron que me decantara por la elección de este tema. En un contexto en el que debía realizar una investigación como trabajo de fin de máster, en un momento en el que una propuesta de modificación a la legislación de propiedad intelectual en España acaparaba espacios en casi todos los medios de comunicación, conocí a mi directora de tesis, cuyas investigaciones en el ámbito del ocio abarcaban una amplia variedad de enfoques y disciplinas. De esta conjunción de factores surgió un primer intento de enlazar el marco regulatorio de la propiedad intelectual en España con el ocio y el turismo en un contexto donde las nuevas tecnologías ganaban cada vez más protagonismo.

Este primer estudio nos reveló que los cambios legales en España - concretamente en aquel momento, la conocida como ley Sinde- no eran una cuestión puntual, aislada y exclusiva del contexto español. Más bien se trataba de una modificación más, parte de un fenómeno de profusión legislativa -iniciado en las últimas décadas- y que supuestamente intentaba ofrecer mayor protección a los titulares de derechos de propiedad intelectual en el entorno digital. Todo lo cual, resultaba coherente si se analizaban los cambios normativos europeos e internacionales acaecidos en este ámbito. Por otra parte, también pudimos constatar que las resistencias a la legislación no venían exclusivamente de grupos de

Capítulo I Exordio

internautas, sino también de sectores económicos, los cuales a través de diferentes medios se organizaron y opusieron a la entrada en vigor de la normativa.

Los cambios al marco regulatorio de los derechos de autor y conexos en Internet estaban bajo el foco de la atención mediática en aquel entonces. Las modificaciones se justificaban como un instrumento para defender a los titulares de derechos de autor y conexos frente a las violaciones producidas en Internet. Es decir, por una parte, las tecnologías se utilizan como mecanismos para proteger estos activos y; por otra parte, permiten el acceso, distribución y comunicación de activos protegidos por los derechos de autor y conexos como nunca antes -o, dicho de otro modo, permiten eludir la protección legal y tecnológica-. Sin embargo, ni los impactos del desarrollo de las tecnologías para la reproducción y comunicación de obras, ni la relativa ineficacia de las leyes de derechos de autor y conexos frente a estos cambios, ni las conflictividades que se generan entre titulares, usuarios y otros actores son nuevas.

La propiedad intelectual surge y se desarrolla en Europa occidental con los avances tecnológicos propios del capitalismo industrial y la sociedad moderna. Desde entonces, se ha utilizado para regular e institucionalizar la propiedad sobre ciertos bienes intangibles. Para Sábada (2007:77) el saber y el conocimiento pueden ser incorporados a la lista de mercancías ficticias desarrollada por Polanyi (1989:122 y ss) y los derechos de propiedad intelectual han sido un dispositivo que ha permitido su transformación en mercancías. Por lo tanto, la relación entre las normas de propiedad intelectual, el desarrollo tecnológico y el intercambio económico es innegable, pero además, tal y como advierte Sábada (2007:21-22) la historia de la propiedad intelectual trasciende de su componente jurídico y despliega un conjunto de fenómenos y conflictos que muchas veces se invisibilizan tras la tecnología o los tecnicismos legales.

Capítulo I Exordio

Con estas premisas surgen las primeras interrogantes respecto a ¿cómo y por qué se está reconfigurando el marco regulatorio de la propiedad intelectual en España en la denominada sociedad de la información? y ¿cómo esta regulación incide, actúa, se manifiesta en dos ámbitos donde las nuevas tecnologías e Internet van ganando cada vez más espacio: el ocio y el turismo? Por una parte, el marco regulatorio continúa cambiando, durante el desarrollo de este estudio se promulgaron nuevas normas jurídicas - e.g. la Ley 21/2014,² la Ley Orgánica 1/2015³ y la Directiva 2014/26/UE⁴-. Por otra parte, el sector turístico está inserto en un contexto en el que las tecnologías digitales, las redes sociales e Internet son fundamentales tanto para el desarrollo de su actividad como para las relaciones con sus clientes. Por consiguiente, las normas de derechos de autor y conexos son un tema que cada vez cobrará mayor importancia.

3. ¿POR QUÉ DESDE UNA PERSPECTIVA SOCIO-JURÍDICA?

Desde un principio resultó evidente que los métodos de análisis e interpretación jurídicos resultaban insuficientes para deconstruir el proceso de reconfiguración del marco regulatorio de los derechos de autor y conexos en España. Con el propósito de comprender las claves sociales, económicas y culturales sobre la que se estaba construyendo este proceso fue necesario buscar nuevos enfoques y perspectivas. Una primera revisión de literatura histórica y sociológica sobre la regulación de las creaciones intelectuales en otras sociedades, evidenciaba que la relación entre avances tecnológicos, ciencia y propiedad intelectual no es universal, sino más bien,

² Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

³ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Entre los artículos modificados se encuentran los relativos a los delitos contra la propiedad intelectual (Art. 270 y 271).

⁴ Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior.

Capítulo I Exordio

una construcción Occidental moderna. Tomar consciencia de ello nos condujo a decantarnos por el enfoque socio-jurídico para abordar este estudio, que si bien, no suele ser el más común para acercarse a las problemáticas de los derechos de autor y conexos en la actualidad, tal y como sostiene Cotterrell (1998) supone la aspiración de ampliar la comprensión del Derecho como un fenómeno social. Además, los estudios socio-jurídicos permiten adoptar una concepción más amplia y flexible de Derecho (e.g. Santos, 1998:20) que lleva implícita una crítica a concebirlo exclusivamente como un producto Estado y por tanto, le reconoce otros usos como el emancipatorio. Por otra parte, las críticas de Boyle (1996:12) a la mayoría de juristas expertos que centran la atención en cómo regular - 'ajustar'- la ley de modo que se avenga a las nuevas condiciones de la sociedad de la información, nos reafirmó en la necesidad de complementar los métodos jurídicos con un análisis socio-jurídico más profundo, y centrar la atención no tanto en el contenido de las normas legales, sino en otros factores extrajurídicos.

Si bien tal y como sostiene McKnight (2015), una perspectiva socio-jurídica ofrece la ventaja de permitir que el Derecho sea reconocido y apreciado como un fenómeno social, interpretado por actores en un teatro legal cada vez más globalizado. A su vez, la utilización de este enfoque para el tema de estudio comporta diferentes retos. De un lado, intentar superar las barreras conceptuales y encontrar un lenguaje académico que no sea excesivamente técnico-jurídico, de modo que permita el acercamiento de todos aquellos que pudieran tener interés en el tema sin ser juristas. De otro lado, la escasez de estudios aplicados a esta área del Derecho, contextualizada en el ocio y el turismo, añaden la dificultad de no contar con un amplio arsenal teórico y metodológico que haya estudiado previamente la conexión entre estas áreas. No obstante, en el desarrollo de la investigación estos retos fueron transformados en oportunidades para

Capítulo I Exordio

estudiar y destacar la importancia de la temática y explorar e implementar diversas opciones metodológicas.

4. ESTRUCTURA DE LA TESIS

La estructura definitiva de este trabajo es el resultado de continuos ajustes en el modo de enfocar el tema de estudio. En cada una de sus partes podrán encontrarse los componentes normativos, analíticos y empíricos⁵ que contiene cualquier enfoque sobre el Derecho (Perry-Kessaris, 2013:4). Sin embargo, nuestra apuesta por un enfoque socio-jurídico hace que en el componente normativo incluyamos no sólo los textos legales sino también los contextos en los que se crean, actúan, (in)aplican, esos textos, e incluso, en ocasiones, los subtextos en los que se fundamentan. Mientras que los componentes analítico y empírico son necesariamente interdisciplinarios, en tanto, los conceptos y relaciones, así como los hechos y métodos empleados traspasan el ámbito jurídico y se nutren del caudal teórico y metodológico de las ciencias sociales.

Primeramente, en el marco teórico se sistematiza la literatura con el propósito de ofrecer una visión histórica y global de cuáles son las bases normativas sobre las que se asienta el sistema de derechos de autor a nivel internacional y europeo, los condicionantes económico-políticos que lo han propiciado y las principales justificaciones filosóficas que impregnan las leyes y los discursos. Esta parte, se ha concebido como un punto de partida indispensable que ofrece elementos jurídicos, contextuales e ideológicos para el posterior análisis del contexto español.

Seguidamente, en la metodología se explica la evolución del proceso de investigación a nivel global. Comenzando por el primer acercamiento a la

⁵ Se entiende por componentes normativos aquellos valores e intereses que están en primer plano o son privilegiados; los analíticos se refieren a los conceptos y relaciones que se despliegan para organizar un campo de estudio y; los empíricos a los hechos y métodos que pueden ser utilizados para confirmar la existencia o ausencia de conceptos y relaciones que determinan el qué, el cómo y el porqué de aquello que es abordado.

Capítulo I Exordio

temática como parte de la tesina del máster, precisamente en un contexto de negociación y promulgación de modificaciones al marco regulatorio de los derechos de autor y conexos en España. Posteriormente, se abordan los elementos metodológicos globales y de cada una de sus partes, resaltando los aspectos diferenciadores entre ellas, así como el propósito perseguido con cada decisión metodológica.

A partir de esta comprensión global previa, con el capítulo IV se persigue poner el foco de atención en el contexto español. Las noticias sobre los cambios legales que se avecinaban y las resistencias que generaban, nos dieron indicios suficientes para interrogarnos sobre cuál era el trasfondo socio-económico, político y cultural, cuya una de sus expresiones era modificar la ley de propiedad intelectual. A partir de estas premisas, se deconstruye el proceso de regulación de los derechos de autor y conexos en España en época reciente, con particular énfasis en la conocida como ley Sinde. Con esta parte, se intenta comprender por qué se están implementando de manera sucesiva modificaciones legales parciales cuya eficacia resultaba continuamente cuestionada. Para lo cual, se examinan las continuidades y cambios en la protección a los titulares de derechos de autor, así como los desajustes entre la ley, los adelantos tecnológicos y las nuevas prácticas sociales en el entorno digital. Además, se analiza el contenido de la ley Sinde, el contexto en el que se negocia y comienza a aplicarse y los derechos, intereses y dinámicas de los principales actores sociales en conflicto. Finalmente, se ofrece una interpretación de por qué el marco regulatorio de los derechos de autor y conexos en España en la sociedad de la información es un proceso inconcluso y con unos efectos muy concretos.

Con estos primeros resultados y teniendo en cuenta que uno de los actores más activos a nivel mediático denunciando las violaciones a sus derechos en Internet era la industria musical, decidimos desarrollar un estudio de la ley en contexto. Concretamente el capítulo V pone el foco de atención en las

Capítulo I Exordio

relaciones entre la regulación de los derechos de autor y conexos, los avances tecnológicos y la construcción del mercado de la música digital. Para esta parte, se contaba con una importante literatura previa sobre la producción social de la cultura que encajaba muy bien con nuestro enfoque ya que preponderaba el análisis de los contextos para explicar la producción de expresiones culturales. Específicamente, el *Six facet model* propuesto por Peterson (1990) incluye la legislación y la tecnología como dos factores que influyen la forma y el contenido de las expresiones culturales. A partir de estos referentes teóricos, decidimos abordar cómo la regulación de los derechos de autor y conexos y las tecnologías ayudan a construir el mercado de la música. En esta parte, nuevamente, recurrimos a fuentes históricas para detectar rupturas y continuidades en la regulación y los fines que con ella se persiguen, así como en las estrategias y dinámicas de los principales actores frente a los cambios tecnológicos. Finalmente, se presenta una interpretación sobre el rol que desempeña el marco regulatorio supranacional de los derechos de autor y conexos, de sus interacciones con las nuevas tecnologías y los cambios entre los actores de la industria.

Una vez finalizada esta parte de la investigación y conociendo que el proceso de reconfiguración del marco regulatorio de los derechos de autor y conexos en España tenía nuevas modificaciones, optamos nuevamente por enfocar la atención en el contexto nacional, pero a una menor escala y buscando explorar la ley en otro contexto. En el capítulo VI, la atención se centra en el sector turístico, concretamente en un grupo de pequeñas y medianas empresas vinculadas a un contexto de innovación. A partir de los cambios a la legislación y que su contenido favorece a los titulares a expensas de los consumidores, así como que tanto a nivel teórico como institucional hay una apuesta decidida por que el sector turístico incorpore al máximo las nuevas tecnologías, las interrogantes florecían. ¿Cómo repercute el marco regulatorio de los derechos de autor y conexos en las

Capítulo I Exordio

empresas turísticas? ¿Qué limitaciones o costes les suponen? ¿Cómo influye en el uso de las nuevas tecnologías y en la gestión de la empresa? Con estas interrogantes iniciales se diseñó un estudio empírico que perseguía ahondar en la relación entre el uso de las nuevas tecnologías por empresas turísticas, la gestión que realizan de los activos protegibles por los derechos de autor y conexos y el marco regulatorio vigente. Los resultados sobrepasaron nuestras previsiones y pusieron de manifiesto un nuevo reto estratégico para las pymes del sector.

Finalmente, la investigación recoge unas conclusiones globales que conectan las distintas conclusiones parciales de las partes previas. Así mismo, se resaltan las limitaciones y futuras líneas de investigación.

5. PRINCIPALES APORTACIONES

El primer aporte que hace este estudio es favorecer el encuentro entre disciplinas que en la práctica pueden no parecer conectadas, pero cuyas esferas de influencias han quedado patentes en esta investigación. Otra contribución es haber desarrollado el análisis a partir de un enfoque socio-jurídico, que ofrece una visión dinámica del fenómeno a partir del estudio de conceptos y relaciones de manera interdisciplinaria y del uso de diversos métodos de las ciencias sociales. En su conjunto, esta tesis desarrolla un tema novedoso a partir de un estudio teórico reforzado con datos empíricos y pone de manifiesto la necesidad de acercarse y continuar investigando sobre la temática.

A lo largo del proceso de investigación, parte de los resultados han sido publicados y presentados en diversos congresos. Los primeros desarrollos del capítulo IV se presentaron en un workshop y en la VIII edición del Congreso Internacional 'Internet, Derecho y Política' que tuvo como tema central los retos y oportunidades del entretenimiento en línea. Para esta cita se preparó una comunicación en la que a partir de un análisis de las tensiones existentes entre los titulares de derechos de autor y conexos, los

Capítulo I Exordio

usuarios e intermediarios, las posibilidades que ofrecen las tecnologías digitales y los cambios en las prácticas de ocio digital, se cuestionaba la eficacia de la regulación y se evidenciaba su carácter de ‘solución’ jurídico-formal, incapaz de ofrecer una respuesta equilibrada para todas las partes en conflicto y de abordar el fenómeno en su complejidad. Esta comunicación está publicada en las actas del referido congreso.

- García Álvarez E., López Sintas J. & Sánchez Bergara S. (2012) La “Ley Sinde” una oportunidad perdida para la regulación del ocio online en España. En *Actas del VIII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política. Retos y Oportunidades del entretenimiento en Línea*. Barcelona: Universitat Oberta de Catalunya-Huygens Editorial. pp. 95-110. ISBN: 978-84-695-4123-4.
- Ponente. *Workshop Estudios sobre el ocio: Consumo, Mercados y Cultura*, 17 de febrero de 2012, Centre d’Estudis i de Recerca d’Humanitats, Universitat Autònoma de Barcelona.
- Ponente. *VIII Edición del Congreso Internacional Internet, Derecho y Política*, 9 y 10 de julio de 2012, Barcelona.

Posteriormente, una versión más enriquecida se publicó como capítulo de un libro internacional e interdisciplinario cuyo tema era las repercusiones legales, tecnológicas y sociales de la piratería digital. En este caso, el aporte consistió en analizar el proceso de construcción del marco regulatorio de los derechos de autor y conexos en España y el contexto en el que las recientes modificaciones legales se producían, prestando especial atención a las presiones ejercidas y dinámicas entre los principales actores implicados. El resultado fue un estudio –si bien parcial– de la situación española. Finalmente, otra versión más actualizada ha sido publicada en la revista *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, una de las pocas

Capítulo I Exordio

revistas especializadas en propiedad intelectual que cuenta con factor de impacto.

- García E., Sánchez-Bergara, S. & López, J. (2016) Regulating copyright in the digital age in Spain: The Sinde law. En *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, 6(2), 236-247.
- García E., López, J. & Sánchez-Bergara, S. (2013) Nessun paradiso per la pirateria digitale. Pressione internazionale, conflitto di interesse e nuovo quadro normativo in Spagna. En Braga, R. & Caruso, G. (Eds.). *Piracy Effect. Norme, pratiche e studi di caso*. Milano-Udine: Mimesis Cinergie. pp. 91-102.

Los desarrollos correspondientes al capítulo V también fueron primeramente presentados en una conferencia especializada en el ámbito de la música y posteriormente se preparó y publicó un capítulo para un libro sobre la construcción social de los mercados culturales.

- López-Sintas, J., García-Álvarez, E., & Sánchez-Bergara, S. (2015) The social construction of music markets: Copyright and technology in the digital age. In López Sintas, J. (Ed.). *The social construction of culture markets: Between incentives to creation and access to culture*. Barcelona: OmniaScience. pp. 101-121.
- Ponente. *5th Vienna Music Business Research Days*, 1-3 de octubre de 2014, Viena.

Respecto a los resultados teóricos correspondientes al capítulo VI, se presentaron en diferentes congresos nacionales e internacionales y las primeras versiones se publicaron en algunas de las actas de estos eventos académicos.

Capítulo I Exordio

- García E., López, J. & Sánchez-Bergara, S. (2012) Gestión del valor empresarial a través de la propiedad intelectual en el ocio y el turismo online. En *Actas del Primer Congreso de Ocio y Turismo (OCITUR)*. Mataró. pp. 1134-1151. ISBN: 978-84-3343-7.
- García E., López, J. & Sánchez-Bergara, S. (2012) Propiedad intelectual en el ocio online: pautas de gestión de derechos para tiempos de crisis. En *OcioGune 2012 Foro de Investigación, Pensamiento y Reflexión en torno al Fenómeno del Ocio*. Bilbao: Publicaciones de la Universidad Deusto. pp. 135-148. ISBN 978-84-9830-353-7.
- Ponente. *TMS ALGARVE 2014: Management Studies International Conference*, 27-29 de noviembre de 2014, Olhão.
- Póster. *5th European Conference on Intellectual Capital*, 11-12 de abril de 2013, Bilbao.
- Ponente. *Primer Congreso de Ocio y Turismo (OCITUR)*, 16-18 de mayo de 2012, Mataró.
- Ponente. *OcioGune 2012 Foro de Investigación, Pensamiento y Reflexión en torno al Fenómeno del Ocio*, 13-15 de junio de 2012, Bilbao.

Finalmente, una vez realizado el trabajo de campo, se redactó el artículo titulado *Managing copyrighted works in a digital context: A new strategic challenge for SME's in tourism*, en el que se incluyen tanto los resultados teóricos como los empíricos para su revisión en el *Journal of Tourism Management*.

6. REFERENCIAS

- Bogsch, A. (1992). *Brief History of the First 25 Years of the World Intellectual Property Organization*. Geneva.
- Boyle, J. (1996). *Shamans, software, and spleens : Law and the construction of the information society*. Cambridge, Mass. [etc.] : Harvard University Press,.
- Cotterrell, R. (1998). Why Must Legal Ideas Be Interpreted Sociologically? *Journal of Law and Society*, 25(June 1997), 171-192. <http://doi.org/10.1111/1467-6478.00086>
- Hughes, J. (2012). A short history of “intellectual property” in relation to copyright. *Cardozo Law Review*, 33, 1293-1340.
- McKnight, J. (2015). The Fourth Act in Socio-Legal Scholarship: Playing With Law on the Sociological Stage. *Qualitative Sociology Review*, XI(1), 108-124.
- Perry-Kessaris, A. (2013). What does it mean to take a socio-legal approach to international economic law? In A. Perry-Kessaris (Ed.), *Sociolegal approaches to International Economic Law: Text, context, subtext*. Routledge.
- Peterson, R. A. (1990). Why 1955? Explaining the advent of rock music. *Popular Music*, 9(1), 97-116.
- Polanyi, K. (1989). *La Gran transformación: crítica del liberalismo económico*. Madrid : La Piqueta.
- Sábada, I. (2007). *Sociología de la Propiedad Intelectual en la era global*. Universidad Complutense de Madrid.
- Santos, B. de S. (1998). *La Globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Santafé de Bogotá: Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Universidad Nacional de Colombia.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

1. PRESENTACIÓN

Los estudios socio-jurídicos durante su historia han transcurrido por diferentes enfoques y concepciones respecto al Derecho. Las distintas generaciones pueden agruparse a partir de diferentes escuelas de pensamiento, iniciando con la histórica con autores como Marx, Durkheim, Weber y Tönnies; pasando por el realismo jurídico cuyos principales exponentes son Holmes, Pound y Llewellyn; hasta llegar a la escuela constructivista representada por Luhmann, Habermas y Bourdieu (Frerichs, 2012:1). En general, estos estudios, independientemente del enfoque seguido, han criticado el formalismo jurídico y han defendido el análisis del Derecho a través de investigaciones que desborden la órbita de las normas jurídicas estatales (Cfr. Carbonnier, 1974; Cotterrell, 1991; Treves, 1988).

Estudios socio-jurídicos más recientes continúan defendiendo la necesidad de estudiar no sólo la ley y demás normas jurídicas, sino también las ideas y las condiciones socio-económicas y políticas. Por ejemplo, Nelken (2001) aboga por la necesidad de entender el Derecho en contexto, y reinterpretarlo continuamente porque como construcción social que es, se encuentra en permanente cambio. Para este autor, la globalización actual obliga a acercarse al Derecho teniendo en cuenta las relaciones entre Estados, sociedades e instituciones legales internacionales. Por otra parte, Cotterrell (1998:192) defiende la necesidad de interpretar las ideas jurídicas –entendidas como un modo de estructuración del mundo social– desde una perspectiva sociológica, para poder entender su poder y sus límites. Así, la investigación sociológica debe tener una visión sistemática de las leyes a través de la reinterpretación de las ideas, relaciones y conexiones dadas en un contexto determinado, en tanto ayudan a explicar el contenido de las normas jurídicas, a repensarlas y desarrollarlas (Cotterrell, 1998:191). Además, Santos (1998) propone un concepto de

Derecho más amplio y flexible en el que reconoce una dimensión local y transnacional, diferentes de la dimensión estatal.

Específicamente en el ámbito de los derechos de autor y conexos, nos encontramos que, si bien existen algunos estudios socio-jurídicos tanto sobre Derecho Económico Internacional, como otros específicos en la temática (e.g. Perry-Kessaris, 2013a; Picciotto, 2002, 2014; Graber & Lai, 2014), es un ámbito en el que han prevalecido las investigaciones desde el Derecho y la Economía (Chapman, 2002; de Montoro Pons & Cuadrado García, 2008; Falvey, Foster, & Greenaway, 2006; Fisher, 2001; Gallini & Scotchmer, 2002; Garon, 2012; Helfer, 2007; Hunt, 1999; May, 2010; Posner, 2005; Primo Braga, 1989; Stiglitz, 2008), mientras que desde la Sociología sólo pueden mencionarse algunos aportes puntuales (Cfr. Sábada, 2007:15-16).

Sin embargo, el desencaje entre el sistema de derechos de autor y conexos y las prácticas y creencias en el contexto digital y global, invitan a reflexionar sobre la necesidad de estudiar el fenómeno con una perspectiva más amplia. Tal y como sostiene Boyle (1996:12) el más vacío de los clichés jurídicos es aquel que postula que la ley necesita modernizarse con el propósito de ajustarse a las cambiantes condiciones sociales. Es decir, el foco de atención no está tanto en ¿cómo ajustar la ley al actual contexto? o ¿qué medios de defensa resultan más efectivos para continuar reforzando la propiedad sobre las creaciones intelectuales?, sino más bien en que, la yuxtaposición entre la economía de la información, las ideas del liberalismo clásico y los economistas neoclásicos sobre la propiedad y comercialización de las creaciones del intelecto y la piratería individual, tiene consecuencias indeseadas pero que inexorablemente se producirán.

Por consiguiente, un acercamiento al tema a través de una perspectiva socio-jurídica, desde el punto de vista analítico, se presenta mucho más fructífero para entender no sólo el proceso de armonización y globalización de las normas jurídicas -‘modernización de las leyes’- y sus efectos en

CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO

diferentes sectores económicos, sino también las condiciones, los actores, sus relaciones e ideas y cómo se ha llegado a la situación actual. Concretamente, en este trabajo se opta por abordarlo con un enfoque socio-jurídico, el cual permite analizar no sólo los textos legales, sino también los contextos -en los que se forman, aplican, abusan y evitan las leyes- y los subtextos -ideas y justificaciones morales que sustentan y/o cuestionan las normas - (Frerichs, 2012; Perry-Kessaris, 2013a y McKnight, 2015).

En la categoría texto se incluyen las normas jurídicas y la doctrina legal relacionadas con el campo de estudio (Frerichs, 2012:9; Perry-Kessaris, 2013b:7), es decir, los derechos de autor y conexos. El contexto, hace referencia al vínculo del texto legal con la realidad social (Frerichs, 2012:9), es decir, los actores, sus acciones e interacciones (Perry-Kessaris, 2013b:8) y condiciones socio-económicas y políticas. Mientras que el subtexto incluye el significado más profundo -subtexto moral- de un texto legal (Frerichs, 2012:9), es decir, los valores e intereses (Perry-Kessaris, 2013b:9) que subyacen en las normas. Estas categorías fueron la inspiración para organizar la revisión de la literatura a partir de tres apartados referidos al texto, contexto y subtexto que enmarcan y definen los derechos de autor y conexos en la sociedad de la información a nivel internacional y europeo, y que resultan fundamentales para comprender la construcción del marco legal en las últimas décadas en España.

El componente normativo, es decir, los textos legales, se exponen y analizan a lo largo de la investigación, por este motivo, en este capítulo, sólo se abordan dos normativas. Para la elección del material jurídico relevante (Martínez Zorrilla, 2010) se tuvo en consideración la estructura y objetivos de la investigación, el espacio temporal que se analiza, la vinculación del contenido normativo con el tema de estudio y su ámbito geográfico. Consecuentemente, se incluyen dos normas que constituyen pilares del marco jurídico de los derechos de autor y conexos en la sociedad

de la información a nivel internacional y europeo, y que resultan fundamentales para comprender la construcción del marco legal en las últimas décadas. Ellas son: 1) Anexo 1C, Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), de 1 de enero de 1995; y 2) Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

En un segundo apartado, se introduce el contexto global en el que se encuadran estas normas jurídicas. A este fin, se revisan en la literatura los vínculos de estos textos legales con la realidad en la que se negocian, promulgan y surten sus efectos. Específicamente, se analizan los actores protagónicos, sus posiciones, los elementos generadores de cambios y conflictos y la brecha entre los textos legales y las prácticas sociales –interacción texto-contexto-.

Finalmente, se presenta el subtexto en el que se desarrollan y configuran los textos legales. En este sentido, se revisan las principales teorías sobre derechos de autor y conexos, en tanto constituyen el cimiento filosófico y moral en el que se ha sustentado y desarrollado el sistema legal en este ámbito jurídico. De este modo es posible desentrañar las justificaciones –apriorísticas o pragmáticas- y racionalidades –sustancial o instrumental- que con mayor o menor intensidad han defendido o cuestionado el sistema de derechos de autor y su incesante deriva propietaria en las últimas décadas.

2. MARCO JURÍDICO DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS: EL TEXTO

Hoy en día cualquier análisis de la normativa sobre derechos de autor y conexos, pasa necesariamente por una mirada al sistema internacional vigente. La existencia de una cultura jurídica transnacional no es un

fenómeno exclusivo de los derechos de autor y conexos, tampoco es completamente nuevo. Al decir de Santos (2009:292) a partir del siglo XXI es posible identificar un fenómeno de globalización del campo jurídico complejo, diverso y ambiguo, que es expresión de un proceso de globalización más amplio, se explica a través de diversas causas y no encaja dentro de ningún postulado cultural unidimensional. Considerando estos argumentos, se inicia el estudio de los textos legales con dos de los más representativos a nivel internacional y europeo de las últimas décadas.

2.1. ADPIC Y LA GLOBALIZACIÓN DE LOS ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN

Si bien la internacionalización de los derechos de autor y conexos se remonta a finales del siglo XIX (Lipsyc, 2006), desde una perspectiva histórica, el Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), nacido en el seno de la Organización Mundial del Comercio (OMC)¹ inicia una nueva etapa en la regulación jurídica de la propiedad intelectual (Sell, 2003:10). Como sostienen Drahos y Braithwaite (2002:10) en ADPIC se globalizan un conjunto de principios de este campo jurídico porque la mayoría de los Estados del mundo son miembros o están buscando ser miembros de la OMC. Por ello, el contenido referido a los derechos de autor y conexos de este texto, es nuestra primera referencia para el estudio del marco legal vigente.

En el Preámbulo de ADPIC se establece que, debido a las tensiones existentes en las relaciones económicas internacionales, se precisaba

¹ La pertenencia a la OMC significa para los Estados la suscripción automática a la mayor parte de los tratados que en su seno se establecen –son escasas las excepciones de tratados plurilaterales no incluidas- en un mecanismo que se conoce como “todo único” propio de esta organización. El acuerdo ADPIC está dentro de los incluidos en este mecanismo, por lo que resulta obligatorio para todos los Estados partes de la OMC. No obstante, es necesario destacar que el propio acuerdo estableció diferentes plazos para armonizar las legislaciones nacionales con el contenido del tratado según el nivel de desarrollo económico de los Estados. Sobre este particular pueden consultarse los artículos 65 y 66 del citado Acuerdo. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf. Fecha de consulta: 29/3/2016.

contar con un nuevo marco multilateral de normas uniformes, dentro de las cuales los derechos de propiedad intelectual son reconocidos como derechos privados. Al respecto, tanto el análisis económico como la experiencia histórica, cuestionan que un conjunto uniforme de normas resulte apropiado para todos los países y todas las industrias (Cfr. Alford, 1994; Reichman, 1993). Por lo que la armonización de los Derechos materiales de los Estados, o lo que se ha denominado, la "talla única para todos" ha sido criticada en varios estudios (Cfr. Aoki, 1996; Dhar & Rao, 1996; Trebilcock & Howse, 1995). Igualmente se ha cuestionado, por economistas y juristas, que se privilegiara la protección –a través de la propiedad privada- de la difusión de los bienes intelectuales, debido a que puede tener efectos negativos sobre el bienestar social (Boyle, 1992, David, 1993, Frischtak, 1993, Maskus, 1990, Primo Braga, 1989).

Entre sus objetivos (Art. 7 ADPIC) se destaca que la protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual son un instrumento de promoción e incentivo para la innovación, transferencia y difusión tecnológicas, en beneficio tanto de productores como de usuarios, lo cual a su vez tributa al bienestar social y económico y al justo equilibrio de derechos y obligaciones. Sin embargo, la literatura advierte (Sell, 2003) que el argumento de que con este acuerdo se promoverá el desarrollo económico en todo el mundo, no tiene prácticamente ningún apoyo empírico.

Bajo estas premisas, respecto al alcance y ejercicio de los derechos de autor y conexos, se exige el cumplimiento del Convenio de Berna a excepción del contenido relacionado con las facultades morales del autor (Art. 6 *bis* Convenio de Berna).² Se introduce la protección por derecho de autor a los programas de ordenador y compilaciones de datos,

² Las facultades morales están vinculadas a la persona del autor o creador, son inalienables, irrenunciables y en algunos casos no tienen límite de tiempo. Suelen reconocerse entre ellas: la divulgación, paternidad, integridad y modificación de la obra.

asimilándolos a las obras literarias (Art. 10). Se incluye el derecho de arrendamiento comercial de los originales y las copias de los programas de ordenador y las obras cinematográficas (Art. 11). Se modifican los períodos de duración de la protección, estableciendo el mínimo de 50 años para autores, artistas intérpretes y ejecutantes y los productores de fonogramas (Art. 14.5), y el mínimo de 20 años para los organismos de radiodifusión (Art. 14.5 en relación al Art. 14.3).

Respecto a la observancia de los derechos y a diferencia de otros tratados, en ADPIC se establecen una serie de obligaciones para los Estados. Concretamente, el establecimiento de procedimientos civiles, penales y administrativos; la implementación de medidas provisionales eficaces contra cualquier infracción y la existencia de recursos ágiles y sanciones disuasorias (Art. 41-61). Es decir, su contenido establece las normas mínimas de protección que ha de prever cada Estado miembro, promueve la universalidad de la protección de los derechos de propiedad intelectual y la adopción de sanciones en diferentes ámbitos frente a las infracciones de derechos (Sell, 2003). La excesiva protección a favor de los titulares de propiedad intelectual ha sido considerada “una expansión dramática” (Sell, 2003) y “desproporcional” (Khor, 2002) respecto a la vaguedad con que se han definido las obligaciones para con el bienestar social y económico.

2.2. LA DIRECTIVA 2001/29 Y LA ARMONIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS EN LA UNIÓN EUROPEA

En el ámbito europeo, una de las normativas que marca un punto de inflexión en la regulación de los derechos de autor y conexos es la Directiva 2001/29/CE³ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo,

³ Dentro del Derecho Europeo las Directivas se emplean para armonizar las legislaciones nacionales respecto a determinados temas, para ello, establecen los objetivos a cumplir por los Estados y los términos máximos para la transposición del contenido de la norma europea a normas nacionales, otorgando a los Estados un margen de actuación en

relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. Si bien no abarca todas las cuestiones propias de la materia, es considerada de especial trascendencia jurídica y económica respecto a la armonización de la legislación a nivel comunitario (Plaza Penadés, 2002). Aspecto que explícitamente recoge la Directiva en su primer Considerando al afirmar que la armonización de la normativa de derechos de autor y conexos, contribuye tanto a la realización del mercado interior como a evitar que se falsee la competencia.

En el segundo Considerando se sostiene que los derechos de autor y conexos protegen y estimulan la creación, el desarrollo y la comercialización de contenidos, productos y servicios en el contexto de la sociedad de la información. Teniendo en cuenta lo cual, y analizando sus preceptos, Plaza Penadés (2002) concluye que la Directiva no agota las problemáticas de la explotación digital, sino que se centra en los temas considerados más urgentes. Mientras que Yáñez Velasco (2002:710-711) considera que se está haciendo prevalecer el tráfico comercial de las creaciones intelectuales y el crecimiento económico que podría dar como resultado, quedando relegada la persona que las crea, incluso respecto del consumidor final.

Concretamente, esta Directiva aborda tres ámbitos: 1) los derechos de explotación afectados por las tecnologías digitales e Internet, 2) los límites a esos derechos –también conocidos como excepciones- y 3) la protección de medidas tecnológicas e información para la gestión de derechos. En el primer ámbito se amplía el contenido del derecho de reproducción (Art. 2) de modo que comprenda actividades como la digitalización de una obra o su carga y descarga (Plaza Penadés, 2002); se establece junto con el derecho de comunicación al público un derecho de puesta a disposición del

consideración a sus particularidades. Para que una Directiva surta efectos en cada Estado es preciso que se desarrollen normas de Derecho interno.

CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO

público (Art. 3) con el propósito de incluir las transmisiones ‘a la carta’, individualizadas, que suelen quedar excluidas del contenido del derecho de comunicación al público (Plaza Penadés, 2002), finalmente, respecto al derecho de distribución (Art. 4) se establece el agotamiento comunitario, con lo cual el derecho se extingue con la primera venta dentro del territorio de la Unión Europea, no así, si ocurre fuera, en cuyo caso, el titular conserva el derecho de autorizar la primera venta (Yáñez Velasco, 2002).

Respecto a las excepciones, el artículo 5 recoge una lista,⁴ que en su mayoría se establecen con carácter voluntario para los Estados (Plaza Penadés, 2002) y que será objeto de examen a futuro. Adicionalmente, como una forma más de proteger los derechos de autor y conexos en el entorno digital, se establece la obligación de ofrecer protección jurídica contra los actos de elusión de las medidas tecnológicas⁵ destinadas a proteger la explotación de las creaciones intelectuales y otras prestaciones (Art. 6), así como la información para la gestión de derechos (Art. 7). En este sentido, Plaza Penadés (2002) considera que se amplía el ámbito de protección de los derechos de autor y conexos, en tanto se incluyen los daños derivados de actos que anteriormente no estaban reconocidos. Al respecto, Yáñez Velasco (2002) explica que la elusión (Art. 6) incluye actos como la fabricación, importación, distribución, venta, alquiler, publicidad y posesión con fin comercial, de cualquier dispositivo, producto, componente o prestación de servicios. Mientras que en (Art. 7) incluye la supresión o

⁴ Para determinar los supuestos de excepciones o limitaciones a los derechos de reproducción y comunicación al público se considera la finalidad perseguida por la actividad, la existencia de una compensación equitativa a los titulares de derechos, el respeto a la paternidad y el posible daño que se puede causar. Para la excepción de la copia privada, indican que se debe diferenciar entre la digital y la analógica debido al mayor impacto económico que provoca la primera.

⁵ Artículo 6.3. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por "medidas tecnológicas" toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos referidos a obras o prestaciones protegidas que no cuenten con la autorización del titular de los derechos de autor o de los derechos afines a los derechos de autor establecidos por ley o el derecho sui generis previsto en el Capítulo III de la Directiva 96/9/CE.

alteración de la información para la gestión electrónica de derechos, así como la distribución, importación para distribución, emisión por radiodifusión, comunicación o puesta a disposición del público de obras o prestaciones protegidas donde la referida información esté suprimida o alterada. En todos los casos, la protección debe ofrecerse tanto si estas acciones se realizan de manera dolosa como imprudente (Yáñez Velasco, 2002).

Finalmente, el (Art. 8) prevé el establecimiento de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, así como la posibilidad de solicitar la reparación de daños y perjuicios y/o medidas cautelares; estas últimas, incluso, contra el intermediario de cuyos servicios se valga un tercero para infringir los derechos de autor y conexos en la red. Al decir de Plaza Penadés (2002: 217) se trata de incluir la protección contra la elusión tanto en las acciones civiles como en las penales y para todas las creaciones intelectuales, ya que anteriormente a esta Directiva, esta protección sólo se ofrecía a los programas de ordenador.

Como resultado, Larsson (2011:46) afirma que un mayor número de acciones fueron criminalizadas y se extendió y reforzó la regulación de los derechos de autor en Europa. No obstante, las previsiones legales previamente comentadas, en la práctica no han estado exentas de dificultades. Yáñez Velasco (2002) destaca como principales problemáticas en el ámbito jurisdiccional: la cuantificación del daño, el cobro efectivo del mismo y la ejecución de sentencias cuando la infracción se ha producido a través de Internet.

3. ESCENARIO INTERNACIONAL Y EUROPEO: EL CONTEXTO

Así como resulta indispensable analizar los textos legales internacionales antes de enfocar la mirada en el marco regulatorio nacional, igualmente es ineludible comprender los contextos internacionales en los que surgen. La diseminación de información e

imágenes, las tecnologías de la comunicación, el desplazamiento masivo de personas –turistas, trabajadores, etc.-, la globalización de los sistemas productivos y las transacciones financieras para Santos (2009:293) son algunos ejemplos de cuánto y cómo se han intensificado las relaciones transnacionales. Justamente es este escenario el punto de partida para entender el porqué de los textos, sin perder de vista, aquellos elementos que aporten una comprensión histórica de cómo hemos llegado hasta este punto.

3.1. CLAVES SOCIO-ECONÓMICAS Y CULTURALES DEL SISTEMA DE DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS

Antes de delinear el contexto en el que se han configurado los derechos de autor y conexos en las últimas décadas, es oportuno referir muy brevemente, las dimensiones temporal y geográfica en las que ha surgido la regulación jurídica y económica de las creaciones intelectuales, tal y como la entendemos hoy en Occidente. Son varios los autores que coinciden en identificar como factor crítico desencadenante de su surgimiento, la invención de la imprenta en el siglo XV (Bercovitz, 1997; Díaz Noci, 1999; Watt, 2000). A partir de entonces, se abrió la posibilidad de difundir los documentos impresos a mayor escala, al tiempo que ofreció una brecha para que informaciones y discursos no controlados se difundieran (Burke, 2002:51). También permitió la reproducción masiva e intensiva de textos; revolucionó los sistemas de transmisión de los conocimientos y la cultura de aquella época (Cfr. Chartier, 1994; Eisenstein, 1994; Goody, 1990); y ofreció la posibilidad de generar un volumen de negocio verdaderamente importante a partir de las creaciones intelectuales (Díaz Noci, 1999:6). Es en este escenario, en el que se promulga en el Reino Unido el Estatuto de la Reina Ana, considerado uno de primeros textos jurídicos en la materia. Estaba encaminado a regular los efectos que producía la copia masiva de

documentos, es decir, controlar la reproducción de textos impresos, para lo cual se creó el derecho de copia o copyright (Cfr. Goldstein, 1999).

Sin embargo, estudios sobre la regulación de las creaciones intelectuales en otras sociedades, evidencian que la relación entre avances tecnológicos, ciencia, propiedad intelectual en general y derechos de autor en particular, no es universal, sino más bien, una construcción Occidental moderna. Si bien el control de manipular y mercantilizar la información siempre ha sido importante (Boyle, 1996), los derechos de autor y conexos, tal y como los entendemos hoy en día, aparecen formalmente en el siglo XVIII. Sociedades antiguas como Grecia y Roma, a pesar de la abundancia de obras intelectuales producidas en aquella época, no conocieron esta forma de regulación. Según Gregory (2003:324-5) este tipo de derechos también son ajenos a la cultura china, en la cual, se fomenta el aprendizaje mediante la copia, así por ejemplo, la caligrafía se enseña copiando el estilo de los grandes maestros, y hasta que una persona no ha perfeccionado el estilo de otra, no está en condiciones de desarrollar su propio estilo (Cfr. Drahos, 2001; Roy, 2007). En similar sentido, Graber y Lai (2014:4) explican que algunas comunidades indígenas han desarrollado instrumentos de regulación diferentes para las creaciones del intelecto, más abocados a la protección -manteniéndolos en secreto-, en vez de a la divulgación. Mientras que Story (2002:129) resalta como una serie de sociedades indígenas del sur, adoptan un enfoque radicalmente diferente respecto a lo que puede ser legítimamente objeto de propiedad privada, y consideran que la copia y el intercambio de expresiones dentro de una comunidad dada, es una señal de respeto y reconocimiento. Igualmente, Drahos y Braithwaite (2002) explican que los derechos de autor no eran parte de la práctica legal, la cultura y la conciencia generales en Corea, debido a que la copia es considerada como una forma sincera de adulación, algo que alegra a los autores en lugar de provocar su indignación. Por este motivo, hasta hace poco tiempo, en Corea casi no existían abogados especializados en

esta área, y las personas que contaban con algunos conocimientos, por lo general, habían estudiado en los Estados Unidos de América.

Los derechos de autor y conexos como nueva forma de propiedad, tienen su origen en Europa, concretamente con el desarrollo del capitalismo industrial y la sociedad moderna. Desde entonces, se han utilizado para regular e institucionalizar la propiedad sobre ciertos bienes intangibles, y su historia trasciende, según Sábada (2007), más allá del componente jurídico en el que se insertan –textos legales–, en tanto despliegan un conjunto de fenómenos y conflictos que muchas veces se invisibilizan tras la tecnología o tecnicismos legales.

Es en este punto de partida donde algunas legislaciones nacionales europeas comienzan a regular la reproducción y difusión de las creaciones intelectuales (Vega Vega, 1990:44 y ss). Posteriormente, le sigue una etapa de internacionalización de los derechos de autor, caracterizada por el establecimiento de acuerdos internacionales, en los que los países europeos, fundamentalmente, perseguían armonizar las normas de derecho de autor reemplazando las legislaciones nacionales (Lipsyc, 2006). Esta fase se inició a finales del siglo XIX con la celebración de los dos primeros tratados internacionales sobre la materia⁶ y transcurre hasta finales del siglo XX, específicamente hasta la celebración del acuerdo ADPIC, momento en el que se inicia una etapa denominada de globalización de la propiedad intelectual (Sell, 2003).

