



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Propiedad intelectual: transformaciones jurídicas y conflictos sociales en el ámbito de internet. Un debate sobre la socialización de la cultura

Joan Ramos Toledano

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

TESIS DOCTORAL

PROGRAMA DE DOCTORAT «CIUTADANIA I DRETS HUMANS»

FACULTAT DE FILOSOFIA

UNIVERSITAT DE BARCELONA

2017

**Propiedad intelectual: transformaciones jurídicas
y conflictos sociales en el ámbito de internet.
Un debate sobre la socialización de la cultura**

Joan Ramos Toledano

Departament de Ciència Política, Dret Constitucional i Filosofia del Dret
Facultat de Dret

Director: Prof. Dr. Antonio Giménez Merino

Tutor: Prof. Dr. José Antonio Estévez Araújo

RESUMEN

La propiedad intelectual es una figura jurídica presente en una gran cantidad de ordenamientos jurídicos de todo el mundo. Ello se explica por sus beneficios teóricos, tanto para los artistas y creadores como para la industria que rodea los bienes culturales. Incluso, a través de la figura del dominio público —que es el resultado de la caducidad de los derechos de autor— se esgrime que los bienes retornan a la sociedad y, por lo tanto, se posibilita que ésta pueda disfrutar de ellos libremente. En el presente trabajo, por el contrario, se defiende que la propiedad intelectual y el copyright son figuras cuya principal función es la de garantizar el funcionamiento de los bienes culturales como objeto de comercio. Esta situación tiene consecuencias negativas para los artistas y creadores, que no logran obtener los recursos suficientes de su actividad artística; también para la población, que sólo puede acceder a los bienes culturales mediante intercambios mercantiles o gracias a la intervención de entes públicos. Esta dinámica de funcionamiento, sin embargo, se ha visto afectada por la aparición de nuevos fenómenos tecnológicos, en especial la digitalización e internet, lo que ha permitido percibir con mayor claridad algunos problemas e incongruencias de la figura de la propiedad intelectual.

RESUM

La propietat intel·lectual és una figura jurídica que es troba present a una gran quantitat d'ordenaments jurídics de tot el món. La qual cosa s'explica pels teòrics beneficis que té tant pels artistes com per la indústria que rodeja els béns culturals. Inclús, a través de la figura del domini públic —que és resultat de la caducitat dels drets d'autor— s'esgrimeix que els béns retornen a la societat per tal que aquesta en pugui gaudir lliurement. Contràriament, en el present treball es defèn que la propietat intel·lectual i el copyright són figures la principal funció de les quals és la de garantir el funcionament dels béns culturals com a objecte de comerç. Això té unes conseqüències negatives pels artistes i creadors, que no aconsegueixen obtenir els recursos suficients de la seva activitat artística; també per a la població, que només pot accedir als béns culturals mitjançant intercanvis mercantils o gràcies a la intervenció d'ens públics. Aquesta dinàmica de funcionament, no obstant, s'ha vist afectada per l'aparició de nous fenòmens tecnològics, en especial la digitalització i internet, cosa que ha permès percebre amb una major claredat alguns dels problemes i incongruències de la figura de la propietat intel·lectual.

ABSTRACT

Copyright is a legal concept present in a large number of legal systems around the world. This is explained by its theoretical benefits, both for artists and creators as for the industry that surrounds cultural goods. Even through the figure of the public domain, which results from the expiration of copyright, it is argued that goods return to society and, therefore, enable it to freely enjoy them. In the present dissertation, on the contrary, it is defended that copyright is a figure whose main function is to guarantee that cultural goods can function as commodities. This has negative consequences for artists and creators, who fail to obtain sufficient resources from their artistic activity; Also for the population, who can only access cultural goods through market exchanges or thanks to the intervention of public entities. This dynamic of operation, however, has been affected by the appearance of new technological phenomena, especially digitization and the internet, which has allowed to perceive more clearly some problems and inconsistencies of the intellectual property figure.

ÍNDICE GENERAL

Resumen	II
Índice general	IV
Tabla de abreviaturas	VII
Agradecimientos	VIII
Introducción	1
Capítulo I. La construcción jurídica de la propiedad intelectual: del privilegio a la propiedad	7
1.1. El surgimiento del autor individualizado y el fin de los privilegios.....	10
1.2. Propiedad absoluta o propiedad limitada	15
1.3. La retórica del fomento de la cultura: consagración de la propiedad limitada.....	23
1.4. El cuestionamiento de la legitimidad de la propiedad privada limitada en el tiempo.....	26
Capítulo II. La propiedad privada sobre los bienes culturales digitalizados	31
2.1. Computación e internet: La transformación de la gestión de la información.....	36
2.1.1. La génesis de la revolución informática y del sistema de almacenamiento digital	36
2.1.2. Análisis histórico de internet: difusión global	40
2.1.3. De lo público a lo privado: privatización y desregulación de internet.....	44
2.2. Reproducción de la dinámica mercantilista en el entorno digital	47
2.2.1. Nueva sociedad, viejas lógicas	48
2.2.2. Mercantilización de la información de los usuarios y publicidad de masas en el entorno digital: dos casos concretos.....	50
2.2.3. Internet como oportunidad neutralizada.....	57
2.3. La propiedad privada sobre los bienes culturales digitalizados	59
2.3.1. La mercantilización del bien cultural a través de la propiedad intelectual	60
2.3.2. Reproductibilidad ilimitada y génesis de la escasez artificial	65
2.3.3. La apropiación mediante la reproducción.....	71

Capítulo III. La OMC y los ADPIC: de cultura a mercancía. La estructura internacional de protección de la propiedad intelectual e industrial.....75

3.1. Las relaciones de comercio internacional a partir de la Organización Mundial del Comercio	77
3.1.1. La internacionalización de la propiedad sobre los bienes inmateriales.....	77
3.1.2. El paso de la propiedad intelectual e industrial a la OMC y el funcionamiento desigual de la Organización	80
3.1.2.1. De la OMPI a la OMC.....	81
3.1.2.2. Negociaciones, amenazas, pactos y promesas	84
3.2. Los ADPIC y su configuración internacional.....	90
3.2.1. La justificación de un tratado desigual	93
3.2.2. Un acuerdo que favorece a los propietarios.....	95
3.2.2.1. La imposibilidad de adoptar niveles óptimos de protección.....	95
3.2.2.2. El blindaje de la normativa internacional y las estrategias bilaterales: Nación Más Favorecida y ADPIC Plus	99
3.3. Los mecanismos de imposición de los ADPIC y la connivencia Estados-empresas	100
3.3.1. Empresas privadas, Consejo de los ADPIC y <i>lista 301</i>	103
3.3.2. Margen de maniobra y voluntad política	107

Capítulo IV. Incentivos, derechos morales y derechos patrimoniales en la creación artística112

4.1. La lógica creativa de los autores	118
4.2. La lógica lucrativa de los mercados	123
4.2.1. Desposesión de la obra: cesión de los derechos patrimoniales	126
4.2.2. Desigualdades en el reparto de beneficios.....	129
4.3. Derechos morales y dinámicas comerciales.....	141
4.3.1. Reconocimiento e infracción	141
4.3.2. Expresión artística o entretenimiento comercial: los filmes televisados.....	146
4.4. La apropiación del dominio público.....	150
4.4.1. Plazos injustificados e ineffectividad del dominio público.....	153
4.4.2. El dominio público como beneficio empresarial	155

Capítulo V. ¿Hay alternativa? Propuestas para una flexibilización de la propiedad intelectual y el copyright160

5.1. Modelos flexibles y alternativos en perspectiva	163
5.1.1. Análisis crítico de la <i>cultura libre</i> y las licencias Creative Commons.....	166

5.1.2. Problemáticas de las propuestas de <i>cultura libre</i>	173
5.1.3. Deficiencias del planteamiento teórico de las licencias Creative Commons	177
5.1.4. Los problemas prácticos de un dominio público inmediato.....	181
5.2. La hipótesis de supresión del copyright de Smiers y van Schijndel	184
5.2.1. La diversidad artística y cultural en un mundo globalizado.....	185
5.2.2. Una reivindicación de lo público y lo local	187
5.2.3. Los límites del modelo de supresión del copyright.....	189
5.2.4. El problema de la ganancia en el modelo de Smiers y van Schijndel.....	193
5.2.5. La utilidad de los derechos morales	202
5.3. Aproximaciones para un campo creativo diferente	205
5.3.1. Razones para reivindicar el papel de lo público, lo común y lo local.....	208
5.3.2. Remuneración del artista y derechos laborales.....	213
5.3.3. Hacia un ámbito internacional democrático: salir de la OMC.....	216
Conclusiones	220
Bibliografía.....	231

TABLA DE ABREVIATURAS

ANS	Advanced Network and Services
ACTN	Advisory Committee for Trade Negotiations
ADPIC	Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio
ARPA	Advanced Research Projects Agency
BM	Banco Mundial
CAFTA	Central America Free Trade Agreement
DNS	Domain Name System
EDVAC	Electronic Discrete Variable Automatic Computer
ENIAC	Electronic Numerical Integrator And Computer
FMI	Fondo Monetario Internacional
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
IIPA	International Intellectual Property Alliance
IPRs	Intellectual Property Rights
MERIT	Michigan Educational Research Information Triad
MPAA	Motion Picture Association of America
NAPs	Networking Access Points
NMF	Nación Más Favorecida
NSF	National Science Foundation
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
PhRMA	Pharmaceutical Research and Manufacturers of America
RIAA	Recording Industry Association of America
TCP/IP	Transmission Control Protocol / Internet Protocol
TLC	Tratado de Libre Comercio
TRIPS	Trade-Related aspects of Intellectual Property Rights
UE	Unión Europea
USTR	United States Trade Representative office

AGRADECIMIENTOS

Quiero expresar mi agradecimiento, ante todo, a mi madre, que apostó por mí y por esta investigación con todos sus recursos, personales y materiales. Sin ella, este trabajo jamás hubiera sido posible. Por ello, se merece el principal y más profundo de los agradecimientos. También a mi hermano: juntos, estamos empezando *nuestra tesis*.

De manera especial, quiero dar las gracias a Antonio Giménez, mi director. Su guía, sus consejos y su cercanía han sido fundamentales para que todo esto saliera adelante. Le agradezco especialmente haber contribuido a generar en mí un pensamiento crítico a la vez que me enseñaba a realizar una investigación seria. Suya es una parte de esta tesis. También quiero agradecer sus lecturas al tutor de este trabajo, José Antonio Estévez, que siempre ha tenido palabras de ánimo para mí. Y al resto del grupo de investigación, por su apoyo todos estos años: José Luis Gordillo, Antonio Madrid y Xavier Pedrol.

No puedo mencionar a toda la gente que ha estado a mi lado durante estos años, amigos y conocidos. Ellos saben, sin embargo, que les estoy enormemente agradecido. De forma especial, a Rocío, compañera, por aguantar mi mal humor. A mi amiga Paula, que ha estado en esto desde el principio. Y a Josep Maria, que se alegró tanto cuando terminé.

Finalmente, quiero agradecer sus consejos, su apoyo y su amistad a Juan Ramón Capella, mi primer maestro. Toda mi andadura en esta disciplina empezó con él hace 10 años, hablando sobre Carl Schmitt. Su figura, personal e intelectual, resulta fundamental para mí.

INTRODUCCIÓN

El objeto de estudio del presente trabajo es la propiedad intelectual* y los problemas que ésta implica en el campo de la creación artística y cultural, con especial atención a su relación con el entorno digital y de internet. El tema de los derechos de autor ha recibido una atención desigual a lo largo de su historia. Durante décadas, esta figura ha sido objeto de análisis sobre todo desde el punto de vista jurídico. Con la aparición de la informática e internet, se ha abierto un campo de posibilidades a la hora de incumplir esta normativa y ha quedado patente su importancia para la creación y difusión de bienes culturales. Ello ha atraído el interés de muchas disciplinas, y no es infrecuente la investigación de la propiedad intelectual desde campos como las ciencias políticas, la filosofía, la teoría del arte o la economía.

El ámbito del copyright y los derechos de autor reviste un especial interés para la Filosofía del Derecho porque permite profundizar en el análisis de una institución jurídicamente extraña como es la propiedad intelectual. Su relación con la realidad tecnológica actual posibilita una reflexión sobre el alcance y consecuencias en la producción y distribución de bienes de cultura y sobre cómo debe ser la relación de las comunidades con su producción artística. La finalidad de este trabajo es, en este sentido, tratar de comprender las razones por las que la propiedad intelectual no funciona correctamente en la actualidad y los motivos de su conflictiva relación con determinados usos y prácticas habituales en el ámbito de la informática y de internet.

La investigación de esta figura ha conducido, inevitablemente, al análisis de la propiedad privada. El cuestionamiento de la propiedad intelectual y sus dificultades para permitir un acceso adecuado a los bienes culturales lleva implícito poner en duda la figura de la propiedad privada como mecanismo jurídico para regular bienes importantes en el desarrollo de los individuos de una sociedad. Este enfoque resulta novedoso en el ámbito de los derechos de autor y el copyright; la filosofía del derecho ha prestado en general poca atención a los efectos de utilizar una figura como la propiedad para regular los bienes culturales. En este sentido, muchos trabajos sobre el copyright o los derechos de autor resultan excesivamente acrílicos con estas figuras. Por su parte, los análisis que señalan sus problemas encuentran dificultades para profundizar en ellos, y aluden excesivamente a la novedosa realidad tecnológica. En

* En este trabajo se utilizan indistintamente las expresiones *propiedad intelectual* y *copyright*, que a efectos teóricos de esta investigación son prácticamente iguales. Su origen es ciertamente distinto, y por ello el capítulo 1 las distingue. Para el resto del trabajo, sin embargo, su uso es indiferenciado salvo que específicamente se indique lo contrario. También se utiliza el concepto de *derechos de autor*, cuyo significado es el mismo.

este trabajo, en cambio, se considera que la informática e internet ponen de manifiesto algunos problemas de la propiedad intelectual, pero que éstos le son en realidad intrínsecos.

Para el estudio que se aborda a continuación se ha utilizado, principalmente, una metodología analítica de la bibliografía existente en la materia. Para ello se ha recurrido a monografías y artículos de revistas científicas de diversa índole, tanto de autores clásicos como contemporáneos. Dado el carácter interdisciplinar de la investigación, ha sido necesario acudir a publicaciones del ámbito del derecho, la filosofía, la teoría del arte, la economía, la historia y la teoría de la computación. También ha resultado de utilidad el recurso a informes que aportan datos empíricos —fruto de investigación cualitativa y cuantitativa— para reforzar las tesis mantenidas a lo largo del trabajo. Por el carácter jurídico de la normativa de propiedad intelectual, ha sido de gran utilidad el análisis de legislación española y de otros países, así como de normas de carácter internacional —tratados, acuerdos— y regional —en especial, de la Unión Europea—. Finalmente, ha resultado necesario analizar diversa jurisprudencia —principalmente española— para tratar de constatar los efectos prácticos de la legislación analizada.

La hipótesis de la que parte el presente trabajo es que la propiedad intelectual no resulta efectiva a la hora de posibilitar un adecuado acceso a los bienes culturales por parte de la población, y tampoco protege adecuadamente los intereses —morales y económicos— de los artistas. Es decir que, debido al entorno principalmente mercantil de creación y distribución de obras de contenido cultural, la población sólo puede acceder a ellas mediante intercambios comerciales o si se produce una intervención de organismos públicos (como sucede en el caso de una biblioteca). En cuanto a los artistas, éstos encuentran serias dificultades para obtener, mediante el copyright, los ingresos necesarios para continuar con su actividad creativa y poder subsistir de forma digna. Todo ello en un contexto tecnológico que permite la reproducción y difusión casi ilimitada de este tipo de bienes culturales, lo que pone de manifiesto los problemas de la figura jurídica de la propiedad intelectual para funcionar de forma adecuada en este ámbito.

Esta hipótesis surge desde el convencimiento de que el acceso a los bienes culturales es fundamental tanto para la propia actividad creativa como para el desarrollo social y personal de los individuos. El desigual acceso a este tipo de bienes tiene efectos negativos tanto en las posibilidades de igualdad material de una sociedad como en la diversidad artística y cultural. En este sentido, la propiedad intelectual y el copyright dificultan la consecución de estos objetivos al priorizar una visión privada de estos bienes —lo que garantiza su funcionamiento comercial— por encima de las necesidades colectivas tanto de los artistas y creadores como del resto de la comunidad.

En el Capítulo 1 se analiza el origen histórico de la propiedad intelectual, que resulta fundamental para comprender el contexto que posibilitó el surgimiento de una normativa tan peculiar. Éste está estrechamente relacionado con la aparición y expansión de un invento como la imprenta —que facilitó la edición e impresión de libros a costes antes imposibles— y con el fin de las monarquías absolutas y el inicio de las revoluciones liberales en Reino Unido y Francia. Se puede apreciar en el surgimiento de la propiedad intelectual y el copyright —surgimiento muy ligado a un conjunto de países y a un momento político, económico y social determinado— el papel de una nueva clase social: la burguesía. Ello permite entender que la normativa de edición e impresión —que, sin embargo, se terminaría aplicando a toda clase de obras— se regularan bajo una forma de propiedad privada limitada en el tiempo, lo que facilitaba la expansión del creciente negocio editorial.

El Capítulo 2 aborda la digitalización e internet, así como sus consecuencias sobre la propiedad intelectual. Actualmente, la mayoría de infracciones de la normativa de copyright se dan en la Red. Por ello, en este capítulo se alude a los orígenes históricos de la informática e internet; ambos contaron con un importante impulso y financiación de carácter público, y fueron posteriormente traspasados a manos privadas. Con ello se pretende poner de manifiesto que internet no es un medio neutral. Al contrario, han surgido diversas empresas y compañías que han sido capaces de trasladar sus dinámicas comerciales a este medio, gozando de unas importantes cotas de control y visibilidad. La capacidad tecnológica de digitalizar bienes culturales, por su parte, pone de manifiesto algunas inconsistencias de la normativa de propiedad intelectual: ésta impone límites a la reproducción y distribución de unos bienes que, en la actualidad, pueden ser copiados y difundidos de forma casi ilimitada a costes cercanos a cero.

En el Capítulo 3 se analiza el proceso de expansión de la propiedad intelectual a prácticamente todo el mundo. A pesar de ser una normativa surgida en unos países con una evolución histórica determinada, la propiedad intelectual y el copyright se han extendido a casi todos los países con una regulación muy similar; este proceso se ha visto enormemente acentuado a partir de 1980. Para entender esta transformación resulta de especial interés analizar el marco internacional de la Organización Mundial del Comercio y el Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, que han asumido un rol importante en la expansión y aplicación de las normas de propiedad intelectual. Éstas, junto con las de propiedad industrial, han pasado a estar bajo el paraguas de un organismo cuyo objetivo principal es la liberalización mundial del comercio. Este análisis trata de descubrir los motivos de esta internacionalización de la normativa y si ello supone un beneficio generalizado para todo el conjunto de países a los que se aplica o, por el contrario, tiende a beneficiar a los países más desarrollados en perjuicio del resto. También se analiza si esta normativa

resulta positiva para la población en general —dado que regula aspectos relevantes, como los medicamentos o los bienes culturales— o son determinadas empresas las que resultan más favorecidas.

El Capítulo 4 trata de determinar el grado de eficacia de la protección a los autores mediante las normas de propiedad intelectual. Para ello se analizan diversos informes con datos empíricos sobre los ingresos obtenidos por los artistas, el origen de estos ingresos y qué papel juegan en su obtención la propiedad intelectual y el copyright. También se presta atención a diversas sentencias judiciales para explorar si la normativa es efectiva a la hora de proteger los derechos morales —prácticamente inexistentes en el copyright—. Finalmente, se aborda el análisis del llamado “dominio público”, situación en la que los derechos patrimoniales de los autores han caducado. En muchas ocasiones, que las obras culturales entren en dominio público no implica una mayor posibilidad de acceso a éstas por parte de la población. Todo ello permite cuestionar que la normativa de propiedad intelectual resulte efectiva a la hora de garantizar a los artistas medios para proseguir en su actividad creativa y para permitir un acceso lo más amplio posible a los bienes de cultura.

El Capítulo 5 aborda el análisis de diversas alternativas y modelos flexibilizadores de la propiedad intelectual. Se examinan, en concreto, dos propuestas: las licencias Creative Commons y el modelo propositivo del autor holandés Joost Smiers. Ambas tienen diversos problemas que es preciso señalar, pero también el mérito de aportar ideas novedosas en un campo complejo como el de la propiedad intelectual. Las licencias Creative Commons —que permiten una mayor facilidad de acceso a los bienes culturales— han adquirido una notable expansión internacional, y son fácilmente adaptables al ámbito digital. El modelo de Smiers, por su parte, aporta ideas interesantes para garantizar ingresos a los artistas y reducir la dependencia del ámbito creativo y artístico de su entorno mercantil. Todo ello resulta estimulante, por tanto, a la hora de aportar ideas para un campo creativo más flexible, diverso, justo y accesible. Precisamente esa es la intención de las últimas páginas, que trata de ser una pequeña aportación para quienes pretendan encaminarse hacia una investigación de carácter propositivo.

En este trabajo, como se ha dicho, se utilizan indistintamente los conceptos de copyright y propiedad intelectual salvo que sea preciso diferenciarlos. Sin embargo, se debe tener en cuenta que, en inglés, *intellectual property* hace referencia tanto a lo que en España significa propiedad intelectual (derechos de autor) como a lo que implica la propiedad industrial (patentes, marcas, diseños, etc.). El concepto de *intellectual property* engloba por tanto nuestra propiedad intelectual e industrial. Es preciso tener en cuenta esta distinción ante la aparición de citas en inglés.

En cuanto a los bienes protegidos por la normativa, en este trabajo se hace referencia a ellos de distintas maneras: bienes de cultura, producciones culturales, creaciones artísticas, culturales o intelectuales, y bienes culturales. Con todas ellas se quiere hacer referencia a un mismo conjunto de elementos, si bien difíciles de delimitar, como serían las películas o vídeos; la música grabada e interpretada; la literatura y cualquier tipo de escritura; la pintura; el dibujo; la composición musical; la escultura; la arquitectura; la interpretación teatral, etc. Dada la imposibilidad de nombrarlas todas continuamente, se ha optado por referirse a todas ellas, en general, como *bienes culturales*. También para hacer referencia a los artistas, autores, creadores o intérpretes se utilizan fórmulas genéricas, para evitar la repetición constante. Estos conceptos se deben entender, por tanto, de forma amplia y no concreta y específica, salvo que así se indique.

Finalmente, se debe señalar que, a lo largo del trabajo, el lector encontrará diversos *excursos* o digresiones, en letra de menor tamaño y diferenciados con sangría. Con este recurso, tal vez poco convencional en el marco de una investigación de este tipo, se ha querido dar cabida a reflexiones que aparentemente se desvían del hilo conductor del capítulo en cuestión, pero que en el fondo suponen profundizar sobre algún aspecto relevante. La elección de redactarlos de forma diferenciada del resto del texto ha tenido como objetivo principal ayudar al lector a tomar consciencia de que esas líneas van a diferir momentáneamente del tema principal. No son, sin embargo, meras aclaraciones como las que se suelen encontrar en un pie de página; en estos excursos están contenidas reflexiones de importancia para el conjunto de la tesis doctoral.

CAPÍTULO I

LA CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: DEL PRIVILEGIO A LA PROPIEDAD

La propiedad intelectual no se puede explicar únicamente como una forma de proteger las creaciones artísticas e intelectuales. Tampoco se puede afirmar que sea el modo en que distintas sociedades regulan su acervo cultural. Porque todas las comunidades de seres humanos han encarado —de formas similares o de formas muy diferentes— cómo reconocer a quienes manifestaban su pulsión creativa mediante expresiones artísticas, ya sea admirándolos, censurándolos, ignorándolos, etc.

Cada sociedad ha desarrollado modos distintos de relacionarse con inventores, artistas o intelectuales, así como con las obras que éstos creaban. Y, obviamente, estas formas no han sido siempre, ni mucho menos, las de propiedad intelectual y copyright. Analizar la génesis del concepto de propiedad intelectual permite contextualizar históricamente su significado, y también señalar determinados problemas —algunos de ellos fundamentales— que surgen de aplicar una categoría concreta de propiedad a un bien inmaterial, intangible y no aprehensible (al menos físicamente).

El surgimiento y la expansión de la imprenta resultó un elemento esencial e imprescindible para que se pudiera desarrollar un negocio en torno a los libros, e hizo aflorar determinados conflictos entre autores, editores y el Estado. El interés principal de las monarquías europeas respecto de la imprenta era poder controlar y censurar las publicaciones, lo que explica que inicialmente las normas abordaran a la vez elementos como la difamación o sedición y los derechos de los editores (en un principio, impresores). Eran, en realidad, aspectos indisociables, pues los editores autorizados a imprimir solían ser los encargados de aplicar la censura en nombre de la monarquía.

El desarrollo y resultado de los conflictos que se dieron en este ámbito se vio enormemente influido por el contexto económico, político y social. El auge del capitalismo, la Primera Revolución Industrial, o las revoluciones liberales en Europa, fueron determinantes a la hora de delimitar los actores en juego o las soluciones propuestas por éstos. Este contexto, con nuevas categorías y estructuras jurídicas, económicas y sociales, propició la transformación de la regulación del incipiente negocio de libros: el corsé de los privilegios monárquicos dejaba paso a una figura en absoluto pacífica, la propiedad intelectual.

Tanto el copyright (que forma parte de lo que en el mundo anglosajón se denomina *intellectual property*) como la propiedad intelectual continental (con origen en Francia) son una forma especial de la regulación de la propiedad liberal, desarrollada y consolidada durante los siglos XVIII y XIX. Derivan, por tanto, de la idea de garantizar el acceso exclusivo sobre un determinado bien por encima de las posibilidades de otros de acceder a él. Y esta nota característica es fundamental, porque implica aplicar a las creaciones artísticas e intelectuales una figura jurídica determinada que presume el aprovechamiento individual sobre el colectivo¹.

En ocasiones, esta mirada histórica no es tomada debidamente en cuenta al analizar el copyright o los derechos de autor. Se presenta este concepto jurídico desde una lógica natural, abstracta y descontextualizada. También la propiedad privada liberal tiende a ser enseñada como una forma natural de entender las relaciones entre seres humanos, en el mercado o respecto de los bienes; es ésta una forma de legitimar un tipo específico de propiedad. Pero «el copyright —la práctica de asegurar derechos comercializables en textos tratados como mercancías— es una institución específicamente moderna, criatura resultante de la imprenta, la individualización de la autoría a finales de la Edad Media y principios del Renacimiento, y el desarrollo de la sociedad de mercado en los siglos XVII y XVIII»².

Esta tendencia a la descontextualización puede conllevar equívocos importantes, como apreciar la existencia de derechos de autor en la antigua Roma, o presuponer una línea de continuidad entre la propiedad previa a las revoluciones liberales y posteriormente a éstas. También suelen obviarse otras maneras de entender la relación entre bienes culturales y sociedad, como pueden ser las de los aborígenes australianos o las de la sociedad China hasta hace muy pocos años³. El final del siglo XVIII y el siglo XIX marcaron la consolidación de una determinada concepción del Estado y del Derecho que influyó de manera definitiva en la construcción de la categoría de propiedad. En este sentido, resulta útil tener presente esta particular noción, pues la expansión de la

¹ En esta línea se expresa Stefano Rodotà respecto de la propiedad privada en relación al medio ambiente. Vid. S. Rodotà., *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, Civitas, Madrid, 1986. Sobre este autor y la analogía con el medio ambiente, vid. *infra* p. 66.

² «(...) *copyright -the practice of securing marketable rights in texts that are treated as commodities- is a specifically modern institution, the creature of the printing press, the individualization of authorship in the late Middle Ages and early Renaissance, and the development of the advanced marketplace society in the seventeenth and eighteenth centuries*», M. Rose, *Authors and Owners*, Harvard University Press, Massachusetts, 1994, p. 3.

³ Vid., en referencia a todo ello, E. Rengifo García, «El derecho de autor en el derecho romano», *Revista de Derecho Privado*, 16, 2009, 19-30; C. Fernández Rodríguez, «El interés público y privado en la protección de los derechos de propiedad intelectual», *Revista de Administración Pública*, 183, 2010, 335-358; S. Newman, «Rights, Freedoms and Phonograms: Moral Rights and Adaptation Rights in Music and other Copyright Works», *Computer Law & Security Report*, 1, 1997, 22-28; W. Alford, *To Steal a Book is an Elegant Offense: Intellectual Property Law in Chinese Civilization*, Stanford University Press, 1995.

propiedad intelectual a finales del siglo XIX y, sobre todo, durante el siglo XX, se explica más en términos de imposición que de aceptación pacífica⁴.

El contexto histórico resulta fundamental, por tanto, para entender debidamente las luchas de los autores contra el poder de los editores, o el enfrentamiento de éstos contra los privilegios monárquicos. En su reivindicación, los autores y los editores exigieron en última instancia control sobre las obras porque eran de su “propiedad” —los unos, porque era fruto de su trabajo; los otros, porque la habían adquirido contractualmente—. La conformación de los nuevos Estados surgidos de las revoluciones burguesas tuvo repercusiones profundas en el modo de concebir el trabajo o la propiedad, y afectó también de forma determinante al ámbito de las creaciones artísticas e intelectuales.

Las siguientes páginas pretenden analizar el proceso de génesis del concepto de propiedad intelectual durante el siglo XVIII. Y ello con tres objetivos principales. El primero, tratar de mostrar que esta figura responde a un momento histórico determinado en un lugar concreto (Europa). No es posible, por tanto, presuponer la existencia de la figura de la propiedad intelectual en momentos anteriores o países diferentes. Precisamente, que ésta perdure hoy en día —de forma muy similar a hace dos siglos— o esté en vigor en países con tradiciones culturales muy diferentes permite entender por qué el copyright o los derechos de autor generan conflictos importantes alrededor del mundo.

El segundo objetivo es dar visibilidad a un hecho concreto: la propiedad intelectual —como la propiedad privada de la que deriva— es una victoria de la burguesía liberal frente a los privilegios monárquicos. La figura del autor, si bien pudo encontrar ciertas ventajas en esta nueva regulación, no puede considerarse vencedora de los conflictos y cambios ocurridos durante el siglo XVIII. La propiedad intelectual fue más un mecanismo de garantía de negocio para los editores —frente a los anteriores privilegios monárquicos— que un elemento de defensa para los autores. Éstos vieron cómo la producción y distribución de obras pasaba de estar controlada por reyes o la Iglesia (mecenasgo) a estar casi por completo bajo el control de las dinámicas mercantiles, en las que los autores tenían muy poco que decir.

Finalmente, del análisis de este momento histórico destaca un hecho al que se presta poca atención cuando se trata el tema de la propiedad intelectual: Los conflictos del siglo XVIII, que dieron como resultado la figura del copyright y la propiedad intelectual, sucedieron en torno a la regulación y el negocio del libro. Sin embargo, esta regulación legal fue paulatinamente aplicándose a todas las creaciones intelectuales y artísticas,

⁴ *Vid. infra* cap. 3.

tanto las ya existentes —pintura, escultura— como a las nuevas —fotografía, cine—. Este ha sido, y es, uno de los problemas fundamentales en este ámbito, que deriva de la incapacidad de la norma de propiedad intelectual de adaptarse a los diferentes tipos de bienes culturales.

1.1. El surgimiento del autor individualizado y el fin de los privilegios

El surgimiento del copyright y la propiedad intelectual fue un largo proceso histórico que se desarrolló de diferente manera en sendos casos. El primero, en Inglaterra, a lo largo del siglo XVIII (en 1710 se aprueba la primera ley de copyright de la historia). El segundo, en Francia, que no vería el abandono de los privilegios monárquicos y la adopción de la propiedad intelectual hasta finales del siglo XVIII, concretamente a raíz de la revolución de 1789⁵.

Si bien entre estos dos sistemas existieron diferencias que todavía hoy perduran —el sistema continental prevé los derechos morales, que pertenecen al autor de forma perpetua y son inalienables, inembargables e imprescriptibles—, ambos modelos tienen en común ser el resultado de la conversión del sistema de privilegios reales a un sistema dominado por la figura de la propiedad privada. No obstante, las reticencias históricas a aprobar un copyright o una propiedad intelectual perpetuos —a pesar del constante incremento de los plazos de protección— permite intuir que hubo, ya en su origen, ciertas dudas sobre la regulación del trabajo artístico e intelectual como propiedad.

Ambos procesos, el francés y el inglés, tuvieron en común cambios sustanciales respecto de la figura del autor. Sin embargo, al parecer, tanto en Francia como en Inglaterra posicionar al autor como elemento central fue más una estrategia interesada —por parte de diversos agentes implicados, como la monarquía, el gremio de editores, o los editores e impresores de provincias— que una verdadera preocupación por los derechos de los escritores, que no vieron garantizados unos medios de vida dignos.

Diversos autores han vinculado el proceso de individualización del autor, fruto del contexto socioeconómico burgués del siglo XIX, con los cambios normativos en relación con propiedad intelectual⁶. Así, la secularización del saber y las nuevas dinámicas económicas habrían influido de forma determinante en el surgimiento de un concepto de autor individualizado, que ya no

⁵ Sobre este mismo proceso en España, *vid.* L. Fuchs Mateo, *La propiedad intelectual como propiedad especial a lo largo de la historia*, tesis doctoral, Departamento de Derecho Civil, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2015.

⁶ M. Foucault, «Qu'est-ce qu'un auteur?», *Bulletin de la Société française de philosophie*, 3, 1969, 73-104; M. Woodmansee, «The Genius and the Copyright: Economic and Legal Conditions of the Emergence of the Author», *Eighteenth-Century Studies*, nº 4, 1984, pp. 425-448; M. Rose, «The Author as Proprietor: *Donaldson v. Becket* and the Genealogy of Modern Authorship», *Representations*, nº 23, 1988, pp. 51-85.

sería un mero transmisor del arte o conocimiento, fruto de inspiración divina, sino un creador cuya obra surge, *ex novo*, de manera original. Es decir, lo que ha venido a denominarse posteriormente como “visión romántica del autor”. No obstante, el conocimiento humano y las expresiones artísticas —si bien pueden gozar de grados de originalidad— son eminentemente acumulativos y derivativos. No sólo eso; las obras culturales dependen en gran medida de las posibilidades de los artistas de acceder a otras obras, que sirven de fuente de conocimiento e inspiración para su propia labor creativa.

Dicho esto, y como se apuntaba anteriormente, es necesario aclarar que el proceso aquí descrito afecta principalmente a los libros y a sus autores. Fue en torno a éstos que se configuró el actual sistema de propiedad intelectual. En los siglos XVIII y XIX la escritura, la pintura o la escultura, funcionaban por mecanismos distintos, porque la lógica de su reproducción sólo había cambiado fundamentalmente en el caso de los libros (con la aparición de la imprenta). El auge y extensión de la propiedad intelectual moderna propició que esa normativa, cuyos orígenes son sobre texto escrito, se aplicara a todo tipo de bienes culturales, incluyendo a nuevos tipos de obras (música grabada, fotografía, cine), a las que se aplicó una legislación pensada en un inicio para libros. Este hecho, relevante en el estudio de los derechos de autor y el copyright, es uno de los principales problemas de la propiedad intelectual actual, y como tal debe ser señalado. En todo este trabajo está presente la idea de que una legislación sobre derechos de autor adecuada debe atender a cada tipo de expresión artística de forma particular en función de sus características y sus posibilidades de reproductibilidad.

En Francia, el proceso revolucionario de 1789 marcó de manera notable la evolución del negocio editorial, que pasó de estar basado en un modelo de privilegios reales a regularse mediante propiedad intelectual⁷. En siglos anteriores, sin embargo, fue normal la ausencia de un concepto definido de propiedad sobre ideas o textos, así como el desconocimiento legal de los autores. Los textos eran una suerte de revelación divina (incluso durante el Renacimiento, que elevó socialmente la figura del artista).

Antes de 1789, la lógica de los “derechos” de publicación dependía del permiso monárquico. Ello se explica en parte porque el control previo a la impresión de material tenía mucho que ver con un sistema de censura estatal y monopolios de edición, lo cual permitía al monarca controlar qué se publicaba y, en gran medida, qué se leía. Si los textos eran una inspiración divina, el Rey era su administrador en la Tierra, y el privilegio de imprimir era regio. El monarca podía, pues, delegarlo en quien quisiera (generalmente, un gremio de editores)⁸. También en Inglaterra el gremio de editores e impresores —*Stationers’ Company*— era el único que gozaba del privilegio real para imprimir en todo el reino. Este derecho (*right*) de copia (*copy*) inglés descansaba sobre

⁷ C. Hesse, *Publishing and Cultural Politics in Revolutionary Paris, 1789-1810*, University of California Press, Berkeley, 1991.

⁸ C. Hesse, «Enlightenment Epistemology and the Laws of Authorship in Revolutionary France, 1777-1793», *Representations*, nº 30, 1990, 109-137, p. 111.

un privilegio real, pero era objeto de comercio entre los miembros de la *Stationers' Company* como cualquier otro bien⁹.

La diferencia entre concebir el derecho de impresión como un privilegio o como una propiedad tenía una importancia capital, tanto para los editores como para el monarca. Para éste, porque una gracia real podía ser revocada en cualquier momento, lo que le garantizaba un poder de censura continuado. Para los editores privilegiados por el monarca —los de París en el caso de Francia, los de Londres en el caso de Inglaterra— porque un derecho natural, absoluto y perpetuo les permitía mantener su negocio frente a los editores de provincias¹⁰ y frente al Estado, pues el derecho de propiedad era concebido como natural, y no provenía ya de la voluntad real.

Para los autores (en este caso, escritores), el sistema de privilegios reales y los monopolios de editores no suponían necesariamente una mejora económica. Los artistas habían dependido durante siglos del mecenazgo real, aristocrático o eclesiástico. Con la aparición de la imprenta y el inicio de un negocio editorial — fuertemente intervenido por los Estados por razones de censura— los autores podían vender su manuscrito por un precio fijo una única vez, pero seguían dependiendo de esas formas de mecenazgo o de otros trabajos para sobrevivir. En este sentido, el periodismo terminaría jugando un papel fundamental al permitir a muchos autores escribir a la vez que disponer de los medios materiales para vivir, aunque ello fue ya supeditado a una relación de venta del trabajo intelectual a la editorial¹¹.

El gobierno monárquico francés, por razones obvias, era más favorable a mantener un sistema de privilegios que un sistema de propiedad. En unos decretos de 1777 se argumentaba (en contra de las pretensiones de los editores) que los miembros del gremio podían disfrutar de un privilegio de edición durante la vida del autor, pero que extenderla más significaría convertir «el disfrute de una gracia [privilegio] en un derecho de propiedad»¹². Estos decretos reales crearon en Francia dos categorías de privilegio. De un lado, los privilegios de autor, perpetuos salvo que fueran vendidos (la posibilidad —cuando no la necesidad— de los autores de vender sus derechos ha sido y es una constante en la historia de la propiedad intelectual). Del otro, los privilegios de los editores, limitados a la vida del autor y no renovables, pasando tras la muerte del autor al “dominio público”, es decir, a poder ser editados por cualquiera.

⁹ C. Hesse, «The rise of intellectual property, 700 B.C. – A.D. 2000: an idea in the balance», *Daedalus*, 2002, 26-45, p. 30.

¹⁰ En Londres la pugna por el derecho exclusivo a editar se libró especialmente contra Escocia. Concretamente, en Edimburgo surgieron diversas editoriales que defendían una propiedad limitada sobre los libros como mecanismo de garantía de su negocio.

¹¹ P. Bourdieu, *Las reglas del arte. Génesis y estructura del campo literario*, Anagrama, Madrid, 1995.

¹² Decretos de 1777, en Hesse, «Enlightenment Epistemology...» p. 111.

Estos decretos de 1777 tenían una importancia capital porque reconocían, por primera vez en el ámbito continental, al autor como elemento nuclear de la obra. El sistema de privilegios monárquico fue revisado de forma que, si bien los autores tenían privilegios *ad æternum* sobre sus obras, una vez éstas eran transferidas a los editores éstos sólo disfrutaban de un derecho exclusivo de edición durante un tiempo determinado de 10 años¹³. Ello explica una distinción fundamental entre el copyright y la propiedad intelectual, pues en ésta han permanecido una serie de derechos —denominados derechos morales— que pertenecen al autor; son inalienables e irrenunciables. Alguno de ellos, además (el reconocimiento de la autoría, por ejemplo), son perpetuos.

Respecto de los autores vivos, estos decretos gozaban de un efecto limitado, pues aunque reconocían a los autores como “dueños” de su obra (y no ya sólo de un bien tangible, el manuscrito) éstos debían transferirla a los editores si deseaban que la obra fuera publicada. Pero respecto de los autores muertos sí suponía un cambio relevante, al permitir a cualquier editorial (oficialmente autorizada por la monarquía) publicar sus obras, mientras que hasta el momento eran los editores del gremio quienes se arrogaban tal derecho de forma perpetua.

La importancia de estos decretos reside por tanto en que la pugna ideológica entre el gremio de editores y la monarquía supuso un primer reconocimiento de los autores y su “derecho de paternidad” sobre la obra, algo que se mantiene todavía hoy. Se reconocía a los autores ciertos derechos perpetuos (creados por el estado monárquico, no por la revolución liberal) a imagen y semejanza del poder de carácter divino que el Rey pretendía sobre toda obra intelectual. Esta tesis, esgrimida por la historiadora estadounidense Carla Hesse, resulta relevante porque se aparta de la generalmente defendida —por ejemplo, por Foucault— de que el autor fue una creación de la revolución liberal burguesa¹⁴. Sin embargo, como se verá, la configuración de los derechos de propiedad y la forma en que finalmente se desarrollaron sí parecen ser producto directo de las revoluciones liberales del siglo XVIII.

El análisis de Hesse parece acertado, sobre todo en relación al surgimiento del autor como sujeto individualizado. Pero la identificación de éste con los privilegios reales puede tender a invisibilizar dos elementos cruciales. En primer lugar, el autor moderno, y cierta relación con su obra, puede haber sido una creación de un decreto real de 1777, pero el contexto ideológico, el auge de la burguesía, el individualismo económico en el contexto de un capitalismo emergente... fueron elementos que jugaron un papel fundamental en todo ello. En segundo lugar, la obra como propiedad, es decir, regular bienes culturales en base a parámetros de bienes privados (aunque de forma temporal

¹³ Hesse, «The rise of intellectual property...», p. 38.

¹⁴ Hesse, «Enlightenment Epistemology...», pp. 113-114.

y limitada) es fruto de la categoría de Estado que surge tras las revoluciones liberales burguesas y su concepción de la propiedad.

Parece, sin embargo, que los decretos de 1777 contribuyeron a colocar al autor en el centro del debate sobre la creación literaria y el negocio editorial. A pesar de ello, y dados los resultados, cabe pensar que el objetivo de los decretos no fue reconocer al autor como elemento crucial e indispensable en la creación artística y, por lo tanto, protegerlo, sino utilizar a los autores como mecanismo para debilitar al gremio de editores y tratar de cuestionar su monopolio, así como sus aspiraciones de derechos perpetuos sobre las obras¹⁵.

También en Inglaterra los autores fueron utilizados —tanto por partidarios como por detractores de la limitación temporal del copyright— para legitimar sus propios argumentos¹⁶. Como en el caso de Francia, los editores e impresores londinenses argumentaban tener un derecho de propiedad (perpetuo, absoluto) respecto de las obras derivado de su adquisición a los autores, sus “verdaderos propietarios”. Fundamentaban su derecho en un contrato y en base a un derecho de propiedad, en vez de hacerlo en el privilegio real que les permitía imprimir y editar. De esta forma, la *Stationers’ Company* atribuyó la propiedad de las obras a los autores, y a sí mismos si éstos libremente habían decidido venderles sus manuscritos. Los propios editores reforzaban así la figura individual de los autores como propietarios, pues necesitaban de esa propiedad sobre la obra para justificar la suya propia.

El Estatuto de Ana¹⁷ colocaba, en 1710, a los «autores o compradores [de las obras]» como elemento central respecto de la obra. Por primera vez, se hablaba de los autores incluso antes que de los editores e impresores. Pero, en el caso del Estatuto, los motivos eran diferentes a los de la *Stationers’ Company*. Si ésta basaba su derecho de propiedad en haber adquirido la obra de su verdadero dueño (el autor), el Parlamento inglés fundamentaba el derecho de propiedad de los autores en el fomento del aprendizaje y, por tanto, la necesidad de limitar ese derecho a los editores, que pretendían que fuera perpetuo.

El proceso de individualización del autor, y su reconocimiento legal, como se puede apreciar, respondía a intereses diferentes y contrapuestos. La monarquía, el parlamento inglés, los editores de los gremios y los editores de provincias utilizaban un

¹⁵ *Ibid.* Los autores fueron, en este sentido, una suerte de arma arrojadiza. Años más tarde, en un borrador de proyecto de ley para regular la edición en la Francia revolucionaria, el autor también gozaría de un papel nuclear, pero en este caso para poder ser considerado responsable de lo publicado.

¹⁶ J. Pabón Cadavid, «Aproximación a la historia del derecho de autor: antecedentes normativos», *Revista La Propiedad Inmaterial*, 13, 2009, 59-104, pp. 68 y ss.

¹⁷ El Estatuto de la Reina Ana (1710) es una ley aprobada por el Parlamento británico, considerada la primera norma de la historia sobre copyright.

mismo argumento —el autor y su reconocimiento legal como tal, con ciertos derechos sobre la obra— para pretender aprobar medidas distintas; se trataba de una lucha de poderes por determinar quién (y qué) podía imprimir y editar. La monarquía y el parlamento pretendían así limitar las aspiraciones de poder de los editores e impresores, mientras que éstos pugnaban por librarse de los privilegios reales para obtener derechos de propiedad sobre los manuscritos.

Los autores, independientemente de su consideración legal, se veían obligados a desprenderse de los derechos sobre las obras para verlas publicadas, y la obtención de beneficio recaía más en los editores que en los propios artistas. A grandes rasgos, se puede afirmar que esto ocurre todavía en la actualidad, aunque bajo un paraguas normativo diferente (*vid.* cap. 4). De hecho, estas páginas tratan de mostrar que el paso de los privilegios a la propiedad intelectual supuso cambios fundamentales, pero, en el caso de los autores, no implicó una mejora considerable de su situación. Éstos consiguieron arrogarse —en el caso del derecho francés— lo que se ha venido a llamar derechos morales, pero en el ámbito económico se veían obligados a desprenderse de los derechos sobre ellas antes y después del proceso revolucionario o del desarrollo del Estatuto de Ana a lo largo del siglo XVIII.

1.2. Propiedad absoluta o propiedad limitada

Se ha visto que tanto en Inglaterra como en Francia el reconocimiento a los autores de la propiedad sobre sus obras fue utilizado como elemento para justificar las posiciones que los interesados (gremios, monarquía, parlamento) defendían. El gremio de editores en París, o la *Stationers' Company* en Londres, habían tratado de justificar su derecho de propiedad perpetuo en base a la adquisición del manuscrito directamente de los autores, aunque éstos hubieran fallecido muchos años antes; los editores basaban su argumento en que los autores eran los verdaderos artífices y propietarios de la obra, y por tanto podían transmitirla sin limitación alguna.

La monarquía francesa y el parlamento inglés, por su parte —también otros editores que veían mayores opciones de negocio en un comercio menos restringido por este monopolio perpetuo, como fue el caso de los escoceses—, se oponían a una propiedad de estilo liberal —natural, perpetua, absoluta— sobre las obras escritas. Se abrió así una discusión sobre el carácter de esta nueva propiedad literaria que, una vez resuelta, habría de definir el concepto de propiedad intelectual o copyright tal y como lo conocemos hoy en día. A continuación, se analiza este proceso en ambos casos, el francés y el inglés. A pesar de sus diferencias, el resultado fue en muchos aspectos parecido.

a) Francia

En Francia, a raíz de 1789 —en consonancia con lo que implicó ese momento histórico— se dio un cambio de legitimación respecto a la edición. La burguesía, a la que pertenecían la mayoría de los editores, consiguió desposeer al monarca no sólo del poder de permitir la impresión y edición, sino de las propias bases filosóficas en las que se basaba la regulación. El derecho a editar la obra escrita dejó de ser de un privilegio monárquico para estar fundamentado en la propiedad, asequible pues para quien pudiera pagarlo. La obra dejó de ser de origen divino para ser considerada trabajo intelectual, trabajo que según la lógica liberal podía ser objeto de tráfico mercantil. Se dio así un cambio de legitimación, de la obra como proceso divino-monárquico a la obra como trabajo-propiedad.