⁶ El Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial del 20 de marzo de 1883 y el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de septiembre de 1886.

3.2. ESCENARIO, ACTORES Y DINÁMICAS QUE EXPLICAN LA EXISTENCIA DE ADPIC

Respecto a cómo se llega a ADPIC, Drahos y Braithwaite (2002) explican que la política comercial de Estados Unidos durante los ochenta tuvo un papel significativo. Según estos autores, la conjunción del empeoramiento de los déficits comerciales, la pérdida de empleos en la industria manufacturera y la acción de los grupos de presión vendiendo la idea que una mejor protección permitiría cosechar beneficios a partir del crecimiento de la alta tecnología y la atracción de empleos, hicieron posible que el Congreso aprobara cambios en la Ley de Comercio y concediera al Representante Comercial de Estados Unidos (USTR) la autoridad para proceder en contra de los países en los que se infringieran los derechos de propiedad intelectual. Así nace, la conocida como Lista 301 –*Special 301 Report*–, en la cual, el USTR cada año identifica a los países que no garantizan una protección efectiva a los derechos de propiedad intelectual, y los categoriza en dos secciones según sea el nivel de incumplimiento de los estándares –*Priority Watch List* y *Watch List*–.

Este proceso, al decir de Drahos y Braithwaite (2002) pudo tener éxito, por una parte, debido a que muchos países querían acceder al gran mercado estadounidense, con lo cual, calcularon que los costes de cumplir con las demandas estadounidenses respecto a la propiedad intelectual, se veían compensados por los beneficios que suponía el acceso a este mercado. Por otra, porque a pesar de algunas protestas iniciales, Europa siguió la línea estadounidense, incluyendo la propiedad intelectual dentro del comercio y arremetió contra algunos países asiáticos infractores de propiedad intelectual europea (Drahos y Braithwaite, 2002).

Estos precedentes, en los que las principales potencias económicas occidentales comienzan a incluir a la propiedad intelectual en el comercio internacional, son un caldo de cultivo propicio para que la práctica se reflejara a su vez en un acuerdo internacional. Sell (2003) explica que el

CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO

enfoque consagrado en ADPIC, en el que se amplían los derechos de propiedad intelectual y se aumentan los niveles de protección, representa una importante victoria de los activistas estadounidenses del sector privado de las industrias basadas en el conocimiento, los cuales trabajaron juntos, ejercieron su autoridad y lograron un resultado, todo ello dentro de un contexto más amplio de coerción económica y poder asimétrico.

También Drahos y Braithwaite (2002), reconocen que las alianzas entre las empresas estadounidenses y las europeas en la defensa de la protección mundial de la propiedad intelectual para hacer frente a la competencia y las incertidumbres del cambio tecnológico, fue un paso clave para el éxito de ADPIC. Acciones que, según Sell (2003), no contaron con una oposición organizada, ya que los sectores anti-ADPIC, representados por -bibliotecas públicas, instituciones educativas y el movimiento de consumidores- durante las negociaciones ni actuaron en conjunto, ni se reconocieron mutuamente. Y no fue hasta después de la entrada en vigor del acuerdo, que se concienciaron e iniciaron un movimiento mucho más activo (Sell, 2003).

Las posturas mantenidas por los países en las negociaciones de ADPIC, respecto a reforzar o no la regulación de la propiedad intelectual, reflejan las diferencias entre quienes importan y quienes exportan las creaciones intelectuales (Neigel, 2000). Al decir de Drahos y Braithwaite (2002) son innegables los enormes beneficios que ADPIC ha conferido a la economía de Estados Unidos, en su condición de mayor exportador de propiedad intelectual. Todo lo cual, se desarrolló en un período de liberalización y privatización -iniciado en la década de 1980-, con el colapso de la propiedad estatal, que dio lugar a la transferencia de actividades a las corporaciones y a la preferencia de una regulación favorable al mercado con fuertes derechos de propiedad (Picciotto, 2011). Para Graber y Lai (2014:7-8) con ADPIC las creaciones intelectuales y culturales alcanzan un nivel de *propertisation* sin precedentes, en detrimento de los comunes.

3.3. REFORMULACIÓN DE POLÍTICAS Y ENFOQUES SOBRE LOS DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS EN LA UNIÓN EUROPEA

A este movimiento en el marco de la OMC, le siguen cambios en los enfoques sobre la protección de la propiedad intelectual en la Unión Europea. Al respecto, Jaeger (2010) analiza el contenido de los acuerdos comerciales de la Unión y señala tres generaciones a partir del enfoque que predomina en cada una. La primera generación que identifica con la laxitud, la sitúa a partir de la década de los 70 y se caracteriza por el rol marginal que desempeñaba la protección de la propiedad intelectual en los acuerdos comerciales, al punto de no encontrarse disposiciones sobre la temática en los textos jurídicos de aquel entonces. La segunda la denomina ADPIC-plus, la ubica a partir de 1995 y se distingue por incorporar tanto en los textos legales como en el discurso oficial la importancia de proteger los derechos de propiedad intelectual. Finalmente, la tercera la designa como una etapa de 'equilibrio', que se inicia en el 2003 y que sin perder de vista la incorporación de los estándares de ADPIC en los tratados de libre comercio contemporáneos, la Unión Europea pretende mostrarse más equilibrada al considerar aspectos relativos a la sostenibilidad y exigir a sus socios el aumento de los niveles de protección con cierta gradualidad.

Especial interés reviste la que Jaeger (2010) ha identificado como la segunda generación –ADPIC-plus-, debido a que es el marco en el que se negocia y promulga la Directiva 2001/29, comentada en el apartado precedente. Durante este período y a diferencia de la primera generación, la Unión Europea defiende que resulta una cuestión de buen gobierno y credibilidad internacional contar con un sistema eficaz de protección de los derechos de propiedad intelectual (Jaeger, 2010). Así, por un lado, con la Directiva 2001/29 va forjando la armonización de estándares de protección, que dejan poco margen a los Estados miembros para regular los derechos de autor y conexos (Garrote Fernández-Díez, 2001:221); mientras

que por otro, en los acuerdos comerciales implementa varias estrategias en pro de la defensa de la propiedad intelectual.

En este sentido, Jaeger (2010) caracteriza esta etapa como el escenario en el cual la protección de los derechos de propiedad intelectual se integra en el diálogo político y diplomático, en los foros internacionales y en la negociación de acuerdos bilaterales y multilaterales más allá de ADPIC. Al mismo tiempo, se establecen sanciones contra aquellos países donde las violaciones a la propiedad intelectual sean sistemáticas y carezcan de acciones gubernamentales que aborden el problema de manera eficiente. Es este el contexto propicio para el desarrollo de un conjunto de iniciativas en las que se promueven acciones conjuntas a nivel comunitario como la creación de asociaciones público-privadas para hacer frente a la piratería y la falsificación; colaboraciones en la recogida y difusión de información sobre los problemas en la aplicación y cumplimiento de las normativas; el intercambio entre expertos y el entrenamiento de los operadores privados en la vigilancia de fronteras.

Así, tanto en la arena internacional como en la europea, los mercados globales han desplazado el lugar de ejecución, del nivel nacional al supranacional, lo cual a su vez se ha visto reflejado en un cambio de la política de los derechos de propiedad intelectual (Carruthers y Ariovich, 2004). El régimen de la OMC exige que todos los miembros -reales y aspirantes- abracen una visión particular del mundo, que considera que las expresiones de las ideas e invenciones del intelecto humano deben ser de propiedad privada -de quienes a menudo no son los creadores- y deben ofrecer protección eficaz a favor de los titulares de derechos intelectuales – fundamentalmente grandes corporaciones de países desarrollados- (Story, 2002). Es decir, los más importantes conductores del régimen global de la propiedad intelectual son las grandes transnacionales -especialmente las del entretenimiento y las farmacéuticas-, bajo cuya desproporcionada

influencia se han desarrollado mecanismos regulatorios que compiten con los intereses públicos de los Estados (Graber y Lai, 2014:10).

3.4. 'NUEVOS' FACTORES DE CAMBIO Y CUESTIONAMIENTOS AL SISTEMA DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS

Las tecnologías que han facilitado la reproducción y difusión de las creaciones intelectuales, históricamente han recibido resistencias desde las industrias culturales (Frith, 1987; Attali, 1989; Boyle, 2003). Cada adelanto tecnológico ha evidenciado que las creaciones del intelecto son bienes infinitos, en tanto se pueden reproducir sin limitación y consumir sin deteriorarlos. En este sentido, ya se ha argumentado que los derechos exclusivos son inadecuados en muchos aspectos para los bienes basados en el conocimiento, debido a que no se agotan cuando se comparten (Picciotto, 2011). En esta misma línea, Sábada (2007:77) sostiene que el saber y el conocimiento pueden ser incorporados a la lista de mercancías ficticias⁷ desarrollada por (Polanyi, 1989:122 y ss) y que los derechos de propiedad intelectual han sido el dispositivo que ha permitido su transformación en mercancías.

Sin embargo, a pesar del carácter público de las creaciones intelectuales –en un sentido económico–, el mantenimiento de los derechos exclusivos y la extensión del horizonte temporal de estos derechos en las últimas décadas, responde según Drahos y Braithwaite (2002:177) a una concepción financiera de los derechos de autor. Bajo esta concepción, los bienes protegidos por derechos de autor no deberían entrar en dominio público en el que puedan ser objeto de competencia en el mercado, debido a que los conglomerados que operan en el sistema global de producción cultural, imágenes, sonidos y texto, son activos a ser utilizados una y otra

⁷ Para Polanyi las mercancías ficticias son la tierra, el trabajo y el dinero. Las clasifica de este modo porque considera que no cumplen plenamente los requisitos para ser consideradas mercancías, pero forzosamente han sido convertidas en tal, y a través de diferentes mecanismos se han construido los mercados para comercializarlas.

CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO

vez en todo el mundo, en teatros, en la televisión, en revistas o incluso como personajes tridimensionales en parques temáticos. Para ello, precisan derechos de propiedad intelectual que les permitan mantener un férreo control sobre estos activos de modo que puedan desplegar su explotación en diferentes mercados.

Según Merges (1995) el incremento de los tratados internacionales sobre propiedad intelectual, el aumento de los estándares de protección y la inclusión de esta temática en el seno de la OMC –con ADPIC- evidencian un cambio de paradigma respecto a la presunción de que los derechos de propiedad intelectual son una excepción a la norma general de la libre competencia, por otra en la cual, cada nueva creación tecnológica o cultural debe ser protegida legalmente. Sin embargo, al decir de Graber & Lai (2014:15) este movimiento de *propertisation* de la propiedad intelectual está siendo contrarrestado por las agendas para el desarrollo de organismos internacionales, el desarrollo de organizaciones no gubernamentales, grupos a favor de las libertades civiles, abogados en defensa de los consumidores y el nacimiento de partidos piratas⁸. Según estos autores, existe una tendencia a la interdisciplinariedad de la propiedad intelectual, hacia ámbitos de derechos humanos, salud pública y leyes de defensa de la competencia, todo lo cual está comenzando a empujar contra el alcance de la protección de la propiedad intelectual.

⁸ Son varios los ejemplos de movilizaciones de nuevos actores e iniciativas de oposición al reforzamiento de la protección de las creaciones intelectual. La firma de ADPIC propició el auge y desarrollo de movimientos sociales que cuestionaron la finalidad y el alcance de la protección, como por ejemplo los movimientos del código abierto y de grupos ecologistas (Cfr. Sell, 2003); por otra parte, con una visión mucho más amplia, el surgimiento de las escuelas de los ciberlibertarios y ciberpaternalistas cuestionaron la viabilidad y eficacia de la regulación estatal para las relaciones en el ciberespacio (Cfr. Johnson & Post, 1996; Reidenberg, 1996; Murray, 2009), y a todo lo anterior hay que añadir la constitución de partidos piratas en diferentes países. En general y al margen de las especificidades, todos estos actores son defensores del dominio público frente a las restricciones que impone el sistema de propiedad intelectual, y desde sus esferas de actuación, han favorecido nuevas interacciones sociales y el desarrollo de argumentos discursivos alternativos al institucionalmente hegemónico.

La globalización de las relaciones comerciales, la mercantilización de las creaciones intelectuales y las tecnologías digitales e Internet, han puesto de manifiesto –como nunca antes- la incapacidad de las leyes nacionales de regular acertadamente los conflictos entre usuarios y titulares de derechos de autor y conexos (Graber y Lai, 2014). El carácter territorial de las leyes de derechos de autor de cada Estado, se ha intentado deshacer a favor de la creación de mercados de contenidos que sobrepasan las fronteras nacionales, lo cual, según Graber y Lai (2014:9) no ha estado exento de conflictos, a nivel europeo, por ejemplo, entre los intereses de la Unión y los intereses de los Estados miembros.

Además de las tensiones entre Estados y la colisión de derechos entre titulares, usuarios e intermediarios, uno de los temas que más preocupa es la relativa eficacia instrumental de las leyes de derechos de autor cuando intervienen las tecnologías digitales e Internet. Es decir, eficacia instrumental entendida como aquella que concibe a las normas jurídicas como instrumentos que persiguen la acción y que producen un cierto estado de cosas como resultado de su observancia y/o implementación (García Villegas, 1993). Respecto a la regulación tecnológica es lo que Lessig (2006) denominó '*code is the law*' para referirse a la arquitectura de la red, la cual se ejecuta *per se*, sin necesidad de estructuras institucionales que la apliquen. Cuestión que se agudiza, según Graber (2012) porque existe una amplia brecha entre lo que la ley establece y lo tolerado por los intermediarios en el ciberespacio.

Desde una mirada socio jurídica, estos fenómenos pueden interpretarse como inefectividad de la ley (Carbonnier, 1974). Si bien este autor sostiene que en algunos casos las leyes inefectivas –para los juristas- pueden ser útiles en tanto generan un clima de responsabilidad o de mala conciencia que pone límites a violaciones más amplias (Carbonnier, 1974:129). En estos supuestos, pareciera que a pesar de la inefectividad de la ley –en el sentido de incumplimiento y sus consecuencias objetivas-, desempeña al

CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO

menos lo que Merton (1968) denominó funciones latentes, referidas a las consecuencias inesperadas y no reconocidas. Otra interpretación o explicación puede encontrarse en la denominada legislación simbólica, que según explica Cotterrell (1991:60) es aquella que no pretende producir cambios sociales significativos, sino que más bien se crea para adoptar símbolos e ideales, al margen de cualquier consideración realista sobre su efectivo cumplimiento. Independientemente del caso, para que las leyes sean eficientes su establecimiento debe basarse en comprensiones compartidas o compromisos razonablemente negociados y no, en la desconfianza del legislador (Cotterrell, 1991:47).

Los fallos en la aplicación de las leyes sobre derechos de autor, ponen de manifiesto lo que estudios teóricos y empíricos de sociología jurídica refieren respecto a la presencia de diferentes órdenes normativos (Cfr. Carbonnier, 1974; Cotterrell, 1991; Treves, 1988). Desde el pluralismo jurídico se defiende la existencia de un Derecho del Estado, Derecho de los juristas o Derecho formal y otro Derecho vivo –en palabras de Ehrlich, (2009)- o Derecho libre –según Kirchmann (1983) y Kantorowicz (1964)-. Son varias las investigaciones socio-jurídicas que analizan las discrepancias entre estos órdenes normativos (Cfr. Cotterrell, 1991; Treves, 1988) y más concretamente en el ámbito de la propiedad intelectual, en la última década han proliferado estudios sobre los denominados espacios negativos de propiedad intelectual,⁹ en los que se analizan áreas de creación e innovación que progresan guiadas por normas diferentes a las legalmente establecidas (Cfr. Raustiala & Christopher, 2006; Rosenblatt, 2011, 2013).

⁹ Es un concepto traído y adaptado desde el mundo del arte y que en el ámbito de los derechos de autor se utiliza para referirse a ámbitos de innovación y creatividad que han florecido al margen de la protección legal; cuestionando así, el argumento más ampliamente extendido de que para que exista creación e innovación son necesarios los derechos de autor y de propiedad intelectual. (Cfr. Raustiala & Christopher, 2006; Rosenblatt, 2011, 2013).

4. TEORÍAS Y ARGUMENTOS: EL SUBTEXTO

En las últimas décadas, no sólo el texto y el contexto relativos a los derechos de propiedad intelectual en general, y derechos de autor y conexos en particular, han venido reconfigurándose, también lo ha hecho el subtexto o soporte teórico y moral de los derechos sobre las creaciones intelectuales. Se evidencia no sólo en las narrativas de los diferentes actores en juego, sino además en el desarrollo de diversos enfoques teóricos que han servido de base justificativa para los cambios legales.

A lo largo de la historia, se han desarrollado diversas teorías para justificar la existencia de derechos sobre las creaciones intelectuales. Entre las principales se encuentran: la del trabajo, la utilitarista y la de la personalidad (Hughes, 1988; Drahos, 2001; Fisher, 2001). Estas teorías, a su vez, han servido de sustento a desarrollos teóricos modernos tales como: el enfoque de los incentivos y el neoclásico -que son derivaciones de la teoría utilitarista- y la teoría de la planificación social (Drahos, 2001; Fisher, 2001; Garrote Fernández-Díez, 2001). Si bien cada una ofrece justificaciones diferentes, todas coinciden en dar soporte a algún tipo de protección sobre estos activos (Rosenblatt, 2013). Queda entonces abordar el subtexto que funciona como arsenal teórico, discursivo y moral para la promulgación de los textos en los actuales contextos.

4.1. LA TEORÍA DEL TRABAJO

La teoría del trabajo es una adaptación de la teoría del trabajo desarrollada por Locke (Hughes, 1988) pero aplicada a los frutos del trabajo intelectual. Para Locke (1997) las personas tienen un derecho natural sobre los frutos de su trabajo y el Estado tiene el deber de respetar y proteger ese derecho natural. A partir de las tesis lockeanas, William Blackstone (2002) adaptó el razonamiento de modo que sirviera para respaldar la propiedad sobre los bienes abstractos. A saber, justificó la apropiación de las creaciones intelectuales por ser el resultado de un

CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO

trabajo del intelecto que supone tiempo y energía, los cuales deben ser recompensados (Cfr. Blackstone, 2002; Deazley, 2004).

Esta justificación apriorística e *iusnaturalista* del derecho de propiedad sobre los bienes tangibles, resultados del trabajo propio, según Hughes (1988) se pudo trasladar a los bienes intangibles -expresión de las ideas-, resultados del trabajo intelectual, por tres razones: 1) porque para la producción de ideas se requiere del trabajo de una persona; 2) porque la apropiación de ideas de los comunes no supone una devaluación significativa -siguen habiendo suficientes y de la misma calidad- y; 3) porque esta apropiación puede hacerse cumpliendo con la exigencia del mejor aprovechamiento de los recursos. Justamente han sido estas premisas las que han permitido que la teoría del trabajo -a pesar de haber sido pensada para bienes de naturaleza diferente- sea ampliamente aceptada y poco cuestionada.

Sin embargo, entre las críticas que ha recibido esta adaptación de los postulados lockeanos a la propiedad intelectual, destacan que pareciera que las personas trabajan para producir ideas y que el valor de estas ideas -específicamente la expresión que toman- sólo depende del trabajo mental del individuo (Hughes, 1988). Otro de los principales cuestionamientos radica en asimilar los bienes intangibles a los tangibles, en tanto se obvia la naturaleza pública de los primeros -desde un punto de vista económico-, lo que permite el consumo por muchas personas sin menoscabo del bien. Otras críticas ponen el foco en que, para conseguir los frutos del trabajo intelectual, es preciso apropiarse previamente de recursos y bienes comunes. Consecuentemente, para que la apropiación de los frutos del trabajo intelectual sea legítima, es necesario que el resto de las personas no sufra un perjuicio neto, entendido como que queden más pobres que si no existiera la posibilidad de adquirirlos en propiedad a través del trabajo (Nozick, 1974).

4.2. LA TEORÍA DE LA PERSONALIDAD

Por otra parte, la teoría de la personalidad deriva de los escritos de Kant y Hegel, y es resultado de una evolución de la propiedad en el marco de un sistema social (Drahos, 2001:8). Al decir de Hughes (1988:289) es una teoría ajena al sistema anglosajón que tiene sus raíces en la filosofía continental europea. Supone un giro respecto a la concepción histórica de que los sistemas legislativos de derechos de autor descansaban en la suposición de que los autores protegían sus obras guiados solamente por intereses económicos (Drahos, 2001:80). Su influencia se reflejó en la práctica, en una evolución de los sistemas de derechos civiles de la Europa continental (Drahos, 2001:80) y sirvió de base para el reconocimiento legal de facultades morales a los autores y para la expansión de una visión romántica del autor.

Para Kant, el derecho de un autor es un derecho innato e inherente a su propia persona (Drahos, 2001:80). Mientras que para Hegel la personalidad es como una especie de esencia que se vierte en mayor o menor medida en los objetos producidos por el intelecto (Drahos, 2001:79-80). A partir de estos argumentos, esta teoría considera que las creaciones intelectuales son formas en las que los creadores y artistas expresan y desarrollan su personalidad (Fisher, 2001). Por lo cual, los legisladores deben crear los recursos que mejor permitan a las personas cubrir estas necesidades (Fisher, 2001). Al decir de Drahos (2001:77) la afirmación de Hegel sobre que la propiedad es la encarnación de la personalidad ha propiciado la creación de un vínculo entre su teoría y los objetos artísticos. Este vínculo se explica, por una parte, porque ha sugerido que la propiedad privada es la institución que permite el ejercicio de la libertad subjetiva - entendida como la satisfacción de necesidades y deseos individuales- y por otra, porque la propiedad contribuye al desarrollo de la personalidad, en tanto, invita al reconocimiento por parte de otros y ayuda a fomentar las

dimensiones moral y social de la personalidad de quien reclama la propiedad.

Entre los cuestionamientos a esta teoría, Hughes (1988) señala que los argumentos filosóficos de Hegel no justifican la protección legal de todos los frutos de las actividades intelectuales, sino solamente de aquellos que sean altamente expresivos de la personalidad del creador. Por otra parte, se ha criticado que a pesar de que Hegel aborda y reconoce la importancia de los bienes comunes intelectuales, la teoría carece de un análisis en el que se explore la relación entre la propiedad intelectual y los comunes (Drahos, 2001:90-91).

4.3. LA TEORÍA UTILITARISTA

La teoría utilitarista es considerada la más importante entre las corrientes teóricas que justifican la propiedad intelectual (Fisher, 2001:1), debido a que según Landes y Posner (1989) su racionalidad ha configurado la mayor parte del tiempo, las doctrinas específicas dentro de este ámbito. Sus argumentos derivan de los trabajos de Bentham, Stuart Mill y Pigou (Fisher, 2001) y defiende que los derechos de propiedad intelectual son necesarios para maximizar el bienestar social (Spinello, 2007:13). Para ello debe, por una parte, proveer a autores, inventores y otros creadores, de los retornos tangibles y perdurables del dinero, trabajo y otros recursos invertidos en el proceso creativo (Spinello, 2007) y por otra, mantener un equilibrio entre el poder que conceden los derechos exclusivos al incentivar la creación, y la limitación que suponen al libre acceso a las obras del intelecto por parte del público (Fisher, 2001).

A partir de estos presupuestos y siguiendo un análisis económico de la propiedad intelectual, se han desarrollado dos enfoques, que si bien son conceptualmente distintos, ambos toman la maximización de la riqueza y la asignación eficiente como principios rectores (Netanel, 1996). Uno es, el enfoque de los incentivos, que tiende a una visión crítica de la expansión de

los derechos de autor y se cuestiona si es necesario proporcionar una mayor protección para incentivar la producción de obras creativas. El segundo es el enfoque neoclásico, el cual es favorable a la expansión de los derechos de propiedad intelectual y a la restricción del dominio público (Netanel, 1996).

4.3.1. EL ENFOQUE DE LOS INCENTIVOS

El enfoque de los incentivos parte de una justificación instrumentalista, según la cual, los derechos de propiedad son palancas para la obtención de beneficio social (Netanel, 1996). Debido a que los bienes intelectuales permiten su consumo por múltiples personas, los derechos exclusivos prohíben la apropiación indebida y con ello garantizan que los creadores e inventores tengan incentivos para continuar creando (Spinello, 2007). No obstante, desde este enfoque se hace hincapié en que los derechos de autor llevan consigo algunos de los problemas de fijación de precios de monopolio y cuestionan la conveniencia de ampliar los derechos de autor más allá del mínimo necesario para proporcionar a los autores el incentivo para producir (Sterk, 1996).

La justificación del derecho de propiedad como incentivo para producir conocimientos, obras e innovaciones tiene entre sus precursores al juez Willes en el caso *Millar vs Taylor*.¹⁰ En su ponencia del caso, este juez proporcionó nuevos argumentos y estableció un vínculo entre la propiedad y el incentivo, introduciendo así, justificaciones económicas e instrumentales a los derechos de autor (Drahos, 2001). Es decir, se parte de la premisa de que la creatividad se refuerza a través de la utilización de los derechos de propiedad sobre los objetos abstractos, lo cual incentiva a las

¹⁰ Es un famoso caso inglés de 1769 en el que dos librereros se disputaban el derecho de copia de una obra. Para sostener sus posiciones, se cuestionó si los derechos de copia de los librereros provenían del Estatuto de la Reina Ana o del *common law*, en cuya virtud tendrían una duración temporal diferente. De los cuatro jueces, tres –entre ellos Willes- votaron a favor de considerar los derechos de copia como derechos de *common law*, y por tanto con duración ilimitada (Drahos, 2001:22 y ss).

personas a participar en la actividad cubierta por estos derechos, al tiempo que se debilita, en los casos de ausencia de derechos de propiedad (Drahos, 2001).

Con estas bases, continúa el desarrollo de este enfoque en Estados Unidos guiado por la noción de la necesidad de alcanzar un equilibrio entre los incentivos y los beneficios sociales (Sábada, 2007). Es decir, por una parte, compensar la creación y la inversión; y por otra, fomentar el progreso y la competitividad a través del libre flujo de informaciones (Sábada, 2007). Actualmente, la defensa del justo equilibrio entre los derechos de los titulares y los derechos de usuarios e intermediarios, se presenta como el gran reto para la regulación en la sociedad de la información. Lo cierto es que el reconocimiento de los derechos a la educación, la cultura, la información y la libertad de empresa colisionan cada vez más con los derechos de autor y conexos, generando conflictos que intentan solventarse a través de continuos ajustes legales. Al decir de Sábada (2007:126), este fenómeno de excesiva regulación impide ver las causas estructurales, los trasfondos ideológico-culturales y los cambios históricos subyacentes en estos conflictos.

4.3.2. EL ENFOQUE NEOCLÁSICO

El enfoque neoclásico según Netanel (1996) ha tomado la delantera, y domina el campo del análisis económico del derecho de autor, en gran medida como resultado de un período de marcada expansión de la propiedad intelectual y de las demandas de la escuela de Chicago a favor del análisis económico de las instituciones jurídicas. En esta línea, Garrote Fernández-Díez (2001:69) sostiene que su estudio desborda el interés estrictamente académico, en tanto, sus postulados se ven reflejados en diferentes tratados internacionales y en los debates que se están dando en el seno de la Unión Europea.

CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO

Este enfoque se ha desarrollado en Estados Unidos y respecto a los derechos de autor, caben señalar los trabajos de Gordon (Gordon, 1982, 1994), Landes (Landes & Posner, 2006) y Posner (Posner, 1974, 1975, 1999, 2005). Al margen de las diferencias que existen, su tesis fundamental es que el derecho de autor, no es solamente un instrumento para incentivar la creación, sino que también es una fuente de riqueza a partir de la inversión en creaciones intelectuales explotables comercialmente (Garrote Fernández-Díez, 2001:70). Un análisis más profundo puede encontrarse en Garrote Fernández-Díez (2001) y Netanel (1996), si bien sus postulados generales se resumen en:

1) Titularidad concentrada: ya que consideran que la propiedad dividida es inherentemente ineficiente, debido a que requiere la coordinación y negociación entre los diferentes propietarios.

2) Exclusividad del derecho: por lo general se oponen a las licencias obligatorias, debido a que restringen la disponibilidad de uso.

3) Presunción del daño causado a favor de los titulares: un propietario de derechos de autor y conexos no debería tener que demostrar que ha sido perjudicado con el fin de obtener medidas cautelares por una infracción.

4) Libertad de transferencia: cualquier restricción a la libre enajenación del derecho generalmente es vista como una anomalía indeseable.

5) Los derechos morales son considerados como una barrera a la comercialización: en tanto favorecen a los autores a expensas de los cesionarios posteriores.

6) Marginalidad de la ley: el propósito de los derechos de autor, como toda ley, es garantizar una eficiente asignación de los recursos a través del orden privado.

Respecto a las tecnologías digitales e Internet, teniendo en cuenta que las características técnicas del entorno digital ponen en peligro la continuidad de las industrias culturales y del entretenimiento, defienden el

reforzamiento de los derechos de autor y conexos, a través de un aumento de las prerrogativas de sus titulares respecto a los usos que se hagan de las obras en el entorno digital (Garrote Fernández-Díez, 2001). Específicamente, proponen la creación de un derecho a autorizar el uso de las creaciones intelectuales en formato digital, y critican la inclusión de la copia privada como una excepción al derecho de los titulares (Garrote Fernández-Díez, 2001).

En relación a las críticas, tanto la teoría utilitarista como sus dos enfoques principales han sido objeto de cuestionamientos desde diferentes perspectivas, para un análisis pormenorizado (Cfr. Fisher, 2001; Garrote Fernández-Díez, 2001; Netanel, 1996). Los argumentos más recurrentes sostienen que: 1) Tienden a favorecer los intereses privados respecto de los públicos, y no son capaces de integrar valores sociales como la cultura, la salud, la privacidad, etc., los cuales compiten con valores e intereses económicos (Graber & Lai, 2014); 2) Dejan a un lado la consecución de un equilibrio entre los intereses y derechos en conflicto, y priorizan el perfeccionamiento del mercado para todos los potenciales usos de las obras creativas, en los cuales hayan personas dispuestas a pagar (Netanel, 1996) y 3) Carecen de evidencias empíricas que demuestren que la creación de ciertos bienes intelectuales depende de la existencia de derechos de autor (Spinello, 2007).

4.4. TEORÍA DE LA PLANIFICACIÓN SOCIAL

A raíz de los cambios propiciados en las últimas décadas por las tecnologías digitales e Internet, en Estados Unidos, fundamentalmente, se han desarrollado nuevos enfoques que se oponen a la tendencia expansiva de los derechos de autor y conexos. Fisher (2001) engloba bajo el término de teoría de la planificación social a un conjunto ecléctico de teóricos políticos y jurídicos que, si bien siguen una orientación teológica similar a

los utilitaristas, se diferencian en sus visiones sobre cuáles son la sociedad y el bienestar social deseables.

Esta teoría no cuenta con una denominación comúnmente aceptada, se han sugerido términos como *Proprietarian Theory*, *Democratic Paradigm*, *Social Planning Theory* (Fisher, 2001) y *Distributive Justice* (Rosenblatt, 2013). Está inspirada en trabajos tan diversos como los de Jefferson, Marx, el realismo jurídico y antiguos y recientes exponentes del republicanismo (Fisher, 2001). Entre sus principales exponentes y obras más significativas pueden nombrarse a: Cohen (M. R. Cohen, 1927), Coombe (Coombe, 1991), Madow (Madow, 1993), Elkin-Koren (Elkin-Koren, 1994, 1996), Netanel (Netanel, 1996), Aoki (Aoki, 1993), y el propio Fisher (Fisher III, 1988; Fisher, Horwitz, & Reed, 1993).

Tiene sus raíces en la proposición de que los derechos de propiedad y la propiedad intelectual en particular, sólo pueden y se deben configurar para ayudar a conseguir una cultura más atractiva y justa. En este sentido, Netanel (1996:341 y ss) explica que se basa en el enfoque tradicional de los incentivos pero que apoya una visión más amplia del dominio público, en tanto, las obras deben ser parte del patrimonio cultural común, no a consecuencia de las fallas del mercado, sino porque tienen un importante valor social. Por consiguiente, el derecho de autor es entendido como una subvención limitada, diseñado para fomentar las expresiones diversas y autónomas de la ciudadanía como condición necesaria para la gobernabilidad democrática. Por consiguiente, la duración de la protección de los derechos de autor se debe determinar con ese objetivo en mente (Netanel, 1996).

Netanel (1996) sostiene que una sociedad civil participativa y plural no emerge espontáneamente y que el Estado a través de las leyes de derechos de autor puede contribuir a conformarla, en tanto, los derechos de autor cumplen dos funciones fundamentales: la función de producción, entendida como el otorgamiento de incentivos a la creatividad para la fundación de

una sociedad civil democrática; y la función estructural, en tanto ofrece retribución económica a los sectores creativos que les permite ser independientes de clientelismos y subsidios estatales. Garrote Fernández-Díez (2001) explica que esta teoría defiende que el derecho de autor es una creación estatal que se sirve del mercado para favorecer el carácter democrático y pluralista de la sociedad civil a través de tres vías:

1) Incentivar la creación de obras concediendo unos derechos patrimoniales a modo de compensación por la actividad creativa; lo cual favorece el debate público mediante la circulación de ideas políticas, económicas y sociales.

2) Fomentar la existencia de un sector económico autónomo –a través de una adecuada retribución- de modo que se eviten condicionamientos y limitaciones a la libertad de expresión.

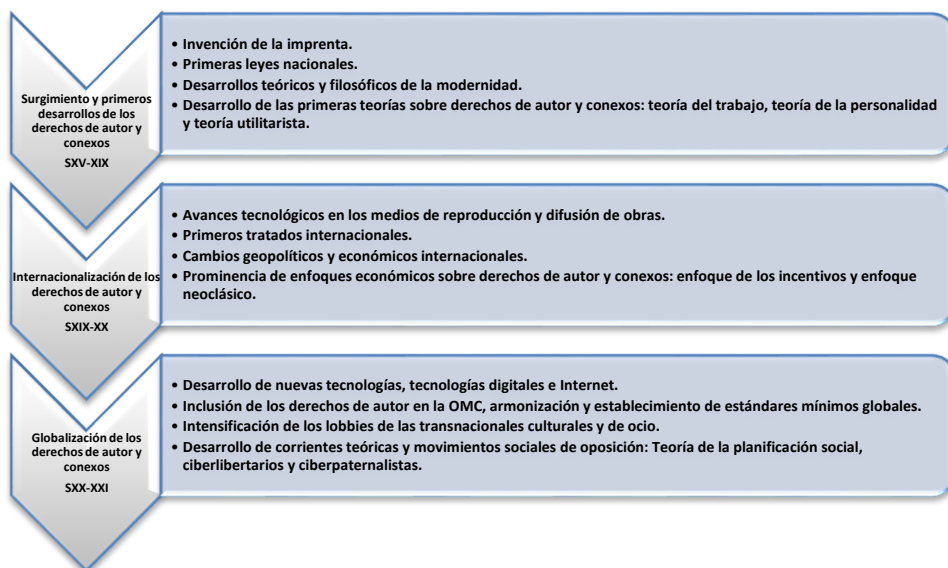
3) Promover la creatividad individual, concediendo valor a la aportación de nuevas ideas de autores independientes.

Entre las principales críticas a esta teoría se encuentran el considerarla antiliberal, en tanto pretende regular el comportamiento de las personas a partir de conceptos indeterminados y polémicos como ‘lo bueno’ (Cfr. Dworkin, 1985: 181-204). Sus propios defensores reconocen que han sido muy controvertidas algunas de las definiciones que se utilizan, como por ejemplo, el criterio de justicia distributiva, respecto al cual no se ha arribado a un acuerdo (Fisher, 2001). Finalmente, a pesar de sus intenciones de hacer prevalecer los objetivos sociales y comunes respecto a la maximización de la riqueza, no ha sido capaz de proporcionar recetas completas respecto a la forma ideal que deberían revestir las leyes de propiedad intelectual (Fisher, 2001).

5. TEXTO Y SUBTEXTO EN CONTEXTO

Todas las teorías brevemente esbozadas son productos de Occidente, pero tienen raíces filosóficas y geográficas diferentes. La prominencia que han tenido en cada momento y lugar, ha guiado no sólo el debate académico, sino que también se ha reflejado en la configuración de las leyes de derechos de autor nacionales, europeas e internacionales. Fisher (2001) explica que en Estados Unidos las teorías utilitarista y del trabajo han sido las más prominentes en la legislación, la jurisprudencia y los discursos para justificar una ampliación de la protección; mientras que, en Europa continental, países como Alemania y Francia –también España– han dado prioridad a la teoría de la personalidad, y por ello, protegen tan ampliamente los derechos morales. Sin embargo, según Elkin-Koren (1996), los argumentos de la teoría de la planificación social están cada vez más presentes en los debates relativos a cuál es el objetivo y alcance de la propiedad intelectual en Internet. En la figura I se sintetizan los principales elementos del texto, el contexto y el subtexto hasta aquí analizados.

Figura I: Desarrollo del sistema de derechos de autor y conexos: normas, escenarios y teorías.



Fuente: Elaboración propia.

La reconfiguración de los textos jurídicos sobre derechos de autor a nivel internacional y europeo en las últimas décadas, también ha tenido su expresión en España. Los continuos cambios legales en el contexto español se han producido en un escenario de patente confrontación entre distintos actores sociales, donde se ha defendido la necesidad de adaptar las leyes a las nuevas condiciones de Internet, sin que hasta el momento se haya arribado a una ‘solución’ legal. Es este escenario un caldo de cultivo fértil para el estudio sobre la reconfiguración del marco regulatorio de los derechos de autor y conexos en la era digital en España y cómo actúan estos cambios legales en sectores como el ocio y el turismo, estrechamente vinculados al uso de creaciones intelectuales y a las nuevas tecnologías. Con esta interrogante como punto de partida, y ante la escasez de estudios que conectaran estos tres ámbitos –derechos de autor y conexos, ocio y

turismo y nuevas tecnologías-, se planteó la propuesta inicial de esta investigación.

6. REFERENCIAS

- Alford, W. P. (1994). How Theory Does -and Does Not- Matter: American Approaches to Intellectual Property Law in East Asia. *UCLA Pacific Basin Law Journal*, 13(1), 8-24.
- Aoki, K. (1993). Authors, Inventors and Trademark Owners: Private Intellectual Property and the Public Domain - Part I. *Columbia-VLA Journal of Law & the Arts*, 18(1-2).
- Aoki, K. (1996). (Intellectual) Property and Sovereignty: Notes toward a Cultural Geography of Authorship. *Stanford Law Review*, 48(5), 1293-1355.
- Attali, J. (1989). *Historia de la propiedad*. Salamanca. Barcelona: Editorial Planeta.
- Bercovitz, G. (1997). *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*. Madrid: Tecnos.
- Blackstone, W. (2002). *Commentaries on the laws of England*. Chicago [etc.] : University of Chicago Press,.
- Boyle, J. (1992). A Theory of Law and Information: Copyright, Spleens, Blackmail, and Insider Trading. *California Law Review*, 80(6), 1413-1540. <http://doi.org/10.2307/3480824>
- Boyle, J. (1996). *Shamans, software, and spleens: Law and the construction of the information society*. Cambridge, Mass. [etc.] : Harvard University Press,.
- Boyle, J. (2003). The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain. *Law and Contemporary Problems*, 66(2), 33-74. <http://doi.org/10.2139/ssrn.470983>
- Burke, P. (2002). *Historia social del conocimiento: de Gutenberg a Diderot*. Barcelona: Paidós.

- Carbonnier, J. (1974). *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho*. Madrid: Tecnos.
- Carruthers, B. G., & Ariovich, L. (2004). The Sociology of Property Rights. *Annual Review of Sociology*, 30(1), 23–46. <http://doi.org/10.1146/annurev.soc.30.012703.110538>
- Chapman, A. R. (2002). The Human Rights Implications of Intellectual Property Protection. *Journal of International Economic Law*, 5(4), 861–882. <http://doi.org/10.1093/jiel/5.4.861>
- Chartier, R. (1994). *Libros, lecturas y lectores en la edad moderna*. Madrid: Alianza Editorial.
- Cohen, M. R. (1927). Property and Sovereignty. *Cornell Law Quarterly*, 13(1), 8–30.
- Coombe, R. J. (1991). Objects of Property and Subjects of Politics: Intellectual Property Laws and Democratic Dialogue. *Texas Law Review*, 69, 1853–1880.
- Cotterrell, R. (1991). *Introducción a la Sociología del Derecho*. Barcelona: Ariel Derecho.
- Cotterrell, R. (1998). Why Must Legal Ideas Be Interpreted Sociologically? *Journal of Law and Society*, 25(June 1997), 171–192. <http://doi.org/10.1111/1467-6478.00086>
- David, P. A. (1993). Intellectual Property Institutions and the Panda's Thumb: Patents, Copyrights, and Trade Secrets in Economic Theory and History. In M. B. Wallerstein, M. E. Moguee, & R. A. Schoen (Eds.), *Global Dimensions of Intellectual Property Rights in Science and Technology* (pp. 19–62). Washington, D.C.: National Academies Press. <http://doi.org/10.17226/2054>
- de Montoro Pons, J. D., & Cuadrado García, M. (2008). Legal origin and intellectual property rights: an empirical study in the prerecorded music sector. *European Journal of Law and Economics*, 26(2), 153–173. <http://doi.org/10.1007/s10657-008-9056-8>

- Deazley, R. (2004). *On the Origin of the Right to Copy: Charting the Movement of Copyright Law in Eighteenth Century Britain (1695-1775)*. Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing.
- Dhar, B., & Rao, C. N. (1996). Trade Relatedness of Intellectual Property Rights: Finding the Real Connections. *Science Communication*, 17(3), 304–325. <http://doi.org/10.1177/1075547096017003003>
- Díaz Noci, J. (1999). Periodismo Y Derechos De Autor: Evolucion Historica De La Proteccion Juridica Sobre La Obra Informativa. *Zer. Revista de Estudios de Comunicación*, 4(7), 193–218.
- Drahos, P. (2001). *A philosophy of Intellectual Property*. Dartmouth Publisinhg.
- Drahos, P., & Braithwaite, J. (2002). *Information Feudalism: Who Owns the Knowledge Economy?* Earthscan Publications Ltd, London.
- Dworkin, R. (1985). *A Matter of principle*. Cambridge (Mass.) [etc.]: Harvard University Press,.
- Ehrlich, E. (2009). *Fundamental Principles of the Sociology of Law* (Fourth Pri). New Brunswick and London: Transaction Publishers.
- Eisenstein, E. (1994). *La revolución de la imprenta en la edad moderna europea*. Madrid: Akal.
- Elkin-Koren, N. (1994). Copyright Law and Social Dialogue on the Information Superhighway: the Case Against Copyright Liability of Bulletin Board Operators. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 13, 345–411.
- Elkin-Koren, N. (1996). Cyberlaw and Social Change: A Democratic Approach to Copyright Law in Cyberspace. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 14, 215–295.
- Falvey, R., Foster, N., & Greenaway, D. (2006). Intellectual Property Rights and Economic Growth. *Review of Development Economics*, 10(4), 700–719. <http://doi.org/10.1111/j.1465-7287.1997.tb00477.x>
- Fisher, W. W. (1988). Reconstructing the fair use. *Harvard Law Review*,

8(101), 1661-1795.

- Fisher, W. W. (2001). Theories of intellectual property. In S. R. Munzer (Ed.), *New essays in the legal and political theory of property* (pp. 168-199). Cambridge University Press.
- Fisher, W. W., Horwitz, M. J., & Reed, T. A. (1993). *American Legal Realism*. New York: Oxford University Press.
- Frerichs, S. (2012). Studying Law, Economy, and Society: A Short History of Socio-Legal Thinking. *Helsinki Legal Studies Research Paper*, (19), 1-81.
- Frischtak, C. R. (1993). Harmonization Versus Differentiation in Intellectual Property Right Regimes. In *Global Dimensions of Intellectual Property Rights in Science and Technology* (pp. 89-106). Washington, D.C.: National Academies Press. <http://doi.org/10.17226/2054>
- Frith, S. (1987). Copyright and the music business. *Popular Music*, 7(1), 57-75.
- Gallini, N., & Scotchmer, S. (2002). Intellectual Property: When Is It the Best Incentive System? *NBER/Innovation Policy and the Economy*, 2(1), 51-77. <http://doi.org/10.1162/153134602753396976>
- García Villegas, M. (1993). *La eficacia simbólica del derecho: examen de situaciones colombianas*. Santafé de Bogotá, D.C., Colombia: Santafé de Bogotá, D.C., Colombia :
- Garon, J. (2012). The Heart of the Deal: Intellectual Property Aspects in the Law and Business of Entertainment. *Journal of Intellectual Property Rights*, 17(September), 443-453.
- Garrote Fernández-Díez, I. (2001). *El Derecho De Autor En Internet. La directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información*. Granada: Editorial Comares.
- Goldstein, P. (1999). *El copyright en la sociedad de la información*. Universidad de Alicante.
- Goody, J. (1990). *La lógica de la escritura y la organización de la sociedad*.

- Madrid: Alianza Editorial.
- Gordon, W. J. (1982). Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors. *Columbia Law Review*, 82(8), 1600–1657.
- Gordon, W. J. (1994). Assertive Modesty: An Economics of Intangibles. *Columbia Law Review*, 94(8), 2579–2593.
- Graber, C. B. (2012). Internet Creativity, Communicative Freedom and a Constitutional Rights Theory Response to “Code is Law.” In S. A. Pager & A. Candeub (Eds.), *Transnational Culture in the Internet Age*. Edward Elgar.
- Graber, C. B., & Lai, J. C. (2014). *Intellectual Property: Law in Context* (Vol. 01). Lucerne.
- Gregory, A. (2003). Chinese trademark law and the TRIPs Agreement—Confucius meets the WTO. In D. Z. Cass, B. G. Williams, & G. Barker (Eds.), *China and the World Trading System: Entering the New Millennium* (pp. 321–344). Cambridge University Press.
- Helfer, L. R. (2007). Toward a Human Rights Framework for Intellectual Property. *UC Davis L Rev*, 40(06), 971–1020.
- Hughes, J. (1988). The Philosophy of Intellectual Property. *Georgetown Law Journal*, 77, 287–365.
- Hunt, R. M. (1999). Nonobviousness and the Incentive to Innovate: An Economic Analysis of Intellectual Property Reform. *Federal Reserve Bank Working Paper*, 99(3), 52.
- Jaeger, T. (2010). *The EU Approach to IP Protection in Partnership Agreements*. Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper Series. <http://doi.org/10.2139/ssrn.1534483>
- Johnson, D. R., & Post, D. (1996). Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace. *Stanford Law Review*, 48(5), 1367.
- Kantorowicz, H. (1964). *La definición del derecho*. Madrid: Rev. de Occidente.

- Khor, M. (2002). Rethinking Intellectual Property Rights and TRIPS. In P. Drahos & R. Mayne (Eds.), *Global Intellectual Property Rights. Knowledge, Access and Development* (pp. 201–213). Palgrave Macmillan UK. <http://doi.org/10.1057/9780230522923>
- Kirchmann, J. H. von (Julius H. (1983). *La Jurisprudencia no es ciencia* (3a ed.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales,.
- Landes, W. M., & Posner, R. A. (1989). An Economic Analysis of Copyright Law. *The Journal of Legal Studies*, 18(2), 325–363. <http://doi.org/10.1086/468150>
- Landes, W. M., & Posner, R. A. (2006). *La estructura económica del derecho de propiedad intelectual e industrial*. Madrid : Fundación Cultural del Notariado,.
- Larsson, S. (2011). *Metaphors and Norms. Understanding copyright law in a digital society. Lund Studies in Sociology of Law* (Vol. 36).
- Lessig, L. (2006). *Code: version 2.0*. New York : Basic Books,.
- Lipsyc, D. (2006). *Derechos de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: UNESCO/CERLALC/Zavalía.
- Locke, J. (1997). *Dos ensayos sobre el gobierno civil*. S.L.U. Espasa Libros.
- Madow, M. (1993). Private Ownership of Public Image: Popular Culture and Publicity Rights. *California Law Review*, 81(1), 125–240. <http://doi.org/10.15779/Z383M86>
- Martínez Zorrilla, D. (2010). *Metodología jurídica*. Barcelona: UOC Universitat Oberta de Catalunya.
- Maskus, K. E. (1990). Normative Concerns in the International Protection of Intellectual Property Rights. *World Economy*, 13(3), 387–409. <http://doi.org/10.1111/j.1467-9701.1990.tb00602.x>
- May, C. (2010). The global political economy of intellectual property rights: the new enclosures. *The RIPE Series in Global Political Economy*, xii, 200 p.
- McKnight, J. (2015). The Fourth Act in Socio-Legal Scholarship: Playing

- With Law on the Sociological Stage. *Qualitative Sociology Review*, XI(1), 108–124.
- Merges, R. P. (1995). The economic impact of intellectual property rights: An overview and guide. *Journal of Cultural Economics*, 19(2), 103–117. <http://doi.org/10.1007/BF01074200>
- Merton, R. K. (1968). *Social theory and social structure*. London: Collier MacMillan.
- Murray, A. D. (2009). Symbiotic Regulation. *The John Marshall Journal of Computer and Information Law*, 26(2), 207.
- Neigel, C. (2000). Piracy in Russia and China: A Different U.S. Reaction. *Law and Contemporary Problems*, 63(4), 179–199.
- Nelken, D. (2001). The meaning of success in transnational legal transfers. *Windsor Yearbook of Access to Justice*, 19, 349–366.
- Netanel, N. W. (1996). Copyright and a Democratic Civil Society. *Yale Law Journal*, 106(2), 283–387. <http://doi.org/10.2307/797212>
- Nozick, R. (1974). *Anarchy, state, and utopia*. [New York [N.Y.]]: Basic Books.
- Perry-Kessaris, A. (2013a). *Sociolegal Approaches to International Economic Law: Text, context, subtext*. Routledge.
- Perry-Kessaris, A. (2013b). What does it mean to take a socio-legal approach to international economic law? In A. Perry-Kessaris (Ed.), *Sociolegal approaches to International Economic Law: Text, context, subtext*. Routledge.
- Picciotto, S. (2002). Defending the Public Interest in TRIPS and the WTO. In P. Drahos & R. Mayne (Eds.), *Global Intellectual Property Rights. Knowledge, Access and Development* (pp. 224–243). Palgrave Macmillan UK. <http://doi.org/10.1057/9780230522923>
- Picciotto, S. (2011). Paradoxes of Regulating Corporate Capitalism: property rights and hyper-regulation. *Oñati Socio-Legal Series*, 1(2), 1–18.

- Picciotto, S. (2014). Mediando Impugnaciones de los Derechos Privados, Públicos y de Propiedad en el Capitalismo Corporativo. *Sortuz Oñati Journal of Emergent Socio-Legal Studies*, 6(1), 82–110.
- Plaza Penadés, J. (2002). *Propiedad Intelectual y Sociedad de la Información. Tratados de la OMPI, Directiva 2001/29/CE y Responsabilidad Civil en la Red*. Navarra: Aranzadi.
- Polanyi, K. (1989). *La Gran transformación: crítica del liberalismo económico*. Madrid : La Piqueta.
- Posner, R. A. (1974). Theories of economic regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, 5(2), 335–358.
- Posner, R. A. (1975). The Social Costs of Monopoly and Regulation. *The Journal of Political Economy*, 83(4), 807–828.
- Posner, R. A. (1999). The Law and Economics of the Economic Expert Witness. *The Journal of Economic Perspectives*, 13(2), 91–99.
- Posner, R. A. (2005). Intellectual Property: The Law and Economics Approach. *The Journal of Economic Perspectives*, 19(2), 57–73.
- Primo Braga, C. A. P. (1989). The Economics of Intellectual Property Rights and the GATT: A View from the South. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 22, 243–264.
- Raustiala, K., & Christopher, S. (2006). The piracy paradox: innovation and intellectual property in fashion design. *Virginia Law Review*, 92(8), 1687–1777.
- Reichman, J. H. (1993). The TRIPS Component of the GATT's Uruguay Round: Competitive Prospects for Intellectual Property Owners in an Integrated World Market. *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, 4(1), 171–266.
- Reidenberg, J. R. (1996). Governing Networks and Rule-Making in Cyberspace. *Emory Law Journal*, 45, 911–930.
- Rosenblatt, E. L. (2011). A Theory of IP's Negative Space. *Columbia Journal of Law & the Arts*, 34(3), 317.

- Rosenblatt, E. L. (2013). Intellectual property's negative space: beyond the utilitarian. *Florida State University Law Review*, 40(3), 441–486.
- Roy, A. (2007). A New Dispute Concerning the TRIPS Agreement: The United States and China in the WTO. *The Journal of World Intellectual Property*, 10(6), 476–484. <http://doi.org/10.1111/j.1747-1796.2007.00331.x>
- Sábada, I. (2007). *Sociología de la Propiedad Intelectual en la era global*. Universidad Complutense de Madrid.
- Santos, B. de S. (1998). *La Globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Santafé de Bogotá: Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Universidad Nacional de Colombia.
- Santos, B. de S. (2009). *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el derecho*. Bogotá: ILSA.
- Sell, S. K. (2003). *Private Power, Public Law - The Globalization of Intellectual Property Rights*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Spinello, R. a. (2007). Intellectual property rights. *Library Hi Tech*, 25(1), 12–22. <http://doi.org/10.1108/07378830710735821>
- Sterk, S. E. (1996). Rhetoric and Reality in Copyright Law. *Michigan Law Review*, 94(5), 1197–1249.
- Stiglitz, J. E. (2008). Economic Foundations of Intellectual Property Rights. *Duke Law Journal*, 57(1776), 27–28.
- Story, A. (2002). Don't Ignore Copyright, the "Sleeping Giant" on the TRIPS and International Educational Agenda. In P. Drahos & R. Mayne (Eds.), *Global Intellectual Property Rights. Knowledge, Access and Development* (pp. 125–143). Palgrave Macmillan UK. <http://doi.org/10.1057/9780230522923>
- Trebilcock, M. J., & Howse, R. (1995). *The Regulation of international trade*. London [etc.]: Routledge.
- Treves, R. (1988). *La sociología del derecho: orígenes, investigaciones,*

problemas. Barcelona: Ariel S.A.

Vega Vega, J. A. (1990). Derecho de autor. Madrid : Tecnos.

Watt, R. (2000). *Copyright and Economic Theory: Friends Or Foes?*
Northampton: Edward Elgar.

Yáñez Velasco, R. (2002). Hacia la armonización europea en materia de propiedad intelectual (Exposición de la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001, relativa a los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información). *Actualidad Civil*, (21), 701-722.

6.1. FUENTES LEGALES

Anexo 1C Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC) (1994). Disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_01_s.htm. Consultado el 29/4/2016.

Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (2001). Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32001L0029>. Consultado el 29/4/2016.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

1. EL PROCESO DE INVESTIGACIÓN: UN CONTINUO WORK IN PROGRESS

Desde una visión global del trabajo, en esta investigación no se ha optado por un diseño general *a priori*, sino que en cada fase del proceso de investigación se seleccionó la metodología a tenor del tema y objetivo planteado. Este estudio está concebido a partir de tres partes – correspondientes a los capítulos IV, V y VI- en las cuales también se abordan las cuestiones metodológicas. Por consiguiente, aquí revisaremos la metodología del proceso de investigación desde una perspectiva de conjunto. En ella se evidenciará la evolución desde una metodología propia de los estudios jurídicos hasta la realización de un trabajo empírico de enfoque constructivista como medio para dar respuesta no sólo a cómo la ley se crea sino también a cómo actúa dentro de un contexto social concreto.

1.1. ESTA NO ES UNA INVESTIGACIÓN PRECONCEBIDA: THE BEGINNINGS

Si tuviéramos que explicar cómo ocurrió el ‘alumbramiento’, tendríamos que partir de la repercusión mediática que estaba generando desde 2010 una propuesta de reforma sobre propiedad intelectual incluida en la Ley de Economía Sostenible. A partir de este hecho se realizó una revisión exploratoria del marco regulatorio de los derechos de autor y conexos en España en las últimas décadas, y se detectó un aumento de la producción legislativa en tiempos recientes, del cual esta propuesta de reforma era un ejemplo más. Ciertamente, muchas de las últimas modificaciones legales traían causa de los cambios que estaban provocando el uso de las tecnologías digitales en el consumo, distribución y comercialización de bienes protegidos por los derechos de autor y conexos. En este punto, surgieron las primeras interrogantes: Si las tecnologías digitales están estrechamente vinculadas con los derechos de autor, el sector turístico es un importante consumidor activos de propiedad intelectual, al tiempo que

en los últimos años viene incorporando cada vez más las tecnologías digitales en su actividad ¿qué implicaciones están teniendo estos cambios legales para el sector turístico? ¿qué relevancia tiene el marco regulatorio de los derechos de autor y conexos en España para el uso de las tecnologías digitales y el desarrollo de las actividades de las empresas turísticas?

En este contexto y con estas interrogantes en mente, se desarrolló una primera investigación que se concretó en una tesina de máster (Cfr. Sánchez Bergara, 2011), cuyo objetivo general era:

Realizar un estudio teórico y legislativo sobre la evolución, condicionantes y marco jurídico de la propiedad intelectual en la era digital, con especial énfasis en el caso español y su más reciente modificación legislativa, la “Ley Sinde,” contextualizada al ocio y el turismo.

Durante esta fase, a nivel metodológico el acercamiento a la temática se hizo, fundamentalmente, desde una perspectiva jurídica, complementada con enfoques alternativos que permitieran analizar el contexto de estudio. La estrategia de investigación se desarrolló en un primer momento utilizando los métodos y técnicas de investigación jurídicos (Martínez Zorrilla, 2010; Vallet de Goytisolo, 1982, 1994) con el propósito de analizar el marco regulatorio y detectar los elementos críticos para el turismo y el ocio. Mientras que, en un segundo momento, considerando que los cambios legales eran parte de un proceso inconcluso, se recolectaron y analizaron nuevos datos vinculados con el proceso de negociación, los actores principales y las dinámicas entre ellos, los marcos internacional y europeo que establecen las normas básicas en esta materia y los posibles fallos de la legislación española, que justificaban las continuas modificaciones legales.

La recolección de datos se desarrolló desde finales de 2010 y durante el primer trimestre de 2011. Se consultaron un extenso y variado conjunto de fuentes, entre las que cabe mencionar:

- Legislación: Tratados internacionales, Directivas europeas, ley francesa -Ley nº 2009-669 conocida como “Ley HADOPI” porque

CAPÍTULO III METODOLOGÍA

era un referente en el contexto español de aquel entonces- y parte de la legislación española previa.

- Estudios teóricos y empíricos sobre la temática desarrollados desde el Derecho, la Economía, el ocio, el turismo y las nuevas tecnologías.
- Informes, estadísticas y reportes de organismos internacionales y nacionales.
- Jurisprudencia española.
- Declaraciones de los diferentes actores.
- Noticias en prensa.

Para el análisis de los datos se procedió a realizar una exégesis jurídica (Vallet de Goytisolo, 1994), es decir, una interpretación de las normas jurídicas, en un primer momento de manera literal, y posteriormente se enriqueció la interpretación con otras técnicas interpretativas (Martínez Zorrilla, 2010). Concretamente: 1) la argumentación histórica para definir el sentido dado históricamente a los conceptos e instituciones relacionados con la propiedad intelectual y detectar posibles cambios con el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones e Internet; 2) la argumentación teleológica para precisar la finalidad u objetivo que se persigue con la norma jurídica, más allá del sentido lingüístico (Cfr. Vallet de Goytisolo, 1982); 3) la argumentación sistemática en la que se tienen en cuenta otras disposiciones del ordenamiento jurídico y permite evitar incoherencias, contradicciones y casuismos (Cfr. Vallet de Goytisolo, 1982); y 4) la argumentación sociológica, en tanto es una guía para interpretar las normas jurídicas considerando la realidad social e histórica (Cfr. Vallet de Goytisolo, 1982).

1.2. LA PROPUESTA DE INVESTIGACIÓN

Desde aquel entonces era evidente que los activos intangibles protegidos por los derechos de autor y conexos son altamente valorados tanto por los consumidores como por las industrias que los producen (Towse, 2010), y que el sector turístico tradicionalmente ha sido considerado un importante consumidor (UNCTAD, 2010) de los activos de propiedad intelectual. Por consiguiente, la reconfiguración del marco regulatorio de los derechos de autor y conexos en tanto refuerza la protección a favor de los titulares y supone más limitaciones para los consumidores (Grosse Ruse-Khan, 2009) devenía en un tema de interés tanto para el sector del ocio como para el turístico. En este contexto y teniendo en cuenta los comentarios y sugerencias recibidos en diferentes escenarios académicos, así como un primer balance de la aplicación del nuevo marco regulatorio de los derechos de autor y conexos en España, a finales de 2012 se elaboró una propuesta de investigación para solicitar una beca FI a la Agència de Gestió d'Ajuts Universitaris i de Recerca (AGAUR).

La propuesta reflejaba una primera evolución de la investigación previa tanto en el tema de estudio como en la metodología propuesta para abordarlo. De la revisión de literatura era patente que los estudios sobre derechos de autor y conexos adoptaban mayoritariamente dos perspectivas, la jurídica y la económica (Cfr. Lessig, 2006; Lipszyc, 2004; Winn & Jondet, 2007; Cohen, 1998; Landes & Posner, 1989, 2006; Murray, 2009; Posner, 2005; Johnson, 2012). Sin embargo, se evidenciaba un vacío empírico de estudios que identificaran y enlazaran las implicaciones de esta regulación con sectores como el turístico. Esta situación a su vez contrastaba con el creciente interés y preocupación empresarial a nivel europeo, donde HOTREC (*Hotels, Restaurants & Cafés in Europe*) se desempeñaba como *lobby* en la Unión Europea con el objetivo de identificar

las normas jurídicas que más afectan al sector, teniendo entre sus ámbitos de actuación las referidas a la propiedad intelectual.

Con todos estos elementos en consideración, la propuesta de investigación respecto al tema de estudio, pasa de una investigación teórica-legislativa a un estudio interdisciplinario en el que se pretenden conectar tres áreas: los derechos de autor y conexos, el ocio y el turismo y las nuevas tecnologías. En relación a la metodología, en busca de los métodos más idóneos para ahondar en la realidad social y legal de estudio, también se opta por la interdisciplinariedad. Así, a los métodos jurídicos ya utilizados se añaden el análisis de contenido y temático, propios de una metodología empírica cualitativa.

Por otra parte, entre mediados 2012 e inicios de 2013 se inicia un nuevo proceso de recolección, actualización y análisis de datos. Finalizado el cual es concedida la beca FI y con ella se abren nuevas oportunidades. Por una parte, la ventaja que supone poder desarrollar una investigación a tiempo completo; por otra, la posibilidad de contar con los recursos y el tiempo para enriquecer el estudio con una fase empírica. En septiembre de ese año, se pone en marcha, formalmente, la presente investigación.

1.3. INICIADA LA TESIS DOCTORAL: CONTINÚA LA BÚSQUEDA DE UNA METODOLOGÍA

1.3.1. EL ENFOQUE

Esta investigación se enmarca e inspira en los estudios socio-jurídico, fundamentalmente desde una perspectiva constructivista (Cotterrell, 1991, 1998, 2006; Frerichs, 2012; Perry-Kessaris, 2013a; Teubner, 2002). Después de que en la fase inicial se siguiera una perspectiva legal en la que a pesar de que se consideraron elementos extrajurídicos, los métodos y técnicas del estudio tradicional del Derecho resultaron insuficientes para entender el fenómeno de profusión de normas legales, desarrollo de estructuras e instituciones especializadas para defender los derechos de

autor y conexos en Internet, manifestaciones de resistencia social a través de prácticas sociales al margen de la ley y sus implicaciones en dos sectores concretos, el ocio y el turismo.

En la búsqueda de herramientas más apropiadas para abordar esta problemática, se revisaron voces críticas (e.g. Geny, 2000) respecto a reducir el análisis del Derecho a la exégesis textual de la ley. Estos postulados se oponían a los de la escuela de la exégesis jurídica francesa y defendían la libre investigación de los fenómenos sociales más allá de los textos legislativos, auxiliándose de la Sociología, la Economía, la Geografía, la Psicología y la Estadística, entre otras (Treves, 1988). En similar sentido, Ihering cuestionó duramente al formalismo jurídico y sostenía que era ilusorio pensar que los conceptos jurídicos podían permanecer inmutables sólo por haberse promulgado cumpliendo todos los requisitos formales, por ello defendía que, si las normas eran cambiadas o sustituidas por cualquier modo, también los conceptos debían ser eliminados o modificados (Ihering, 1987).

Un repaso por la historia de la Sociología del Derecho confirma que desde sus orígenes ha tenido entre sus propósitos e inquietudes estudiar un Derecho diferente al Derecho positivo (Treves, 1988), que es el Derecho que suelen estudiar los juristas (Hierro, 2002:268-270). Para lo cual, ha seguido normalmente el camino de la experiencia y su objeto de estudio ha sido un Derecho relativo y variable, estrechamente ligado al contexto social (Treves, 1988). La contraposición entre dos tipos de Derecho también es posible encontrarla en autores como Kirchmann (1983), Kantorowicz (1964) y Ehrlich. Todos ellos coinciden en oponer al Derecho positivo - normalmente rígido- un Derecho -libre, autónomo- que se forma y actúa en la sociedad y cambia según las circunstancias del contexto (Treves, 1988). Incluso autores que se declararon contrarios a la sociología, asumieron posturas críticas respecto a reducir el análisis del fenómeno jurídico al de las leyes (Treves, 1988). También desde el realismo norteamericano se

criticó la ‘aparente’ certeza del Derecho y se introdujeron en los estudios cuestiones psicológicas relativas al factor humano –fundamentalmente en investigaciones sobre la personalidad de los jueces y su relación con la actuación de los tribunales- y otras más cuantitativas relacionadas con las estadísticas sobre medios los jurídicos disponibles (Treves, 1988).

Todas estas posturas, a pesar de seguir diversas corrientes, tienen en común la defensa de las tesis antiformalista y pluralista. Es decir, están interesadas en el estudio de cualquier campo o manifestación del Derecho más allá de las formas legales, los requisitos de validez y eficacia y la coherencia interna y externa de las normas jurídicas; al tiempo que reconocen la existencia de otro Derecho diferente del estatal. A partir de estas premisas, el enfoque socio-jurídico se presenta como una herramienta analítica interdisciplinaria, más apropiada y útil para explicar hechos, fenómenos, conceptos y relaciones. Metodológicamente se nutre de una variada gama de métodos tanto de las ciencias sociales como de las humanidades (Perry-Kessaris, 2013b), por lo que deviene en un campo propicio y un medio eficaz y valioso para experimentar con diferentes métodos de investigación en pos de una comprensión sociológica de la ley (McKnight, 2015). Por consiguiente, este enfoque aporta una comprensión de los subtextos y factores no jurídicos que afectan al Derecho y permite no sólo comprender cómo se crea y funciona la ley –en términos de éxito o fracaso-, sino también cómo actúa dentro de un esquema social más amplio (McKnight, 2015:122). Todo ello, es posible según McKnight (2015:122) a través de un equilibrio entre el análisis sistemático y el estudio empírico que permita observar y posicionar la mayor parte de las piezas del fenómeno en estudio de manera simultánea y en el mismo escenario.

1.3.2. EL CAMPO DE ESTUDIO

La concepción positivista según la cual no existe otra ley que la positiva, y ésta a su vez es aplicada e interpretada según sus propios criterios es el fundamento del ordenamiento jurídico español (Cfr. Aparicio Pérez, 2015: 167-179), lo cual a su vez se ha visto reflejado tanto en el ejercicio del Derecho, como a nivel teórico (Cfr. Hierro, 2002:268-270). Sin embargo, desde una perspectiva socio-jurídica, según Perry-Kessaris (2013b) cualquier acercamiento al Derecho tiene no sólo componentes normativos, sino también analíticos y empíricos que determinan el qué, el cómo y el porqué de aquello que es abordado.

Esta investigación tiene como primer marco contextual la sociedad y economía de la información,¹ entendida no sólo como aquella donde el volumen y almacenamiento de información acumulada va cada vez más en aumento, sino también como aquella donde ocurre un cambio en el énfasis de la economía global. Tal como expresa Boyle (1996:2), en este tipo de sociedad, la información se convierte en una característica central de la economía internacional, la protección de la información como valor añadido a los productos es un elemento clave en la política exterior de los países desarrollados y la propiedad intelectual se convierte en una de las áreas de mayor interés a nivel internacional. En este marco se generan una serie de transformaciones económicas y sociales a escala global, en las que

¹ Sin desconocer la evolución del término y las distintas áreas en las que se ha utilizado (Cfr. Briggs & Burke, 2002:291-297), lo controvertido de poner etiquetas a las sociedades (Cfr. Hansson, 2002), su vaguedad, las críticas que ha recibido y las nuevas terminologías propuestas ‘sociedades del conocimiento’, ‘sociedad del saber’, ‘economías del saber’ o ‘economías fundadas en el conocimiento’ entre otros (Cfr. David & Foray, 2002) se utiliza en tanto permite identificar el espacio temporal y geográfico en el que se inserta el tema de estudio. En la legislación europea y española se ha optado por el término ‘sociedad de la información’ (e.g. Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información; Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior y Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico).

CAPÍTULO III METODOLOGÍA

los derechos de propiedad intelectual en general, y los derechos de autor y conexos en particular, tienen una especial relevancia, debido a que generan monopolios por un amplio período de tiempo sobre expresiones del arte, el saber, la información y el conocimiento.

Concretamente, el primer foco de análisis se centra en deconstruir el proceso de reconfiguración del marco regulatorio de los derechos de autor y conexos en España, en tanto define las condiciones de acceso, consumo, distribución y comercialización de un conjunto de creaciones intelectuales, consideradas como activos económicos. Para enriquecer este análisis, en un segundo momento, se opta por la posibilidad de experimentación que ofrece el enfoque socio-jurídico (McKnight, 2015) y se enfoca el campo de estudio a la ley en acción². Para ello, se analiza el marco regulatorio de los derechos de autor y conexos en dos escenarios, a diferentes escalas y a través de diversas estrategias de investigación. Específicamente, un primer escenario donde los titulares de derechos de autor y conexos son los protagonistas, a saber, el ámbito de la industria y el mercado musical; y un segundo escenario donde los consumidores son el centro de atención, específicamente, un grupo de empresas turísticas. Con lo cual, los contornos del campo de estudio se configuran a partir de la intersección o encuentro entre el proceso de reconfiguración del marco regulatorio de los derechos de autor y conexos en la sociedad (economía) de la información y la ley actuando en dos escenarios, el mercado de la música digital y la gestión de un grupo de pequeñas y medianas empresas turísticas.

² Con la expresión 'ley en acción' se hace referencia al cumplimiento y/o aplicación del marco regulatorio de los derechos de autor y conexos en un determinado contexto territorial y margen de tiempo. Es decir, analizar los supuestos de realización -cuando las conductas de a quienes van dirigidas las normas se ajustan a lo que las normas establecen-, dígase, el cumplimiento voluntario; y los supuestos de aplicación por los órganos del Estado. Esta división es sólo orientativa porque se entiende que en la realidad se pueden dar situaciones intermedias y con matices a estas dos categorías.

1.3.3. PREGUNTA CIENTÍFICA Y OBJETIVO GENERAL

Los cambios legales al marco regulatorio de los derechos de autor y conexos a escala global y europea en las últimas décadas han tenido y continúan teniendo una incidencia en el texto, contexto y subtexto españoles. En España este marco regulatorio está en un proceso inconcluso de reconfiguración que ha provocado reacciones de oposición y cuestionamientos desde diversos sectores económicos, organizaciones de consumidores, asociaciones de usuarios, entre otros agentes sociales. Frente a esta situación surge la interrogante de ¿cómo se está reconfigurando ese marco legal y una vez entra en acción cómo actúa y repercute en ámbitos socio-económicos concretos como el ocio y el turismo? Con esta interrogante general en mente se definió un doble objetivo de deconstruir el proceso de reconfiguración del marco regulatorio de los derechos de autor y conexos en España en el marco de la sociedad de la información, y analizar los antagonismos, continuidades y desencajes que se producen una vez que el texto actúa en un contexto determinado, es decir, una vez que la ley entra en acción.

1.3.4. LA ESTRUCTURA

Para abordar esta investigación se tuvieron en cuenta los antecedentes con que se contaban –resultados de la investigación previa en la tesina del máster- y los referentes teóricos y metodológicos que servirían de guía. Por ello, se decidió implementar una estructura que partiera de lo general hacia lo particular. Adicionalmente, en cada parte, las decisiones sobre fuentes, métodos de recolección y análisis de datos y perspectivas para interpretarlos, varían en función del objetivo específico que se persigue en cada una de ellas.

Las investigaciones socio-jurídicas según Treves (1988) pueden centrarse en la producción de las normas, la aplicación o no aplicación de las mismas, el encuentro entre sistemas jurídicos distintos, los operadores

CAPÍTULO III METODOLOGÍA

jurídicos –jueces, abogados, policía, etc.- y los mecanismos de resolución de conflictos – ya sean procedimientos de justicia formal o informal-. En consecuencia, esta primera parte del estudio persigue una deconstrucción del proceso de reconfiguración del marco regulatorio de los derechos de autor y conexos –el texto- en España –el contexto-. Es decir, no es un estudio enfocado en la hermenéutica jurídica, con la subsecuente crítica a la técnica legislativa empleada y la correspondiente propuesta de cómo regular adecuadamente la temática, si bien incluye un análisis crítico del contenido del texto.

Esta fase de la investigación parte de los continuos cambios en el contenido de las normas jurídicas de los derechos de autor y conexos en España en las últimas décadas y a partir de aquí: Primero, explora en la historia legislativa reciente –de la década del 80 a la fecha- qué cambios legislativos se han producido y qué se pretendía regular en cada uno de ellos, de modo que emergieran las posibles deficiencias de los instrumentos legales previos. Segundo, analiza el contenido de las más recientes modificaciones legales y sus primeros efectos. Tercero, dibuja el contexto nacional e internacional evidenciando las dinámicas, estrategias y principales argumentos de los actores involucrados. Cuarto, confronta el texto –cuya presagiada ineficacia se convirtió en realidad- en el contexto – interacciones entre empresas de diferentes sectores, nacionales y extranjeras, usuarios y gobiernos- para detectar correlaciones entre ambos y propiciar que emergiera el subtexto –fin perseguido y significado más profundo de estos cambios legales-, y de este modo, aportar una explicación a un fenómeno que para un espectador despistado se presentaba como una comedia de errores.

La segunda parte de esta investigación toma en cuenta el fenómeno de la globalización entre cuyas facetas se encuentra la jurídica (Santos, 2009:294) y que ha tenido una especial relevancia respecto al Derecho Económico Internacional en el que se insertan los derechos de autor y

conexos (Cfr. Perry-Kessarís, 2013a). En el marco de la globalización se dan situaciones donde decisiones económicas y culturales se enmascaran mediante el Derecho y se intentan ocultar conflictividades sociales a través de desarrollos legislativos (Cfr. Sábada, 2007). Este contexto del cual España forma parte –no siempre jugando el mismo rol- incide y nutre tanto el texto como el contexto y el subtexto españoles, especialmente en el marco de la Unión Europea. Por ello, en esta parte, para estudiar cómo actúa y repercute el marco regulatorio de los derechos de autor y conexos en un ámbito relacionado con el ocio, se optó por cambiar el énfasis analítico y la estrategia metodológica.

Específicamente, desde los titulares de derechos de autor y conexos se seleccionó el mercado de la música porque con la posibilidad de digitalizar las obras, los cambios en las formas de consumo y el surgimiento de nuevos modelos de negocio ofrecía una oportunidad excelente para analizar acciones, reacciones, estrategias, discursos y cambios legales. Concretamente, se tomó como referencia el *Six facet model* de producción de la cultura de Peterson (1990) porque resultó ser una herramienta analítica muy valiosa para entender cómo actúa, a la vez que se reconfigura, la regulación de los derechos de autor y conexos en la construcción del mercado de la música. De los seis factores que restringen la producción de la cultura según el modelo propuesto por Peterson se seleccionaron sólo dos: la tecnología y las leyes de derechos de autor porque resultaban ser los de mayor interés para el objetivo de esta investigación. Además, se seleccionó un nivel espacial diferente para el análisis, a saber, se deja a un lado el contexto español y se amplía el foco de atención al eje internacional y europeo – con prevalencia en los Estados Unidos debido al rol que ha desempeñado en el desarrollo del mercado de la música-. También se amplía el ámbito temporal de estudio. En busca de una mejor comprensión del fenómeno actual, con el apoyo de una perspectiva histórica, se sistematiza cómo han actuado y actúan las normas de derechos de autor y

conexos en el mercado de la música desde inicios del siglo XX hasta nuestros días.

La tercera parte es otro intento por escudriñar cómo actúa la ley en contexto. Nuevamente la atención se centró en España y en el marco regulatorio de los derechos de autor y conexos vigente, pero para la selección del ámbito de los consumidores, se optó por un sector económico, el turismo, en lugar de las personas físicas que suelen ser los usuarios más visibles. En este caso, se cambió la escala –no se estudiaría el mercado o el sector en su conjunto-, sino una muestra de empresas ubicadas en la provincia de Tarragona y vinculadas a un contexto de innovación, el Parque Científico y Tecnológico de Turismo y Ocio de Cataluña. Esta fase del estudio persigue detectar las repercusiones del marco legal de los derechos de autor y conexos en la gestión diaria de un grupo de pequeñas y medianas empresas –que se corresponden con la tipología mayoritaria en el sector- en un contexto donde cada vez más las tecnologías digitales e Internet ganan protagonismo, y por tanto, la presencia de bienes protegidos por los derechos de autor y conexos es mayor. Para ello, se optó por un estudio empírico que permitiera hacer una exploración sobre qué bienes protegidos por los derechos de autor y conexos se utilizan, para qué, cómo se gestionan y cómo influyen los más recientes cambios legales en las actividades de estas empresas, en su condición de consumidoras. De este modo, se confrontó el texto y sus manifestaciones en un particular contexto.

1.3.5. RECOLECCIÓN DE DATOS

Como se puede constatar de la descripción de este proceso de investigación, la recolección de datos ha sido una fase transversal a lo largo de todo el estudio. Se incluyen tanto datos primarios como secundarios, siguiendo la clasificación de Treves (1988) sobre documentos jurídicos y no jurídicos para investigaciones socio-jurídicas, en ésta, se incluyen de

CAPÍTULO III METODOLOGÍA

ambos, específicamente: textos legales nacionales, europeos e internacionales, resoluciones judiciales, artículos teóricos, informes, estadísticas, declaraciones de algunos de los principales actores, publicaciones en prensa y entrevistas a directivos de empresas turísticas.

Respecto a la primera parte, correspondiente al capítulo IV, en un primer momento, se recogieron todos los datos relativos a la normativa de derechos de autor y conexos vigente en España. Posteriormente, se recolectaron datos referidos a las normativas previas, tomando como referente temporal la década de los ochenta, ya que fue el momento a partir del cual, comenzó a gestarse la globalización de los derechos de autor y conexos. En esta etapa también fue necesario actualizar una serie de datos recogidos en el período previo, sobre nuevos procesos de negociación de cambios legales –fundamentalmente entre 2014 y 2015- y la creación y extinción de nuevos actores negociadores. Respecto a las fuentes teóricas, la recolección de datos ha sido un proceso de constante descubrimiento, redefinición, inclusión y exclusión de ámbitos, perspectivas y métodos para acercarse al tema. La revisión de la literatura ha sido vasta y diversa, se han consultado análisis y propuestas de teóricos dogmáticos de la propiedad intelectual, autores socio-jurídicos, exponentes del paradigma crítico, economistas, entre otros. Si bien esta investigación no se propone realizar un análisis jurisprudencial, en una primera fase, se identificaron aquellas sentencias que resultaban especialmente ilustrativas de alguno de los aspectos en análisis. También las noticias en prensa resultaron ser un material muy valioso debido a que se estaba analizando el proceso de negociación de los cambios legales, prácticamente a tiempo real, por lo cual, estas fuentes ofrecían una serie de datos del contexto y subtexto, esenciales para comprender más integralmente el fenómeno.

Para la segunda parte de este estudio, correspondiente al capítulo V, la recolección de datos se desarrolló fundamentalmente entre finales del 2013 y primer trimestre de 2014. En esta fase, cobran una especial

CAPÍTULO III METODOLOGÍA

importancia las referencias históricas legales y de avances tecnológicos en la reproducción y comunicación de la música. Por este motivo, se consultaron estudios específicos sobre la producción de la cultura en general, y del mercado de la música en particular, que resultaron ser analíticamente muy valiosos respecto al rol y las interacciones entre la normativa de los derechos de autor y conexos, las tecnologías vinculadas al mundo de la música y los diferentes actores que en el devenir histórico han ido conformando la industria musical. Entre las fuentes legales se incluyen los tratados internacionales más relevantes de las últimas dos décadas y directivas europeas del presente siglo. Junto a la literatura y la legislación, se incluyeron datos estadísticos, reportes de la industria y los cambios tecnológicos de mayor relevancia en la transformación de los mercados de la música desde sus orígenes hasta nuestros días.

En la tercera parte de esta investigación, correspondiente al capítulo VI la recolección de datos teóricos se desarrolló con anterioridad al inicio del proyecto. Seguidamente se actualizaron a partir del intercambio en foros académicos donde se presentaron resultados parciales. Posteriormente, se amplió la revisión de literatura al examen de casos que desde el análisis económico han abordado algunas modalidades de la propiedad industrial en el turismo; gracias al intercambio académico con miembros del *Centro Studio Silvia Santagata, economia della cultura, delle istituzioni e della creatività (Ccss Ebla)*, en Turín, como parte de las actividades de una estancia de investigación realizada entre septiembre y diciembre de 2015, bajo la supervisión de la Dra. Giovanna Segre.

La recolección de datos primarios a través de entrevistas a directivos de pequeñas y medianas empresas turísticas tuvo lugar entre enero y marzo de 2015, los detalles sobre el trabajo de campo y el protocolo de la entrevista se desarrollan en el apartado de Metodología del capítulo VI. Adicionalmente, se realizó otro proceso de recolección de datos secundarios referidos a informes de organismos especializados, nuevos

estudios teóricos y empíricos desde los campos del turismo y las nuevas tecnologías y la gestión de activos de propiedad intelectual, así como, reportes empresariales de las organizaciones participantes en el estudio.

Finalmente, se procedió a actualizar y sistematizar los datos con una visión de conjunto a través de las categorías texto, contexto y subtexto. De modo que, a partir de una visión general, se condensaran datos que expliquen el fenómeno de profusión de normativas sobre derechos de autor y conexos en España y cuáles son sus fuentes legales, materiales y teóricas fuera de las fronteras estatales. Durante esta fase, cobraron especial importancia la literatura de sociología jurídica, propiedad intelectual y derechos de autor, así como las normativas internacional y europea que sentaron las bases del actual sistema.

1.3.6. ANÁLISIS DE LOS DATOS

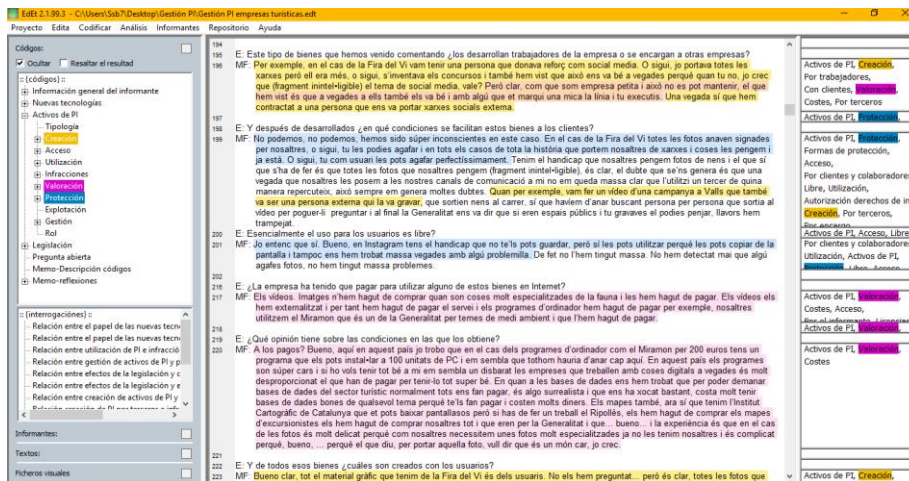
Desde una perspectiva socio-jurídica el análisis de los datos no se limita a considerarlos desde la óptica del Derecho positivo, cuanto desde el contexto social en el que se sitúan (Treves, 1988). Por ello, en esta investigación el análisis de los datos no se centra únicamente en los textos legales vigentes, que al decir de Cotterrell (1991) se correspondería con una representación estática de un fenómeno que es dinámico. Además del análisis de los documentos legales y no legales, tal y como propone Treves (1988) se deben analizar los hechos a través de la observación y/o la entrevista. Por lo cual, también se incluye un análisis del contexto en el que se producen y actúan las normas jurídicas, así como de los valores e ideas que expresan y/o rechazan.

El análisis e interpretación de los datos se realizó a través de la exégesis jurídica (Vallet de Goytisoló, 1994) y el análisis de contenido cualitativo (Mayring, 2000) o análisis temático (Boyatzis, 1998). La conjugación de estos métodos permitió: el tratamiento de datos de distinta naturaleza, la transcripción y codificación de las entrevistas a directivos de un grupo de

CAPÍTULO III METODOLOGÍA

empresas turísticas (Ryan & Bernard, 2003), la reducción de los códigos deductivos iniciales e inductivos que emergieron durante el proceso de codificación (Ryan & Bernard, 2000), así como la exploración de temas a partir del análisis de relaciones entre el texto, el contexto y el subtexto. Un análisis más detallado de este proceso se encuentra en el apartado de Metodología del capítulo VI. Parte de estas operaciones se desarrollaron con el soporte del programa de análisis cualitativo, Edet³. En la figura II se muestra un ejemplo de codificación de parte de una de las entrevistas realizadas durante el trabajo de campo, con este programa.

Figura II Ejemplo de codificación con el programa Edet.



Fuente: Elaboración propia.

Respecto a la interpretación jurídica, si bien en un primer momento se realizó a través de diferentes técnicas interpretativas como la histórica, teleológica, sistemática y sociológica (Aparicio Pérez, 2015; Martínez Zorrilla, 2010); con posterioridad se enriqueció el análisis a partir de la

³ Programa de análisis de datos cualitativos para Etnógrafos. Disponible en: <http://www.etnologia.uw.edu.pl/www/program-edet>.

incorporación de los postulados de interpretación socio-jurídica propuestos por Cotterrell (1998:183):

- 1) Entender el Derecho como un fenómeno social, completamente vinculado con la coexistencia de individuos en grupos sociales.

Por lo cual, se incluyen análisis del contexto –principales actores, dinámicas entre ellos, derechos en conflicto y cambios tecnológicos y otras condiciones materiales de relevancia.

- 2) Como fenómeno social, el Derecho debe ser entendido empíricamente, a través de un examen detallado de variaciones y continuidades de los patrones históricos reales de la convivencia social, y no en relación con condiciones idealizadas o abstractas.

En este sentido, todas las partes del estudio –de manera más preponderante en los capítulos IV y V incluyen una mirada histórica resaltando los puntos críticos de cambios y continuidades del marco regulatorio de los derechos de autor y conexos, los principales actores, sus interacciones y las condiciones políticas y socio-económicas de mayor relevancia.