Como había ocurrido años atrás en Londres con la *Stationers' Company*, también en París el Gremio de Editores e Impresores gozaba de forma monopolística de esos privilegios de impresión. Pero este privilegio monopolista no era pacífico, y los editores excluidos —de fuera de París, por ejemplo— cuestionaban su validez.

Ante esto, el gremio de editores e impresores pasó a reinterpretar el concepto de “privilegio” real. Según esta nueva interpretación, éste no sería ya fruto de la gracia real como representación divina en la Tierra, sino simplemente una confirmación de un derecho de propiedad preexistente. Muy influenciados por la concepción de propiedad de Locke —quien sin embargo abogó por una propiedad literaria limitada en el tiempo—, los miembros del gremio entendían la obra como un objeto apropiable —en tanto que fruto del trabajo humano— transferido mediante un contrato de los autores a los editores, propietarios pues de pleno derecho.

Esta nueva lógica suponía un cambio sustancial. Los artistas, antes de las revoluciones burguesas, podían subsistir bien con otra dedicación profesional, bien a base de mecenazgo. Pero éste no era una contraprestación por la obra en sí, sino por un servicio del artista, que debía producir un resultado. El autor era, en este sentido, algo parecido a un artesano. No obstante, la aparición de la imprenta modificó esta dinámica en la obra literaria, al permitir una reproducción virtualmente ilimitada e idéntica al original. En la obra escrita, por lo tanto, lo que cobró importancia no era ya el objeto individualizado, sino el privilegio de su impresión y reproducción, pues en éste residía el negocio.

El gremio de editores e impresores de París, al basar su privilegio en la propiedad y no ya en la gracia divina, parecía perseguir dos objetivos: de un lado, protegerse de la arbitrariedad real aludiendo a la propiedad como derecho natural preexistente a cualquier orden social. En segundo lugar, reconocer para sí el privilegio de imprimir en

base a un contrato celebrado con los autores. Éstos, con la nueva lógica legitimadora de la propiedad frente al privilegio real, conseguían un mayor reconocimiento respecto a su propio trabajo, del que eran propietarios. Pero, a su vez, se veían obligados a desprenderse de su derecho sobre esas obras para poder editarlas y ponerlas en circulación. Los autores, en realidad, nunca han controlado los medios de producción y reproducción de sus libros, y se han visto siempre obligados a desprenderse de sus derechos sobre éstos.

La diferencia fundamental respecto a siglos anteriores residía precisamente en que un autor que realizara una obra por encargo sería siempre el autor, pero no necesariamente el propietario. Tampoco el editor era, necesariamente, dueño de la obra, pero al comprar el manuscrito se reservaba el derecho a reproducirla. Los cambios socio-políticos y económicos de los siglos XVIII y XIX convirtieron en derecho de propiedad no el texto en sí, *sino el privilegio de impresión y reimpresión exclusiva y monopolística*. El derecho, por tanto, de obtener un beneficio económico-comercial de la obra. Eso es lo que se denominaría, en última instancia, propiedad intelectual.

Esto ocurre todavía hoy. Cuando las obras entran en el dominio público, lo que realmente queda liberado de restricciones es la reproducción y comercialización de esa obra. El autor deja de tener derechos económicos sobre la misma, y cualquier editorial puede imprimirla y venderla. El acceso de la población a ese bien cultural no tiene por qué variar existan o no derechos de autor sobre el mismo. El dominio público, si no se dota de otros mecanismos efectivos, no repercute necesariamente en las posibilidades de acceso a los bienes. Sobre ello se hablará más adelante (*vid.* §4.4.2 y §5.1.3).

La revolución de 1789 y los años posteriores a la misma implicó en Francia, por tanto, cambios radicales, y un paulatino desmantelamiento del sistema de publicaciones del Antiguo Régimen. Pero este cambio del privilegio a la propiedad también determinó la necesidad de asumir una postura respecto a qué instituciones y categorías debían sustituir a las ya caducas del sistema de privilegios monárquico, que hundía sus raíces en el feudalismo medieval.

La historiadora Carla Hesse utiliza, para plasmar uno de los principales problemas epistemológicos sobre cómo abordar este problema en el ámbito de la literatura, los diferentes planteamientos de dos autores importantes en ese momento histórico: Denis Diderot (1713-1784) y Nicolas de Condorcet (1743-1794). El primero expone cómo el trabajo intelectual es la más sagrada de las propiedades, pues es fruto del trabajo de la propia mente, el producto más personal de un ser humano. Los privilegios sobre las obras de autores vivos deberían ser pues, según este autor, reconocidos como derechos de propiedad perpetuos. En el caso de autores ya fallecidos, la propiedad se determina

en función de quien primero los poseyera (en una suerte de símil con la apropiación que describe Locke en su Estado de Naturaleza).

Condorcet, en cambio, era crítico tanto con los privilegios reales (en vías de extinción) como con las ideas de propiedad de Diderot (aunque en esto acabaría modificando su postura sustancialmente pocos años después), pues entendía que no puede existir un derecho de propiedad sobre las ideas. La propiedad literaria, decía, «no es una propiedad derivada del orden natural y defendido por la fuerza social, es una propiedad fundada en la sociedad misma»¹⁸. El siglo XVIII, por tanto, no supuso un cambio pacífico y consensuado de los privilegios monárquicos de impresión a la propiedad intelectual, sino que distintas concepciones sobre la obra y el autor pugnaron por imponerse social y jurídicamente.

La situación no era sencilla. El fin de los privilegios dejaba un vacío relevante, y aunque editores e impresores en general estaban a favor de que les fuera reconocido un derecho de propiedad sobre las obras, el alcance de esta propiedad estaba en discusión. La Asamblea Nacional francesa tuvo que afrontar los problemas derivados de este fin de los privilegios monárquicos, lo cual no afectaba solamente al negocio editorial, sino a determinados intereses políticos y nacionales, pues la publicación, antes que con la propiedad de lo publicado, estaba íntimamente relacionada con la censura.

Francia estaba viviendo el colapso del negocio editorial monopolístico a manos del gremio de editores de París, pues con el fin de los privilegios surgieron una gran cantidad de nuevos editores¹⁹. El gremio recurrió a una inteligente estrategia para salvaguardar su monopolio editorial, al convencer a la Asamblea Nacional de que, ante la falta de regulación legal y la proliferación de editoriales —que publicaban cualquier cosa—, se veían ellos mismos (miembros del gremio y herederos del favor real) obligados a publicar material sedicioso y difamatorio para sobrevivir económicamente.

La publicación de este tipo de material preocupaba, y mucho, a la Asamblea Nacional. El gremio consiguió así vincular una cuestión política central como la seguridad nacional a la propiedad literaria. La influencia del gremio en la Asamblea Nacional permitió que ésta encargara al Comité de la Constitución una propuesta normativa sobre libertad de prensa, que sería presentada por Emmanuel-Joseph Sieyès (1748-1836). Sieyès formaba parte de un grupo de moderados entre los que se encontraba Condorcet, lo que sin duda influyó en la redacción de la propuesta²⁰.

¹⁸ Hesse, *ibíd.*, p. 116.

¹⁹ *Ibíd.*, p. 118.

²⁰ *Ibíd.*, p. 119.

En la propuesta de Sieyès, presentada en 1790, no se realizaba una crítica a la propiedad sobre las ideas (como había argumentado tiempo atrás Condorcet), sino que, en base a nociones de bien general y justicia redistributiva, se consideraba que la propiedad de un trabajo debía estar garantizada al autor por ley. Ello implicaba el reconocimiento del autor como sujeto que podía reivindicar para sí la propiedad de la obra (en función de una ley, y no ya del privilegio otorgado por el monarca). Esta propiedad, sin embargo, no era absoluta, pues se reconocía durante la vida del autor y diez años más (lo cual chocaba sin duda con el tipo de propiedad liberal, percibida como natural y perpetua).

Sin embargo, pueden plantearse ciertas dudas acerca del porqué de la limitación temporal, aspecto que siempre tuvo en contra al gremio de editores, tanto en París como en Londres. Este límite temporal puede deberse a las rémoras existentes del derecho a imprimir visto como un privilegio monárquico (y, por tanto, limitable en el tiempo). También es posible que los ideales de la ilustración influyeran de forma que se tomara consciencia de la importancia para una sociedad de difundir la cultura, de manera que una obra no pudiera ser propiedad perpetua de un solo editor²¹. Por último, y muy probablemente, una propiedad literaria eterna hubiera sido contraproducente para la consolidación de un negocio editorial cada vez más extendido. La actividad monopolística del gremio era muy favorable para sus miembros, pero perjudicaba a una gran cantidad de editores que no disponían de manuscritos para imprimir.

Lo cierto es que la propuesta de Sieyès parecía querer asegurar la viabilidad de los libros como negocio. A su vez, pretendía establecer cierto control sobre las publicaciones — es decir, cierta capacidad de censura—, por lo que se reconocía al autor como responsable de lo publicado. Con ello se abordaba un problema central, el del material sedicioso y difamatorio, a la par que el problema del negocio editorial surgido con el fin de los privilegios. La lógica venía a ser la siguiente: si el material prohibido que se editaba había aumentado debido a la quiebra del modelo editorial, devolviendo la seguridad comercial y jurídica a los editores se podría controlar el flujo de este tipo de materiales²². La propuesta de Sieyès, por tanto, contenía un núcleo considerablemente conservador, que reconocía al autor para poder convertirle en responsable y que buscó la seguridad comercial de los editores —en parte por motivos de censura e interés político— en el proceso de cambio de los privilegios reales a la propiedad literaria.

Resulta interesante la idea de Hesse, que señala que la propuesta de Sieyès no encaraba el problema fundamental en el núcleo de muchos debates en torno a la propiedad intelectual y los derechos de autor (un problema, por otro lado, irresuelto todavía hoy).

²¹ Sobre los efectos prácticos del dominio público en la difusión de las obras hay ciertas dudas, que se analizarán más adelante. *Vid. infra* §4.4 y §5.1.4.

²² Hesse, *cit.*, p. 120.

Es decir, si lo que se proponía era una propiedad (reconocida como derecho natural de todos los “hombres”, inviolable, perpetua) sobre las obras, ¿por qué, a diferencia de la propiedad sobre bienes tangibles, era limitada? Si, por el contrario, las obras intelectuales eran fruto de la colectividad y la propiedad no era sino una construcción social, ¿no suponía regular las obras mediante propiedad intelectual, aunque limitada, una suerte de privilegio (monopolístico) como los que habían tratado de abolirse al caer el Antiguo Régimen?²³ La propuesta de Sieyès —que nunca sería aprobada, pero que fue la base de la ley que finalmente vio la luz— abordó una propiedad temporal frente a la absoluta, pero con ello optó por una postura intermedia cuya legitimación está todavía hoy en entredicho.

b) Inglaterra

En la Inglaterra de los siglos XVI y XVII existían dos modelos regulatorios de la impresión: las patentes de impresión por prerrogativa real y el modelo del gremio de editores e impresores (*Stationers' Company*). Éste último, en realidad, también encontraba su origen en el privilegio real, que en 1557 había garantizado un monopolio de impresión al gremio de editores londinense. Este privilegio, y su circunscripción a Londres, era una manera del monarca de controlar y limitar lo que se publicaba²⁴.

La *Stationers' Company* era el equivalente al Gremio de Editores e Impresores de París, y también tenía una posición de monopolio respecto a otros editores. Antes de la aprobación del Estatuto de la Reina Ana en 1710, este gremio de Londres gozaba de un privilegio prácticamente absoluto respecto a la edición de libros. La entrada al gremio estaba permitida solamente a editores (no a autores), que debían aportar manuscritos —denominados *copy*— sobre los que tenían todos los derechos —*rights*—, pues los habían adquirido de los escritores, en principio de forma perpetua. Estos derechos de impresión (en virtud tanto del permiso monárquico como de la compraventa del manuscrito) podían ser divididos, transferidos en herencia o vendidos, pero sólo entre miembros de la *Stationers' Company*.

Hasta 1694, la *Stationers' Company* controlaba las publicaciones y, por lo tanto, era la responsable de la censura. Estas restricciones estaban autorizadas por una ley de imprenta²⁵ que, sin embargo, debía ser renovada cada dos años, pues su duración era temporal. La nueva situación política en Inglaterra tras la Revolución de 1688 provocó que, en 1695, el parlamento inglés —dotado de nuevos poderes— rechazara renovar la

²³ *Ibid.*, p. 121.

²⁴ Rose, *Authors and owners...*, p. 12.

²⁵ *Licensing of the Press Act*, 1662. Estaba pensada para censurar de forma previa el contenido que iba a ser publicado. El nombre original era «Una ley para prevenir los abusos frecuentes en la impresión de libros y folletos sediciosos y de traición, así como sin licencia, y para la regulación de la imprenta y la prensa».

norma, lo que provocó de inmediato la pérdida de monopolio por parte del gremio de editores. Se terminaba así en Gran Bretaña con la censura previa a la publicación. La *Stationers' Company*, sin embargo, insistió durante años para que el Parlamento le devolviera sus privilegios, si bien argumentándolos —como hicieran tiempo después los editores del gremio de París— ahora bajo el paraguas de la propiedad²⁶.

Este paso de un sistema de privilegios a un sistema de propiedad conllevaba problemas de legitimación, tanto en el caso de Francia como en el caso de Inglaterra. Para los editores ingleses, esta propiedad se basaba en los derechos adquiridos mediante su compra al autor. Pero una vez que la normativa ensalzó a los escritores y les reconoció como propietarios únicos y principales de su obra, el problema se trasladó a ese primer momento de apropiación. ¿Podía el autor considerarse *propietario* de su obra? Una cosa era reconocer unos derechos de impresión bajo la forma de la propiedad, lo que tenía una intencionalidad comercial clara²⁷, y otra muy diferente reconocer sobre un bien cultural —de interés para toda la sociedad y, en cierta medida, producto de ella— un derecho absoluto, perpetuo e inmutable. Esta tensión (irresuelta todavía hoy) propició que en Inglaterra —tal vez por la influencia de corrientes utilitaristas— se optara por equiparar la propiedad literaria a cualquier otra propiedad²⁸ (como la de un bien inmueble), en vez de tratar de justificar el vínculo de la obra con el autor mediante un símil con la paternidad²⁹.

El tipo de propiedad adoptado, sin embargo, no fue exactamente como la de un bien cualquiera. La nota característica principal de la propiedad intelectual (ya sea derechos de autor o copyright) ha sido siempre su limitación temporal. Un monopolio absoluto y perpetuo sobre una obra implicaba que el editor podía venderla al precio que quisiera, mientras que la posibilidad de que más editores realizaran impresiones permitía cierta competencia y el florecimiento de un negocio todavía en vías de desarrollo. Concretamente, había muchos autores clásicos ya fallecidos que sólo podían ser editados por el propietario de los manuscritos. Se estableció así cierta relación entre la posibilidad de aprendizaje y lectura y los derechos de propiedad

²⁶ *Vid.*, sobre este proceso, D. Khong, «The Historical Law and Economics of the First Copyright Act», *Erasmus Law and Economics Review*, 1, 2006, 35-69; R. Deazley, *On the Origin of the Right to Copy*, Hart Publishing, Oxford, 2004; M. Rose, «The Public Sphere and the Emergence of Copyright: Areopagitica, the Stationers' Company and the Statute of Anne», *Tulane Journal of Technology and Intellectual Property*, 12, 2009, 123-144.

²⁷ Al parecer, esto era lo que proponía Locke al hablar de una propiedad limitada en el tiempo, cuyo objetivo fundamental era terminar con los monopolios y asegurar un nicho de negocio. *Vid.* H. Aznar Gómez, «Libertad de imprenta y crítica de los monopolios: los argumentos de Locke en el debate parlamentario de 1694/95», *Comunicación y estudios universitarios*, 2, 1992, 29-44.

²⁸ Rose, *Authors and owners...*, p. 41.

²⁹ Este símil resultó sin embargo poderoso en Francia, lo que permite explicar la existencia de los denominados derechos morales. Todavía hoy, las legislaciones sobre derechos de autor inspiradas en la *propriété intellectuelle* contienen como derecho moral fundamental el *derecho de paternidad de la obra*, que no es sino el reconocimiento de quién es su creador, independientemente del tiempo transcurrido o de si la obra es explotada comercialmente.

intelectual, que de ser excesivamente duraderos en el tiempo truncaban la posibilidad de las gentes de acceder al conocimiento que albergaban los libros.

Esta discusión sobre el alcance de la propiedad estaba presente en el debate de la que sería la norma fundamental sobre copyright, el Estatuto de la Reina Ana de 1710. Así, el primer borrador se denominó «un proyecto de ley para el fomento del aprendizaje y para asegurar la propiedad de las copias de libros a los legítimos propietarios de los mismos»³⁰ —lo que venía a responder a las demandas de la *Stationers' Company*—, pero fue modificado, introduciéndose un límite temporal al derecho de copyright. El fomento de la lectura, o la figura del autor, fueron motivos esgrimidos para establecer este límite por parte del Parlamento. Una vez aprobado, el Estatuto de Ana tendría por nombre «una ley para el fomento del aprendizaje, confirmando los derechos de las copias de libros impresos a los autores o compradores de esas copias, durante el tiempo aquí mencionado»³¹, lo que reconocía a los autores como elemento nuclear y parecía defender una propiedad de carácter temporal.

Así pues, si en Francia el fin de los privilegios reales no llegaría hasta después de 1789, en el Reino Unido ya en 1710 existía una legislación que entendía la obra y sus derechos bajo los parámetros de la propiedad privada, quedando con esta norma definitivamente separadas la regulación de la censura de la de los derechos de impresión. El Estatuto de Ana preveía un período de 14 años (prorrogable durante otros 14) para el autor o quien adquiriera la obra para editarla de forma exclusiva. Ello suponía establecer una suerte de privilegio temporal (14 o 28 años) pero fundamentado no ya en un privilegio monárquico para garantizar la censura, sino en la propiedad liberal, pues se entendía que la obra era propiedad de su autor y que éste título era transferible mediante compraventa a los editores. Esto último era un cambio notable, también, porque implicaba que las obras anteriores al Estatuto de la Reina Ana pasaban automáticamente al dominio público (esto es, que cualquier editor podía hacer negocio con ellas).

Lo que se quiere poner de manifiesto es la transmutación de lo que había sido un privilegio monárquico en otro tipo de privilegio —al fin y al cabo, la propiedad intelectual no es sino un privilegio monopolístico temporal— fundamentado ahora en la oportunidad comercial, de forma que esa clase emergente que habría de ser la burguesía no dependiera de la voluntad real para progresar en su forma de negocio. El debate se había establecido entre si esta propiedad debía ser temporal o perpetua —lo que enfrentaba a los miembros de la *Stationers' Company* con otros editores— pero ese

³⁰ Rose, *ibíd.*, p. 42.

³¹ «An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned».

debate no modificaba de manera sustancial la estructura jurídica utilizada para regular los derechos de impresión: la propiedad³².

1.3. La retórica del fomento de la cultura: consagración de la propiedad limitada

Tanto en Francia como en Inglaterra, los privilegios reales de edición e impresión habían dado paso a una nueva figura, fundamentada en la propiedad pero con una distinción relevante: su temporalidad. Sin embargo, la naturaleza de esta nueva figura era distinta en ambos casos, lo que explica las diferencias que se iban perfilando entre la propiedad intelectual y el copyright, y que culminarían con la regulación de los derechos morales en la tradición jurídica continental.

En Francia la propiedad intelectual acabaría siendo una postura intermedia entre dos concepciones claramente diferenciadas: la que concebía la propiedad literaria como derecho natural, absoluto y eterno (propiedad liberal) y la que entendía la propiedad literaria como un derecho socialmente construido y, por tanto, rechazaba regular los bienes culturales bajo el paraguas de la propiedad privada.

La propuesta de Sieyès mezclaba estas posturas contradictorias y abogaba por la vía intermedia que conocemos hoy en día como propiedad intelectual. Esta propuesta fue criticada por la corriente que defendía que la propiedad no era el instrumento adecuado para regular las ideas o su expresión, y veían en ello un remanente de los antiguos privilegios monárquicos, además de un instrumento para beneficiar principalmente los intereses comerciales de los editores. También los antiguos miembros del gremio de editores e impresores, por su parte, estaban en contra de la propuesta, pues seguían reclamando una propiedad sobre las obras similar a la propiedad de la tierra (absoluta, natural, perpetua). Señalaban, en este sentido, la incongruencia de limitar la propiedad en un momento histórico en el que ésta (es decir, la propiedad liberal) gozaba de una posición nuclear en el ámbito jurídico, social y económico.

Incluso entre quienes entendían que una propiedad limitada era la mejor solución para abordar el tema literario, la propuesta de Sieyès recibió críticas. Charles-Joseph Panckoucke, en aquellos años el editor más rico de París, defendía un modelo similar al adoptado en Inglaterra en 1774, que reconocía el derecho exclusivo del autor (o a quien

³² El Estatuto de la Reina Ana tiene mucha importancia por lo que significaba (una limitación temporal del copyright, de un derecho de propiedad). Sin embargo, parece ser que durante tres décadas esta limitación temporal apenas tenía aplicación práctica. Habrían de ser los tribunales quienes perfilaran este derecho, pues los editores de Londres seguían pretendiendo tener un derecho perpetuo sobre las obras, basado en el *common law* y por tanto no modificable por el derecho positivo (*statutory law*). Para más información sobre ese proceso judicial (que abarcó numerosos casos y culminó en el llamado *Donaldson v. Beckett*, en 1774), *vid.* Rose, *Authors and owners...*, pp. 49-112.

éste lo cediera) sobre su obra durante 14 años, renovable al finalizar el término durante otros 14 años³³.

La propuesta de Sieyès resumía bien el conflicto ideológico respecto a los autores y sus obras que había vivido Francia durante el último cuarto del siglo XVIII. Abandonada ya la lógica de los antiguos privilegios, esta propuesta se decantaba por un punto medio de las tres opciones principales (ausencia de propiedad sobre las obras, propiedad limitada y propiedad absoluta). Como se ha dicho, esta propuesta nunca vio la luz, en gran parte por la gran cantidad de críticas que recibió.

Tras un importante movimiento de protesta por parte del sector teatral (autores, principalmente, contra directores de teatro, pues éstos decidían si se representaban las obras con o sin el consentimiento de aquéllos) se aprobó una ley en la que se recogía la postura presentada en la propuesta de Sieyès. Esta norma, de efectos sólo para el teatro, estipulaba así la garantía de un derecho exclusivo de propiedad hasta 5 años tras la muerte del autor, aunque dicha ley sería modificada apenas un año después. También entre 1791 y 1793 los artistas y escritores de música mostraron su descontento con sus condiciones, así como lo hicieron los editores que se quejaban de que la falta de regulación legal les perjudicaba el negocio.

En 1793 se produjo en Francia una consolidación del poder jacobino, lo que iba a permitir el consenso político necesario para la aprobación de una ley que abordara definitivamente la cuestión literaria. La discusión sobre propiedad intelectual estaba ya, para entonces, desligada de la censura y el control estatal sobre la producción literaria (una ley específica había sido aprobada en 1791 respecto a sedición y difamación), y del ámbito estrictamente comercial (también en 1791, la cuestión de la propiedad literaria pasó del Comité de Agricultura y Comercio al Comité sobre Instrucción Pública)³⁴. Por ello, en 1793 pudo aprobarse una norma al respecto que no suscitara sospechas sobre control estatal y restricción de la libertad de prensa ni sobre si beneficiaba eminentemente a los editores. Críticas, ambas, que habían sido también realizadas a la propuesta de Sieyès.

El decreto de 1793 estaba considerablemente basado en esa propuesta (Sieyès/Condorcet), aunque con una novedad relevante. La propia norma presentaba la propiedad literaria como mecanismo para promover la ilustración pública ofreciendo un incentivo al trabajo intelectual³⁵. Esta lógica del incentivo económico

³³ Hesse, «Enlightenment Epistemology...», pp. 121-124.

³⁴ *Ibid.*, p. 125.

³⁵ A diferencia de la propuesta de Sieyès, la ley de 1793 no mantenía los privilegios recibidos durante el Antiguo Régimen, sino que todas aquellas obras reguladas mediante los privilegios pasaban a engrosar lo que se denominó *dominio público*.

como motor de la creación artística se ha mantenido como justificación de las normas de propiedad intelectual hasta nuestros días, aunque esta idea merece una revisión crítica (*vid.* §4.1 y §4.2).

El decreto de 1793, como ya propusiera Sieyès, y como ha sucedido hasta la actualidad, preveía el derecho exclusivo a la edición de una obra durante toda la vida del autor más una cantidad de años (en aquel momento, 10; hoy entre 50 y 70, generalmente). Y este derecho se garantizaba al autor “o cualquiera a quien se hubiera cedido la obra”. Esta *alienabilidad* de los derechos sobre la obra —en definitiva, el verdadero activo económico de la misma— es precisamente uno de los aspectos que se ponen en cuestión en el presente trabajo. Y ello porque la regulación de la edición literaria bajo la forma de propiedad (que luego habría de extenderse a toda creación artística o intelectual) responde a un momento histórico y económico concretos, fruto de unos conflictos de intereses muy particulares. Ello concluyó en una regulación legal que, lejos de entenderse contextualizada, se ha propuesto como universal (cap. 3) aun cuando ni su retórica interna (cap. 4) ni el contexto tecnológico actual (cap. 2) la aceptan en absoluto de forma pacífica. No obstante, la idea de “propiedad” intelectual ha permeado de tal forma el imaginario colectivo sobre los bienes culturales que incluso determinados movimientos pretendidamente alternativos actuales (cap. 5) subyace la idea de que las creaciones artísticas pueden o deben ser tratadas jurídicamente como propiedades.

Por su parte, en Inglaterra, el Estatuto de la Reina Ana de 1710 implicó a la vez la separación de los ámbitos de la censura y la propiedad literaria, así como una limitación temporal de los derechos de impresión. Se sentaban así las bases para la expansión del negocio editorial con una normativa que, como en el caso de Francia, entendía que los impresores y editores tenían un derecho sobre los manuscritos, ya que habían adquirido su propiedad de los autores.

El Estatuto de Ana, sin embargo, no satisfizo a ninguna parte, ni a quienes aspiraban a una propiedad absoluta, ni a quienes abogaban por otra forma de regular la producción literaria. De hecho, durante los primeros 30 años la ley fue incumplida sistemáticamente, pues los miembros de la *Stationers' Company* seguían actuando como si fueran propietarios perpetuos sobre las obras adquiridas, basándose en un derecho de *Common law* que las normas positivas no podían contravenir. Y durante décadas así fue reconocido en los tribunales.

Fue una decisión jurisdiccional concreta —práctica por otro lado común en el sistema jurídico de Inglaterra— la que determinó los límites de esa propiedad, estableciendo en 1774 que el «fomento del aprendizaje» era el objetivo fundamental de la norma de 1710

(*Donaldson v. Becket*)³⁶, estableciéndose así definitivamente un plazo sobre el tipo de propiedad que preveía el copyright.

El análisis histórico de ambos procesos, el francés y el inglés, permite distinguir la transformación de los privilegios reales en formas limitadas de propiedad exclusiva. Los autores no gozaron de una influencia importante ante quienes tenían poder de regular y crear normas. Tampoco parece que las posibilidades educativas respecto a la población fueran el objetivo principal de las regulaciones legales, porque para ello hubiera sido necesaria una intervención pública mayor y una limitación de los plazos del copyright. Al contrario, la tendencia fue la paulatina extensión de los plazos de protección de las obras.

La propiedad (intelectual), fuera limitada —como pretendían Condorcet y Sieyès, o los editores escoceses—, fuera perpetua —como pretendían Diderot y los gremios de editores inglés y francés—, implicaba concebir la obra (concretamente sus elementos económicamente relevantes, es decir, las posibilidades de explotación) como una mercancía más con la que comerciar en los mercados. La caducidad de la protección legal (dominio público) resultaba efectiva para garantizar un nicho comercial a los editores “no oficiales” —escoceses, en el caso inglés, y de provincias, en el francés—, pero no necesariamente como un mecanismo que facilitara el acceso de los ciudadanos a las obras.

En cambio, el tratamiento de los bienes culturales como elementos de interés fundamental para una población sí ha resultado de utilidad para ampliar el acceso de la población a la cultura. En este sentido, ciertas políticas aplicadas por el Estado asistencial desarrollado en algunos países durante el siglo XX han resultado mucho más efectivas a la hora de promover el acceso a estos bienes que la propiedad intelectual, con la cual han coexistido. Iniciativas como las bibliotecas públicas, las subvenciones a proyectos culturales o las ayudas fiscales a sujetos que invierten en promoción cultural han demostrado ser mecanismos mucho más útiles para garantizar a los ciudadanos el acceso a una gran cantidad de bienes culturales.

1.4. El cuestionamiento de la legitimidad de la propiedad privada limitada en el tiempo

¿Por qué terminó aprobándose, tanto en Gran Bretaña como en Francia, una normativa que preveía la propiedad limitada para regular el mercado editorial? ¿Por qué, en la época histórica del auge de la propiedad liberal, con la conquista de poder por parte de

³⁶ Hesse, «The rise of intellectual property...», p. 37.

la burguesía, terminó por adoptarse un tipo de propiedad (limitada temporalmente) tan extraña?

La propiedad intelectual se enfrentó ya en sus inicios a graves problemas de legitimación. Los privilegios monárquicos encontraban su fundamento en el poder real —derivado, en última instancia, del divino—. Pero la propiedad liberal era absoluta y perpetua, aunque no así la propiedad intelectual. El mismo Locke defendió una limitación temporal sobre la propiedad literaria. ¿Por qué hubo, desde el principio, tantos reparos en regular los libros —o los derechos de impresión— bajo una propiedad exactamente igual que la referente a bienes tangibles?

Desde su nacimiento histórico, la propiedad intelectual dio lugar a debates complejos; la propia figura jurídica era extraña. Estas características continúan vigentes todavía hoy. Es cierto que las sociedades occidentales no conciben la propiedad como un derecho natural, al menos formalmente, pero ésta se encuentra fuertemente protegida en las normas constitucionales de muchos estados, y en el entramado jurídico y económico global la propiedad privada tiene un lugar nuclear y primordial. De hecho, todo ello permite plantear si la propiedad intelectual no es, también hoy, una suerte de privilegio.

Existen diversos motivos que apuntan a por qué el parlamento inglés o el nuevo gobierno revolucionario francés no querían una propiedad de tipo absoluto en el ámbito literario. Y aunque es difícil determinar cuál fue la razón exacta, todos ellos en conjunto influyeron seguramente a la hora de asentar la idea de que una propiedad sobre un bien inmaterial, intangible, no podía ser exactamente igual que la propiedad sobre los bienes físicos.

Uno de los argumentos utilizados para justificar esta limitación temporal fue la necesidad de que existiera abundancia de libros (asequibles para la gente) de forma que la población pudiera acceder a ellos, pues se consideraban parte de la cultura de un país. Sin embargo, la protección de los derechos de propiedad sobre las obras mediante la legislación —esto es, la propiedad intelectual y el copyright— no era garantía de ese fomento del aprendizaje. Estos derechos son, como su nombre indica, garantía jurídica de un derecho de propiedad temporal, de un activo económico generalmente en manos de los editores, que son quienes pueden dar viabilidad a la obra (editar, copiar y distribuir). Es posible que las ideas de la ilustración influyeran en la voluntad de expandir el conocimiento, pero durante muchos años quienes podían acceder a libros y sabían leer pertenecían a la misma burguesía propietaria de las editoriales o a las clases aristocráticas, no al pueblo, generalmente analfabeto.

De hecho, son muchos los países que han obviado las normas de propiedad intelectual precisamente porque para la difusión de obras y el fomento del aprendizaje resultaban un obstáculo (así lo hizo EEUU con la literatura inglesa hasta prácticamente el siglo XX)³⁷. Sólo cuando un país se convierte en exportador de estos bienes tiende a aumentar su protección legal mediante propiedad intelectual, aun cuando ello pueda ser perjudicial para su efectiva difusión³⁸. Esta confusión —de la propiedad intelectual, que tiene como objetivo facilitar la comercialización de las obras, con el incentivo de la lectura y la educación— ha sido una constante desde las primeras leyes al respecto. Conviene por ello recordar que el interés de los editores era asegurar su propia forma de negocio, no la educación de la ciudadanía. Ésta podía ser relevante en la medida en que significaba más lectores potenciales y, con ellos, mayor volumen de negocio.

El interés de los editores —y de sus propuestas legislativas— era proteger su modelo comercial³⁹, en peligro tras los profundos cambios que implicaba el fin de los privilegios. Para ello se sirvieron de un discurso que utilizaba la propiedad absoluta liberal y prescindía de la voluntad monárquica, pues fundamentaba sus derechos en la adquisición de la propiedad mediante compra-venta. Un ejemplo de fomento de la lectura y el aprendizaje es una biblioteca o una escuela pública, no una editorial. Ésta puede, en el mejor de los casos, compartir ese interés con la necesidad de ser viable económicamente, lo cual en ocasiones obliga a tomar decisiones comerciales que de otra forma no adoptaría. Todo ello no es necesariamente una crítica a las editoriales, algunas de las cuales cumplen con un papel fundamental al editar libros relevantes y poco exitosos comercialmente. Es una reflexión acerca de algunas de las consecuencias que tiene que el entorno mercantil tenga un papel hegemónico en la creación, difusión y distribución de obras culturales y artísticas.

No se pretende argumentar que las normas aprobadas tanto en Inglaterra como en Francia no tuvieran cierto interés en expandir la lectura y la producción de libros. Se quiere poner de relieve que este interés, el cual ya había existido en otros momentos históricos con un desarrollo tecnológico muy inferior, quedó subordinado a otro comercial, que delimitó en gran medida la legislación que se aprobaba. La noción de propiedad intelectual, su relación con la obra o la configuración de un dominio público muestran hasta qué punto estaban intrínsecamente relacionadas la expansión de la literatura gracias a la imprenta con la aparición de un nuevo modelo de negocio y la lucha de los editores para defenderlo. Esta relación se extendió posteriormente a otros bienes culturales, y la lógica de funcionamiento de éstos en los mercados persiste todavía a día de hoy.

³⁷ Z. Khan, «La piratería de derechos de autor y el desarrollo: evidencia de los Estados Unidos en el siglo XIX», *Revista de Economía Institucional*, 9(17), 2007, 21-54.

³⁸ H. Chang, «Patada a la escalera: La verdadera historia del libre comercio», *Ensayos de economía*, 42, 2013.

³⁹ J. Raven, «Booksellers in Court: Approaches to the Legal History of Copyright in England Before 1842», *Law Library Journal*, 104(1), 2012, 115-134, p. 124.

Otro argumento —utilizado también hoy en día— es el que reclama la posición central de los autores como creadores de la obra. La propiedad intelectual o el copyright serían así una forma de garantizar la explotación de la obra, pero permitiendo que ésta volviera a su creador pasado cierto tiempo. Esto pudo tener cierto sentido en un inicio, cuando esta protección duraba 10, 14 o incluso 28 años. Pero hoy en día (en España, por ejemplo) la propiedad intelectual se extiende 70 años tras la muerte del autor, con lo que el argumento de defender sus intereses cae por su propio peso⁴⁰. También en su origen pudo verse (*supra*, §1.1.) que los autores no jugaron un papel fundamental a la hora de definir la normativa que habría de regular su actividad creativa. Autores y creadores fueron utilizados para defender las posturas de quienes pugnaban por defender sus propios intereses (gremio de editores e impresores, editores ajenos a los gremios, el monarca, el parlamento inglés), pero no se tomaron en cuenta las necesidades económicas o artísticas de los autores.

Finalmente, un argumento de peso parece ser que, con una propiedad de carácter limitado, se evitaba que aparecieran monopolios de impresión. La situación anterior a la “liberalización” del comercio de libros hacía más fácil controlar y censurar lo que se publicaba, pero concentraba la edición en los gremios de editores, tanto en París como en Londres. Una vez estos gremios perdieron su poder exclusivo, una propiedad limitada temporalmente tenía mucha más lógica. De lo contrario, los nuevos editores habrían tendido a acumular en sus manos los derechos de impresión de las obras de forma perpetua, convirtiéndose en dueños de un negocio sin competencia. En cambio, establecer la caducidad de estos derechos permitía la creación de lo que se ha llamado “dominio público”, que en definitiva posibilitaba a cualquier editor publicar esas obras y, en principio, abaratar costes.

El análisis histórico del origen de la propiedad intelectual permite intuir que los cambios normativos (y la intencionalidad con la que se producían) respondían a motivos relacionados con la censura de determinado contenido o con garantizar cierta seguridad jurídica y comercial, pero no necesariamente con proteger la figura del autor —frente a posible “piratería” o abuso por parte de los editores—, su control sobre la obra creada, o el acceso del público al acervo cultural. Sin embargo, es esa la lógica que ha asumido la propiedad intelectual moderna, que se postula como una protección necesaria para garantizar incentivos a los creadores y acceso a las obras por parte de la ciudadanía⁴¹.

⁴⁰ Aparte de este hecho, la legislación actual dista de ser efectivamente protectora con los autores, tanto en vida como una vez fallecidos, en lo relativo a los ingresos que obtienen por su trabajo, como respecto a los denominados derechos morales. *Vid. infra* §4.3 y §4.4.

⁴¹ Lógica que trata de cuestionarse en el capítulo 4 del presente trabajo.

La creciente clase burguesa necesitaba, tras los procesos políticos que le garantizaron el acceso al poder, un modelo regulatorio útil. Una propiedad absoluta y eterna sobre las obras hubiera tendido a perpetuar un monopolio preexistente, el de los gremios de editores (tanto en Londres como en París). La propuesta de una propiedad limitada (refrendada en Francia por vía legal y en Inglaterra por decisión judicial) rompía definitivamente ese monopolio, y permitía, en adelante, sólo un privilegio temporal sobre las nuevas obras. Sin embargo, esta normativa, que en teoría reconocía a los autores su propiedad sobre sus creaciones, les obligaba en la práctica a desprenderse de ellas en favor de los editores si querían ver la obra publicada.

En todo el proceso de creación del Estado de capitalismo concurrencial, los cambios en el derecho y en la economía fueron profundos y determinantes. El resultado en el ámbito de los derechos de autor fue que éstos pasaron a ser vistos como formas de propiedad, y por lo tanto se asumió implícitamente que sería el mercado quien se encargara de su creación y distribución. Este hecho, que es singular y radicalmente distinto a lo acontecido con el arte antes del surgimiento de la economía liberal-capitalista, ha sido muy poco cuestionado incluso con el surgimiento del Estado social y los países europeos socialistas. El Estado asistencialista de mediados del siglo XX intervino de forma importante en el proceso de difusión de la cultura entre la sociedad, pero su creación y “fabricación”, por así decirlo (los medios materiales de producción y distribución), han estado estrechamente relacionados con el entorno mercantil desde hace más de dos siglos.

Por alguna razón, la crítica tradicional a la propiedad privada ha tendido a obviar que la propiedad intelectual es en definitiva una forma de propiedad. En este sentido, uno de los grandes logros del copyright y los derechos de autor ha sido posicionarse como una ventaja de cara a los autores, de forma que éstos defienden la propiedad intelectual como si ello significara proteger su situación.

CAPÍTULO II

LA PROPIEDAD PRIVADA SOBRE BIENES CULTURALES DIGITALIZADOS

La invención de la imprenta marcó el inicio de un fenómeno que alteraría sustancialmente la vida cotidiana del ser humano. Modificó la relación de la humanidad con su historia y su cultura, facilitó la expansión del libro y jugó un papel fundamental en la alfabetización de la gente. En adelante, los pensamientos de muchas personas perdurarían objetivados en libros. La imprenta permitió, también, acercar el conocimiento de las costumbres, expresiones artísticas y modos de vida —de la cultura— de unas naciones a otras, disminuyendo la distancia de países geográfica y culturalmente muy lejanos. Si la escritura determina el inicio de la *historia* (en contraposición a la prehistoria), la imprenta posibilitó, de una forma imposible hasta entonces, la difusión y reproducción del pensamiento humano escrito. Precisamente esa difusión y reproducción (de pensamientos, de expresiones, de arte...) ha sufrido, con la informática e internet, un cambio de una magnitud nada desdeñable (a la altura o no de la imprenta es algo que historiadores futuros tendrán que valorar).

El siglo XIX, como se ha visto en el capítulo anterior, adaptó el funcionamiento de la imprenta a las necesidades comerciales de un capitalismo en plena expansión, que poco a poco iba abarcando todos los aspectos de la vida humana en las sociedades occidentales (principalmente Europa y Estados Unidos). Pero la obra cultural (el libro, la pintura, la composición musical, etc.) ha tenido siempre una suerte de doble naturaleza que vuelve compleja su adaptación al mundo comercial. Ello se debe a la propia condición del bien, al que la legislación se ha adaptado sólo parcialmente. Así, se suele distinguir respecto de una obra artística el *corpus mysticum*, aquello que conforma la obra intelectual como ente abstracto, y el *corpus mechanicum*, representado por la plasmación física de tal obra¹.

Uno puede tener todos los derechos de explotación de un libro, pero no por ello será su creador intelectual. En la Roma o Grecia antiguas no había nada parecido al copyright, pero el plagio estaba mal visto² y existían acciones legales para combatirlo, lo que

¹ R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Manual de propiedad intelectual* (5ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 19.

² C. López Sánchez, *La transformación de la obra intelectual*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 21; F. Miró Llinares, «El futuro de la propiedad intelectual desde su pasado. La historia de los derechos de autor y su

sugiere cierta percepción de la distinción entre la relación del autor con su obra como creación y la obra plasmada físicamente (en un lienzo, un libro o una escultura).

Se debe puntualizar, sin embargo, que esta forma de entender la creación y el conocimiento — así como su relación con el autor o creador— corresponde a un momento y lugar determinados, y que su expansión no implica que no existan otras formas de entender la génesis y difusión del arte o la innovación. Los aborígenes australianos, por ejemplo, entienden que «los sistemas de innovación y conocimiento son parte de un proyecto cosmológico en el cual innovar para preservar la salud de su territorio es visto como parte de lo que implica llevar una vida decente»³. Rechazan que determinados aspectos de su cultura y su conocimiento del entorno puedan pertenecer a un solo miembro del grupo, pues su *cosmovisión* presupone que ese conocimiento proviene de algo más profundo y más abstracto, algo que pertenece a todos sus integrantes y a la misma naturaleza. El énfasis individualista en nuestro sistema de derechos de autor o copyright contrasta con los sistemas comunitarios de posesión y control de las expresiones culturales de los aborígenes australianos⁴. En este sentido, cabe destacar también la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que hace una consideración de los bienes culturales como bienes comunitarios, y atribuyen a la comunidad el derecho a exigir su defensa, protección, desarrollo o restitución ante los Estados, sin mención alguna a derechos de tipo económico o individual⁵.

Incluso tras la invención de la imprenta, esta división era perceptible. Cervantes — como muchos otros— vendió el manuscrito del Quijote por un precio fijo, sin derecho a reclamar nada más por cada venta del libro. Ello sugiere que la obra como objeto físico era tratado como un bien cualquiera. Sin embargo, cuando apareció el Quijote apócrifo de Avellaneda (publicado además bajo pseudónimo), Cervantes entendió que ello afectaba a algo más que a un libro como objeto (que ya no era *suyo*), y actuó para remediarlo, afortunadamente, escribiendo la segunda parte de su novela.

Uno de los cambios sustanciales del siglo XIX fue, se ha dicho, la adaptación del funcionamiento de la imprenta las necesidades del comercio de libros. Así, el siglo XIX protegió a los *propietarios* de las imprentas (y de los manuscritos) otorgándoles, mediante las primeras leyes de copyright, derechos de propiedad sobre la obra creada,

porvenir ante la revolución de internet», *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, 1(2), 2007, 103-155, pp. 110 y ss.

³ «Their innovation and knowledge systems are part of cosmological schemes in which innovating to preserve the health of Country is seen as part of what it is to lead a proper life». Puede consultarse en el excelente artículo de P. Drahos, «When cosmology meets property: indigenous people's innovation and intellectual property», *Prometheus: Critical Studies in Innovation*, 29, 2011, 233-252, p. 248.

⁴ M. Simons, «Aboriginal Heritage Art and Moral Rights», *Annals of Tourism Research*, vol. 27(2), 2000, 412-431.

⁵ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas (A/RES/61/295), aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007, arts. 11 y ss. Curiosamente, votaron en contra de esta declaración Australia, Canadá, Estados Unidos y Nueva Zelanda. <https://www.un.org/development/desa/indigenous-peoples-es/declaracion-sobre-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas.html>. Vid., también, M. Rife, «Introduction: Copyright, Culture, Creativity, and the Commons», *Computers and Composition*, 27, 2010, 161-166, p. 162.

de la que el autor se veía desposeído si quería poder imprimirla y ofrecerla al público. Estas primeras normas establecían un límite efectivo al uso de la imprenta; este invento revolucionario iba a servir para la difusión cultural, sí, pero a condición de que existiera un beneficio económico para quien se pudiera permitir poseer la maquinaria y el manuscrito. Si pintores y escultores, por ejemplo, habían dependido en muchos casos del mecenazgo, ahora el escritor habría de depender del editor o impresor, propietario de los medios de (re)producción de la obra escrita, la cual explotaría en beneficio propio y privado.

La nueva sociedad capitalista se adaptó así a esta nueva situación de la producción cultural. Poseer una imprenta, comprar manuscritos y reproducirlos en esas máquinas para su posterior venta no se veía muy distinto a comprar telas y maquinaria y emplear trabajadores para la producción textil, vendiendo posteriormente el producto. La venta de este nuevo “producto” —el libro—, no obstante, no estaba exenta de problemas, pues otro editor podía, sin haber pagado por el manuscrito ni haber satisfecho cantidad alguna al autor, comprar un ejemplar del libro e imprimirlo en su imprenta, fuera en el mismo país o en otro. Esta práctica —muy común en EEUU con libros ingleses durante décadas o, como se ha visto, en Escocia respecto a libros impresos en Londres—, y no la preocupación por los autores, fue lo que impulsó la expansión de las normas de propiedad intelectual y, sobre todo, los acuerdos internacionales en esta materia, como el famoso Convenio de Berna de 1896. Es decir, esta situación, en la que el libro como producto comercial puede ser copiado, pues su valor reside en su contenido —que tiene que ser descubierto para su disfrute— y no en su expresión física concreta, totalmente prescindible, era particular de la obra escrita y la diferenciaba respecto de otras mercancías. Se puede apreciar que el comercio de obras artísticas ya presentaba ciertos problemas mucho antes de la informática y la digitalización.

A pesar de todo ello, y no obstante algunas dificultades y especificidades, el modelo comercial del siglo XIX se adaptó a la imprenta y al negocio editorial porque, en última instancia, el producto (libro) consistía en un bien físico (con características de rivalidad y escasez, en terminología económica), que podía circular por tanto como cualquier otra mercancía. De hecho, resultaba indiferente si el contenido de ese objeto físico era una novela, una poesía o una composición musical, tres obras culturalmente muy diferentes y con distinta representación en el imaginario colectivo social. Para el creciente mercado editorial, lo relevante era la existencia de un objeto cuyo valor comercial final fuera superior a los gastos derivados de su producción.

En las páginas siguientes se tratará de mostrar cómo y por qué el funcionamiento mercantil de las obras culturales —ya con ciertos problemas durante el siglo XIX y principios del XX— ha sufrido un duro revés en las últimas décadas. Si para ver algunas

de las debilidades y problemáticas del incipiente modelo comercial de los libros había que remontarse hasta la imprenta o a los siglos XVIII y XIX, como en el capítulo anterior, para entender los problemas de los últimos 25 años resulta de utilidad analizar el surgimiento y expansión de dos tecnologías íntimamente ligadas entre sí y que han modificado acaso para siempre la (re)producción y la difusión de los bienes culturales: la informática e internet.

La tecnología que subyace a lo que hoy en día denominamos *ordenadores* ha sido fruto del trabajo de muy diversas mentes a lo largo de la historia de la humanidad, y de muy distintas disciplinas: la lógica, la ingeniería, la matemática y la filosofía han contribuido de forma determinante a establecer las condiciones para la aparición de la conocida como *máquina universal de Turing*, un antecedente directo —aunque teórico— de la computación moderna. No obstante, como se verá, el salto definitivo de este largo camino (que es posible vincular a la lógica aristotélica, al cálculo arábigo, y a muchos otros avances parciales), tuvo lugar durante y después de la II Guerra Mundial. La propia guerra y el posterior frenesí armamentístico permitieron destinar enormes cantidades de dinero público para la invención y desarrollo de tecnologías con potencial uso militar. Como en el caso de internet, quienes desarrollaron las primeras máquinas computadoras poco podían imaginar que las soluciones a sus problemas — de muy diversa índole, pero en muchos casos relativas al cálculo— iban a desembocar en una tecnología capaz de *almacenar* virtualmente (en contraposición a la existencia de algo tangible) toda obra o expresión del conocimiento humano. Una tecnología, además, capaz de *reproducir* en centésimas o milésimas de segundo cada una de esas expresiones almacenadas.

En este sentido, la informática ha marcado un antes y un después respecto a cómo nos relacionamos con nuestro acervo cultural, pues permite almacenar información en una suerte de cifrado sólo comprensible para una máquina, pero descifrado para que pueda ser interpretado por un ser humano. Esta capacidad de almacenaje y reproducción se ha visto globalmente potenciada por la aparición de internet, una tecnología con la que se puede *difundir* esa información a lo largo y ancho de todo el mundo, e incluso a cierta distancia por el espacio exterior. Estas dos revoluciones tecnológicas dificultan mucho que la mayoría de las obras artísticas e intelectuales puedan seguir funcionando pacíficamente como mercancías físicas y tangibles. Por ello, la propiedad privada como institución jurídica y mercantil fracasa estrepitosamente a la hora de actuar como marco de funcionamiento de este tipo de bienes.

A la luz de lo anterior, el presente capítulo tratará también de dar cuenta del proceso de apropiación y privatización de la tecnología informática e internet, en un contexto (a raíz de los años 90 y el fin de la URSS) más generalizado de privatización de la actividad

innovadora como nunca antes había sucedido. En el caso de internet, la privatización ha afectado tanto a la propia estructura física (cableado) como al contenido *digital* en el que se reproducen muchas de las prácticas mercantiles tradicionales (consumo masivo, generación artificial de necesidades, obtención de lucro como objetivo principal, etc.) no sin movimientos alternativos que proponen modelos de funcionamiento diferentes. Es decir, lo que se quiere poner de relieve es que, a pesar de las dificultades que *lo digital* e internet han puesto de manifiesto respecto a la mercantilización de las obras culturales, el capitalismo ha sabido ocupar espacios y generar convicciones en el imaginario colectivo.

Acudimos, así, a una tendencia a aceptar como normal que un bien cultural digital sea regulado como una camiseta o un bolígrafo, y, por tanto, que el primero sea concebido como propiedad privada en las mismas condiciones que el segundo. Por ello, no resulta extraño que la propiedad intelectual —que no es sino propiedad privada limitada sobre bienes culturales— sea defendida por los productores e inversores de esos bienes, por el aparato jurídico-estatal, e incluso por determinados autores y creadores.

La segunda parte del presente capítulo tomará como punto de partida esta nueva realidad tecnológica y social para analizar algunas de las consecuencias sobre la creación y difusión de bienes culturales y, también, la respuesta legal a estas nuevas situaciones. La computación es una tecnología que, en última instancia —y mediante determinadas partes físicas (hardware) e intangibles (software)—, reduce toda su capacidad al sistema binario, a ceros y unos interpretados por piezas ensambladas y conectadas a la corriente eléctrica. Este logro, fruto de siglos de desarrollo de la lógica, la matemática, la física y la ingeniería, implica que lo digital es reductible a impulsos eléctricos organizados por máquinas físicas traducidos a un lenguaje con una sintaxis lógica comprensible para el ser humano.

Todo ello tiene importantes consecuencias, y supone un cambio sustancial en la comercialización de estos bienes culturales digitales que, antes de la informática e internet, respondían —no de forma pacífica, como se ha visto— a las características de otros objetos físicos. Ello había permitido aplicar una normativa como las leyes de propiedad intelectual que tratara como bienes apropiables (propiedades objeto de comercio) bienes inmateriales, obras artísticas e intelectuales. Era precisamente la plasmación física (en un libro, en una partitura, etc.) de algo inmaterial (una obra) lo que permitía su comercialización *como si fuera un objeto físico*. Porque éste sí respondía a las lógicas de escasez y rivalidad presentes en los bienes con los que se comercia.

En las páginas que siguen, pues, se pretende mostrar cómo la digitalización e internet (al permitir almacenar, reproducir y transmitir los bienes inmateriales de forma masiva e ilimitada a costes cercanos o tendentes a cero) han puesto al descubierto las

incongruencias y dificultades de la apropiación privada de dichos bienes. La extensión de esta figura jurídica sobre bienes no tangibles, ilimitados y no rivales (o incluso *anti-rivales*), se ve necesitada de una ficción capaz de generar una escasez artificial, así como de un uso no residual de la coerción estatal.

2.1. Computación e internet: la transformación de la gestión de la información

2.1.1. La génesis de la revolución informática y del sistema de almacenamiento digital

En el imaginario colectivo, la historia de la computación suele situarse en un momento cronológico previo al desarrollo de internet. Ello es así, en parte, porque mientras que internet es un invento cuyo desarrollo puede delimitarse a ciertas décadas del siglo XX, lo que subyace a la informática es un desarrollo de siglos en campos tan distintos como la lógica, la ingeniería, la matemática o la filosofía. En realidad, sin embargo, la informática actual —el ordenador personal (*personal computer*, PC) tal y como lo conocemos— fue desarrollado más o menos a la vez que se llevaba a cabo la investigación sobre lo que posteriormente sería internet. En este sentido, y esto es importante para lo que se trata de explicar en este capítulo, *lo digital* —la tecnología que permite almacenar y reproducir información en forma de *bits* (de unos y ceros interpretados por una máquina)— e internet —la tecnología que permite transmitir esa información de un ordenador a otro mediante un sistema de redes—, nacieron relativamente juntos. Y, en el núcleo de ese desarrollo, estaba precisamente la posibilidad de almacenar, reproducir y transmitir (o compartir) esa información en forma de impulsos eléctricos.

La computación como idea tiene su origen en algo tan antiguo como “contar”, acción que han realizado todas las sociedades humanas, fuera con los dedos (de ahí el término dígitos, *digital*)⁶ o con objetos como piedras, palos, trazos o, más elaboradamente, ábacos. En este sentido, el origen de la idea de computación fue la «mecanización del cálculo»⁷, el afán por acelerar y automatizar los cálculos. Pero la informática no hubiera sido posible sin un profundo desarrollo de la lógica, una de las ramas más peculiares de la matemática. George Boole⁸ trató de expresar la lógica mediante álgebra, algo que marcaría los fundamentos de la aritmética computacional.

La importancia de la lógica para la informática reside en que los lenguajes de programación funcionan en gran parte de forma algorítmica, dando instrucciones a la

⁶ P. Ceruzzi, *Computing. A Concise History*, MIT Press, 2012, p. 2.

⁷ M. Davis, *La computadora universal. De Leibniz a Turing*, Debate, Madrid, 2002, p. 21.

⁸ George Boole (1815-1864) fue un matemático y lógico británico, creador de la llamada Álgebra de Boole, cuyos avances en esta materia sentaron las bases para que fuera posible operar simbólicamente y realizar operaciones lógicas, lo cual resulta fundamental en el mecanismo de funcionamiento de un ordenador.

máquina en función de los resultados que se van obteniendo. Han sido muchos los formalistas que han tratado de explicar toda la matemática a partir de la lógica, con un nuevo lenguaje formal. Es decir, que han tratado de formalizar la matemática en un sistema de lógica simbólica⁹. Y a pesar de que fueron muchas las mentes cuyas aportaciones fueron construyendo las bases de lo que terminaría siendo la computación —desde la lógica aristotélica hasta Turing, pasando por Gottfried Leibniz, Friedrich Frege, Georg Cantor, Bertrand Russell o David Hilbert, entre muchos otros—, suele atribuirse a Alan Turing el avance definitivo en la configuración de la informática moderna.

Turing fue un matemático británico que se planteó cómo sustituir a un ser humano por una máquina cuando aquél se encontrara cumpliendo una serie de órdenes de cálculo. Turing entendió que un algoritmo —una serie de instrucciones precisas que pueden seguirse de forma mecánica— podía ser ejecutado por una máquina¹⁰. Esta máquina, conocida como Máquina Universal de Turing (aunque nunca fue construida como tal, sino que existía sólo en un plano teórico abstracto), podría en teoría realizar cualquier acción u operación siempre y cuando se le dieran las instrucciones adecuadas. Este modelo obtendría dichas órdenes de una cinta infinita que entraba por un lateral de la máquina, daba las instrucciones, y salía por otro lateral con el resultado obtenido. Así, por ejemplo, la máquina podía realizar operaciones matemáticas siguiendo un razonamiento algorítmico, ofreciendo resultados exactos y ahorrando la tarea a una persona, que habría utilizado un método similar para realizar el cálculo¹¹.

Como se ha dicho, la máquina de Turing era un experimento teórico que, como tal, no llegó a construirse nunca. Lo relevante de esta máquina como abstracción matemática era que «sobre la base del análisis de Turing del concepto de computación, se puede concluir que una máquina de Turing puede hacer cualquier cosa que se puede realizar mediante un procedimiento algorítmico»¹².

Las ideas de Turing sobre la máquina universal se vieron puestas a prueba durante la segunda guerra mundial. Partiendo de su teorización sobre la computación, Turing trabajó en secreto junto a un equipo en Londres —con abundancia de ingenieros— para construir una máquina que pudiera *desencriptar* (descifrar) Enigma, otra máquina usada por el ejército alemán para encriptar sus mensajes. Las necesidades de la guerra

⁹ Davis, *ibid.*, p. 115.

¹⁰ *Ibid.*, pp. 174-175.

¹¹ Esta es una explicación muy resumida de las nociones básicas de este invento. Para más información sobre el funcionamiento exacto del modelo teórico de la máquina de Turing y el desarrollo de la informática en general, puede consultarse Davis, *La Computadora universal* (páginas 176 y siguientes); P. Ceruzzi, *Computing. A concise history*, MIT Press, 2012; Ceruzzi, *A History of Modern Computing*, MIT Press, 2003; G. Dyson, *La catedral de Turing*, Debate, 2015.

¹² Davis, *ibid.*, p. 179.

permitieron que Turing y su equipo gozaran de la libertad y los recursos suficientes para impulsar sus investigaciones y acercarse a la materialización de las ideas del matemático británico. Sus esfuerzos terminaron por dar resultado, y consiguieron un éxito notable al descifrar los mensajes de Enigma —de lo cual, al parecer, el ejército alemán no se percató—, contribuyendo notablemente a la derrota alemana.

La Segunda Guerra Mundial marcó pues de forma determinante la evolución de la computación. Tras la guerra, las máquinas que se construyeron tenían como objetivo no sólo descifrar mensajes o realizar cálculos complejos, sino poder realizar «cualquier proceso simbólico, siempre que los pasos de dicho proceso estuvieran especificados con precisión»¹³. En la máquina de Turing, el aparato obtenía sus instrucciones de una cinta infinita (pues se trataba de una abstracción teórica), pero en el mundo físico algunos procesos podían exigir más memoria de la disponible o resultar demasiado lentos. Por ello, era fundamental que estas máquinas dispusieran de la mayor cantidad de memoria posible, que pudiera contener tanto los *datos* como las *instrucciones*¹⁴.

Hacia 1940, dos de los sistemas de memoria de las primeras computadoras eran la línea de retardo de mercurio y el tubo de rayos catódicos, siendo éstos los que acabarían imponiéndose en 1950. El sistema de almacenamiento de los incipientes ordenadores es relevante porque implicaba que los programas que ejecutaba la computadora — como los datos que almacenaba; la frontera es muy difusa porque los programas son en definitiva *datos*— estaban contenidos en la propia máquina, y no eran ya sólo introducidos externamente, como en las típicas tarjetas perforadas¹⁵. Sin duda, más que el tipo de almacenamiento, lo revolucionario de estas máquinas era su lógica de funcionamiento. Una arquitectura pensada para poder realizar cualquier operación siguiendo una lógica algorítmica *interpretable* en lenguaje humano era un auténtico avance. Esa lógica está tan integrada en nuestro día a día que resulta complicado abstraerse y apreciar lo revolucionario del planteamiento.

Pero, reconociendo esto, lo que resulta de interés para este trabajo es precisamente el almacenamiento y tratamiento de los datos que realizaban estas máquinas, porque, sin saberlo, los ingenieros que trabajaron para dar solución a estos problemas estaban creando un sistema capaz no sólo de almacenar datos de una forma inexistente hasta el momento —es decir, sólo accesibles mediante una máquina, interpretados por ella—, sino que estaban sentando las bases de un tipo de gestión de esos datos que iba a

¹³ *Ibid.*, p. 216.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*, p. 218.

permitir reproducirlos de forma ilimitada y casi inmediata. Estaban creando las bases de nuestro mundo digital.

José Antonio Estévez realiza una explicación sencilla y útil de la categoría de lo digital, empezando por la noción de “bit” como la unidad mínima de información que maneja una computadora, que da una idea de su dimensión: «Un bit corresponde a la cantidad de información recibida por alguien al saber que, de dos sucesos con iguales posibilidades de acaecer, ha sucedido uno de ellos». [...] «Se utiliza el sistema binario (0, 1, 10, 11, 100...) para codificar la información, pues el 0 y el 1 se corresponden de manera intuitiva con la ocurrencia o no ocurrencia de un fenómeno. A partir de ahí, puede definirse el concepto de “byte”: en el sistema binario un número de 8 cifras puede tener 256 combinaciones diferentes, es decir, que entre 00000000 y 11111111 hay 254 combinaciones de cifras, siendo un byte la información correspondiente a conocer el dato de que se ha dado uno de esos 256 sucesos igualmente posibles. A partir de esos elementos es posible entender el proceso de digitalización de una imagen en blanco y negro. Esta operación tendría las siguientes fases: creación de una escala de 254 grises entre el 00000000 (blanco) y el 11111111 (negro); división de la fotografía en puntos por medio de una cuadrícula (a mayor número de puntos, mayor definición) y asignación a cada punto de una de las 256 posibilidades (blanco, un gris de la escala, negro). [...] Podemos imaginar lo que sería trasladar esa información a una libreta de papel: tendríamos que apuntar las coordenadas de cada punto (1,1; 25,45; 65,76, etc.) y, al lado, el número correspondiente al color. Es fácil imaginar la cantidad de papel y tiempo necesarios para apuntar todo eso, procesar toda la información y reconstruir la fotografía “manualmente”. [...] Y un abrir y cerrar de ojos es un tiempo inconmensurablemente mayor al que necesita hoy un ordenador corriente para procesar esa “cantidad” de información»¹⁶.

En 1945 se fabricó, bajo la supervisión de John Von Neumann¹⁷, el EDVAC (Electronic Discrete Variable Automatic Computer), una máquina fabricada como ejemplo físico de la máquina de Turing. El equivalente práctico a la infinita cinta de instrucciones de Alan Turing era la capacidad de almacenamiento, denominada por Von Neumann *memoria*, que contenía datos e instrucciones codificadas¹⁸. A diferencia de su antecedente ENIAC (Electronic Numerical Integrator and Computer), que fue la primera computadora de “propósito general”, el EDVAC utilizaba notación binaria (ceros y unos, como casi todos los ordenadores de hoy), operando con circuitos electrónicos que permitían por tanto sólo dos estados¹⁹.

¹⁶ JA. Estévez Araújo, *El revés del derecho. Transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, p. 16. *Vid.*, también, J. Moreno, «Do Analógico ao Digital. Como a digitalização afecta a produção, distribuição e consumo de informação, conhecimento e cultura na Sociedade em Rede», *Observatorio Journal*, 7(4), 2013, 113-129.

¹⁷ John Von Neumann (1903-1957) fue un matemático austrohúngaro (nacionalizado estadounidense) considerado uno de los padres de la informática moderna. Su modelo de arquitectura básica de una computadora es, a día de hoy, el principal utilizado en la construcción de ordenadores. También contribuyó activamente al desarrollo de armamento nuclear por parte de Estados Unidos, y llegó a ser nombrado comisario de la Comisión de Energía Atómica de este país (AEC, por sus siglas en inglés).

¹⁸ Davis, *cit.*, p. 213.

¹⁹ Ceruzzi, *Computing...*, p. 10.

Las necesidades de una gran memoria —tanto de almacenamiento como de trabajo— por parte de estas computadoras, junto al posterior desarrollo de la informática pensada para usuarios, han venido a determinar una nueva forma de gestión de la información. A diferencia de un libro, un cuadro o una fotografía —objetos físicos con características diferentes—, la versión digital de éstos no es tangible, sino que es una interpretación hecha por una máquina del original analógico. Esos tres objetos, una vez digitalizados, son técnicamente lo mismo (una larga notación de ceros y unos): sólo tienen sentido para la máquina o, interpretados debidamente por diferentes lenguajes de programación, para el ser humano. Y, a diferencia de los objetos físicos, los digitales pueden reproducirse sin apenas costes ni límites. La versión digital de un bien cultural, por tanto, no es sino una representación (una copia) lo más fiel posible del original analógico, reproducible ilimitadamente.

No todos los bienes culturales “analógicos” son interpretables directamente por el ser humano. El disco de vinilo, por ejemplo, es un medio analógico (no digital) que reproduce sonido mediante la interpretación por una máquina de los surcos existentes en el propio material (vinilo). Pero no es digital, no requiere la intermediación de una máquina computadora, no está representado en ceros y unos, ni es almacenable en memorias virtuales salvo previa *digitalización*. Puede apreciarse la importancia de “lo digital” en ámbitos como éste o como el cine, en el que apenas se produce ya en formato analógico (celuloide).

El proceso que ha hecho posible este desarrollo tecnológico tiene su origen, como se ha visto, en diversas disciplinas y momentos históricos. Sin embargo, la Segunda Guerra Mundial y —nótese bien— la financiación pública (principalmente de Reino Unido y Estados Unidos) jugaron un papel determinante en el avance definitivo de la informática. Pero la historia de la informática moderna —a diferencia de su invención e incipiente desarrollo— no pertenece a la esfera de lo público, sino a diversas empresas privadas que desde muy temprano pugnaron por patentar y privatizar lo que terminaría siendo el salto tecnológico definitivo del siglo XX. De manera similar, internet surgió como respuesta público-militar a preocupaciones respecto de las comunicaciones estadounidenses. Su posterior privatización —con aspectos y fenómenos novedosos y relevantes, como la mercantilización de información privada de los usuarios— sienta las bases de un campo en el que se producen gran parte de los conflictos actuales en torno a la propiedad intelectual.

2.1.2. Análisis histórico de internet: difusión global

Si el origen de la informática moderna —la computación del siglo XX— dio un salto definitivo con la Segunda Guerra Mundial, internet debe su origen, en gran parte, a la obsesión estadounidense con el peligro de un ataque nuclear soviético durante la

Guerra Fría. Pocas dudas caben de que un ataque de tales características hubiera sido devastador para el planeta, sobre todo porque ambas potencias contaban con material nuclear suficiente para destruir varias veces la Tierra. Lo que EEUU temía, sin embargo, era un ataque rápido, por sorpresa, que inutilizara sus comunicaciones. Fundamentalmente porque si éstas se veían interrumpidas, podía resultar imposible para el estamento militar responder al ataque —nuclear o no— debidamente.

El temor constante a un ataque soviético queda bien reflejado en la película *Dr. Strangelove* (1963), de Stanley Kubrick. En ella, un general estadounidense se encierra en una base de las Fuerzas Aéreas y ordena un ataque nuclear sobre la URSS. Al cortar toda comunicación con el exterior y ordenar a los aviones que sólo se comuniquen mediante una frecuencia determinada (con la que puede contactar solamente el general que ha ordenado el ataque), no hay manera, en principio, de frenar la acción nuclear. Cuando el presidente de EEUU y los altos mandos militares se enteran, uno de los generales explica que, aunque en principio sólo el presidente puede dar tal orden, existe un protocolo mediante el cual, en caso de que se *rompa* la cadena de mando (por haber muerto todos los superiores jerárquicos, por ejemplo), es factible que un mando inferior ordene un ataque nuclear. El filme pone de relieve la obsesión no sólo por el peligro nuclear, sino por lo precario de las comunicaciones en el ejército.

En el fondo, pues, existía una preocupación importante en el ámbito militar estadounidense respecto a sus comunicaciones, ya que éstas estaban excesivamente expuestas a un ataque rápido, que podía fácilmente dejar incomunicadas las dos costas de EEUU²⁰. Por ello, desde el Departamento de Defensa estadounidense se financió e impulsó una investigación cuyo objetivo debía ser reforzar el sistema de comunicaciones²¹. El encargado de esta investigación fue el ingeniero Paul Baran, que trabajaba en el Departamento de Ciencia Informática de *Rand Corporation*. Rand es un *think tank* estadounidense, teóricamente sin ánimo de lucro, que realizaba investigaciones con marcado carácter militar para las fuerzas armadas de EEUU²².

²⁰ Para profundizar en la historia de internet, desde su génesis hasta su privatización, es recomendable el magnífico trabajo de J. Abbate, *Inventing de Internet*, MIT Press, 1999. También S. Lukasik, «Why the Arpanet Was Built», *IEEE Annals of the History of Computing*, 2011, 33(3), 4-21; M. Townes, «The Spread of TCP/IP: How the Internet Became the Internet», *Millenium: Journal of International Studies*, 41(1), 2012, 43-64.

²¹ No debe ser pasado por alto el papel que otros países —en especial Reino Unido— jugaron en el desarrollo final de la tecnología que subyace a lo que conocemos como internet. Este país, por ejemplo, trabajó siempre en una línea comercial más que militar, con vocación por tanto de desarrollar una tecnología accesible para el usuario final (consumidor). En el presente trabajo se prioriza el desarrollo estadounidense de internet por haber sido este país pionero y el que más recursos públicos invirtió, además de haber realizado los avances más relevantes, sobre todo con ayuda de instituciones académicas universitarias. *Vid.* J. Shahin, «A European history of the Internet», *Science and Public Policy*, 33(9), 2006, 681-693.

²² En Estados Unidos resulta común la existencia de numerosas empresas de carácter privado que realizan actividades o investigaciones para el estamento militar con contratos multimillonarios con alguna de las agencias públicas militares. Esto conlleva en ocasiones problemas importantes de mezcla entre las esferas pública y privada, porque determinados individuos actúan con prerrogativas —ya de dudosa legalidad— públicas pero su dedicación profesional es privada (no son, por tanto, *funcionarios* o

De forma simple, la teorización de la idea para reforzar el sistema de comunicaciones tenía dos elementos fundamentales: crear una red *redundante*, es decir en la que los mensajes tuvieran muchos “camino” o rutas por los que ser transmitidos, y fraccionar dichos mensajes para que éstos viajaran por caminos diferentes y se recompusieran al final. Y es que el internet actual (salvo la fibra óptica) ha venido funcionando con el sistema de cableado de cobre básico de la telefonía tradicional, lo cual ha permitido reforzar las comunicaciones sin realizar una modificación sustancial de la infraestructura telefónica existente. Una infraestructura financiada en muchos casos por organismos públicos estatales y que, posteriormente, ha pasado a manos privadas.

La teoría del modelo de red redundante implicaba diferencias con el modelo de funcionamiento del teléfono. En éste, el mensaje (transmitido a través del cobre) seguía un trayecto lineal y jerárquico: desde el emisor de la llamada, hasta una centralita y de ahí al receptor o a otra centralita que, eventualmente, conectara con el receptor. Ello implicaba que, si un ataque destruía una parte de esa cadena, el mensaje no podía llegar a su destino. Es más, la destrucción de una centralita podía incomunicar una zona entera. El modelo redundante implicaba multiplicar las conexiones (y los *nodos*, puntos intermedios que reenviaban o redirigían —*routeaban*, en inglés, de ahí el nombre del *router*— los mensajes) para que la destrucción de alguno de ellos no implicara la imposibilidad de que el mensaje llegara a su destino.

Además, los mensajes deberían ser fraccionados —en bloques de 1024 bits— por el emisor (el ordenador que emitía el mensaje) y cada fracción viajaba por una parte diferente de la red, en función del tráfico o lo óptimo de cada ruta en ese momento. Al llegar al receptor (ordenador final) el mensaje era informáticamente recompuesto y traducido (como se ha visto en el epígrafe anterior) a un lenguaje humanamente comprensible. Cada paquete o fracción contenía en sí mismo la información sobre el destino, de manera que al pasar por cada nodo éste podía redirigirlo para asegurarse de que llegara a su destino adecuadamente. De esta forma, la destrucción de una parte de la red no imposibilitaba que el mensaje llegara correctamente, ya que al ser una red redundante existían múltiples caminos por los que transitar.

Todavía a día de hoy, si un ciudadano de Barcelona envía un correo electrónico con un archivo adjunto a un compañero de Madrid, el mensaje (o fracciones de éste) pueden pasar por redes tan lejanas como las de Singapur, Rusia o Argentina antes de llegar al destinatario. El intercambio de paquetes (el mensaje fraccionado), núcleo de lo que terminaría siendo internet, se denominó *packet switching*. Transmitir información

trabajadores estatales). Edward Snowden denunció precisamente este hecho, al afirmar que no sólo el espionaje a ciudadanos estadounidenses era de dudosa legalidad y moralidad, sino que él realizaba dicho trabajo en el seno de una empresa privada (Booz Allen Hamilton Inc.).

digitalizada en una red redundante, robusta y descentralizada era un objetivo en el propio diseño de internet que —sin saberlo sus creadores— ha afectado sobremanera al ámbito de la propiedad intelectual, al permitir compartir una gran cantidad de obras culturales.

Esta teorización fue desarrollada de forma práctica (con modificaciones, aunque sobre la base descrita) por una agencia militar estadounidense, ARPA (Advanced Research Projects Agency²³), financiada por tanto con fondos procedentes del Departamento de Defensa. Este organismo fue fundado en 1958 como respuesta al Sputnik soviético, y jugó un papel fundamental en la génesis de internet. Al ser un ente de tamaño limitado, se asoció con diversos centros universitarios para el desarrollo de un prototipo de red que siguiera los principios de transmisión de mensajes descritos. En lo que terminaría denominándose ARPANET, el precedente más importante del internet que conocemos, jugaron un papel relevante centros como el MIT, la Carnegie Mellon University o la UCLA, Universidad de California en Los Ángeles. También resultó fundamental la aportación de Lawrence Roberts, considerado uno de los padres de internet, y Robert Kahn y Vinton Cerf, creadores del protocolo TCP/IP, todavía usado hoy mundialmente²⁴.

Esta colaboración científico-académica (hombres y mujeres ingenieros, matemáticos, físicos, lógicos) con el ámbito militar estadounidense resulta de vital importancia porque configuró la forma que acabaría tomando internet. El mundo académico vio en ARPANET un campo de posibilidades para compartir y discutir opiniones, artículos académicos o resultados científicos. El personal que trabajaba en ARPA era en su mayoría personal no militar, cuyo interés era más científico que relativo a la defensa nacional²⁵. Tal fue la deriva que tomó esta red que, en 1983, las Fuerzas Armadas de EEUU crearon MILNET, una red a partir de ARPANET pensada para uso exclusivamente militar. La inversión pública no sólo alcanzaba a proyectos militares, sino que bajo el pretexto de que con ello se contribuía a la defensa nacional, se financiaron investigaciones relativas a las redes en las universidades estadounidenses²⁶.

²³ La agencia ha sufrido diversos cambios de nombre, siendo actualmente DARPA (*Defense Advanced Research Projects Agency*). Al ser un cambio meramente nominal, en este trabajo se utilizará, en aras de la simplicidad, el nombre original y más relevante durante el desarrollo de internet, ARPA.

²⁴ La importancia del protocolo TCP/IP radica en que permite a distintos dispositivos comunicarse entre ellos independientemente de sus características; en una época en que Apple e IBM trataban de hacerse con el mercado de los incipientes ordenadores personales, esta capacidad de interconexión resultaba de gran utilidad.

²⁵ Tanto es así que, durante años, el Proyecto de ARPANET tuvo que maquillar sus resultados —defendiendo la aplicabilidad militar de dicha tecnología— ante el Congreso de los Estados Unidos para seguir gozando de financiación, aunque la fuerte intervención del ámbito académico provocaba que las prioridades fueran otras.

²⁶ Abbate, *cit.*, pp. 37 y ss.

2.1.3. De lo público a lo privado: privatización y desregulación de internet

El elemento fundamental que definiría internet como lo conocemos hoy tuvo lugar a partir de los años 90, con la privatización de su infraestructura (*backbone*). Diversas empresas (como IBM, ya por entonces muy relevante en el ámbito informático) tenían mucho interés en las posibilidades de negocio de esta nueva tecnología. A diferencia de la computación, en internet existía una importante infraestructura, de propiedad estatal (principalmente estadounidense, aunque no de forma exclusiva), sin la cual la inversión privada no hubiera resultado rentable. Este traspaso al sector privado implicó la cesión de la propia estructura física de internet, pero se ha ido extendiendo hasta abarcar otros importantes ámbitos como los DNS (*Domain Name System*) o las direcciones IP (*Internet Protocol*)²⁷. Veamos los pasos más importantes.

En los años 80 fue creada la NSFNET (*National Science Foundation's*²⁸ *Network*), un proyecto para interconectar a la comunidad investigadora y académica y permitir el acceso a *supercomputadoras* remotas desde campus universitarios y centros de investigación. Esta red acabaría siendo el reemplazo de la antigua ARPANET, y a su vez fue posteriormente sustituida por redes comerciales. Esta sustitución, como se verá, marcó el punto inicial de la privatización de la red.

NSFNET fue financiada desde sus inicios con recursos públicos (estatales, federales y universitarios), pero también privados, y existía cierto consenso —tanto en el ámbito empresarial como en el político— sobre la idoneidad de ir privatizando NSFNET paulatinamente²⁹. Esta red conectaba universidades, organismos federales y laboratorios de investigación públicos y privados, pero prohibía cualquier uso no educativo o no relativo a la investigación. La introducción de elementos comerciales, por tanto, estaba prohibida. Sin embargo, Vinton Cerf (uno de los “padres” de internet) había desarrollado MCI Mail, un servicio de correo electrónico comercial. En 1988, Cerf convenció al gobierno de que le dejaran conectar su servicio de email a esta red, bajo el pretexto de que con ello se mejoraba la posibilidad de avanzar en materia educativa y de investigación. Poco a poco, las excepciones a la prohibición de uso comercial fueron ampliándose, aunque NSFNET era bastante restrictiva al respecto.

Este bloqueo de lo comercial en la red incentivó que ciertas compañías, ya muy interesadas en las posibilidades económicas de esta nueva tecnología, se movilizaran

²⁷ R. Shah, J. Kesan, «The Privatization of the Internet's Backbone Network», *Journal of Broadcasting & Electronic Media*, 51, 2007, p. 3.

²⁸ La NSF es un organismo gubernamental estadounidense creado en 1950 para «fomentar el progreso de la ciencia; promover la salud nacional, la prosperidad y el bienestar; asegurar la defensa nacional...» (<https://www.nsf.gov/about/>). Sus ámbitos de actuación abarcan diversos campos educativos y de investigación, en estrecha colaboración con laboratorios e universidades.

²⁹ Shah, Kesan, *ibíd.*, pp. 5-6.

para tratar de prestar un servicio de red —similar a lo que realizaba NSFNET— en el que estuviera permitido el contenido de tipo comercial³⁰.

La NSF acabó delegando contractualmente el control y supervisión de la infraestructura de NSFNET al organismo público MERIT (Michigan Educational Research Information Triad), junto a la empresa de telecomunicaciones MCI y a IBM, que a su vez crearon ANS (Advanced Network and Services) como empresa sin ánimo de lucro. Ésta era una suerte de subcontrata que se encargaba de NSFNET. En 1991, ANS creó una empresa subsidiaria con ánimo de lucro para permitir tráfico comercial en la red ANSNET sin violar las condiciones contractuales vigentes en aquel momento. El problema de este entramado era que ANS utilizaba la infraestructura de NSFNET³¹, lo que generó diversas críticas de competencia desleal³². Lo que se estaba dando, en el fondo, era el inicio de la privatización de internet y la entrada en escena de empresas privadas que utilizaban recursos e infraestructuras públicas para beneficio propio. Debido a las críticas, la solución adoptada fue ir disminuyendo los requisitos para el uso comercial en la red NSFNET, lo que implicó una actividad comercial cada vez mayor en esta red.

El siguiente paso sería la privatización de la propia infraestructura física, o *backbone*, pues la gestión ya estaba parcialmente en manos privadas. Como había una diversidad de redes, la intención era interconectarlas a través de los llamados NAPs (Networking Access Points). Según este plan, las redes regionales deberían ir desconectándose de la infraestructura de NSFNET para conectarse a los proveedores comerciales, a su vez interconectados entre ellos a través de los NAPs. La gestión de éstos iba a recaer, en 1994, en manos de diversas empresas privadas como Sprint Corporation, MFS, Ameritech (hoy AT&T) y Pacific Bell (actualmente propiedad de AT&T). En 1995, la migración a redes comerciales se había completado en Estados Unidos, y se iniciaba una nueva etapa de internet en manos comerciales. Hacia 1996, la NSF dejó de supervisar los NAPs, que quedaron también definitivamente en manos privadas.

El cambio fue sustancial. El gobierno estadounidense había pasado de gestionar el *backbone* de internet, sin permitir usos comerciales, a realizar contratos públicos para que empresas privadas se encargaran de esa gestión y, finalmente, a traspasar de forma definitiva toda la infraestructura a empresas comerciales.

³⁰ Hasta la culminación del proceso de privatización, más que internet lo que existía eran distintas “redes” no necesariamente interconectadas entre sí. No había, por tanto, una única red a la que ordenadores personales o centros de investigación pudieran conectarse, sino diversas redes repartidas por el territorio estadounidense. Por ello, cuando fueron paulatinamente interconectándose entre ellas, terminó por denominarse al resultado final ‘inter-net’ o red de redes.

³¹ Shah, Kesan, *ibíd.*, p. 7.

³² Abbate, *cit.*, pp. 196 y ss.

Esta nueva estructura implicaba que existían diversos proveedores en lugar de uno (NSFNET). Las diferentes redes, como se ha dicho, se conectaban a través de las NAPs, lo que tuvo consecuencias de carácter técnico, político y económico³³. El fin de la gestión gubernamental implicó la concentración en pocas manos del negocio, lo que aumentó el peligro de comportamientos oligopólicos por parte de las empresas. La desregulación, por su parte³⁴, implicó una libertad de actuación de estas empresas del ámbito de las telecomunicaciones —en ocasiones, como en el caso de AT&T, verdaderos gigantes económicos— inexistente en otras áreas. A modo de ejemplo, un miembro de la FCC (Federal Communications Commission) reconoció que, mientras era legalmente posible evitar que los proveedores de teléfono dejaran de prestar el servicio totalmente, ello no era posible con internet³⁵.

El paso de internet de manos públicas a manos privadas llevaba implícita la suposición de que la búsqueda de objetivos individuales conllevaría un beneficio generalizado para la propia tecnología. Es decir, la NSF funcionaba pensando en mejorar la red todo lo que fuera posible, independientemente de la rentabilidad económica (no era una red comercial sino estatal, dedicada a la investigación y educación). Una vez estas redes fueron privatizadas, con una sorprendente ausencia de regulación pública, se dio por hecho que la red sería mantenida y renovada adecuadamente por cada actor empresarial, buscando un beneficio particular que redundaría teóricamente en un beneficio generalizado para internet.

Lo que se quiere poner de manifiesto es que la privatización y escasa regulación de internet, iniciada en EEUU y rápidamente extendida al resto del mundo, fue una decisión política fuertemente defendida por determinadas empresas. La corriente neoliberal de los años 80 y 90 influyó de forma decisiva en la configuración de una herramienta que, pocos años antes, era concebida como un instrumento para el ámbito académico y de investigación con expresa prohibición de contenido comercial. No se quiere plantear aquí la necesidad de un internet con férreo control y censura gubernamental, sino poner de manifiesto que la decisión de privatizar y desregular internet ha traído consigo una profunda mercantilización del contenido de esas redes, del ámbito de lo virtual.

Internet es hoy un espacio de *hiperconsumismo*, publicidad de masas y uso comercial de datos personales, como se verá a continuación. Es un reflejo de la sociedad

³³ Shah, Kesan, *ibíd.*, pp. 12 y ss.

³⁴ Estados Unidos no reguló internet bajo la misma categoría que, por ejemplo, el teléfono o el correo postal. Ello implica que no está sometido a los requisitos específicos de otros medios de comunicación.

³⁵ La FCC es una agencia federal estadounidense encargada de la regulación de las telecomunicaciones. Entre sus funciones está la creación de normas de obligado cumplimiento para las empresas de ese ámbito. *Vid.* Shah, Kesan, *ibíd.*, p. 17.

capitalista, en la que la empresa privada se ha convertido en el actor y regulador principal. Pero, a su vez, se dan en internet movimientos contrahegemónicos o alternativos que rechazan la publicidad de masas como elemento vertebrador del lucro en las redes, que tratan de proteger a los usuarios del uso comercial masivo que se hace de ellos, o que utilizan las posibilidades técnicas de internet para compartir contenidos de tipo cultural o artístico incluso en detrimento de las normas de propiedad intelectual. Ese “uso alternativo de internet” muestra que es posible, aunque sea parcialmente, evitar participar en las dinámicas profundamente mercantilizadoras de la Red (un espacio en el que, en definitiva, lo que se da es un reflejo de la correlación de fuerzas del mundo “analógico” o físico).

2.2. Reproducción de la dinámica mercantilista en el entorno digital

Se ha visto hasta ahora que la informática e internet son dos tecnologías que han modificado de forma sustancial el panorama del almacenamiento y transmisión de datos e información —y, por tanto, en definitiva, de bienes culturales (objeto final de este trabajo)—, y que internet es un medio fundamentalmente privatizado. Es precisamente en esta suerte de “mundo digital” en el que se llevan a cabo ciertas formas de compartir esos bienes culturales que están generando mucho conflicto. Es lo que ha venido a denominarse *piratería*. Pero ese entorno digital, contexto tecnológico de lo que aquí se analiza, no es en absoluto neutral.

Frente a la comprensión de los bienes culturales como elementos susceptibles de ser apropiados mediante una institución como la propiedad privada, han surgido alternativas y movimientos más o menos flexibilizadores de la rigidez de la propiedad intelectual, en los que el papel de internet (que posibilita una gran difusión de estos bienes) ha tenido cierta relevancia. No obstante, internet y la informática no son ni pueden ser considerados elementos necesariamente liberadores, democratizadores u oportunidades milagrosas para la participación política y la emancipación del ser humano. Tampoco parece acertado entender que el mundo digital está absolutamente dominado por entes político-económicos que no dejan espacio ni opciones para la existencia de propuestas alternativas, pues ambas posturas serían exageradamente simplificadoras de la realidad. El mundo digital es, en este sentido, un espacio en el que se producen conflictos de transcendencia política, jurídica y social.

La informática e internet han modificado considerablemente ciertos aspectos de la sociedad humana actual. Uno de ellos, las posibilidades en cuanto a la reproducción y transmisión de bienes culturales, es lo que altera la aplicabilidad de la noción de propiedad intelectual. Pero, en general, la adaptación del sistema económico hegemónico a la realidad virtual ha sido notable y efectiva, siendo capaz de reproducir

las dinámicas de funcionamiento de los mercados capitalistas en ese espacio de lo intangible, tanto mediante mecanismos tradicionales (compra-venta y consumo de bienes y servicios, publicidad) como mediante nuevas formas de explotar las posibilidades que estas tecnologías ofrecen (mercantilización masiva de datos y conductas humanas).

2.2.1. Nueva sociedad, viejas lógicas

El mundo que nos rodea ha sufrido en las últimas décadas cambios considerables, de manera especial en relación con ciertas tecnologías. La informática e internet se han integrado en nuestra vida cotidiana de tal forma que, en algunos aspectos, difícilmente puede equipararse la sociedad actual a la de hace medio siglo. Los procesos de globalización e internacionalización han recibido, por sus rasgos distintivos, distintos nombres: sociedad postindustrial, postcapitalismo, economía basada en la información, era de la información, sociedades de control, capitalismo cognitivo, etc.³⁶

Ciertos discursos han presentado esta nueva sociedad como algo totalmente distinto a lo vivido hasta el momento, una era de posibilidades respecto a la libertad, la información y el conocimiento. Un proceso de globalización que habría tendido a difuminar las fronteras entre países —ciertamente, no para las personas con menos recursos— y a disminuir las distancias, así como a generar una nueva realidad productiva, más basada en el *conocimiento* que en la fuerza de trabajo tradicional. El conocimiento y la información vendrían así a sustituir al trabajo físico y la tierra como partes del conflicto trabajo-capital³⁷. Sin embargo, esta globalización ha implicado, entre otras cosas, un incremento de las desigualdades, una oleada masiva de privatizaciones en Occidente y una pérdida sustancial de soberanía de los Estados en favor de instituciones no democráticas como la Unión Europea, el Fondo Monetario Internacional o el Banco Mundial³⁸.

Es indudable que la nueva realidad tecnológica y social tiene unos rasgos característicos inexistentes en épocas pasadas. No es objeto del presente trabajo adentrarse en profundidad en los cambios que las nuevas tecnologías han provocado en la organización social, política o económica del mundo. Lo que se quiere argumentar es que estos cambios no han provocado una verdadera transformación del modelo

³⁶ M. Zukerfeld, «Capitalismo cognitivo, trabajo informacional y un poco de música», *Nómadas*, 28, 2008, 52-65.

³⁷ Este proceso discursivo está bien detallado en R. Neubauer, «Neoliberalism in the Information Age, or Vice versa? Global Citizenship, Technology, and Hegemonic Ideology», *tripleC*, 9(2), 2011, 195-230.

³⁸ Sobre esta pérdida de soberanía y la noción de «soberano supraestatal difuso», vid. J.R. Capella, *Entrada en la barbarie* (pp. 167 y ss.) y *Fruta prohibida* (pp. 304 y ss.), ambas publicadas en Trotta, en 2007 y 2008 respectivamente.

económico o de los principios ideológicos que le subyacen. Lo que se ha producido es un profundo impulso por parte del sector privado hacia una nueva realidad tecnológica (y, en algunos aspectos, social). Y, a su vez, una rápida adaptación del capital a los nuevos elementos tecnológicos, lo que permite entender la importancia de multinacionales como Google, Facebook o Yahoo.

Es decir que, si bien los medios o las formas han mutado, el funcionamiento tradicional de las empresas privadas ha logrado mantenerse y trasladarse, en lo fundamental, al ámbito de lo digital; la privatización no ha sido sólo de la infraestructura o *backbone* de internet, sino del propio contenido de esta nueva tecnología. Los discursos que proponen internet como medio neutral de posibilidades no suponen sino un enmascaramiento de la realidad que impregna el entorno digital.

Ese es el mundo descrito a menudo hoy, un mundo —el de lo digital y lo electrónico— basado en una economía sustentada en el conocimiento. Este discurso rechaza por tanto los conflictos de clase y sus ideologías, así como el problema de la *escasez de recursos*, nuclear en esos conflictos³⁹. Es el argumentario de los *gurús* informáticos de Silicon Valley, el de la información y lo intangible como motor económico casi exclusivo del futuro —aun cuando los principales conflictos armados de Occidente vienen dados por la escasez de petróleo—. Una era en la que se describe al individuo como un sujeto empoderado y libre por las capacidades y posibilidades que le confiere la tecnología, cuando no es sino objeto comercial de éstas (el sujeto, su vida, sus gustos, sus preferencias y relaciones). Esa visión del mundo actual resulta hegemónica, en el sentido de que impregna prácticamente todos los ámbitos de la vida cotidiana y cuenta con un elevado grado de aceptación y consenso. No existe espacio en el imaginario colectivo para pensar una alternativa precisamente porque el discurso dominante es visto como el único posible, como un elemento de «sentido común».

La importancia del capital, el objetivo de lucro como elemento vertebrador o la explotación del trabajo —acaso inmaterial— son elementos plenamente vigentes en internet, y de hecho conforman la propia estructura del mismo. Por ello, cuando se habla de propiedad intelectual en internet (piratería, mecanismos para compartir, redes p2p, plataformas de pago, libros electrónicos, etc.), tanto sus defensores como sus detractores deben tener en cuenta el medio que sustenta todas estas realidades. De la misma forma que los conflictos en torno a la propiedad intelectual en el siglo XIX están relacionados con el auge del capitalismo liberal y la adaptación de la imprenta a sus lógicas de funcionamiento, los conflictos actuales no se pueden explicar sin dar cuenta de la profunda mercantilización del ámbito de lo digital.

Tal vez incluso más que en relación a la imprenta, porque internet y la informática permiten poner en jaque toda la lógica que fundamenta la propiedad intelectual. Más

³⁹ Neubauer, *cit.*, p. 195.

aún cuando, frente —o junto— al modo de funcionamiento tradicional, en el ámbito de lo digital abundan comportamientos basados más en el hecho de *compartir* desinteresadamente que en los tradicionales mecanismos lucrativos de los mercados. Esta tendencia colaborativa, sin embargo, no opera totalmente fuera de las lógicas comerciales; grandes empresas compran o participan en el desarrollo de software libre, aprovechando precisamente ese trabajo desinteresado en beneficio propio. También el propio medio físico que permite internet (electricidad, cableado, proveedores de servicio, trabajadores técnicos...), que pertenece al ámbito de *lo tangible*, opera en base al funcionamiento tradicional mercantil⁴⁰.

El problema es que la realidad tecnológica ofrece posibilidades técnicas para ignorar u obviar la *apropiación* (en el sentido de someter a propiedad privada) los bienes *digitales* (almacenables en ordenadores y, por tanto, con capacidad para circular por internet). Ello convierte la normativa de propiedad intelectual en un elemento altamente inefectivo (una barrera, en realidad) para regular tales bienes. De este choque entre la realidad tecnológica y el uso social (compartir, sin lucro, esos bienes) y la pretensión normativa (que, al regularlos como propiedad, propone que puedan ser obtenidos sólo mediante su compraventa) surgen consecuencias políticas y jurídicas transcendentales. Precisamente en los capítulos 3 y 4 del presente trabajo se tratará de demostrar que esta normativa tiene un objetivo puramente comercial y no de protección hacia los artistas o su producción.

2.2.2. Mercantilización de la información de los usuarios y publicidad de masas en el entorno digital: dos casos concretos

El papel de la publicidad de masas en internet es una muestra de la importancia del entorno mercantil en este medio. Se puede afirmar, en este sentido, que internet no sería lo que es hoy sin la existencia de este tipo de publicidad, cuyo objetivo final es incentivar el consumo de bienes y servicios. Dejando de lado el invento en sí —cuyos orígenes ya se han explicado—, lo que hoy conocemos y utilizamos diariamente para buscar información, enviar correos o contactar con amigos se sustenta en una mezcla de publicidad tradicional y utilización de la información sobre los usuarios, un aspecto como se verá novedoso respecto de la publicidad tradicional. Si en ésta el espectador era el objetivo al que trasladar un mensaje (vía TV, radio, carteles, eslóganes en productos, periódicos, etc.), en internet se da, además de esto, la posibilidad de conocer en profundidad los hábitos y comportamientos de las personas en su vida cotidiana.

Como internet es un medio de comunicación más interactivo, no sólo se puede ofrecer un mensaje al espectador, sino conocer su entorno —qué páginas web visita, dónde vive, qué comida pide a domicilio, el contenido de sus correos electrónicos, quiénes son

⁴⁰ S. Kolođlugil, «Digitizing Karl Marx: The New Political Economy of General Intellect and Immaterial Labor», *Rethinking Marxism*, 27, 2015, 123-127.

sus amigos, conocidos y familiares, dónde estudia o trabaja, qué búsquedas realiza por internet, qué trayectos realiza (vía GPS), si está o no interesado en determinados productos, y un largo etcétera— para ofrecer una publicidad personalizada relativa a los hábitos y preferencias de consumo de esos sujetos. Es tal la importancia del usuario, en estas condiciones, que éste se convierte en el objeto fundamental para la empresa que utiliza esos datos sobre sus hábitos, comportamientos y preferencias para someterle a ofertas de publicidad. Estos datos (inseparables del sujeto físico, de la persona) tienen un valor multimillonario —aunque difícil de valorar—, porque las empresas pagan por hacer llegar propaganda sobre sus productos y servicios a estos usuarios. Esta es una de las bases fundamentales de negocio de las empresas más importantes en internet (como es el caso de Google).