- 3) El acercamiento al Derecho debe hacerse en forma sistemática en vez de anecdótica porque el objetivo es ser capaz de evaluar la importancia de las particularidades en una perspectiva más amplia que oriente su interpretación.

Por consiguiente, con el propósito de ofrecer una explicación general esta investigación explora y analiza el objeto de estudio a partir de varios ámbitos geográficos – España, Estados Unidos y Europa-, períodos temporales diferentes –de la década de los 80 a 2014, de inicios del 1900 a 2014 y 2015- y diversos niveles: el macro, respecto a la promulgación de nuevas normas jurídicas y la construcción del mercado de la música digital; y el micro, en relación al proceso de gestión de activos protegibles por los derechos de autor en un grupo de pequeñas y medianas empresas

CAPÍTULO III METODOLOGÍA

turísticas. En la Tabla I se presenta un resumen del proceso de esta investigación.

Tabla I Proceso de investigación.

		2011	2012	2013	2014	2015	2016
Ámbitos de estudio	Antecedentes	Desarrollo de la investigación					
		Fase 1		Fase 2		Fase 3	
		Nuevas tecnologías. Cambios al marco regulatorio de los derechos de autor y conexos en España. Ocio. Turismo.	Proceso de reconfiguración de la ley. Marco regulatorio de los derechos de autor y conexos en España. Sociedad de la información.	La ley en acción 1: Desde la perspectiva de los titulares. Marco regulatorio de los derechos de autor y conexos en Estados Unidos y Europa. Nuevas tecnologías. Mercado de la música digital.	La ley en acción 2: Desde la perspectiva de los consumidores. Gestión de activos por los derechos de autor. Nuevas tecnologías. Pymes turísticas.		
Enfoques	Jurídico (con miradas alternativas respecto al estudio del contexto).	Socio-jurídico	Constructivista (producción social de la cultura).	Constructivista			
Recolección de datos	Finales 2010 y primer trimestre 2011. Legislación española, internacional y europea. Estudios teóricos y empíricos. Informes y estadísticas. Jurisprudencia. Noticias de prensa.	2013-2015 Legislación española. Jurisprudencia. Literatura de diferentes áreas. Noticias de prensa.	Finales 2013- principios de 2014. Legislación norteamericana, internacional y europea. Literatura histórica, jurídica, de avances tecnológicos y sobre la producción de la cultura. Informes y estadísticas del sector.	Datos empíricos entre enero y marzo de 2015. Entrevistas a directivos de empresas turísticas. Datos teóricos desde 2011 hasta 2016. Estudios teóricos y empíricos sobre turismo y las nuevas tecnologías y gestión de activos de propiedad intelectual. Informes de organismos especializados, reportes y estadísticas sectoriales y empresariales.			
Análisis de datos	Exégesis jurídica con técnicas interpretativas: argumentación histórica, argumentación teleológica, argumentación sistemática y argumentación sociológica.	Interpretación socio-jurídica y análisis de contenido cualitativo.	Análisis de contenido cualitativo, análisis histórico e interpretación socio-jurídica.	Análisis de contenido cualitativo o análisis temático con el soporte del software Edet.			

Fuente: Elaboración propia.

Una vez concluido este estudio y considerando los resultados obtenidos, se constata el valor y aporte que supone el uso de métodos de investigación social para abordar las relaciones entre los derechos de autor y conexos y el ocio y el turismo en la sociedad de la información. En este caso concreto, la

CAPÍTULO III METODOLOGÍA

evolución metodológica a lo largo del proceso ha permitido centrar la atención en un tema novedoso y relevante, ha propiciado la incorporación de datos cuantitativos y cualitativos de diversas fuentes con el fin de comprender mejor un fenómeno complejo y, ha permitido desarrollar nuevas interpretaciones a partir del análisis de diferentes contextos. Todo lo anterior, redundando en favor de la calidad de las investigaciones que persigan conectar los derechos de autor y conexos con otras disciplinas, como ha sido el presente estudio respecto al turismo y el ocio.

2. REFERENCIAS

- Aparicio Pérez, A. (2015). *Derecho y metodología jurídicos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Boyatzis, R. E. (1998). *Transforming Qualitative Information: Thematic Analysis and Code Development*. Thousands Oaks, London & New Delhi: Sage Publications.
- Boyle, J. (1996). *Shamans, software, and spleens: Law and the construction of the information society*. Cambridge, Mass. [etc.] : Harvard University Press,.
- Briggs, A., & Burke, P. (2002). *De Gutenberg a Internet: una historia social de los medios de comunicación*. Madrid : Taurus.
- Cohen, J. E. (1998). Lochner in Cyberspace: The New Economic Orthodoxy of "Rights Management." *Michigan Law Review*, 97(2), 462–563. <http://doi.org/10.2307/1290291>
- Cotterrell, R. (1991). *Introducción a la Sociología del Derecho*. Barcelona: Ariel Derecho.
- Cotterrell, R. (1998). Why Must Legal Ideas Be Interpreted Sociologically? *Journal of Law and Society*, 25(June 1997), 171–192. <http://doi.org/10.1111/1467-6478.00086>
- Cotterrell, R. (2006). *Law, culture and society: legal ideas in the mirror of social theory*. *Society*. <http://doi.org/10.1111/j.1540->

5893.2007.00331_1.x

- David, P. A., & Foray, D. (2002). Una introducción a la economía y a la sociedad del saber. *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, 171(La sociedad del conocimiento).
- Frerichs, S. (2012). Studying Law, Economy, and Society: A Short History of Socio-Legal Thinking. *Helsinki Legal Studies Research Paper*, (19), 1-81.
- Geny, F. (2000). *Metodo de interpretacion y fuentes en derecho privado positivo*. Granada: Comares.
- Grosse Ruse-Khan, H. (2009). *IP Enforcement Beyond Exclusive Rights*. *Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law*.
- Hansson, S. O. (2002). Las inseguridades en la sociedad del conocimiento. *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, 171(La sociedad del conocimiento).
- Hierro, L. (2002). ¿Por qué ser positivista? *Doxa Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, 25, 1689-1699.
<http://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004>
- Jhering, R. von. (1987). *Bromas y veras en la ciencia jurídica*. Madrid: Civitas.
- Johnson, E. E. (2012). Intellectual Property and the Incentive Fallacy. *Florida State University Law Review*, 39(December 2010), 623-680.
<http://doi.org/10.1080/07341512.2012.662344>
- Kantorowicz, H. (1964). *La definición del derecho*. Madrid: Rev. de Occidente.
- Kirchmann, J. H. von (Julius H. (1983). *La Jurisprudencia no es ciencia* (3a ed.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales,.
- Landes, W. M., & Posner, R. A. (1989). An Economic Analysis of Copyright Law. *The Journal of Legal Studies*, 18(2), 325-363.
<http://doi.org/10.1086/468150>
- Landes, W. M., & Posner, R. A. (2006). *La estructura económica del derecho*

- de propiedad intelectual e industrial*. Madrid : Fundación Cultural del Notariado,.
- Lessig, L. (2006). *Code: version 2.0*. New York : Basic Books,.
- Lipszyc, D. (2004). *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires : Zavalía.
- Martínez Zorrilla, D. (2010). *Metodología jurídica*. Barcelona: UOC Universitat Oberta de Catalunya.
- Mayring, P. (2000). Qualitative content analysis. *Forum: Qualitative Social Research, 1*(2).
- McKnight, J. (2015). The Fourth Act in Socio-Legal Scholarship: Playing With Law on the Sociological Stage. *Qualitative Sociology Review, XI*(1), 108–124.
- Murray, A. D. (2009). Symbiotic Regulation. *The John Marshall Journal of Computer and Information Law, 26*(2), 207.
- Perry-Kessaris, A. (2013a). *Sociolegal Approaches to International Economic Law: Text, context, subtext*. Routledge.
- Perry-Kessaris, A. (2013b). What does it mean to take a socio-legal approach to international economic law? In A. Perry-Kessaris (Ed.), *Sociolegal approaches to International Economic Law: Text, context, subtext*. Routledge.
- Peterson, R. (1990). Why 1955? Explaining the advent of rock music. *Popular Music, 9*(1), 97–116.
- Posner, R. A. (2005). Intellectual Property: The Law and Economics Approach. *The Journal of Economic Perspectives, 19*(2), 57–73.
- Ryan, G. W., & Bernard, H. R. (2000). Data Management and Analysis Methods. In N. K. Denzin & Y. S. Lincoln (Eds.), *Handbook of Qualitative Research* (Second edi, pp. 769–802). Thousands Oaks, London & New Delhi: Sage Publications. <http://doi.org/10.2307/2076551>
- Ryan, G. W., & Bernard, H. R. (2003). Techniques to Identify Themes. *Field Methods, 15*(1), 85–109. <http://doi.org/10.1177/1525822X02239569>

- Sábada, I. (2007). *Sociología de la Propiedad Intelectual en la era global*. Universidad Complutense de Madrid.
- Sánchez Bergara, S. (2011). *"Piratas" contra "Corsarios" por la propiedad intelectual: Análisis jurídico del caso español y sus implicaciones en el contexto del ocio y el turismo*. Universitat Rovira i Virgili.
- Santos, B. de S. (2009). *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el derecho*. Bogotá: ILSA.
- Teubner, G. (2002). El Derecho como sujeto epistémico: Hacia una epistemología constructivista del Derecho. *Doxa Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, 25, 533–572.
- Towse, R. (2010). Creativity, copyright and the creative industries paradigm. *Kyklos*, 63(3), 461–478. <http://doi.org/10.1111/j.1467-6435.2010.00483.x>
- Treves, R. (1988). *La sociología del derecho: orígenes, investigaciones, problemas*. Barcelona: Ariel S.A.
- UNCTAD. (2010). *Economía Creativa: Una opción factible de desarrollo*.
- Vallet de Goytisolo, J. B. (1982). *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*. Madrid: Montecorvo.
- Vallet de Goytisolo, J. B. (1994). *Metodología de la determinación del derecho*. Madrid: Consejo General del Notariado.
- Winn, J., & Jondet, N. (2007). A new deal for end users? Lessons from a french innovation in the regulation of interoperability. *William and Mary Law Review*, 51, 547–576.

CAPÍTULO IV

A DECONSTRUCTION OF ONLINE COPYRIGHT AS REGULATED IN SPAIN

El capítulo IV es una versión ampliada del artículo:

García E., Sánchez-Bergara, S. & López, J. (2016) Regulating copyright in the digital age in Spain: The Sinde law. En *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, 6(2), 236-247.

Las primeras versiones se publicaron en:

García E., López, J. & Sánchez-Bergara, S. (2013) Nessun paradiso per la pirateria digitale. Pressione internazionale, conflitto di interesse e nuovo quadro normativo in Spagna. En Braga, R. & Caruso, G. (Eds.). *Piracy Effect. Norme, pratiche e studi di caso*. Milano-Udine: Mimesis Cinergie. pp. 91-102.

García E., López, J. & Sánchez-Bergara, S. (2012) La “Ley Sinde” una oportunidad perdida para la regulación del ocio online en España. En *Actas del VIII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política. Retos y Oportunidades del entretenimiento en Línea*. Barcelona: Universitat Oberta de Catalunya-Huygens Editorial. pp. 95-110. ISBN: 978-84-695-4123-4.

También se presentaron en los siguientes eventos académicos:

Ponente. *VIII Edición del Congreso Internacional Internet, Derecho y Política*, 9 y 10 de julio, 2012, Barcelona.

Ponente. *Workshop Estudios sobre el ocio: Consumo, Mercados y Cultura*, 17 de febrero, 2012, Centre d'Estudis i de Recerca d'Humanitats, Universitat Autònoma de Barcelona.

A DECONSTRUCTION OF ONLINE COPYRIGHT AS REGULATED IN SPAIN

ABSTRACT

The developments of new information and communications technologies have heightened tensions between owners of copyright and related rights and other social actors. On the one hand, access to and consumption of intellectual creations on the Internet is becoming easier and more widespread, yet the margin of legality is narrower. In an attempt to resolve these conflicts legal formulas have been implemented to enhance online rights protection. In the Spanish context, however, the legislative reforms of the past decade have not produced the expected effects, so adaptation of the legal framework is still a work in progress. In order to understand why legal formulas with little impact have successively been implemented, we have approached this study from a sociological perspective. Our goal is to deconstruct the process of regulation of copyright in Spain, in the lead up to, and including, the Sinde law. We examine continuity and change in the protection of copyright and the problems identified in the light of technological advances and new social practices. We also analyse the Sinde law, its content, the enactment context and the interactions between parties in conflict. Finally, we offer an interpretation as to why regulation of copyright in Spain has been an ongoing comedy of errors.

Keywords: Copyright, Sinde Law, Spain, digital age

1. INTRODUCTION

The digitization of intellectual creations and the opportunities offered by the new information and communication technologies (ICTs) and the Internet have had a huge impact on channels for individual and business production, distribution and consumption modelled on an analogue reality.¹ Increased access to and use of copyright-protected creations, regardless of legality, has created tensions and exacerbated conflicts and differences between different stakeholders.² Spain has not been immune to these tensions and, in the last decade, has adapted its copyright legislation to international and European requirements. Accordingly, rights holders now have a variety of protection mechanisms available to them in the civil, criminal and administrative spheres.³

Nonetheless, despite ongoing efforts aimed at prohibiting illegal access to copyrighted products and services via the Internet, Spain is regarded as a leader in the league of online copyright infringing countries, with a weighted average piracy rate of 77.3% in the first half of 2011.⁴ In 2008, the United States Trade Representative included Spain in the Watch List of the Special 301 Report,⁵ triggering internal and external commercial pressures on Spain to effectively protect copyright against unauthorized online use. These pressures led to the enactment, on 30 December 2011, of

¹ Kling, R. & Lamb, R. (2000) IT and organizational change in digital economies: a sociotechnical approach. In: Brynjolfsson, E. & Kahin, B. (eds) *Understanding the digital economy*, Cambridge, MA: MIT Press, pp. 295-324.

² B Danaher S Dhanasobhon M Smith and R Telang (2015) Understanding Media Markets in the Digital Age: Economics and Methodology in A Goldfarb and others (eds), *Economic analysis of the digital economy*, University of Chicago Press, pp. 385-406.

³ Padrós, C (2011a) Debilidades y retos del régimen jurídico vigente de protección de la copia privada. In: Padrós C. and López J. (eds) *El canon digital a debate. Revolución tecnológica y consumo cultural en un nuevo marco jurídico-económico*. Barcelona: Atelier, pp. 169-246.

⁴ Achaerandio, R (2011) *Observatorio de piratería y hábitos de consumo de contenidos digitales*. Report (First Semester), IDC Research Iberia, Spain. Available at: <http://www.cedro.org/docs/documentos/estudiopirateria1sem11.pdf?Status=Master> accessed 1/3/2012.

⁵ Special 301 Report is an annual review of intellectual property protection, enforcement and market access practices in foreign countries. Watch List countries whose intellectual property regimes are deemed of concern for US business may be subject to sanctions.

what is known as the Sinde Law, passed, nonetheless, in a context of open opposition from different economic sectors and from civil society.⁶

The Sinde Law has failed in its goals, as evidenced by that fact that the year 2013 saw a 4.6% increase in illegal digital content consumption over the previous year, with 84% of online content (in value terms) estimated to be illegally accessed in Spain.⁷ Given the repeated enactment of ineffective laws in the face of widespread opposition, several questions arise. Why resort to legal formulae that are widely criticized and whose ineffectiveness is widely questioned and, indeed, was predicted? Are legal solutions, in fact, a waste of time? To try and answer such questions, we analysed Spanish legislation affecting online copyright in order to understand how the legal framework came to be built and to understand its true scope.

Our analysis reflects the thinking of Cotterrell⁸ regarding law as a social phenomenon that must be reinterpreted systematically and empirically, both to reveal its character and to strengthen or undermine strategies for controlling legal discourse. Like any other approach to law, this requires an analysis of the content of the legal text and of the context in which the law was created and implemented.⁹

This paper is laid out in two parts. The first considers pre-existing legal protection, its limitations regarding the digital environment and

⁶ The 43rd Final Provision of Law 2/2011, of 4 March, governing the sustainable economy, is widely referred to as the "Sinde law". This law, governing protection for online copyright protection, modified three laws: Law 34/2002, of 11 July, governing the information society and electronic commerce services, Law 29/1998, of 13 July, regulating the administrative jurisdiction, and Legislative Royal Decree 1/1996, of 12 April, consisting of the Consolidated Text of the Intellectual Property Law (TRLPI).

⁷ Jiménez, H., Martín, B. & Palao, I. (2014) *Observatorio de piratería y hábitos de consumo de contenidos digitales 2013*, GKF. Available at: <http://lacoalicion.es/wp-content/uploads/Observatorio-pirater%C3%ADa-2013-Ejecutivo.9-abril-2014.pdf>. accessed 23/6/2014.

⁸ R Cotterrell (1998) 'Why must legal ideas be interpreted sociologically?' *Journal of Law and Society*, 25 (2) 171-192.

⁹ Perry-Kessaris, A (Ed.) (2012) *Socio-Legal Approaches to International Economic Law: Text, Context, Subtext*. London: Routledge.

stakeholders in conflict regarding their rights under Spanish law. The second analyses the content of what is referred to as the Sinde Law, its limitations and main criticisms. In this analysis we also explain the context and interactions between social forces, thereby delineating an as yet incomplete process whereby legislation is being created and recreated. We chronicle the main legal changes of the last decade, describe the main stakeholders and their most representative positions and unveil the pressures that have played a role in the regulatory process. We also explore the origins of the legal offensive that resulted in the Sinde law and the possible reasons for Spain opting for a legal solution whose ineffectiveness was very widely forecasted.

2. COPYRIGHT LEGAL FRAMEWORK IN SPAIN: SCOPE AND CONFLICTS

Below we address the legal framework governing copyright and related rights in Spain prior to enactment of the Sinde law. We first describe the scope of protection that was the outcome of consensus among stakeholders in specific economic, cultural and political conditions. We then identify constraints arising in this protection in terms of regulating online social practices as a consequence of conflict and rupture with the previous consensus. Finally, we describe the main stakeholders and the rights that collide when works are consumed on the Internet outside the law. The objective is to describe the parties in conflict, the interests they defend and the protection afforded them under Spanish law.

2.1. THE PRE-EXISTING SPANISH COPYRIGHT PROTECTION FRAMEWORK

The building of a regulatory framework governing copyright and related rights in Spain in the digital era has been a process of ongoing legal change.¹⁰ From the late 1980s until the Sinde law entered into force in 2012, several laws embracing the administrative, civil and criminal spheres shaped legal protection in the context of the information society. Yet prolific legislative activity has proved insufficient in addressing the consequences of technological advances.¹¹

Enacted at an early stage was Law 22/1987, of 11 November, governing intellectual property, which was designed to adapt nineteenth century legislation to technological advances and new social conditions. The regulatory framework for copyright and related rights was thus modernized, new legal concepts were introduced and trends prevalent in the European Union (EU) were taken into account. The law was structured in two sets of rules, the first reflecting a declaration of substantive rights, and the second regulating actions and procedures for the protection of these rights.

Some years later further reform was necessary. Thus Legislative Royal Decree 1/1996, of 12 April, was enacted, drawing together existing legislation in a consolidated copyright law (Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, henceforth, TRLPI). This law combined, in a single text, Law 22/1987 and some five other laws enacted between 1992 and 1995 to transpose EU directives to national law.

Under the TRLPI authors and creators were protected both in their moral rights (Art. 14) and property rights (Arts. 17-21). Performers likewise were protected in their moral rights (Art. 113) and property rights

¹⁰ See Esteve M.A. (2004) Primera evolución y estado de la cuestión acerca de la Propiedad Intelectual en España. *Revista Jurídica de Cataluña*, 103(3) 73-100.

¹¹ Law 21/2014, of 4 November, modifying the TRLPI, approved by Legislative Royal Decree 1/1996, of 12 April, and Law 1/2000, of 7 January, on civil procedure. It will enter into force at different times of 2015.

(Arts. 106-109). Also protected were economic rights in favour of producers of sound recordings (Arts. 115-117), producers of audiovisual recordings (Arts. 121-124) and broadcasters (Art. 126). Also legalised were the exploitation rights of authors applicable in a subsidiary manner to holders of related rights.

Respecting instruments in the civil sphere, the TRLPI included actions and emergency precautionary measures against unlawful conduct (Arts. 133-136), aimed, in particular, at halting illegal activity and providing for compensation for both economic losses and moral damages. The TRLPI also allowed for the application of interim precautionary measures. While these actions are exclusive to the field of copyright and related rights, other actions can also be exercised.¹² Valuation of moral harm was established as an independent matter, because such harm had to be indemnified, even if financial damages were not demonstrated.

In 2005, the Ministry of Culture, via Order CUL/1079/2005 of 21 April, published an Agreement of the Council of Ministers of 8 April 2005, regarding approval of a Comprehensive Government Plan to reduce and eliminate activities that infringed on intellectual property rights, with protection of such rights reinforced through a wide range of measures in various areas: (1) awareness raising in society through advertising campaigns; (2) prevention through measures to determine the underlying causes of illegal use of works and determine scope; (3) changes to the regulatory framework to fill loopholes and develop instruments to combat unlawful conduct; (4) training for persons whose functions included ensuring copyright protection; and (5) cooperation and collaboration between public bodies, institutions defending copyright, the ICT sector and consumer associations. An Intersectoral Commission was created, charged with developing the Comprehensive Government Plan and monitoring its

¹² Castán A. (2007) Acciones y procedimientos. In Rodríguez J.M. (Dtor.) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Navarra: Thomson Civitas. pp. 786-790.

implementation. However, despite the scale of the planned measures, the lack of monitoring was widely acknowledged to be limited in terms of assessing impact and effectiveness.¹³

Subsequently approved was Law 19/2006 of 5 June, which broadened the means of enforcing intellectual and industrial property rights and established procedural rules aimed at facilitating the implementation of various EU regulations, in particular, Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004, which referred to the enforcement of intellectual property rights, specifically the harmonization and strengthening of civil and commercial measures, procedures and remedies of protection. This law, by producing both procedural and substantive changes, reinforced civil protection of intellectual and industrial property rights, especially in terms of prior actions aimed at preparing or facilitating procedures.

The most significant changes introduced by Law 19/2006 include the following: broadening the catalogue of precautionary measures; allowing for access to banking, financial and commercial documents held by the alleged infringer, provided that the infringement had a commercial purpose and the goal was the preparation of legal proceedings; the introduction of a right to information in favour of the injured party regarding the origin and commercial distribution of goods or services, to be implemented through a preliminary diligence; and the possibility of agreeing precautionary measures before court proceedings without hearing the defendant.

A month later, Law 23/2006 of 7 July was enacted to modify the TRLPI so as to transpose Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society, thereby further enhancing protection for holders of such rights. In substantive terms, scope

¹³ Padrós, *supra* (n 3:200).

was extended as follows: broadening of reproduction rights to take into account technological developments that allowed for new ways for fixing works;¹⁴ regional exhaustion of the distribution right with the first sale or other transfer of property within the EU; explicit recognition of the right of interactive disposal as a form of the right to public communication, enabling holders of copyright and related rights to prohibit use of Internet on-demand systems to make their works available to the public;¹⁵ extension to performers of reproduction, public communication and distribution rights as recognized for authors;¹⁶ adaptation, to the characteristics of the digital environment, of the content and scope of recognized rights of reproduction, public communication and distribution for sound recording;¹⁷ and audiovisual producers¹⁸ modification of recognized broadcasting rights to distribute and make works available to the public;¹⁹ and extension of the period of protection for sound recording producers to 50 years.

In the procedural aspect, modifications to the TRLPI allowed for the following: application for an injunction against intermediaries prior to court proceedings; and punishment for both the circumvention of technological devices designed to protect works and for the manufacture and sale of such devices and services. This reform was intended to provide legal instruments to defend against the introduction and use of technological protection measures and also to provide for indirect administrative protection mechanisms for holders of copyright and related rights.

¹⁴ Rodríguez J.M. (2007) Derecho de explotación. In Rodríguez J.M. (Dtor.) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Navarra: Thomson Civitas. p. 154.

¹⁵ This inclusion is broadly considered a redundancy, given that the definition of public communication already covers this concept. Rodríguez, supra (n 14:173).

¹⁶ Martín A. (2007) Derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes. In Rodríguez J.M. (Dtor.) *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*. Navarra: Thomson Civitas. pp. 593-621.

¹⁷ Rodríguez, supra (n 14: 649-662).

¹⁸ Rodríguez, supra (n 14: 672-681).

¹⁹ Rodríguez, supra (n 14: 683-690).

Regarding administrative protection, changes were also made to the functions of the Intellectual Property Mediation and Arbitration Commission, now to be called the Intellectual Property Commission, a collegiate body of national scope created by the Ministry of Culture. Broadened under Additional Provision Two of Law 23/2006 was its powers to arbitrate and mediate, to set tariffs and settle conflicts between parties.

In the criminal sphere, the Penal Code of 1995 was reformed by means of Organic Law 15/2003 in order to modifying certain aspects regarding infringements of copyright and related rights. In particular, Arts. 270 and 271 were modified so as to increase penalties and amplify the list of typified conducts and convert offences intellectual property into public crimes, i.e. ex officio prosecutable. Paragraph 3 of Art. 270, for instance, introduced two new conditions in favour of holders of copyright and related rights. First, works protected by the typified conducts were more broadly defined (previously, this legal precept had only protected computer programs). Second, there was no requirement that the technical barrier imposed by the seller be lawful, which enabled conduct to be classed as unlawful which in some cases might be lawful, as being covered by the legal limits to copyright and related rights.

Also in 2006, with the purpose of unifying interpretation and application criteria resulting from reforms to Organic Law 15/2003, the state prosecutor promulgated Circular 1/2006 referring to crimes against intellectual and industrial property, which, among other issues, referred to the following: (1) the most common behaviours in the digital environment; (2) recommendations to elevate some of those behaviours to criminal offences; (3) recommendations to the state prosecutor to adopt an active and vigilant stance during the evidence production process; and (4) civil protection for apda made available on the Internet or through file-sharing

systems, provided there was no profit motive in the strict sense (the commercial gain common to all offences against intellectual property).

The regulatory framework outlined above shows how holders of copyrights and related rights could rely on, firstly, civil and criminal legal guarantees, and secondly, on a special regimen for civil action that could be complemented with ordinary law, with alternative means of conflict resolution and with administrative mechanisms. Unlawful conduct could thus be pursued by the following means: (1) special and/or ordinary civil actions; (2) a criminal suit and complementary civil liability suit; and (3) civil action if, in the event of the failure of a criminal suit, conduct did not comply with the profile of the typical offender.

These instruments, nonetheless, proved to be ineffective in dealing with certain online activities. Between 2008 and 2012, several criminal cases brought against certain websites were rejected or resolved in favour of the alleged infringer,²⁰ with the courts upholding various arguments to rule out criminal liability, among them, the subsidiarity of criminal law provisions, as rules which be used only as a last resort, which means that conduct with minor consequences should not constitute a crime. Following this line of argument, judges have argued that, in compliance with the principles of minimal intervention and proportionality, it is necessary to distinguish between activities according to significance and impact and, ultimately, to reserve protection for criminal actions on a larger scale.

As for websites with links, the courts have held that unless administrators upload the infringing content or directly engineer the exchanges, these could not be accused of criminal offences against intellectual property rights. Following this line, internet service providers (ISPs), provided that could demonstrate that they were unaware of the

²⁰ For example, Elitedivx.com, Emule24horas.com, Portalvcd.com, Cinegratis.net, Indicedonkey.com, eDonkeymania.com, Zackyfiles.com and Cinetube.es. <<http://www.bufetalmeida.com/51/sentencias-propiedad-intelectual/1>> accessed 23 June 2014.

offence, could claim exemption from liability under Articles 16 and 17 of Law 34/2002. This exemption could also be alleged in the civil jurisdiction.

Civil cases brought against P2P networks have been resolved in favour of the alleged offenders.²¹ The defence strategy has typically been based on the following arguments: (1) the websites did not store works protected by copyright but contained links to the P2P network; (2) the links corresponded to vast numbers of files and not all the corresponding works were protected by copyright (hence, protected works would first have to be identified); (3) no revenue was obtained from the websites; and (4) the fact that the websites only linked to networks meant they did not infringe the legal concepts of either reproduction or public communication.

The courts, moreover, have stated that links do not imply reproduction, distribution or public communication and that the conduct of defendants was limited to facilitating, permitting or guiding users in their searches for works for exchange. The Spanish copyright protection system, in accordance with EU legislation, does not prohibit such activities and, on this basis, the suits were rejected.

In these circumstances rights holders of downloaded protected works chose to implicate ISPs in order to demonstrate infringement, with the goal of identifying P2P network users, the files they downloaded and the origin of those files. They thus requested preliminary proceedings against ISPs regarding data that would identify infringers. This strategy failed, however, since at that time there was no legal duty on these companies to provide information in the case of civil infractions.²² Their duty to cooperate, which

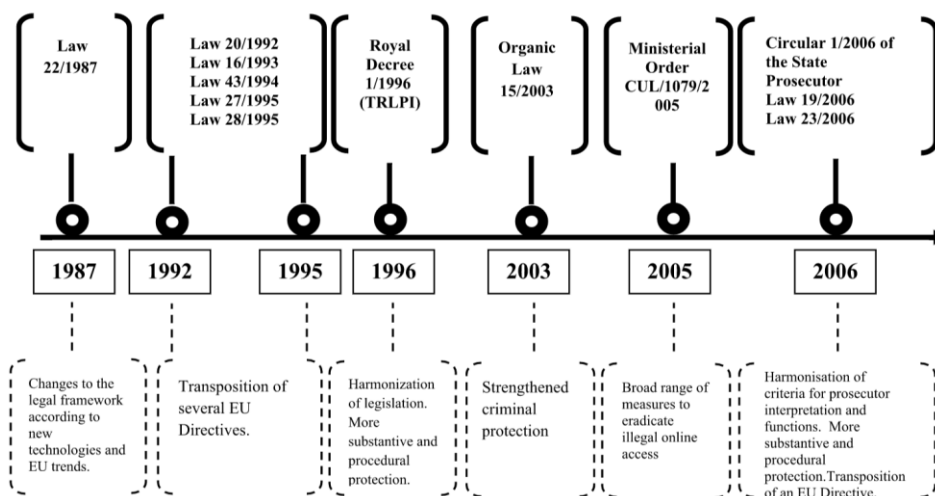
²¹ For example, the case against the owner and administrator of elrincondejesus.com, Sentence 67/2010 of 9 March, Commercial Court No. 7 in Barcelona <<http://vlex.com/vid/-80174659>>, the case against the owner of Indice-web.com, Sentence 149/2010 of 22 April, Commercial Court No. 6 in Barcelona <<http://vlex.com/vid/-261773562>>, and the case against owners of different websites, Sentence 244/2011 of 25 November, Commercial Court No. 4 in Madrid <http://vlex.com/vid/-340709302>.

²² Sentence No. 202/2009 of 15 December, Provincial Court of Barcelona, Section 15 <<http://vlex.com/vid/-233457310>>.

did not contravene EU law, was limited exclusively to the prosecution of crimes.

Summarized in Figure 1 are successive amendments to the legal framework for copyright and related rights in Spain in the last decade.

Figure 1: Timeline of pre-existing Spanish legal framework for copyright protection



Source: Own elaboration.²³

²³ Law 22/1987, of 11 November, governing intellectual property. Law 20/1992, of July 7, modifying Law 22/1987, of 11 November, governing intellectual property. Law 16/1993, of December 23, transposing into Spanish law Directive 91/250/EEC of 14 May on the legal protection of computer programs. Law 43/1994, of December 30, transposing into Spanish law Directive 92/100 /EEC of 19 November on rental and lending rights and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property. Law 27/1995, of 11 October, transposing into Spanish law Directive 93/98 /EEC of the Council of 29 October, harmonizing the term of protection of copyright and certain related rights. Law 28/1995, of 11 October, transposing into Spanish law Directive 93/83 /EEC of the Council of 27 September on the coordination of certain rules concerning copyright and related rights to copyright applicable to satellite broadcasting and cable retransmission. Royal Decree 1/1996 of 12 April, consisting of the Consolidated Text of the Intellectual Property Law (TRLPI). Organic Law 15/2003, modifying offences related to intellectual and industrial property rights. Ministry of Culture Order CUL/1079/2005, of April 21, regarding the publication of the Agreement of the Council of Ministers, dated 8 April 2005, approving the Comprehensive Government Plan for reducing and eliminating activities that infringe intellectual property. State Prosecutor Circular 1/2006 of May 5, on crimes against intellectual property following reform of Organic Law 15/2003. Law 19/2006 of 5 June, broadening the means of enforcing intellectual and industrial property rights and

In line with international and EU legislation, copyright protection has been broadened at both the substantive and procedural levels. Even so, infringements via online activities have not always been punished under the law. This has been either because copyright collides with other rights or because legislation has failed to reflect the characteristics of the Internet.

2.2. CONFLICTING PARTIES AND RIGHTS

The new ICTs and the Internet have enabled the digitization of works and their distribution through new channels on a massive scale.²⁴ Technological advances have vastly changed consumption patterns²⁵ and have also created new online business opportunities.²⁶ Consequently, copyright and related rights collide with other rights in cyberspace with increasing frequency. Therefore, before addressing the mobilization of forces in the Spanish scenario and the building of the legal framework, we first describe the legal protection available to, and the interests defended by, each of the parties.

Authors, as the main rights holders, have the exclusive right to exploit their creations in various ways and for an extended period of time (Art. 20.1b of the Spanish Constitution and Arts. 2 and 26 of the TRLPI). Apart

establishing procedural rules to facilitate the implementation of various EU regulations. Law 23/2006 of July 7, modifying the TRLPI.

²⁴ See Waldfogel, J. (2014) Digitization, copyright, and the flow of new music products. In Ginsburgh V. and Throsby D. (Eds.) *Handbook of the Economics of Art and Culture*, V.2, Elsevier B.V., pp.227-297; Waelbroeck P. (2013) Digital music. In Towse R. and Handke C. (Eds.) *Handbook on the Digital Creative Economy*, Northampton: Edward Elgar, pp. 389-398.

²⁵ See Ritzer G. (2014) Presumption: Evolution, revolution, or eternal return of the same? *Journal of Consumer Culture*, 14(1), pp. 3-24; Giesler, M. and M. Pohlmann (2003) The Anthropology of File Sharing: Consuming Napster as a Gift *Advances in Consumer Research* 30: 273-279; Bryce J. (2001) The technological transformation of leisure *Social Science Computer Review*, 19(1) 7-16.

²⁶ S Øiestad and M Bugge (2014) 'Digitisation of publishing: Exploration based on existing business models' *Technological Forecasting & Social Change* 83, 54-65; B Dawson (2008) Facilitating Innovation: Opportunity in Times of Change *Museum Management and Curatorship* 23(4), 313-331; JM Swaminathan and SR Tayur (2003) Models for Supply Chains in E-Business *Management Science* 49(10), 1387-1406.

from gaining recognition of their authorship and ensuring the integrity of their work, their main concern is to protect the revenues that reward their efforts and allow them to continue creating. Performers are in a similar situation (Arts. 106-109 of the TRLPI); the common denominator is typically the existence of a contractual relationship that affects how the exploitation rights are exercised. As a general rule, the economic substance of copyright and related rights is transferred; hence, the main interest in such cases is legislation that ensures equity in the transfer conditions, employment contract content and licensing fee structure.²⁷

Collective management organizations, as representatives of rights holders (Art. 147 of the TRLPI), monitor infringements and carry out regular studies of online copyright-protected consumption.²⁸ In Spain, leaving aside the traditionally recognized benefits of their activities, the collective management organizations operate a de facto monopoly²⁹ and this situation has given rise to constraints on the development of non-traditional markets for the exploitation of works, difficulties for users to manage their costs efficiently, frequent litigation between the supply and demand sides and increased transaction costs.

The Internet and the new technologies strengthen the position of authors and performers because, in providing alternatives to the traditional system, they subvert the need for collective management organizations.³⁰ New opportunities to distribute and exploit works online

²⁷ Grosse Ruse-Khan, Henning (2009) IP Enforcement Beyond Exclusive Rights Available: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1445292> accessed 6 June 2011.

²⁸ See Estudios sobre piratería y hábitos de consumo de contenidos digitales, Observatorio de piratería y hábitos de consumo de contenidos digitales <<http://lacoalicion.es/observatorio-pirateria/#>> accessed 2 June 2014.

²⁹ Padrós, C. (2011b) Los monopolios de gestión de derechos colectivos de propiedad intelectual ante las autoridades españolas de defensa de la competencia. In Padrós C and López J (eds) *El canon digital a debate. Revolución tecnológica y consumo cultural en un nuevo marco jurídico-económico*. Barcelona: Atelier, pp. 247-280.

³⁰ See Garcelon, M. (2009) An information commons? Creative Commons and public access to cultural creations. *New Media and Society* 11(8) 1307-1326; Torres, V and Delgado, M (2011) Alternativas para la autogestión de los derechos de autor en el mundo digital. *Profesional de la Información* 20(1) 61-70.

have led to a questioning of the need for collecting societies, as the Internet provides creators with new mechanisms to exercise their powers and license their property.³¹ Consequently, collecting societies, feeling that their continued existence is under threat, have therefore emerged as fervent opponents of activities via the Internet.

Although the entertainment industry consists of very diverse entities in terms of activities and size, broadly speaking they are holders of copyright and related rights (Arts. 8, 97.1, 97.2 and 97.4, 115-117, 121-123 and 126 of the TRLPI) and their main interest is to recover their investment and exploit works profitably. They are staunch advocates of the enforcement of copyright through improved protection and sanctioning mechanisms.³² Internationally, the debate regarding copyright primarily defends the interests of entertainment multinationals,³³ given their control over international trade and their pressures on legal systems to safeguard copyright.³⁴ There are no Spanish companies among these multinationals and the strongest lobbies in Spain, in fact, represent foreign interests. To protect their interests, the entertainment multinationals have created a web of contacts with national partners and actively participate in business associations and national lobbies.

An increasingly important role is being played by ISPs, who by right are entitled to exercise free enterprise (Art. 38 of the Spanish Constitution). A number of countries have opted to include them in procedures to safeguard copyright and thus exempt them from vicarious or second-degree liability.³⁵ They thus have a legal obligation to cooperate in protecting

31 Navarro, F. Compartir la música para defenderla. El País, 18 May 2011.

32 Grosse, supra (n 27).

33 Ibid.

34 Drahos, P (2004) The regulation of public goods. *Journal of International Economic Law* 7(2): 321-339.

35 Ibid.

copyright in France, the United Kingdom, Ireland and Sweden.³⁶ Because of the availability of technological tools to identify alleged infringers and suspend access to information society services, it has also been possible for this provision to be included in Spanish law.

End users also have rights such as the right to access culture, the right to freedom of expression and the right to freely receive and transmit information (Arts. 44.1, 20.1a and 20.1d of the Spanish Constitution). This group, which has called for regulation adapted to the reality of cyberspace, is mainly interested in ensuring the absence of exorbitant penalties for the consumption of digital content. Their stance is to defend existing rights as consumers and also the development of exceptions through effective mechanisms.³⁷

The use of digital content is also increasingly common in the conduct of professional or business activities by legally constituted entities, for instance, the use of online marketing and communication tools to enhance competitiveness. In the exercise of the right to free enterprise (Art. 38 of the Spanish Constitution), these tools enhance Internet presence, provide a channel for distribution, sales and communication with current and potential customers and assist in the co-creation of content and the development of an online reputation.³⁸ These activities frequently involve the need to access products protected by someone else's copyright.

36 Winn, J and Jondet, N (2009) A "new deal" for end users? Lessons from a French innovation in the regulation of interoperability. *William and Mary Law Review* 51(2) 547-576; Lucchi, N (2011) Regulation and Control of Communication: The French Online Copyright Infringement Law (HADOPI). Available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1816287 accessed 6/6/2011.

37 Grosse, supra (n 27).

38 See Rodriguez K., Kaminski J. and Arnold D. (2012) 3D heritage on mobile devices: Scenarios and opportunities. In Ioannides M. et.al. (Eds.) *Progress in cultural heritage preservation*. EuroMed 2012, LNCS 7616. Berlin Heidelberg: Springer-Verlag pp. 149-158; Martínez V. (2006) *Ocio y turismo en la sociedad actual. Los viajes, el tiempo libre y el entretenimiento en el mundo globalizado*. Madrid: McGraw Hill.

Therefore, any strengthening of copyright protection in the digital environment has an impact in terms of higher transaction costs.³⁹

From the above, it is evident that a large number of both domestic and foreign actors have interests related to the regulation of online copyright and related rights in Spain. The current regulatory framework affects the full exercise of other legally recognized rights, given that the strengthening of protection for holders of copyright and related rights restricts the use of online technologies by both individuals and businesses. The collisions between these rights have led to conflicts that, in turn, have justified ongoing legal developments in this area.

3. THE SINDE LAW: CONTENT, CONTEXT AND IMPLICATIONS

The Sinde law is one of the latest legislations passed in Spain aimed at strengthening protection of copyright and related rights in the digital environment. Below, we first critically analyse its content to determine what loopholes it fills in existing laws, then analyse its limitations and main criticisms and, finally, examine the context and social forces inspiring this legislation in order to understand its true scope.

3.1. MAIN FEATURES OF THE SINDE LAW

The Sinde law was promulgated to address the high level of illegal online use of works protected by copyright in Spain.⁴⁰ Introducing a specific administrative procedure that broadens liability, it is manifested as an exercise of administrative safeguards for copyright, which is considered by the authorities as meriting special protection. For this purpose, a new administrative body was created, outside the judicial sphere, and the intervention of ISPs in safeguarding copyright was secured. Below we describe the main features of the Sinde law.

³⁹ Scotchmer, S. (2004) *Innovation and incentives*. Cambridge: MIT Press.

⁴⁰ *Ibid* n 28.

One innovation of the Sinde law is the premises that give rise to liability. Copyright holders can file a claim with Section Two of the Intellectual Property Commission provided that: (1) there is an alleged infringement of copyright in cyberspace; (2) the alleged infringement is made by an information society service providers (ISSPs) acting either directly or indirectly; and (3) the alleged infringement is motivated “by financial gain or has caused or is likely to cause financial loss” to the rights holder.⁴¹ On these grounds it was intended to cover the type of cases being dismissed by civil and criminal courts, yet which implied financial losses for the holders of the copyright or related right.

In delimiting the premises that legitimize the use of this defence mechanism, two issues need to be highlighted: first, the fact that the alleged infringer can effectively be held responsible even if acting indirectly; and second, the use of the conjunction ‘or’ in the requirement that the infringement be motivated “by financial gain or has caused or is likely to cause financial loss”. This legal provision clearly expands the factual elements that generate liability, allowing for the inclusion of cases that may have been dismissed by the courts. Inclusion of the word ‘likely’, moreover, admits cases in which damage has not occurred but is at risk of happening, which allows for the possibility of content being removed or a service being suspended before the harmful event. Obviously, this measure proposes to extend jurisdictional protection through a clear commitment to the precautionary principle in the face of a threat of harm.

This modification empowers copyright holders to initiate the procedure, provided they demonstrate exploitation (profitable or otherwise) of their work by any legally admissible means of evidence (Art. 17.2c of Royal Decree 1889/2011). This provision may place restrictions on access to information and culture and potentially affects communication rights and

⁴¹ Art. 158.4 para. 2 of the TRLPI and Art. 13.3 of Royal Decree 1889/2011.

data protection. It also ignores the fact that works were also shared before the digital age, with the Internet merely enabling sharing on a much greater scale.⁴²

The Sinde law also reinforces the position of copyright holders with respect to the presumption of liability (Art. 20.1 of Royal Decree 1889/2011). The procedure is launched with a request to the alleged infringer to voluntarily remove content within 48 hours (Art. 20.1 of Royal Decree 1889/2011). Thus, for the alleged offender, liability is assumed and the burden of proof is reversed, meaning that someone who has not as yet been declared guilty bears the burden of pleading and proving their innocence. Any other act or omission presupposes recognition of the infringement of copyright.