Una forma de explicar esta nueva forma de generar ingresos a partir de la publicidad y la información de los usuarios es analizando cómo acumulan capital determinadas empresas. A esta pregunta han tratado de dar respuesta algunos autores relevantes en este tema como Christian Fuchs. Como se ha dicho, la publicidad funciona, de un lado, de forma tradicional. El usuario-espectador que consulta una web, busca información, chatea o mira un vídeo puede verse sometido a anuncios como si estuviera viendo la televisión o escuchando la radio. Estos anuncios tienden a ser genéricos, es decir iguales para todas las personas que accedan desde una misma zona geográfica.

Pero en internet el usuario no es un mero espectador, sino que produce y comparte su propio contenido (lo que se ha denominado, en inglés, *user-generated content*). La forma en que estas dinámicas de funcionamiento en la red han sido colonizadas por la publicidad permite entender de dónde proviene esa rapidísima acumulación de capital de determinadas empresas. Así, por ejemplo, la empresa Google utiliza a los usuarios de internet (*prosumers*⁴¹) de dos formas: por un lado, indexa todo el contenido de la web —tanto de la página web de, por ejemplo, Apple, como cualquier blog o vídeo introducido en la red por un usuario anónimo—, «y actúa así como un meta-explotador

⁴¹ El vocablo *prosumer* (fusión de *producir* y *consumir*) trata de hacer referencia a los sujetos (en este caso en el ámbito de internet) que son a la vez productores de contenido y consumidores (de publicidad o de otro contenido, por ejemplo). En el presente trabajo tratará de evitarse este término (que cuenta incluso con adaptación de dudosa fortuna al español, el *prosumidor*) porque no resulta representativo de lo que se quiere explicar. Los conceptos productor y consumidor no dan cuenta debidamente del comportamiento de un usuario en internet, al menos en su sentido clásico. Por ello se preferirá el término *usuario* de internet, o de la red, que puede a su vez *producir* determinado contenido o *consumirlo*. La huida del término *prosumer* tiene que ver también con el hecho de que no permite dar cuenta correctamente del proceso de mercantilización del usuario de internet, que se da en cualquier actividad que realiza éste en la red. Al contrario, en demasiadas ocasiones, *prosumer* es utilizado como si el usuario resultara empoderado de esa capacidad de producir, cuando en realidad el principal resultado es que información valiosa sobre su vida privada es utilizada para someterle a una publicidad mucho más específica en cuanto a sus gustos, hábitos y preferencias.

de todo el contenido generado por usuarios»⁴². Si no existiera ese contenido, creado por empresas o usuarios *ajenos* a Google, esta empresa no podría funcionar como buscador.

Por otro lado, Google ofrece una gran cantidad de servicios gratuitos y punteros tecnológicamente que, al ser utilizados por los usuarios, proporcionan una información a la empresa que tiene un alto valor, pues permite someter a los usuarios a una publicidad más adaptada a sus gustos o preferencias. Así, el propio uso cotidiano de estos servicios —Gmail, Google Maps, Google Docs, Chrome, Google Drive, Youtube, Android, AdSense, y un largo etcétera— supone una actividad altamente rentable para Google. Y es que esta empresa genera y almacena esa información para poder ofrecer a sus clientes (que son los anunciantes) unos servicios de publicidad mucho más específicos, dirigidos a cada usuario en función de su comportamiento en la Red⁴³.

Google, por tanto, obtiene provecho económico tanto del contenido existente en internet (que no le pertenece) como de los datos de los usuarios que utilizan sus servicios. Estos datos son utilizados, como se ha dicho, con fines publicitarios, de forma que los usuarios están permanentemente “vigilados” para ser expuestos a determinada publicidad comercial, que variará si así lo hacen sus hábitos *online* o sus preferencias de consumo⁴⁴. Por ello Google ofrece tal cantidad de servicios “gratuitos” (como se ve, no lo son realmente) y de gran calidad. Cuanta más información posea sobre los usuarios de estos servicios y aplicaciones, mejor será su conocimiento sobre cómo se comportan y, por tanto, mayor interés tendrán los anunciantes en contratar sus servicios (Google recibe dinero de los anunciantes cuando muestra el anuncio y el usuario hace *clic* en él: es, en el fondo, una empresa de publicidad)⁴⁵.

Así pues, Google utiliza su buscador para indexar todo el contenido —generado por otros, sean usuarios o empresas— de internet, en Youtube accede a los vídeos que los usuarios buscan, ven o suben, con Google Drive conoce qué tipo de archivos se almacenan “en la nube”, con Google Maps los trayectos de la gente, la valoración de los restaurantes o los comentarios sobre éstos, con Gmail el contenido de los mensajes privados, y así un largo etcétera. Es más, Google permite modificar la información que posee (por ejemplo, el número de teléfono asociado a un restaurante), de forma que un usuario puede indicar que en realidad esa información es incorrecta o que el sitio en sí

⁴² C. Fuchs, «Google Capitalism», *tripleC*, 10(1), 2012, 42-48, p. 43.

⁴³ *Ibid.*, p. 44.

⁴⁴ Este hecho ha sido comprobado por muchos usuarios al ver que la publicidad que les aparecía en su cuenta de Gmail curiosamente estaba relacionada con el contenido de los correos. Así, si dos amigos intercambiaban emails hablando sobre qué teléfono móvil comprar, era posible que durante esos días a ambos les apareciera publicidad de una conocida marca de teléfonos. Puede encontrarse información abundante sobre ello en internet.

⁴⁵ H. Kang, M. McAllister, «Selling You and Your Clicks: Examining the Audience Commodification of Google», *tripleC*, 9(2), 2011, 141-153; F. Kaplan, «Linguistic Capitalism and Algorithmic Mediation», *Representations*, 127, 2014, 57-63.

ya no existe. De esta forma aprovecha un trabajo *voluntario y no remunerado* de los usuarios, que generan beneficio económico para la empresa sin ser conscientes de ello. Google, en este sentido, ha sabido tender sus redes en internet, aprovechar todo el potencial de trabajo colectivo que el invento permite, toda esa *inteligencia colectiva*, para mercantilizar cada acto cotidiano, utilizar los patrones de comportamiento de los usuarios a empresas, y enriquecerse con ello.

Este caso es un ejemplo espectacular no sólo de la reproducción de ciertas dinámicas mercantiles en internet, sino del desarrollo y evolución del capital al nuevo entorno tecnológico y a los nuevos rasgos de una sociedad global e interconectada. Google explota no ya (sólo) el trabajo de los usuarios en la red, sino todo su comportamiento, laboral u ocioso, sus gustos y preferencias, sus viajes, sus dudas, su *ser* cibernético. Toda esa información es utilizada con fines lucrativos, y se encuentra en el núcleo del negocio de la empresa. Todos esos anuncios comerciales (que al final incitan al consumo de bienes o servicios en un sentido tradicional) son el nexo de unión de ese mundo *online* con la producción física real clásica. Los anuncios remiten a bienes, la producción de los cuales es llevada a cabo por sujetos, cuya fuerza de trabajo venden en el marco de funcionamiento de una empresa privada.

Se produce así una doble explotación del trabajador tradicional: la clásica, que se desprende de la plusvalía que genera su trabajo, y la que sufre al convertirse su actividad *online* en una mercancía en sí misma, con o sin su conocimiento, pero sin consentimiento⁴⁶. El problema, como afirma Fuchs, «no son las tecnologías ofrecidas por Google, sino las relaciones capitalistas de producción en las que se desarrollan estas tecnologías. El problema es que Google, para ofrecer sus servicios, debe necesariamente explotar a los usuarios y vigilar y mercantilizar esos datos e información»⁴⁷.

Podemos apreciar también una difuminación entre el tiempo de ocio y el de trabajo, pues aquél también supone una explotación —involuntaria— del usuario en beneficio de la empresa. La cosificación de la audiencia funciona en el sentido de que en última instancia lo que se consigue es de dar salida comercial a productos y servicios *tangibles*, con efecto en el mundo externo a internet⁴⁸. Con ello se puede apreciar que el *campo de*

⁴⁶ No se pueden dar por válidos como consentimiento los clásicos textos, mostrados al crear una cuenta en Google, por ejemplo, en los que se afirma que *se han leído y se aceptan las condiciones*. Su validez jurídica muestra las profundas desigualdades en la aplicación del derecho según se sea usuario o gigante tecnológico.

⁴⁷ «The problem is not the technologies provided by Google, but the capitalist relations of production, in which these technologies are organized. The problem is that Google for providing its services necessarily has to exploit users and to engage in the surveillance and commodification of user-oriented data», Fuchs, *cit.*, p. 46.

⁴⁸ En este sentido se pronuncia Juan Ramón Capella (*Fruta prohibida, cit.*) al afirmar que la tercera revolución industrial ha necesitado de la *publicidad de masas* para dar salida, vía consumo desaforado,

batalla de lo que nos ocupa en este trabajo —la propiedad intelectual, con especial hincapié en el mundo digital— no es neutral. Al contrario, el entorno digital se encuentra profundamente mercantilizado, aunque con nuevos mecanismos y formas.

Determinadas empresas obtienen gran parte de sus beneficios no ya solamente por la organización del trabajo humano, sino por la organización y aprovechamiento de esta *inteligencia colectiva*, por la posesión de derechos de propiedad sobre recursos materiales e inmateriales⁴⁹. Como ocurrió con la adaptación de la imprenta a la producción comercial de obras culturales, que se analizó en el capítulo primero, la “sociedad de la información” o la “era digital” muestran también una profunda adaptación al sistema económico hegemónico actual. Las iniciativas o propuestas que escapan a estas lógicas mercantilizadoras —en relación a la propiedad intelectual— son ilegalizadas o tildadas de *piratería*, la misma acusación realizada a los editores que imprimían sin tener el *copyright* durante el siglo XIX.

Se ha elegido un ejemplo que, por su presencia actual, explica bien las lógicas de funcionamiento de internet. Se trata de un caso (Google), por lo demás, que a priori no es un lugar de intercambio mercantil en el sentido tradicional (como sí lo son, directamente, Amazon o Ebay, por ejemplo). La dominación de Google resulta efectiva en parte porque pasa desapercibida para la mayoría de usuarios. Pero la lógica de obtener datos e información de los internautas para luego utilizarlos en beneficio propio está considerablemente extendida en la Red. Estas empresas, junto a las que directamente se dedican a la venta de productos de forma tradicional, conforman las páginas web más visitadas del mundo⁵⁰.

Si Google esconde la explotación que realiza de los usuarios y sus datos privados bajo la apariencia de servicios y aplicaciones gratuitas y de calidad, las redes sociales funcionan con una lógica parecida, aunque no exactamente igual. Al fin y al cabo, las redes sociales transmiten —interesadamente— una sensación de seguridad e intimidad sobre lo que en ellas se vierte. Es precisamente eso lo que provoca que los comportamientos en estas redes sean espontáneos y sinceros, lo cual aporta información valiosa que puede ser utilizada para someter a los usuarios a anuncios comerciales.

a los bienes y servicios producidos. Lo que se está analizando aquí son los rasgos de esa publicidad que, como se puede apreciar, en internet adoptan una forma diferente, pues cualquier comportamiento cotidiano del internauta tiende a convertirse en elemento con relevancia económica.

⁴⁹ Koloğlugil, «Digitizing Karl Marx...», p. 133.

⁵⁰ Las 10 webs más visitadas del planeta son Google, Youtube (misma empresa), Facebook, Melyweb, Baidu (las webs chinas se explican por la cantidad de población de ese país, no por su difusión mundial), Wikipedia, Yahoo, Reddit, Google India (misma explicación que el caso chino), y Qq (web china). Datos extraídos de www.alexa.com (5 de abril de 2017; el orden puede cambiar de una semana a otra).

Las redes sociales, en internet, son sitios (direcciones web) que teóricamente se centran en poner en contacto a gente a través de la Red. Su funcionamiento físico no difiere del de cualquier otra web (servidores, cableado, personal informático, etc.) pero sus características sí son distintas. Tienden a poner en contacto a gente por algún tipo de relación o afinidad —amistad, familia, trabajo, intereses políticos, artísticos, de ocio, etc.—. La entrada de las empresas en estas redes (no como actores publicitarios solamente, sino como *interlocutores*) ha provocado un auge considerable de las capacidades de comunicación y propaganda de estas empresas, hasta el punto de que se ha creado un puesto de trabajo nuevo, el llamado *Community Manager*⁵¹. Páginas web como Facebook, Twitter, Instagram o LinkedIn utilizan parcial o totalmente este tipo de estructura de red social, que se ha convertido en algo cotidiano para mucha gente.

Al margen del uso potencial de estos sitios web como instrumentos útiles —lo cual no viene predeterminado por la propia tecnología—, las redes sociales pueden ser vistas como un espacio de relación entre un grupo de inversores y «millones de nosotros que voluntariamente cedemos nuestros datos personales y el comportamiento de nuestros amigos y vínculos sociales (online)»⁵². Obviamente, las redes sociales han sido utilizadas con objetivos que, más allá de la vida cotidiana, tenían pretensiones contrahegemónicas, emancipadoras o incluso revolucionarias, como la comunicación entre opositores a un gobierno, la difusión de acciones de protesta, o la información en tiempo real sobre acciones militares pretendidamente encubiertas. Pero lo cierto es que las redes sociales son ante todo empresas, cuyos negocios necesitan a los usuarios (como los necesita Google), pero cuyos ingresos principales provienen de otras empresas anunciantes.

El fundador de Facebook, Mark Zuckerberg, fue preguntado en 2011 sobre el papel de esta red social en los levantamientos de Túnez y Egipto, ante lo cual afirmaba, de forma inteligente para su empresa, que Facebook no era ni necesario ni suficiente para que tales hechos ocurrieran. Al contrario, atribuía a internet en general y a su capacidad

⁵¹ Los denominados *Community Manager* son empleados al servicio de una empresa cuya función es la interacción con los internautas en lo que compete a la empresa, especialmente respecto a su imagen externa. Su principal objetivo es crear, gestionar y administrar la comunidad *online* alrededor de una marca, manteniendo o mejorando las relaciones con los internautas que, en el fondo, son clientes (activos o en potencia) de la empresa. Acostumbran a gestionar distintas redes sociales como Twitter o Facebook, pero también pueden actuar escribiendo en foros online para conocer las opiniones y quejas de los usuarios y para proporcionar una imagen de interés en sus clientes que tiende a legitimar la marca a ojos de los consumidores, aunque sean empresas que respeten poco o nada derechos fundamentales en los países subdesarrollados en los que fabrican sus productos. Esta figura se ha extendido hasta el punto de que diversas instituciones públicas (la RAE o los cuerpos y fuerzas de seguridad) tienen un puesto similar.

⁵² «tens of millions of us who willingly surrender our personal data and the conduct of our friendships and (online) social ties to their marketplace [...]», D. Kreps, «Social Networking and Transnational Capitalism», *tripleC*, 9(2), 2011, 689-701, p. 694.

comunicativa esta suerte de cosas, no a una red social en particular. Una postura cautelosa lógica por parte de quien administra una empresa, «con un ojo puesto en las sensibilidades de los anunciantes y su miedo a que los productos que representan sean asociados con medios de comunicación *disruptivos*»⁵³.

Si Google trata de mostrarse como una empresa que ofrece servicios y aplicaciones gratuitas y de calidad —lo cual, estrictamente hablando, contiene parte de verdad—, las redes sociales tratan de parecer también *gratuitas* (invisibilizan el uso que hacen de los datos de sus usuarios), útiles para poner en contacto a personas, no-jerárquicas ni comerciales, y alejadas del mundo económico transnacional. Frente a Wall Street y su deslegitimada especulación económica, Silicon Valley se presenta como fuente de creatividad e innovación tecnológica al servicio de *todos*⁵⁴. Pero las redes sociales no son solamente hobbies para los usuarios, son enormes empresas multimillonarias⁵⁵.

La anécdota de Facebook al no querer importunar a los inversores atribuyéndose méritos en los alzamientos tunecino y egipcio resulta ilustrativa de la ideología —manifiestamente economicista— de estas empresas y su legitimación cuando no contribución a una forma de pensar hegemónica. Tras los atentados de París de 2015, Facebook permitió a sus usuarios colocar una bandera francesa traslúcida en su foto de perfil, de manera que en esta red social abundaban las fotos de perfil que conmemoraban y rechazaban las muertes en Francia. Facebook, sin embargo, no ha permitido nunca realizar lo propio con otros países, que han sufrido iguales o mayores catástrofes también por culpa del terrorismo, cuando no directamente por guerras con clara injerencia occidental (Siria, Irak, Afganistán, atentados en Yemen, la India o Pakistán, y un largo etcétera). Facebook o Instagram también han prohibido persistentemente fotos en las que aparecieran pezones femeninos —incluso para mostrar cómo detectar un cáncer de mama—, pero no así con los masculinos, que abundan en estas redes sociales.

Estos hechos pueden parecer meramente anecdóticos, pero resultan ilustrativos sobre cómo estas empresas no sólo evitan cualquier comportamiento que se pueda interpretar como mínimamente subversivo, sino que refuerzan en el imaginario colectivo una forma determinada de ver el mundo que no resulta en absoluto neutral. Transmiten una imagen en la que la publicidad, el consumo o los negocios son aspectos deseables y naturales en la sociedad, incluso en el entorno de relaciones ociosas

⁵³ *Ibíd.*

⁵⁴ Sobre el discurso de internet como un medio de posibilidades, libertad y democracia, y la multitud de falsedades que contiene, puede consultarse E. Morozov, *La locura del solucionismo tecnológico*, Clave Intelectual, Madrid, 2015, y *El desengaño de internet*, Destino, Barcelona, 2012, del mismo autor.

⁵⁵ Kreps, *cit.*, p. 695.

particulares o sociales de amistad y familia, pero ponen freno a cualquier aspiración a debatir cambios sobre la situación de injusticia real en el mundo.

2.2.3. *Internet como oportunidad neutralizada*

Internet es, en definitiva, un espacio en el que se dan conflictos. Es necesario reconocer las posibilidades que estas redes ofrecen como medio de comunicación, para movilizar a ciudadanos en favor de determinadas campañas, difundir contenido subversivo, alternativo o revolucionario. Es decir, hay cierto margen de libertad o de aprovechamiento de estas redes (y de internet en sí) para ser utilizado como elemento contrahegemónico. Pero, a su vez, no debe ser olvidado que incluso esos patrones de conducta son utilizados como información acerca de los gustos y preferencias sociales por parte de empresas anunciantes. Y que, en ocasiones, situar un conflicto solamente en el ámbito de internet tiende a neutralizar el propio conflicto, anulando las posibilidades de lucha que no sólo es ideal, sino necesario, que se den fuera de él.

Es, todo ello, una contradicción propia de internet, pero que en el fondo subyace a muchas realidades tecnológicas como la televisión o la radio. El invento en sí no determina cómo se debe utilizar, sino que ello es resultado de la correlación de fuerzas en un momento histórico y un lugar determinados. A pesar de que en internet se reproducen, como se ha visto, muchas de las actitudes mercantiles de funcionamiento de las empresas y aparecen mecanismos y situaciones novedosas, es posible cuestionar el discurso hegemónico de la globalización. En este sentido, en internet se da parte de esa batalla ideológica por definir cómo puede (o debe) ser una tecnología y su relación con la sociedad. Y ello a pesar de la sorprendente capacidad de adaptación del modelo económico a esta nueva realidad, en la que ha sido capaz de «cooptar la crítica e incorporar la desafección al propio sistema capitalista»⁵⁶.

Esa cooptación ha anulado gran parte de las posibilidades de contestación y alternativa de internet, aunque no sus potencialidades. Y ello porque, como la mayoría de los *mass media* actuales, internet transmite una propuesta de vida basada en el modelo neoliberal de consumo y mercantilización —el mismo sistema, precisamente, que lo ha configurado—. La información sobre los usuarios, como se ha visto, se ha convertido en un preciado bien para ofrecer publicidad masiva en internet.

El capital, en este sentido, ha sabido cosificar esa información —a la que es posible otorgar un valor (siquiera abstracto) económico— gracias a la nueva realidad

⁵⁶ «(...) capitalism has often proved quite able to co-opt such criticism and incorporate disaffection into capitalism itself», L. Anderson, «There Is No Alternative: The Critical Potential of Alternative Media for Challenging Neoliberal Discourse», *tripleC*, 10(2), 2012, 752-764, p. 752.

tecnológica; una explotación distinta a la tradicional del modelo industrial, que neutraliza, de paso, otros usos potenciales de internet. Así pues, la necesidad de obtener beneficios económicos es un rasgo tradicional sencillamente adaptado a las nuevas posibilidades de la tecnología informática e internet.

En este sentido, una de las características del sistema económico actual ha sido la de hacer suyos algunos discursos alternativos, convirtiéndolos en material con el que comerciar. En Suecia, la preocupación por la crueldad hacia los animales hizo incrementar notablemente el número de vegetarianos. Ello implicó que, cada vez en más tiendas, restaurantes y establecimientos, fuera posible obtener comida apta para vegetarianos (incluso en McDonald's). Pero el consumo de carne en el país nórdico se ha incrementado un 33% entre 1980 y 2010⁵⁷. La paradoja es clara: el éxito comercial de una propuesta pensada para proteger a los animales y, a su vez, el fracaso absoluto de los fundamentos de dicha propuesta. Desconociendo este dato, podría parecer que el éxito comercial del vegetarianismo es algo positivo y alentador, cuando en realidad resulta ser todo lo contrario. Este es un rasgo característico del capitalismo contemporáneo, capaz de apropiarse incluso de elementos contrahegemónicos críticos con él, cosificándolos y convirtiéndolos en mercancía, a la vez que desecha los fundamentos ideológicos que subyacen⁵⁸.

Esta capacidad de absorción y transformación que posee el capitalismo con elementos que le son críticos funciona también en el plano digital. Las herramientas necesarias para acceder al mundo digital (ordenadores, cableado, electricidad) se sustentan en objetos físicos tangibles y privados (o privatizados) limitados, que son objeto de tráfico en los mercados mundiales tradicionales. El contenido —lo digital, internet—, como se ha visto, lejos de ser liberador, horizontal, democrático y emancipador, resulta estar fuertemente condicionado por un conjunto de poderosas empresas privadas cuyo objeto de negocio (y, por tanto, de obtención de beneficios) se basa en datos e información de los usuarios, en publicidad comercial, en consumo masivo.

En internet, en definitiva, se da una omnipresencia de empresas privadas de muy diversa índole, cuyo funcionamiento y supervivencia depende de la existencia de usuarios que *consuman* sus servicios. La cantidad de webs, servicios y programas gratuitos en internet responde no sólo a la participación libre y desinteresada de determinados usuarios —que también existe, sin lugar a dudas— sino en gran medida a la necesidad de que exista un atractivo para que la gente conecte y ofrezca sus datos y

⁵⁷ *Ibid.*, p. 756.

⁵⁸ Esto ha ocurrido también con determinadas indumentarias o estilismos propios de colectivos manifiestamente contrarios al modelo económico hegemónico, que han pasado a ser *moda*, difuminándose así el colectivo y los valores que representaban. Neutralizando, en definitiva, un posible foco de conflicto.

comportamientos o conductas, en muchos casos sin ser conscientes o sin poder evitarlo. La “cara amable” de internet (la más visible) es en sí misma un logro para muchas empresas, que ha conseguido incluso mostrarse como elemento contrapuesto a las grandes multinacionales tradicionales. Donde éstas buscan consumidores e imponen precios elevados, Google, Facebook o Amazon ofrecen servicios pretendidamente útiles, beneficiosos e inofensivos para la vida diaria.

2.3. La propiedad privada sobre los bienes culturales digitalizados

La imprenta y la informática e internet son elementos tecnológicos que han modificado profundamente la manera de relacionarse del ser humano con su producción y acumulación de bienes de contenido cultural, intelectual o artístico. Desde el desarrollo de la imprenta en un entorno de capitalismo mercantil hasta la expansión informática y la cosificación de los usuarios de internet, el fundamento jurídico de las normas de protección de estas creaciones culturales ha sido el mismo: la propiedad privada (en su categoría específica de propiedad intelectual, o sea, de una propiedad privada limitada temporalmente, condición que es en sí misma un encaje forzado en el sistema jurídico; los derechos de los creadores también podrían haber sido construidos como derechos de crédito, obligacionalmente, o como derechos semipúblicos). La digitalización de una parte importante del acervo cultural humano ha terminado por poner de manifiesto ciertas inconsistencias a la hora de regular como propiedad unos bienes que, por sus características y su función social, no pueden ser apropiables privadamente de forma pacífica.

Las páginas anteriores han tratado de analizar sucintamente el medio en el que muchos de estos problemas se dan hoy en día: internet. Ello para poner de manifiesto, por un lado, que no se trata de un medio neutral, sino que en él se producen conflictos por determinar cómo debe ser. Y se ha visto su intensa adaptación a las lógicas de la conversión de todo bien en mercancía, características de un sistema económico en cuyo núcleo se encuentra la figura de la propiedad. Por otro lado, se ha puesto énfasis en el carácter potencialmente ilimitado de la reproducción y almacenamiento “digital”, así como en las posibilidades de difundir estos bienes digitales a través de internet. Y ello porque de estas características se desprenden unas consecuencias determinadas al tratar de subsumir bajo la forma de propiedad intelectual este tipo de bienes.

La figura de la propiedad privada ha sido, desde sus inicios, incapaz de satisfacer determinados requisitos importantes respecto de los bienes de contenido cultural (como garantizar los medios para que los creadores puedan crear y subsistir dignamente, o garantizar una correcta difusión de dichos bienes). En lo que sigue se analizarán las dificultades a la hora de regular como propiedad un elemento —la

producción cultural, intelectual y artística humana— que por sus propias características (sociales, como la necesidad de acceder a las obras anteriores para producir otras nuevas; pero también técnicas, como la digitalización) encuentra muchas dificultades a la hora de ser regulado como un bien apropiable privadamente. Analizar la génesis de la propiedad intelectual (capítulo 1) y de la realidad informática y de internet ha tenido por objeto poner de manifiesto el carácter contingente de la regulación de estos bienes bajo la forma de propiedad —una exigencia privatizadora del capitalismo inicial—, así como el entorno altamente mercantilizado de la informática —un factor que permite, por sus características técnicas, sin embargo, la difusión y reproducción *libre* (gratuita e incluso ilegal) de muchos de estos bienes culturales—.

2.3.1. *La mercantilización del bien cultural a través de la propiedad intelectual*

El análisis de la propiedad intelectual permite constatar una realidad comúnmente aceptada: se trata de una figura compleja y jurídicamente extraña, rara. Regular los bienes intangibles —con características marcadamente distintas de los bienes físicos— mediante la institución de la propiedad es una elección política que responde a las necesidades de privatización del saber técnico por parte del capitalismo. Por ello, el derecho ha necesitado generar una ficción que permita a los bienes culturales circular por el tráfico jurídico sin aparente complicación.

La figura de la propiedad privada que sirve de marco a los bienes culturales se encuentra en el centro de la sociedad moderna, como eje vertebrador no sólo del mercado sino de las relaciones entre sujetos. Es «principio organizativo y razón y regla del funcionamiento del sistema en su conjunto»⁵⁹. Es una propiedad que no sólo atribuye cierto poder de disposición a los propietarios sobre los objetos, sino que convierte a éstos en mercancía. Es un presupuesto necesario para la existencia del mercado y la circulación privada de la riqueza.

Estamos, por tanto, ante una institución jurídica que aprehende todo cuanto encuentra a su alrededor y lo convierte en mercancía. El objeto se configura como bien-mercancía para ser así intercambiable y consumible, intercambiado y consumido⁶⁰. La ficción del derecho, que permite tratar los bienes intangibles como objetos físicos, resulta fundamental, pues esta cosificación mediante la propiedad «no hubiera sido posible si el orden jurídico no se hubiese constituido como orden abstracto e hipotético»⁶¹. Afirma

⁵⁹ P. Barcellona, *El individualismo propietario*, Trotta, Madrid, 1996, p. 91.

⁶⁰ *Ibíd.* p. 121.

⁶¹ *Ibíd.* p. 141.

Pietro Barcellona, al hablar de la construcción del concepto moderno de propiedad, que

el concepto de propiedad libre es, en efecto, una separación no sólo de los vínculos feudales, sino también de la persona, o mejor, de su inherencia a la persona y de su ser casi una proyección de ésta. La tierra se convierte en *res* y, como tal, queda disponible no sólo para el poder del propietario, sino también para el poder del sistema que la transforma, primero, en objeto de intercambio, en valor de cambio y luego en “principio” introducido en la propiedad ilimitada de mercancías característica de la época moderna⁶².

Pero no sólo nos encontramos ante una cosificación de la tierra —elemento original de asignación de la propiedad privada— sino ante una «reificación del hombre que le permite ceder como “cosa”, mediante el contrato, sus propias energías, su propia capacidad, su propio poder creativo, su propia actitud ante el mandato [...]»⁶³. Es decir, la conversión en mercancía del trabajo intelectual y artístico del ser humano.

Las características propias de las creaciones artísticas y culturales —muy acentuadamente en la era digital— provocan que los bienes protegidos mediante propiedad intelectual no actúen en el mercado de la misma manera que otros bienes. La creación de un objeto material cualquiera (una mesa, un coche, un bolígrafo) se mide por elementos eminentemente cuantitativos. Los costes de los materiales de producción, el tiempo invertido... son elementos que determinan el precio final del producto. Una vez éste cambia de manos y otro sujeto adquiere la propiedad del mismo, el antiguo propietario deja de tener poder alguno sobre él. Así funciona la propiedad privada, y esta *apropiabilidad* (y acumulación) y *transmisibilidad* de cuanto nos rodea está en el epicentro de los mercados capitalistas.

Pero ello no sucede con las obras artísticas o intelectuales⁶⁴, pues se entiende que en éstas el creador ha aportado algo más que tiempo y materiales. En la creación intelectual, el autor vierte una parte de sí mismo y por tanto la creación contiene un elemento no cuantificable, aprehensible ni separable del *totum* de la obra. ¿Cómo puede, un derecho marcado por su estructura mercantil propietaria, tener en cuenta estos elementos intangibles e incuantificables?

⁶² *Ibid.* p. 140.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Tampoco con otros bienes intangibles como diseños, patentes o marcas. Éstos, no obstante, quedan fuera del presente trabajo. Sobre la innovación y la propiedad industrial —y sus conflictos con la actividad investigadora— puede consultarse la tesis doctoral de S. Wong, *La interferencia de las patentes en el ejercicio del derecho de libertad de investigación*, Universidad de A Coruña, 2011. También M. Boldrin, D. Levine, «Does Intellectual Monopoly Help Innovation?», *Review of Law & Economics*, 5(3), 2009, 991-1024.

En el derecho continental, una visión más *romántica* del autor como creador contribuyó a dar importancia a estos elementos *espirituales* o *místicos* de la creación. El derecho, por tanto, se adaptó regulando una propiedad dicotómica en la que se prevén dos tipos de derechos que coexisten para una misma propiedad. De un lado, los derechos patrimoniales, que permiten la gestión del campo económico del bien. Son los que permiten a su titular vender, alquilar, ceder, regalar... Es decir, los que ofrecen rendimiento económico y, en definitiva, los que permiten decidir en gran medida qué hacer con el bien.

Del otro, se regulan los derechos morales, que pueden llegar a actuar como límite a los económicos⁶⁵. Así pues, independientemente de quien posea los derechos de explotación, el creador de la obra podrá exigir el reconocimiento de la paternidad de ésta o la no modificación o alteración sin su permiso. Los derechos de explotación son transmisibles, mientras que los derechos morales o personales no lo son.

El derecho asume así la lógica mercantil intrínsecamente ligada a la propiedad privada. A pesar de que, en el caso de los bienes intelectuales, nunca es completa. Al ser indisponibles los derechos morales (en mucho menor grado en el derecho anglosajón, aunque ciertos aspectos como la paternidad de la obra tienden a ser protegidos), el nuevo propietario siempre lo será parcialmente, co-propietario en realidad, y sin opciones de convertirse en propietario completo. Paradójicamente, y aunque la legislación sobre propiedad intelectual otorga al autor el derecho a decidir cómo y cuándo quiere publicar su obra, lo cierto es que tradicionalmente esto ha sido imposible sin alienar o al menos ceder parcialmente los derechos de explotación sobre la obra.

Los medios de producción y distribución se encuentran en manos privadas (editoriales, productoras, discográficas), por lo que el creador no tiene otra opción que ceder la parte cesible de su propiedad sobre la obra. Las posibilidades del creador respecto a cómo gestionarla vienen determinadas por la configuración jurídica del bien, que le obliga a conservar ciertos derechos —los personales— pero le impele con fuerza a deshacerse de los derechos patrimoniales para que estos circulen en el mercado. En este sentido, como afirma Barcellona, «la introyección de la coerción, su configuración como modo espontáneo de comportamiento, no significa su fin, sino sólo su transformación»⁶⁶.

Es debido a las características específicas de los bienes culturales que el derecho no sólo ha tenido que *fingir* que nos encontramos ante una propiedad, sino que ha tenido que regularla de forma que pueda funcionar como cualquier otro bien en el sistema económico en el que se desarrolla (una propiedad, pues, privada). Es decir, la regulación jurídica ha tenido que consagrar, entre otros aspectos, una escasez artificial

⁶⁵ No obstante, los intereses comerciales han pasado generalmente por encima de los intereses de los autores, que en no pocas ocasiones ven sus derechos morales vulnerados porque ello es económicamente más provechoso. *Vid. infra* §4.3.

⁶⁶ Barcellona, *cit.*, p. 109.

—en unos bienes que pueden reproducirse ilimitadamente a costes cercanos a cero— para garantizar que tuvieran algún valor en un entorno de intercambio comercial.

El derecho, por tanto, ha jugado un papel fundamental en la configuración de la propiedad intelectual como institución que permite convertir obras de contenido artístico o cultural en activos económicos. Y ello ha sucedido tanto en la propiedad intelectual continental, que reconoce no sólo ciertos derechos económicos sino también morales, como en el copyright anglosajón, que tiende a obviar la relevancia del autor y se centra en la gestión económica de las obras creadas.

Al afirmar que los bienes culturales son regulados como mercancía, lo que se quiere decir es que éstos se representan jurídicamente de forma que puedan ser fruto de un intercambio mercantil en las mismas condiciones que lo haría cualquier otro bien. Para ello ha sido necesario realizar una operación de mercantilización de bienes no pensados inicialmente para ser objeto de comercio; una suerte de ficción⁶⁷ en la que una obra de contenido cultural —un libro, por ejemplo— se convirtió en objeto de intercambio para dar salida a un incipiente negocio (el editorial). En esta misma línea se expresa el físico y sociólogo Igor Sádaba al analizar la especificidad de la propiedad intelectual, entendiendo que regula unas obras cuya producción no está pensada específicamente para la venta: se da una «conversión forzada de bienes naturales y libres en mercancías circulantes»⁶⁸.

Las creaciones artísticas e intelectuales, además, son difícilmente atribuibles a un individuo o individuos determinados sin tener en cuenta la necesaria socialización de éstos. Las obras descansan sobre lo anteriormente creado, por lo que el acceso al acervo cultural humano es un requisito indispensable para una producción artística e intelectual continuada en el tiempo en el seno de una sociedad. Son, pues, resultado de un ser humano necesariamente sociabilizado y que ha podido acceder a otras obras anteriormente. Dicho de otra forma: a menudo se esgrime el argumento de que sin beneficio económico no existiría creación intelectual —argumento ya de por sí muy dudoso (*vid. infra* §4.3)—, pero lo que resulta palmario es que sin acceso a las creaciones intelectuales previas sería imposible producir culturalmente como lo hace el ser humano. En realidad, esto no es un rasgo exclusivo de los bienes culturales, sino de todo saber técnico o científico. Ello explica que las patentes, marcas o diseños, por ejemplo, tampoco funcionen de forma pacífica bajo la estructura de la propiedad.

⁶⁷ Salvando las distancias, resulta de utilidad analizar el concepto de mercancía ficticia de Karl Polanyi, en *La gran transformación: los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2007, p. 123.

⁶⁸ I. Sádaba, *Propiedad intelectual. ¿Bienes públicos o mercancías privadas?*, Catarata, Madrid, 2008, p. 78.

En este sentido, hay diversas comunidades humanas que no entienden las expresiones artísticas como algo *apropiable* por un solo sujeto, y menos algo con lo que se pueda *comerciar*. Al contrario, en muchos casos las expresiones artísticas se confunden con mitos, leyendas, costumbres y rasgos culturales propios de las comunidades, que consideran éste un ámbito que va más allá de sus individualidades y les define como grupo. La individualización absoluta de la creación cultural y la conversión de ésta en una mercancía, propia de sociedades industrializadas, sólo puede existir prescindiendo de los elementos comunitarios que la hacen posible.

La naturalización del mercado de tipo capitalista como estructura fundamental de intercambio y producción de riqueza y la comprensión de todo bien como potencial activo económico alcanzó incluso a los bienes intangibles, lo que propició el surgimiento de esa propiedad especial: la propiedad intelectual. Ésta, mediante la regulación jurídica, presenta el conocimiento, la información y la expresión artística como elementos económicos, sustrayendo las relaciones sociales y las condiciones históricas que rodean al bien creado o, cuando menos, supeditándolas a la dinámica económica de éste.

Es decir, el conocimiento, la información y la expresión artística son entendidos como bienes con los que se puede comerciar, pero no se tienen en cuenta otras posibilidades para generar y distribuir ese tipo de bienes, alejados de los mercados tradicionales. La normativa de propiedad intelectual se muestra incapaz de atender la creación artística e intelectual como un hecho colectivo *de* la sociedad y *para* la sociedad, así como de proponer otra relación entre ésta y el ámbito creativo. Esta forma de regular los bienes de cultura es intencional, fruto de las necesidades de un modelo basado en la búsqueda de beneficios económicos. La expansión de la propiedad intelectual o el copyright — también, en realidad, de la legislación relativa a marcas, patentes y todo lo que en España se conoce como propiedad industrial—, como se verá, debe ser explicada más por los intentos de imposición del modelo jurídico-político neoliberal occidental al resto del mundo que por la idoneidad de dicho modelo⁶⁹.

La propiedad intelectual se configura por tanto como una figura que protege el aspecto individual y mercantil de un bien cultural, artístico o intelectual, y desatiende su carácter *necesariamente social*. Es una abstracción jurídica necesaria para potenciar el tráfico comercial de estas creaciones, pero que encuentra serios problemas a la hora de garantizar el acceso y difusión de estos bienes. Ello porque la producción y distribución de estas obras se da principalmente en un entorno mercantil, lo que implica la imposición de los requisitos de precio y beneficio económico como imprescindibles para el intercambio. Ese es sin duda un elemento central que explica las tensiones y

⁶⁹ *Vid. infra* cap. 3.

dificultades para regular los bienes culturales como si fueran una mercancía cualquiera⁷⁰.

La transformación tecnológica del último cuarto de siglo ha añadido otros problemas que han puesto definitivamente en jaque esta visión de los bienes de contenido cultural. Se ha visto la ficción relativa a la conversión de las creaciones artísticas e intelectuales en mercancía. Pero, además, la normativa de propiedad intelectual trata todas estas creaciones *como si fueran* un bien tangible. Es decir, el núcleo de la legislación entiende este tipo de bienes como una propiedad privada, y trata de establecer un funcionamiento similar al de cualquier otro bien en los mercados. Pero ni la tierra, ni las manzanas, ni los bolígrafos, son reproducibles de forma ilimitada y por todo el globo en milésimas de segundo. Estas diferencias implican que, en un mundo informatizado como el actual, los bienes culturales no puedan funcionar como bienes materiales en los mercados tradicionales. Para ello, el derecho no solamente *finge* que nos encontramos ante un producto comercial, sino que establece, como se verá a continuación, límites y condiciones arbitrarias para que estos bienes intangibles puedan funcionar como cualquier otro bien.

2.3.2. *Reproductibilidad ilimitada y génesis de la escasez artificial*

Los bienes culturales son pues regulados como *propiedad* (aunque sea una propiedad de tipo especial), de forma que se puede comerciar con ellos como si fueran un producto cualquiera. Pero al tratarse de un tipo de bienes de carácter específico (intangibles y, en la actualidad, reproducibles ilimitadamente a costes mínimos, así como difusibles por todo el mundo), encuentran serias dificultades para amoldarse al funcionamiento mercantil tradicional. Los mercados, en general, tienen problemas y limitaciones a la hora de satisfacer las necesidades de una sociedad. Su funcionamiento implica que determinadas actividades no son realizadas por ningún sujeto privado si ello no conlleva la obtención de beneficios económicos. Tampoco producen una distribución de la riqueza que garantice a toda la sociedad unas condiciones dignas de supervivencia. Estos problemas afectan a los bienes culturales, que son generados y distribuidos de forma casi exclusiva mediante dinámicas comerciales. Pero, además, este tipo de bienes tiene otros problemas derivados específicamente de sus características propias como bienes intangibles y de reproducción ilimitada.

⁷⁰ Rosa M. García Sanz lo explica de forma lúcida en *Derechos de autor en internet*, Colex, Madrid, 2005, al afirmar que «los siglos demuestran que sin reconocimiento jurídico de la institución e incluso sin compensación económica, los autores crean con mayor o menor fortuna de originalidad. La creación existe con independencia de su reconocimiento y protección jurídica. Son los intereses empresariales los que no subsisten cuando ésta no es rentable» (p. 188).

Los bienes materiales tienen, como los bienes culturales inmateriales, unos costes de producción. Pero en el caso de un coche o un bolígrafo, este coste será similar para cada unidad que se produzca (dadas las mismas condiciones tecnológicas y de productividad) y, en todo caso, será una producción limitada, pues los recursos de la Tierra son finitos. Los bienes culturales, en cambio, tienen un coste de producción que puede ser muy alto —como en el caso del cine—, pero su coste de reproducción es bajísimo. Es decir, que el bien cultural, a diferencia de la mayoría de bienes materiales, puede ser ilimitadamente reproducido a costes cercanos a cero. Este análisis, sin embargo, resulta excesivamente simplista (como suele ocurrir al tratar la propiedad intelectual) porque presupone una uniformidad de los bienes culturales que no es tal. Hay importantes diferencias, como se puede apreciar si se compara un libro (que siempre requerirá unos costes de impresión más o menos fijos si no se opta por la versión digital) con una película (que requiere una inversión inicial de capital relevante). La escultura, por ejemplo, no puede ser *digitalizada* como tal de la misma forma que una fotografía o un libro⁷¹. Y, aunque se puede hacer una réplica exacta, parece obvio que no tendría el mismo valor estético que el original⁷². El análisis que aquí se propone presupone la posibilidad de digitalizar estas obras. En algunos casos, de formas similares (un archivo *.avi* de una película, o un libro electrónico en formato *.epub* o *.pdf*); en otros, de formas novedosas o alternativas (como la plantilla para impresora 3D de una figura escultórica o las fotografías de una pintura).

Esto se debe, en parte, a las propias características de los bienes culturales (en definitiva, saber, conocimiento, expresión artística), que son intangibles, y cuyo valor está en su expresión abstracta, aunque ésta se plasme o materialice en un objeto físico.

Ocurre, en este sentido, algo parecido a lo que explica Stefano Rodotà al hablar de propiedad y medio ambiente, un bien por naturaleza común (como el saber humano) cuyas características inherentes le hacen chocar con la estructura de la propiedad privada. En la tutela del medio ambiente, afirma Rodotà que «la utilización del esquema de la propiedad sólo se puede producir al precio de una fuerte distorsión de la situación real»⁷³. Los bienes culturales son también complejos y eminentemente sociales, y no responden bien a las necesidades de individualización y cosificación de la institución de la propiedad. Dañar el medio ambiente —aunque se tenga un derecho de propiedad sobre una parcela, por ejemplo— puede afectar incluso de forma vital a todo un conjunto de personas que no tienen *derechos* (en el sentido clásico) sobre ese espacio natural. De la misma forma, las facultades que permite ejercer la apropiación de un bien cultural —prohibir su uso o el acceso al mismo, imponer barreras económicas, comercializarlo prescindiendo de la importancia artística que pueda poseer— tienden

⁷¹ Esta afirmación puede no ser sostenible en un tiempo relativamente corto debido al auge de las impresoras 3D. Este tema, sin embargo, excede la intención y capacidad del presente trabajo.

⁷² Sobre la pérdida del *aura* o la singularidad de las obras y su relación con la *reproductibilidad técnica*, *vid.* W. Benjamin, «La obra de arte en la época de su reproductibilidad técnica», *Obras*, libro 1/vol.2, Abada, Madrid, 2008.

⁷³ S. Rodotà, *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*. Civitas, Madrid, 1986, p. 58.

a desnaturalizar la creación, a fuerza de otorgar más importancia a sus atributos económicos que a su propio valor estético o intelectual.

De otra parte, los avances tecnológicos —en especial la informática e internet— han contribuido a que este tipo de bienes no se adapte de forma óptima al funcionamiento mercantil tradicional. Estos bienes pueden tener un valor de uso importante (aunque en ocasiones no fácil de determinar) y un coste de producción muy bajo. La realidad tecnológica actual facilita que el coste de reproducción de ese bien —sobre todo cuando está digitalizado— y su distribución global sean mínimos, tendentes a cero.

Así, ciertas obras tienen un coste inicial de producción no siempre objetivamente determinable (en la novela, por ejemplo, no se debe calcular sólo el coste editorial al revisar, imprimir o distribuir el libro, sino los gastos en los que puede incurrir el autor y su manutención durante el tiempo que está dedicado a la escritura). Y esas mismas obras pueden tener un coste de reproducción y difusión digital mínimo. Como consecuencia, los bienes culturales digitalizados pueden tener un valor de uso muy alto pero su valor de cambio —debido a esta posibilidad de reproducirlo ilimitadamente— muy bajo.

En este sentido, la informática e internet permiten generar tantas versiones de un bien como ciudadanos hay en el mundo (un archivo *.mp3* que contiene una canción, o un archivo *.avi* que contiene un film), lo cual no altera un ápice el valor de uso de esos bienes, su calidad (ni objetiva, como archivo, ni intrínseca o subjetiva, es decir artística, si es que la tiene) ni los costes de reproducción. Es decir, son bienes “no rivales”⁷⁴. Tampoco afecta al coste inicial de producción, que será el mismo tanto si se produce una sola copia como si se generan posteriormente millones de ellas. Sin embargo, sí se puede afirmar que el acceso a este tipo de bienes —en última instancia, conocimiento— es un requisito indispensable para la génesis de otros bienes culturales. El conocimiento humano es, como se ha dicho, acumulativo, y las innovaciones artísticas e intelectuales descansan sobre creaciones anteriores que permiten a las sucesivas generaciones no partir de cero.

Este hecho puede ser visto como un elemento de oportunidad, pues implica que con una inversión inicial determinada —la que sea que cada bien cultural necesite para nacer— se podrá posteriormente reproducir ilimitadamente ese bien, algo que no ocurre con los bienes materiales tradicionales, como podría ser una manzana o un coche. Pero para el mercado capitalista supone un problema, porque no se puede establecer la tradicional barrera del precio, elemento que determina quién puede y quién no acceder a un bien. El precio, de manera especial en el ámbito de la propiedad

⁷⁴ Kolođlugil, «Digitizing Karl Marx...», p. 124.

intelectual, permite no sólo recuperar esa inversión inicial sino garantizar una obtención de beneficios continuada (a costa, como se ha dicho, de posibilitar o no el acceso a ese bien).

Piénsese, por ejemplo, en un libro cuyo autor haya fallecido hace 40 años. Aun así, los derechos sobre sus obras continúan vigentes, de manera que una editorial puede continuar vendiendo — de forma exclusiva— ese libro. Escanearlo y colgarlo en internet sería un acto a todas luces ilegal, independientemente de si es un libro de trascendencia artística o intelectual, o si la editorial ha recuperado con creces la inversión realizada y ha obtenido beneficios millonarios. Es más, la editorial podría haber vendido tales derechos por un precio irrisorio a una empresa cualquiera, que podría explotarlos, aunque no hubiera participado del proceso de inversión y publicación de la obra. Los bienes culturales funcionan prácticamente como un activo económico más, sin que sea tenida en cuenta su importancia para la sociedad o su importancia en la representación de los rasgos identificativos de la cultura de una comunidad.

Si el coste de reproducción actual en este tipo de bienes tiende a ser cero, el valor de cambio tendería, en un sistema económico de libre mercado, a minimizarse también hasta llegar a ser nulo. Y ello independientemente del valor de uso que pueda tener el bien para los usuarios o la sociedad⁷⁵. Por tanto, el valor de cambio del bien cultural — que evidentemente no tiende a ser cero— resulta en este sentido *artificial* (por impuesto) y, sobre todo, fundamental para establecer límites a su difusión. La propiedad intelectual permite, en ese aspecto concreto, tratar estos bienes de forma claramente distinta a otros bienes materiales (incluso dentro de los mecanismos de funcionamiento del propio sistema económico), al establecer un precio estable y continuo sobre un bien cuya reproducción es prácticamente gratuita. Lo cual implica la imposición de un límite *ficticio* a la reproducción de esos bienes mediante el establecimiento de un precio que no se corresponde al coste real. Y ello con la intención de generar una *escasez artificial* que permite otorgar (o mantener) el valor de cambio de un bien que, de otra forma, pasado un tiempo, tendría un valor de cambio casi nulo.