Another innovation is the creation (as part of the Intellectual Property Commission) of an administrative body outside the court system whose sole purpose is to safeguard online copyright and whose members are appointed directly by the government. According to Article 158.4 of the TRLPI, the Intellectual Property Commission would now have a unit that would be known as 'Section Two', composed of officials appointed by the Ministers of Education, Culture and Sports, Industry, Energy and Tourism, Economy and Competitiveness and the Presidency. This has not only involved additional costs; more disturbingly, the courts are excluded from any direct knowledge of online copyright litigation, now reserved exclusively to this entity under direct control of the executive. This provision can be interpreted as interventionist and as ensuring that copyright and related rights fall outside the influence of the judiciary.

The advantage for copyrights holders is that they have an alternative to the courts, a fact which places other parties, like intermediaries (ISPs) and users, at a disadvantage. ISPs are required to cooperate and to assume

⁴² Lessig, L. (2006) *Code: Version 2.0*. New York: Basic Books.

certain obligations (discussed below). Users may see their online access restricted and may be left without an alternative legal source for a good or service. Both intermediaries and users, thus, have their rights curtailed, whether of access to culture, freedom of information, freedom of enterprise or freedom of communication. The imbalance is increasingly evident, given that ISPs and users only have access to court protection, with the inherent time and money costs.

The intervention of intermediaries in the protection of online copyright has become a trend,⁴³ with which the Sinde law is entirely consistent. Indeed, ISPs play a decisive role. In an initial phase, they may be required by judicial order to furnish data within 48 hours to Section Two to enable unambiguous identification of the ISSPs responsible for the alleged infringement (Art. 8.2 of Law 34/2002 and Art. 18.1 of Royal Decree 1889/2011). Leaving aside the restrictions imposed on the right of free enterprise, both the execution of the request and the time allowed imply burdens. In a second phase, intermediaries may also be compelled to intervene in the execution of the sanction if the infringer does not comply voluntarily, being allowed 72 hours (counting from the reception of the court order) to suspend the service (Art. 22.3 of Royal Decree 1889/2011). An active role is thus imposed on the intermediaries through obligations that imply additional technical and resource burdens on them. Overall, little consideration has been given to how to meet the costs and ameliorate the impact for the free development of enterprise.

Section Two has the power to remove content and suspend information society services in the face of alleged infringements of copyright (Art. 8.1e of Law 34/2002). A new reference to “the safeguarding of intellectual property rights” has been added to existing provisions. In regard to online

⁴³ Graber C. (2012) Internet Creativity, Communicative Freedom and a Constitutional Rights Theory Response to “code is law” in Candeub A and Pager S (eds) *Transnational Culture in the Internet Age*. Cheltenham: Edward Elgar.

infringements, it equates a *sui generis* property right to public and general interest principles such as the dignity of the person, non-discrimination, the protection of children and public health and safety.

As a preliminary conclusion, the Sinde law formally strengthens legal protection of copyright in the online environment. The liability for online acts is broadened, the obligation on ISPs to cooperate is included and new punitive measures —specifically the removal of content and service suspension— have been introduced against online infringements of copyright. Section Two, furthermore, has been created as part of the Intellectual Property Commission, the administrative body whose main function is to protect copyright in the digital environment. However, the Sinde law has not proved to be a success. Given its significance for the national context, below we analyse known data on its implementation, focusing particularly on the more controversial elements and the technological alternatives that enable infringement.

3.2. SINDE LAW IMPLEMENTATION: CRITICISMS AND WEAKNESSES

In the first year of implementation of the law, Section Two received 363 requests for inspection of illegal content;⁴⁴ 248 were shelved following a negotiated agreement or because of formal defects and another 81 proceeded to the preliminary investigation stage.⁴⁵ Meanwhile, 15 file-sharing websites ceased activities or fully or partially withdrew content in response to Section Two notifications regarding infringement of copyright.⁴⁶ Over 200 requests were lodged by the musician Eme Navarro,

⁴⁴ In the first ten months of implementation of the Sinde law, most complaints came from the Federation for the Protection of Intellectual Property (FAP), an organization representing film and video-game interests.

⁴⁵ Pérez, D. & Riaño, P. Cultura reconoce que su ley estrella contra la piratería “no es eficaz.” *Teknautas, El Confidencial*, 28 February 2013.

⁴⁶ *Ibid.*

who, in filing claims against his own music, wished to highlight the inefficacy of the law and demonstrate that not all authors support it.⁴⁷

It should also be noted that claims filed against websites like Bajui.com, Cinetube.es and Pordescargadirecta.com were dropped as a result of non-response (“administrative silence”) on the part of Section Two. In regard to Bajui.com and Cinetube.es, Section Two allowed the time period for responding to the allegations of the presumed wrongdoers to elapse. As for the claim against Pordescargadirecta.com, the time period was allowed to elapse because a criminal claim had been filed that would have been prioritized.⁴⁸

Noteworthy are the tight deadlines for each of the procedural stages. For the voluntary withdrawal of content, the alleged infringer is given 48 hours (Art 20.1 of Royal Decree 1889/2011), evidence must be provided within two days, findings must be provided within five days (Art. 21 of Royal Decree 1889/2011) and the decision must be issued within three days (Art. 22.1 of Royal Decree 1889/2011). Of concern is the lack of time allowed to Section Two to hear a case and formulate an objective and impartial judgement. The deadlines are stricter compared to those provided for in judicial proceedings. Interestingly, despite the short deadlines, Federation for the Protection of Intellectual Property (FAP) spokespersons have complained about slowness and inefficacy. They have also lost confidence in the Sinde law, given its minimal impact on the consumption of content available on the Internet.⁴⁹

The deadlines for intermediaries are also short: 48 hours to provide information that identifies the alleged infringers (Art. 18.4 of Royal Decree 1889/2011) and three days for service suspension (Art. 22.3 of Royal Decree 1889/2011). Neither are the demands regarding deadlines much

⁴⁷ Seisdedos, I. La ‘ley Sinde-Wert’, ese agujero negro. *El País*, 15 February, 2013.

⁴⁸ Bejerano, P. Un año de la Ley Sinde-Wert: una coacción ineficaz. *Eldiario.es*, 27 February 2013.

⁴⁹ Seisdedos, supra (n 47).

less stringent for the central administrative courts: 24 hours to authorize the identification of an alleged infringer, two days to convene a hearing of the parties and another two days to approve or deny execution of the measure (Art. 122 bis 1 of Law 29/1998). Such deadlines imply the prioritization of these issues over other cases presented at these courts.

Also questioned is the sanction included in the Sinde law — website closure — aimed at dealing with the underlying problem. Boldrin and Vázquez⁵⁰ claim that closing down websites is an inefficient way to protect authors and a disincentive to artistic innovation and the production of new works. They ultimately conclude that this approach to defending authors and performers is pointless, since people will simply seek alternative ways to access culture.⁵¹

Another widely criticized aspect of the Sinde law is the way it threatens legal certainty, since it allows Section Two to issue decisions that might contradict those issued by the courts. The controversy lies in whether or not administrators of a file-sharing website are obliged to monitor all content provided by users. The courts have dismissed claims in this regard, arguing that it is not possible to control all activity generated in a website and that direct links to downloads do not infringe copyright. Section Two, however, does not consider this control to be a disproportionate burden for the webmaster and so, unlike the courts, recognizes the existence of liability in these cases.

This divergence in positions generates inconsistency and uncertainty in resolving conflicts and opens up the possibility of proceedings being initiated against members of Section Two for prevarication. A suit has

⁵⁰ Boldrin M and Vázquez P. (2010) Derechos de propiedad intelectual: Derechos de autor. In: Fernández J, Garicano L and Bagüés M (eds) *La Ley de Economía Sostenible y las Reformas Estructurales: 25 Propuestas*. Madrid: FEDEA pp. 56-59.

⁵¹ Boldrin and Vázquez, *supra* (n 50:59).

recently been admitted against the members of the Sinde Commission⁵² and a Section Two resolution has been challenged on the grounds of inconsistency with a judicial pronouncement; in this case, Section Six of the Administrative Chamber of the National Court will decide on the appropriateness of the procedure.⁵³

Sparking a great deal of scepticism when the Sinde law entered into force was the fact that Section Two members, responsible for resolving conflicts regarding online copyright, were anonymous, with their identity, in fact, remaining secret for almost a year. The transparency of this body has thus been questioned, since anonymity is a clear infringement of the right to know the identity of government officials and staff responsible for handling public proceedings (Art. 35b of Law 30/1992, on the legal regime governing public bodies and common administrative procedures).

Pressures to identify Section Two members were eventually successful, when, after several requests, they were finally named in regard to a specific case. However, the communication of their names included a warning regarding the civil and criminal responsibilities — under personal data protection legislation — entailed by disclosure.⁵⁴ This situation further underlines the lack of transparency of Section Two, exacerbates conflict and makes consensus between parties difficult. Furthermore, publication of the profiles of the Section Two members has revealed their ties with politicians, lobbyists, foreign nationals and even the US government, all of which merely calls into question their impartiality.⁵⁵

⁵² Peirano, M. Un juzgado investiga a la Comisión Sinde por prevaricación. *Eldiario.es*. 9 October 2013.

⁵³ Romero, P 'Quedelibros.com' lleva a la 'Ley Sinde' a la Audiencia Nacional. *El Mundo*, 5 March 2013.

⁵⁴ Bravo, D La Comisión Sinde me prohíbe revelar sus nombres bajo pena de multa. *Eldiario.es*, 3 December 2012.

⁵⁵ See Romero, P. Ésta es la Comisión Sinde. *El Mundo*, 11 February 2013; Pascual, A. Nepotismo, filtraciones e ignorancia: las sombras sobre la Comisión Sinde. *Teknautas, El Confidencial*, 13 February 2013; *20 minutos* Wikileaks cable (meeting between a Spanish official and a US copyright office delegate). *20 minutos.es*. Available at: <http://www.20minutos.es/cable-wikileaks/953063/09madrid1075-cable-sobre-la->

Nonetheless, the ineffectiveness of the Sinde law lies not only with the difficulties in complying with deadlines and requirements or even with the appeals or challenges filed against it, especially as none have been admitted by the Supreme Court. Its Achilles' heel lies in the technological possibilities for circumventing its legal consequences. This law is the perfect example of how a legal solution obviates a technological solution as a regulatory mechanism for the Internet⁵⁶ and enables consumption to continue even in cases of illegality. Those who predicted its ineffectiveness were absolutely correct in stating that the law would fail utterly to resolve online copyright infringements.

The consequences of the application of the Sinde law, regardless of the peculiarities of cyberspace, have been demonstrated in different ways. In Spain in September 2011, for example, as part of the San Sebastian Film Festival, an experiment was conducted in order to demonstrate the ineffectiveness of the law before its entry into force: in the time period covered by a conference, Internet users were asked via Twitter to create a file-sharing website.⁵⁷ The outcome exceeded expectations: in just an hour 20 download pages with hundreds of links each were created. This experiment demonstrated that even the most expeditious procedure is incapable of coping with the speed and range of actions that can be performed over the Internet.

Overall, the functioning of the Sinde law has undoubted weaknesses, be they short deadlines, lack of transparency, the threat to legal certainty or inattention to technological regulation. The gap between the Sinde law and the social relationships it aims to influence is manifest, rendering it artificial and entirely lacking in effective tools for conflict resolution. Its

reunion-entre-el-subdirector-de-propiedad-intelectual-y-una-delegada-de-la-oficina-de-copyright-de-ee-uu/ accessed 6/9/2013.

⁵⁶ Graber, *supra* (n 43).

⁵⁷ Otto, C. Cómo demostrar en una hora la ineficacia de la ley Sinde. *Teknautas, El Confidencial*, 16 September 2011.

implementation has shown that its detractors were right after all. Its limited effectiveness has not gone unnoticed by any of the parties to the conflict and, since its proponents remain unsatisfied, it is not clear what its purpose may be or whom it benefits. It therefore becomes necessary to analyse dynamics and interactions between stakeholders during the process of reconfiguring the regulatory framework governing copyright in Spain.

3.3. WHY THESE LEGISLATIVE DEVELOPMENTS? CONTEXT AND SOCIAL FORCES

Changes to the legal copyright framework in Spain in the last decade have been conditioned by powerful lobbying actions including contacts established with Spanish authorities, partnerships between international and domestic stakeholders and media campaigns endorsed by personalities from the world of culture.

One of the earliest actions was US Embassy talks with members of the Spanish government in 2004 that led to the recommendation not to include Spain in the Special 301 Report Watch List.⁵⁸ In response, in December 2004, the Ministry of Culture published an integrated plan aimed at eliminating activities that infringed copyright. In 2005, it created a special body to prosecute Internet crimes and announced the training of specific inspectors. The plan involved 11 ministries and required the participation of regional governments, local authorities and the private sector in implementing preventive measures, public awareness campaigns and legal changes. During this same year, in several meetings between US Embassy and Spanish government officials, the former continually underlined the importance of protecting copyright online.⁵⁹

⁵⁸ Anon. Cronología de las presiones de EE UU a España sobre la llamada 'piratería' digital. *El País*, 3 December 2010.

⁵⁹ *Ibid.*

A study regarding online piracy was the basis for the US Embassy proposing, in 2008, to include Spain in the Special 301 Report Watch List,⁶⁰ given the lack of effectiveness of measures implemented between 2005 and 2007.⁶¹ In this context the entertainment industries reinforced their strategy in three areas. First, they launched a political campaign underpinned by legal instruments aimed at strengthening online copyright protection, for which they required support from the government and parliament.⁶² They also ran an ideological campaign that stigmatized the consumption of works outside the law, using, in this case, the media as the linchpin. Finally, they sought to develop partnerships with the technology sector as part of an economic strategy that would technologically limit possibilities of infringing copyright and related rights in the digital environment.⁶³

As a way to strengthen their bargaining position, holders of copyright and related rights joined forces in a new lobby. In early 2008, the Coalition of Creators and Content Industries (CCIC) commenced its activities in defence of copyright in the Spanish context and to promote the necessary measures to eradicate online acts that infringe copyright. This lobbying body, whose leaders have close links to members of the government,⁶⁴ represents collective management organizations and national and foreign entertainment interests.⁶⁵ It played a major role in the entire Sinde law negotiation and development process.⁶⁶

⁶⁰ IIPAP (2008) Special 301 Recommendation. IIPAP recommends that Spain be placed on the Watch List.

⁶¹ IIPAP (2007-2013) Special 301 Recommendation. IIPAP recommends that Spain be placed or remained on the Watch List.

⁶² This strategy has been previously used by entertainment multinationals. See for example, Frith S. (1987) Copyright and the music business. *Popular Music*, 7(1), 57-75.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Llorente, I. La Coalición logra su objetivo en la lucha contra las descargas. *cuartopoder*, 19 March 2010.

⁶⁵ Anon. Autores e industria crean una coalición contra la 'piratería' en la Red. *El Mundo*, 16 June 2008.

⁶⁶ Anon. El borrador del decreto de la ley Sinde fue modificado por los artistas. *Libertad Digital*, 12 April 2011 and Llorente, supra (n 64).

With Spain's inclusion in the Watch List in 2008, the CCIC, together with ISPs grouped in the Redtel association of telecommunications operators, launched negotiations regarding legal reforms to the regulatory framework governing copyright online. They agreed initially that trafficking in files on the Internet would be regulated⁶⁷ but negotiations broke down in 2009. Redtel rejected the initial CCIC proposals to criminalize end users and reduce access speed as a technological means of regulating copyright infringement.⁶⁸ It also urged the government to publicly present a proposal for regulation that would foster discussion among all the parties and called on opposition groups to seek support among their ranks.⁶⁹

Negotiations between the entertainment industries and ISPs failed to result in any significant agreements. Leading telecommunications operators with their own networks in Spain opposed the Sinde law, with Redtel lobbying during the entire negotiation process and even after approval of the Sinde law.⁷⁰ Their main arguments are their preference for courts of law, the complexity and inefficacy of the procedure, the increased frequency of litigation and the risk of rulings in conflict with the courts⁷¹ — as happened in September 2013 with the website *Multiestrenos.com*.⁷² The Sinde law as enacted reflected the interests of both sectors. Yet, while ISPs were obliged to cooperate, penalties could not be imposed on end users.

While the Sinde Law was widely criticized by all parties, it was the disagreements between the entertainment and telecommunications sectors which had the most far-reaching repercussions on the lengthy process of negotiation and parliamentary procedure in the years 2009 to 2011. The

⁶⁷ Criado, M.A. Las operadoras no volverán a negociar con la industria cultural un plan antidescargas. *Público.es*, 15 June, 2009.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Asociación de Internautas. Los 'telecos' rechazan tomar medidas antipiratería que castiguen al usuario. 16 June, 2009.

⁷⁰ Muñoz, R. Los operadores advierten de que el cierre de webs atascará los juzgados. *El País*, 15 October 2010.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Otto, C. La 'Comisión Sinde-Wert' determina que una web de enlaces infringe la ley el mismo día que un juez la exime de toda culpa. *Tecnoxplora*, 3 September 2013.

draft law was first rejected by the Congress of Deputies and was later modified in the Senate. In February 2011, the government won approval for the Sinde law with the support of two opposition parties. Spain remained on the Special 301 Watch List Report during the negotiation period but in 2011 obtained initial recognition of its efforts from the US government, as follows:

Spain Remains on the Watch List. The United States welcomes the recent passage of legislation that will provide a mechanism for rights holders to remove or block access to infringing content online. Spain has demonstrated a serious commitment to addressing piracy over the Internet with this initiative. The USA will monitor implementation of the legislation and urges Spain to ensure that it addresses all forms of piracy over the Internet and that it provides for the swift removal of infringing content. The United States also urges Spain to continue to work to address additional concerns about piracy over the Internet, including the inability of rights holders to obtain identifying information necessary to prosecute online IPR [intellectual property right] infringers. (...) The United States looks forward to continuing to work with Spain to address these and other concerns.⁷³

This recognition represented support for legal measures aimed at strengthening protection for copyright — and also an interest in perpetuating economic hegemony. This political pressure, which fundamentally acts in defence of the interests of the entertainment industry, derives from the fact that both the Internet and the new digital technologies have affected distribution models for analogue works. The replacement of physical support with digital support has led to changes in the value chain, resulting in certain business structures that are obsolete or that will need to undergo very profound changes. The instinct for self-preservation is evident in the entertainment sector's attempts to maintain the status quo at all costs.⁷⁴ However, despite the resistance,⁷⁵ content creators warn that the main challenge lies in deciding what to give away for

⁷³ United States Trade Representative, Special 301 Report (2011) pp.39-40.

⁷⁴ Grosse, supra (n 27).

⁷⁵ Dyson, E. (1994) Intellectual property on the net. *EDventure Holdings Inc*, 28 December, 1994.

free and what to charge for on the Internet, taking into account competitor behaviour and customer expectations. In other words, the industry must adapt to the digital environment or perish.⁷⁶

The technology sector has also had to respond to court orders in different European countries in relation to the removal of content. In parallel with their lobbying activities, technology companies have opposed legal changes by developing technological tools that continue to offer end users their current services.⁷⁷ They are an example of how legal restrictions can be subverted by technology; hence, in parallel with traditional legislation, another kind of regulation — technological — is being developed from source codes.⁷⁸ Ironically, technological regulation prevails over legal regulation, even when changes in the regulatory framework obviate it.

In the progression of the Sinde law through the Spanish parliament, the collective management organizations also played a very active role, both independently and through partnerships such as within the CCIC. They were the law's most vocal supporters, even when the law, once enacted, was considered to be rather watered down. To promote and justify their demands they lobby heavily and commission regular studies of online copyright infringement in Spain.⁷⁹ They have also pioneered the filing of claims through the new procedure.⁸⁰

Also very active against the draft law during parliamentary proceedings were users. They have reacted strongly against the content of the Sinde law as enacted and are using all means available to obtain recognition for their demands. One civil protest action was the creation of a “disobedience

⁷⁶ Bailey, C Jr. (2006) Strong Copyright + DRM + Weak Net Neutrality = Digital Dystopia? *Information Technology and Libraries* 25(3): 116-139.

⁷⁷ Cano, R. Blogger en doble versión para evitar la censura. *El País*, 2 February 2012.

⁷⁸ Lessig, supra (n 42).

⁷⁹ Ibid n 28.

⁸⁰ Romero, P. Cultura confirma las primeras ‘denuncias’ por la Ley Sinde. *El Mundo*, 7 March 2012.

manual” made freely available online, the *Manual de Desobediencia de la Ley Sinde*,⁸¹ which aims to spread awareness of technological stratagems to evade the legal consequences of the Sinde law and to promote cyberspace access to content and cooperation.

Users have also used legal instruments to challenge application of the Sinde law. One association of Internet users challenged Royal Decree 1889/2011 before the Supreme Court and applied for the law’s interim suspension.⁸² In support of the appeal it was argued that the law negatively affected the proper exercise of both freedom of information and freedom of expression. However, in May 2013, the Supreme Court ruled that the appeal was unfounded.⁸³

Other business sectors have also expressed their disagreement with the changes to the regulatory framework governing copyright online. The Internet Business Network (REI) and the Spanish Digital Economy Association (ADIGITAL), for instance, expressed their dissatisfaction with the Sinde law by appealing to the Supreme Court and requesting, as a precautionary measure, that the procedure be suspended.⁸⁴ Arguing in defence of free enterprise, Internet neutrality and the rights of end users, they warned of the restrictions that would be imposed on business development and digital-based initiatives. In June 2013 the Supreme Court partially upheld the appeal and declared void Article 20.2 of Royal Decree 1889/2011 as contrary to law.⁸⁵

The official discourse against access to digital content reinforces the idea that the livelihood of creators depends exclusively on the eradication

⁸¹ Hacktivistas (2011) *Manual de Desobediencia de la Ley Sinde*. Diagonal y Traficantes de Sueños.

⁸² Asociación de Internautas, ‘La Asociación de Internautas impugna la Ley Sinde Wert y pide su suspensión cautelar’ 3 February 2012.

⁸³ Romero, P. El Tribunal supremo se lleva por delante parte del reglamento de la ‘Ley Sinde’. *Elmundo*. 20 June 2013.

⁸⁴ Red de Empresas de Internet. REI y Adigital interponen un recurso contra la ley Sinde-Wert ante el Tribunal Supremo. Available at: <http://redempresasinternet.es/categoria/noticias-rei>. Accessed 9/3/2012.

⁸⁵ Romero, supra (n 83).

of such practices. However, in Spain, the positions adopted by authors, artists and performers — who may be members of several different collective management organizations — are not necessarily homogeneous. Nonetheless, the economic impact is obviously a factor in the positions adopted. For some authors and artists, the new technologies represent an opportunity to make themselves known and distribute and finance their work, that is, to manage themselves. For others, however, practices that result in losses for the industries that provide them with employment endanger remuneration and conditions for creation.

Interactions between stakeholders defending their interests resulted in the Sinde law, finally passed in March 2012. Analysis of the processes driving the development of this law and of the interactions between social forces that influenced its configuration helps understand how it was forged in its present shape.⁸⁶ The law could have been much stricter, but pressures exercised by user associations limited its scope. Despite its acknowledged inefficacy, in its application it is a formal legal exponent of the primacy of copyright over other rights.

Just over a month after the Sinde law was passed, after four consecutive years (2008 to 2011), Spain was finally removed from the Watch List. However, a year after the law's entry into force, digital content consumption in Spain has hardly varied, according to industry-sponsored studies.⁸⁷ Faced with enhanced protection for the entertainment industry, consumers have used technological subterfuge to avoid the consequences of the law, confirming Graber's assertions that there is a wide gap between the law's requirements and what is tolerated by Internet intermediaries.⁸⁸

Since this law proved unable to control the illegal consumption of works on the Internet in Spain, in February 2013 the International Intellectual

⁸⁶ Cotterrell, *supra* (n 8).

⁸⁷ *Ibid* n 7.

⁸⁸ Graber, *supra* (n 43:22).

Property Alliance addressed a letter to the United States Trade Representative in which it again recommended Spain's inclusion in the Watch List.⁸⁹ In response, a further amendment to the copyright legislation was proposed, with tougher provisions regarding punitive sanctions, ISP actions at the behest of the Intellectual Property Commission and requirements to launch complaints.⁹⁰ Spain is therefore adopting legal measures that respond to external demands rather than to any desire to achieve consensus among actors in conflict through legislation that considers the characteristics of the online environment and social practices.

Given the ineffectiveness of the legal adaptations made to date, pressures and threats to return Spain to the Watch List have restarted. As an immediate response, the Spanish Council of Ministers approved a draft bill to partially amend the legislation. As it happens, Spain did not re-enter the Watch List but legal actions to come will, no doubt, be closely monitored from the other side of the Atlantic.⁹¹ Thus, the rule of law stands as a third type of imperialism (in historical terms) that sustains and enhances liberal legality.⁹² In this case, the imperialism is not manifested in classical north-south, east-west or developed country-developing country polarities. Rather, in the western and developed "north", there is also a hierarchy through which diplomatic and corporate pressures are exerted. The goal is to obtain legal standing in support of economic interests.⁹³

⁸⁹ Metalitz, S. et. al. IIPA Written Submission Regarding 2013 Special 301 Review: Identification of Countries Under Section 182 of the Trade Act of 1974: Request for Public Comment and Announcement of Public Hearing Request to Testify at 2013 Special 301 Hearing (77 Fed. Reg. 77178, Dec. 31, 2012).

⁹⁰ Anon, 'La Ley Lasalle sobre propiedad intelectual permite perseguir a las webs de enlaces' *La Voz de Galicia.es*. 23 March 2013.

⁹¹ Koch T and Marcos A. España se salva de volver a la lista negra de la piratería de EEUU. *El País*, 1 May 2013.

⁹² Goodale, M (2005) Empires of law: discipline and resistance within the transnational system. *Social and Legal Studies* 14(4) 553-583.

⁹³ Hunt, A. (1986) The theory of critical legal studies. *Oxford Journal of Legal Studies* 6(1) 1-45.

Consequently, the law simply reinforces a legal model and an ideology that reproduces relations of subordination between allied countries.

In 2013 the Council of Ministers approved a bill amending the Penal Code to protect online copyright by allowing action to be taken against file-sharing websites. Website administrators — formerly exempt from any legal liability — may now be tried in court and sentenced to imprisonment. The bill amending the Penal Code, so as to criminalize actions to date not classified as such, and especially aimed at file-sharing website administrators. The maximum sentence was set as six years in prison, but, a result of negotiations, the minimum sentence was reduced from two years to six months (if a sentence is less than one year and the person has no police record, they do not go to prison).⁹⁴

The draft law to reform copyright legislation also led to conflict and to questioning regarding the lack of transparency in its development.⁹⁵ On this occasion, ADIGITAL⁹⁶ — which has declared itself in favour of regulatory reform provided that new legislation does not hinder the development of the digital economy — was an early denouncer of the lack of consultation and prior information about the content of the draft copyright law. Its main concern refers to the role that could be played by advertising agencies in safeguarding copyright online and the penalties that could be incurred if the agencies failed to cooperate.⁹⁷ Essentially, a sector consisting mainly of small and medium enterprises would be the first victim of the draft law in its present form. Excluded, meanwhile, are

⁹⁴ Seisdedos, I. and Gutiérrez C. El gobierno al abordaje de la piratería. *El País*, 19 September 2013.

⁹⁵ Alonso J. Reforma de la LPI: todos somos policías. *Merodeando*, 15 March 2013.

⁹⁶ ADIGITAL brings together some 500 companies from the digital economy, e-commerce and direct, relational and interactive marketing sectors. See: <http://www.adigital.org/quienes-somos/quienes-somos>.

⁹⁷ Anon. La Ley Lasalle de propiedad intelectual podrá sancionar a los anunciantes en las webs de enlaces. *marketingdirecto.com* 22 March 2013.

companies that act as mere technical intermediaries, whose lobbying activities have borne fruit.⁹⁸

Also opposed to this draft law are the eight Spanish collective management organizations, although for a different reason: they consider that it is prejudicial to the rights of the public. The Association of Internet Users argues, likewise, that the law is designed to benefit a particular industry.⁹⁹ Satisfaction with the future reform at the national level is minimal, yet, the fact remains that Spain has remained off the Watch List since 2011.¹⁰⁰ However, with the approval of Law 21/2014, of 4 November, amending the TRLPI (to enter into force over 2015), once again the regulatory framework governing copyright and related rights has been changed despite opposition to and criticism of the draft.

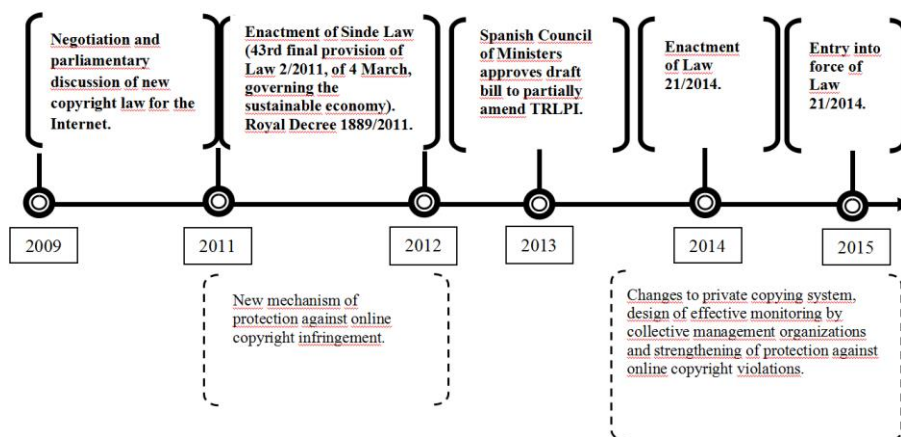
In this Spanish context various forces have come together to lobby for their interests to be reflected in new legislation. As a result, they have managed to negotiate several partial reforms to the legal framework governing copyright and related rights, most particularly in recent years, as part of a process (summarized in Figure 2) that is as yet unfinished.

⁹⁸ González, D. Los puntos más polémicos de la 'Ley Lasalle', la nueva reforma de la ley de propiedad intelectual. *20minutos.es*. 21 March 2013.

⁹⁹ Anon. Entidades de gestión, internautas y la oposición cargan contra la reforma de la LPI. *20 Minutos*, 22 March 2013.

¹⁰⁰ United States Trade Representative, 2014 Special 301 Report.

Figure 2: Timeline of most recent changes to legal copyright protection in Spain.



Source: Own elaboration.¹⁰¹

4. CONCLUSIONS

The frequent changes to the regulatory framework governing copyright in Spain point to a context where conflict continues. The scenario is complex, with multiple conflicting interests and parties whose struggle reflects a constantly changing social and economic reality. For the moment, the current Spanish situation of conflict is dominated by foreign entertainment multinationals, with different groups within Spain joining forces for lobbying purpose. The mobilization of forces in the current context is such that it tips the legal balance in favour of copyright and related rights over any other rights. Even so, the rights accruing to other stakeholders have attenuated the scope of legal protection awarded to the holders of copyright and related rights.

¹⁰¹ 43rd Final Provision of Law 2/2011, of 4 March, governing the sustainable economy. Royal Decree 1889/2011, of 30 December, regulating the Intellectual Property Commission. Law 21/2014, 21/2014, of 4 November, modifying the TRLPI, approved by Legislative Royal Decree 1/1996, of 12 April, and Law 1/2000, of 7 January, on civil procedure.

The online consumption of works protected by law has not varied significantly in terms of volume, which only shows that the desired effects have not been achieved. The entertainment industry is again pressing for Spain's inclusion in the Watch List. The immediate reaction of the Spanish government has been to launch further legal measures in order to keep Spain off the Watch List.

In ignoring the technological reality and the nature of current social practices online, the implementation of the Sinde law is failing in practice and sowing widespread discontent regarding both its content and its inefficacy. The situation we have described above is one of a failed experiment regarding the use of legislation as an instrument to change social reality. Nonetheless, the Sinde law has managed to get Spain removed from the list of developed countries that most condone piracy.

CAPÍTULO V

THE SOCIAL CONSTRUCTION OF MUSIC MARKETS: COPYRIGHT AND TECHNOLOGY IN THE DIGITAL AGE

Una versión del capítulo V ha sido publicada en:

López-Sintas, J., García-Álvarez, E., & Sánchez-Bergara, S. (2015) The social construction of music markets: Copyright and technology in the digital age. In López Sintas, J. (Ed.). *The social construction of culture markets: Between incentives to creation and access to culture*. Barcelona: OmniaScience. pp. 101-121.

La primera versión de esta parte de la investigación se presentó como comunicación en el siguiente evento académico:

Ponente. *5th Vienna Music Business Research Days*, 1-3 de octubre, 2014, Viena.

**THE SOCIAL CONSTRUCTION OF MUSIC MARKETS: COPYRIGHT AND TECHNOLOGY
IN THE DIGITAL AGE**

ABSTRACT

Just as vinyl records transformed local into national music markets several decades ago, digital technologies and the Internet have recently constructed a new kind of popular music market. Given that the existing legal frameworks impeded this transformation, new legislation was required to accommodate new music consumption patterns and new distributions channels. Peterson's production of culture framework suggests that popular music markets are being transformed in terms of legislation, technology, industry structure, organizational structure, market demand and occupational careers. Yet it is legislation regarding copyright and related rights that is the key element in limiting or fostering the construction of a new kind of technology-based popular music market. We analyse the role played by legislation and technology in socially constructed music markets and show how these have transformed the music market in the digital age.

Keywords: Music industries, social construction, copyright, digital age.

1. INTRODUCTION

In the early 1970s sociologists proposed studying cultural expressions, not as symbolic systems, but as the product of the social contexts in which cultural expressions were developed (Hirsch 1972; D & Hirsch, 1976; Peterson & Berger, 1971; 1975). In other words, they proposed applying sociology of knowledge methods to the study of the conditions that gave rise to cultural expressions, as opposed to studying the meaning of symbolic objects as represented by the set of values, norms and beliefs shared by their producers.

Early studies of this paradigm, which Peterson (1976) labelled the “production of culture”, focused on the social conditions that gave rise to innovation in music creation. In particular, the diversity of musical genres marketed in the 1960s and early 1970s was studied by Hirsch (1971; 1972) and Peterson and Berger (1971; 1975) using tools developed to study the structure of organizations and industries.

This novel perspective on the production of culture departed from the idea that the symbolic content of cultural expressions depends on the social, legal and economic contexts in which these expressions are created, edited, produced, marketed, purchased and evaluated. Even though this approach may have relied on the analytical tools of organizations and industry, the ultimate goal was to describe the social context in which cultural expressions are created, produced and marketed.

In the mid-1980s Peterson (1985) proposed that the social conditions of cultural production could be described according to six distinct facets: (1) technology, (2) legislation, (3) industry structure, (4) organizational structure, (5) the market (in the demand sense) and (6) occupational careers (of artists and technical experts). These six facets constitute a set of institutional and organizational constraints that describe and explain, for instance, the emergence of new music genres or the relationship between market concentration and musical diversity. Peterson (1990) subsequently

used this analytical scheme to explain the emergence of rock and roll in 1955.

The production of culture along with the economic, organizational and creative forces that drive the production of cultural expressions determine new technological uses in the same way that new technologies shape cultural objects. Peterson and Anand have acknowledged that “changes in communication technology profoundly destabilize and create new opportunities in art and culture” (2004:314). Nonetheless, although the new technologies may offer new creative possibilities, it is the social context that determines how cultural industries change (Klinenberg & Benzecry, 2005). The purpose of this paper, however, is to show how technological innovation only gives rise to new expressive possibilities, however, when the legislation builds the legal object that it aims to regulate (Kretschmer & Pratt, 2009).

Below we describe the different popular music market models that have developed since the invention of sound recording. We do so in a manner similar to White and White (1993), who described how the academy system evolved into the dealer-critic system in the art world. In particular, we demonstrate how legal regulation created markets while also creating the objects to be traded in those markets. Our goal is to contribute to the literature on the social construction of music markets by highlighting how technology and legislation governing copyright and market regulation play a role in constructing music markets in the digital age. In order to show how music markets are built by the interaction between legislation, technology and stakeholders, we adopted the constructionist perspective of Latour and Woolgar (1986), Latour (2002) and Callon and Law (1982).

Our research is based on data drawn from a number of sources. We first mined the literature for previous research — especially studies that adopted a production of culture perspective (Peterson, 1975; 1985; 1990), Peterson & Anand (2004) and Storr (2010) — in order to document the

**CAPÍTULO V THE SOCIAL CONSTRUCTION OF MUSIC MARKETS: COPYRIGHT AND TECHNOLOGY IN THE
DIGITAL AGE**

social construction of music markets from the invention of analogue records to date. We also collected and analysed recent music industry reports and statistics. Finally, we analysed the most important technological advances and copyright and related rights legislation in the USA and Europe (mainly) with a view to describing their role in constructing modern-day music markets.

**2. FROM LOCAL POPULAR MUSIC MARKETS TO REGIONAL
COMMERCIAL MARKETS (CIRCA 1900 TO 1939)**

Before the invention of the gramophone, popular music was performed in local markets in what could be called a community model of production, with local artists versioning the most popular songs of the day. There were few concerns about copyright, as little economic damage could be wrought in the local markets of other artists from whom one versioned the song. With the advent of the gramophone and recordings of musical productions on flat discs, local markets were transformed into regional commercial markets, giving rise to what Peterson and DiMaggio (1975: 497) called “emerging culture classes”. Cultural differences based on ethnic, regional and socioeconomic class were thus removed, as documented by Peterson and DiMaggio (1975: 497) for the country music genre. This fact laid the groundwork for the hypothesis of omnivorous musical preferences (R. A. Peterson, 1992).

Before the arrival of the gramophone and flat discs, the impact of artists was geographically and physically limited, and, consequently, the market was mainly populated by artists generally known only locally. Gramophone records removed this physical and local constraint, resulting in some performers becoming known outside their local markets. Record labels soon realized, however, that if they held the copyright on any successful song that they recorded and distributed, they could prevent others from recording a new version that would eat into their sales.

**CAPÍTULO V THE SOCIAL CONSTRUCTION OF MUSIC MARKETS: COPYRIGHT AND TECHNOLOGY IN THE
DIGITAL AGE**

The invention of gramophones and flat discs along with changes in the regulation of sound recording copyright thus changed the course of popular music markets. In the USA in 1909, paradoxically, opposition by successful performers and composers/lyricists to recorded discs led Congress to review the Copyright Act of 1790 and introduce a 50-cent fee for mechanical reproduction (Tschmuck, 2009). This change in copyright law laid the groundwork for the creation, in 1920, of the American Society of Composers, Authors and Publishers (ASCAP), as an organization to license music to radio stations, collect fees and redistribute revenues to members. From this point on, the interests of sheet music publishers and of record labels merged. Another change that completed the social construction of the popular commercial music market was that record labels would only produced records for musicians and performers whose rights they held (Peterson, 1990). Thus, in this market model, the roles of composer/lyricist and performer were separated.

Major labels associated with ASCAP could control regional music markets through ASCAP by exercising a monopoly over both production and promotion and by building a distribution and retailing network that enabled them to decide which music consumers could buy. On the production side, ASCAP members could decide which recordings merited protection under the umbrella of the Copyright Act of 1909. ASCAP could thus control the transformation of a musical creation into a commodity, that is, a private commercial object that could be traded by record labels and then sold to consumers in a monopoly setup. On the promotion side, radio stations were obliged to negotiate rights to broadcast both live performances and reproductions with ASCAP, which meant that only productions registered with ASCAP could be played on air.

Record labels, as well as controlling radio in this regional market model, also enjoyed a high level of control over distribution and retail sales. Although the flat shellac discs used for gramophone recordings were less

costly than phonograph cylinders, they were also more fragile, which meant that they were expensive to distribute. Hence, only the major labels (Warner Music Group, Electric and Musical Industries (EMI), Decca Records and Polygram) were able to finance and so control the means of distribution and they eventually set up their own retail chains to sell music discs to the end consumer (Peterson, 1990).

3. THE CONSTRUCTION OF NATIONAL MARKETS (CIRCA 1939 TO 1980)

A new transformation of the music markets was launched in 1939. The pressure exerted by ASCAP on national radio stations led Columbia Broadcasting System (CBS) to buy Columbia Records in 1938. Nonetheless, this kind of vertical integration was affected by new technologies and by regulatory changes — governing both radio and the new TV media and copyright over new music genres — that played a major role in shaping a different kind of market.

Record labels initially distrusted radio stations — just as the successful composers and performers of the early 1900s had distrusted recorded music and record labels. Their fears for their record sale revenues, as protected by ASCAP, led record labels to impose broadcast fees that radio stations considered intolerable. In 1939 a dispute arose between ASCAP and the National Association of Radio Broadcasters (NARB, now called the National Association of Broadcasters, NAB) as a result of a substantial increase in licensing fees announced by ASCAP. This conflict led to the creation, in 1939, of Broadcast Music, Inc. (BMI) by the NARB, as a lower-cost alternative source of licensing for music users, including radio stations. To compete with ASCAP, BMI had to first record and then protect new musical creations. It thus enthusiastically welcomed songwriters and publishers from niche musical genres — like jazz, country, Latin, hillbilly, rhythm and blues, and later rock and roll — that tended to be ignored by

ASCAP (Hirsch, 1971: 383). These products were thus turned into commercial commodities that generated copyright revenues from airplay by radio stations and from the sale of records promoted by the same radio stations.

TV as yet another new medium brought about further changes in the music industry. Historical evidence shows that TV broadcasting regulation mimicked early radio broadcasting regulation, with almost identical stakeholders. By 1946 the large federal stations, CBS, RCA, etc., had entered the TV sector, bringing with them their technical and organizational expertise. A new legislative change liberalized the radio licence market, leading to an increase in the number of radio stations. The impact of BMI combined with this explosion in radio broadcasters resulted in the creation of a new national market. Thanks to the popularity of TV and to BMI's achievement in reducing the cost of recorded music, radio station programming underwent a radical change. From the 1950s the network model started to be replaced by a music radio format based on the "top 40" popular music hits for specific genres, which, in turn, led to the rise of the disc jockey (DJ). Radio, by this stage, was ready to become the main launching pad for the phenomenally successful new genre of rock and roll (Peterson, 1990).

The construction of a national market was facilitated in 1948 by further innovation from Columbia Records in the form of the long playing (LP) 33 $\frac{1}{3}$ rpm microgroove vinyl record. This invention enabled recording duration to be lengthened from the 5 minutes of the 78 rpm shellac to more than 20 minutes on each side of the vinyl LP. The LP also led to a reduction in delivery costs as the vinyl record was more robust than the shellac disc. This robustness of the vinyl record also facilitated the entry of independent distributors who supplied new musical genres to independent retailers. Independent distribution and retailing was further aided by the invention of the smaller 45 rpm vinyl record by RCA in 1949. The diffusion of new

**CAPÍTULO V THE SOCIAL CONSTRUCTION OF MUSIC MARKETS: COPYRIGHT AND TECHNOLOGY IN THE
DIGITAL AGE**

musical genres, like country music and rock and roll, was thus facilitated by a succession of developments, described in detail by (Peterson, 1990; 1997).

Musical innovation was featured by a developing relationship between market concentration and musical diversity. According to Peterson and Berger (1975), the concentration of market share among four or eight major labels led to a reduction in the variety of music in the top 40 lists. Lopes (1992) reanalysed this hypothesis on finding that the regularity encountered by Peterson & Berger (1975) was the outcome of the production, promotion and distribution systems used by the major labels.

With the liberalization of radio, promotion strategies changed, with live performances giving way to music programmes and DJs acting as gatekeepers of popular music trends. DJs became so powerful, in fact, that they could bring fame to a musical group overnight (Peterson, 1990). Although the system required the media to be independent, the majors tried to influence music programming by presenting DJs with the music that they wanted to promote and even bribing them to give air time to specific songs. Influencing what consumers listened became vital to controlling the market. The major labels tended to favour concentrating their promotional efforts in a small set of productions and so needed to make decisions early on about which productions to favour. Their interest in influencing the media was therefore aimed at 'ensuring' that their decisions would be profitable.

The importance of DJs as market gatekeepers was further enhanced when new formats facilitated the private recording of music programmes. By the early 1970s most households had good quality cassette players that made acceptable hi-fi recordings. The introduction of portable cassette players (like the Sony Walkman) in the late 1970s and the inclusion of radio-cassette players in cars led to the cassette tape becoming the most popular format by the mid-1980s, even for pre-recorded music. Record

**CAPÍTULO V THE SOCIAL CONSTRUCTION OF MUSIC MARKETS: COPYRIGHT AND TECHNOLOGY IN THE
DIGITAL AGE**

labels again reacted to this new invention and, just as CBS — a broadcasting company — had acquired Columbia Records in 1938, so too did Sony — a technology company — take over CBS Records in 1987, renaming the new group Sony Music Entertainment in 1991.

4. THE CONSTRUCTION OF TRANSNATIONAL MARKETS (CIRCA 1980 TO 2000)

Philips and Sony independently invented the compact disc (CD) and collaborated to produce a standard recording and playback format — made commercially available from 1982 — that ultimately led to the digitization of music and launched the construction of a transnational market model. Initially Polydor Pressing Operations in Germany and a Japan-based plant supplied the world market for blank CDs. The first popular music CD produced by Philips was Abba's *The Visitors* in 1981, whereas Sony began marketing the new format with its release of 16 new titles through CBS Records in North America. In 1985, Dire Straits' *Brothers in Arms* album broke the record of one million CD sales and David Bowie became the first artist to have an entire music catalogue recorded on CD. Newer formats like DVD and Blu-ray, even though they improved the technology, did not usher in major changes. By the early 2000s the CD had replaced the radio-cassette player as standard equipment in new cars.

The digitization of music led to a new market configuration, which — following the designation of transnational corporations proposed by Burnett (1990) — we will refer to as the transnational market. This transnational model consisted of three types of operators: transnational corporations, independent majors and indies (smaller, independent labels).

Holding predominant market shares and producing and distributing their own productions were transnational corporations like CBS, EMI, RCA, Warner and Polygram, which, in 1987, represented 84% and 81% of the LP and singles markets, respectively. The traditional majors were now

**CAPÍTULO V THE SOCIAL CONSTRUCTION OF MUSIC MARKETS: COPYRIGHT AND TECHNOLOGY IN THE
DIGITAL AGE**

worldwide entertainment conglomerates and, in the 1980s, they adopted what Lopes (1992) termed an “open system of production”, which facilitated the incorporation of musical innovation and diversity as a strategy to control the market. The majors started out by buying up specialist jazz, country, rhythm and blues and rock and roll labels and by negotiating distribution agreements with other record labels, to later branch out into other entertainment and leisure markets (as happened with Warner Brothers, which started out in music and then entered film).

Transnational corporations constructed transnational markets through vertical semi-integration and, with the help of the open system of production (Lopes, 1992), exercised control through artist recruitment and distribution agreements signed with the new independent majors and indie record labels. These corporations also controlled recording studios, disc copying and packaging technologies and international marketing, promotion and distribution networks (Burnett, 1990). This American industry model of transnational entertainment company now dominates international markets.

The second type of operator was the independent major — typically an innovative company with independent recording studios, copiers and distributors — that entered the market through distribution agreements with transnational corporations. One such example is Virgin, which has further diversified into film, video and passenger transport. Finally, indie labels — often founded by independent recording studios that decided to form their own labels — operated with other independents in the production and distribution chain.

Profitable distribution and promotion by transnational corporations in international markets required, however, that the nations that made up the international market regulate musical productions to protect corporate interests. Hence, negotiations under the auspices of the World Trade Organization (WTO) eventually led to a 1994 agreement encapsulated in a

document called Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), raised as a transnational legal instrument that would protect, beyond national borders, the rights of intellectual property owners (mainly transnational corporations from developed countries).

Enacted two years later — in the framework of the World Intellectual Property Organization (WIPO) — were what came to be known as the “Internet treaties”, aimed at adapting copyright and related rights to the digital era: the WIPO Copyright Treaty (WCT) and the WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT). This reconfiguration of the global legal system governing intellectual property in defence of the interests of the most powerful industries (Drahos, 2004:335) was the outcome of intense lobbying by international corporations.

The EU not only adhered to the WIPO Internet treaties; to ensure that the single market was not fragmented by different levels of protection (Larsson, 2011), it enacted Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society. This directive was part of a package of measures aimed at establishing a coherent Pan-European legal framework that would protect intellectual property rights. In the interest of fostering e-commerce, it horizontally aligned rights, while setting aside sectorial harmonization previously performed for computer software, databases and broadcasting via cable or satellite. The directive adapted EU law to the digital environment with such precision that it has left little room for member states to legislate in accordance with their own existing legislation and culture. Consequently, it has been considered to be more of a binding regulation than a mere standard (Garrote, 2001:221).

The EU took the view of defining property rights broadly and of accommodating different interests by way of exceptions (Garrote, 2001:317). However, a new right was created for authors, which was the

**CAPÍTULO V THE SOCIAL CONSTRUCTION OF MUSIC MARKETS: COPYRIGHT AND TECHNOLOGY IN THE
DIGITAL AGE**

right to authorize making available on-demand services for interactive transmissions to the public, and maintained was the traditional broadcasting services right of public communication. The EU also increased the number of actions that could be criminalized, thereby expanding and strengthening copyright and related rights in Europe (Larsson, 2011).

5. THE CONSTRUCTION OF GLOBAL MARKETS (CIRCA 2000 TO DATE)

The transformation of musical productions into intangible products was the result of two technological advances: (1) the invention of the MP3 (MPEG audio layer III) compression format; and (2) the development of Internet services for sharing compressed files. Other proprietary formats exist that allow music file-sharing (e.g., AAC, ALAC and AIFF, used by Apple for iTunes downloads, and WAV and WMA, developed by Microsoft) but these have not disrupted music market functioning because they are used in digital distribution channels that mimic traditional channels.

The combination of the MP3 format and new Internet services has meant that music has recovered the public good property it had in the local popular music markets of the beginning of the 20th century, notwithstanding copyright law provisions (Hougaard & Tvede, 2010). These technological advances have meant that musical productions could be digitized and compressed with hardly any quality loss for online distribution beyond the control of record labels. They consequently laid the foundations for the transformation of the structure, organization and legal system underpinning transnational markets.

The record labels (along with other entertainment sectors) reacted by manifesting their opposition to these developments that were undermining their business model based on material sales and control over promotion and distribution. They took their fight to the international scenario, where

they exerted pressure on national governments to expand copyright and related rights and to limit exceptions (which, by affecting technological tools, contravened the laws of a number of countries, including Spain). This response is hardly a novel one, as the historical evidence shows that copyright and related rights legislation has invariably been characterized by the protection of traditional monopolies against changes in reproduction and communication media (Frith, 1987). This is why Frith (1987) suggests that copyright is no longer merely a question of morals but is also a political and economic matter.

Digitized music and the Internet have opened up new ways of promoting musical productions. Competing with radio and television stations operated by major corporations — often controlled by transnational corporations — are new socially organized media such as file-sharing networks and social media like YouTube. Thus, the important qualitative difference between promoting musical creations through the traditional media and through the new online social media is that music promotion can no longer be monopolized by music transnationals and the market is coming to be populated by artists, consumers and new economic stakeholders.

The new media have a transcendence that goes beyond the size of the markets, as they imply a radical change in perspectives on sources of income for artists and record labels. Whereas live concerts and traditional media typically promoted selected artists (Hirsch, 1972), nowadays anyone can use the social media to promote their musical creations and so attract followers and create a fan base. Furthermore, the fact that demand for live music concerts has grown — along with the cost of tickets — since the beginning of the 21st century has benefited creators and performers with little exposure to traditional media and also web-based technology businesses.

**CAPÍTULO V THE SOCIAL CONSTRUCTION OF MUSIC MARKETS: COPYRIGHT AND TECHNOLOGY IN THE
DIGITAL AGE**

The strong opposition of the record labels — whether transnational corporations, new majors or even indies — to the sharing of musical productions online was only to be expected. The transnational corporations' response was to focus on harmonizing mechanisms to protect their economic rights. The EU responded by enacting Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights, which seeks to guarantee monopolies over cultural productions by harmonizing legislation on implementing measures in order, in turn, to harmonize the enforcement of intellectual property rights in the internal market. However, although the initial Commission proposal contained measures aimed at harmonizing penalty proceedings, the directive as finally adopted only included provisions to regulate civil proceedings (Berenguer, 2004). In addition, the final version of the directive merely provides that states may adopt measures other than those specified. Berenguer (2004:28) argues, consequently, that the fact that only civil proceedings and not penalty proceedings have been harmonized is evidence of the presence of new economic interests in EU negotiation procedures.

As for artist revenues, the record labels have retaken control over these via the new 360° deals ("multiple rights deal", according to record company representatives). With these agreements, record labels derive revenues from all possible income sources, thereby compensating for the reduction in income from CD sales and taking advantage of the growth in demand for live concerts (Marshall, 2013). Thus, in return for record label support in marketing and promoting their musical productions, artists agree to give the record label a percentage of all their income, irrespective of whether it comes from: sales, live concerts, Hollywood movies, the fun clubs they create, merchandising or any other source.

Technological advances and demand for digital music have created the conditions for the development of other approaches to distribution and

**CAPÍTULO V THE SOCIAL CONSTRUCTION OF MUSIC MARKETS: COPYRIGHT AND TECHNOLOGY IN THE
DIGITAL AGE**

sale. One example is the digital variant on traditional distribution channels, as represented by Apple's iTunes store and Amazon. Whereas Apple transforms musical productions into intangible products that are rematerialized via the iPod, Amazon combines the analogue and digital concepts by simultaneously selling its customers physical disks and a digital version. Although this business model may seem to represent yet another channel, the difficulties experienced by both Apple and Amazon in negotiating distribution agreements with music transnationals would suggest otherwise. Unlike traditional outlets, which merely offered information on demand and its geographical distribution, digital distribution channels collect detailed information on what people are listening to, listener profiles, trends, etc.

Another very different business model is music streaming, represented by companies such as Spotify, Deezer and Musicover, and based on the creation of their own rights management societies. Since the sheer numbers of musical productions is such that the cost of contacting all owners of copyright and related rights would be impractical, these services rely on content aggregators to negotiate streaming rights with artists and record labels. Copyright fees are paid to authors according to the number of times a musical production has been streamed by clients. A streaming service, which is like radio on demand, is typically offered in the form of free and paid options. Free streaming usually aims to promote musical productions and, as with traditional radios, the source of income is advertising. Paid streaming typically gives access to a larger catalogue of recordings, allows unlimited reproduction and offers additional services such as the exclusion of advertisements, higher quality audio, etc.

Given the ubiquity of the digital environment it was evident that users of music for commercial purposes needed a policy on licensing. As new stakeholders have acquired economic importance, they have become increasingly vociferous in their demand for an advantageous regulatory

**CAPÍTULO V THE SOCIAL CONSTRUCTION OF MUSIC MARKETS: COPYRIGHT AND TECHNOLOGY IN THE
DIGITAL AGE**

environment for their companies. At the EU level, a regulatory framework is gradually being built that, by granting legal protection to the opportunities offered by the digital technologies, favours the development of new business models.

The lack of a single EU-wide licence or equivalent mechanism initially posed a major obstacle to business expansion into new territories and the enlargement of music catalogues. Almost ten years ago a study by the Commission of the European Communities (2005) highlighted the need to reconsider cross-border management of online music copyright and related rights. It proposed — in response to a demand from commercial users of the new digital music services, who had to negotiate in different conditions from country to country — that right holders should be able to freely choose their rights manager for the entire EU.

Commission Recommendation 2005/737/EC of 18 May 2005 on collective cross-border management of copyright and related rights for legitimate online music services was a first step to improving licensing at the EU level so as to include new webcasting, streaming and on-demand download services. This recommendation, even with its inherent limitations, has established more favourable conditions for online music service providers.

Very recently the EU enacted Directive 2014/26/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online use in the internal market. This minimum harmonization directive provides for transposition into national legislation by 10 April 2016. Its guiding principles are the right holders' freedom to choose their rights manager and to withdraw authorization by giving a maximum of six months' notice. Regarding multi-territorial licenses for online musical production rights, rights managers are required to be able to accurately and transparently determine which works and

which rights belong to their catalogues. They are also required to be accurate and timely in invoicing and delivery. This new model of collective rights management prevents monopolies and promotes competition by facilitating new entrants.

The digital technologies have transformed the global monopolies held by the major labels over the production, promotion and distribution of musical productions. Thus, currently coexisting along with the CD are multiple products and services designed to meet all market segment needs (Waelbrock, 2013). To brick-and-mortar stores we can now add online stores, music streaming and cloud storage services. New Internet spaces in which to connect with the public coexist and develop alongside traditional promotional channels. Laws on copyright and related rights have helped to create a new model of collective rights management at the EU level that has undone the monopolies of the collecting societies, enhanced competition and opened up new business opportunities.

6. DISCUSSION AND CONCLUSIONS

The above description of the construction of local, regional, national, transnational and global markets demonstrates how technological advances have opened up new creative and business opportunities that only materialize once suitable legislation is in place. Although technological advances have launched a series of different transformations of the music market, it is legal regulation which, in fact, has allowed transformations to happen. In all the cases described, dominant market stakeholders launched processes to ensure legal protection against new technological developments and product innovations. Their interest has always been to keep firm control of the music markets in order to limit the repercussions of the new technologies on privileged revenue flows. This was also the reason behind the modification of US copyright law in 1909, demanded by

**CAPÍTULO V THE SOCIAL CONSTRUCTION OF MUSIC MARKETS: COPYRIGHT AND TECHNOLOGY IN THE
DIGITAL AGE**

popular artists of the day, who failed to see the transformation that was underway in their markets.

The ability to fix sound recordings on a suitable support reduced the physical limitations of local markets, allowed the emergence of new stakeholders in the form of record labels and transformed music into a commodity that could be traded in the marketplace. This process facilitated the construction of the first commercial markets at the regional level, based on the new record labels taking control of musical productions from artists. Something similar happened once technological advances perfected the hardware and made music broadcasts possible through radio and later TV.

TV, in fact, played a major, if indirect, transformative role. Radio stations expanded into the TV sector, bringing with them their creative and technical expertise, at a time when the radio licences market was liberalized. The media, by becoming the main instruments for the promotion of new commercial musical genres, thus built a national market.

With the digitization of music, markets again changed course, with control over promotion and distribution in transnational markets enhanced by the CD, which offered better quality and greater capacity. However, digitization required legislative changes to international trade agreements; multinational corporations lobbied their governments, first under the WTO and then under the WIPO, to sign agreements that ensured the protection of their rights. These agreements would facilitate the construction of transnational markets.

However, further advances in digital technologies (MP3 and file-sharing networks) subverted the transnational business model based on material musical productions. Further legislative changes were necessary, so, again under the umbrella of the WTO and WIPO, transnational corporations influenced legislation at the national level (as is widely documented for countries like Spain, France and Brazil). They also lobbied their own governments to extend copyright duration.

**CAPÍTULO V THE SOCIAL CONSTRUCTION OF MUSIC MARKETS: COPYRIGHT AND TECHNOLOGY IN THE
DIGITAL AGE**

Transnational corporations have also resisted the dematerialization of digital music production. In focusing on the promotion, distribution and sale of material productions, they lost out on the technological innovations that characterized the early 21st century. It is no accident that the CD as a musical support was invented, not by music corporations, but by two consumer electronics corporations: Sony in Japan and Philips in the Netherlands. In the construction of transnational music markets, therefore, technological innovation took place in the consumer electronics sector. Eventually, however, as had happened in the early 20th century, technological innovators entered the music market.

Global markets needed to be able to compress music productions to facilitate their circulation over the Internet. This technology was held, however, by companies such as Apple, Amazon and Google. Rather unwillingly, record labels finally signed agreements with these companies to distribute their music catalogues, but at a high price: (1) they have ceded control over distribution to new online music providers and intermediaries; and (2) they have ceded control over promotion to the new social media.

In conclusion, both law and culture expressions reflect and define the values and interests of a society. Changes to copyright and related rights legislation, however, over and above any consideration of rights, have also reflected pragmatic decisions about who should benefit and how from musical productions (Frith, 1987). In the construction of music markets, the major industry stakeholders have secured control over production, promotion, distribution and access to musical productions by redefining, for each advance of the technological frontier, what should be protected, how and for how long. Therefore, although technological advances have allowed several transformations of the music market, are copyright laws, which have completed transformations to happen.

7. REFERENCES

- Berenguer F. (2004) Análisis crítico de la Directiva 2004/48/CE relativa al respeto de los Derechos de Propiedad Intelectual. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, No. 231, mayo/junio, EINSA, Madrid, pp. 12-28.
- Burnet, R. (1990). *Concentration and diversity in the international phonogram industry*. Göteborg: Institutionen för journalistik och masskommunikation Göteborgs universitet.
- Callon, M., & Law, J. (1982). On Interests and their Transformation: Enrolment and Counter-Enrolment. *Social Studies of Science*, 12(4), 615–625.
- D, P., & Hirsch, P. M. (1976). Production Organizations in the Arts. *American Behavioral Scientist*, 19(6), 735–752.
- Drahoš P (2004) The regulation of public goods. *Journal of International Economic Law* 7(2): 321-339.
- European Commission (2005) *Study on a community initiative on the cross-border collective management of copyright*. Retrieved from: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/management/study-collectivemgmt_en.pdf (accessed 23 June 2014).
- Frith, S. (1987) Copyright and the music business. *Popular Music*, 7(1), 57–75.
- Garrote, I. (2001) El derecho de autor en Internet. La directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información. Granada: Editorial Comares.
- Hirsch, P. M. (1971). Sociological approaches to the pop music phenomenon. *American Behavioral Scientist*, 14(3), 371–388.
- Hirsch, P. (1972). Processing fads and fashions: An organization-set analysis of cultural industry systems. *American Journal of Sociology*, 77(4), 639–659.

- Hougaard, J. L., & Tvede, M. (2010). Selling digital music: business models for public goods. *NETNOMICS: Economic Research and Electronic Networking*, 11(1), 85–102.
- Klinenberg & Benzecry (2005) Introduction: Cultural Production in a Digital Age. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 597, 6-18.
- Kretschmer, M., & Pratt, A. C. (2009). Legal Form and Cultural Symbol. *Information, Communication & Society*, 12(2), 165–177.
- Larsson, S. (2011). Metaphors and Norms. Understanding Copyright Law in a Digital Society. Media-Tryck, Lund.
- Latour, B. & Woolgar, S. (1986). *Laboratory Life: The Construction of Scientific Facts*. Princeton: Princeton University Press.
- Latour, B. (2002). *La Fabrique du droit: une ethnographie du Conseil d'État*. Paris: La Découverte.
- Lopes, P. (1992). Innovation and diversity in the popular music industry, 1969 to 1990. *American Sociological Review*, 57(1), 56–71.
- Peterson, R. (1976). The Production of Culture A Prolegomenon. *American Behavioral Scientist*. 669-84
- Peterson, R. (1985). Six constraints on the production of literary works. *Poetics*, 14, 45–67.
- Peterson, R. (1990). Why 1955? Explaining the advent of rock music. *Popular Music*, 9(1), 97–116.
- Peterson, R. A. (1992). Understanding audience segmentation: From elite and mass to omnivore and univore. *Poetics*, 21(4), 243–258. doi:10.1016/0304-422X(92)90008-Q
- Peterson R. (1997). *Creating Country Music: Fabricating Authenticity*. Chicago, IL: Univ. Chicago Press.
- Peterson, R., & Anand, N. (2004). The Production of Culture Perspective. *Annual Review of Sociology*, 30(1), 311–334.

- Peterson, R. A., & Berger, D. (1971). Entrepreneurship in organizations: evidence from the popular music industry. *Administrative Science*, 10(1), 97-107.
- Peterson, R., & Berger, D. (1975). Cycles in symbol production: The case of popular music. *American Sociological Review*, 40(2), 158-173.
- Peterson, R., & Maggio, P. Di. (1975). From region to class, the changing locus of country music: A test of the massification hypothesis. *Social Forces*, 53(3), 497-506.
- Storr, V. H. (2010). The Social Construction of the Market. *Society*, 47(3), 200-206.
- Tschmuck, P. (2009). Copyright, Contracts and Music Production. *Information, Communication & Society*, 12(2), 251-266.
- Waelbroeck, P. (2013). Digital music. In Towse, R. & Handke, C (Eds.), *Handbook on the Digital Creative Economy* (pp. 389-400). Northampton: Edward Elgar.
- White H.C. & White C.A. (1993) *Canvases and Careers: Institutional Changes in the French Painting World*. University of Chicago Press, Chicago.

7.1. LEGISLATION AND OTHER LEGAL MATERIALS

TRIPS Agreement (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) is Annex 1C of the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, signed in Marrakesh, Morocco on 15 April 1994. Available at: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_01_e.htm.

WIPO Copyright Treaty (WCT), adopted in Geneva on December 20, 1996. Available at: http://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file_id=295157.

**CAPÍTULO V THE SOCIAL CONSTRUCTION OF MUSIC MARKETS: COPYRIGHT AND TECHNOLOGY IN THE
DIGITAL AGE**

WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT), adopted in Geneva on December 20, 1996. Available at: http://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file_id=295477.

Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights. Available at: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32004L0048R\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32004L0048R(01)).

Directive 2014/26/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online use in the internal market. Available at: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0026&from=ES>.

Commission Recommendation of 18 May 2005 on collective cross-border management of copyright and related rights for legitimate online music services. Available at: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32005H0737>.

CAPÍTULO VI

GESTIONAR ACTIVOS PROTEGIBLES POR DERECHOS DE AUTOR EN EL CONTEXTO DIGITAL: UN NUEVO RETO ESTRATÉGICO PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS TURÍSTICAS

El capítulo VI es una versión del artículo *Managing copyrighted works in a digital context: A new strategic challenge for SME's in tourism*. Al momento de presentar esta tesis se encuentra en fase de traducción para enviar a la revista *Tourism Management*.

Las primeras versiones se encuentran publicadas en:

García E., López, J. & Sánchez-Bergara, S. (2012) Propiedad intelectual en el ocio online: pautas de gestión de derechos para tiempos de crisis. En *OcioGune Foro de Investigación, Pensamiento y Reflexión en torno al Fenómeno del Ocio*. Bilbao: Publicaciones de la Universidad Deusto. pp. 135-148. ISBN 978-84-9830-353-7.

García E., López, J. & Sánchez-Bergara, S. (2012) Gestión del valor empresarial a través de la propiedad intelectual en el ocio y el turismo online. En *Actas del Primer Congreso de Ocio y Turismo (OCITUR)*. Mataró. pp. 1134-1151. ISBN: 978-84-3343-7.

Diferentes versiones de esta parte de la tesis se presentaron como comunicaciones en los siguientes eventos académicos:

Ponente. *TMS ALGARVE 2014: Management Studies International Conference*, 27-29 de noviembre, 2014, Olhão.

Póster. *5th European Conference on Intellectual Capital*, 11-12 de abril, 2013, Bilbao.

Ponente. *OcioGune 2012 Foro de Investigación, Pensamiento y Reflexión en torno al Fenómeno del Ocio*, 13-15 de junio, 2012, Bilbao.

Ponente. *Primer Congreso de Ocio y Turismo (OCITUR)* 16-18 de mayo, 2012, Mataró.

**CAPÍTULO VI GESTIONAR ACTIVOS PROTEGIBLES POR DERECHOS DE AUTOR EN EL CONTEXTO DIGITAL:
UN NUEVO RETO ESTRATÉGICO PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS TURÍSTICAS**

**GESTIONAR ACTIVOS PROTEGIBLES POR DERECHOS DE AUTOR EN EL CONTEXTO
DIGITAL: UN NUEVO RETO ESTRATÉGICO PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS
TURÍSTICAS**

RESUMEN

Hoy en día el uso por las empresas turísticas de las tecnologías digitales, las redes sociales e Internet es un imperativo para su competitividad. Sin embargo, en este contexto digital el desafío ya no reside en la implementación, sino en contar con un planteamiento estratégico que comprenda la gestión de los activos protegibles por los derechos de autor (apda) que creen o cocreen con sus usuarios. El estudio cualitativo de un grupo de pequeñas y medianas empresas turísticas comprometidas con la innovación en España evidenció su rol como creadoras y cocreadoras de apda, en el ejercicio de su actividad empresarial. No obstante, los resultados muestran que estos activos se están infraexplotando, limitándose así la creación de valor por falta de recursos y experiencia. La incorporación de los apda a la estrategia de la empresa y su gestión se revelan como elementos críticos para generar ventajas competitivas que no se están teniendo en cuenta. El análisis delinea el proceso de gestión de estos activos en cinco fases con sus particularidades en el contexto turístico y plantea recomendaciones generales para cada una de ellas. El estudio resalta la necesidad de que las pequeñas y medianas empresas turísticas reciban asesoría y apoyo para rentabilizar al máximo el valor de los apda que crean y afrontar así en mejores condiciones este nuevo reto estratégico derivado de operar en un creciente entorno digital.

Palabras claves: activos protegibles por derechos de autor, PYMES turísticas, tecnologías digitales, redes sociales, gestión estratégica.

1. INTRODUCCIÓN

Con el uso de las tecnologías digitales, Internet y las redes sociales tanto las empresas turísticas como los usuarios se han convertido en creadores de contenidos –textos, imágenes, vídeos, etc.–, activos que pueden ser considerados y protegidos por derechos de autor. El entorno digital ofrece amplias posibilidades de acceder, usar y crear estos activos pero también plantea el desafío de gestionarlos con el fin de obtener el retorno del trabajo, el tiempo y los recursos invertidos en el proceso de creación (Spinello, 2007). Son varios los beneficios que destaca la literatura respecto a gestionar los activos de propiedad intelectual (api) en general, y los activos protegibles por derechos de autor (apda), en particular; Santagata (2002, 2006) sostiene que contribuye sustancialmente al desarrollo local y al bienestar social, mientras que Smith & Hansen (2002) señalan que pasa de ser una cuestión meramente legal a convertirse en un factor estratégico incrustado en el núcleo de capacidades de la empresa.

Sin embargo, todavía son escasas las investigaciones que conecten la dimensión legal de estos activos con el turismo (Ghafele & Santagata, 2006). Ni la literatura turística ni la de gestión de los api ha profundizado en la relación entre estas áreas, al parecer porque tradicionalmente el sector turístico ha sido considerado un valioso nicho de mercado (UNCTAD, 2010: 51) , es decir, en su rol de consumidor. Por consiguiente, desde la literatura de gestión de api, los estudios se han centrado fundamentalmente en las industrias tecnológicas, culturales y creativas (e.g. Garon, 2012; Kankanala, 2012; Mukundan & Jain, 2012). Mientras que desde el ámbito turístico las investigaciones se han enfocado fundamentalmente en dos modalidades de api que mayor utilización han tenido por empresas y destinos turísticos: las marcas y las denominaciones de origen (e.g. Ghafele & Santagata, 2006; Russo, 2013; Segre & Russo, 2005; Russo & Segre, 2009). Si bien existen algunos trabajos que relacionan los derechos de autor y el turismo (e.g. Ide, 2008), sin ahondar en las

**CAPÍTULO VI GESTIONAR ACTIVOS PROTEGIBLES POR DERECHOS DE AUTOR EN EL CONTEXTO DIGITAL:
UN NUEVO RETO ESTRATÉGICO PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS TURÍSTICAS**

cuestiones legales sobre derechos de autor, sí que reconocen la necesidad de tenerlas en cuenta (e.g. Ohashi et al., 2012; Rodríguez Echavarría, Kaminski, & Arnold, 2012).

En este escenario, y a diferencia de la literatura previa, nuestra investigación pone de relieve la conexión entre nuevas tecnologías, empresas turísticas y derechos de autor, al tiempo que realiza una primera contribución empírica al analizar la gestión de los apda de un grupo de pequeñas y medianas empresas turísticas comprometidas con la innovación. El trabajo presenta evidencias de las particularidades en la gestión de estos activos en el contexto turístico, analiza las fases y plantea recomendaciones generales para cada una de ellas. Se resalta la necesidad de que las pequeñas y medianas empresas turísticas reciban asesoría y apoyo para rentabilizar al máximo el valor de los apda que crean.

Este estudio se inicia con una revisión de la literatura turística sobre uso de nuevas tecnologías y creación de apda, que a su vez se enlaza con la literatura sobre gestión de api. Seguidamente, explicamos la metodología utilizada y presentamos los resultados del trabajo de campo. Posteriormente, identificamos las prácticas seguidas por las empresas estudiadas en cada una de las fases del proceso de gestión de apda y ofrecemos una interpretación según el contexto. Finalmente, proponemos una serie de recomendaciones de gestión para empresas y asociaciones del sector y resaltamos futuras líneas de investigación.

2. REVISIÓN DE LA LITERATURA

2.1. NUEVAS TECNOLOGÍAS, CREACIÓN Y COCREACIÓN DE APDA EN EL TURISMO.

Las tecnologías de la información y las comunicaciones (TICs) han transformado las prácticas, las estrategias y las estructuras de la industria (Porter, 2001). En el turismo, las TICs ejercen un rol fundamental en la competitividad del sector al formar parte de varios de los indicadores del

**CAPÍTULO VI GESTIONAR ACTIVOS PROTEGIBLES POR DERECHOS DE AUTOR EN EL CONTEXTO DIGITAL:
UN NUEVO RETO ESTRATÉGICO PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS TURÍSTICAS**

Travel & Tourism Competitiveness Index (TTCI) (World Economic Forum, 2015). Así, la utilización de las tecnologías digitales e Internet han propiciado la asunción del rol de creador de apda por parte de las organizaciones turísticas. Sin embargo, tal como advierten Awad & Ghaziri (2004) como todas las organizaciones tienen acceso a las nuevas tecnologías, la diferenciación y la ventaja competitiva la conseguirán sólo aquellas que tengan un planteamiento estratégico respecto al conocimiento que van a generar y a la gestión que de él hagan. Con lo cual, ya no basta con implementar las nuevas tecnologías en las actividades de las organizaciones turísticas, sino que resulta esencial gestionar estratégicamente todos los outputs que a través de ellas se pueden crear.

Los estudios de Buhalis & Law (2008) y Law, Buhalis & Cobanoglu (2014) realizan sendas revisiones de la literatura sobre TICs y el turismo. En el primero, concluyen que las investigaciones se han centrado en tres grandes temas: las dimensiones de consumo y demanda; la innovación tecnológica y las funciones de la industria. En el tema de la innovación tecnológica, revisan las tecnologías que han sido identificadas como críticas para el sector turístico, entre las que se encuentran: las tecnologías multimedia, 3D y las tecnologías móviles, entre otras. En el segundo estudio, destacan el importante rol que juegan las redes sociales en la comercialización online y en la toma de decisiones de los clientes. También recomiendan que los directivos asuman un enfoque proactivo e integren los desarrollos tecnológicos en las actividades empresariales diarias y en la misión empresarial. Sin embargo, en ningún caso se abordan las implicaciones legales que en términos de derechos de autor y otros derechos de propiedad conllevan el uso e implementación de las TICs para el sector. Tampoco se incluyen entre las futuras líneas de investigación cuestiones relacionadas con el régimen de propiedad y la gestión de los activos creados con las tecnologías digitales por organizaciones y destinos turísticos.

**CAPÍTULO VI GESTIONAR ACTIVOS PROTEGIBLES POR DERECHOS DE AUTOR EN EL CONTEXTO DIGITAL:
UN NUEVO RETO ESTRATÉGICO PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS TURÍSTICAS**

De manera más concreta, Flouri & Buhalis (2004) desarrollan un estudio con base empírica en el Reino Unido, centrado en las oportunidades y retos que ofrece la aplicación de las tecnologías inalámbricas para el sector turístico. En este caso, el análisis incluye a las distintas partes interesadas que deben cooperar para desarrollar aplicaciones turísticas en un destino. Entre sus resultados revelan que los proveedores de contenidos se encuentran entre los actores claves para una implementación eficaz de estas tecnologías. Sin embargo, la investigación adolece de un análisis sobre la regulación legal de los contenidos que se utilizarán, así como de las condiciones de uso y acceso de los mismos entre las diferentes partes interesadas.

En similar sentido Nielsen (2004) analiza las ventajas del proyecto danés *Mobile Digital City and Nature Walks*, dirigido a desarrollar contenidos y softwares para productos turísticos urbanos y rurales, a través de dispositivos móviles. El estudio se centra en los beneficios de una herramienta con información georeferenciada sobre alojamientos, eventos y atracciones; contenidos multimedias sobre la mitología vikinga; recomendaciones; y que incluso permite la interacción entre usuarios a través del juego online. No obstante, falta un análisis sobre cómo gestionar estos activos de acuerdo a la legislación vigente.

El aumento de las interacciones virtuales entre usuarios y proveedores de bienes y servicios turísticos (Tseng, Wu, Morrison, Zhang, & Chen, 2015) a través de las tecnologías digitales y las redes sociales, no sólo ha devenido en una herramienta para fortalecer las relaciones con los clientes (Anderson & Srinivasan, 2003), sino que está jugando un rol fundamental en la creación de los apda (Mariani, Di Felice, & Mura, 2016; Shao, Li, Morrison, & Wu, 2016). Siendo justamente las tecnologías móviles, 3D y multimedias las que cada vez más permiten integrar los apda en los productos y servicios turísticos. Así se constata de los estudios de Qiongli (2006) y Ohashi et al. (2012) donde se analiza la implementación de las

**CAPÍTULO VI GESTIONAR ACTIVOS PROTEGIBLES POR DERECHOS DE AUTOR EN EL CONTEXTO DIGITAL:
UN NUEVO RETO ESTRATÉGICO PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS TURÍSTICAS**

digital storytelling (DST) como herramienta de promoción de los destinos. En el estudio de Qiongli, (2006) las DST se proponían como una herramienta de colaboración en el marco de los juegos Olímpicos de Beijing para involucrar a los residentes en la promoción turística de la ciudad. Sin embargo, no se incluye ninguna consideración sobre el encaje entre la creación de contenidos por múltiples usuarios, su explotación y el marco legal vigente. Mientras que la investigación de Ohashi et al. (2012) presenta un proyecto donde a través de textos, imágenes y videos creados por niños y jóvenes se conformó una web con contenido multimedia sobre Helsinki y otras zonas del área metropolitana. En este caso, si bien mencionan que tuvieron en cuenta cuestiones de privacidad, imagen y derechos de autor, reconocen que son cuestiones en las que se deberán profundizar en futuras investigaciones.

También las tecnologías 3D han despertado gran interés en el sector turístico en áreas como la planificación, la gestión, el entretenimiento, la educación, la accesibilidad y la preservación del patrimonio (Guttentag, 2010). Según Rodríguez Echavarría et al. (2012) para el turismo cultural tienen un gran potencial debido a que ofrecen una experiencia interactiva y personalizada de sitios que no siempre son accesibles. Además, permiten desarrollar relaciones con valor añadido entre las personas y el patrimonio cultural (Rodríguez Echavarría et al., 2012). Entre los ejemplos más recurrentes las guías virtuales de realidad aumentada, que integran una variedad de información georeferenciada, contenidos, imágenes y sonidos, es decir, los apda. Rodríguez Echavarría et al. (2012) reconocen que supone un reto tanto en temas de privacidad como de derechos de autor, especialmente en aquellos países con leyes más conservadoras. Si bien este estudio no ahonda en esta cuestión, sí remarca su importancia para la sostenibilidad del uso de las nuevas tecnologías en el turismo de patrimonio.

**CAPÍTULO VI GESTIONAR ACTIVOS PROTEGIBLES POR DERECHOS DE AUTOR EN EL CONTEXTO DIGITAL:
UN NUEVO RETO ESTRATÉGICO PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS TURÍSTICAS**

Más específicamente, las potencialidades que ofrece la relación entre los apda y el turismo a nivel regional han sido analizadas por Ide (2008) en un estudio que ofrece varios ejemplos de desarrollo regional a través de cómics y animados japoneses. Esta investigación sugiere que zonas con un escaso interés histórico pueden adquirir un atractivo turístico a partir de estos activos, debido a que los consumidores disfrutan tener experiencias similares a las que se muestran en los apda, como las series televisivas. Sin embargo, a pesar de las ventajas que supondrían estos activos para el desarrollo turístico local, la investigación pone de relieve las limitaciones al libre uso de los apda que impone la legislación sobre derechos de autor. Como propuesta, defiende la posibilidad de convertir estos activos en dominio público, en circunstancias especiales, para beneficiar el desarrollo regional. Este estudio, sin embargo, se centra exclusivamente a nivel de destinos, dejando a un lado las implicaciones de este tema para las organizaciones del sector privado.

Si bien la mayor parte de los estudios consultados sobre creación y cocreación de los apda en el sector se enfocan fundamentalmente en los destinos turísticos, también las empresas han explotado las oportunidades que ofrecen las tecnologías digitales en este ámbito. Así, Durrant et al. (2011) evalúan la implementación de un servicio de fotos en un parque temático que posibilita a los usuarios cocrear sus propias foto-historias a partir de un dispositivo que permite capturar, compartir y anotar imágenes digitales. La herramienta facilita la personalización de *souvenirs*, tanto a individuos como a grupos, a través de diferentes funcionalidades. De este modo, los usuarios pueden crear y seleccionar fotos, hacer anotaciones e incluso compartir la foto-historia dentro de un grupo. Este estudio, centrado en deconstruir el proceso de elaboración de este *souvenir*, si bien considera que la privacidad es una cuestión a tener en cuenta en la gestión de los contenidos del servicio, no incluye ninguna recomendación respecto a la gestión de los derechos de autor de los activos cocreados.

2.2. GESTIÓN DE LOS APDA

El interés por gestionar los api en las últimas décadas ha crecido rápidamente, especialmente en los sectores tecnológicos y de las industrias culturales y creativas (World Intellectual Property Organization, 2004). Así, en una economía basada en el conocimiento, los api son percibidos como activos claves para crear y mantener la competitividad de las empresas. Como cualquier otro activo empresarial necesitan ser gestionados estratégicamente para obtener el máximo rendimiento. Es por ello que varios estudios sostienen que definir e implementar una estrategia de gestión de los api que sea coherente con la estrategia empresarial es fundamental para la competitividad de las empresas (Fisher III & Oberholzer-Gee, 2013; Lemper, 2012; Smith & Hansen, 2002). Dentro de los api, los apda tienen un rol crítico para las organizaciones turísticas en el contexto digital, en tanto han propiciado que pasen de ser simples consumidoras a creadoras de estos activos, y consecuentemente, surge la necesidad de que se gestionen estratégicamente.

Si bien no existe una única estrategia para gestionar estos activos, y la óptima para cada empresa dependerá del contexto en el que opere (Fisher III & Oberholzer-Gee, 2013) en la literatura se identifican ciertos pasos que se deben seguir. Las decisiones que se tomen durante todo el proceso de gestión deberán considerar la relación que existe entre los apda y la actividad central de la empresa porque la relevancia de los api en general, y de los apda en particular, para la estrategia empresarial viene definida por el papel que tienen estos activos dentro de las capacidades centrales de la organización (*firm's core capabilities*) (Smith & Hansen, 2002). Es decir, gestionar los api no es tener una estrategia de PI, sino gestionar la PI de acuerdo a la estrategia empresarial (Smith & Hansen, 2002).

Una de las herramientas recomendadas para la gestión de estos activos, factible tanto para empresas como para entidades públicas, si bien con objetivos diferentes, es la auditoría de PI (World Intellectual Property

**CAPÍTULO VI GESTIONAR ACTIVOS PROTEGIBLES POR DERECHOS DE AUTOR EN EL CONTEXTO DIGITAL:
UN NUEVO RETO ESTRATÉGICO PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS TURÍSTICAS**

Organization, 2004; Punnoose & Shobhana, 2012). Desde la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) reconocen como ventajas que la auditoría se puede implementar con diferentes niveles de complejidad y que es una herramienta con la cual las organizaciones del sector privado están familiarizadas. Además, recomiendan que en sus fases incluyan la identificación del stock de activos, las formas de protección y explotación, así como sus fortalezas y riesgos (World Intellectual Property Organization, 2004). Una vez realizada la auditoría proponen escribir un plan de PI para crear una estrategia de desarrollo y gestión de estos activos por un período de tiempo determinado (World Intellectual Property Organization, 2004).

Por su parte, Punnoose & Shobhana, (2012) en un estudio empírico donde implementan auditorías de PI en cuatro casos de estudio - organizaciones de diferentes sectores económicos, dimensiones y tipo de propiedad- concluyen que a pesar de la diversidad de la muestra, en todas se generan así como parte de la actividad cotidiana. Según los propósitos de la auditoría se pueden identificar las siguientes fases: 1) la excavación para incrementar la creación y tener un inventario de los activos que se poseen; 2) la valoración para determinar si deben o no mantenerse y protegerse; 3) la gestión para garantizar la óptima utilización de estos activos y; 4) la defensa y protección para lo cual es imprescindible tener un sistema de mitigación de riesgos. Esta investigación, a diferencia de la mayor parte de los estudios, aporta una evidencia empírica importante para justificar la gestión de estos activos en industrias diferentes de las tecnológicas y creativas, por consiguiente, nos ofrece un punto de partida para nuestra investigación.

Por otra parte, para Smith & Hansen (2002) estos activos deben no sólo gestionarse sino que además debe hacerse estratégicamente. Por ello, lo primero es identificar la función de los así dentro de la estrategia de la empresa. Una vez que se sabe cómo encajan estos activos en la estrategia empresarial, la gestión implica desarrollar tres tareas claves: 1) proteger, lo

**CAPÍTULO VI GESTIONAR ACTIVOS PROTEGIBLES POR DERECHOS DE AUTOR EN EL CONTEXTO DIGITAL:
UN NUEVO RETO ESTRATÉGICO PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS TURÍSTICAS**

cual supone identificar las infracciones y emprender acciones legales es decir, monitorizar o vigilar el uso de los activos propios por parte de terceros para de este modo evitar que tomen ventaja; 2) valorar, es decir, convertir esos activos en algo útil, de valor para alguien –ej. clientes- como parte de ese núcleo de capacidades centrales de la empresa, que la distinguen de sus competidores; y 3) generar los api con una visión estratégica, entendiendo que son activos dinámicos y que evolucionan como parte del cuerpo de capacidades centrales de la empresa, lo cual exige decidir qué activos se desarrollarán y cuáles no. Esta investigación si bien añade una visión estratégica y holística a la gestión, por una parte, no ahonda en las vías para explotar estos activos, y por otra, carece de una base empírica que justifique la universalidad de las fases descritas en el proceso de gestión.

Con cierta similitud respecto a los estudios comentados en relación a las fases de la gestión, Lemper (2012) incorpora el tiempo como un factor indispensable a la hora de tomar cada una de las decisiones. En este sentido, afirma que quienes se dediquen a los negocios, deben ser capaces de entender no sólo cómo se identifican los api, sino cuándo se deben tomar medidas para protegerlos, incluso si se trata de saber en qué momento se debe consultar a un abogado. Si bien en el caso de los apda el tiempo para la protección es menos crucial que en otros api, debido a que en la mayoría de países los derechos de autor existen desde la creación, en algunos casos, el registro ofrece ventajas e incluso puede ser un factor clave para obtener determinados remedios legales frente a una infracción. Esta investigación, si bien limita la referencia legislativa a los Estados Unidos y centra su atención en la protección legal, incluye el tiempo como un importante elemento a considerar tanto en la protección como en la defensa de estos activos.