Se utiliza la expresión *escasez artificial* para explicar cualquier medida que limite las prácticas — técnicamente posibles— de reproducción y distribución de estos bienes por mecanismos paralelos a los de compraventa. Estas medidas pueden ser de muy diversa índole, como la imposición de una barrera económica para acceder a estos bienes (elemento inherente al propio bien y al sistema de intercambio mercantil en el que se encuentra inserto) o la intervención estatal —estableciendo legalmente la prohibición de compartir estos bienes digitalizados—.

A pesar de que la legislación nacional y los tratados internacionales que regulan la propiedad intelectual coinciden en que la creación artística y cultural es beneficiosa para una sociedad —así como la máxima difusión de los bienes fruto de la misma— y

⁷⁵ VV. AA, *Capitalismo cognitivo. Propiedad intelectual y creación colectiva*, Traficantes de sueños, Madrid, 2004, p. 102.

de que, como se ha visto, en ausencia de dichas normas, el valor de cambio de estos bienes tendería a cero (lo que aumentaría las posibilidades de acceso y difusión de los mismos), la legislación regula los bienes de tal forma que el carácter ilimitado de los mismos, técnicamente posible, resulta legalmente castigado. La intervención de los códigos penales, las sanciones económicas multimillonarias, los cortes de conexión a internet o las intensas campañas *antipiratería* orquestadas por los Estados son sólo ejemplos del papel que el poder político-jurídico juega en la defensa de un modelo mercantil de regulación de los bienes culturales.

La naturaleza de estos bienes y las posibilidades técnicas existentes sugieren otro modo de regulación (en ocasiones no mercantil ni económico) del conocimiento humano, pero el derecho establece unos límites y estructuras para acomodar los bienes culturales al entorno mercantil. Para ello, el papel del Estado es fundamental, no sólo porque goza del poder *de facto* para imponer esta situación (estableciendo medidas coercitivas para conseguirlo, si es necesario), sino por su capacidad para *normalizar* (en el sentido que le da el sociólogo francés Pierre Bourdieu⁷⁶) una forma concreta de gestionar la producción cultural y de conocimiento de una sociedad. El estudio de cómo el capitalismo modificó profundamente las sociedades europeas de los siglos XVII en adelante permite ver hasta qué punto este proceso tuvo incidencia en la estructuración de la sociedad, del Estado, del derecho y de las relaciones sociales.

La mutación de los privilegios monárquicos sobre la impresión en propiedad intelectual tuvo lugar en las sociedades que de forma pionera y con más fuerza vivieron revoluciones liberales —finales del siglo XVII y siglo XVIII, en Inglaterra y Francia respectivamente, como se ha visto en el primer capítulo—. La expansión de estas normas sobre derechos de autor, específicamente durante el siglo XIX, tuvo lugar en un mundo en el que el capitalismo se había extendido ya de forma notable. ¿Cómo iba a quedar pues un ámbito (tan relevante económicamente en las últimas décadas) como el saber al margen de las normas imperantes en el sistema económico que dominaba (y domina) en panorama mundial?

A pesar de que esta escasez artificial necesita de la intervención estatal —y del derecho— para resultar efectiva, desde un punto de vista estrictamente económico las normas que regulan la propiedad intelectual aducen que, de no existir tal normativa y precisamente por razón de las novedades tecnológicas, los autores y creadores apenas recibirían beneficio económico por sus creaciones. Afirman que tampoco las industrias recuperarían lo invertido, y ni unos ni otros encontrarían incentivos ni alicientes para

⁷⁶ P. Bourdieu, *Poder, derecho y clases sociales*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2000.

continuar implicándose en la creación cultural. Parece necesario, por tanto, contrastar estas presunciones con la realidad⁷⁷.

Un argumento recurrente es que compartir bienes de contenido cultural por vías alternativas al mercado tradicional —incluso en ausencia absoluta de lucro por parte de quien comparte— es *como robar*. En el robo o hurto el propietario originario se ve desposeído del bien que se le ha sustraído, lo cual no sucede si se comparte un bien cultural digitalizado, pero se afirma que de esta forma quien invirtió para producir el bien no recupera lo invertido. Esto, si bien puede ser cierto, se explica entre otras cosas porque nos encontramos ante una mercancía con elementos que la hacen profundamente distinta a los bienes tradicionales. Por decirlo de otro modo: si las manzanas fueran reproducibles ilimitadamente y a costes decrecientes, el mercado de manzanas no podría funcionar de la misma manera que lo hace hoy⁷⁸.

En cualquier caso, el establecimiento de una escasez artificial tiene como consecuencia la imposición de una barrera económica para acceder a esos bienes. Así, los individuos con mayor capacidad económica podrán acceder a tantos bienes como deseen, lo que implica un mayor capital cultural, que a su vez puede implicar también el aumento del capital económico⁷⁹. Es decir, la propiedad intelectual tal y como está configurada puede llegar a actuar como un mecanismo generador o perpetuador de desigualdades en función de los recursos económicos de cada uno —tanto en referencia a sujetos como a Estados, pues éstos también sufren las consecuencias de ser consumidores y no productores de bienes de contenido cultural—⁸⁰.

Como la imposición de una barrera económica para acceder al bien cultural no es más que el mecanismo —y su consecuencia— para otorgarle valor de cambio, se puede decir que la digitalización informática e internet han jugado un papel fundamental a la hora de mostrar las deficiencias del sistema de propiedad intelectual: al permitir una suerte de *mercado alternativo* (en realidad, en ocasiones no es sino una vía colaborativa a precios casi inexistentes para acceder a tantos bienes como se desee) han puesto al descubierto lo arbitrario y deficiente de la actual regulación de la creación y distribución de bienes culturales en lo que a acceso generalizado a éstos se refiere. Y más todavía porque las nuevas tecnologías permiten no sólo generar las condiciones para convertir los bienes culturales en bienes que se comportan de manera distinta en los mercados (reproductibilidad ilimitada a coste cero), sino porque permiten a su vez sortear los

⁷⁷ A este respecto, *vid. infra* capítulo 4.

⁷⁸ Salvando las distancias, algo similar puede ocurrir con las impresoras 3D, que tienen el potencial de modificar de forma todavía desconocida la producción industrial de nuestras sociedades. Ya es posible apreciar como diversas empresas se están haciendo con el software que proporcionan a estas impresoras los modelos e instrucciones para producir automáticamente un bien. Estos modelos y softwares están protegidos por normas de propiedad —intelectual o industrial—, pero tienen las mismas características que las creaciones artísticas e intelectuales que aquí se analizan. La “piratería” de modelos para impresoras 3D tiene visos de seguir patrones similares a lo que ha ocurrido con los filmes o la música.

⁷⁹ Bourdieu, *ibíd.*

⁸⁰ *Vid. infra* capítulo 3.

límites y medidas coercitivas que los Estados, mediante la regulación jurídica, intentan imponer a quienes no interactúan en el mercado legalmente establecido.

2.3.3. *La apropiación mediante la reproducción*

La creación artística e intelectual, como se ha dicho, no puede ser entendida como un proceso en el que el sujeto creador genera, *ex novo*, una obra. Las expresiones artísticas se originan como resultado de una mezcla entre talento, trabajo e influencia de creaciones anteriores. En este sentido, todo artista es deudor de sus colegas de profesión y (este es un elemento importante), si no hubiera podido acceder a todas esas obras, no habría podido producir la suya propia. Es más, la sociedad en la que uno se desarrolla —el idioma, el clima, la relación con la comunidad, el paisaje etc.— determina también en buena medida la configuración del artista como sujeto, lo que influye en su obra.

De alguna manera, todo artista *hace suyos* ciertos elementos culturales y creativos que resultan fundamentales en su propia creación. El escritor, por ejemplo, utiliza un medio de expresión común para cierto número de personas (el lenguaje) que no es ni privado ni susceptible de ser privatizado. Con ello se expresa, confiriendo a tal expresión una forma, un ritmo, una estructura. El resultado de este proceso, mediante una ficción jurídica, se convierte en una obra económicamente privatizable. Es decir, cuyo uso o disfrute —cuyo acceso, si prescindimos de una terminología excesivamente economicista— puede ser negado a cualquier persona porque se detenta sobre el mismo una prerrogativa que permite imponer barreras para acceder a ese bien.

En determinadas obras artísticas, como la fotografía y el cine, el “producto” final consiste en una expresión apropiable jurídicamente (la película, la imagen) sobre algo que ya era propiedad privada con anterioridad (un edificio, un coche). Esta nueva propiedad, generada por un aparato (la máquina fotográfica o de filmar), en nada afecta al objeto de cuya imagen se apropia, pero plantea interrogantes en cuanto supone una apropiación de algo que ya había sido apropiado. Es lo que el jurista y filósofo francés Bernard Edelman denomina *sobreapropiación*⁸¹.

En el cine y la fotografía se da un componente de *reproducción* mucho mayor que en otras expresiones artísticas. Una máquina *capta* lo que el objetivo enfoca, sea una sola imagen o una secuencia, y posteriormente se reproduce. En un primer momento histórico, el derecho se resistió a aceptar que la fotografía o el cine pudieran constituir

⁸¹ B. Edelman, *La práctica ideológica del derecho. Elementos para una teoría marxista del derecho*, Tecnos, Madrid, 1980. El título original de la obra, mucho más adecuado para la temática que plantea Edelman, es *Le droit saisi par la photographie. Elements pour une théorie du droit*.

una creación artística, porque se entendía que el trabajo lo realizaba la máquina, quedando el sujeto humano relegado a mero operador de ésta. Arte y cine eran considerados opuestos; donde éste es mecánica, aquél es inteligencia. El técnico que opera las máquinas no expresaría así su personalidad en el cine como lo hace el artesano, el pintor. El cineasta sería un individuo anónimo, pues el trabajo puede realizarlo *cualquiera*. El artista, en cambio, muestra con su obra el talento que le es inherente. Edelman explica que el cine es entendido, a principios del siglo XX, como un «espectáculo de curiosidades», como un mero entretenimiento que «se propone más bien excitar, y algunas veces impresionar la curiosidad pública, más que despertar y desarrollar el sentimiento estético de los espectadores»⁸².

Esta percepción sobre el cine, la fotografía y la estética artística y, sobre todo, la regulación jurídica, cambia cuando «la fotografía y el cine [son] tomadas en consideración por la industria, [lo que] va a producir los efectos jurídicos más inesperados: el fotógrafo sin alma va a ser entronizado artista, el cineasta creador, cuando las relaciones de producción lo exigen»⁸³. Continúa Edelman, «¿qué alma es esta (la creación), que depende en última instancia de las relaciones de producción?»⁸⁴. Es más, con la *entrada* del cine y la fotografía en el comercio y en la regulación jurídica, ésta establece el necesario reconocimiento del autor y, a la par, la necesaria limitación de ese reconocimiento. Es decir, se reconocerá al fotógrafo y al cineasta como artistas, quedando “protegidos” por las normas de propiedad intelectual. A su vez, como en el resto de obras artísticas e intelectuales, la protección no lo será tanto hacia el sujeto creador como al sujeto productor, o a quien posee el capital para producir o apropiarse del bien cultural.

El análisis de Edelman permite ver cómo el derecho se amoldó a las necesidades de la incipiente industria fotográfica y cinematográfica considerando estas dos expresiones como arte. Porque esta consideración permitía la aplicación de una normativa proteccionista con los *propietarios*, no con el autor como tal. En un determinado momento histórico, cine y fotografía fueron colocadas bajo el paraguas jurídico de la propiedad intelectual, pasando el técnico que opera una máquina a ser un autor, un artista, y su obra una mercancía. No se pretende aquí sembrar duda alguna sobre si el cine y la fotografía son o no —tampoco es el planteamiento de Edelman— susceptibles de ser considerados expresión artística. Al contrario, se quiere poner de manifiesto que tal consideración fue fruto de un interés puramente comercial. Precisamente que el cine y la fotografía fueran regulados bajo los mismos parámetros que otras obras artísticas tan diferentes —partituras, esculturas, novelas— se debe a que el objetivo

⁸² Tribunal de policía de Hyères, 1912, *ibid.*, pp. 64 y 65.

⁸³ *Ibid.*, p. 66.

⁸⁴ *Ibid.*

último es uniformizar tales creaciones bajo una sencilla institución que permita su intercambio sin atender a sus especificidades: la propiedad.

Es decir, la consideración de dos expresiones artísticas como son el cine y la fotografía como susceptibles de ser protegidas mediante *propiedad intelectual* es fruto de necesidades empresariales, y no porque tal forma de regular la creación artística — propiedad intelectual o derechos de autor/copyright— sea inherente a todo tipo de expresiones. Se trata de una decisión jurídico-política, motivada en última instancia por intereses económicos. Ello refuerza la idea —que se mantiene a lo largo de todo este trabajo— de que una legislación que verdaderamente pretendiera proteger a los creadores y sus obras debería atender a cada una de éstas de forma diferenciada, prestando atención por tanto a sus rasgos específicos.

En este sentido, la captación de imágenes —en movimiento o estáticas— posee unos rasgos característicos específicos, pues la fotografía y el cine pueden ser sin duda una obra de elevado contenido artístico, pero pueden consistir también en el registro de los hechos, en un importante documento histórico. La idea de *sobreapropiación* de Edelman permite plantear, dada la normativa actual de propiedad intelectual, hasta qué punto es posible apropiar(se) de —convertir en propiedad privada— la reproducción de elementos comunes (*de dominio público*, por usar un lenguaje del ámbito del copyright) como una plaza, un bosque o una playa. Se arguye, en este sentido, que el resultado de fotografiar o filmar puede ser considerado como una (nueva) forma de propiedad. Es más, el proceso de *sobreapropiación* no conlleva perjuicio alguno para el objeto reproducido, pero ello no obsta para que tal reproducción pueda ser negada por los propietarios de ese bien⁸⁵.

La cuestión de la apropiación (o *sobreapropiación*) mediante el *registro* a través de una máquina puede resultar conflictiva precisamente debido a la regulación legal de la propiedad intelectual. La tendencia privatizadora de estas normas ha provocado una inversión de los términos, de forma que hoy en día se entiende toda creación *como obra privada, perteneciente a alguien*, cuantificable económicamente, y por tanto sólo será parte del dominio público cuando caduquen los derechos patrimoniales que recaen sobre ella. Todo es, pues, susceptible de ser privatizado, incluso los acontecimientos históricos.

En 1963, un cineasta amateur registró con su cámara, por casualidad, el asesinato de Kennedy (480 imágenes), y las vendió a la revista Life Magazine. Posteriormente, el escritor Josiah Thompson, al escribir un libro sobre el suceso, fue demandado por utilizar de forma ilícita 22 de las 480 imágenes del film. El escritor argumentaba que se trataba de un suceso que formaba parte

⁸⁵ *Ibíd*, p. 110, que explica el caso de un tribunal que prohibió a un pintor reproducir un castillo en su cuadro por ser el edificio propiedad privada, aunque había sido declarado monumento histórico.

del dominio público, y que la reproducción *tal cual* de los hechos no era susceptible de ser apropiada. El juez, sin embargo, entendió que, si bien en cuanto al *fondo* el tema era un suceso de actualidad, no susceptible de protección por derechos de autor, *la forma* sí era protegible, como elemento que individualiza la reproducción, ya que cada fotografía refleja «la influencia personal del autor y nunca existen dos que sean idénticas»⁸⁶. Huelga decir que la demanda no la interpuso el cineasta amateur, autor en definitiva de las imágenes, sino la revista Life Magazine, *propietaria* de éstas.

Un elemento común, o de dominio colectivo, se ve por tanto constreñido o desplazado por la apropiación del suceso mediante una determinada *forma* concreta. Obviamente, el acontecimiento histórico (la idea, la información) no puede ser privatizado, pero sí el documento gráfico que demuestra que tal suceso ha ocurrido y que, en definitiva, es elemento fundamental de la historia. De hecho, la lógica del juez permite a Edelman señalar que la propiedad intelectual entiende el fondo, la historia, los hechos, como «expresión abstracta de toda propiedad», pues la cámara puede, *otorgándole una forma concreta*, apropiarlo, convertirlo en propiedad privada. «La sobreapropiación de lo real se constituye por el simple registro de lo real»⁸⁷.

En definitiva, la regulación de la producción artística y cultural mediante las normas de propiedad intelectual resulta altamente conflictiva. Se ha visto cómo la realidad tecnológica actual dificulta sobremanera que los bienes culturales circulen como mercancías como cualquier otro bien tangible. La existencia de un único núcleo normativo para todo tipo de creaciones artísticas —en última instancia, una propiedad privada extraña, limitada en el tiempo— conlleva también problemas y dificultades tanto para proteger a los artistas como para garantizar que puedan seguir desarrollando su trabajo. El propio concepto de *sobreapropiación* de Edelman pone de manifiesto las disonancias y los absurdos de una normativa cuyo objetivo principal es garantizar la conversión de las obras en un activo económico, independientemente de los problemas que ello pueda provocar. Como se verá en el capítulo siguiente, la expansión internacional de una regulación en cuyo núcleo se encuentra este tipo de propiedad no ha sido pacífica, y responde más a esfuerzos por conquistar nichos de mercado por parte de determinados países que por su utilidad real para defender a los creadores y difundir sus obras. Este proceso de expansión internacional coincide precisamente con los cambios políticos, tecnológicos, sociales y jurídicos de finales del siglo XX.

⁸⁶ *Ibíd.*, p. 88.

⁸⁷ *Ibíd.*

CAPÍTULO III

LA OMC Y LOS ADPIC: DE CULTURA A MERCANCÍA. LA ESTRUCTURA INTERNACIONAL DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

La propiedad intelectual sobre bienes culturales, como se ha visto, no está exenta de problemas, dadas las posibilidades de la informática de reproducir esos bienes y de internet de difundirlos infringiendo la normativa. A pesar de ello, la normativa de propiedad intelectual se ha extendido a casi todos los países del mundo, de forma que hoy la legislación es muy similar —con determinadas diferencias, sobre todo entre países con copyright y países con derechos de autor— en todos ellos.

Pero la propiedad intelectual en su sentido más amplio (derechos de autor o copyright, patentes, marcas...) no se puede entender como el fruto de una decisión, soberana e individual, de un Estado para proteger e incentivar —si es que verdaderamente sirve para ello— la creación artística e intelectual en su territorio. En siglos pasados, los derechos de autor, el copyright o los derechos de patentes de un país dependían de cómo quisiera regularlos ese país; por tanto, esos derechos eran relevantes en otra nación sólo en la medida en que esta última quería reconocerlos¹. Por ejemplificar, una patente inglesa por la invención de un motor específico o el copyright sobre una novela fiaban su protección en Italia a que este país, soberano, tuviera la voluntad política de reconocer a extranjeros los mismos derechos que reconocía a sus nacionales.

Es decir, que, si bien el régimen de propiedad intelectual e industrial era aplicable en principio a todo un territorio nacional sin diferencias entre los ciudadanos, su eficacia internacional dependía de que los países llegaran a acuerdos entre ellos. Y, durante tiempo, la protección de obras y creaciones más allá de las fronteras del país de origen era una cuestión bastante incierta². El régimen actual de propiedad intelectual e industrial, ampliamente uniformizado y homogeneizado durante los últimos 25 años

¹ C. Schmitz Vaccaro, «Evolución de la regulación internacional de la propiedad intelectual», *Revista La Propiedad Inmaterial*, 17, 2013, 63-92, pp. 68 y ss.

² A raíz de su independencia, y durante gran parte del siglo XIX, EEUU era el principal país del mundo en *piratería* de libros. Muchas publicaciones británicas se imprimían en EEUU en ediciones de peor calidad y a bajo coste sin pagar nada a sus *propietarios* en Reino Unido. Ello permitió que muchos ciudadanos estadounidenses tuvieran acceso a muy bajo coste a gran cantidad de obras, y a su vez el surgimiento de escritores de ese país. *Vid.* J. Pilch, «U.S. Copyright Relations with Central, East European, and Eurasian Nations in Historical Perspective», *Slavic Review*, 65(2), 2006, 325-348, pp. 328 y ss.

es, en este sentido, un hecho novedoso y excepcional en comparación a los últimos dos siglos. Pero este régimen internacional, en el que ha jugado un papel fundamental la Organización Mundial del Comercio (OMC), no puede ser visto como la evolución natural de una progresiva internacionalización de la protección de la propiedad intelectual e industrial. Al contrario, ha sido —y es— fruto de intensas luchas entre intereses económicos contrapuestos y entre diferentes formas de entender cómo se debe gestionar la creación intelectual y artística del ser humano y la transmisión del conocimiento entre generaciones.

Así pues, en la medida en que el mundo se encuentra cada vez más conectado —de forma sin igual, sobre todo, en las últimas dos décadas, lo que se ha venido a denominar proceso de *globalización*— y los bienes, ideas, personas o mercancías circulan con mayor facilidad (las personas, sobre todo si tienen escasos recursos, siempre encuentran mayores dificultades para circular), este reconocimiento de la propiedad intelectual e industrial a nivel internacional se ha convertido en un tema de importancia creciente en términos económicos. Sobre todo, desde el momento en que el conocimiento humano (obras artísticas, inventos y fórmulas, ecuaciones) es entendido cada vez más como un producto con la que se puede comerciar como si fuera un bien cualquiera.

El presente capítulo analiza lo que se considera un verdadero orden institucional internacional que, sobre todo a partir de la creación de la OMC, ha venido a trabajar por la protección y reconocimiento internacionales de una concepción característica sobre cómo se deben gestionar las creaciones artísticas, los inventos y, en suma, gran parte del conocimiento. Concepción que, como se ha dicho, considera que esos bienes inmateriales son un producto cuyo tráfico debe ser protegido y asegurado, independientemente de las consecuencias que esta regulación tenga para los ciudadanos o los propios creadores.

Así, en este capítulo se parte de la idea de que tanto la OMC como el llamado Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) han perseguido objetivos relacionados con una visión mercantil de la producción intelectual en todo el mundo, incluyendo la regulación legal que permite hacerla efectiva. Regulación que, como se verá, favorece particularmente a los países exportadores de este tipo de bienes (principalmente, EEUU, la UE³ y Japón) y a grandes conglomerados empresariales como productoras cinematográficas o empresas farmacéuticas. Se intenta descubrir, también, si la normativa internacional repercute

³ Resulta cuando menos curiosa la *unidad de acción* de la UE (antes CE) en la defensa de la propiedad intelectual, dada la dificultad que ha mostrado en muchos otros ámbitos para hablar *con una sola voz*. Vid. J. Malbon, C. Lawson (Eds.), *Interpreting and Implementing the TRIPS Agreement. Is it fair?*, Edward Elgar, Cheltenham, 2008.

positivamente en los países menos desarrollados (pobres) o, al contrario, son éstos los que acarrearán con los costes de proteger las ideas, las creaciones artísticas y los inventos mediante una normativa privatizadora. Costes que, en casos como los medicamentos, pueden afectar a aspectos fundamentales de la vida humana.

La hipótesis de la que parte el presente capítulo es que el régimen internacional de propiedad intelectual e industrial no tiene como objetivo principal fomentar e incentivar la creación e investigación científica o artística. Tampoco consigue generar beneficios y riqueza para la mayoría de países, sino para unos pocos a costa de otros. En todo el entramado internacional intervienen instituciones como la OMC —pero también el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional—, de dudosa legitimidad democrática, y se producen presiones internacionales para conseguir imponer una legislación concreta en la mayoría de países. El régimen internacional de propiedad intelectual e industrial, en este sentido, resulta un claro ejemplo de la utilización por parte de poderosas organizaciones empresariales del entramado estatal, que se sirven de la capacidad de influencia en diversos gobiernos para defender sus intereses al margen de cualquier control democrático.

Aunque este trabajo analiza lo que en España se denomina propiedad intelectual (derechos de autor, copyright), en este capítulo se atiende también parcialmente lo que en España cae bajo el nombre de propiedad industrial (principalmente, aunque no sólo, patentes y marcas). Y ello porque, a nivel internacional, los *Intellectual Property Rights* (IPRs) engloban ambos ámbitos, y su negociación e imposición se realiza conjuntamente (en el marco de la OMC y los ADPIC) sin distinción alguna.

3.1. Las relaciones de comercio internacional a partir de la Organización Mundial del Comercio

3.1.1. La internacionalización de la propiedad sobre los bienes inmateriales

Como se ha dicho, el reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual por parte de un Estado para nacionales de otro Estado ha sido tradicionalmente una cuestión de voluntad política. El desarrollo de las primeras normas de propiedad intelectual en Europa afectaba por tanto a los países que las aprobaban (con especial relevancia de Francia y Reino Unido, que encarnan los dos modelos principales, derechos de autor y copyright respectivamente).

Los cambios tecnológicos y científicos a raíz de la segunda revolución industrial contribuyeron definitivamente a mostrar la importancia que los bienes inmateriales podían tener en el desarrollo económico de un país y en un modelo de negocio hasta el

momento testimonial. Fórmulas, escritos, composiciones musicales o inventos, así como fotografías y, algo después, el cine, aparecían no sólo como elementos clave para el conocimiento, la educación y el desarrollo de una sociedad, sino como posibles bienes con los que comerciar y obtener importantes beneficios económicos. Si las sociedades incipientemente capitalistas de los siglos XVII y XVIII en Europa empezaron a regular las publicaciones de libros o algunas formas de patente por razón de las pequeñas formas de negocio que surgieron en torno a la edición y a nuevas invenciones, los siglos XIX y XX implicaron una apuesta clara por los bienes inmateriales como uno de los sectores clave de las economías más desarrolladas. Y, para ello, los Estados exportadores de esta clase de bienes inmateriales necesitaron que éstos gozaran de un marco legal similar al suyo fuera de sus fronteras.

Así, más allá de los posibles acuerdos bilaterales entre naciones, el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Intelectual de 1883 y el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886⁴ —ambos hoy todavía vigentes, aunque superados en muchos aspectos por otros acuerdos— marcaron un hito importante en la historia de la protección internacional de la propiedad intelectual e industrial. Y supusieron la plasmación normativa de un modo de entender las creaciones inmateriales desde un punto de vista estrechamente relacionado con su comercialización, pues comprenden el conocimiento y ciertos elementos culturales como bienes susceptibles de ser objeto de negocio. Esta normativa supone la internacionalización de *una* forma de entender la gestión y transmisión de los bienes culturales, no necesariamente compartida por otras comunidades u otros momentos históricos.

El *éxito* de este mecanismo de regulación de los bienes culturales y las invenciones — en ocasiones derivado de una verdadera imposición, tanto mediante amenazas políticas como con sanciones comerciales o, directamente, la intervención militar (colonialismo)— ha provocado su expansión a sociedades muy diversas a la europea o norteamericana. Y, en consecuencia, otras formas de gestión del conocimiento, creación y transmisión de la cultura (no necesariamente mercantilizadoras, como es el

⁴ Estos dos convenios (así como otros 24) son gestionados por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI, *WIPO* en sus siglas en inglés), organismo especializado perteneciente a Naciones Unidas. La creación de la Organización Mundial del Comercio y de los llamados ADPIC (acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, *TRIPS* en sus siglas en inglés) en 1995 marcó un hito histórico al sustraer la gestión del conocimiento humano de un organismo como Naciones Unidas para insertarlo en un organismo internacional dedicado al comercio. *Vid. infra* §3.1.2.1.

caso de los aborígenes australianos o la sociedad japonesa precapitalista⁵) han quedado tradicionalmente sin reconocimiento oficial en el marco internacional.

Es decir, la normativa internacional en esta materia —que, como se verá, determina en gran medida la normativa nacional— impone *una forma* de entender la gestión del patrimonio cultural y tecnológico humano. Una forma cuya característica principal es que permite la apropiación en manos privadas de ese patrimonio en forma de bienes comercializables para generar beneficios económicos, independientemente de las necesidades de la sociedad que posibilita esas mismas creaciones y de las condiciones de los propios creadores.

Durante la segunda mitad del siglo XX (y, en parte, ya durante la Segunda Guerra Mundial) se han producido cambios sin precedentes en el ámbito de la informática, química, biotecnología, nuevos materiales, robótica, inteligencia artificial etc. En definitiva, lo que ha venido a denominarse una tercera revolución industrial⁶. Se ha producido, también, una creciente mercantilización de algunos bienes culturales, que se han convertido en objeto de entretenimiento masivo, especialmente en el ámbito de la música, el cine y la literatura. Así como una fuerte apuesta por expandir el ámbito de lo patentable. Lo cual ha puesto de manifiesto que los *bienes inmateriales* —que en realidad no son sino derechos de propiedad sobre creaciones intelectuales— pueden suponer una importante fuente de riqueza hasta el punto de convertirse en una de las industrias más importantes para países como EEUU, Japón, y algunos Estados de la Unión Europea. El fin de la URSS, la quiebra del modelo keynesiano y el avance definitivo del proceso de globalización a partir de los años noventa han marcado un antes y un después en las políticas de gestión de los bienes culturales y el inicio de un periodo de expansión del modelo mercantilista que venía perfilándose ya desde el siglo XIX en Europa.

Los países más desarrollados —en el ámbito de la propiedad industrial e intelectual, suele hacerse referencia principalmente a EEUU, Japón y la UE, pero también tienen cabida otros países como Australia o Canadá—, exportadores netos de productos intelectuales como patentes, marcas, libros, música, películas, fotografía etc., han tratado de poner en marcha durante la última década del siglo XX un mecanismo que garantice en cualquier país del mundo un régimen de protección para los bienes inmateriales similar al suyo propio nacional. De esta forma, este haz de creaciones

⁵ P. Drahos, «When cosmology meets property: indigenous people's innovation and intellectual property», *Prometheus: Critical Studies in Innovation*, 29(3), 2011, 233-252; T. Mitsui, «Copyright and Music in Japan: A Forced Grafting and its Consequences», *Music and Copyright* (ed. Simon Frith), Edinburgh University Press, Edinburgh, 1993.

⁶ J.R. Capella Hernández, *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado* (5ª ed. Revisada y ampliada), Trotta, Madrid, 2008, p. 280.

intelectuales puede producir para estos países exportadores —y, directamente, para las industrias que hay detrás— los máximos beneficios posibles. Para ello, la Organización Mundial del Comercio (OMC) y el llamado acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC, *TRIPS* en sus siglas en inglés) han resultado ser elementos fundamentales, indispensables para poder explicar la propiedad intelectual e industrial hoy en día⁷.

En la actualidad, el principal instrumento internacional que regula todo el ámbito de la propiedad intelectual e industrial de forma general es el acuerdo de los ADPIC. Éste se encuentra inserto en la OMC, por lo que la forma en que ésta funciona afecta de manera determinante a la normativa sobre derechos de autor o patentes. Los ADPIC, por su lado, regulan un exigente sistema de mínimos sobre protección a la propiedad intelectual e industrial que deben adoptar en su normativa nacional todos los países miembros de la OMC. Los incrementos de protección que se han dado en la última década han sido sobre todo a través de mecanismos bilaterales⁸ o de ámbito regionales (como en la UE); los ADPIC, pues, permanecen como el elemento normativo internacional más importante y extendido en esta materia, tanto por la estructura en la cual están insertos —la Organización Mundial del Comercio— como por el alcance que han logrado.

3.1.2. *El paso de la propiedad intelectual e industrial a la OMC y el funcionamiento desigual de la Organización*

La lógica de funcionamiento del régimen internacional actual de propiedad intelectual e industrial no se puede explicar sin dar cuenta de cómo adopta sus decisiones la OMC. Y ello porque, a raíz de su creación en 1995, esta organización se ha convertido en el verdadero marco bajo el que se ha impulsado la normativa en esta materia, los ADPIC.

En 1947, tras la Segunda Guerra Mundial, veintitrés países (entre ellos los vencedores de la guerra, como EEUU, Francia o Reino Unido) firmaron un acuerdo conocido como GATT o *General Agreement on Tariffs and Trade* (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio). Al ser uno de los objetivos principales de ese tratado potenciar las relaciones comerciales libres de aranceles o protecciones (libre comercio), sólo se adhirieron los países del bloque occidental, más proclives a adoptar una economía capitalista de mercado. Aunque el tratado no preveía la creación de ninguna institución

⁷ G. Dinwoodie y R. Dreyfuss, *A Neofederalist Vision of Trips. The Resilience of the International Intellectual Property Regime*, Oxford University Press, New York, 2012.

⁸ C. Chen, T. Maxwell, «Three decades of bilateral copyright negotiations: Mainland China and the United States», *Government Information Quarterly*, 27, 2010, 196-207; Chen, Maxwell, «The dynamics of bilateral intellectual property negotiations: Taiwan and the United States», *Government Information Quarterly*, 24, 2007, 666-687.

permanente, se estableció una organización en Ginebra con estructura administrativa, representación permanente y espacio físico para que los delegados pudieran trabajar en un lugar fijo más allá de las reuniones periódicas bianuales.

En un principio, el GATT pretendía permitir a los Estados miembros un fácil diálogo para la adopción de medidas tendentes a reducir aranceles y el librecambio internacional. El modo más importante en el que se adoptaban decisiones-marco eran las Rondas de negociación multilaterales encaminadas a liberalizar el comercio internacional⁹. En 1994, en el marco de la octava Ronda (conocida como Ronda de Uruguay), los Estados parte del GATT decidieron crear la OMC como organismo encargado de fomentar la liberalización de los intercambios internacionales¹⁰. Así, a través del conocido como Acuerdo de Marrakech, nació la Organización Mundial del Comercio.

El acuerdo también contenía cuatro grandes anexos. El primero, a su vez, estaba dividido en tres subanexos. El 1A, que recogía un nuevo GATT, así como otros acuerdos (de Agricultura, Textil o Subvenciones, entre otros). El 1B, que preveía el GATS o General Agreement of Trade and Services. Y el 1C, que recogía los ADPIC (*TRIPS* en sus siglas en inglés), relativos a la propiedad intelectual e industrial. El segundo anexo describía las normas y procedimientos para la solución de diferencias entre Estados respecto de la aplicación del Acuerdo. El tercer anexo versaba sobre el Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales y, finalmente, el cuarto preveía Acuerdos comerciales Plurilaterales sobre temas sectoriales (por ejemplo, contratación pública o comercio de aeronaves civiles)¹¹.

Los ADPIC, pues, han formado parte fundamental de la OMC desde el momento mismo de su creación. Los países más desarrollados tuvieron un especial interés en llevar adelante este proceso —eminentemente EEUU, que impulsó su inserción en el marco de la OMC, y la UE, que presentó la propuesta final del texto a la postre aprobado—.

3.1.2.1. De la OMPI a la OMC

La OMC trabaja en principio en colaboración con la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI, *WIPO* en sus siglas en inglés), respetando los tratados y convenios ya existentes que ésta gestiona, como los ya mencionados de París y Berna.

⁹ M. Díez de Velasco, *Las organizaciones internacionales*, Tecnos, Madrid, 2006, pp. 440 y ss.

¹⁰ La OMC es una clara continuación de lo que había venido realizando el GATT. No obstante, la OMC cuenta con una infraestructura y un número mucho mayor de Estados parte. Esta expansión del modelo económico propugnado por la OMC (que pasa de ser un acuerdo multilateral a englobar, en unos años, a casi todos los países del mundo) se debe en parte al fin de la alternativa que suponía el bloque soviético.

¹¹ Díez de Velasco, *ibíd.*

En este sentido, el acuerdo de los ADPIC supone una novedad porque implica la asunción de la gestión y transmisión de formas de conocimiento y cultura del ser humano por parte de una organización cuyos objetivos están relacionados con el comercio. Ello permite explicar por qué los ADPIC no regulan de forma específica ninguna previsión relativa a los derechos morales —que no generan ningún beneficio económico—, que sí están en cambio contenidos en el Convenio de Berna.

Este *salto* de la OMPI a la OMC¹² refuerza la percepción de que los bienes culturales pueden ser considerados como un objeto comercial cualquiera. La idea subyacente es que las obras artísticas o culturales y los inventos y desarrollos tecnológicos pueden y deben ser apropiados y comercializados privadamente, y por tanto su tráfico jurídico debe ser regulado, protegido y asegurado —debe ser *previsible* para dar seguridad jurídica a quienes comercian con estos bienes—.

Las excepciones a las normas impuestas por los ADPIC (como la llamada ‘excepción cultural’ en Francia, que permite imponer cuotas de cine francés en sus salas, o las excepciones a las patentes por motivos de salud pública¹³) son escasas y en ocasiones se encuentran con muchos obstáculos para que los países puedan esgrimirlos. Como se verá, ciertos Estados —particularmente EEUU y algunos países europeos— presionan duramente a aquéllos que tratan de buscar excepciones a las normas de propiedad intelectual e industrial impuestas por los ADPIC y la OMC.

La inclusión de los ámbitos de propiedad intelectual e industrial bajo el paraguas de una organización comercial implica que en los debates de la OMC sobre estos temas la decisión final proviene de un cargo político cuyas responsabilidades son de carácter comercial, industrial y económico. Al margen de que cada país cuente con expertos en determinadas materias sometidas a debate en el seno de la OMC (por ejemplo, expertos en agricultura, en servicios de transporte o en aviación civil), en última instancia los delegados en Ginebra para las reuniones forman parte del Ministerio de Comercio —o equivalente en cada Estado— y no del Ministerio de Salud o Educación, dos ámbitos enormemente afectados por lo que se decida acerca de la propiedad industrial e intelectual¹⁴.

A pesar de cierta reticencia inicial por parte de algunos países en desarrollo y países pobres de permitir este paso de la propiedad intelectual e industrial de la OMPI a la OMC a través de los ADPIC, lo cierto es que los principales impulsores de este cambio

¹² J. Smiers, *Un mundo sin copyright. Artes y medios en la globalización*, Gedisa, Barcelona, 2006, p. 236.

¹³ G. Martin, C. Sorenson, T. Faunce, «Balancing intellectual monopoly privileges and the need for essential medicines», *Globalization and Health*, 3(4), 2004.

¹⁴ F. Jawara y A. Kwa, *Tras las bambalinas de la OMC. La cruda realidad del comercio internacional*, Intermón Oxfam, Barcelona, 2005, p. 308.

(EEUU, Europa y Japón) no encontraron grandes resistencias. Y ello pese a que se trata de un salto cualitativo para el que difícilmente hay marcha atrás¹⁵. Parte de esta facilidad para incluir la propiedad intelectual e industrial como elemento de comercio bajo la estructura de la OMC se ha debido a la concesión de los Estados ricos a los pobres de ciertas ventajas económicas en otros ámbitos, como por ejemplo «incrementar el acceso al mercado textil o el compromiso de futuras liberalizaciones en la agricultura»¹⁶. Es decir, prometiendo un incremento del acceso de ciertos productos (por ejemplo, de países africanos) a los mercados europeo y estadounidense. Estas promesas, sin embargo, no siempre se cumplieron, o fueron postergadas durante años.

En el análisis de cómo la propiedad intelectual e industrial pasó de la OMPI a la OMC subyace la idea de que los países menos desarrollados no comprendían los efectos potenciales de ese cambio. Estos países —inexpertos muchas veces en temas de propiedad intelectual o industrial, sea por la escasez de creación tecnológica y cultural, sea porque gestionaban de otra forma el conocimiento de su sociedad— no eran del todo conscientes de lo que iba a suponer aprobar el acuerdo de los ADPIC ni del impacto que ello podría tener en sus economías y en sectores como el de la salud o la educación. De haberlo sabido, tal vez muchos países pobres hubieran ofrecido mayor resistencia a una normativa que permite patentar recursos biológicos (sustrayendo su uso a los pueblos que tradicionalmente han utilizado esos recursos), que vuelve inaccesibles para los ciudadanos muchos medicamentos vitales o que dificulta el acceso a bienes culturales, dominados por grandes industrias internacionales del entretenimiento. Ello permite entender el incumplimiento sistemático de la normativa por parte de algunos países¹⁷.

El principal interés en vincular la propiedad intelectual e industrial a la OMC era, como se ha dicho, de los países exportadores de estos bienes inmateriales. Particularmente de EEUU, cuya industria cinematográfica, farmacéutica e informática, presionó durante los años ochenta para vincular este ámbito al comercio internacional. Para ello, algunas de estas grandes industrias formaron el ACTN (*Advisory Committee for Trade Negotiations*), integrado por directivos de empresas del sector (IBM, DuPont, Pfizer), con la tarea de proporcionar asesoramiento al *US Trade Representative*¹⁸, que participaba en las negociaciones internacionales¹⁹.

¹⁵ S. Sell, «Life after TRIPS - aggression and opposition», en K. Maskus (Ed.), *The WTO, Intellectual Property Rights and the Knowledge of Economy*, Edward Elgar, Cheltenham, 2004, 73-119, pp. 72-73.

¹⁶ K. Maskus, «Regulatory standards in the WTO: Comparing intellectual property rights with competition policy, environmental protection, and core labor standards», en K. Maskus, *The WTO, Intellectual Property...* pp. 56-57.

¹⁷ A. Jauhar, «All talk and no bite: Copyright infringement and piracy trends in India», *Computer Law & Security Review*, 27, 2011, 537-541.

¹⁸ La USTR (US Trade Representative) Office u Oficina del Representante de Comercio de EEUU es la agencia estadounidense encargada de planificar y desarrollar la política comercial de este país. Su cercanía a sectores empresariales e industriales privados ha sido una constante con todos los gobiernos de EEUU.

¹⁹ P. Drahos, «Information Feudalism in the Information Society», *The Information Society*, 11, 1995, 209-222, p. 212.

El paso a la OMC, además, implica la posibilidad por parte de los Estados miembros de utilizar el mecanismo de resolución de conflictos previsto en el GATT contra otros países si consideran que no se cumplen las exigencias previstas en el acuerdo de los ADPIC. Entre las posibles consecuencias están las sanciones comerciales²⁰, que en última instancia pueden repercutir en la población. Por si fuera poco, la entrada en la OMC exige la aceptación por parte de los nuevos Estados del acervo de esta organización —*todos* los acuerdos y tratados aprobados en su seno, incluidos los ADPIC—.

Las sanciones tienen efectos muy diferentes para los distintos países. Es decir, no es lo mismo que EEUU imponga restricciones comerciales a un país asiático o surafricano que a la inversa. De hecho, para los países pobres puede resultar incluso contraproducente castigar a un país incumplidor, pues les supone mayor costo económico a ellos que al sancionado.

3.1.2.2. Negociaciones, amenazas, pactos y promesas

Este paso de la OMPI a la OMC ha implicado someter la propiedad intelectual e industrial a las formas de funcionar y adoptar decisiones de la OMC que, como ha ido quedando patente con el paso de los años, resultan especialmente desiguales y perjudiciales para algunos países.

La Organización Mundial del Comercio celebra sus principales reuniones, las Conferencias Ministeriales (Seattle, 1999; Doha, 2001), cada dos años. En éstas, todos los países miembros (164)²¹ participan, y cada Estado cuenta con un voto. Las Conferencias Ministeriales son importantes porque es donde se toman las principales decisiones de la organización. Ahora bien, la necesidad de consenso entre todos los miembros —forma heredada de las antiguas reuniones del GATT— provoca un juego de poderes en el que las negociaciones, las amenazas, los pactos y las promesas son elementos cotidianos. Y ello porque, dado el tamaño actual de la OMC (casi todos los países del mundo), la unanimidad no resulta una forma de tomar decisiones demasiado adecuada, máxime cuando las decisiones que favorecen a unos tienden a perjudicar a otros. Así pues, al margen de la postura oficial de la Organización —bajo la cual las decisiones se toman de forma unánime— el funcionamiento real está basado en (y

²⁰ D. Harris, «TRIPS' Rebound: An Historical Analysis of How the TRIPS Agreement Can Ricochet back against the United States», *Northwestern Journal of International Law & Business*, 25(1), 2004, 99-163, pp. 104-105.

²¹ A 29 de julio de 2016, son 164 los miembros de la OMC, según la propia organización. Información consultada el 6 de abril de 2017. https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org6_s.htm

provoca) profundas desigualdades entre sus miembros a la hora de obtener resoluciones favorables a sus intereses.

Si se piensa en la propia estructura de la OMC y sus objetivos (claramente económico-comerciales) y en la adopción de decisiones por unanimidad, cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿Cómo puede una organización cuyos miembros tienen en muchas ocasiones intereses contrapuestos e incompatibles satisfacer las necesidades de todos ellos? ¿Funciona la OMC de forma que todos los Estados ceden en algunos aspectos a la hora de tomar decisiones, de forma que todos salen equitativamente perjudicados o beneficiados? Resulta obvio que la adopción de ciertas decisiones (como proteger ciertos productos europeos con aranceles) puede perjudicar claramente a algunos países (la protección de productos europeos puede perjudicar las exportaciones de productos manufacturados africanos) en beneficio de otros. Luego, si la OMC adopta una decisión respecto a la protección arancelaria, ésta puede beneficiar a uno en perjuicio de otros, pero aun así deberá ser tomada con el voto favorable de todos los Estados, incluidos aquellos que salen claramente perjudicados por la decisión.

Todo ello permite pensar que, en realidad, una parte importante de las decisiones de la OMC tiene que ver con cómo se negocian y se pactan antes de ser aprobadas por unanimidad, pues esa unanimidad no necesariamente implica que haya acuerdo sobre el tema²². En este sentido, resultan de sumo interés las negociaciones previas entre los diferentes países miembros. Un campo en el que los países ricos han jugado tradicionalmente con enorme ventaja. A ello ha contribuido el hecho de que los tiempos juegan a favor de unos y en contra de otros, la diferencia de recursos entre países desarrollados y países pobres o la posibilidad de imponer sanciones de aquéllos frente a éstos.

El tiempo, en efecto, es un elemento a favor de los países desarrollados, que pueden sencillamente esperar a que el desgaste haga mella en los países pobres, en parte porque los países ricos no acostumbran a tener situaciones de urgencia nacional en materias como la salud pública. «Cuanto más tiempo hay, mejor pueden trabajar EEUU y la CE con los países en desarrollo y ejercer sus presiones unilaterales [...] En cierto modo, se instala el cansancio, [...] se cede más de lo que se hubiera cedido al principio»²³. Además, aunque los países pobres sean más, numéricamente hablando,

²² Aunque se aprueben por unanimidad, en las decisiones de la OMC acostumbra a haber claros ganadores y perdedores.

²³ Jawara, Kwa, *cit.*, p. 56.

deben oponerse públicamente a lo que proponen los países ricos y poderosos. En ocasiones, la presión política es excesiva²⁴.

También los recursos de los países desarrollados son considerablemente mayores. Ello permite a países como EEUU, la UE o Japón tener más delegados en Ginebra, o contratar asesoramientos legales, técnicos y económicos especializados. En ámbitos como los ADPIC, que recogen una forma de entender la gestión cultural con origen en Europa, este tipo de recursos y asesoramiento resulta fundamental para países cuya tradición en la gestión del conocimiento difiere mucho de la propiedad intelectual e industrial.

Es el caso de muchos países africanos, para los que gran parte de este tipo de regulación ha llegado impuesta por la colonización. O para países como Australia, cuyos aborígenes son creadores de obras y diseños, pero cuya gestión de ese conocimiento difiere totalmente del uso mercantil que hace el gobierno australiano de las creaciones intelectuales²⁵. Incluso Japón, para cuya sociedad la propiedad intelectual resultaba un elemento extraño, ha debido adaptarse a los imperativos internacionales, si bien cuenta con unas posibilidades de asesoramiento, una posición en la industria electrónica y una capacidad de presión *lobística* mucho mayores que han convertido al país nipón en una potencia en exportaciones de patentes y marcas²⁶.

Así pues, no resulta extraño que, en el marco del acuerdo de los ADPIC y la salud pública, por ejemplo —ámbito de importancia y sumamente técnico—, hubiera quejas en el seno de la OMC por parte de los delegados de los países menos desarrollados al verse desbordados por la capacidad legal de los países ricos. Esta diferencia se ve aumentada por el hecho de que las principales empresas —del sector farmacéutico, por ejemplo— ponen sus recursos y sus amplios conocimientos técnicos al servicio de los países más desarrollados, a los que presionan para que defiendan sus intereses comerciales²⁷.

El tiempo en las negociaciones o la ingente diferencia de recursos técnicos entre países ricos y países pobres son dos de las estrategias extraoficiales que inclinan la balanza a la hora de negociar y proporcionan a los países desarrollados una ventaja que permite explicar por qué a pesar de tomarse las decisiones de forma unánime y haber más países pobres que ricos, éstos salen comúnmente beneficiados por las medidas adoptadas. Y no son las únicas estrategias. También la propia estructura de la OMC contribuye a dar

²⁴ P. Drahos, «When the weak bargain with the strong: negotiations in the WTO», *International Negotiation*, 8(1), 2003, 77-109.

²⁵ Drahos, «When cosmology meets property...»; J. P. Barlow, «The economy of ideas. A framework for patents and copyrights in the Digital Age», *Wired*, 1994.

²⁶ Mitsui, «Copyright and Music in Japan...».

²⁷ Jawara, Kwa, *cit.*, p. 144.

ventaja a los países desarrollados, concretamente por cómo se resuelven los problemas que surgen entre distintos países respecto del cumplimiento de la normativa aprobada.

El sistema de resolución de conflictos de la OMC resulta claramente desigual, y en ocasiones de escasa utilidad. Ello se debe, principalmente, a que una de las posibles — y a priori más efectivas— medidas a tomar como castigo son las sanciones comerciales sobre los países incumplidores. Lo cual resulta enormemente asimétrico, dado que la restricción del tráfico comercial por parte de un país pobre hacia uno rico apenas repercute en la economía de este último, pero puede suponer una verdadera carga para el país menos desarrollado. Pero lo contrario —restricción comercial de EEUU a Tailandia, por ejemplo— se convierte en una medida poderosa y eficaz, capaz de lograr que los países pobres cumplan todos los acuerdos adoptados por la OMC (aun cuando éstos les perjudiquen) y que desistan de persuadir a los países ricos de que a su vez cumplan bajo la amenaza de sanciones²⁸.

Los propios delegados de los países en desarrollo reconocen que en ocasiones ni siquiera merece la pena emprender un litigio, «pues hay que seguir un proceso muy largo y caro. Aunque [...] contamos con el Centro Independiente de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC, nos sigue resultando mucho más práctico llegar a acuerdos al margen de los tribunales»²⁹. De hecho, muchas de las disputas de la OMC se resuelven *out of court*, lo que permite a los países poderosos ejercer presión a los países más pequeños y conseguir que acepten su interpretación de un acuerdo o tratado en disputa³⁰.

Si, a pesar de todo lo visto anteriormente, los países ricos se ven sobrepasados en número e incapaces de convencer al resto de Estados, pueden sencillamente optar por no llegar a ningún acuerdo en el marco de la OMC. Al adoptarse las decisiones de las Conferencias Ministeriales por unanimidad, es suficiente con que un país se niegue a aprobar la propuesta para que ésta no salga adelante. Como se ha dicho, el tiempo juega en contra de los países pobres, cuyas poblaciones se encuentran generalmente en situaciones mucho más precarias, por lo que sus gobiernos observan con mayor urgencia posibles medidas que pueden suponer un incremento de las relaciones comerciales o una suavización de las exigencias. Por su parte, los países desarrollados pueden renunciar a llegar a acuerdos mediante la OMC e intentar alcanzar sus objetivos mediante otros mecanismos (lo cual, de hecho, es una práctica habitual).

Que las negociaciones queden encalladas no es infrecuente. En la Conferencia Ministerial de Cancún, ante la falta de acuerdo, el Vicepresidente para asuntos

²⁸ *Ibid.*, p. 89.

²⁹ *Ibid.*, p. 90.

³⁰ Malbon, Lawson (Eds.), *Interpreting and Implementing...* p. 12.

económicos internacionales de la *National Association of Manufacturers* de EEUU comentaba: «La industria estadounidense quiere acceso al mercado. Si no podemos conseguir un terreno de juego parejo en la OMC, sacaremos nuestras fichas de póquer de esta partida y empezaremos a negociar acuerdos de libre comercio donde sepamos que podemos lograr un trato justo»³¹. En realidad, y como se verá posteriormente con los ADPIC y la propiedad intelectual e industrial, en no pocas ocasiones a ciertos países desarrollados como EEUU o la UE les merece la pena tratar de conseguir sus objetivos mediante tratados bilaterales de libre comercio en los que acostumbran a conseguir imponer su criterio debido al temor político y económico que infunden estos países poderosos, cuyos castigos comerciales —cuando no militares— pueden perjudicar mucho a las poblaciones de los países pequeños (piénsese, por ejemplo, en los efectos del embargo comercial a Cuba).

Ante la desigual situación de países ricos y países pobres en el seno de la OMC, éstos han intentado establecer alianzas y pactos para tratar de ganar fuerza frente a los gigantes como EEUU, la UE, Japón o Canadá. Y la respuesta de los países ricos ha sido tratar de romper estas alianzas y provocar la división entre los Estados menos desarrollados. Las estrategias utilizadas han sido varias y diferentes, y pueden consistir en simples y burdas amenazas, pero que, junto al miedo de posibles sanciones y restricciones comerciales, terminan surtiendo efecto. En estos términos se expresaba el comisario de agricultura de la CE sobre el G20³²: «Cuando se mira la reciente propuesta extremista auspiciada por países como Brasil, China y la India entre otros, no puedo evitar pensar que estamos en órbitas completamente diferentes. Si queremos trabajar, deben tener los pies en la tierra. Si quieren seguir en su órbita espacial, no llegarán a la luna ni a las estrellas, sino que más bien se irán con las manos vacías»³³.

EEUU, por su parte, intentó sembrar cierta discordia para evitar que los países africanos se unieran al G20. Dos meses antes de la Conferencia Ministerial de Cancún, el presidente Bush había visitado al presidente de Uganda Yoweri Museveni. Posteriormente, Museveni envió una carta a los ministros africanos advirtiéndoles de los peligros de alinearse con los países pobres asiáticos y latinoamericanos (G20) para los intereses de África. Carta «cuya semejanza de estilo y contenido con la de Rosa

³¹ Jawara, Kwa, *cit.*, p. 23.

³² El G20 o *Grupo de países en desarrollo* es un grupo de naciones en desarrollo —en torno a los 20 países, aunque su composición ha variado mucho a lo largo de los años— formado en la Conferencia Ministerial de Cancún (2003) para unificar ciertos intereses de los países pobres o en desarrollo frente a lo que consideraban ciertos abusos de los países ricos. En este sentido, supuso un claro contrapoder a EEUU y la UE en la OMC. Entre otros, forman este grupo China, la India, Argentina, Brasil, México, Sudáfrica o Venezuela.

³³ *Ibíd.*, p. 38.

Whitaker, antigua asistente del USTR [...] es demasiado sorprendente para que sea una coincidencia»³⁴.

Estas dos últimas estrategias apuntadas —la consecución de objetivos mediante tratados bilaterales de libre comercio y los intentos de separar el G20— han sido incluso utilizadas simultáneamente. El senador estadounidense Chuck Grassley lanzó una amenaza velada en este sentido durante la Conferencia Ministerial de Cancún, avisando de que utilizaría su posición política al pactar acuerdos bilaterales —que deben pasar por el Senado— teniendo en cuenta las posturas adoptadas por los miembros de la OMC. Decía, literalmente, que «los Estados Unidos evalúan posibles socios con los cuales establecer tratados de libre comercio sobre una base continua. Tomaré nota de las naciones que tuvieron un papel constructivo en Cancún, y de las que no lo tuvieron»³⁵.

Este tipo de amenazas tienen enormes repercusiones en países cuyas economías y a veces la subsistencia de sus ciudadanos depende mucho de las relaciones comerciales internacionales. Este y otros avisos de EEUU o la UE tras la Conferencia de Cancún influyeron definitivamente en que Honduras y República Dominicana se mantuvieran fuera del G20, y de que El Salvador abandonara el grupo. Estados Unidos también advirtió de que el CAFTA (Tratado de libre comercio entre EEUU, Centroamérica y República Dominicana) era incompatible con pertenecer al G20. Tras una subvención de más de 6 millones de dólares a los socios del CAFTA, Costa Rica también se retiró del G20. El senador de EEUU Norm Coleman visitó Colombia tras la fallida Conferencia Ministerial de Cancún y le advirtió de que seguir en el G20 no conduciría a buenas relaciones entre EEUU y Colombia. Poco después, este último abandonaba el G20 y, efectivamente, en 2004 se iniciaban las relaciones para un tratado de libre comercio con EEUU. También terminaron abandonando el grupo Perú y Ecuador, y muchos otros se alejaron o condicionaron su pertenencia a la negociación sólo en ciertos sectores o ámbitos, como es el caso de México o Tailandia³⁶.

Parece claro que el funcionamiento de la OMC dista de ser abierto, transparente y democrático. La presión y las amenazas por parte de los países más ricos —especialmente EEUU y la UE— son una constante y permiten explicar por qué la OMC adopta decisiones de forma recurrente que perjudican a la mayoría de sus miembros. Tal y como está configurada hoy en día, la OMC supone una suerte de estructura internacional cuyas decisiones (incluyendo las sanciones) van encaminadas a proteger los intereses comerciales de los países desarrollados, altamente representativos de los

³⁴ *Ibid.*

³⁵ C. Grassley, *ibid.*, p. 58.

³⁶ *Ibid.*, pp. 58-60.

intereses de grandes empresas multinacionales. Esta forma de funcionamiento resulta de aplicación a todos los ámbitos que cubre la OMC; también, por tanto, a los ADPIC y las normas de propiedad intelectual e industrial.

A la luz del funcionamiento de la OMC en la adopción de decisiones, esta organización merece cuando menos ser puesta en cuestión, dado que falla en la consecución de sus objetivos básicos (en sus propias palabras, «ser más beneficiosa para los países en desarrollo» o ««ser previsible y transparente»³⁷). La OMC, que juega un papel fundamental en la dirección de las políticas y la adopción de normativas de muchos países, forma parte de lo que J.R. Capella ha denominado *soberano supraestatal difuso*³⁸, en cuanto goza de una enorme influencia internacional y toma decisiones que afectan a ciudadanos de todo el mundo, pero no se encuentra sujeta a control democrático ni transparencia alguna. Este nuevo «campo de poder»³⁹ cuenta con el apoyo de otras instituciones, como el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional, que ofrecen créditos y facilidades económicas a los países en desarrollo si llegan a acuerdos —que generalmente les perjudican— en el seno de la OMC. En ocasiones, sin embargo, los países pobres se niegan a endeudarse bajo las condiciones de estos dos organismos, pues supone renunciar a una fuente de ingresos constante (fruto de intercambios comerciales) a cambio de un préstamo puntual que va en detrimento de la economía del país a medio y largo plazo⁴⁰.

Lo que se ha visto hasta ahora es un esbozo de los modos de funcionar que tiene la OMC actualmente. Es en esta estructura internacional en la que se insertan como eje fundamental los ADPIC. Ello permite entender en qué marco funcionan los derechos de propiedad intelectual e industrial, y permite explicar con mayor facilidad cómo una normativa que perjudica los intereses de una gran mayoría de países en beneficio de unos pocos ha sido aprobada y en muchos casos es efectivamente aplicada por los países pobres.

3.2. Los ADPIC y su configuración internacional

El acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) es una parte fundamental de la OMC. La inclusión de este anexo en el acuerdo constitutivo de la organización ha implicado valorar la propiedad

³⁷ https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/what_stand_for_s.htm, consultado el 24 de marzo de 2015.

³⁸ J.R. Capella, *Entrada en la barbarie*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 167 y ss.; *Fruta Prohibida*, Trotta, Madrid, 2008 (5ª ed. Revisada y ampliada), pp. 304 y ss.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Jawara, Kwa, *cit.*, p. 45.

intelectual e industrial como un aspecto más del comercio, y someter la negociación de temas relacionados a los modos de funcionar de la OMC.

En realidad, la propia idea de propiedad intelectual e industrial resulta en esencia contraria a la lógica de libre mercado en la que se basa la OMC. La propiedad sobre bienes inmateriales es una ficción que otorga un privilegio de monopolio temporal, que trata de justificarse a sí mismo alegando que de esa manera (convertido en un bien intercambiable, una mercancía), puede funcionar como activo económico y ser objeto de tráfico comercial, incentivando así la creación y repercutiendo los beneficios en los creadores. La propiedad intelectual e industrial supone por tanto una *excepción* —en la lógica económica hegemónica— a los principios básicos de funcionamiento del capitalismo contemporáneo y la idea de libre comercio y libre competencia de la OMC. En realidad, no obstante, es un privilegio que descansa sobre la imposición de una *desventaja común* en el acceso de la población al bien protegido⁴¹.

La propiedad intelectual e industrial, pues, supone una barrera al comercio, aunque en las negociaciones de la Ronda de Uruguay sobre la creación de la OMC «fue justificada [...] como necesaria y favorable al comercio»⁴². Como argumenta Susan Frankel, que esto sea así es una opinión que fue discutida entonces y que todavía hoy lo es.

En las páginas siguientes se defiende que la normativa internacional sobre propiedad intelectual e industrial, sobre todo a través de los ADPIC, resulta económicamente proteccionista de un mercado (en particular, el estadounidense, pero también el europeo, el japonés y el de ciertos países desarrollados). Y que, a su vez, esta normativa impone una suerte de *libre mercado* (en el sentido de que prohíbe medidas de proteccionismo estatal) para una figura jurídica (la *propiedad* sobre bienes inmateriales) que es de por sí una ficción sólo posible a partir de su creación, defensa y protección por parte del aparato estatal. De hecho, que los ADPIC suponen beneficios económicos para EEUU, la UE o Japón es una evidencia constatable empíricamente, pero ello no implica necesariamente un beneficio para el comercio en general⁴³. Al contrario, es posible argumentar que los ADPIC imponen un régimen altamente beneficioso para algunos países (ricos) en detrimento de otros, en clara consonancia con cómo viene funcionando la OMC.

La historia de los ADPIC es, en definitiva, la historia sobre cómo determinados países han conseguido adaptar la legislación internacional (que a su vez configura la normativa nacional de cada Estado) a sus intereses comerciales. Con la consecuencia

⁴¹ Drahos, «Information Feudalism...» p. 220.

⁴² S. Frankel, «Legitimidad y finalidad de los capítulos de propiedad intelectual en los tratados de libre comercio (TLC)», *Revista La Propiedad Inmaterial*, 15, noviembre 2011, 169-187, p. 178.

⁴³ *Ibíd.*, p. 179.

de que se ha sustraído a las poblaciones la capacidad decidir de forma democrática sobre aspectos comercial y económicamente de importancia que afectan a la gestión del conocimiento, las invenciones y las expresiones artísticas y culturales de la sociedad.

Pero la aprobación del Acuerdo de los ADPIC no ha sido del todo pacífica, por más que el carácter unánime de la OMC así pudiera sugerirlo y aunque en última instancia los países en desarrollo no consiguieran oponerse de forma efectiva. Durante las negociaciones de la Ronda de Uruguay del GATT (de donde acabaría saliendo la OMC) en 1994, los principales Estados promotores de un acuerdo sobre propiedad intelectual e industrial (lo que serían finalmente los ADPIC) fueron EEUU, la UE, Japón y Canadá (grupo conocido como *Quad*)⁴⁴. Existía, no obstante, cierta oposición —liderada por países como la India, Brasil o Argentina— a regular la propiedad intelectual e industrial en el marco del GATT, ámbito eminentemente comercial.

Estos Estados habían conseguido oponerse a un aumento excesivo de protección de los bienes inmateriales de forma efectiva en entornos como la OMPI, pero en última instancia fueron incapaces de frenar la aprobación de los ADPIC. Una de las estrategias utilizadas por el *Quad* fue la promesa de que el Acuerdo mejoraría la economía de todos los países del mundo, lo cual se ha demostrado falso. Pero sin duda uno de los argumentos más efectivos fue el de proponer pequeños beneficios comerciales —como la apertura de los mercados estadounidense o europeo a ciertos productos africanos o latinoamericanos— a cambio del apoyo de países pobres. A la hora de la verdad, los países ricos han retrasado constantemente la aprobación de estos beneficios comerciales, que no han tenido apenas impacto en las economías de los países pobres.

También posteriormente, con el Acuerdo ya aprobado, ha habido cierta oposición (una vez se han ido viendo las consecuencias), particularmente en cuanto a las patentes de ciertas formas de vida y a las patentes farmacéuticas⁴⁵. Otros ámbitos, como el copyright o los derechos de autor, han quedado al margen (en general) de esta oposición estatal, circunscribiéndose a movimientos alternativos estrechamente relacionados con internet y nuevas propuestas como las licencias Creative Commons. La resistencia ofrecida —y las victorias obtenidas, como las relacionadas con los medicamentos y las licencias obligatorias (Doha, Seattle)— muestran que la OMC en general y los ADPIC en particular no cuentan con la unanimidad con la que fueron aprobadas. La poca efectiva oposición *antes* de su aprobación se debe, en parte, como dice el informe sobre Desarrollo Humano de Naciones Unidas de 1999, a que acuerdos como los ADPIC «fueron firmados antes de que la mayoría de los gobiernos y la gente entendiera el

⁴⁴ Drahos, «When the weak bargain...».

⁴⁵ Sell, «Life after TRIPS...» p. 90.

impacto social y económico de las patentes sobre formas de vida. También fueron negociados con muy poca participación de países en desarrollo que ahora están notando el impacto de sus condiciones»⁴⁶.

La relativa efectividad con la que se ha conseguido implantar los ADPIC debe ser entendida por motivos como los modos de funcionar de la OMC, la justificación de la propiedad intelectual e industrial como generadora de riqueza y desarrollo, la agresiva política de los países ricos en la OMC y mediante tratados bilaterales, o la asunción como normal de que la *propiedad* sea el elemento central en la gestión del conocimiento en las sociedades. Todo ello, sin embargo, enmascara una normativa impuesta en contra de los intereses de muchos países y sus ciudadanos, que genera beneficios sólo para los Estados desarrollados en detrimento de los demás, y que ignora las especificidades de cada comunidad a la hora de gestionar la creación y difusión del conocimiento.

3.2.1. *La justificación de un tratado desigual*

Una parte del contenido normativo recogido en los ADPIC se encuentra ya previsto en tratados anteriores —especialmente los ya mencionados de París y Berna—, como por ejemplo la previsión de derechos exclusivos sobre las obras literarias y artísticas durante un plazo máximo de 50 años p.m.a (*post mortem auctoris* tras la muerte del autor). No obstante, la inclusión de estos elementos en los ADPIC (y, por ende, en la OMC) tiene consecuencias importantes; el cumplimiento está sometido a los mecanismos de resolución de conflictos de la OMC, al modo de funcionamiento desigual de ésta, y además la aceptación de los ADPIC resulta obligatoria para cualquier país que quiera formar parte de la Organización. Pero a su vez, al quedar bajo el paraguas de la OMC, el funcionamiento de los ADPIC debe regirse por ciertos principios rectores como la «no discriminación», «protección del medio ambiente» o ser más «beneficioso para los países en desarrollo»⁴⁷, lo cual puede tener consecuencias interpretativas de relevancia.

Si en el capítulo siguiente (*vid. infra* cap. 4) se plantea la siguiente pregunta: ¿son los derechos de propiedad intelectual beneficiosos para los autores?, ¿incentivan la creación?, en este contexto de normativa internacional parece lícito preguntarse: ¿son los ADPIC beneficiosos para los países en desarrollo?, ¿genera la propiedad intelectual riqueza global que justifique su existencia?

⁴⁶ *Ibid.* Para el Informe sobre el Desarrollo Humano, *vid.* <http://hdr.undp.org/es/content/informe-sobre-desarrollo-humano-1999>

⁴⁷ <https://www.wto.org>

Parece ser que, «pese a que los ADPIC fueron pregonados como vehículo para el desarrollo económico, la inversión directa extranjera, la transferencia de tecnología, y el incremento de acceso a los mercados del mundo desarrollado en agricultura y textiles, no ha sido demostrado que hayan mejorado las condiciones del mundo en desarrollo»⁴⁸. Los efectos negativos que los ADPIC han tenido a corto plazo, en cambio, sí son empíricamente demostrables, y la estructura internacional que enmarca esta normativa impide a los Estados adaptar sus legislaciones nacionales para tratar de adecuar la propiedad intelectual e industrial a sus situaciones particulares, de forma que por lo menos no suponga un elemento en contra del desarrollo económico de los países más pobres. En éstos, el sistema de patentes auspiciado por los ADPIC es puesto en cuestión por la falta de datos empíricos que avalen su *efecto incentivo* para la innovación⁴⁹, así como por la poca utilidad para los países en desarrollo⁵⁰.

Así pues, los ADPIC han sido justificados por su potencial contribución al desarrollo, a los intereses de los consumidores y de los propietarios de los derechos exclusivos de propiedad intelectual y por su efecto incentivo a la creación de obras literarias y artísticas y de inventos, aunque ninguno de estos efectos haya sido empíricamente demostrado⁵¹. En cambio, parece claro que los ADPIC otorgan a países como EEUU una ventaja injusta sobre el resto de miembros —al fin y al cabo, es el principal poseedor mundial de derechos de propiedad intelectual e industrial— que le permite «influir sobremanera en el ritmo del progreso industrial y tecnológico de los países industrializados y del tercer mundo»⁵².

Ni siquiera en Japón, país en el que se ha dado un rápido proceso de industrialización y especialización técnica, existen datos empíricos que justifiquen la propiedad intelectual e industrial como motor creativo y de innovación. Los investigadores Mariko Sakakibara y Lee Branstetter se preguntan si la expansión de la esfera de acción de las patentes implica mayor esfuerzo en innovación por parte de las empresas, y para ello analizan el caso japonés y su respuesta a la reforma de la normativa de patentes en 1988. En su estudio, ambos autores concluyen que las empresas japonesas no han “respondido” al cambio en el régimen de patentes, sino que se han adaptado al mismo. Es decir, que ha aumentado el número de reclamaciones por parte de propietarios de patentes, pero no hay «pruebas de un incremento en el esfuerzo de innovación o de

⁴⁸ «Although TRIPS had been touted as a vehicle for economic development, foreign direct investment, technology transfer, and increased market access to developed work markets for agriculture and textiles, it has not demonstrably improved conditions for the developing world», Harris, «TRIPS’ Rebound...», pp. 108-109.

⁴⁹ A. Sarkissian, «Intellectual Property rights for developing countries: Lessons from Iran», *Technovation*, 28, 2008, 786-798, pp. 795-796.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Jawara, Kwa, *cit.*, p. 116.

⁵² W. Bello, en *ibid.*

resultados en innovación que pueda ser atribuida de forma plausible a la reforma de la normativa de patentes»⁵³. Conclusión a la que, afirman estos dos autores, han llegado otros investigadores al analizar los datos en países con elevados niveles de protección de la propiedad intelectual e industrial como EEUU⁵⁴.

Al margen del discurso oficial o de la propia idea en la que se basa la OMC, los datos permiten poner en cuestión el argumento de que el endurecimiento de las normas de propiedad intelectual e industrial (o su extensión a todos los países del mundo) vaya a incrementar la innovación o a contribuir al desarrollo de los países pobres. En cambio, el análisis de cómo ha funcionado la aplicación de los ADPIC a nivel mundial permite poner de manifiesto que el Acuerdo ha sido utilizado por los países propietarios de bienes inmateriales (patentes y contenido protegido por copyright o derechos de autor, principalmente) como elemento para exigir que las demás naciones adaptaran su legislación de forma que esos países exportadores salieran beneficiados.

3.2.2. *Un acuerdo que favorece a los propietarios*

3.2.2.1. La imposibilidad de adoptar niveles óptimos de protección

Por todo lo que se ha analizado, aquí se mantiene que los ADPIC no buscan mejorar la situación de los países a los que se aplica, y que resulta dudoso desde un punto de vista empírico que la propiedad intelectual e industrial resulte realmente beneficiosa para incentivar la creación y generar riqueza⁵⁵. El discurso de que esa normativa implica beneficios resulta válido sólo para aquellos Estados que generan una gran cantidad de este tipo de bienes (países con poderosas industrias farmacéuticas, musicales o cinematográficas, por ejemplo), pero es cuestionable para países que, en esencia, son *consumidores* de este tipo de creaciones.

El *consumo* por parte de algunos países de gran cantidad de bienes culturales de otros Estados no responde a que la producción cultural del país exportador sea necesariamente mayor o mejor a la del país importador. Lo que sí se da es una importante operación —por parte de las empresas de entretenimiento— para extender ciertos bienes culturales a *todos* los países. Para ello, por ejemplo, grandes sellos discográficos invierten en artistas locales de otros Estados, proporcionándoles los recursos materiales y personales para editar y vender un disco, y realizan enormes campañas publicitarias. A cambio, estos artistas locales deben adaptar su música a unos estándares exigidos por la discográfica que permiten exportar ese estilo a otros mercados

⁵³ «no evidence of an increase in innovative effort or innovative output that could be plausibly attributed to patent reform», M. Sakakibara, L. Branstetter, «Do stronger patents induce more innovation? Evidence from the 1988 Japanese patent law reforms», en K. E. Maskus (Ed.), *The WTO, Intellectual Property Rights and the Knowledge of Economy*, Edward Elgar, Cheltenham, 2004, 544-567, p. 565.

⁵⁴ *Ibíd.*

⁵⁵ *Vid. infra* §4.1

totalmente diferentes. El éxito comercial (deudor en gran parte de la promoción publicitaria) permite situar a la discográfica en una posición de poder no sólo material sino simbólico frente a otros artistas sin recursos de ese país pobre, cuyas expresiones artísticas originales quedan ocultas a los ojos del gran público. Por ello, cuando se habla de países *consumidores*, debe entenderse en esta doble vertiente: la de la imposición jurídico-estatal de una normativa que entiende las obras como bien comercializable (que trata de explicarse en este capítulo) y la de las agresivas campañas de empresas de entretenimiento extranjeras para *colonizar* los ámbitos y el imaginario cultural de los países en desarrollo.

En este sentido, no resulta descabellado argumentar —dentro de la lógica comercial de la OMC y los ADPIC— que la propiedad intelectual e industrial debería por lo menos poder ser adaptada en cada país a las necesidades que la nación tenga en un momento histórico determinado, en función de su evolución, desarrollo e industrialización. En vez de convertirse en un país altamente desarrollado que produce y exporta filmes y patentes farmacéuticas, a un país poco desarrollado puede interesarle tener niveles bajos de protección que le permitan educar a su población a costes menores o proporcionar medicamentos lo más baratos posibles (en forma, por ejemplo, de genéricos fabricados por el mismo Estado). Incluso, puede interesarle ofrecer una protección por patente de muy corta duración para que sus empresas locales puedan copiarla en un plazo razonable y aplicarla a sus industrias, de forma que la lógica sea que paulatinamente ese país se pueda ir incorporando al mercado global de propiedad intelectual e industrial no ya como un mero consumidor, sino como productor y exportador de bienes inmateriales. O incluso aprobar niveles de protección que respeten otras maneras de entender la gestión y transmisión del conocimiento diferentes a las que propone la normativa internacional actual.

Pero los ADPIC no permiten niveles óptimos en función de las necesidades del país, sino que obligan a aumentar al máximo la protección de propiedad intelectual e industrial, lo cual tiende a beneficiar a los Estados más desarrollados y a sus potentes empresas transnacionales. Es más, hay países en desarrollo que se han visto obligados a adoptar estándares de propiedad intelectual e industrial más fuertes que los de los países desarrollados⁵⁶.

Peter Drahos, especialista en derechos de propiedad industrial e intelectual y globalización, y uno de los autores que más ha tratado este tema, lo explica de la siguiente manera: «[Los] ADPIC son parte de una estructura en evolución que impacta directamente en la libertad de diseño de todos los países en lo que a derechos de propiedad intelectual e industrial se refiere»⁵⁷. Todos los miembros de la OMC tienen

⁵⁶ J. Malbon, C. Lawson (Eds.), *Interpreting and Implementing...* p. 32.

⁵⁷ «TRIPS is part of an evolving structure that directly impacts on the design freedom of all countries when it comes to intellectual property rights», P. Drahos, «An alternative Framework for the Global Regulation of Intellectual Property Rights», *Australian Journal of Development Studies*, 1, 2005, p.6.

que implementar las obligaciones de los ADPIC mediante su legislación nacional. El Acuerdo permite a un miembro acordar una mayor protección —a nivel interno o en un pacto bilateral con otro Estado—, pero prohíbe expresamente formas de protección menores de las estipuladas por los ADPIC⁵⁸.

Así, lo que los ADPIC configuran es un mínimo satisfactorio para los países exportadores de estos bienes, pero no para muchos otros Estados en desarrollo, para los cuales resultan obligatorios unos niveles de protección altamente perjudiciales para sus economías. La OMC y los ADPIC, en este sentido, imponen la protección de la propiedad intelectual e industrial «siendo entendidos esos derechos como “derechos privados”»⁵⁹ por encima de su adecuación a ámbitos de gran relevancia social como los recursos farmacéuticos o la educación de los ciudadanos.

Que los derechos de propiedad intelectual e industrial tal y como están regulados en los ADPIC no resultan óptimos para todos los países es evidente. Hay una estrecha identificación de este tipo de derechos con el nivel económico de un Estado, y son los países ricos quienes intentan mantener los bienes inmateriales como elemento comercial por encima de su configuración como *bien necesario* para determinadas sociedades. Los países pobres, en cambio, intentan acceder a ese conocimiento al menor precio posible, por lo que tienen interés en una baja protección legal.

Bajo la mercantilización del conocimiento humano subyace la idea de que el proceso de privatización de *lo inmaterial* o lo intelectual pretende mantener el statu quo entre el ‘Norte’ y el ‘Sur’ (entre países desarrollados y países pobres). En este sentido, la privatización de los bienes culturales y creaciones intelectuales no respondería sólo al interés de configurar como mercancía esos bienes para poder comercializar con ellos y obtener un beneficio económico, sino que todo el entramado internacional tendría además el objetivo de evitar que una excesiva difusión de elementos de desarrollo tecnológico y cultural privaran al ‘Norte’ de algunas de sus ventajas que le garantizan dominio sobre el ‘Sur’⁶⁰.

De ello resulta la clara disparidad entre países ricos y países pobres en lo que a los ADPIC se refiere. Los primeros pueden tratar de conseguir mayor protección de los derechos de propiedad intelectual e industrial, pues ello tiende a beneficiar sus intereses comerciales. Mantienen por tanto una cierta soberanía; pueden realizar modificaciones legales que les benefician sin contravenir la normativa internacional. En cambio, los países menos desarrollados parten con clara desventaja, ya que el marco normativo les resulta perjudicial, y cualquier cambio nunca puede implicar una menor

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ «these rights being described as “private rights”», *ibid.*

⁶⁰ Dinwoodie, Dreyfuss, *A Neofederalist Vision of Trips...* p. 31.

protección, lo que significa que su soberanía como Estados se ve claramente mermada⁶¹.

La situación resultante es la de una normativa internacional que se aplica de manera obligada a través de la normativa nacional de cada Estado *independientemente de los intereses domésticos*. Al ser una legislación que favorece los intereses de unos países sobre otros, no proporciona los mismos beneficios, pues los ingresos generalmente fluyen desde los Estados pobres a los propietarios de los derechos de propiedad intelectual e industrial⁶². El impacto resulta evidente en los países pobres: «retraso en el desarrollo tecnológico, masiva transferencia de riqueza fuera de esos países, y otros costes sociales como la falta de acceso a medicinas»⁶³.

Parece poco probable, por ejemplo, que a un país como Kenia le pueda interesar un nivel de protección por copyright o derechos de autor de libros y publicaciones similar al de EEUU o la UE. Mientras que en estos dos últimos, la venta de libros se ha mercantilizado hasta el punto de que el éxito comercial puede quedar muy lejos de la calidad o interés literario, en Kenia la idea de *propiedad* sobre lo escrito puede resultar culturalmente chocante, pues nos encontramos ante un país en el que «la mayoría de la gente vive una vida comunitaria en la que compartir lo que uno tiene es una virtud. Esta característica molesta a los propietarios de derechos, ya que Kenia es un importador neto [...]»⁶⁴. A pesar de ello, Kenia se ve obligada a tener una legislación pensada para países como EEUU, lo cual provoca que, obviamente, el nivel de piratería en el país africano sea alto.

La armonización que ha supuesto la expansión de los ADPIC puede llegar a tener efectos importantes sobre ámbitos como la salud o la educación de los ciudadanos⁶⁵. Como se ha dicho, una menor protección de la propiedad intelectual o industrial se puede deber al intento de búsqueda de un país del nivel óptimo en función de las necesidades de sus ciudadanos. Y es que los ADPIC, tan bien configurados para obtener niveles altos de protección, no ofrecen mecanismos para garantizar niveles mínimos de

⁶¹ *Ibid.*, p. 12 y J.L. Iglesias Prada, «Disposiciones generales y principios básicos en el “Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio” (ADPIC)», *Los derechos de propiedad intelectual en la Organización Mundial del Comercio. El Acuerdo sobre los Aspectos e los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio*, Instituto de Derecho y Ética Industrial, Madrid, 1997, p. 270.

⁶² Harris, «TRIPS’ Rebound...», p. 101.

⁶³ «retarding technological development, mass transfers of wealth out of these countries, and other social costs such as the lack of access to medicines», *ibid.*

⁶⁴ «Most of the people live a communitarian life where sharing of what one owns is a virtue. This characteristic rubs rights owners the wrong way on many occasions, as Kenya is a net importer[...]», M. Wakhungu Olaka, D. Adkins, «Exploring copyright knowledge in relation to experience and education level among academic librarians in Kenya», *The International Information & Library Review*, 44, 2012, 40-51, p. 41.

⁶⁵ D. Nicholson, «Intellectual Property: benefit or burden for Africa?», *IFLA Journal*, 32(4), 2006, 310-324.

acceso a bienes fundamentales que permitan el correcto desarrollo de sociedades en situaciones de precariedad.

3.2.2.2. El blindaje de la normativa internacional y las estrategias bilaterales: Nación Más Favorecida y ADPIC Plus

Como se vio anteriormente en el ámbito de la OMC, los tratados de libre comercio — bilaterales o regionales— son un elemento importante en la forma de hacer política de la Organización. Para EEUU, por ejemplo, ha sido un instrumento efectivo a la hora de tratar de presionar a distintos países y que abandonaran el grupo G20 en el marco negociador de las Conferencias Ministeriales. También en el ámbito de los ADPIC los tratados bilaterales suponen un elemento importante por el efecto de la denominada cláusula de Nación Más Favorecida (NMF), prevista en el artículo 4 de los ADPIC⁶⁶.

En ocasiones, dos Estados pueden negociar, de forma bilateral, un tratado que prevea niveles distintos de protección de la propiedad intelectual e industrial que los previstos en los ADPIC. Estos tratados bilaterales reciben el nombre de ADPIC Plus, porque *siempre* implican un mayor nivel de protección que el previsto en el Acuerdo⁶⁷. Dada la dificultad de aprobar ciertas medidas en el marco de la OMC (que funciona por unanimidad), este tipo de tratados se han mostrado efectivos para aquellos países que desean aumentar los niveles de protección de propiedad intelectual e industrial alrededor del mundo, y que son conscientes de la dificultad de conseguir convencer a todos los países miembros.

Es decir, que estos tratados resultan especialmente útiles para los países desarrollados —pues favorecen sus intereses económicos— y resultan perjudiciales para los países interesados en niveles bajos de protección por la cláusula NMF. Esta cláusula determina que, si un país miembro de los ADPIC acuerda con otro algún tipo de modificación de la normativa de propiedad intelectual o industrial —que, recuérdese, siempre deberá implicar igual o mayor protección que la prevista en los ADPIC—, ambos deberán automáticamente ofrecer esos niveles de protección al resto de países miembros.

La cláusula NMF aparecía ya en el GATT, y es común en otros tratados multilaterales. En el caso de los ADPIC, resulta de especial relevancia porque supone dificultar todavía

⁶⁶ El artículo 4 de los ADPIC reza como sigue: «Con respecto a la protección de la propiedad intelectual, toda ventaja, favor, privilegio o inmunidad que conceda un Miembro a los nacionales de cualquier otro país se otorgará inmediatamente y sin condiciones a los nacionales de todos los demás Miembros [...]».

⁶⁷ M. Gómez, M. López, A. Araujo de la Mata, «Los ADPIC Plus en los actuales tratados bilaterales impulsados por Estados Unidos y consecuencias en los países en desarrollo», *Revista de Economía Mundial*, 20, 2008, 23-48, p. 36.

más la adaptación por parte de los países de los niveles de protección a sus necesidades. Es decir, si por ejemplo EEUU acuerda un determinado nivel de protección mediante un tratado bilateral con otro Estado miembro de la OMC, podrá exigírsele a ese país que aplique ese nivel de protección con el resto de países miembros. De esta forma, se extiende por una suerte de *efecto dominó* ese nivel de protección acordado con EEUU. El problema está en que, mientras que al país norteamericano le interesa que esos altos niveles de protección sean aplicados a todos los países, al país con el que ha firmado el tratado bilateral puede interesarle sólo con EEUU, pero no con el resto. Y, a su vez, el resto de países pueden no desear que se extiendan esos niveles de protección. La consecuencia es que las paulatinas modificaciones de la normativa de propiedad intelectual e industrial tienden a implicar un aumento de los estándares de protección.

Así pues, el principal objetivo —y consecuencia— de la cláusula de NMF ha sido el aumento de los «estándares de protección de la propiedad intelectual e industrial mediante las negociaciones de los Tratados de Libre Comercio»⁶⁸. Esta uniformización internacional de los niveles de protección favorece principalmente a países como EEUU, que son conscientes de la dificultad de aumentar las exigencias de propiedad intelectual e industrial en el marco de la OMC, que exige unanimidad. Para ello, los TLC (junto a la cláusula de NMF) se muestran como un instrumento más útil para alcanzar sus objetivos⁶⁹. En la práctica, la NMF implica que los ADPIC *sólo pueden ir a más*, aun cuando este enfoque es contrario a los objetivos y finalidades del Acuerdo sobre los ADPIC y a las leyes de propiedad intelectual.

Todo ello explica el interés de algunos países en que determinados temas se incluyan en el ámbito decisorio de la OMC, sustrayendo la capacidad de cada Estado de determinar qué régimen de propiedad sobre los bienes inmateriales resulta más adecuado a sus intereses. Negociar en el ámbito de la OMC implica que en la práctica se aplican los “modos de hacer” política de esta Organización, en la que el poder negociador es desigual y, en caso de dificultad para aprobar nuevas medidas, los tratados bilaterales junto a la cláusula de NMF resultan realmente eficaces⁷⁰.

3.3. Los mecanismos de imposición de los ADPIC y la connivencia Estados-empresas

Cuando se afirma que los países más desarrollados son los principales interesados en niveles elevados de protección de la propiedad intelectual e industrial, ello implica también —de forma muy relevante— a las empresas propietarias de esos derechos. Que

⁶⁸ Frankel, «Legitimidad y finalidad...», p. 181.

⁶⁹ Drahos, «An Alternative Framework...», p. 6.

⁷⁰ Jawara, Kwa, *Tras las bambalinas...*, p. 119.

los Estados defiendan posturas alineadas con los intereses de las empresas es una cuestión de elección política y de permeabilidad de las instituciones a los lobbies e intereses privados. Cuando un Estado defiende los intereses de una farmacéutica, ello puede no sólo chocar con las necesidades de un país pobre, sino que puede tener un impacto negativo en su propia población⁷¹.

Este hecho permite poner de manifiesto que la propiedad intelectual e industrial —la *apropiabilidad* de la creación intelectual humana para permitir su *comerciabilidad*— puede ser puesta en cuestión no sólo en referencia a la oportunidad de desarrollo de los países pobres, sino también a los países ricos (sede de las empresas a las que les interesa un elevado nivel de protección). La *propiedad* intelectual e industrial, en tanto que permite la privatización de extensísimas áreas de conocimiento (desde notas musicales a ecuaciones o formas de vida) puede suponer una barrera a una correcta difusión de esos bienes inmateriales, porque confía en que esa difusión y acceso sean proporcionados por un mercado cuyo objetivo principal es la obtención de beneficios.

En este sentido, la propiedad intelectual pervierte un tanto la lógica mercantil liberal, porque por un lado requiere de una intervención estatal fuerte —para permitir imponer la ficción de que los bienes inmateriales son objetos apropiables como cualquier otro— para luego garantizar que esos bienes, ficticiamente convertidos de ideas a objetos, puedan circular *libremente* por el mercado global. *Libremente* los de los principales productores de estos bienes, pues el sistema que se ha analizado provoca que, al final, para la mayoría de países del mundo resulte muy complicado exportar bienes inmateriales en un mercado altamente dominado por EEUU y la UE, e incluso incentivar el consumo de sus producciones culturales en su propio país, pues el fomento de la producción cultural local puede ser visto como una práctica contraria a las políticas liberales hegemónicas en el mercado internacional.

Dentro de la lógica de intentos liberalizadores de la OMC queda patente que los países desarrollados tratan de convencer a los países pobres para que éstos liberalicen sus mercados⁷², a la vez que los países ricos continúan siendo proteccionistas con los suyos (como es el caso de la agricultura en la UE, o el acero en EEUU). La OMC acepta en este

⁷¹ Un ejemplo muy claro fue el del conocido medicamento *Sovaldi* en España. Este fármaco, altamente eficaz para curar la Hepatitis C e incluso revertir situaciones terminales, no llegó en 2015 a muchas familias porque no existía acuerdo entre el Gobierno español y la farmacéutica para administrarlo. Debido a su alto precio —deliberado, porque en Egipto era tres o cuatro veces inferior, por ejemplo— decenas de personas murieron esperando el medicamento. Ante situaciones como ésta, un gobierno puede optar por tratar de llegar a un acuerdo —lo que se puede demorar meses— o incumplir la patente produciendo genéricos u obligando a la empresa a ofrecerlo a coste cero, asegurando un posterior resarcimiento dentro de las posibilidades de cada Estado (en el caso español, no era una cuestión de falta de recursos, sino de falta de voluntad política). Este caso resulta doblemente grave porque la farmacéutica en cuestión (Gilead) no era la desarrolladora del medicamento, sino que había comprado la patente a una pequeña empresa. La investigación y desarrollo científico estaba ya en ese sentido amortizado por ambas empresas, por lo que fue la voluntad de obtener más beneficios y un sistema de *propiedad* sobre los bienes inmateriales lo que permitió esta situación.

⁷² M. Khor, *¿Qué hacemos con la OMC? Un programa de cambios para el comercio global*, Icaria, Barcelona, 2003.

sentido que el privilegio del monopolio de la propiedad intelectual e industrial es deseable a pesar del carácter “liberalizador” de la Organización, pero en cambio no se preocupa de proteger otros ámbitos que inciden directamente en la vida de las personas, como sería el caso de las relaciones laborales, el medio ambiente y los recursos naturales o los consumidores, todos ellos con estrecha relación con el comercio y los mercados⁷³.

La inclusión de los derechos de propiedad intelectual e industrial en la OMC ha sido defendida por considerar como crucial la protección de unos bienes que, de otra manera, serían teóricamente utilizados sin autorización, de forma injusta y en clara competencia desleal. Aunque este argumento es debatible, sitúa la normativa internacional en este ámbito en una posición similar a las reglas *anti-dumping*⁷⁴. En cambio, la OMC presta menos atención a las medidas para evitar el *dumping social* en relación con los mercados laborales, o las deslocalizaciones de empresas en su búsqueda constante de mano de obra barata, una realidad que afecta a multitud de países y a los balances económicos y comerciales de gran cantidad de Estados, por no hablar de los efectos sobre las condiciones de vida de los trabajadores. Y aquí la OMC podría ser de gran utilidad, pues se encuentra en posición de imponer sanciones de tipo comercial a países que, por ejemplo, fomenten o permitan situaciones de esclavitud o de trabajo infantil⁷⁵.

El Estado que más ha presionado por la defensa de estos intereses comerciales ha sido, con diferencia, EEUU. A raíz de la aprobación de los ADPIC, principalmente, a través de tres mecanismos. En primer lugar, mediante los mecanismos de resolución de conflictos de la OMC. En segundo lugar, mediante el Consejo de los ADPIC como elemento de solución de conflictos del Acuerdo. Y, finalmente, mediante un instrumento unilateral —a diferencia de los dos anteriores— conocido como la *lista 301*⁷⁶. Estos tres serían los mecanismos “oficialmente reconocidos” como los utilizados por el gobierno de EEUU, en los que confluyen la voluntad política del país con los intereses mercantiles de empresas —principalmente farmacéuticas y de contenidos audiovisuales—⁷⁷, con el objetivo de «sustraerse a la competencia de las empresas extranjeras adquiriendo monopolios de uso de determinados conocimientos, diseños y de los vehículos de entretenimiento [...]»⁷⁸.

⁷³ K. Maskus, «Regulatory standards in the WTO...», p. 55.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 57.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 60.

⁷⁶ *Vid. infra* §3.3.1.

⁷⁷ Sell, «Life after TRIPS...» p. 75.

⁷⁸ J.A Estévez Araujo, «La propiedad intelectual: de la voluntad del lobby al texto de la ley», *mientrastanto*, 113, 2009, 21-26, p. 24.

Las empresas propietarias de estos bienes, lógicamente, hacen lo posible por ver representados sus intereses en foros como la OMC. Charles Levy, un abogado y lobista del ámbito de los derechos de propiedad intelectual e industrial en EEUU, ponía de manifiesto los beneficios de la actuación diplomática conjunta de gobierno y empresas privadas. Entre las medidas propuestas estaba seleccionar determinados juicios relativos a la propiedad intelectual que fueran fáciles de ganar, para así sentar precedentes jurídicos y políticos en el ámbito internacional (por ejemplo, sobre la interpretación de los ADPIC). También proponía llevar la solución de conflictos entre Estados tan lejos como hiciera falta para asegurar el cumplimiento del Acuerdo y mostrar hasta dónde podía llegar el gobierno de EEUU ante otros Estados que pudieran estar interpretando de forma laxa la normativa internacional⁷⁹.

3.3.1. *Empresas privadas, Consejo de los ADPIC y Lista 301*

El Consejo de los ADPIC es el órgano que se encarga de supervisar la aplicación del Acuerdo, y pueden formar parte de él todos los miembros de la OMC. El control del correcto cumplimiento del Acuerdo implica que los Estados deben dar cuenta de los pasos que han dado o de las medidas que se han adoptado para dar respuesta a cuestiones planteadas por otros miembros del Consejo. La postura oficial de EEUU en este órgano se transmite mediante la Oficina del Representante de Comercio de los Estados Unidos (USTR, en sus siglas en inglés). Y al USTR le prepara las preguntas e información para llevar al Consejo de los ADPIC, entre otros, la denominada *International Intellectual Property Alliance* (IIPA)⁸⁰, que representa los intereses de un conglomerado de empresas privadas.

En los años 1990, el propio presidente de la IIPA afirmaba que todo ello resultaba un buen método para presionar a los países que todavía no cumplían con los ADPIC, con la amenaza de iniciar un proceso formal de consulta y resolución de conflictos⁸¹. Y el USTR reconocía la utilidad del Consejo de los ADPIC para presionar a otros Estados y tratar de asegurar el cumplimiento del Acuerdo según las interpretaciones que EEUU hacía de él. En sus propias palabras, el Consejo era «una oportunidad para educar a los países en desarrollo sobre cómo las disposiciones [de los ADPIC] debían implementarse en la legislación nacional»⁸².

⁷⁹ Sell, *cit.*, p. 73.

⁸⁰ La IIPA es una coalición de siete asociaciones representativas de sectores empresariales relacionados con los derechos de autor. Actúa como lobista en lo que a promover el endurecimiento y cumplimiento de las normas se refiere. Fue formada en 1984 y agrupa conocidas asociaciones como la RIAA (Recording Industry Association of America) o la MPAA (Motion Picture Association of America).

⁸¹ Sell, *ibid.*, p. 74.

⁸² «an opportunity to educate developing country members as to how these provisions must be implemented in their laws», en Sell, *ibid.*

La influencia del sector privado en el Consejo de los ADPIC (a través del USTR) resulta todavía más patente en los mecanismos *propios* de EEUU (el Consejo es un mecanismo multilateral, aunque utilizado principalmente por EEUU). Concretamente, en la conocida como *lista 301* (*Special 301 Report*) que elabora anualmente el USTR y que valora qué Estados vulneran lo que EEUU considera que deberían cumplir respecto a propiedad intelectual e industrial. En el fondo, es la interpretación de un solo Estado; un punto de vista que podría o no ser ratificado por los mecanismos propios de la OMC o los ADPIC. Pero, en la práctica, que un país se vea incluido en la *lista 301* puede suponer una situación muy perjudicial para éste⁸³, pues EEUU adopta sanciones y restricciones comerciales en función de la valoración del USTR, al margen de los organismos internacionales. Es decir, el país norteamericano interpreta los ADPIC de una forma determinada, y si considera que el resto de países no cumplen con sus estándares, adopta medidas sancionadoras.