A partir del análisis de diferentes estrategias ofensivas y defensivas respecto a los api Fisher III & Oberholzer-Gee (2013) detectan que tanto la

**CAPÍTULO VI GESTIONAR ACTIVOS PROTEGIBLES POR DERECHOS DE AUTOR EN EL CONTEXTO DIGITAL:
UN NUEVO RETO ESTRATÉGICO PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS TURÍSTICAS**

falta de integración en las funciones legal y de estrategia, como los problemas de comunicación entre creadores, gestores y abogados son elementos críticos que afectan a la gestión de los api. Del análisis de algunos ejemplos, el estudio concluye que la comunicación entre estos actores durante las fases de investigación, desarrollo y diseño de productos es vital para evitar desencajes entre el producto y las formas legales de protección disponibles. Otro aporte importante de esta investigación es que contrario a la opinión mayoritariamente aceptada la mejor forma de explotar estos activos no siempre es eliminar la competencia, visión que puede tener consecuencias negativas a largo plazo. Estos autores concluyen que a menudo compartir el valor de los api es de mayor interés para la sociedad y las empresas.

Con independencia de los enfoques y en qué cuestiones centran su atención, existe unanimidad en la literatura respecto a la importancia de que las empresas gestionen los api en el actual contexto económico, donde las creaciones del intelecto han devenido en activos muy valiosos. Si bien la literatura turística sobre nuevas tecnologías y creación de productos y servicios destaca la relevancia de los apda para el sector, también queda de manifiesto la carencia de estudios empíricos que analicen cómo gestionar estos activos.

3. METODOLOGÍA

La incorporación de las tecnologías digitales y las redes sociales en la actividad empresarial de las empresas turísticas ha propiciado que pasen de ser consumidoras a creadoras de apda. Frente a este cambio de tendencia este estudio es una primera aproximación a cómo están operando en esta nueva realidad las empresas turísticas. Teniendo en cuenta la novedad del tema, hemos optado por abordarlo mediante un diseño cualitativo, porque permite investigar en profundidad el objeto y prestar especial atención al contexto, los detalles y matices (Patton, 2002).

**CAPÍTULO VI GESTIONAR ACTIVOS PROTEGIBLES POR DERECHOS DE AUTOR EN EL CONTEXTO DIGITAL:
UN NUEVO RETO ESTRATÉGICO PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS TURÍSTICAS**

Todo ello, dentro del marco de la tradición interpretativa, concretamente seguimos una perspectiva constructivista (Guba & Lincoln, 1994).

Nos propusimos analizar cómo un grupo de empresas turísticas vinculadas a un contexto de innovación, gestionan sus apda. Para dar respuesta a esta interrogante, nos enfocamos en: 1) Determinar qué rol desempeñan los apda que las empresas crean en su actividad empresarial; 2) Analizar qué proceso siguen para gestionar estos activos; y 3) Identificar posibles regularidades y discontinuidades en el proceso de gestión de los apda por estas empresas turísticas en comparación con lo que habitualmente recomienda la literatura especializada en gestión de api.

3.1. SELECCIÓN DE LOS INFORMANTES Y TRABAJO DE CAMPO

Optamos por un muestreo teórico (Patton, 2002) porque nos interesaba que las empresas que conformaran la muestra cumplieran ciertos requisitos, a saber, que utilizaran las redes sociales y las tecnologías digitales en su actividad empresarial. Por consiguiente, decidimos buscar un contexto que asegurara este perfil de empresas y nos enfocamos en las vinculadas a un parque científico y tecnológico en España especializado en la actividad turística. Este parque se creó para promover la investigación, la innovación y el desarrollo turístico empresarial y ofrece servicios de gestión de proyectos e incubación de agrupaciones empresariales innovadoras y empresas con base tecnológica.

Para invitar a las organizaciones empresariales radicadas en el parque a participar en el estudio enviamos correos electrónicos seguidos de llamadas telefónicas, explicándoles los objetivos perseguidos y solicitándoles la realización de una entrevista con el máximo directivo de la organización, garantizándoles el anonimato. Sólo una no respondió a la solicitud de entrevista por lo que al final se conformó una muestra con 10 organizaciones –pequeñas y medianas empresas y asociaciones sectoriales- de diferentes ámbitos de la actividad turística. En la Tabla 1 se resumen las

**CAPÍTULO VI GESTIONAR ACTIVOS PROTEGIBLES POR DERECHOS DE AUTOR EN EL CONTEXTO DIGITAL:
 UN NUEVO RETO ESTRATÉGICO PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS TURÍSTICAS**

características de las organizaciones de la muestra. Para la clasificación del nivel de uso de las tecnologías digitales, se tomó en cuenta la calificación que ellas mismas se otorgaron al ser interrogadas sobre la temática; para la presencia en redes sociales, se consideró que tuvieran al menos un perfil en alguna de ellas; y la clasificación de las áreas de creación de apda la hemos establecido durante el proceso de análisis de los datos.

Tabla 1 Características de las organizaciones turísticas participantes.

Empresas turísticas	Fecha de creación	Ámbito	Dimensión	Uso tecnologías	Presencia en redes sociales	Área de creación
OT 1	2001	Agencia de viajes	Pequeña	Poco	No	Comunicación y MK
OT 2	2011	Consultoría	Pequeña	Poco	Sí	Comunicación y MK/ Productos y servicios (en proyección)
OT 3	2011	Comunicación	Pequeña	Poco	Sí	Productos y servicios/ Comunicación y MK
OT 4	2002	Alojamiento	Mediana	Mucho	Sí	Comunicación y MK
OT 5	2005	Investigación	-	Mucho	Sí	Productos y servicios/ Comunicación y MK
OT 6	1998	Náutica	-	Mucho	Sí	Comunicación y MK/ Productos y servicios (en proyección)
OT 7	1999	Alojamiento	Mediana	En desarrollo	Sí	Comunicación y MK
OT 8	1979	Alojamiento y restauración	Pequeña	Poco	Sí	Comunicación y MK
OT 9	2011	Restauración	Pequeña	Poco	Sí	Comunicación y MK
OT 10	1976	Alojamiento	-	Mucho	Sí	Comunicación y MK

Fuente: Elaboración propia.

Se realizaron entrevistas semiestructuradas a los principales directivos de las organizaciones turísticas como técnica principal de recolección de datos (Berg, 2007). Las entrevistas se llevaron a cabo en las instalaciones de las organizaciones y tuvieron una duración entre 45 y 90 minutos. Todas se grabaron y transcribieron íntegramente.

**CAPÍTULO VI GESTIONAR ACTIVOS PROTEGIBLES POR DERECHOS DE AUTOR EN EL CONTEXTO DIGITAL:
UN NUEVO RETO ESTRATÉGICO PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS TURÍSTICAS**

Se elaboró un protocolo fundamentado teóricamente en la literatura de gestión de api (Punnoose & Shobhana, 2012; Smith & Hansen, 2002) (ver Anexo 1) con 33 preguntas organizadas en tres grandes bloques: 1) Identificación de los apda utilizados por las organizaciones turísticas, como punto de partida para cualquier análisis sobre la gestión de los mismos; 2) Gestión de los apda, pero entendiéndola como una categoría más amplia que incluye la toma de decisiones en ámbitos como: condiciones de acceso y utilización, creación y cocreación, adquisición, valoración, infracciones, protección y explotación; y 3) Marco legal vigente, en tanto establece las normas legales que regulan el mercado de estos activos.

Teniendo en cuenta el tamaño de las organizaciones participantes y presumiendo un limitado conocimiento legal de los directivos entrevistados, se elaboraron dos *check lists* con el objetivo que sirvieran de apoyo a la entrevista y facilitaran las respuestas de los directivos en dos preguntas concretas. El Check list 1 (ver Anexo 2) incluye un listado de los apda más ilustrativos. Se pretendía que los entrevistados visualizaran ejemplos para que, por una parte, se familiarizaran con la gama de activos a los que se dirigía la investigación y por otra, al hablar de su utilización, fueran capaces de identificar el mayor número de activos posible. El Check list 2 (ver Anexo 3) recoge un listado de las diferentes modalidades de protección legal para los api. Se perseguía clarificar conceptos y facilitar las respuestas sobre una temática que requiere cierto nivel de conocimiento legal. En ambos casos, como los *check lists* se entregaban con posterioridad a la formulación de las preguntas, se pudo constatar cómo los informantes realizaban un doble proceso de reflexión sobre una temática que, en algunos casos, no se habían planteado con anterioridad. Es decir, primeramente, contestaban a la pregunta y posteriormente con la información de los *check lists*, reformulaban o ampliaban sus respuestas. El trabajo de campo se desarrolló entre los meses de enero a marzo de 2015.

**CAPÍTULO VI GESTIONAR ACTIVOS PROTEGIBLES POR DERECHOS DE AUTOR EN EL CONTEXTO DIGITAL:
UN NUEVO RETO ESTRATÉGICO PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS TURÍSTICAS**

La obtención de los datos se complementó con diversas fuentes secundarias como: reportes empresariales de las organizaciones participantes extraídos de la base de datos SABI, informes de organismos especializados en gestión de api, estudios teóricos y empíricos y la legislación sobre derechos de autor vigente a nivel europeo y español, que nos permitió a su vez validar y triangular datos obtenidos en las entrevistas aportando riqueza y profundidad a la investigación (Denzin, 2012).

3.2. ANÁLISIS DE LOS DATOS

Se realizó un análisis del contenido cualitativo (Mayring, 2000) o análisis temático (Boyatzis, 1998) que comprende la identificación de patrones de significado a lo largo del conjunto de datos mediante un proceso iterativo y continuo de familiarización con los datos, codificación y desarrollo de temas. El proceso comenzó con la transcripción de las entrevistas (Ryan & Bernard, 2003). Una vez transcritas, se procedió a identificar los fragmentos de texto relevantes para el objeto de estudio codificando y reduciendo los datos con ayuda del software de análisis cualitativo EDET.¹ Inicialmente, se redujeron los datos a partir de un primer listado de códigos deductivos surgidos de la literatura sobre gestión de api y de los objetivos de la investigación. Durante el análisis también fueron emergiendo códigos inductivos (Ryan & Bernard, 2000) y paulatinamente se reorganizaron y concretaron en el libro final de códigos. La codificación se realizó en espejo confrontando sistemáticamente el análisis inicial con el de un investigador senior, entrevista a entrevista, y transversalmente a la totalidad de los datos.

De los nueve códigos iniciales a partir de los que se elaboró el protocolo de la entrevista, en la primera fase de codificación de la información

¹ Editor para etnógrafos. Disponible en: <http://www.etnologia.uw.edu.pl/www/program-edet>).

**CAPÍTULO VI GESTIONAR ACTIVOS PROTEGIBLES POR DERECHOS DE AUTOR EN EL CONTEXTO DIGITAL:
UN NUEVO RETO ESTRATÉGICO PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS TURÍSTICAS**

recopilada en el trabajo de campo se llegó a obtener un total de setenta y siete códigos, intentándose en lo posible contener el proceso de generación de nuevos códigos inductivos. Después de varias fases de reducción y reclasificación surgieron cinco categorías principales que organizaron los datos: creación, valoración, protección, explotación y vigilancia, que delinean las fases del proceso de gestión de los apda en estas pymes turísticas. Por consiguiente, se sistematiza y amplía el marco teórico de partida (Smith & Hansen, 2002 and Punnoose & Shobhana, 2012). La categoría *creación* comprende las áreas de creación, el sujeto creador y la tipología de activos creados. La categoría *valoración* se configuró a partir del reconocimiento del valor de este tipo de activos y los métodos para cuantificarlos. La categoría *protección* se estableció teniendo en cuenta las formas de protección legal y tecnológica. La categoría *explotación* se construyó a partir de las formas actualmente utilizadas para obtener rendimiento. Por último, la categoría *vigilancia* se esbozó incluyendo cualquier acción encaminada a controlar las potenciales infracciones de los apda por parte de terceros. Estas categorías constituyeron la base para conocer e interpretar el rol que tienen los apda y cómo se gestionan, al tiempo que nos permitieron contrastar las prácticas seguidas por las empresas estudiadas respecto a las recomendadas por la literatura especializada. Los resultados finales se construyeron mediante continuas sesiones de confrontación, verificación de las interpretaciones e inferencia teórica de los investigadores (Seale, 1999).

4. RESULTADOS

4.1. USO DE LAS TECNOLOGÍAS DIGITALES Y LAS REDES SOCIALES POR LAS ORGANIZACIONES TURÍSTICAS

La inclusión de las tecnologías digitales en la actividad diaria de las empresas turísticas del estudio es reciente, resultado de la presión de un contexto donde estas tecnologías son cada vez más relevantes. La mayoría las utilizan fundamentalmente en las áreas de gestión interna y la de comunicación y marketing. Dos las emplean en el área de productos y servicios y otras dos están proyectando hacerlo. En general, las organizaciones presentan diferentes estadios de uso de las tecnologías digitales, sin llegar en ningún caso a un nivel intensivo, según se advierte del análisis de las respuestas ofrecidas en este ámbito.

Respecto a las redes sociales se reconocen con un rol más activo, aunque también se identifican distintos niveles de uso. Desde las que las consideran imprescindibles para su actividad hasta un caso que no cuenta con ningún perfil en redes sociales. No obstante, la gran mayoría considera a las redes sociales como una herramienta valiosa para la comunicación y el marketing. A través de los perfiles corporativos las empresas persiguen robustecer su imagen, ganar reputación online, fidelizar clientes y mejorar su visibilidad en la web. Por lo tanto, el contexto de uso de las nuevas tecnologías delinea un nuevo escenario en el que las organizaciones estudiadas crean o utilizan apda periódicamente, sean o no plenamente conscientes de ello.

4.2. LA CREACIÓN DE APDA

El análisis de los datos obtenidos sugiere que todas las organizaciones turísticas del estudio crean en mayor o menor medida apda, tanto para el espacio físico como para el digital. No obstante, presentan diferencias en las áreas de creación, la tipología de activos creados y el rol de éstos en su actividad principal.

**CAPÍTULO VI GESTIONAR ACTIVOS PROTEGIBLES POR DERECHOS DE AUTOR EN EL CONTEXTO DIGITAL:
UN NUEVO RETO ESTRATÉGICO PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS TURÍSTICAS**

Todas crean apda en el área de comunicación y marketing, de manera especial en las redes sociales. Generan, fundamentalmente, textos e imágenes, y en algún caso, vídeos. Estos apda forman parte de una actividad complementaria, es decir, la creación está vinculada con actividades de publicidad, relaciones con los clientes y construcción de la reputación online. Los agentes que crean estos activos son: 1) los propios trabajadores; 2) terceros contratados ocasionalmente -profesionales independientes o empresas de diseño, fotografía y programación- para activos que requieren un nivel profesional superior a la capacitación del personal propio, como por ejemplo: la página web corporativa, vídeos oficiales y fotos de alta calidad para catálogos; o 3) los usuarios, quienes pueden ser la fuente de las imágenes, textos y vídeos que posteriormente utiliza la organización.

'Per exemple, en el cas dels missatges dels nens són els mateixos nens els que fan els missatges que acaben sortint en un cartel de missatges. Són ells que participen, potser d'escriure, los logos, que fem projectes que són els nens els que els fan i després nosaltres els digitalitzem.' (OT2)

La creación de apda en el área de productos y servicios genera otra tipología de activos que presenta una naturaleza más vinculada a las nuevas tecnologías como: aplicaciones para móviles, bases de datos, programas informáticos y obras multimedias. De las organizaciones que crean apda en esta área, dos lo hacen como parte de su actividad central y cuentan con una cartera de productos y servicios basados en los apda, mientras que las otras dos se encuentran en proceso de proyección y desarrollo de estos activos como parte de sus productos y servicios. Los activos son creados por: los trabajadores; o cocreados junto a usuarios o colaboradores tecnológicos.

'Imagínate un caso real es una empresa de desarrollo de aplicaciones para móvil (...) si tú por ejemplo vas a hacer una aplicación para que la gente vaya

**CAPÍTULO VI GESTIONAR ACTIVOS PROTEGIBLES POR DERECHOS DE AUTOR EN EL CONTEXTO DIGITAL:
UN NUEVO RETO ESTRATÉGICO PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS TURÍSTICAS**

a museos y pueda ver ahí realidad virtual y realidad aumentada, y eso, no sólo lo hagas desde el punto de vista técnico sino que haya una historia detrás, vinculada a la gestión de ese museo, vinculada a que la gente haga turismo, de creación de producto, pues esa creación de producto más ese matiz técnico, nos complementamos muy bien con todo el desarrollo técnico de esa empresa, es un desarrollo, yo diría completamente conjunto.’(OT5)

Una característica en la que coinciden las empresas que crean como parte de su actividad central y las que lo hacen como actividad complementaria es la brevedad de la vida útil de los apda. Los directivos son conscientes que este tipo de activos tiene una fecha de caducidad relativamente corta, para los primeros, por la rapidez con la que evolucionan las tecnologías digitales; para los segundos, porque la finalidad a la que se destinan obliga a renovarlos periódicamente.

‘Tenemos una herramienta muy buena, este sí es un caso real, la desarrollamos en el 2010, de 2010 a 2012, en ese momento no hay financiación, la paras, y puedes encontrar una financiación 2013-2014, pero intenta recoger lo que había en 2012 y ya está obsoleto (...) es imposible pensar que un resultado que has desarrollado hace 3 o 4 años ahora puedas hacer un plan de negocio, intentar irlo a vender.’ (OT5)

‘Lo que prima hoy es la renovación del todo, todas, todas las fotos. Si no hay gente que va mirando y cuando ven que ha pasado un año o dos y sigue habiendo las mismas fotos, es como si envejecieran en la misma red (...) o sea, hay que ir renovando.’ (OT7)

En resumen, la creación de apda es una actividad presente en todas las empresas estudiadas, si bien, en la mayoría, estos activos tienen un rol secundario dentro de la actividad empresarial, pero sin importar el rol que desempeñen, son concebidos como activos con una rápida obsolescencia.

4.3. LA VALORACIÓN DE APDA

En relación al valor de los apda, los datos sugieren que existe una gran similitud entre las opiniones y las prácticas de las organizaciones turísticas del estudio. Casi todas consideran que son importantes y tienen un valor,

**CAPÍTULO VI GESTIONAR ACTIVOS PROTEGIBLES POR DERECHOS DE AUTOR EN EL CONTEXTO DIGITAL:
UN NUEVO RETO ESTRATÉGICO PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS TURÍSTICAS**

pero desconocen exactamente cuál sería. Explican que son activos creados por el ser humano, a los que se les dedican muchas horas de trabajo o incluso que son el fundamento de su actividad central. Sin embargo, no sólo no los cuantifican, si no que ni siquiera se lo habían planteado. Contrariamente a la opinión general de los informantes, dos de las organizaciones que utilizan escasamente las nuevas tecnologías y crean apda sólo como parte de su actividad complementaria, restan importancia a la cuantificación de su valor. Una, porque no cuenta ni con el tiempo, ni con las capacidades para realizar estas operaciones, y la otra, porque los considera activos de escaso valor y vida útil breve.

‘No no no. Ni lo haré, no tengo tiempo para eso (risas) Yo creo que se me escapa un poco, con lo cual hay que optimizar los recursos, el tiempo que tienes y en todo lo que tienes que hacer. Y para mí, llevo la contabilidad, estoy en la cocina, llevo la dirección, esto sería una pérdida de tiempo que no tengo, ¿sabes? Somos una empresa muy pequeña.’ (OT8)

‘Vamos a ver, texto, para mí el valor, no es una poesía que hay que guardar, no es una novela que tienes que, es un texto que se va modificando, son platos nuevos cada día (...) Imágenes lo mismo, no puedo tener la misma foto durante 20 años tengo que ir modificando (...) Videos, el video éste me servirá un par de años, pero dentro de un par de años no pudo seguir teniendo el mismo video.’ (OT9)

Si bien ninguna de las organizaciones estudiadas cuantifica el valor de los apda, en general, fueron capaces de responder hipotéticamente qué parámetros tomarían como referencia para calcularlo. Entre los criterios a considerar incluyeron: el precio de mercado, los costes que supondría adquirir los apda contratando a un tercero, las horas de trabajo y los costes en los que han incurrido para crearlos.

‘Si haguéssim de pagar a un fotògraf totes les fotos que tenim, és incalculable.’ (OT3).

**CAPÍTULO VI GESTIONAR ACTIVOS PROTEGIBLES POR DERECHOS DE AUTOR EN EL CONTEXTO DIGITAL:
UN NUEVO RETO ESTRATÉGICO PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS TURÍSTICAS**

‘Que te dijese un número? No sé, no sé. Hi ha treball de molta gent aquí. Hores, temps, desplaçaments...’ (OT2)

En resumen, los apda son percibidos como activos valiosos, pero ninguna de las empresas turísticas del estudio tiene incorporadas en sus prácticas la cuantificación de ese valor.

4.4. LA PROTECCIÓN DE LOS APDA

En esta categoría los datos sugieren que en general, las organizaciones estudiadas no conocen o no entienden qué significa ‘proteger’ los apda. En un primer momento, la respuesta mayoritaria es que no protegen estos activos. No obstante, en un segundo momento –después de examinar el Check list 2- las respuestas varían unánimemente, justo en el sentido contrario. Es decir, inicialmente no reconocen que utilicen formas de protección, pero al ver el listado son capaces de identificar que poseen derechos en algunas de ellas, fundamentalmente, marcas, nombres de dominio y patentes. Sin embargo, a pesar de este cambio en las respuestas, los datos permiten afirmar que la mayoría de las organizaciones estudiadas generalmente no utiliza ni mecanismos legales ni tecnológicos para proteger sus apda. Aquellos que están protegidos son casos puntuales. Respecto a los derechos de autor, que son el centro de atención de este estudio, la casi totalidad afirma no tenerlos registrados.

Las excepciones a la regla de la no protección se encuentran en las dos organizaciones que crean como parte de su actividad central. Una de las organizaciones utiliza mecanismos de protección tanto legales como tecnológicos, pero en determinados casos opta por no proteger, adoptando tres posturas diferentes en función del tipo de activo y la explotación que hace de ellos. En la primera protege legalmente aquellos activos de los que quiere excluir a la competencia. La segunda consiste en proteger tecnológicamente los creados para eventos concretos y de calidad superior

**CAPÍTULO VI GESTIONAR ACTIVOS PROTEGIBLES POR DERECHOS DE AUTOR EN EL CONTEXTO DIGITAL:
UN NUEVO RETO ESTRATÉGICO PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS TURÍSTICAS**

-ej. fotos profesionales-. La tercera es no proteger aquellos activos que destina a ganar reputación y mejorar su imagen en las redes sociales.

'si nosaltres ens inventem la Garnatxa i la Carinyana a la Fira del any passat, doncs la patent és nostra, lo registrem al notari perquè ningú ho pugui utilitzar, (...) per exemple, si tu ets la meva competència i d'aquí a 3 anys portes la Fira del Vi no pots utilitzar la Garnatxa perquè la Garnatxa me l'inventé jo.' (OT3)

'(...) al cas de la Fira del Vi no fiquem originals a les xarxes, tot va signat.' (OT3)

'No, és al revés, jo crec que lo que s'aprofita dels altres. Quan tu ets petit, no. I també tenim una repercusió super mega petita (...) ara no ens plantejem això perquè és al revés, tu tens ganes que s'utilitzen les teves coses, per tant, mai talles.' (OT3)

La otra organización que crea como parte de su actividad central sólo utiliza mecanismos tecnológicos de protección porque les resultan más eficaces que los jurídicos. En este caso, los datos revelan que sí hicieron un análisis previo sobre cuáles eran las formas óptimas para proteger sus apda, en el que tuvieron en cuenta el tipo de explotación que harían de ellos. Como resultado del cual decidieron optar finalmente por los tecnológicos.

'Lo primero sería registrarla, tener un copyright, pero casi más por la utilización que estamos desarrollando, nos interesa más la opción que hemos cogido que es tenerla en propiedad, tener un servidor propio, en el cual tú tienes que entrar con login y password, con lo cual no tienes la posibilidad de que nadie te copie lo que tú has desarrollado, lo pueda implementar en otros mercados, en otras actividades. Si en algún momento pensáramos que nos interesa más la opción de vender licencias de algunas de las aplicaciones informáticas que hemos desarrollado, nos atreveríamos a plantear seriamente esto.'(OT5)

El resto de formas de protección mencionadas en las entrevistas se refieren a activos de propiedad industrial, con los que están más

**CAPÍTULO VI GESTIONAR ACTIVOS PROTEGIBLES POR DERECHOS DE AUTOR EN EL CONTEXTO DIGITAL:
UN NUEVO RETO ESTRATÉGICO PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS TURÍSTICAS**

familiarizados. Por ejemplo, respecto a los nombres de dominio casi todos tienen claro que es un paso previo e imprescindible para tener una página web propia y mantener el registro es lo que les garantiza su presencia en Internet. En relación a las patentes, una interpretación del contexto en el que se mencionan, permite afirmar que el término no se usa en un sentido técnico jurídico, sino genérico. Es decir, ninguna de las organizaciones turísticas tiene una invención patentada, pero algunos utilizan esta palabra para referirse a que poseen derechos sobre determinados activos. En último lugar, las marcas son concebidas como un activo fundamental para la imagen corporativa y el valor total de la empresa.

Finalmente, los directivos manifiestan que la experiencia de las organizaciones estudiadas respecto a no proteger los apda no es negativa ya que a pesar de no utilizar los mecanismos legales a su disposición las organizaciones no se han sentido perjudicadas.

4.5. LA EXPLOTACIÓN DE LOS APDA

En general, todas las organizaciones de la muestra tienen una visión limitada de las vías para rentabilizar los apda, si bien los datos arrojan matices entre las organizaciones que los crean como parte de una actividad complementaria y las que los crean como parte de su actividad central. Las primeras, conciben la explotación de estos activos como un instrumento que favorece la venta del producto o servicio, tributa a crear una imagen corporativa y los ayuda a posicionarse en la red. Por lo tanto, la única forma de explotación que plantean es que cumplan esta función óptimamente, consigan el mayor número de ventas posibles y les robustezca su imagen y presencia en la red.

‘A nivel comercial, publicidad y comercial. E imagen, imagen del hotel, imagen de la empresa, ese es el rendimiento que sacamos, que es muy importante, no es que sea poco, al contrario, es muchísimo, estamos creando marca también.’ (OT4)

**CAPÍTULO VI GESTIONAR ACTIVOS PROTEGIBLES POR DERECHOS DE AUTOR EN EL CONTEXTO DIGITAL:
UN NUEVO RETO ESTRATÉGICO PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS TURÍSTICAS**

'Bueno, a parte de los clientes que vengan al restaurante no tengo ningún rendimiento económico. No edito recetas, no hago nada. (...) Sí, el rendimiento es la gente que viene aquí, coma, y se vaya contento y lo diga, es el único rendimiento que tengo.' (OT9)

En relación a la explotación de los apda por las organizaciones que crean como parte de su actividad central y las que están proyectando hacerlo, los datos sugieren que igualmente tienen una concepción limitada de las vías para explotar estos activos. No obstante, comparten el argumento de que les ha faltado analizar y proyectar acciones para rentabilizarlos, así como explorar la creación de nuevas líneas de negocios vinculadas a las aplicaciones para móviles.

'Però fins ara no ens han pagat mai per les fotos, per exemple, tot i que ho oferim com servei nostre. O sigui, nosaltres, tots aquests materials que nosaltres utilitzem són per generar beneficis a través d'altres projectes, són per fer presentacions, per poder vendre't tu, com i... no sé ¿no? (...) Però de manera directa no ho tenim estudiat això, jo crec, eh?' (OT2)

Adicionalmente, en un caso se reconoce la incapacidad de llevar adelante la gestión comercial de sus apda debido a que es una entidad sin ánimo de lucro y que no cuenta con recursos humanos suficientes para desarrollar la gestión comercial. Por lo cual, se considera que la explotación la deberán hacer otras empresas y no se descarta la posibilidad de crear alianzas con ese propósito.

'En lo que ya estamos desarrollando de bases de datos, de aplicaciones, claramente ya va dirigido a una explotación a través de nuevas tecnologías (...) tenemos previsión de poder hacer desarrollos conjuntos con empresas o incluso con otros centros tecnológicos más de ámbito de las TICs (...) y ahí sí intentar hacer algún tipo de apuesta o de acuerdo con ellos de desarrollo conjunto, en el cual podamos cobrar luego por venta de producto, sobre todo si ellos hacen esa gestión comercial posterior.' (OT5).

**CAPÍTULO VI GESTIONAR ACTIVOS PROTEGIBLES POR DERECHOS DE AUTOR EN EL CONTEXTO DIGITAL:
UN NUEVO RETO ESTRATÉGICO PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS TURÍSTICAS**

En esta categoría hay bastante unanimidad respecto a las limitadas formas de explotación que conciben y desarrollan, así como en identificar como beneficio -casi exclusivamente- el retorno por la venta directa del producto o servicio. Más allá de este aspecto, son pocas las opciones que se han planteado.

4.6. LA VIGILANCIA DE LOS APDA

La mayoría de las organizaciones estudiadas no han detectado infracciones a sus apda por parte de terceros. Dos han tenido alguna experiencia relacionada con el uso indebido de material publicitario – textos e imágenes- y frente a las infracciones adoptaron posturas diferentes. En el caso de una que sólo crea como actividad complementaria, optó por utilizar instrumentos legales. Sin embargo, no obtuvo el resultado esperado debido a la divergencia entre los tiempos de validez de una oferta turística –por temporada- y de un proceso judicial –meses o incluso años-.

‘Lo descubrimos, pero es que la ley internacional es un desastre, por poner una palabra bonita, porque denunciemos y no llegamos a ningún lado (...) y mientras llegó que tardó como ocho meses en llegar la denuncia, por todo el tema internacional, entonces ya estaba todo retirado y con una carta de disculpas se quedaron contentísimos ellos. Y ganando dinero, ellos.’ (OT1)

El otro caso, es una de las organizaciones que están proyectando crear como parte de su actividad central, y se decantó por contactar directamente con el infractor. Sin embargo, a pesar de no haber obtenido los resultados esperados, no ha utilizado otros mecanismos de defensa.

‘Entonces, tampoco la agresión que han hecho ha sido tan fuerte (...) Se lo he dicho repetidamente y les entra por un oído y le sale por el otro. Puedo hacer dos cosas, pasar por delante de la feria verlo, cabrearme y denunciarlos y tal y cual, o mirar para otro lado. Para qué voy a entrar en denuncias con otra asociación, uff, gastos, cabreo, no sé, intento ser práctico, aunque no me guste.’ (OT6)

**CAPÍTULO VI GESTIONAR ACTIVOS PROTEGIBLES POR DERECHOS DE AUTOR EN EL CONTEXTO DIGITAL:
UN NUEVO RETO ESTRATÉGICO PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS TURÍSTICAS**

Particularmente interesante es la postura de una de las organizaciones que crea como parte de una actividad complementaria, en la cual expresamente se asume una visión diferente respecto a la vigilancia de los apda. Según explica el directivo, en su ámbito–la restauración– no se puede evitar la copia, ya que ésta forma parte del comportamiento propio y generalmente aceptado entre quienes se dedican a esta actividad. Si bien no excluye que pueda sentir enfado si detecta usos no autorizados de su propio trabajo. Sin embargo, al narrar una experiencia que tuvo en relación a una posible infracción, optaron por no hacer nada y en cierto sentido se sintieron halagados por ser tomados como referencia por la competencia.

‘Esto es que la cocina es así, (...) me parece que lo de evitar que te copien está un poco pasado de moda (risas), personalmente pienso. Te sabe muy mal, te cabreas mucho, pero es la realidad, ya está, por eso que no me preocupa demasiado.’ (OT9)

La mayoría de las empresas estudiadas carecen de un protocolo de actuación para gestionar posibles infracciones. Tampoco aquellas que crean como parte de su actividad central tienen un procedimiento establecido para gestionar estas situaciones. Sin embargo, frente a un escenario de hipotéticas infracciones a sus derechos, los datos nos permiten identificar un proceso de actuación. Lo primero a resaltar es que descartan el uso de instrumentos jurídicos para hacer valer sus derechos, optando siempre, en primera instancia, por una solución amigable y negociada directamente con el presunto infractor.

‘Jo crec que pactaríem abans i faríem el cas contrari. Tractaríem d’aprofitar d’ells (...) No crec que haguessin denúncies, ni coses d’aquestes perquè és totalment absurd.’ (OT3)

Sólo la organización turística que tuvo una experiencia de infracción en el extranjero, tiene establecidas ciertas pautas de actuación para estas

**CAPÍTULO VI GESTIONAR ACTIVOS PROTEGIBLES POR DERECHOS DE AUTOR EN EL CONTEXTO DIGITAL:
UN NUEVO RETO ESTRATÉGICO PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS TURÍSTICAS**

situaciones. Lo primero, contactar al presunto infractor vía carta o email e intentar solucionar la situación a través de una negociación. Si esta fase no fuera suficiente, procederían a enviar una carta de advertencia elaborada por un abogado. Finalmente, si a pesar de los dos pasos previos la infracción persistiera, pasarían a la fase de denuncia y respectiva demanda.

Por otra parte, existe coincidencia respecto a los criterios que considerarían a la hora de evaluar la situación. En líneas generales el análisis versaría sobre: el tipo de infracción, el tipo de activos afectados, la intención del infractor *'depende de si ha sido con buena fe o con mala fe, claro.'* (OT4) y la obtención o no de beneficios económicos como resultado de la infracción: *'Bueno, s'hauria d'analitzar si ells estén treient un benefici econòmic o no, perquè a vegades et pots trobar que no'* (OT2). En algunos casos incluso, consideran que las posibles infracciones les pueden generar beneficios: *'Nos haría publicidad'* (OT4), en tanto les permitiría llegar a más clientes y aumentar su presencia en las redes.

5. DISCUSIÓN

El uso de las redes sociales, las tecnologías digitales e Internet, incluso por pequeñas y medianas empresas como las estudiadas, favorece la creación de apda como parte de su cotidianidad. Con lo cual, y teniendo en cuenta que el tejido empresarial del sector turístico está compuesto fundamentalmente por esta tipología de empresas, la creación de apda previsiblemente estará cada vez más presente en el día a día de las empresas turísticas. Esta conclusión, a su vez, es coherente con lo sugerido por Punnoose & Shobhana, (2012) respecto a que independientemente del sector de la industria, las organizaciones crean api en su rutina diaria, a lo que las empresas turísticas no parecen ser una excepción. Sin embargo, siguiendo la lógica de Awad & Ghaziri, (2004), el factor diferencial no vendrá dado por el hecho de crear apda -porque todas pueden hacerlo-, sino por qué es lo que se crea y cómo se gestiona.

**CAPÍTULO VI GESTIONAR ACTIVOS PROTEGIBLES POR DERECHOS DE AUTOR EN EL CONTEXTO DIGITAL:
UN NUEVO RETO ESTRATÉGICO PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS TURÍSTICAS**

Las organizaciones estudiadas no desarrollan de manera consciente y planificada un proceso de gestión de los apda, sino que reaccionan en función de las situaciones que se les presentan y el contexto en el que desarrollan su actividad. En este sentido, la literatura concibe la gestión de los api como un proceso que persigue la maximización económica de estos activos, a través de fases como la generación, la valorización, la protección, la vigilancia, etc. (Smith & Hansen, 2002; Punnoose & Shobhana, 2012). Estas fases a su vez, forman parte de la práctica habitual de las empresas tradicionalmente creadoras –industrias creativas y tecnológicas- para gestionar su cartera de api. Sin embargo, las empresas turísticas estudiadas a pesar de que están creando y utilizando apda –imágenes, textos, vídeos, aplicaciones para móviles, programas de ordenador, bases de datos- no abarcan la totalidad del proceso y sus comportamientos no responden a decisiones estratégicas. Esta situación podría explicarse por el tamaño y la juventud de las empresas de la muestra y su falta de experiencia en el manejo de los apda como activos propios.

Para la gestión de los api la literatura consultada coincide en la necesidad de generar estos activos y protegerlos. Adicionalmente, proponen indistintamente otras fases referidas a valorar, gestionar y mitigar riesgos. Teniendo en cuenta estos referentes, así como lo obtenido en el trabajo de campo, se elabora una propuesta de proceso de gestión de los apda. En la Tabla 2 se resumen las fases del proceso propuesto y seguidamente, se discuten los principales resultados en cada una de estas fases.

**CAPÍTULO VI GESTIONAR ACTIVOS PROTEGIBLES POR DERECHOS DE AUTOR EN EL CONTEXTO DIGITAL:
 UN NUEVO RETO ESTRATÉGICO PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS TURÍSTICAS**

Tabla 2: Fases para un proceso de gestión de apda.

Smith & Hansen, 2002	Punnoose & Shobhana, 2012	Propuesta
-	Excavación	Punto de partida, pero no la asumimos como categoría de análisis.
Generar	Generación	Creación
Valorar	-	Valoración
Proteger	Protección	Protección
-	Gestión	Explotación
-	Mitigación de riesgos	Vigilancia

Fuente: Elaboración propia.

La creación de apda se produce en dos áreas: la de comunicación y marketing y la de productos y servicios. En el área de comunicación y marketing se crean fundamentalmente imágenes, textos y vídeos; mientras que en el área de productos y servicios generalmente se crean aplicaciones para móviles, programas de ordenador y bases de datos, tal y como reflejan algunos estudios (Ohashi et al., 2012; Qiongli, 2006; Rodríguez Echavarría et al., 2012). Si bien la literatura sobre gestión de api no distingue áreas de creación, nuestra investigación revela que este es un elemento diferenciador relevante. Quienes crean apda en el área de productos y servicios los conciben como activos que les aportan una ventaja competitiva respecto a la competencia, es decir, los vinculan a las capacidades centrales de la empresa referidas por Smith & Hansen (2002). Mientras que los apda creados en el área de comunicación y marketing se perciben como un instrumento ajeno a las capacidades centrales de la empresa. Estas diferencias respecto al rol estratégico o no de los apda en las empresas turísticas influyen en el tipo de activo que crean y en las acciones que llevan a cabo para gestionarlos. Sin embargo, aunque pudiera pensarse que la gestión de estos activos no es tan relevante en las empresas que los crean en el área de comunicación y marketing, las dinámicas de cocreación con los usuarios en las redes sociales si bien comportan innumerables beneficios, en tanto añaden valor a las relaciones

**CAPÍTULO VI GESTIONAR ACTIVOS PROTEGIBLES POR DERECHOS DE AUTOR EN EL CONTEXTO DIGITAL:
UN NUEVO RETO ESTRATÉGICO PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS TURÍSTICAS**

con los clientes, mejoran la experiencia turística y potencian la imagen de la empresa (Cfr. Prahalad & Ramaswamy, 2004; Leung, Law, Van Hoof, & Buhalis, 2013), a su vez, tienen implicaciones legales que añaden nuevos desafíos para la gestión de estos activos. Por consiguiente, independientemente del rol estratégico o no de los apda en la empresa o el área en la que se creen, la gestión estratégica se convierte en un tema ineludible.

En líneas generales las organizaciones reconocen el valor de los apda, sin embargo, no los cuantifican, es decir, no realizan ninguna actuación para determinar su valor económico. El comportamiento en esta fase no se ajusta a lo recomendado unánimemente por la literatura, la cual considera que la valoración es un paso indispensable para la toma de decisiones en fases posteriores como la protección y explotación (Chang, Hung, & Tsai, 2005; Kossovsky, 2002; Lagrost, Martin, Dubois, & Quazzotti, 2010). El desconocimiento que tienen las empresas estudiadas respecto al valor de sus apda implica que no cuentan con información objetiva para tomar decisiones estratégicas en el resto de fases del proceso de gestión tales como: si se van a proteger o no y por qué vías, qué formas de explotación resultan más rentables y cuáles son los riesgos que comportan. Con lo cual, carecen de un presupuesto básico para generar una ventaja competitiva con base a estos activos. Esta situación podría explicarse por la novedad y peculiaridad de los mismos, la percepción de que cuantificarlos sería complicado, el hecho de que no cuentan con personal capacitado, en el sector no existe cultura o costumbre de hacerlo y tampoco se han visto compulsadas o incentivadas a realizarlo.

Respecto a la protección de los apda, como regla general, las organizaciones estudiadas no suelen protegerlos ni por la vía legal ni por la tecnológica. Sin embargo, encontramos diferencias puntuales entre las organizaciones que crean en el área de productos y servicios, las cuales han utilizado ambas vías de protección, con preferencia por la tecnológica

**CAPÍTULO VI GESTIONAR ACTIVOS PROTEGIBLES POR DERECHOS DE AUTOR EN EL CONTEXTO DIGITAL:
UN NUEVO RETO ESTRATÉGICO PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS TURÍSTICAS**

debido a que no reconocen beneficios significativos en la protección legal. En general, carecen de una estrategia de protección tal y como recomienda la literatura (Bader, 2007; Kankanala, 2012; Punnoose & Shobhana, 2012; Smith & Hansen, 2002) y la elección de una vía u otra, responde a la explotación concreta que pretenden hacer del activo. Mientras que las que crean en el área de comunicación y marketing han optado por la no protección, comportamiento presente en algunos sectores donde la protección legal se considera innecesaria o indeseada (Raustiala & Christopher, 2006; Buccafusco, 2007; Fry, 2010). Sin embargo, en el caso de las empresas turísticas estudiadas la falta de protección se explica porque cuentan con conocimientos limitados en este ámbito, consideran que los apda son accesorios y tienen una vida útil breve –caducidad-, y muy especialmente porque los destinan a ganar reputación y visibilidad en las redes sociales e Internet. Es decir, el interés e incentivo radica precisamente en la difusión de los apda a través de las redes sociales e Internet, por lo cual, y en coherencia con lo expresado por Rosenblatt, (2013) la exclusividad que concede la protección resulta contraproducente.

El hecho de que las organizaciones estudiadas limiten la explotación de los apda a conseguir la venta directa del producto o servicio es una práctica que se refuerza, además, por una visión restringida de las formas de explotación; lo cual contrasta tanto con el valor que dicen concederles a estos activos, como con la importancia que institucionalmente se reconoce a la implementación de las nuevas tecnologías para la competitividad turística (Buhalis & Law, 2008; Buhalis & O'Connor, 2005; Stamboulis & Skayannis, 2003). Si consideramos que la explotación implica una óptima utilización de estos activos (Punnoose & Shobhana, 2012), lo cual se consigue no sólo a través de la comercialización de productos y servicios, sino también mediante acuerdos de licencia o de franquicia, venta de los propios apda, creación de empresas conjuntas o incluso la obtención de créditos empresariales, podemos afirmar que las organizaciones

**CAPÍTULO VI GESTIONAR ACTIVOS PROTEGIBLES POR DERECHOS DE AUTOR EN EL CONTEXTO DIGITAL:
UN NUEVO RETO ESTRATÉGICO PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS TURÍSTICAS**

estudiadas están infra explotando estos activos. Situación que puede explicarse porque las organizaciones estudiadas son jóvenes, de tamaño pequeño y mediano, con recursos humanos poco capacitados, que carecen de experiencia y van aprendiendo en la medida en que crean, usan e interactúan con estos activos. Por lo que el nivel de concienciación es bajo y adolecen de una visión estratégica a medio y largo plazo.

Finalmente, en relación a la vigilancia nuestros resultados revelan que no se realiza ninguna actuación al respecto. Los casos de infracciones de derechos son muy escasos y las organizaciones analizadas no cuentan con un protocolo para gestionar estas situaciones. Frente a hipotéticas infracciones, le restan importancia e incluso le ven beneficios. Esta reacción se justifica fundamentalmente como una respuesta vinculada a los apda creados en el ámbito de comunicación y marketing. También y de manera puntual se llega al mismo posicionamiento cuando se concibe el acceso a los apda como parte de un proceso de conocimiento y aprendizaje, tal como explican Raustiala & Christopher (2006). Debido a que la creación de apda en las redes sociales se dirige fundamentalmente a obtener la mayor difusión e impacto posibles, las organizaciones consideran que el uso por parte de terceros les beneficia. Por otra parte, las actividades de vigilancia requieren de tiempo y recursos con los cuales las pequeñas y medianas empresas no cuentan, por lo que los resultados son coherentes con sus dimensiones, recursos, capacidades, rol y vida útil -caducidad- de los apda y costes de emprender acciones legales contra los presuntos infractores. Sin embargo, a pesar de los costes que suponen las acciones en esta fase, cuando la explotación de los apda requiera que se limite el uso a terceros, será imprescindible realizar actuaciones en este ámbito.

**CAPÍTULO VI GESTIONAR ACTIVOS PROTEGIBLES POR DERECHOS DE AUTOR EN EL CONTEXTO DIGITAL:
UN NUEVO RETO ESTRATÉGICO PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS TURÍSTICAS**

6. CONCLUSIONES E IMPLICACIONES

A pesar de que nuestro estudio se centra en pequeñas y medianas empresas turísticas, el uso de las tecnologías digitales, las redes sociales e Internet es un elemento impulsor para la creación de apda. Esta circunstancia, previsiblemente irá en aumento y los apda tendrán cada vez más, un rol central en las empresas, en tanto a nivel institucional, empresarial y académico se promueve la incorporación y diversificación de las tecnologías digitales, las redes sociales e Internet. En este contexto, una gestión estratégica de los apda se convierte en un elemento crítico para generar ventajas competitivas. Por consiguiente, las empresas turísticas deberán transitar de las actuaciones reactivas a contemplar en el plan estratégico la gestión de los apda, tomando decisiones para cada fase del proceso de gestión, en coherencia con los objetivos empresariales.

Específicamente y con independencia de las peculiaridades que presentan como pequeñas y medianas empresas, jóvenes y poco habituadas a gestionar estos activos, mínimamente deberán: analizar qué rol desempeñan los apda dentro de la estrategia empresarial, determinar cuáles van a crear o cocrear y con quién, contemplando las implicaciones legales en cada caso; establecer algún método o instrumento que les permita cuantificar el valor de estos activos, o al menos de los más importantes; determinar una estrategia de protección según el tipo de activo y la explotación que se hará del mismo, los pros y contras de cada opción –protección legal, tecnológica o no proteger-; explorar nuevas vías para rentabilizar los apda que les permitan superar la actual situación de infra explotación; y establecer acciones de vigilancia para aquellos activos cuya explotación exija un control en el acceso, uso y difusión por parte de terceros –ya sea la competencia o los usuarios-.

Todo lo anterior y teniendo en cuenta que este es un primer estudio cualitativo sobre la gestión de los apda en empresas turísticas, en el cual hemos optado por una muestra teórica reducida e integrada por pequeñas

**CAPÍTULO VI GESTIONAR ACTIVOS PROTEGIBLES POR DERECHOS DE AUTOR EN EL CONTEXTO DIGITAL:
UN NUEVO RETO ESTRATÉGICO PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS TURÍSTICAS**

y medianas empresas, sería recomendable el desarrollo de nuevos estudios empíricos con otros criterios muestrales, que permitan confirmar los elementos diferenciadores de las empresas turísticas como creadoras de apda, respecto a las industrias creativas y tecnológicas, así como, analizar la incidencia de estas particularidades en cada una de las fases del proceso de gestión que hemos propuesto. De este modo, las empresas contarán con mayor información para adaptar el proceso de gestión a sus condiciones particulares. Además, las asociaciones empresariales e instituciones turísticas tendrán evidencias teóricas y empíricas para proponer políticas acordes a los intereses del sector y formar parte de los procesos legislativos sobre derechos de autor a diferentes escalas.

A nivel de gestión, este estudio evidencia que las pequeñas y medianas empresas turísticas estudiadas, presentan importantes limitaciones para diseñar e implementar una gestión estratégica de sus apda, debido a la escasa experiencia en el manejo de estos activos y el perfil de sus recursos humanos, situación que limita considerablemente la creación de valor a través de los apda, especialmente en el contexto digital. Por consiguiente, y considerando que probablemente empresas con un perfil similar a las de la muestra se encuentren en igual situación, sería recomendable: por una parte, que el personal directivo se conciencie en este tema y promueva que sus recursos humanos adquieran formación al respecto; por otra parte, que las asociaciones sectoriales ofrezcan asesoría y acompañamiento, especialmente a las pequeñas y medianas empresas, para definir e implementar un proceso de gestión de apda, adaptado a sus particularidades.

7. REFERENCIAS

- Anderson, R. E., & Srinivasan, S. S. (2003). E-satisfaction and e-loyalty: A contingency framework. *Psychology and Marketing*, 20(2), 123–138. doi:10.1002/mar.10063
- Awad, E. M., & Ghaziri, H. M. (2004). *Knowledge Management*. New Jersey: Pearson Education Inc.
- Bader, M. A. (2007). Extending legal protection strategies to the service innovations area: Review and analysis. *World Patent Information*, 29(2), 122–135. doi:10.1016/j.wpi.2006.10.013
- Berg, B. L. (2007). *Qualitative research methods for the social sciences*. Boston: Pearson Education Inc.
- Boyatzis, R. E. (1998). *Transforming Qualitative Information: Thematic Analysis and Code Development*. Thousands Oaks, London & New Delhi: Sage Publications.
- Buccafusco, C. J. (2007). On the legal consequences of saucers: should Thomas Keller's recipes be per se copyrightable? *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 24(3), 1121–1156.
- Buhalis, D., & Law, R. (2008). Progress in information technology and tourism management: 20 years on and 10 years after the Internet—The state of eTourism research. *Tourism Management*, 29(4), 609–623. doi:10.1016/j.tourman.2008.01.005
- Buhalis, D., & O'Connor, P. (2005). Information Communication Technology Revolutionizing Tourism. *Tourism Recreation Research*, 30(3), 7–16. doi:10.1080/02508281.2005.11081482
- Chang, J.-R., Hung, M.-W., & Tsai, F.-T. (2005). Valuation of intellectual property: A real option approach. *Journal of Intellectual Capital*, 6(3), 339–356. doi:10.1108/14691930510611094
- Denzin, N. K. (2012). Triangulation 2.0. *Journal of Mixed Methods Research*, 6(2), 80–88. doi:10.1177/1558689812437186
- Durrant, A., Rowland, D., Kirk, D. S., Benford, S., Fischer, J. E., & McAuley, D.

**CAPÍTULO VI GESTIONAR ACTIVOS PROTEGIBLES POR DERECHOS DE AUTOR EN EL CONTEXTO DIGITAL:
UN NUEVO RETO ESTRATÉGICO PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS TURÍSTICAS**

- (2011). Automics: Souvenir Generating Photoware for Theme Parks. In *Proceedings of the SIGCHI Conference on Human Factors in Computing Systems* (pp. 1767–1776). doi:10.1145/1978942.1979199
- Fisher III, W. W., & Oberholzer-Gee, F. (2013). Strategic Management of Intellectual Property: An Integrated Approach. *California Management Review*, 55(4), 157–183.
- Flouri, E., & Buhalis, D. (2004). Wireless technologies for tourism destinations. In A. J. Frew (Ed.), *Information and communication technologies in tourism 2004* (pp. 27–38). New York: Springer Wien.
- Fry, B. (2010). Why Typefaces Proliferate without Copyright Protection. *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, 8(2), 425–490.
- Garon, J. (2012). The Heart of the Deal: Intellectual Property Aspects in the Law and Business of Entertainment. *Journal of Intellectual Property Rights*, 17(September), 443–453.
- Ghafele, R., & Santagata, W. (2006). *Cultural Tourism and Collective Trademarks : The Case of Byblos and Saida , Lebanon*. Turin.
- Guba, E. G., & Lincoln, Y. S. (1994). Competing paradigms in qualitative research. In N. K. Denzin & Y. S. Lincoln (Eds.), *Handbook of qualitative research* (pp. 105–117). London: SAGE.
- Guttentag, D. A. (2010). Virtual reality: Applications and implications for tourism. *Tourism Management*, 31(5), 637–651. doi:10.1016/j.tourman.2009.07.003
- Ide, A. (2008). Regional Developments by Making Intellectual Property Public Domain. *Journal of Travel & Tourism Marketing*, 24(2-3), 239–242. doi:10.1080/10548400802092908
- Kankanala, K. C. (2012). Business Value from Intellectual Property. *Journal for Intellectual Property Rights*, 17(40), 369–373.
- Kossovsky, N. (2002). Fair value of intellectual property: An options-based valuation of nearly 8,000 intellectual property assets. *Journal of*

**CAPÍTULO VI GESTIONAR ACTIVOS PROTEGIBLES POR DERECHOS DE AUTOR EN EL CONTEXTO DIGITAL:
UN NUEVO RETO ESTRATÉGICO PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS TURÍSTICAS**

- Intellectual Capital*, 3(1), 62–70. doi:10.1108/14691930210412863
- Lagrost, C., Martin, D., Dubois, C., & Quazzotti, S. (2010). Intellectual property valuation: how to approach the selection of an appropriate valuation method. *Journal of Intellectual Capital*, 11(4), 481–503. doi:10.1108/14691931011085641
- Law, R., Buhalis, D., & Cobanoglu, C. (2014). Progress on information and communication technologies in hospitality and tourism. *International Journal of Contemporary Hospitality Management*, 26(5), 727–750. doi:10.1108/IJCHM-08-2013-0367
- Lemper, T. A. (2012). The critical role of timing in managing intellectual property. *Business Horizons*, 55(4), 339–347. doi:10.1016/j.bushor.2012.03.002
- Leung, D., Law, R., Van Hoof, H., & Buhalis, D. (2013). Social Media in Tourism and Hospitality: A Literature Review. *Journal of Travel & Tourism Marketing*, 30(1-2), 3–22. doi:10.1080/10548408.2013.750919
- Mariani, M. M., Di Felice, M., & Mura, M. (2016). Facebook as a destination marketing tool: Evidence from Italian regional Destination Management Organizations. *Tourism Management*, 54, 321–343. doi:10.1016/j.tourman.2015.12.008
- Mayring, P. (2000). Qualitative content analysis. *Forum: Qualitative Social Research*, (December).
- Mukundan, R., & Jain, K. (2012). Enhancing a Firm ' s Strategic Intellectual Property Management System – The Role of Patent Quality. *Journal of Intellectual Property Rights*, 17(September), 385–389.
- Nielsen, L. B. (2004). Post Disney experience paradigm? In *Proceedings of the 6th international conference on Electronic commerce - ICEC '04* (p. 657). New York, New York, USA: ACM Press. doi:10.1145/1052220.1052303
- Ohashi, Y., Ohashi, K., Meskanen, P., Hummelin, N., Kato, F., & Kynäslähti, H.

**CAPÍTULO VI GESTIONAR ACTIVOS PROTEGIBLES POR DERECHOS DE AUTOR EN EL CONTEXTO DIGITAL:
UN NUEVO RETO ESTRATÉGICO PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS TURÍSTICAS**

- (2012). What children and youth told about their home city in digital stories in "C my city!" *Digital Creativity*, 23(2), 126–135. doi:10.1080/14626268.2012.709942
- Patton, M. Q. (2002). Designing qualitative studies. In M. Q. Patton (Ed.), *Qualitative research and research methods* (pp. 209–257). London: SAGE.
- Porter, M. E. (2001). Strategy and the Internet. *Harvard Business Review*, 79(3), 62–78.
- Prahalad, C. K., & Ramaswamy, V. (2004). *The Future of Competition: Co-Creating Unique Value With Customers*. Boston: Harvard Business School Press.
- Punnoose, S., & Shobhana, V. (2012). The Intellectual Property Audit. *Journal of Intellectual Property Rights*, 17(September), 417–424.
- Qiongli, W. (2006). Commercialization of digital storytelling: An integrated approach for cultural tourism, the Beijing Olympics and wireless VAS. *International Journal of Cultural Studies*, 9(3), 383–394. doi:10.1177/1367877906066884
- Raustiala, K., & Christopher, S. (2006). The piracy paradox: innovation and intellectual property in fashion design. *Virginia Law Review*, 92(8), 1687–1777.
- Rodríguez Echavarría, K., Kaminski, J., & Arnold, D. (2012). 3D Heritage on Mobile Devices: Scenarios and Opportunities. In M. Ioannides, D. Fritsch, J. Leissner, R. Davies, F. Remondino, & R. Caffo (Eds.), *Progress in Cultural Heritage Preservation* (pp. 149–158). Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg. doi:10.1007/978-3-642-34234-9
- Russo, A. P. (2013). Branding brazilian slums through freeware cultural production the case of Rio de Janeiro. In F. M. Go & R. Govers (Eds.), *International Place Branding Yearbook. Managing smart growth & Sustainability*.
- Russo, A. P., & Segre, G. (2009). Destination Models and Property Regimes.

**CAPÍTULO VI GESTIONAR ACTIVOS PROTEGIBLES POR DERECHOS DE AUTOR EN EL CONTEXTO DIGITAL:
UN NUEVO RETO ESTRATÉGICO PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS TURÍSTICAS**

- Annals of Tourism Research*, 36(4), 587–606.
doi:10.1016/j.annals.2009.04.002
- Ryan, G. W., & Bernard, H. R. (2000). Data Management and Analisis Methods. *Handbook of Qualitative Research*, 769–802.
doi:10.2307/2076551
- Ryan, G. W., & Bernard, H. R. (2003). Techniques to Identify Themes. *Field Methods*, 15(1), 85–109. doi:10.1177/1525822X02239569
- Santagata, W. (2002). Cultural Districts, Property Rights and Sustainable Economic Growth. *International Journal of Urban and Regional Research*, 26(1), 9–23. doi:10.1111/1468-2427.00360.
- Santagata, W. (2006). Chapter 31 Cultural Districts and Their Role in Developed and Developing Countries. *Handbook of the Economics of Art and Culture*, 1, 1101–1119.
- Seale, C. (1999). *The Quality of Qualitative Research*. Sage Publications.
doi:10.1016/S1574-0676(06)01031-3
- Segre, G., & Russo, A. P. (2005). *Collective property rights for glass manufacturing in Murano: where culture makes or breaks local economic development* (No. 05). Turin.
- Shao, J., Li, X., Morrison, A. M., & Wu, B. (2016). Social media micro-film marketing by Chinese destinations: The case of Shaoxing. *Tourism Management*, 54, 439–451. doi:10.1016/j.tourman.2015.12.013
- Smith, M., & Hansen, F. (2002). Managing intellectual property: a strategic point of view. *Journal of Intellectual Capital*, 3(4), 366–374.
doi:10.1108/14691930210448305
- Spinello, R. a. (2007). Intellectual property rights. *Library Hi Tech*, 25(1), 12–22. doi:10.1108/07378830710735821
- Stamboulis, Y., & Skayannis, P. (2003). Innovation strategies and technology for experience-based tourism. *Tourism Management*, 24(1), 35–43. doi:10.1016/S0261-5177(02)00047-X
- Tseng, C., Wu, B., Morrison, A. M., Zhang, J., & Chen, Y. (2015). Travel blogs

**CAPÍTULO VI GESTIONAR ACTIVOS PROTEGIBLES POR DERECHOS DE AUTOR EN EL CONTEXTO DIGITAL:
UN NUEVO RETO ESTRATÉGICO PARA PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS TURÍSTICAS**

on China as a destination image formation agent: A qualitative analysis using Leximancer. *Tourism Management*, 46, 347–358. doi:10.1016/j.tourman.2014.07.012

UNCTAD. (2010). *Economía Creativa: Una opción factible de desarrollo*.

World Economic Forum. (2015). *The Travel & Tourism Competitiveness Report 2015*. Geneva.

World Intellectual Property Organization. (2004). *IP Asset Development and Management: A Key Strategy for Economic Growth*. Ginebra: World Intellectual Property Organization.

CAPÍTULO VII

DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

1. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

Esta investigación propicia el encuentro entre disciplinas a partir de un análisis teórico y empírico de los derechos de autor y conexos en contexto mediante un enfoque socio-jurídico. Los resultados de cada una de sus partes demuestran la conexión entre nuevas tecnologías y derechos de autor y conexos con los sectores del turismo y el ocio, y ponen en evidencia nuevos retos para las empresas turísticas, de ahí la relevancia de abordar esta temática.

El estudio sobre cómo se reconfigura el marco regulatorio de los derechos de autor y conexos en la economía (sociedad) de la información, y cómo actúa y se manifiesta en escenarios concretos, permite concluir que las relaciones entre texto y contexto evidencian desencajes, continuidades y desconexiones. Estas dinámicas también son expresiones de brechas o antagonismos entre el subtexto hegemónico y otros subtextos reactivos. Del análisis de los resultados se constata que las interacciones se producen en diferentes niveles -transnacional, regional, nacional o local- debido a las relaciones entre Estados, sociedades (economías) e instituciones internacionales, lo cual confirma lo expresado por Nelken (2001) respecto a cómo la globalización obliga a estudiar el Derecho considerando las relaciones entre estos entes a diferentes niveles geográficos. Además, pueden explicarse como resultado de un proceso de globalización económica, legal y también, como sostiene Story (2002:129) del propósito de exportar a todos los rincones, un conjunto de valores y creencias sobre la necesidad -legitimidad- de convertir en propiedad tanto las ideas como su expresión.

En la primera parte de la investigación, correspondiente al capítulo IV queda patente el desencaje entre el texto y el contexto analizados. Por un lado, las modificaciones legales al marco regulatorio de los derechos de autor y conexos en España, han tenido y previsiblemente seguirán teniendo, una eficacia instrumental limitada respecto a la consecución o

disuasión de la conducta prevista en la norma. Esta situación podría explicarse, en primer término, porque la regulación legal está obviando aquello que permiten las tecnologías y las prácticas sociales en el entorno digital respecto al acceso y consumo de activos protegidos por los derechos de autor y conexos. Sin embargo, existen suficientes estudios que evidencian la ineficacia de la regulación legal como oposición a la regulación tecnológica (Cfr. Jones, 2010; Lessig, 2006; Murray, 2009; 2003; Reidenberg, 1998), además, en el contexto español, varios actores han sostenido e incluso intentado probar la ineficacia de estos cambios con anterioridad a su entrada en vigor, y en los estudios sobre consumo ilegal no se constatan cambios significativos en los comportamientos.

Otra explicación podría resultar del análisis del contexto, concretamente de las dinámicas entre los principales actores. En las últimas décadas, las diferentes modificaciones al marco regulatorio de los derechos de autor y conexos en España se han desarrollado bajo presiones internacionales y nacionales. Las transnacionales del ocio a través de lobbies, presiones diplomáticas y alianzas con actores nacionales han promovido el reforzamiento de la protección y defensa de los derechos de autor y conexos a través de instrumentos legales, estrategia reiterada en otras ocasiones como se evidencia de la literatura (Cfr. Drahos & Braithwaite, 2002; Drahos & Mayne, 2002; Drahos, 2002; Frith, 1987; Sell, 2003). Sin embargo, conscientes de las limitaciones que presenta la regulación legal frente a infracciones realizadas en el ámbito digital, intentaron otra estrategia basada en la búsqueda de alianzas con el sector tecnológico, que es quien está en condiciones de limitar las infracciones a los derechos de autor y conexos en el entorno digital. Frente a la imposibilidad de establecer estas alianzas, han reforzado la postura respecto al uso de la regulación legal, aun sabiendo que es relativamente ineficaz, pero conscientes de que tiene fuertes fundamentos ideológicos -subtexto-, en

especial, en los países del sistema de derecho de autor, como es el caso de España.

Del análisis de los datos sucintamente mencionados se evidencia una relación entre la limitada eficacia instrumental de los cambios legales y la actual correlación de fuerzas entre los principales actores en el contexto español. Es evidente que si el propósito de los cambios legales es regular un ámbito social concreto e incidir en la conducta -acción u omisión- de los destinatarios de la norma, hasta el momento no se han cumplido las expectativas de los titulares de derechos de autor y conexos. Sin embargo, que se opte reiteradamente por este tipo de regulación nos permite concluir que el proceso de reconfiguración del marco regulatorio de los derechos de autor y conexos en España, en el contexto de la economía (sociedad) de la información cumple una función simbólica. Es decir, que las sucesivas modificaciones legales más que pretender cambiar una realidad y ser un instrumento de cambio social -disminuir o disuadir las infracciones a los derechos de autor y conexos en Internet- son una respuesta a las presiones de los lobbies de multinacionales y de un importante socio comercial y aliado. Por consiguiente, estas normas cumplen una doble función simbólica; respecto a los destinatarios -consumidores en general, residentes en España- reforzar la protección y defensa del conjunto de valores en los que se enmarcan los derechos de autor y conexos; y respecto a los socios comerciales, es la demostración de que se toman medidas y se hacen ajustes para contrarrestar esas infracciones, se cuenta con un marco jurídico acorde a los estándares globales y se ofrecen garantías a las multinacionales del ocio de que sus derechos serán respetados y defendidos.

En la segunda parte de este estudio -capítulo V- se evidencia que históricamente los avances tecnológicos han propiciado la desestabilización de los mercados de la música, generando así desajustes entre el texto y el contexto. Sin embargo, un análisis de los datos en

contexto muestra que, las tensiones entre los titulares de derechos de autor y conexos y nuevos actores -competidores- tienen una especial relevancia respecto a cómo se manifiesta el desajuste entre el texto y el contexto, el contenido de los cambios legales que se producen y los propósitos que se persiguen con las modificaciones legislativas.

El análisis de datos históricos sobre las leyes de derechos de autor y conexos, el desarrollo de nuevas tecnologías para la comunicación y reproducción de las obras musicales y las interacciones entre los principales actores de la industria, evidencian una relación de influencias recíprocas. Por una parte, históricamente los desarrollos tecnológicos y los marcos legales que los acompañan han estado estrechamente vinculados. Es decir, la regulación de los derechos de autor y conexos ha funcionado como un dispositivo que bloquea o permite el paso a instrumentos y aparatos técnicos. A su vez, la regulación se ha ido reconfigurando en función de los impactos que cada nuevo avance tecnológico ha ejercido en la producción, comercialización y distribución de las obras musicales y de la correlación de fuerzas entre los principales actores del mercado. Por otra parte, los avances tecnológicos han incidido en la correlación de fuerzas entre los actores del mercado a través del surgimiento de nuevos actores, nuevos modelos de negocio, el establecimiento de alianzas, fusiones o adquisiciones, y consecuentemente, cambios en la estructura de la industria. Todo lo cual, ha incidido en los equilibrios de poder del mercado de la música, y siempre ha generado reacciones de oposición (Richard a. Peterson & Anand, 2004).

Esta parte de la investigación, ha reflejado otra función o rol de las leyes de derechos de autor y conexos y de sus cambios a lo largo del tiempo. Si bien los adelantos tecnológicos han desestabilizado y creado nuevas oportunidades, no han sido *per se* suficientes para que se produzcan modificaciones en el curso de los mercados de la música. Por una parte, la evidencia histórica y los datos actuales corroboran lo expresado por

CAPÍTULO VII DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

Klinenberg & Benzecry (2005) respecto a que las oportunidades que ofrecen las nuevas tecnologías hay que ponerlas en relación con el contexto social y las interacciones entre las distintas fuerzas sociales para que se construyan nuevas formas de mercado. Por otra parte, en los procesos de cambios en los mercados de la música, las industrias musicales se han garantizado la exclusividad en la comercialización de las producciones, redefiniendo frente a cada adelanto tecnológico qué debe ser protegido, cómo y por cuánto tiempo. En este contexto, los derechos de autor y conexos han sido un dispositivo esencial. De este modo, el marco regulatorio de los derechos de autor y conexos además de reflejar un conjunto de valores e intereses respecto a estos activos, también, tal y como sostiene Frith (1987) ha reflejado decisiones pragmáticas sobre quiénes deben beneficiarse del trabajo musical, cómo y por cuánto tiempo.

Con la globalización económica y las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, la distribución y comercialización de producciones musicales requería marcos legales que traspasasen el alcance de las fronteras nacionales. Los datos muestran cómo las leyes sobre propiedad intelectual se convirtieron en un asunto de la Organización Mundial del Comercio (OMC), y con ADPIC se establecen estándares de protección reforzados y armonizados para desarrollar y consolidar mercados transnacionales; proceso que también se refleja en varias Directivas de la Unión Europea. Sin embargo, una vez más, las oportunidades de negocio que generan los avances tecnológicos colisionan con los monopolios que generan los derechos de autor y conexos. Concretamente, las tecnologías digitales han creado condiciones para el surgimiento de nuevos actores -prestadores de servicios de música en línea, entre otros- y nuevos modelos de negocio que suponen cambios en el control de la distribución y venta de las producciones musicales. De manera similar a ocasiones anteriores, de la puja entre intereses contrapuestos entre actores establecidos y nuevos competidores resultan cambios legales.

CAPÍTULO VII DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

En el contexto del mercado global, los nuevos actores del mercado de la música digital, en la medida que han ido ganando relevancia económica, han devenido en impulsores claves de una reconfiguración del marco regulatorio de los derechos de autor y conexos con una dimensión transfronteriza. Concretamente en el mercado europeo a través de licencias multiterritoriales a escala comunitaria. En este caso, los cambios legales persiguen evitar obstáculos al desarrollo de modelos de negocio en Internet, al tiempo que reflejan cambios en el control por parte de los conglomerados del entretenimiento y las *majors* en el ámbito digital, a consecuencia de la irrupción de nuevos actores. Con lo cual, si bien, la causa del desencaje entre el texto y el contexto podría situarse en las oportunidades que ofrecen las tecnologías digitales e Internet para el acceso y consumo de obras protegidas por derechos de autor y conexos; también el aprovechamiento de estas tecnologías por nuevos actores para desarrollar negocios digitales y la barrera que les supone la gestión nacional de las producciones musicales genera desencajes -de otra naturaleza- entre el texto y el contexto. De los cuales la Directiva 2014/26/EU es un ejemplo de cómo la ley va legitimando y ofreciendo garantías para que las transformaciones del contexto se completen.

Finalmente, en la tercera parte de esta investigación -capítulo VI-, a diferencia de las dos precedentes, si bien las nuevas tecnologías e Internet están propiciando cambios en el contexto, más que un desencaje con el texto, se evidencian situaciones de desvinculación entre uno y otro. Los datos del estudio empírico corroboran la interconexión entre el uso de las redes sociales, las tecnologías digitales e Internet por pequeñas y medianas empresas turísticas y el consumo y (co)creación de activos que potencialmente pueden protegerse por los derechos de autor y conexos. Sin embargo, un análisis de los datos desde la perspectiva de las empresas turísticas como consumidoras, evidencia que la reconfiguración del marco regulatorio de los derechos de autor y conexos de las últimas décadas ha

tenido incidencias muy puntuales, una de las más significativas, justamente, en el ámbito de la comunicación de obras musicales en establecimientos turísticos. No obstante, otro análisis a partir de la perspectiva de estas empresas como creadoras arroja resultados diferentes.

Lo primero a resaltar es que la incorporación de las tecnologías digitales e Internet, así como el uso de las redes sociales por las empresas turísticas son factores que impulsan la (co)creación de activos protegibles por los derechos de autor como parte de sus actividades cotidianas. La asunción de este nuevo rol es coherente con lo sugerido por Punnoose & Shobhana (2012) respecto a que independientemente del sector de la industria, las organizaciones crean activos de propiedad intelectual en su rutina diaria. Otro de los aspectos a destacar es que el ejercicio del rol de creador por las empresas estudiadas presenta particularidades si se les compara con las empresas culturales y creativas, que son las que tradicionalmente han desempeñado este rol. Particularidades que pasan por no concebir estos activos dentro de la estrategia empresarial, no desarrollar de manera consciente y planificada un proceso de gestión de los mismos y no considerar el marco regulatorio de estos bienes.

Son varios los factores que permiten explicar la relación entre texto y contexto en este caso. Por una parte, el tamaño y juventud de las empresas estudiadas, la escasa experiencia y la falta de recursos para gestionar estos activos. Por otra, la obsolescencia o caducidad que presentan estos activos para la actividad de estas empresas y también, la finalidad a la que se destinan -al menos por el momento y en su mayoría- esencialmente dedicados a ganar reputación online, fidelizar clientes y mejorar su visibilidad en la web. En estas condiciones, se detectan espacios, relaciones, situaciones que se regulan al margen del marco regulatorio establecido e incluso que, en ocasiones, de manera consciente se opta por no instar su aplicación por ejemplo respecto a la protección legal o a la defensa de los derechos de autor frente a infracciones de terceros. Es decir, supuestos en

los que el contexto y el texto van en paralelo, como si no hubiesen incidencias entre uno y otro, en los que se configuran fenómenos regulados independientemente de las normas estatales, ampliamente estudiados desde el pluralismo jurídico y los estudios socio-jurídicos (Carbonnier, 1974; Cotterrell, 1991; Ehrlich, 2009; Kantorowicz, 1964; Kirchmann, 1983; Treves, 1988), y más recientemente, en el ámbito de la propiedad intelectual en las investigaciones sobre espacios negativos (Raustiala & Christopher, 2006; Rosenblatt, 2011, 2013). Todo lo cual, permite explicar que, por el momento, el sector turístico no haya adoptado una postura activa en el proceso de reconfiguración del marco regulatorio de los derechos de autor y conexos. Finalmente, al margen de que las empresas turísticas opten o no por hacer uso de los instrumentos legales, los datos demuestran la necesidad de que obtengan asesoría y formación en estos temas y la importancia de que incorporen los activos protegibles por derechos de autor a su gestión estratégica, de modo que sean capaces de crear valor con ellos, especialmente en el ámbito digital.

2. FUTURAS LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN Y LIMITACIONES DEL ESTUDIO

Las relaciones destacadas a lo largo de esta investigación entre nuevas tecnologías, ocio y turismo y derechos de autor y conexos, ofrecen un punto de partida para el desarrollo de futuras investigaciones desde enfoques y diseños metodológicos diferentes. A partir de la evidencia de que el marco regulatorio de los derechos de autor y conexos tiene implicaciones en la gestión de las empresas turísticas, las que previsiblemente irán en aumento con la incorporación de las tecnologías digitales las redes sociales e Internet; por una parte, abre la necesidad de desarrollar estudios sobre el impacto económico de estas normas en el sector turístico; por otra, se evidencia la necesidad de propiciar una mayor concienciación y ofrecer asesoría en esta temática, en especial a pequeñas y medianas empresas.

CAPÍTULO VII DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

Desde el punto de vista del enfoque, a lo largo de este estudio, se han detectado elementos económicos, antropológicos, culturales y técnicos que justificarían el abordaje del tema a través de otras miradas que amplíen y profundicen el análisis. Además, debido a la interdisciplinariedad de la temática existen amplias posibilidades de acercarse a ella mediante diseños de investigación cualitativos, cuantitativos o mixtos. El hecho de que nos encontremos en un contexto donde los adelantos tecnológicos, los hábitos de consumo y los modelos de negocio están en proceso de cambio propicia la necesidad de investigar las relaciones e influencias entre estos elementos del contexto y los textos legales que los regulan.

Después de analizar cómo se manifiestan las normas de derechos de autor y conexos en diferentes contextos, ha sido evidente la relevancia de abordar el estudio considerando el actual escenario de globalización. Por consiguiente, sería oportuno que futuras líneas de investigación desarrollen nuevos análisis entre los elementos a diferentes escalas geográficas -local, nacional, europeo, internacional-, y comparen las dinámicas e influencias entre varios contextos. Igualmente, el estudio se enriquece al considerar relaciones e implicaciones a niveles macro -sectores- y micro -empresas-, a partir de este trabajo, se abre un amplio campo de estudio sobre los derechos de autor y conexos y, por ejemplo, el sector turístico en su conjunto y/o las grandes empresas.

Si bien esta investigación está enfocada en los derechos de autor y conexos, fundamentalmente en el ámbito digital, debido a la importancia que tiene esta área del Derecho a partir de la incorporación de las nuevas tecnologías en los sectores del turismo y el ocio; los activos intangibles en su conjunto tienen una especial relevancia en el contexto de la economía de la información y pueden ser protegidos a través de diferentes modalidades. Por consiguiente, otra posible línea de investigación pasaría por ahondar en cómo actúan las normas de propiedad industrial, Derecho de la

Competencia y aquellas relacionadas con la economía digital en los contextos del ocio y el turismo.

Por otra parte, se destaca que la propiedad intelectual en general, y los derechos de autor y conexos en particular, son construcciones occidentales modernas, a través de cuya historia se constata un proceso similar al descrito por Santos (1998) de localismo globalizado;¹ poniendo así en evidencia la necesidad de contextualizar el fenómeno y reconocer la posibilidad de (re)construir y (re)pensar los textos y subtextos que lo acompañan. Este planteamiento abre la posibilidad de desarrollar estudios que, para alcanzar una comprensión más amplia, adopten una cosmovisión diferente a la Occidental y analicen estas relaciones en otros contextos culturales, es especial, teniendo en cuenta el carácter cada vez más global de la actividad y las empresas turística.

Finalmente, una mirada global del trabajo desarrollado en estos años, deja un buen sabor en boca respecto al abordaje de un tema novedoso y complejo, a través de un proceso de experimentación metodológica que ha permitido responder a las interrogantes de la investigación. Ciertamente, si el tiempo lo hubiera permitido, se podría haber profundizado en el análisis del contenido de otras normativas y jurisprudencia, así como, complementado el estudio sobre las dinámicas entre los actores con datos primarios y aumentar el tamaño de la muestra del trabajo de campo. No obstante, esta tesis, más que reflejar 'el horizonte que acaba',² como dijera la poetisa, es una secuencia de movimientos y elección de variantes propios de una apertura, en este caso, en la investigación.

¹ Entendido como 'un proceso cultural mediante el cual una cultura local hegemónica se come y digiere, como un canibal, otras culturas subordinadas. (Santos, 1998:202).

² Frase del poema 'Puertas' de Gabriela Mistral.

3- REFERENCIAS

- Carbonnier, J. (1974). *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho*. Madrid: Tecnos.
- Cotterrell, R. (1991). *Introducción a la Sociología del Derecho*. Barcelona: Ariel Derecho.
- Drahos, P. (2002). Negotiating Intellectual Property Rights: Between Coercion and Dialogue. In P. Drahos & R. Mayne (Eds.), *Global Intellectual Property Rights. Knowledge, Access and Development Knowledge, Access and Development* (pp. 161–182). Palgrave Macmillan UK. <http://doi.org/10.1057/9780230522923>
- Drahos, P., & Braithwaite, J. (2002). *Information Feudalism: Who Owns the Knowledge Economy?* Earthscan Publications Ltd, London.
- Drahos, P., & Mayne, R. (2002). *Global Intellectual Property Rights*. <http://doi.org/10.1057/9780230522923>
- Ehrlich, E. (2009). *Fundamental Principles of the Sociology of Law* (Fourth Pri). New Brunswick and London: Transaction Publishers.
- Frith, S. (1987). Copyright and the music business. *Popular Music*, 7(1), 57–75.
- García Villegas, M. (1993). *La eficacia simbólica del derecho: examen de situaciones colombianas*. Santafé de Bogotá, D.C., Colombia: Santafé de Bogotá, D.C., Colombia :
- Jones, R. (2010). Intellectual Property Reform for the Internet Generation. An Accident Waiting to Happen. *European Journal of Law and Technology*, 1(2), 1–17. Retrieved from <http://ejlt.org//article/view/36>
- Kantorowicz, H. (1964). *La definición del derecho*. Madrid: Rev. de Occidente.
- Kirchmann, J. H. von (Julius H. (1983). *La Jurisprudencia no es ciencia* (3a ed.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales,.
- Klinenberg, E., & Benzecry, C. (2005). Introduction: Cultural Production in a

CAPÍTULO VII DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

- Digital Age. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 597, 6–18.
- Lessig, L. (2006). *Code: version 2.0*. New York : Basic Books,.
- Murray, A. D. (2003). Regulation and Rights in Networked Space. *Journal of Law and Society*, 30(2), 187–216. <http://doi.org/10.1111/1467-6478.00253>
- Murray, A. D. (2009). Symbiotic Regulation. *The John Marshall Journal of Computer and Information Law*, 26(2), 207.
- Nelken, D. (2001). The meaning of success in transnational legal transfers. *Windsor Yearbook of Access to Justice*, 19, 349–366.
- Peterson, R. a., & Anand, N. (2004). The Production of Culture Perspective. *Annual Review of Sociology*, 30(1), 311–334. <http://doi.org/10.1146/annurev.soc.30.012703.110557>
- Punnoose, S., & Shobhana, V. (2012). The Intellectual Property Audit. *Journal of Intellectual Property Rights*, 17(September), 417–424.
- Raustiala, K., & Christopher, S. (2006). The piracy paradox: innovation and intellectual property in fashion design. *Virginia Law Review*, 92(8), 1687–1777.
- Reidenberg, J. R. (1998). Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology. *Texas Law Review*, 76(3), 553–584.
- Rosenblatt, E. L. (2011). A Theory of IP's Negative Space. *Columbia Journal of Law & the Arts*, 34(3), 317.
- Rosenblatt, E. L. (2013). Intellectual property's negative space: beyond the utilitarian. *Florida State University Law Review*, 40(3), 441–486.
- Santos, B. de S. (1998). *La Globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Santafé de Bogotá: Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Universidad Nacional de Colombia,.
- Sell, S. K. (2003). *Private Power, Public Law - The Globalization of Intellectual Property Rights*. Cambridge: Cambridge University Press.

CAPÍTULO VII DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

- Story, A. (2002). Don't Ignore Copyright, the "Sleeping Giant" on the TRIPS and International Educational Agenda. In P. Drahos & R. Mayne (Eds.), *Global Intellectual Property Rights. Knowledge, Access and Development* (pp. 125-143). Palgrave Macmillan UK.
<http://doi.org/10.1057/9780230522923>
- Treves, R. (1988). *La sociología del derecho: orígenes, investigaciones, problemas*. Barcelona: Ariel S.A.

CAPÍTULO VIII

ANEXOS

ANEXO 1: PROTOCOLO DE LA ENTREVISTA.

<p>Tema 1: Identificación de apda</p>
<p>¿Podría comentarme cómo fueron los orígenes de la empresa y qué actividades ha venido realizando?</p> <p>¿Y para desarrollar su actividad empresarial cómo utiliza las nuevas tecnologías? Ya sean programas de ordenador, bases de datos, textos, fotos, videos, herramientas para comercio electrónico, aplicaciones para móviles, etc.</p> <p>Dada su experiencia, ¿qué papel tienen las nuevas tecnologías en el desarrollo de su actividad empresarial?//¿Cómo han evolucionado desde que se creó la empresa?</p> <p>Y en relación a las redes sociales ¿cómo es la presencia de la empresa en ellas?</p> <p>Bueno, y los textos, fotos, videos, datos, etc. que usa en Internet ¿cómo los obtienen?</p> <p>¿Y quiénes en la empresa están en contacto con estos contenidos, aplicaciones, software...?</p> <p>Este tipo de activos que hemos venido comentando ¿los desarrollan trabajadores de la empresa o se encargan a otras empresas?</p> <p>Y después de desarrollados ¿en qué condiciones se facilitan estos activos a los clientes?</p> <p>¿Han tenido algún problema con el uso de estos activos en Internet?</p> <p>¿Han pensado en tomar alguna medida de protección?</p> <p>Y retomando lo que me comentaba de la importancia de estos activos para la actividad empresarial ¿cómo gestionan el potencial que tienen?</p>
<p>Tema 2: Gestión de los apda</p>
<p>Bueno, y si tuviera que comparar cómo su empresa usa estos activos en Internet y en el mundo físico ¿qué podría decirme? Entregar Check list 1.</p> <p>¿La empresa ha tenido que pagar para utilizar alguno de estos activos en Internet? //¿Qué opinión tiene sobre las condiciones en las que los</p>

obtiene?

Y de todos esos activos ¿cuáles son creados con los usuarios?

Según su experiencia ¿qué le parece poder crear contenidos con los usuarios a través de las herramientas tecnológicas?//¿Cómo cree que su actividad empresarial se presta a ello?

¿Han tenido que enfrentar alguna reclamación por infringir derechos de terceros en Internet? Por ejemplo de la SGAE, EGEDA, CEDRO u otra entidad de gestión.//¿Por qué?//¿Conoce alguna empresa de su entorno que haya tenido alguna situación de este tipo?

¿Y qué cree que supondría para su empresa una reclamación por: incluir en su web corporativa enlaces, fotos o textos de terceros, sin autorización?

¿Cómo actuaría si descubre que hay otra empresa cuya página web es muy similar a la suya o que distribuye contenidos casi idénticos a los elaborados por su empresa?

¿Cómo protegen estos activos en su empresa?//¿Quién en la empresa está a cargo de estos temas?

¿Qué formas de protección de estos activos ha utilizado su empresa?//¿Por qué?// ¿Cuándo? Entregar Check list 2.

¿Alguna vez su empresa se ha visto afectada por no tener protegidos estos activos?

¿Podría describirme de qué forma obtienen un rendimiento económico por estos activos?

¿Y cómo deciden cuáles son las mejores formas de obtener ese rendimiento?

¿Ha pensado hasta qué punto las nuevas tecnologías pueden ofrecer nuevas formas de rendimiento económico para estos activos?

Y sobre este mismo punto, ¿qué oportunidades y limitaciones han encontrado en las redes sociales?

¿Ha pensado alguna vez qué valor tienen este tipo de activos?//¿Y cómo cuantificarlos?

CAPÍTULO VIII ANEXOS

<p>Suponiendo que dentro de las negociaciones con otra empresa, ustedes aportaran parte de estos activos ¿cómo cuantificaría su valor?</p> <p>Según su experiencia ¿qué ventajas e inconvenientes supondría cuantificarlos?// ¿Qué opina que necesitaría para poder hacerlo?</p>
<p>Tema 3: Marco legal vigente</p>
<p>En los últimos años han habido cambios en la legislación que regula este tipo de activos, ¿usted ha percibido algún efecto sobre su actividad empresarial?</p> <p>¿Conoce si asociaciones de empresas turísticas han participado en la elaboración de legislación sobre esta temática en el Parlamento español o en la Unión Europea?</p> <p>¿Considera usted que esta temática puede ser de interés para las empresas del sector turístico?</p>
<p>Preguntas de cierre</p>
<p>Y para finalizar ¿Hay alguna cuestión que considere relevante en este tema que le gustaría añadir?</p> <p>Si tuviera la opción, ¿qué habría hecho diferente en relación a estos activos?// ¿qué recomendaciones le haría sobre este tema a una empresa de nueva creación?</p>

Fuente: Elaboración propia.

ANEXO 2 CHECK LIST 1

Apda	Mundo físico		Internet	
	Se usa	¿Para qué?	Se usa	¿Para qué?
Texto (folletos, listas de clientes, manuales de procedimiento, etc.)				
Imágenes (fotos, dibujos, pinturas, etc.)				
Música				
Vídeos (spot publicitario, etc.)				
Programas de ordenador y aplicaciones para móviles				
Bases de datos				
Mapas, planos, croquis				
Obras multimedia (guías virtuales, etc.)				

Fuente: Elaboración propia.

ANEXO 3 CHECK LIST 2

Apda	Modalidades de protección legal					
	Derechos de autor	Marcas y otros signos distintivos	Patentes	Nombres de dominio	Secretos comerciales	Derecho sui géneris
Textos						
Imágenes						
Música						
Vídeos						
Programas de ordenador						
Bases de datos						
Mapas, planos, croquis						
Obras multimedia						
Dominios de Internet						

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS Y NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL OCIO Y EL TURISMO: RECONFIGURACIÓN LEGAL,
CONSTRUCCIÓN DE MERCADO Y VALOR EMPRESARIAL

Sheila Sánchez Bergara

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS Y NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL OCIO Y EL TURISMO: RECONFIGURACIÓN LEGAL,
CONSTRUCCIÓN DE MERCADO Y VALOR EMPRESARIAL

Sheila Sánchez Bergara

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS Y NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL OCIO Y EL TURISMO: RECONFIGURACIÓN LEGAL,
CONSTRUCCIÓN DE MERCADO Y VALOR EMPRESARIAL

Sheila Sánchez Bergara