De la interpretación, control y eventual sanción de los países que no cumplen los ADPIC como a EEUU le interesa se infiere que el sector privado juega un papel fundamental. En primer lugar, porque las empresas privadas generalmente prefieren los mecanismos unilaterales o bilaterales a los multilaterales, habida cuenta de que en éstos la capacidad de influencia se ve difuminada por existir muchas partes —algunas claramente contrarias a sus intereses—. En segundo lugar, porque monitorizar a prácticamente todos los países del mundo en su implementación y cumplimiento de los ADPIC o de tratados bilaterales (ADPIC Plus) exige una capacidad técnica y unos recursos económicos enormes. Al USTR le resulta más sencillo recibir esos informes ya hechos por parte de representantes del sector privado (como el IIPA) y reducir así la carga de la administración pública⁸⁴.

Dado el carácter unilateral y en ocasiones abusivo (porque supone que un país imponga la interpretación del Acuerdo al resto de miembros) de la *lista 301*, ciertos países confiaban en que con los ADPIC este mecanismo desapareciera. Incluso la Unión Europea cuestionó que su uso se adecuara al Acuerdo, pero la OMC consideró que EEUU actuaba de acuerdo a sus obligaciones como miembro de la Organización⁸⁵.

Una de las claves de la influencia del sector privado en la estrategia comercial de EEUU es pues el grado de permeabilidad del USTR a los intereses de las empresas. Como afirma Susan Sell, si bien no se puede hablar de una relación de causalidad, sí es posible afirmar que existe una «fuerte correlación entre los deseos expresados por los defensores de propiedad intelectual e industrial y el seguimiento y control de la

⁸³ Lo cual explica noticias como la que publicaba El País el 1 de mayo de 2013, «España se salva de volver a la lista negra de la piratería de EEUU». La noticia hacía referencia, de forma específica, a la *lista 301*.

⁸⁴ Sell, *cit.*, p. 74

⁸⁵ *Ibíd.*, p. 75.

aplicación de las normas por parte del gobierno»⁸⁶. Un importante cargo del USTR reconocía, en este sentido, que confiaban en los agentes privados, y que los datos proporcionados por estas empresas o asociaciones respecto al cumplimiento o no de los tratados son recursos adicionales de gran utilidad⁸⁷.

La importancia del USTR y su relación con el sector privado resulta también del hecho de que EEUU es el país con mayores intereses comerciales en los ADPIC; su sector privado es el que más presiona para garantizar la aplicación de la normativa. Sin duda, las estrategias de presión utilizadas por EEUU resultan efectivas, pues es el país que ha tramitado más quejas por incumplimiento de los ADPIC (al margen de sus mecanismos unilaterales, como la *lista 301*); más que todos los demás países juntos⁸⁸.

Si el IIPA refleja los intereses relativos a copyright o derechos de autor, otro de los grandes lobistas en el marco de los ADPIC es PhRMA (Pharmaceutical Research and Manufacturers of America), un grupo de presión fundado en 1958 que representa a las principales compañías bio-farmacéuticas y de investigación en EEUU. Está integrada por importantes empresas internacionales (no necesariamente estadounidenses) como Bayer, GlaxoSmithKline, Johnson&Johnson, Pfizer o Sigma-Tau. Según PhRMA, fueron los intereses relativos a las patentes farmacéuticas —largamente en disputa en países como India o Brasil, productores de genéricos—, y no ninguna necesidad derivada de la legislación en materia de patentes de EEUU⁸⁹ la principal motivación de este país en sus negociaciones en la Ronda de Uruguay, que daría a la luz la Organización Mundial del Comercio y los ADPIC⁹⁰.

En 1997, el USTR sancionó a Argentina con una retirada de beneficios que suponía para el país sudamericano una cantidad de 260 millones de dólares por una disputa relativa a una ley aprobada por Argentina el año anterior relativa a patentes. El USTR admitió que había tomado la decisión de la sanción basándose totalmente en la información proporcionada por PhRMA⁹¹.

La excesiva presencia de los intereses económicos en las instancias gubernamentales que se encargan de interpretar y aplicar las normas de propiedad intelectual e industrial no sólo suponen un déficit de legitimidad de esos gobiernos —pues no se tienen en cuenta los intereses u opiniones de otros sectores ciudadanos afectados por esas

⁸⁶ « [...] a strong correlation between the expressed wishes of the IP activists and government monitoring and enforcement», *ibid.*

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ *Ibid.*, p.80.

⁸⁹ Harris, «TRIPS Rebound...», p. 103.

⁹⁰ Sell, *cit.*, p.81.

⁹¹ *Ibid.*, p. 87.

normas—, sino que muestran que el papel de la normativa es más la defensa de intereses comerciales que el fomento y difusión del conocimiento.

En 1996, la MPAA (miembro de la IIPA) protestó ante la imposición por parte de Turquía de una tasa a los filmes extranjeros en su país, medida que pretendía impulsar el cine nacional. El principal país afectado, por volumen de filmes exportados, era EEUU. El USTR inició una reclamación por incumplimiento de los ADPIC y, finalmente, en 1997 Turquía igualó las tasas a todas las proyecciones independientemente del origen de la película⁹².

Esta exigencia de EEUU resulta contraria a los principios básicos de la propiedad intelectual, que se justifica (al menos en la teoría) sobre la idea de que sirve para impulsar e incentivar la creación y difusión artística e intelectual. Sin ese fundamento, la propiedad intelectual sería sencillamente un mecanismo para generar riqueza por parte de los *propietarios*. La medida exigida por EEUU respondía a intereses puramente económicos, habida cuenta de que la tasa impuesta por Turquía difícilmente iba a tener repercusión en la *pulsión innovadora* de la sociedad estadounidense. Es más, imponer una tasa a los filmes extranjeros sí puede ser entendido como un intento de proteger y potenciar la creación cultural local⁹³, tratando de ayudar a un sector —el cine menos comercial— que se está viendo gravemente perjudicado por la excesiva dinámica comercial de las salas, que proyectan filmes (generalmente estadounidenses) de baja calidad pero mucho público, con una gran operación publicitaria detrás y cuya proyección es una exigencia de las propias distribuidoras, que saben que sin esas películas la mayoría de salas no pueden sobrevivir. En este caso concreto, el propio USTR reconocía que el problema respondía a una cuestión económica, al afirmar que la rectificación de Turquía «podría ahorrar a la industria cinematográfica de EEUU millones de dólares el siguiente año»⁹⁴. Pero, ¿a qué precio para el cine turco?

En relación a la propiedad industrial —y muy particularmente, a las patentes farmacéuticas—, la postura de las empresas suele contar con el apoyo de determinados gobiernos. Algunos países en desarrollo, para conseguir una relajación de las exigencias de cumplimiento de los ADPIC, en vez de negociar con el país en cuestión (EEUU o alguno de la UE), pueden conseguir sus objetivos interactuando directamente con las farmacéuticas. Países como Brasil, por ejemplo, han demostrado que su única salida para lograr la reducción de precios de algunos medicamentos ha sido amenazar a las

⁹² *Ibid.*, p. 82.

⁹³ Francia impone cuotas de expresiones artísticas francesas en radios y televisiones basándose en la llamada cláusula de *excepción cultural*, que permite excepciones a la liberalización del sector para promover y proteger las lenguas y culturas locales escapando a dinámicas del entorno mercantil. En la práctica, sin embargo, el ámbito de aplicación de la cláusula es reducido, en gran parte por falta de voluntad política.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 83.

farmacéuticas con la suspensión temporal de las patentes para poder producir genéricos al alcance de la población. Esta estrategia se ha demostrado efectiva y, según Médicos Sin Fronteras, ha logrado reducir de forma considerable las muertes por SIDA/VIH⁹⁵.

Otro de los grandes ámbitos afectados por las patentes es el de la agricultura, las variedades de plantas y las patentes sobre formas de vida. Al margen de los interrogantes que ello suscita (¿cómo puede patentarse —es decir, apropiarse y prohibir al resto de su uso e investigación— un ser vivo?), la importancia radica en que lo que está en juego es también el control del suministro de alimentos mundial y la forma de vida de millones de personas⁹⁶.

Este fenómeno ha sido denominado *biopiratería*, una forma de sustraer a ciertas comunidades su conocimiento popular (por ejemplo, respecto a las prácticas o usos medicinales de ciertas plantas) sin ningún tipo de compensación para después patentarlo y no sólo hacer negocio, sino impedir a esas comunidades seguir utilizando un conocimiento que era de toda la comunidad. Susan Sell considera estas prácticas

[...] imperialismo occidental en el que empresas internacionales farmacéuticas y de agricultura saquean la biodiversidad y los conocimientos tradicionales del mundo desarrollado. La biopiratería es la expropiación no autorizada y no compensada de recursos genéticos [...] Las empresas alteran estos “descubrimientos” con ciencia, los patentan y revenden los productos o procesos derivados a precios exorbitantes a la misma gente a la que se lo robaron en primer lugar⁹⁷.

La normativa en materia de propiedad intelectual cae en importantes contradicciones: Por un lado, los ADPIC se justificaron (en la Ronda de Uruguay) como mecanismo para evitar la piratería de elementos culturales, artísticos e intelectuales. Pero del otro, el propio texto legal sienta las bases de una estructura internacional que permite la *biopiratería*.

3.3.2. Margen de maniobra y voluntad política

El análisis del funcionamiento de la OMC —y en concreto de los ADPIC— permite plantear dudas sobre estos mecanismos como instrumento adecuado para los objetivos

⁹⁵ *Ibid.*, p. 88.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 91.

⁹⁷ «[...] Western imperialism in which global seed and pharmaceutical corporations plunder the biodiversity and traditional knowledge of the developing world. Biopiracy is the unauthorized and uncompensated expropriation of genetic resources and traditional knowledge [...] Corporations alter these “discoveries” with science, patent them, then resell the derived products or processes at exorbitant rates to the very people from whom they stole them in the first place», *ibid.*

que *formalmente* se proponen, pues no parece quedar acreditado que promuevan el desarrollo ni posibiliten el crecimiento de los países más pobres. Aunque un cambio de calado en el panorama internacional parece difícil, ciertos autores consideran factible mejorar la situación de los países más perjudicados basándose en la normativa vigente.

Así, por ejemplo, J. L. Iglesias Prada, que propone interpretar el Acuerdo de los ADPIC a la luz de lo que el texto marca en cuanto a objetivos y principios. El artículo 7 determina la necesidad de que la protección de la propiedad intelectual e industrial vaya acompañada de la transferencia de tecnología y el equilibrio de derechos y obligaciones⁹⁸. Esta *transferencia* queda actualmente supeditada al beneficio económico exigible, por ejemplo, durante los 20 años de duración de la patente. Primar la transferencia de conocimiento por encima de la protección del beneficio económico —lo cual es factible reinterpretando los ADPIC—, aprobando amplias excepciones a las patentes y permitiendo condicionarlas a las situaciones de cada país, podría mejorar la situación económica de muchos Estados y de sus ciudadanos. Interpretación, no obstante, que «probablemente no tenga demasiadas posibilidades de éxito ante la amenaza de medidas de retorsión por parte de los Estados industrializados»⁹⁹.

Debido a la urgencia sanitaria de algunos países (por ejemplo, en relación al VIH/SIDA), cuyos ciudadanos no pueden acceder a los medicamentos por su elevado precio, ciertos Estados empezaron a emitir lo que se conoce como *licencias obligatorias*. Éstas implican incumplir la patente y producir genéricos (o adquirirlos) para poder ofrecer tratamiento a la gente que lo necesite a un precio no determinado por una empresa privada, sino por las posibilidades de acceso de la población.

Esta estrategia generó una intensa polémica internacional en la que ciudadanos y diversas ONG atacaron duramente a las farmacéuticas y a países como EEUU o a la UE por defender el interés económico de las empresas antes que la vida y la salud de las personas. Finalmente, la Declaración de Doha de 2001 (tras la Conferencia Ministerial de Doha, Qatar), supuso la admisión de la posibilidad de emitir licencias obligatorias por motivos de urgencia sanitaria y acceso a los medicamentos. El logro, sin embargo, fue parcial, entre otras cosas porque se circunscribe a casos específicos y de urgente necesidad para la salud pública; Corea del Sur o la UE llegaron a presentar propuestas de *listas de enfermedades* susceptibles de ser incluidas entre las que podían ser invocadas para emitir las licencias obligatorias para poder así producir o importar genéricos.

⁹⁸ Iglesias Prada, «Disposiciones generales y principios básicos...», p. 275.

⁹⁹ *Ibíd.*

Además, la solución no resulta enteramente satisfactoria. La necesidad de que cada país que aplique esta excepción informe de la emisión de una licencia obligatoria al Consejo de los ADPIC implica la posibilidad de la OMC de supervisar y controlar cada licencia de forma individual. Ello permite «a la industria farmacéutica y a los gobiernos de los países desarrollados presionar individualmente sobre los gobiernos y los fabricantes respecto a cada licencia si no están satisfechos con las condiciones»¹⁰⁰.

En general, la interpretación del Acuerdo de los ADPIC ha tendido a favorecer los intereses de los Estados más desarrollados. Como argumenta Iglesias Prada, se han impuesto estándares de protección muy elevados, con acceso a la *patentabilidad* de toda suerte de elementos (incluso seres vivos), mientras que no ha sido posible imponer ciertas medidas como la *carga de uso nacional*, que beneficiarían a países subdesarrollados¹⁰¹.

La carga de uso nacional de la patente (art. 27.1 ADPIC) es un mecanismo que permitiría a un Estado imponer a una empresa (por ejemplo, farmacéutica) que desarrollara una patente en su país, que esta empresa explotara la patente en ese Estado. De esta forma, se condiciona la protección de la patente mediante los mecanismos jurídicos previstos a condición de que los posibles beneficios del descubrimiento reviertan en el país en el que se ha desarrollado. Con ello se pretende evitar que determinadas empresas acudan a algunos países sólo por la mano de obra barata, los recursos naturales o las (pocas) condiciones fiscales de los Estados y luego vendan sus productos en países industrializados.

En el caso de los medicamentos, una opción para un Estado sería condicionar su protección de la patente a cambio de que la farmacéutica desarrollara el medicamento y lo produjera —garantizando puestos de trabajo— y comercializara a precios asequibles en ese país. En caso de que la empresa decidiera marcharse para abaratar los costes de mano de obra, el Estado podría dejar sin protección toda patente de esa empresa en su territorio. De esta forma se puede tratar de imponer cierta presión sobre las empresas para que busquen no sólo el beneficio económico sino ciertos beneficios sociales, y tratar así de evitar grandes deslocalizaciones.

También Peter Drahos considera que, dada la configuración actual de la OMC y los ADPIC, en los que existen muchos acuerdos, pactos y presiones bilaterales, los Estados más débiles ante esas presiones pueden obtener mejores resultados y condiciones comerciales quedándose en la organización (que al menos en parte es forzosamente

¹⁰⁰ Jawara, Kwa, *Tras las bambalinas...*, p. 307.

¹⁰¹ Iglesias Prada, *cit.*, p. 275.

multilateral), pero adoptando una estructura formal fuerte en defensa de unos intereses comunes entre los países en desarrollo¹⁰².

Estas otras interpretaciones posibles de los ADPIC —que podrían repercutir positivamente en muchos países y podrían reducir ciertas desigualdades— no serían sino adaptar los ADPIC a las necesidades de la mayoría de los países en función de su situación particular. Con ello se dotaría a los países con menores recursos de un mayor margen de maniobra¹⁰³.

Después de todo lo que se ha visto hasta el momento, parece razonable concluir que toda la normativa internacional —y, por tanto, también en última instancia la nacional— está excesivamente encaminada al uso comercial del conocimiento más que a su difusión. Nos encontramos ante una situación de pérdida de capacidad para controlar las creaciones tecnológicas, en gran parte debido a su masiva privatización¹⁰⁴. En este sentido, ya el anterior régimen internacional (con el destacado papel de la OMPI y los Convenios de Berna y París) protegía una concepción *propietaria* del conocimiento y las expresiones artísticas e intelectuales. El nuevo régimen, fundado con la OMC y los ADPIC, minimiza el carácter multilateral característico de la OMPI para imponer una normativa armonizada en todo el mundo que a la postre beneficia a unos pocos Estados en detrimento de muchos otros¹⁰⁵.

El sistema de derechos *fuertes* de propiedad intelectual e industrial contribuye a mantener un tipo de relación comercial entre países ricos y pobres que beneficia a los primeros. Los países subdesarrollados son principalmente importadores de toda clase de bienes inmateriales, mientras que los países más desarrollados son exportadores. «[El acuerdo de los] ADPIC fue diseñado para reforzar y armonizar a nivel mundial la protección de los derechos de propiedad intelectual e industrial [...] [y] fue un éxito al proporcionar dichos estándares, con el resultado de que mayores ingresos van a parar a los países exportadores de propiedad intelectual e industrial, particularmente a los Estados Unidos»¹⁰⁶.

El actual régimen internacional en esta materia (reflejo de la configuración comercial mundial) permite que la propiedad intelectual e industrial sea un negocio siempre que haya países dispuestos (u obligados) a comprar esos productos. Pero el alto coste para

¹⁰² Drahos, «When the weak bargain...», pp. 4-5.

¹⁰³ Drahos, «An Alternative Framework...» p. 10.

¹⁰⁴ Drahos, «Information Feudalism...» p. 209.

¹⁰⁵ Drahos, «An Alternative Framework...» p. 11.

¹⁰⁶ «TRIPS was designed to strengthen and harmonize worldwide intellectual property rights protection [...] [and] was successful in providing such standards, with the result that increased revenue flowed back to countries exporting intellectual property, particularly the United States», en Harris, «TRIPS Rebound...», p. 101.

esos Estados y la explotación de sus propios recursos implica que los países pobres difícilmente logran “ascender” y convertirse en uno de los países exportadores. Es significativo que el propio Banco Mundial reconociera en un informe de 2002 que mientras que los países desarrollados resultan beneficiados por la protección que suponen los ADPIC, los países pobres son *perdedores netos*¹⁰⁷. Un régimen de propiedad intelectual e industrial más justo y más equitativo podría redistribuir las cargas y repartir los beneficios, pero ello implicaría, por parte de los países ricos, un sacrificio en sus balances comerciales que no parecen dispuestos a aceptar¹⁰⁸.

¹⁰⁷ World Bank, *Global Economic Prospects and the Developing Countries 2002*, World Bank, 133, 2001.

¹⁰⁸ Parece difícil que Estados como EEUU, en el que la propiedad intelectual e industrial son sectores económicos fundamentales, accedan a renegociar sus posturas.

CAPÍTULO IV

INCENTIVOS, DERECHOS MORALES Y DERECHOS PATRIMONIALES EN LA CREACIÓN ARTÍSTICA

La concepción de los bienes culturales como bienes-mercancía (íntimamente relacionada con la figura de la propiedad) es condición necesaria para que aquéllos puedan circular por el tráfico comercial como cualquier otro bien, sometidos por tanto a las reglas de funcionamiento de los mercados. Fruto de esta regulación legal aparece la idea (ampliamente extendida) de que los autores y creadores son propietarios de la obra que producen, y que el motor de su actividad creativa *reside en la expectativa de obtener un lucro*. Cabe preguntarse, por tanto, si la legislación sobre propiedad intelectual —como se ha visto, muy similar en casi todos los Estados, que deben respetar los mínimos exigidos por los ADPIC— realmente incentiva la actividad creativa e intelectual de los autores y artistas y las posibilidades de acceso por parte de la población.

Las propias normas sobre derechos de autor afirman que su existencia pretende proteger los intereses de los autores de forma que éstos no dejen de crear. El objetivo de estas normas sería, pues, defender ciertos intereses morales o personales como la paternidad de la obra o el derecho del autor a que ésta no sea modificada respecto a su creación original (artículo 14 de la Ley de Propiedad Intelectual española, artículo 121 del *Code de la propriété intellectuelle* francés, artículo 20 de la *Legge di Protezione del diritto d'autore* italiana, artículo 6bis del Convenio de Berna o Chapter IV of the Copyright Act del Reino Unido)¹.

En realidad, estos derechos morales no aparecen recogidos (o lo hacen con mucha menor intensidad) en los Estados que regulan la propiedad intelectual mediante copyright —como EEUU o el Reino Unido—. No obstante, la acción uniformadora de las normas internacionales

¹ Respectivamente, Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, *Loi n° 92-597 du 1 juillet 1992 relative au code de la propriété intellectuelle (partie législative)*, *Legge 22 aprile 1941, n. 633, in materia di "Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio*, Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (última enmienda el 28 de septiembre de 1979) y *Copyright, Designs and Patents Act 1988*.

apunta a una tendencia del derecho anglosajón a aceptar (con límites relevantes, como se verá) algunos derechos morales².

Estas normas tratarían también, en principio, de proteger unos derechos patrimoniales o económicos, que de una forma u otra vendrían a garantizar cierto beneficio económico para los autores, incentivando teóricamente de esta forma la creación y producción artística y científica³.

Así se desprende, por ejemplo, del preámbulo del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Derechos de Autor adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996, al destacar «la notable significación de la protección del derecho de autor como incentivo para la creación literaria y artística». Más explícita en lo económico se muestra la Directiva europea 2001/29/CE, que afirma directamente que con la protección jurídica de la propiedad intelectual se fomentará «un aumento de la inversión en actividades de creación e innovación, incluida la infraestructura de red, lo que a su vez se traducirá en el desarrollo de la industria europea y en el incremento de su competitividad, tanto por lo que respecta al ámbito del suministro de contenido y de la tecnología de la información como, de modo más general, a una amplia gama de sectores de la industria y la cultura» (considerando número 4). Afirma también, en la línea de la OMPI, que «toda armonización de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor debe basarse en un elevado nivel de protección, dado que tales derechos son primordiales para la creación intelectual» (considerando número 9).

En lo que sigue se intentará demostrar que en el núcleo de esta protección se encuentra en realidad la defensa de los beneficios económicos producidos —o producibles— por la comercialización de las obras creadas. No obstante, alguna forma de protección de los autores —cuyos orígenes históricos ya se han apuntado— parece ser, de hecho, una necesidad asumida (en muchas ocasiones de forma acrítica) por muchos estudiosos de los derechos de autor. Así, para Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano: «a través de la protección que el derecho concede al autor se promociona la cultura, propiciando la creación de obras, así como su difusión, propiciando así el enriquecimiento del acervo cultural de la sociedad»⁴. También Robert Levine cree necesarias las normas de copyright al afirmar que «a menudo son incómodas, ocasionalmente molestas, y evidentemente necesarias para un bien mayor»⁵.

² Para un análisis de esta versión limitada en la normativa británica, *vid.* C. Conde, «Copyright y derechos morales de autor: la experiencia del Common Law en el Reino Unido», *Revista la Propiedad Inmaterial*, 15, noviembre de 2011, 19-29.

³ Esta presunción, que asumen todas las normas de propiedad intelectual, contrasta de forma considerable con la realidad de los autores. De ello, precisamente, se trata de dar cuenta a lo largo de este capítulo.

⁴ R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Manual de propiedad intelectual* (5ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 22.

⁵ R. Levine, *Parásitos. Cómo los oportunistas digitales están destruyendo el negocio de la cultura*, Ariel, Barcelona, 2013, p.53.

Los conflictos en torno a la propiedad intelectual —a la orden del día hoy en diversos Estados— surgen no porque existan normas que regulen el fenómeno de la creación artística y como ésta se pone a disposición de la sociedad, sino por la lógica interna de esas normas, que desde sus inicios vienen entendiendo las obras —como se ha visto a lo largo de los capítulos 1 y 2— como una mercancía, lo que genera tensiones importantes entre muchos de los actores implicados en la creación y puesta a disposición —creadores, inversores y público— de los bienes culturales.

En la voluntad implícita en normas y opiniones de los autores de mantener e incentivar la creación cultural y artística se puede apreciar el reconocimiento generalizado de los efectos positivos que tiene para una sociedad que la creación de bienes de cultura sea elevada. Dicho de otra forma, se entiende como algo positivo la creación cultural para una sociedad. Pero este hecho no implica una regulación concreta con unas medidas determinadas. Es más, la asunción de que el incentivo económico es necesario para mantener o incrementar (en definitiva, para no perder) la producción cultural y artística conlleva la aceptación de una lógica de funcionamiento mercantil en la que sería la perspectiva del beneficio económico el principal motor de la creación cultural.

Este esquema, que como se ha visto tiene su origen en el contexto histórico y económico de finales del siglo XVIII y todo el siglo XIX, no ofrece una explicación satisfactoria si se atiende a la creación de obras en los siglos anteriores a la existencia de la propiedad intelectual o del negocio en torno a los bienes culturales, ni permite entender las experiencias colaborativas en el campo de la informática (ajenas a la comprensión del conocimiento o la cultura como algo apropiable) que se han producido en las últimas décadas.

También entre autores y académicos existe la percepción más o menos generalizada de que el incentivo económico es un requisito fundamental en el ámbito de la creación artística e intelectual. Sirva de ejemplo los términos en los que escribe Carlos Rogel Vide al afirmar que la propiedad intelectual es, «en contra de lo que creen algunos [...], una *conquista* relativamente reciente en la Historia y, en todo caso, un logro revolucionario, conectado con la Francia que, a finales del siglo XVIII, liquida el Antiguo Régimen, decretando la abolición de los privilegios y estableciendo que el autor, al crear sus obras *de la nada*, prácticamente, es merecedor de un derecho de propiedad, intelectual, sobre las mismas; propiedad sagrada, ésta, que ni tan siquiera los socialistas utópicos cuestionaron; [...] propiedad perpetua sobre la base de un silogismo perfecto que,

prima facie, no encierra sofisma alguno: si la propiedad es perpetua y la intelectual es la más sagrada de las propiedades, la propiedad intelectual ha de ser perpetua»⁶.

El autor, tan fino en otros análisis sobre la temática⁷, peca aquí de una mirada excesivamente benévola y acrítica con la institución de la propiedad intelectual. No sólo la categoriza como conquista, sino que acepta el halo de inspiración que rodea al autor romántico de los siglos XVIII y XIX⁸, y que considera la creación artística e intelectual como fruto del intelecto individual del ser humano —en términos similares a los que se expresa Locke al hablar de «la más sagrada de las propiedades»—. Pareciera, pues, para autores como Locke, que las personas no necesitan el aprendizaje de un lenguaje (colectivo) y de unas categorías conceptuales para expresarse artísticamente, o que los elementos culturales de la sociedad en la que se desenvuelve el autor no afectan de forma determinante a la creación. En definitiva, pareciera que el ser humano no base la creación artística e intelectual en el conocimiento de los precedentes que se han dado en los distintos campos creativos.

En este sentido, en cambio, la creación artística e intelectual se explica mucho mejor si se considera que «[...] las personas forman sus opiniones con los libros que leen, la música que escuchan, las películas que ven y las imágenes que reciben, aunque no siempre se trata de un proceso consciente»⁹; «no estamos argumentando que los impulsos creativos existan aislados de las estructuras sociales, no más de lo que existen los propios creadores»¹⁰.

Esta mirada, reductora, de autores como Rogel Vide respecto de la creación y lo que ésta debe al entorno social en el que se desarrolla, encuentra parte de su justificación en su encuadre como propiedad, que configura y presupone una visión jurídica y antropológica profundamente individual del ser humano. Se trata, en definitiva, de la idea de «autor/inventor único y exclusivo, paradigma inconsciente que opera asignando siempre una lógica individual y propietaria sobre la ciencia y la cultura»¹¹.

⁶ C. Rogel Vide, «Propiedad intelectual y derechos de los intérpretes», en *Anuario de Propiedad Intelectual*, Reus, Madrid, 2009, p. 309 (las primeras cursivas son mías).

⁷ Vid. Rogel Vide, «Modificaciones de las obras cinematográficas en la televisión y derechos de los creadores», en *Estudios completos de propiedad intelectual*, vol. 3, Reus, Madrid, 2009.

⁸ El siglo XIX resultó fundamental en el desarrollo de lo que Bourdieu llama la «autonomía del campo artístico» (sobre todo literario). Esta *autonomización* tuvo importantes consecuencias en la relación de este campo con el *campo económico*. Vid. P. Bourdieu, *Las reglas del arte. Génesis y estructura del campo literario*, Anagrama, Barcelona, 2002.

⁹ J. Smiers, *Un mundo sin copyright*, Gedisa, Barcelona, 2006, p. 14.

¹⁰ «[we are] not arguing that creative impulses exist in isolation from social structures, any more than creators themselves do», R. Tushnet, «Economies of Desire: Fair Use and Marketplace Assumptions», *William & Mary Law Review*, 51(513), 2009, 513-546, p. 515.

¹¹ Boyle (1996) en I. Sádaba, *Propiedad Intelectual. ¿Bienes públicos o mercancías privadas?*, Catarata, Madrid, 2008, p. 138.

No yerra Rogel Vide, sin embargo, al entender que incluso desde posturas socialistas la propiedad intelectual no ha sido debidamente cuestionada.

La literatura socialista relativa a la propiedad intelectual no es abundante¹², pero merece una mínima atención. Al parecer, la Unión Soviética estuvo más interesada en garantizar unos derechos al autor (y a la sociedad) que en reconocer una *propiedad* sobre las obras intelectuales. Antes de la Nueva Política Económica, los plazos de protección sobre la obra eran más cortos — durante la vida del autor más 6 meses—, y los herederos sólo podían beneficiarse económicamente si lo necesitaban para vivir; «el punto de vista del derecho era que el Estado no debía detenerse por el carácter personal de las producciones artísticas, y que debía estar facultado para nacionalizarlas en beneficio de la colectividad [...]»¹³.

Esta política, sin embargo, duró poco. A partir de 1925 se extendieron los plazos (15 años tras la muerte del autor en obras literarias), y los herederos lo eran sin límite —lo que suponía una excepción a la normativa sobre derecho de sucesiones—. Sin embargo, se mantenía una apuesta importante por el interés colectivo: el Estado se reservaba el derecho a comprar la obra con o sin el consentimiento del autor. Las obras, en este sentido, podían ser declaradas pertenecientes «al acervo de la nación», aunque el autor seguía manteniendo derechos sobre ellas —morales y económicos— y se le debía remunerar por ello. Lo que se cercenaba, como ocurría con las patentes, era la posibilidad de aprovechamiento individual por una decisión unilateral, tanto del autor como de empresas privadas, si se consideraba que ello iba en contra de los intereses colectivos.

El derecho soviético, en definitiva, preveía una suerte de propiedad literaria bastante limitada: temporalmente, como la propiedad intelectual de los países occidentales, pero también *expropiable* por razones de interés público. Además, se preveían casos en los que la reproducción, incluso sin permiso del autor, estaba permitida legalmente: traducciones (no se requería consentimiento ni pago al autor, aunque sí al traductor), publicación de trozos de la obra, libertad de uso para escuelas y grupos de estudio, etc.¹⁴ Todo ello manteniendo una distinción entre derechos patrimoniales y derechos morales (éstos últimos de reconocían y protegían) y una atención individualizada, en algunos aspectos, para cada tipo de obra —por ejemplo, en los plazos de protección—.

El núcleo de la idea que aquí se analiza se encuentra, en primer lugar, en la presunción (sustentada también en las normas de derechos de autor) de que los autores y creadores realizan su actividad creativa porque obtienen un lucro por ello. Es decir, se asocia la actividad intelectual y artística al pago de un precio y al cobro de unas cantidades, o a

¹² Sirva como ejemplo M., Ficsor, «El pasado, el presente y el porvenir del derecho de autor en los países socialistas europeos», *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, 118(10), 1983, que por lo demás trata más de mostrar las similitudes entre las normas de países excomunistas y los derechos de autor *occidentales* que en plantear alternativas a la ineficacia de éstos. *Vid.* también S. Levitsky, *Copyright, defamation, and privacy in soviet civil law*, Sijthoff & Noordhoff, Alphen aan den Rijn (Netherlands), 1979.

¹³ R. David, J. Hazard, *El derecho soviético* (tomo II), La Ley, Buenos Aires, 1964, p. 261.

¹⁴ *Ibíd.*, p. 265.

la protección económica de la obra resultante, y se afirma que, si los artistas no se vieran económicamente remunerados, dejarían de crear.

Resulta discutible que la lógica de creación de obras venga necesariamente determinada por la existencia de una ganancia monetaria para los creadores al comercializarlas y, sobre todo, que la regulación de la creación artística e intelectual mediante derechos de autor o copyright favorezca esa remuneración. Este punto resulta de capital importancia porque la legislación sobre propiedad intelectual trata de legitimarse en base a la presunción de la necesidad de un lucro para fomentar la creación artística, y ello sirve de fundamento para argumentar el uso de la figura jurídica de la propiedad para regular el trabajo intelectual¹⁵.

La remuneración económica de los artistas, al parecer, no existía en los tiempos de la Grecia y Roma antiguas. Los creadores buscaban principalmente la fama entre sus conciudadanos, por lo que se interesaban en que la obra fuera asociada a su persona (lo que iría más en la línea de lo que actualmente se conoce como derechos morales). Hay estudiosos, además, que opinan que la poca protección existente de esos derechos morales se ejercía en casos judiciales específicos —el derecho romano funcionaba más en base a acciones que a derechos— en los que ciertos autores expresaban su deseo de que existiera tal protección de la autoría, pero sin una base legal firme en la que apoyarse. Es más, el reconocimiento de la autoría no implica necesariamente la protección económica de la obra.

Sea como fuere, parece clara la existencia de cierta conciencia, ya en la antigüedad, al menos entre los creadores, de que fuera reconocida y protegida su figura como autores, pero no se asociaba la creación artística a la remuneración económica¹⁶. Sin embargo, tampoco los derechos morales —o la relación autor-obra que comportan, como el reconocimiento de la autoría o la integridad de la obra— pueden aceptarse universalmente, pues su percepción depende en gran medida de cada sociedad y cultura. En Japón, por ejemplo, no es infrecuente realizar obras derivadas de un original (normalmente libros o cómics) copiando uno o alguno de sus personajes (estas historietas son conocidas como *dōjinshi*), pero desarrollando una historia distinta, tal vez paralela y en el mismo universo narrativo de aquél, sin que ello sea visto como plagio o ataque alguno a los derechos del autor. Al contrario, la sociedad japonesa lo considera culturalmente enriquecedor¹⁷.

¿Puede, por tanto, afirmarse que si la creación artística no estuviera regulada mediante la figura de la propiedad intelectual y generara unos beneficios económicos para los creadores —o para la industria—, éstos frenarían su actividad creativa? Y, ¿puede afirmarse que las normas de propiedad intelectual garantizan que los artistas sean

¹⁵Sádaba, *cit.*, p.174.

¹⁶C. Rogel Vide, *Autores, coautores y propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1984.

¹⁷T. Mitsui, «Copyright and Music in Japan: A Forced Grafting and its Consequences», en *Music and Copyright* (ed. Simon Frith), Edinburgh University Press, Edinburgh, 1993.

debidamente remunerados (lo cual evitaría, según su propio planteamiento, que se produjera ese freno)?

Como se verá, la perspectiva del lucro no es —o no tiene por qué ser— el motivo por el que se da creación intelectual y artística. Sí puede presuponerse esa intención, sin embargo, del sector empresarial que rodea (hoy inevitablemente) tal acto de creación y distribución. Además, resulta discutible que la normativa de derechos de autor ofrezca efectivamente unos ingresos a los artistas que les garanticen las condiciones necesarias para seguir creando. Finalmente, se tratará de defender también que los derechos morales y patrimoniales, atribuidos legalmente al autor y pensados teóricamente para proteger sus intereses —económicos y morales/personales respecto de la obra— quedan en realidad supeditados a ciertas normas imperantes en el entorno mercantil en el que necesariamente se desenvuelven.

4.1. La lógica creativa de los autores

El artículo 2 del ya parcialmente derogado Reglamento de la Propiedad Intelectual¹⁸ se expresaba en los siguientes términos respecto a los creadores: «se considerará autor, para los efectos de la Ley de Propiedad Intelectual, al que concibe y realiza alguna obra científica o literaria, o crea y ejecuta alguna artística, siempre que cumpla las prescripciones legales». Estas últimas palabras han sido criticadas, no sin fundamento, porque parecen supeditar la adquisición de la condición de autor al cumplimiento de lo que diga el precepto legal. La cualidad de autor, sin embargo, «no se adquiere “ex lege”, sino que surge “ex natura”»¹⁹. «El autor no puede dejar de serlo, cumpla o no con los requisitos que determine la legislación; podrá no adquirir ni gozar de los beneficios que ésta le conceda, pero, aún la obra en el dominio público, siempre habrá de referirse a la persona que la creó [...]»²⁰.

Álvarez Romero y López-Quiroga, nada sospechosos de ser críticos con la institución de la propiedad intelectual, apuntan que la condición de autor, de creador, es algo independiente de la previsión legal. El derecho sencillamente se limita, en las normas de propiedad intelectual, con mayor o menor fortuna, a tratar de prever y regular una situación existente, la de la expresión artística e intelectual del ser humano. Pero la crítica doctrinal viene sobre todo porque la configuración jurídica tiene unos efectos prácticos notables e implica que quien se salga de lo establecido por la norma no será considerado autor ni, por tanto, gozará de la protección legal que en su caso se

¹⁸ Real Decreto de 3 de septiembre de 1880, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley de 10 de enero de 1879 sobre propiedad intelectual, muchos de cuyos artículos todavía están en vigor.

¹⁹ Álvarez Romero, en Rogel Vide, *Autores, coautores...*, p. 50.

²⁰ López-Quiroga, en Rogel Vide, *ibíd.*, p. 51.

establezca. Este ejemplo permite vislumbrar las dificultades para una norma jurídica a la hora de abordar un campo (ya de por sí complejo) como el artístico-intelectual, que precede en el tiempo al derecho y sobre el que no es sencillo imponer categorías y conceptualizaciones fijas, tan habituales en el mundo jurídico.

Si la definición de los sujetos —sujetos de derecho, en el sentido clásico, pero a la vez *sujetos creadores* de una obra— es un tema de difícil resolución técnico-jurídica (la legislación española actual o la italiana y francesa, por ejemplo, huyen de una definición clara del sujeto creador), resultaría extremadamente complejo tratar de perfilar, en las rígidas estructuras del derecho, el motivo o motivos mismos de la creación artística e intelectual, aquello que lleva a un autor a crear; en resumen, el germen de la actividad creativa.

Parece, pues, que nos encontramos ante un tema pensado no para abordar jurídicamente, sino como campo de discusión de otros saberes como la filosofía o teoría del arte o la psicología de los artistas. Y, sin embargo, las normas en materia de propiedad intelectual y copyright presuponen la necesidad de un pago económico a los autores para que no se deje de producir actividad creativa. Esta *lógica lucrativa* informa todo el cuerpo legal de las normas de propiedad intelectual, en consonancia con el tratamiento como mercancía que reciben los bienes culturales.

¿En base a qué argumentos se puede sostener la afirmación de que sin un pago económico los autores dejarían de crear o lo harían en menor medida? La propiedad intelectual no adquiere la forma jurídica que hoy conocemos hasta el siglo XIX, y sin embargo no podemos afirmar que los anteriores siglos fueran artísticamente improductivos. Es cierto que la expansión del capitalismo y los avances técnicos de los siglos XVIII en adelante propiciaron el desarrollo de un negocio —editorial, en un principio— hasta el momento más reducido, pero precisamente ello permite ver en la legislación una intención más dirigida a regular y adaptar las creaciones artísticas e intelectuales a los nuevos parámetros de funcionamiento de la economía y el mercado que a la efectiva (si es que necesaria) protección de los autores. El derecho, en este sentido, ha respondido a necesidades económicas, no creativas²¹.

El argumento de que es necesario remunerar adecuadamente a los artistas para que no cesen en su actividad basa la lógica creativa en los incentivos económicos y materiales. No se quiere aquí plantear que los creadores no deban ser recompensados por su labor, sino poner de manifiesto que ello no es condición necesaria ni suficiente para motivar

²¹ Las necesidades que los artistas han tenido tradicionalmente han sido satisfechas de distintas formas: la caridad de los conciudadanos, las prebendas o el mecenazgo o, más tardíamente, el apoyo estatal y la supervivencia como asalariados. Bourdieu ya ve en la necesidad de los escritores de sobrevivir trabajando para periódicos una paulatina comercialización de la producción artística. *Vid.* Bourdieu, *cit.*

la creatividad humana. Esta presunción se encuentra presente en la gran mayoría de los cuerpos legales de propiedad intelectual que, en vez de tener en cuenta la miríada de motivos que llevan a un autor a crear —lo cual sería sin duda complejo— presuponen y protegen la centralidad de un motivo principal: el de la existencia de una recompensa económico-monetaria²².

Según esta visión del porqué de la creación de obras, los autores, sin una medida de protección similar a la de la propiedad intelectual o el copyright, «recibirían menos que la “justa compensación” por su trabajo, y por tanto se verían menos inclinados a embarcarse en futuras actividades creativas. Para crear una mejor estructura de incentivos [...] es necesario que la legislación garantice no sólo beneficios durante la vida de los autores, sino también durante la vida de varias generaciones de sus sucesores»²³. La actividad creativa se asemejaría así, según estos argumentos, a cualquier otra actividad del circuito económico, en la que el ser humano trataría de maximizar sus beneficios en base a un cálculo racional, y vendría por tanto determinada por la posibilidad de obtener el mayor rendimiento monetario posible de lo que se ha creado.

Las palabras del Congreso de EEUU hacen hincapié en la necesidad de un incentivo económico similar al de cualquier actividad empresarial, como si éste fuera el motivo de la pulsión creativa de los autores. Esta *lógica creativa por motivos económicos* sienta así las bases legitimadoras que permiten defender, en nombre del interés de los autores, medidas y propuestas como los «beneficios durante toda la vida de los autores, pero también de varias generaciones de sus herederos», aun cuando tales medidas se demuestran efectivas principalmente para grandes complejos empresariales —que adquieren masivamente los derechos de explotación de estas obras— pero no necesariamente para los propios artistas.

El largo periodo de protección de los derechos de autor o copyright, por ejemplo, permite retrasar su entrada en el dominio público (*vid. infra* §4.4), manteniéndose como activo de dichas empresas. Pero ¿en qué incentiva la actividad creativa de un difunto que los derechos de explotación de su obra le sobrevivan durante generaciones? Que la protección de estos derechos debe ser duradera en el tiempo (incluso ilimitada,

²² *Vid.*, en este sentido, R. Posner, W. Landes, «Indefinitely Renewable Copyright», *John M. Olin Law & Economics working paper*, 154, 2000; W. Landes, R. Posner, *La estructura económica del derecho de propiedad intelectual e industrial*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2006.

²³ «[authors] would receive less than “fair compensation” for their work, and hence would be less inclined to engage in future creative activity. To create a better incentive structure (...) the law need[s] to provide not merely benefits for the lifetimes of authors, but also for those of several generations of their successors», D. Zimmerman, «Copyrights as Incentives: Did We Just Imagine That?», *Theoretical Inquiries in Law*, 12(1), 2011, 29-58, p. 5, palabras que pronuncia el Congreso de los EEUU.

según algunos autores) puede ser un argumento económico válido²⁴ —si bien discutible— para proteger un activo económico importante en el PIB de un país en el que los bienes culturales se han convertido en mercancías dedicadas al consumo de las gentes. Pero no parece ser entonces la protección de los autores su justificación.

Los motivos que llevan a los seres humanos a expresarse mediante creaciones artísticas e intelectuales son mucho más ricos y complejos que la existencia de un incentivo económico. Puede encontrarse motivación en el hecho de cooperar de acuerdo a unas normas de funcionamiento no impuestas sino establecidas por todos los participantes, como ocurre en el desarrollo del software *open source*²⁵. El ‘crear’ puede ser visto como una responsabilidad personal de transformar el mundo que trasciende la motivación económica²⁶. Y, para algunos autores, lo relevante no está en el resultado, sino en la experiencia creativa²⁷, o en el hecho de verse publicado («you are in print; therefore you exist»)²⁸ o, sencillamente, porque produce placer. El arte, incluso, puede formar parte de un proceso productivo *con intención de ser útil*, con lo que pierde su intencionalidad de ser objeto artístico en sí mismo, pero no por ello pierde necesariamente la calidad artística, como ocurre en algunas comunidades de América Latina con telares, tapices, cestas y cerámicas, figuras y artículos de cuero etc.²⁹

Es más, incluso si se acude al análisis empírico de los beneficios que las normas de propiedad intelectual o el copyright reportan a los creadores, difícilmente se puede justificar que el motor creativo sea únicamente económico (*vid. infra* §4.2.2). Así, por ejemplo, un estudio realizado en el Reino Unido mostraba en 2007 que el 60% de los escritores catalogados como “profesionales” no podían vivir solamente de sus ingresos como escritores, y estaban obligados a tener otros trabajos, mientras que más de la mitad de los ingresos generados por todo el conjunto de escritores “profesionales” iba a parar al 10% más *afortunado*³⁰.

Se ha llegado a argumentar que la importancia de los incentivos económicos no está tanto en la cantidad de ingresos obtenidos —ejemplos como el anterior muestran que son profundamente inestables y desiguales— como en la posibilidad de obtener un éxito comercial repentino que, como si fuera una lotería (esta idea se conoce como *lottery theory*) permitiera a los autores la estabilidad económica de por vida. Pero esta idea, vista con perspectiva histórica, no tiene fundamento alguno a la hora de explicar la motivación de los artistas por crear, ya que la posibilidad de éxito repentino y grandes beneficios económicos está íntimamente relacionada

²⁴ *Vid. Zimmerman, cit.*, nota al pie 5, que recoge una propuesta de los mencionados autores W. Landes y R. Posner.

²⁵ Y. Benkler, *El pingüino y el Leviatán*, Deusto, Barcelona, 2012, p. 138.

²⁶ Zimmerman, *cit.*, p. 8.

²⁷ Tushnet, *cit.*, p. 254.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Smiers, *Un mundo sin copyright*, p. 131.

³⁰ Zimmerman, *cit.*, p. 10.

con la estructura y modos de funcionamiento de la economía moderna. Los artistas “famosos” con ingresos millonarios y vidas de lujo y desenfreno son un fenómeno contemporáneo, producto de una sociedad (des)estructurada en base a las lógicas de acumulación y lucro incesante, la publicidad comercial y el consumo masificado³¹.

La creatividad como potencial inherente al ser humano ha sido en este sentido analizada por el psicólogo Mihaly Csikszentmihaly, que en un estudio basado en entrevistas en profundidad afirmaba: «Las diferencias entre las personas creativas son muy variadas, pero todas coinciden en un aspecto: todas aman lo que hacen. No se mueven por la esperanza de adquirir fama o ganar dinero; más bien es por la oportunidad de hacer lo que disfrutan haciendo»³². No se trata de que al artista no le preocupe el dinero —necesario para sobrevivir dignamente en nuestra sociedad—, sino de que no tiene por qué provenir de su trabajo artístico o intelectual. El creador lo que desea es *disponer de los medios materiales para seguir creando*³³. La reputación, la aceptación o la utilidad social de lo creado pueden actuar como motivadores mucho más poderosos que la promesa económica³⁴.

La psicología se ha encargado de mostrar, a través de estudios empíricos, que los motivadores o incentivos internos resultan mucho más efectivos para potenciar la creatividad que los externos. Incluso, ciertos autores plantean que la promesa de una cantidad económica puede poner en riesgo la creatividad al añadir una presión que impide al sujeto explorar libremente su curiosidad, en tanto éste percibe menos implicación personal en el proyecto³⁵.

El software *open source* resulta un ejemplo claro de la inconsistencia de la *teoría* de incentivos a la hora de explicar las motivaciones creativas humanas. El software es un producto que, si bien no es artístico en el sentido tradicional, sí es una creación intelectual con altas posibilidades de ser comercializado. Para los defensores de la teoría de los incentivos —y para muchos economistas de corte neoliberal— que muchos programadores (desde novatos hasta auténticos expertos) participen colectivamente en creaciones complejas de software, altamente eficiente, sin expectativas de cobrar por ello y sin pretensiones de reclamar la propiedad (y en ocasiones ni la autoría, que se ve

³¹ *Ibid.*, pp. 14-15.

³² «Creative persons differ from one another in a variety of ways, but in one respect they are unanimous: They all love what they do. It is not the hope of achieving fame or making money that drives them; rather, it is the opportunity to do the work that they enjoy doing», Csikszentmihaly, en Zimmerman, p. 20.

³³ *Ibid.*, p. 21. Como se verá, músicos y escritores obtienen gran parte de sus ingresos de fuentes no relacionadas directamente con el copyright (como la enseñanza), aunque no cejan en su actividad creativa.

³⁴ Benkler, *cit.*, p. 71.

³⁵ Zimmerman, *cit.*, p. 27.

muy difuminada por el trabajo colectivo) de sus contribuciones resulta un sinsentido, una actividad claramente antieconómica.

El sistema de incentivos previsto por las normas de propiedad intelectual está basado en una pobre comprensión de lo que motiva a un sujeto a crear intelectual y artísticamente. Ello convierte estas normas en poco efectivas para (según la propia legislación) *proteger a los autores* frente a otras formas de conseguir la libertad necesaria para dedicarse a crear, como podrían ser becas o sueldos regulares, entre otras cosas porque no es capaz de entender que estos otros ámbitos —el de las becas o las condiciones laborales de los artistas que trabajan por cuenta ajena en empleos no necesariamente relacionados con su labor creativa— también determinan las condiciones y potencial creativo del artista. En términos similares se expresa el economista Joseph Stiglitz en el marco de los productos patentables, al entender que los creadores lo que buscan es «libertad para explorar los problemas que les interesan, compartir conocimientos y “contribuir al debate intelectual” más que enriquecerse con cualquier ganancia inesperada fruto del hecho de que su producto sea patentable»³⁶.

En definitiva, las razones por las que a menudo se esgrime esta presunción de que el artista no crearía (o crearía menos) sin remuneración económica deben buscarse en el tratamiento que las normas hacen de los bienes culturales que, como se ha visto, son abordados como objeto de comercio. La presunción de esta lógica económica en los creadores (que permite explicar otros comportamientos de los mercados, como la masiva creación de bienes culturales-industriales de entretenimiento) legitima así una normativa centrada en configurar los bienes culturales como mercancía. Como se verá a continuación, tanto los llamados derechos económicos como los derechos morales, planteados para “proteger a los autores”, quedan supeditados a una lógica lucrativa, esta sí, atribuible sin reparos como eje central de su existencia, a las empresas del sector.

4.2. La lógica lucrativa de los mercados

Una forma de analizar el campo que regulan los derechos de autor es identificando los diferentes *agentes* que intervienen en la creación, distribución y *uso* de obras artísticas e intelectuales. Serían, por un lado, creadores y artistas; por otro, el público al que van dirigidas las obras y, finalmente, los *intermediarios* o inversores, lo que engloba empresas productoras, distribuidoras o editoras, por ejemplo. Estas empresas aportan en algunos casos el capital y los medios necesarios para crear la obra (cine) o para darle una distribución y salida comercial (música, libros). Y en muchas ocasiones, son estas

³⁶ «freedom to explore problems that interest them, share knowledge, and “shape the intellectual debate” rather than to earn whatever windfall income might be derived from the fact that their product is patentable», Stiglitz, en Zimmerman, *cit.*, p. 22.

empresas las que se convierten en propietarias de los derechos de autor sobre una obra, debido a los contratos de cesión que se ven obligados a firmar los creadores para poder dar salida a su trabajo. Se trata pues, de empresas «cuya motivación [...] es eminentemente económica»³⁷.

Esto ocurre tanto en los países con copyright como con derechos de autor. Si bien en la tradición jurídica anglosajona el autor puede ceder *toda la obra* (por la menor importancia de los derechos morales), lo cual no ocurre en los países de tradición continental, en definitiva son los derechos económicos o patrimoniales los que permiten el control efectivo de una creación, y éstos se ceden prácticamente siempre a las empresas encargadas de gestionar a nivel comercial las obras.

La lógica lucrativa de funcionamiento, que se atribuye a los autores y que se ha tratado de cuestionar en el apartado anterior, sí puede sin embargo presumirse de los intermediarios que, en definitiva, son empresas privadas, que funcionan en los mercados comprando y vendiendo (o explotando) derechos de propiedad intelectual. Empresas que dependen en última instancia, como cualquier otra, de sus clientes o consumidores; la profunda mercantilización del campo de la producción de bienes culturales ha contribuido a convertir al *público* en consumidor y al creador en un sujeto menos valorado por sus iguales cuanto mayor es su éxito comercial.

Bourdieu explica esto último en los siguientes términos: «[desde] finales del siglo XIX, la jerarquía entre los géneros (y los autores) en función de los criterios específicos del juicio de sus pares es más o menos exactamente la inversa de la jerarquía en función del éxito comercial. Y eso a diferencia de lo que ocurría en el siglo XVII, cuando las dos jerarquías prácticamente se confundían, ya que los más consagrados entre los hombres de letras, particularmente los poetas y los sabios, eran los que más se beneficiaban de pensiones y prebendas»³⁸.

La vinculación de la compensación de los creadores y las empresas al éxito comercial de la obra creada, lejos de incentivar la creación *per se*, incentiva la promoción de obras con buena acogida en el mercado para que éstas generen amplios beneficios³⁹. Pero las preferencias del público son muy variables, y dependen en gran medida de los rasgos culturales de cada región —lo cual explica, sin ir más lejos, el éxito del cine en idioma hindi, en el que además es muy común el plagio— y, obviamente, de cada sujeto. Por ello, el mercado actual de bienes culturales o de entretenimiento no puede ser explicado sin dar cuenta del proceso de homogeneización mundial del gusto sufrido

³⁷ «whose motivation [...] is primarily economic», J. Litman, «Real Copyright Reform», *Iowa Law Review*, 96(1), 2010, 1-55, p.18.

³⁸ Bourdieu, *Las reglas del arte*, p. 175.

³⁹ Landes, Posner, *La estructura económica...*, p. 57.

desde la segunda guerra mundial, en el que cabe destacar la fuerte imposición de los “principios y valores” del estilo de vida estadounidense-occidental⁴⁰.

Joost Smiers retrata con acierto cómo el copyright favorece estos procesos de *imperialismo cultural* a costa de destruir o perjudicar rasgos y expresiones culturales locales. Este proceso tiene lugar desde hace décadas, pues ya el Plan Marshall preveía como condición que los países europeos compraran una cantidad determinada de películas estadounidenses cada año. Resulta también revelador analizar cómo se impusieron, por medios militares, elementos comerciales como el copyright en Japón, un país ajeno a tal concepción de la propiedad sobre la obra cultural⁴¹. Dice, en referencia a todo ello, Smiers: «¿qué recuerdos, mitos y símbolos, valores e identidades es capaz de ofrecer una cultura global que ante todo está impulsada por el comercio y, en el caso del arte, ha sido organizada por un puñado de grupos culturales que operan en el mundo entero?»⁴².

Fruto del salto tecnológico que trajo consigo la tercera revolución industrial, los derechos de propiedad intelectual se han convertido en un producto comercial muy valioso en el siglo XXI. Y las normas que los regulan afirman ser necesarias para proteger a los autores y, por ende, a los bienes culturales. Se ha visto que los creadores no encuentran un incentivo para crear necesariamente en la recompensa económica que pueden obtener, pero conviene analizar si realmente ésta queda garantizada por la normativa al respecto.

Se plantea aquí como hipótesis, contrariamente a lo comúnmente afirmado, que la regulación legal de los derechos económicos de los artistas (bajo la forma de propiedad) es precisamente lo que permite desposeer a éstos de sus derechos económicos sobre las obras, lo cual tiene como consecuencia un reparto profundamente desigual de la ingente cantidad de dinero que genera este sector. Se analizarán, también, los denominados derechos morales, mucho más específicos de la normativa de tradición continental y que son inalienables e imprescriptibles, lo que no impide que se vean sacudidos por decisiones comerciales —ajenas al autor— que tratan de maximizar los beneficios económicos producidos por las obras.

Finalmente, se abordará la consideración del denominado *dominio público* (situación en la que los derechos patrimoniales sobre las obras han caducado). Se tratará de determinar si el dominio público realmente implica una mayor posibilidad de acceso a las obras o, en cambio, una mayor opción de negocio para las empresas, que pueden comercializar la obra sin pagar derechos de autor a los creadores o sus herederos.

⁴⁰ Smiers, *Un mundo sin copyright*, pp. 15, 16, 59 y 69.

⁴¹ Mitsui, «Copyright and Music in Japan...».

⁴² Smiers, *cit.*, p. 123.

4.2.1. *Desposesión de la obra: cesión de los derechos patrimoniales*

En torno a la naturaleza de los derechos de autor (propiedad intelectual continental), ha existido un debate jurídico-doctrinal no resuelto respecto a si nos encontramos ante un único derecho de autor que engloba facultades morales y patrimoniales (teoría monista) o ante dos derechos diferentes, los derechos patrimoniales y los derechos morales (teoría dualista). Este debate, aparentemente estéril en sus efectos prácticos inmediatos, ha sido “resuelto” en nuestro país de forma distinta por la doctrina y por la jurisprudencia. Existen motivos para mantener las tesis dualistas en España —cuya normativa de propiedad intelectual se asemeja mucho a la francesa, que apostó claramente por una posición dualista en parte por su visión romántica del autor como creador único, protegiendo por tanto fuertemente los derechos morales de éste— pero la jurisprudencia se ha inclinado mayoritariamente a favor de considerar el derecho de autor como un único derecho, si bien con diversas facultades —en consonancia con la postura del derecho alemán, claramente monista—⁴³.

La jurisprudencia española tiene motivos para entender que la propiedad intelectual es un derecho de tipo patrimonial (al que sin embargo se le atribuyen, de forma bastante reciente, facultades morales), pues se trata en definitiva de una forma de propiedad. Esto explica que en la ley de propiedad intelectual de 1879 ni siquiera aparecieran previstos los derechos morales⁴⁴, y también el rechazo legal y parcialmente⁴⁵ doctrinal a la subsunción de la propiedad intelectual bajo la protección del artículo 20.1b de la Constitución española (libertad de expresión) —lo cual le garantizaría una protección especial—. La creación, artística o intelectual, está por tanto considerada jurídicamente antes como una forma de propiedad que como una facultad o derecho de expresión. Es antes un bien privado que un derecho de libertad.

La legislación, y la interpretación dominante de ésta, tanto en relación a la propiedad intelectual continental como al copyright, atribuyen al sujeto creador la propiedad del objeto artístico o intelectual creado (aunque con importantes excepciones, como el hecho de que, como norma general, *todo* trabajo del artista asalariado pase automáticamente a ser propiedad del empleador⁴⁶). Tal atribución es fácilmente comprensible si se piensa en el manuscrito de un libro, en una pintura o en una escultura, obras que generalmente pueden ser creadas por uno o diversos sujetos con

⁴³ R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Manual de propiedad intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 25.

⁴⁴ Pese a todo, el derecho español (como el francés, alemán, italiano, portugués) protege más al autor/creador que los países con tradición jurídica anglosajona, con normas de copyright. *Ibid.*, p. 150.

⁴⁵ Autores como Marisela González López, en cambio, opinan que la propiedad intelectual sí puede ser entendida como derecho fundamental en base a nuestra constitución. *Vid. El derecho moral del autor en la ley española de propiedad intelectual*, Marcial Pons, Madrid, 1993.

⁴⁶ L. Corredoira y Alfonso, *La protección del talento: propiedad intelectual de autores, artistas y productores con especial atención a Internet y obras digitales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 47.

relativa privacidad. Pero no se puede decir lo mismo de la obra arquitectónica o de los filmes, donde los máximos responsables —arquitecto y director, respectivamente— no disponen, como norma general, de los recursos necesarios para llevarlas a cabo (de lo que se encargan el promotor y el productor).

Las profundas diferencias entre los distintos tipos de obra que se entienden como intelectuales o artísticas requieren un tratamiento legal que comprenda estas diferencias, pues la simplificación que supone regularlas todas como *propiedad* provoca importantes deficiencias a la hora de establecer un sistema equilibrado que permita mantener la creación de bienes culturales, las condiciones del artista para realizar su trabajo, y el acceso universal de los ciudadanos.

Los autores intelectuales de una obra, bien para crearla o bien para poder distribuirla una vez creada, se ven obligados en la mayoría de casos a *ceder* los beneficios económicos sobre ellas (o una parte importante), único capital del que generalmente disponen y pueden aportar. Ello es así —como explica Bernard Edelman en relación al cine—, por «la dominación del capital industrial y financiero sobre los *medios materiales de producción* [...] que se ve necesariamente acompañada de una *monopolización* del “*material humano*”. [...] El contrato aparece como el instrumento privilegiado de la dominación capitalista. Designa la mercantilización del hombre como objeto de derecho. El *star system* es una ilustración perfecta [...] En cuanto a los salarios extravagantes, no son más que una pieza ideológica del sistema»⁴⁷.

Es necesario recordar, en este punto, que el derecho de autor continental difiere en este aspecto considerablemente del copyright. Mientras que éste permite la cesión casi absoluta de la obra a otra persona —física o jurídica—, emulando en efecto la figura de la propiedad tradicional, de contenido eminentemente económico, los derechos de autor español, francés, alemán o italiano establecen límites. Así, por ejemplo, en la tradición jurídica continental no es posible alienar los derechos morales, que permitirían al autor retirar la obra cedida del mercado si así lo deseara⁴⁸.

Estos contratos de cesión de derechos (cuyas cláusulas benefician a quien es más fuerte en la negociación⁴⁹) se convierten así en una pieza fundamental en este proceso en el que los creadores se ven desposeídos del control efectivo sobre su obra y, en numerosas ocasiones, de los beneficios que ésta genere, pues existe una gran desigualdad entre ambas partes contratantes que se refleja, como se verá, en el reparto de beneficios. La

⁴⁷ B. Edelman, *La práctica ideológica del derecho. Elementos para una teoría marxista del derecho*, Tecnos, Madrid, 1980, p. 73. Sobre el título original de la obra, *vid.* nota al pie de la p. 71.

⁴⁸ Bercovitz, *cit.*, p. 150.

⁴⁹ En este sentido se pronuncia la Relatora especial sobre derechos culturales de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU. *Vid.* Naciones Unidas, Asamblea General, Informe anual «Políticas sobre los derechos de autor y el derecho a la ciencia y la cultura», A/HRC/28/57 (2015), p. 11. <http://undocs.org/A/HRC/28/57>

situación resulta todavía más desfavorable para los autores bajo el sistema de copyright, que «alienta al autor a ceder su copyright a un distribuidor para su explotación económica. Una vez el autor transfiere su copyright, la legislación no facilita su recuperación»⁵⁰. Para garantizar que los autores puedan obtener beneficios por su trabajo es necesario diferenciar «los autores que son personas físicas y las empresas titulares de derechos», pues éstas no tienen realmente la autoría⁵¹.

Los creadores intelectuales de una obra mantienen por tanto ciertos derechos sobre la misma, como el reconocimiento de su autoría o el derecho a que ésta no sea modificada de forma que perjudique la imagen del autor —este último, como se verá, con importantes salvedades—, pero no controlan la suerte que ha de seguir su creación en el universo jurídico-mercantil. Así, la cesión en exclusiva permite al cesionario incluso perseguir las violaciones de derechos de autor, aunque los autores o artistas (difícilmente pueden ser llamados propietarios) no lo deseen⁵².

Resulta también destacable la obligatoriedad de gestionar los derechos remuneratorios a través de las Entidades de Gestión⁵³, que pueden llegar a tener una considerable incidencia en la obtención de beneficios de los autores. El tratamiento jurídico de las obras, muy similar al de cualquier otro activo económico, convierte en necesario que el aspecto económico de la obra —representado por los derechos patrimoniales— pueda sustraerse al creador original.

Al estar los medios de producción en manos privadas, el autor se ve impelido a ceder dichos derechos para poder crear o distribuir su obra. El productor, el editor («el capital») se convierte en propietario *de facto*, «toma el rostro del Arte» pero se comporta en lo demás como capital; trata la creación artística como una mercancía y al creador como fuerza de trabajo, y convierte al contrato en el guardián —de apariencia neutral y consensuada— de esta situación. «El contrato permite hacer de un artista un proletario». El derecho viene así a confesar que «el verdadero sujeto creador es el capital»⁵⁴.

Sobre la posesión de los medios de producción en manos privadas habla Edelman acerca del cine, explicando cómo la CGT había apoyado en 1937 la nacionalización de los medios de

⁵⁰ «encourages the author to assign her copyright to a distributor in exchange for exploitation. Once the author transfers her copyright, the law does not make it easy to retrieve it», Litman, *cit.*, p. 11.

⁵¹ Naciones Unidas, «Políticas sobre los derechos de autor...», p. 10.

⁵² Corredoira y Alfonso, *cit.*, p. 32. En 2013, la Universidad de Barcelona recibió una denuncia por parte de CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) por haber compartido los profesores en el Campus Virtual (limitado por lo tanto a los alumnos matriculados) textos de libros (en ocasiones escritos por los mismos profesores) con fines claramente educativos. Para descubrirlo, CEDRO matriculó a un alumno falso, pudiendo así acceder a dicho Campus Virtual.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Edelman, *cit.*, pp. 77-78.

producción cinematográficos (laboratorios y estudios), así como grandes empresas de distribución. En el caso del cine, la producción resulta harto compleja porque requiere unos medios materiales y personales generalmente costosos. La distribución, sin embargo, sí se ha visto determinantemente afectada por las nuevas tecnologías y la casi ilimitada reproductibilidad técnica. Lo que se vuelve esencial, dice Edelman, es el capital (el realizador, sin embargo, es prescindible). El peligro para el capital estaría en «la colectivización del producto artístico. Que se deje a los “otros” declararse autores y se les verá bien de prisa “expulsar” al productor; que se deje a los obreros los medios legales de apropiarse de los medios de producción y se les verá que pueden disponer de la producción “fuera de nosotros”; traduzcamos: fuera del capital»⁵⁵.

Se ha dicho aquí que el control de la obra por parte de los autores es escaso, porque se ven obligados a ceder los derechos patrimoniales a terceros para la producción y distribución de su trabajo. Esta cesión, sin embargo, no es necesaria en los llamados “derechos de simple remuneración”, que tienen un componente puramente económico. Ante determinadas situaciones como la venta en subasta pública de obras de artes plásticas, la fabricación o distribución de aparatos y soportes para la copia privada, la proyección de obra audiovisual o el alquiler de grabaciones, los autores o iniciales propietarios nada podrán hacer salvo recibir la cantidad estipulada. Este tipo de “derecho” (parece más bien un derecho de crédito, pues no hay control alguno por parte del autor, que no puede oponerse a tales usos) permite el uso comercial de la obra sin necesitar siquiera el acuerdo de voluntades (contrato), pues se encuentra garantizado legalmente. Esto da la oportunidad de generar un negocio en base a obras artísticas sin el permiso de los autores —piénsese en los antiguos videoclubs—, y todo ello para garantizar, teóricamente, la correcta distribución y acceso del público a las obras a la par que se remunera a los artistas. El acceso del público, como se ha dicho, viene ferozmente determinado por las posibilidades económicas de éste. Y respecto a la remuneración de los autores, hay datos empíricos que permiten poner en cuestión la efectividad de las normas a tales efectos.

4.2.2. *Desigualdades en el reparto de beneficios*

En los ordenamientos jurídicos de tradición continental (Alemania, Francia, Italia, España, Portugal, países latinoamericanos), los llamados derechos patrimoniales son los que tratan de garantizar que los creadores puedan explotar económicamente su obra (o, lo que es más habitual, percibir ciertas cantidades de un tercero que se encarga de tal explotación). Estos derechos, como se ha ido viendo —y en clara contraposición a los llamados derechos morales— son esencialmente alienables, y constituyen en última instancia el mecanismo por el que los creadores pueden obtener rendimientos

⁵⁵ *Ibíd.* p. 79.

económicos directos de sus obras. En este sentido, no existe en lo que se analizará una distinción de calado respecto al copyright, pues en lo que verdaderamente se separan es en la dispar protección que ambas tradiciones jurídicas —derechos de autor y copyright— prevén para el caso de los derechos morales.

En el apartado anterior se ha tratado de poner en cuestión la afirmación —implícita en las normas de derechos de autor o explicitada por diversos autores u organismos, como el propio Congreso de EEUU— de que los autores necesitan un incentivo económico para crear, y que es por ello que se protege la creación artística o intelectual. Se ha propuesto, en cambio, que la búsqueda de un beneficio económico no se puede entender como el motor creativo de los autores, aunque pueda suponer un elemento más o menos importante. La pregunta, por tanto, a la que se trata de dar respuesta ahora es: ¿son efectivas las normas de propiedad intelectual para garantizar beneficios económicos a los creadores? La normativa parte decididamente de este apriorismo, aunque no son pocos los que opinan que

[...] dentro del discurso del libre mercado se defiende la idea de que en materia de propiedad intelectual un punto neurálgico es la protección del autor y de la justa retribución que éste debe tener por su esfuerzo y trabajo (argumento que como se ha visto es parte fundamental de la propiedad intelectual). Sin embargo, contra esto se ha argumentado (no rechazando el postulado) que estas afirmaciones no constituyen, sino sólo la mascarada que encubre la realidad del actual funcionamiento del esquema de la propiedad intelectual, en el que los únicos que resultan beneficiados son los intermediarios (productores, transportistas, publicistas, etc.) y las grandes transnacionales detentadoras de los derechos de autor —por cesión—, pues los autores o intérpretes reciben una minúscula parte de los ingresos⁵⁶.

Aquí se considera, como Jacqueline Jongitud, que en el actual funcionamiento de la propiedad intelectual no son los creadores los principales beneficiados, por lo que su regulación pierde gran parte de su legitimidad al no resultar un mecanismo útil para remunerar adecuadamente a los autores. Dicho en otros términos: de las cantidades de dinero que se generan en torno a los bienes intelectuales, la mayoría de los artistas reciben una pequeña porción, lo que no les posibilita vivir exclusivamente de su labor creativa. Esto permite poner en cuestión unas normas que precisamente en nombre de esa inefectiva y desigual remuneración están estableciendo límites a la difusión de bienes culturales.

En 2004, Martin Kretschmer, profesor de propiedad intelectual en la Universidad de Glasgow, realizó un estudio empírico en el que trataba de analizar precisamente cómo era la remuneración de ciertos artistas (en este caso músicos) en Gran Bretaña y

⁵⁶ J. Jongitud Zamora, «Contradicciones de la globalización: surgimiento del copyleft», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 10, 2006-2007, 141-174, p. 159.

Alemania. El autor llega a la conclusión de que el copyright y los derechos de autor benefician principalmente a los inversores, que gracias a la normativa jurídica que regula estos bienes (que les permite controlar la explotación de las obras), sí cuentan con incentivos (económicos) para comercializar las obras creativas.

También se aprecian sustanciales beneficios para ciertos artistas, siempre que tengan un recorrido de éxitos (lo cual debe ser entendido como un gran consumo de su música por parte de la gente, fenómeno del que no puede darse cuenta sin prestar la debida atención a la importante labor de promoción y publicidad que realizan las discográficas) que les permita conseguir tratos beneficiosos con los inversores. Para muchos otros artistas, sin embargo, la fuente de sus ingresos proviene de «actividades no relacionadas con el copyright o incluso no relacionadas con el mundo artístico»⁵⁷.

Una encuesta del año 1993 —antes, pues, del *fenómeno* de internet—, realizada entre compositores austríacos arrojaba los siguientes datos: la mayoría de los compositores recibían ingresos ajenos a los generados por los royalties de copyright de su trabajo. El 82% de los encuestados recibía ingresos de otras actividades musicales (actuaciones, enseñanza), el 25% de actividades profesionales no relacionadas con la música, el 18,2%, de miembros de su familia, y el 3,9% de la caridad. Kretschmer llega a la conclusión de que los ingresos de fuentes ajenas al copyright, incluso de actividades no artísticas —la educación ha sido históricamente una actividad recurrente en este sentido— suponen una importante fuente de ingresos para la mayoría de los músicos. Las normas de propiedad intelectual, como se puede observar, ya resultaban de dudosa utilidad a la hora de remunerar a los artistas en años previos a la aparición de programas P2P o páginas webs de *piratería*.

Peter DiCola, profesor de Derecho en la Universidad de Northwestern (Illinois), también ha trabajado con datos empíricos⁵⁸ sobre el origen de los ingresos de miles de músicos estadounidenses, lo que permite constatar unos ingresos por copyright significativamente inferiores a otros como los espectáculos en vivo o la enseñanza (fig.1).

⁵⁷ «non-copyright and even non-artistic activities», M. Kretschmer, «Artists' earnings and copyright: A review of British and German music industry data in the context of digital technologies», *First Monday*, 10(1), 2005. Más información sobre ese mismo artículo puede encontrarse en Kretschmer, «Empirical evidence on musicians' careers and earnings: The role of copyright», IMC 2nd World Forum on Music, Beijing, 2007.

⁵⁸ P. DiCola, «Money from Music: Survey Evidence on Musicians' Revenue and Lessons About Copyright Incentives», *Arizona Law Review*, 55(2), 2013, 301-370.

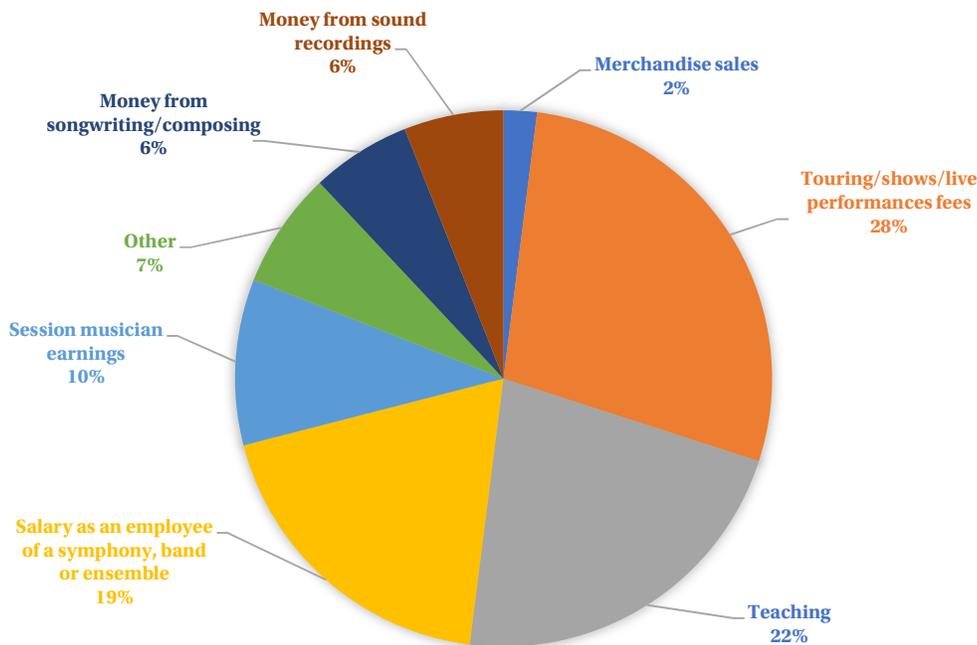


Fig. 1. Average share of music income from major revenue streams. All respondents. Fuente: *Money From Music* (DiCola, 2013).

Los datos extraídos por DiCola muestran que los músicos encuestados obtienen «un 12% de los ingresos de fuentes directamente relacionadas con el copyright, un 10% de fuentes con cierta relación con el copyright y un 78% de fuentes indirectamente relacionadas o sin relación con el copyright»⁵⁹. Aunque un endurecimiento de las normas de propiedad intelectual consiguiera terminar con el fenómeno de compartir archivos a través de internet (lo que es harto improbable), ello no garantizaría un aumento en la actividad creativa de los músicos. Y es que el incremento de los ingresos de los músicos debería ser de tal entidad que les permitiera, teniendo en cuenta que perciben solamente entre un 12% y un 22% de sus ingresos de actividades relacionadas con el copyright, abandonar alguna de las otras actividades laborales que realizan (dos o más, el 89% de los músicos profesionales, y cuatro o más el 39%)⁶⁰.

Otro estudio, de 2005-2006, encargado por la Authors' Licensing and Collecting Society (una sociedad de gestión de derechos de escritores en el Reino Unido) avisaba sobre los riesgos de dedicarse a escribir profesionalmente, entre otras cosas porque los ingresos medios de un escritor en Reino Unido eran, ya en aquellos años —anteriores a la proliferación de libros electrónicos—, inferiores a una cuarta parte del sueldo típico de

⁵⁹ *Ibíd.* p. 5

⁶⁰ *Ibíd.* p. 36.

un trabajador cualquiera⁶¹. También se advertía —y así se ha visto en el caso de los músicos— de la importante desigualdad en el reparto de beneficios, que muestra que el 10% que más gana (de los autores) obtiene más del 50% del total de ingresos, mientras que el 50% del total de encuestados ganan menos del 10% del total de ingresos.

El estudio de la Authors' Licensing and Collecting Society también compara los datos obtenidos con los de los trabajadores «expertos del metal y oficios electrónicos», en los que el 50% que menos cobra recibe aproximadamente un 40% del total de ingresos. En ese sector, si se toma para medir la desigualdad el coeficiente de Gini⁶² el coeficiente de desigualdad es del 0,22 (siendo 0 la igualdad perfecta y 1 una total desigualdad). En el caso de los escritores, en 2000 ya se apreciaba una importante desigualdad en los ingresos, que estaban muy por debajo de otras profesiones (16.000£ frente a casi 24.000£ de los trabajadores antes mencionados), desigualdad que se ha visto acentuada con el paso del tiempo. Los tres gráficos (fig. 2) muestran una curva de desigualdad mucho más pronunciada en el caso de los escritores que en los trabajadores del metal y oficios electrónicos, con un coeficiente de Gini de aquéllos de 0,6 en 2000 y 0,74 en 2004-2005.



Fig. 2. Fuente: «What are words worth? Counting the cost of a writing career in the 21st Century: a survey of 25,000 writers», elaborado por la Authors' Licensing and Collecting Society (ALCS), 2007.

⁶¹ «What are words worth? Counting the cost of a writing career in the 21st Century: a survey of 25,000 writers», elaborado por la Authors' Licensing and Collecting Society (ALCS), 2007. Disponible en <http://www.alcs.co.uk/Documents/Downloads/whatarewordsworth.aspx>

⁶² El coeficiente de Gini es una medida de desigualdad de ingresos utilizada para calcular generalmente los ingresos nacionales, aunque puede ser utilizada para cualquier otra forma de distribución desigual de ingresos. Recibe este nombre por su ideólogo, el estadista italiano Corrado Gini.

Los datos muestran también que solamente el 20,3% de los escritores británicos recibía todos sus ingresos de la escritura (lo cual incluye otros trabajos relacionados con ese campo como el periodista asalariado). Es más, el estudio compara la situación de los escritores en dos estados (Reino Unido y Alemania), lo que reviste especial interés al tratarse de dos modelos de estado muy distintos y dos modelos normativos de propiedad intelectual también muy diferentes (copyright y derechos de autor respectivamente).

Percentage of UK professional authors from whom writing income contributes:	% of authors	Mean writing income (£)	Median writing income (£)
More than 50% of total individual income	59.6	41,186	23,000
More than 75% of total individual income	48.4	48,101	26,500
More than 90% of total individual income	42.8	50,090	27,696
100% of total individual income	40.0	49,542	27,500
Percentage of German authors for whom writing income contributes:			
More than 50% of total individual income	63.1	19,005	13,800
More than 75% of total individual income	52.9	20,165	13,800
More than 90% of total individual income	45.5	20,898	13,800
100% of total individual income	40.1	20,337	13,800

Fig. 3. Fuente: «What are words worth? Counting the cost of a writing career in the 21th Century: a survey of 25,000 writers», elaborado por la Authors' Licensing and Collecting Society (ALCS), 2007.

Los datos (fig.3), muestran que los escritores alemanes reciben menos dinero total de sus actividades de escritores. Así, por ejemplo, para un 42,8% de los británicos, más del 90% de sus ingresos provienen de la escritura, que les proporcionan una media de 49.542£. Para sus homólogos alemanes, en cambio (45,5%), la media sería de 20.898£. De ello puede extraerse la lectura de que los escritores alemanes necesitan muchos menos ingresos para dedicarse a trabajar casi en exclusiva a escribir que los británicos. Esto puede deberse a distintos motivos, como el hecho de que la vida en Alemania sea más barata que en Reino Unido (la mitad de los encuestados británicos eran de Londres

y el sudeste de Inglaterra), el sistema alemán de asistencia estatal (seguro nacional, becas, precio de la educación) y mayores ingresos provenientes de los repartos que realizan las sociedades de gestión.

Esto permite afirmar, en primer lugar, que el Estado sí resulta relevante. El campo de la creación artística e intelectual no es autónomo e independiente, y el entorno jurídico y económico en el que se desarrolla es importante. Con el actual sistema de protección de los derechos de autor, el papel del Estado a la hora de proporcionar o asistir con medios que permitan a los creadores *seguir creando* resulta fundamental para potenciar las condiciones de creatividad de una sociedad. En este sentido, la progresiva disminución de la función redistributiva del Estado y su trasvase de funciones al sector privado puede incidir en las condiciones de los artistas a la hora de afrontar la tarea creativa. Y, en segundo lugar, que las sociedades de gestión tienen también un papel relevante⁶³. Sus métodos de funcionamiento afectan a los artistas y a sus creaciones — lo cual incide en la sociedad en general—, por lo que mecanismos para garantizar su funcionamiento claro y transparente, así como un reparto equitativo de los ingresos que recauda pueden ser medidas que fomenten unas condiciones adecuadas para facilitar a los artistas su labor⁶⁴.

Las dudas sobre la idoneidad del copyright para remunerar debidamente a los escritores crecen si se analizan los datos de 2013⁶⁵. Si en 2005 en Reino Unido el 40% de los autores recibían sus ingresos sólo de la escritura, en 2013 éstos eran sólo el 11,5%. Además, la media de ingresos de los escritores ha caído considerablemente hasta situarse en las 11.000€ (la Joseph Rowntree Foundation, dedicada a la investigación y desarrollo en el ámbito caritativo, cifraba en 2013 los ingresos para vivir dignamente en Reino Unido en 16.850€ anuales).

El estudio también destaca un hecho importante. La mayoría de los encuestados contaba con cláusulas en sus contratos con las editoriales para poder recuperar o retener para sí ciertos derechos de copyright (en el Reino Unido pueden alienarse completamente los derechos sobre una obra, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de autor). Del 38% que hizo uso de dicha cláusula, el 70% terminó ganando

⁶³ Kretschmer, *cit.*, p.9.

⁶⁴ En 2009 se supo que la SGAE había repartido el 75% de los fondos recaudados entre el 1,73% de los artistas en el ejercicio de 2007. La media de reparto del conjunto de entidades de gestión era de 310,2 millones de euros entre el 5,88% de los artistas. *Vid.* «La SGAE reparte el 75% de sus fondos entre el 1,73% de los autores», *Libertad Digital*, 21 de abril de 2009; J. Echebarría Sáenz, «Entidades de gestión de derechos de autor y transparencia», en R. Mata y Martín, A. Javato Marín, *La propiedad intelectual en la era digital. Límites e infracciones a los derechos de autor en internet*, La Ley, Madrid, 2011; G. Palao Moreno, J. Plaza Penadés, *Nuevos retos de la propiedad intelectual*, Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 42 y ss.

⁶⁵ «What are words worth now? A survey of authors' earnings», por la Authors' Licensing and Collecting Society (ALCS), 2014. Disponible en [http://www.alcs.co.uk/getattachment/Resources/Research/what-are-words-worth-now-new-address-\(1\).pdf.aspx](http://www.alcs.co.uk/getattachment/Resources/Research/what-are-words-worth-now-new-address-(1).pdf.aspx)

más dinero de su trabajo en cuestión. De hecho, en países como Alemania, con derechos de autor en vez de copyright, la litigación por los derechos era más común que en países como el Reino Unido, y ello comportaba generalmente una mejora en las condiciones contractuales para los autores. Hay, por tanto, un margen considerable de mejora en las condiciones económicas para los autores, y un elemento de poder a la hora de negociar tales condiciones es la existencia de unos derechos inalienables e imprescriptibles para el autor.

La precarización de la profesión de escribir no afecta solamente al escritor de novelas, poesía o ficción. Tampoco los periodistas, muchos de ellos *freelance* (sin contratos de trabajo, por tanto), pueden vivir en muchas ocasiones decentemente de su labor como tales⁶⁶. Para el 77% de los encuestados *freelance*, sus ingresos no son suficientes para sobrevivir (la mayoría obtiene menos de 8.200£ anuales), el 78% necesita un segundo trabajo y muchos de ellos tienen cargas familiares importantes (el 49% son los encargados de aportar la principal fuente de ingresos en sus hogares).

Sorprendentemente, este descenso generalizado de los ingresos no ha ido acompañado de un descenso en el volumen de negocio. El empeoramiento de las condiciones de los escritores y de muchos artistas en general no puede ni debe ser explicado simplemente como efecto directo de internet o de los archivos que en él se comparten. Pues, a pesar de la precaria situación de los escritores británicos, la riqueza generada por las industrias creativas del Reino Unido ha ido en aumento. Según datos del Department of Culture, Media and Sport⁶⁷, estas industrias tienen un valor de más de 71 mil millones de libras (£) anuales (datos de 2014) mientras que las industrias de periódicos y revistas generaron en 2013 unos ingresos totales de 11 mil millones de libras (£).

Los datos relativos a los escritores tampoco parecen haber sido muy halagüeños en España. En 1998, la mayoría de los autores recibía el 10% sobre la venta de los libros, lo cual en muy pocas ocasiones permitía a los autores vivir del trabajo escrito. Incluso los escritores de renombre, se dice, «viven tanto o más de contratos con los periódicos que de los ingresos literarios»⁶⁸, y también de conferencias y cursos universitarios. En 2014, una televisión catalana anunciaba que sólo tres de cada diez actores de teatro podían subsistir con los ingresos fruto de su trabajo⁶⁹.

⁶⁶ «A free for all? Findings from a survey of freelance newspaper and magazine journalists» por la Authors' Licensing and Collecting Society (ALCS). Disponible en <http://www.alcs.co.uk/getattachment/Resources/Research/a-free-for-all-new-address.pdf.aspx>

⁶⁷ «What are words worth now», p. 5.

⁶⁸ A. Castilla y M.A. Villena, «Muchos, famosos; pero ricos, pocos», publicado en *El País* el 6 de julio de 1998.

⁶⁹ BTV (cadena televisiva), información emitida el 16 de septiembre de 2014, con motivo de la XIIIª edición de "Catalunya aixeca el Teló", que es la inauguración de la temporada teatral en dicha Comunidad Autónoma.

En 2016, un estudio de la Fundación Nebrija (España) ponía de manifiesto las enormes dificultades de los artistas de ese país para vivir de su actividad creativa. Según los datos arrojados por el estudio, «el 46,9% de los artistas encuestados recibe menos de 8.000 euros anuales por su trabajo; el 13,4%, entre 8.000 y 10.000 euros; el 18,4%, entre 10.000 y 20.000. Es decir, que el 78,7% de los artistas recibe entre 8.000 y 20.000 euros anuales por su trabajo, una cifra que contrasta con el 0,6% de los creadores que recibe más de 60.000 euros anuales. Además, de los encuestados, el 73,8% afirma no poder subsistir sólo con su actividad artística»⁷⁰. En el estudio, además, se afirmaba que el 81,4% de los encuestados no gestionan sus derechos de propiedad intelectual mediante ninguna entidad de gestión, lo que permite poner en duda su efectividad en España.

En la vida de los artistas, su relación laboral tiene importancia porque, en ocasiones, es lo que permite sustentar la labor creativa e intelectual (en mayor medida, incluso, que el copyright, para una gran porción de los artistas). Para entender el complejo ámbito de la producción cultural y las difíciles condiciones creativas de los artistas es necesario tomar en consideración otros fenómenos como la precarización de las condiciones laborales en muchos países de Europa y en EEUU, en los que no existe la estabilidad legal ni económica de otros momentos históricos. También la desigual distribución de los beneficios generados en el mundo creativo, la manipulación del gusto mediante la publicidad y el consumo de masas o la disminución del papel estatal a la hora de ofrecer las condiciones necesarias (materiales y personales) para promocionar la actividad creativa (becas, subvenciones, contrataciones públicas, beneficios fiscales).

Se han visto algunos ejemplos de cómo los datos contradicen la presunta protección económica que las leyes proporcionan a los artistas. Los motivos que llevan a los creadores a seguir produciendo obras a pesar de las desventajosas condiciones económicas refuerzan la idea de que el beneficio económico no es ni el único ni el más importante de los incentivos creativos de los autores. No obstante, para explicar por qué se continúa creando a pesar de tales condiciones, se han propuesto otras ideas, como la perspectiva de grandes ganancias (modelo *superestrella*, o *lottery theory*). Esta idea permite dar cuenta, tal vez, de la mayor afluencia de intentos de éxito en algunos campos —la música o la novela— pero no es capaz de explicar los impulsos creativos de otros ámbitos artísticos como la poesía, en la que las perspectivas de grandes beneficios económicos son prácticamente nulas, ni los motivos para crear en momentos históricos que desconocían los ingresos millonarios de los artistas.

Por otro lado, tampoco es posible afirmar que el 10% de autores que más ingresos obtiene, por ejemplo, en el negocio de la música, sea reducible a artistas de poco impacto artístico pero gran promoción y comercialización (fenómeno *superestrella*),

⁷⁰ J. Ramos Toledano, «Vivir del arte», *mientrastanto.e*, 155, 2017.

pues hay que tener en cuenta ciertos *clásicos* que cuentan con un potencial comercial importante. Así, artistas como los Beatles o Elvis Presley pueden ser todavía enormemente rentables en el mercado, sin que en muchos casos incluso su muerte signifique una mayor posibilidad de acceso a sus obras por parte de los ciudadanos. En este sentido, como se verá, la *caducidad* de los derechos patrimoniales de propiedad intelectual o del copyright y la consiguiente entrada de la obra en el dominio público — que, de todos modos, no es el caso de los Beatles ni Elvis, pero sí de compositores como Chopin o Bach— no implican necesariamente que los ciudadanos puedan acceder más fácilmente a tales bienes culturales.

A pesar del potencial de los nuevos avances tecnológicos y de internet para disminuir la dependencia de los intermediarios en las producciones artísticas (musical, cinematográfica, literaria), no se ha dado, en este sentido, un fenómeno digno de ser llamado *revolucionario*. Esto se puede deber, en parte, a la dificultad de los sujetos creativos para hacerse notar en el vasto mundo que es internet y sus reticencias a optar por otros modos de sacar rendimientos de sus trabajos. También debido al proceso de comercialización de la Red y a la omnipresencia de las grandes empresas en el ámbito de internet (*vid. supra* §2.2). En este sentido, no se trata sólo de la desconfianza por parte de los creadores ante una nueva tecnología, sino de la inexistencia de alternativas claras y eficaces. Cuando nos preguntamos por qué los artistas en muchas ocasiones se alinean con los intereses de los intermediarios (la industria), una posible respuesta es que sigue siendo el único modo que tienen para producir, distribuir y obtener (pocos) rendimientos por su labor. Las licencias Creative Commons, muy interesantes como propuesta de flexibilización respecto del tratamiento que la sociedad debe dar al acervo cultural humano, no pueden cambiar el hecho de que la estructuración de nuestras sociedades en torno al consumo de mercancías y a la supervivencia basada en la mayoría de casos en el trabajo por cuenta ajena hacen complicada la renuncia a una parte, aunque mínima, de ingresos más o menos seguros.

Con los medios de producción y distribución de obras en manos privadas, los creadores no tienen demasiada alternativa si pretenden, en la medida de lo posible, obtener aunque sea el rendimiento suficiente para seguir con su actividad creativa. Se puede afirmar que ésta no depende exclusivamente de los ingresos (ciertos o posibles), pero estos ingresos sí son imprescindibles para su supervivencia como personas. En una sociedad crecientemente mercantilizada en todos sus ámbitos, en la que los éxitos en el mundo artístico e intelectual suelen exigir éxito comercial —de ventas, consumo—, y ante una clara mengua del papel estatal en todos los aspectos relacionados con la cultura, los autores cuentan con pocas opciones. Se ven obligados a escoger entre un mercado que en parte detestan, porque les impele a crear *para comercializar*, y la renuncia a su pulsión creativa.

Kretschmer, como conclusión a las encuestas de las que extrae sus datos, identifica cuatro intereses básicos de los creadores. El primero es poder producir y distribuir el trabajo. Todo artista aspira a disponer de los medios materiales y personales para llevar a cabo su obra. Para el director de cine, ello puede suponer equipo material, actores guionistas, etc. Pero para el fotógrafo, tal vez baste con un equipo de fotografía. Respecto a la distribución, ésta era (junto con la promoción), monopolio de las

empresas inversoras. No obstante, las nuevas tecnologías —internet aquí juega un papel importante— han abierto el campo a la entrada de nuevos agentes, lo que ha puesto en jaque a los antiguos inversores (piénsese en la guerra Amazon-Editores) pero no ha puesto en manos de los usuarios *el control de la creación y distribución de obras*, como ingenuamente creían los *ciberutópicos*. La correlación de fuerzas existente en los mercados, con una clara definición de los roles de empresa-vendedor y usuario-consumidor, han sido reproducidos (si bien con elementos distintivos) en gran parte también en internet.

La monopolización por parte de las grandes empresas de lo que *es visible* en internet, sin ir más lejos, trunca parcialmente estas opciones alternativas de promoción y distribución. Lo que no aparece en las primeras búsquedas de Google tiende a quedar mucho más escondido para la mayoría de internautas, lo que permite a las empresas pagar para posicionarse lo más arriba posible en la lista de búsquedas. Las empresas dedican grandes cantidades de dinero y recursos humanos a asegurarse visibilidad en la Red. Por ejemplo, un nuevo puesto de trabajo creado por este nuevo mundo tecnológico es el *Community Manager*⁷¹, una persona que se encarga exclusivamente de gestionar las redes sociales de una empresa (Twitter, Facebook, etc.) y relacionarse a través de ellas con los internautas (usuarios, clientes).

En segundo lugar, Kretschmer identifica el interés del creador de recibir reconocimiento por su creación. Esto puede corresponder a lo que, en la tradición jurídica continental, son los derechos morales (derecho al reconocimiento de la paternidad de la obra, en este caso). El copyright y los derechos de autor, teóricamente pensados para proteger e incentivar a los creadores, la integridad de las obras y su comercialización, obvian como se verá incluso los derechos morales de los artistas cuando ello es necesario para comercializar la obra en mejores condiciones.

En tercer lugar, Kretschmer identifica el interés de los creadores de obtener un beneficio económico equivalente al valor de su trabajo, para lo cual existirían teóricamente las normas de propiedad intelectual. Finalmente, se hace referencia al interés de los autores de poder crear a partir de otras obras, actividad que puede verse limitada o incluso prohibida precisamente por la regulación legal de los derechos de autor/copyright, que ponen trabas a actividades como el *sampling* o el *mixing*.

Los análisis empíricos que se han revisado, de investigadores como Kretschmer o DiCola, permiten constatar que las fuentes de ingresos de los creadores suelen ser muy diversas. Si se aborda, por ejemplo, el tema de los beneficios que obtienen los músicos por su trabajo, se debería también tener en cuenta las condiciones en las que trabajan quienes se dedican a la música *clásica*, pues acostumbran a ser asalariados y profesores. Las condiciones laborales de éstos afectan de manera determinante a su actividad

⁷¹ *Vid. supra* §2.2.2.

creativa, y sin embargo no son tenidas en cuenta en la regulación jurídica de los derechos de autor.

Una legislación sobre propiedad intelectual ambiciosa debería tener presentes no sólo las profundas diferencias entre producciones culturales (cine, literatura, música, arquitectura, pintura...) sino las condiciones en las que trabajan los artistas en cada uno de esos campos. Una normativa que sólo tome en consideración la obra cuando ésta ya ha sido creada (cuando es un objeto económicamente cuantificable) pero no, por ejemplo, las condiciones laborales del diseñador *cuyos dibujos se apropia* la empresa, está obviando un elemento fundamental de la creatividad, que es el entorno del creador. Una legislación así sólo se preocupa de la obra en cuanto ésta supone un objeto con el cual comerciar en los mercados, pero no puede afirmar que promueve, incentiva y garantiza la producción de tales bienes. Esta forma de entender la creación artística genera enormes mercados en los que se confunden los bienes culturales con los bienes industriales (comerciales) con mayor o menor contenido artístico, en los que unas pocas “obras” copan una gran mayoría de los beneficios (*winner-take-all market*).

Este tipo de mercados *winner-take-all* provocan que ciertas empresas del sector —genuinamente interesadas en difundir obras culturalmente relevantes— no tengan la *voluntad* de conseguir artistas rentables económicamente sino la *necesidad* de encontrarlos para mantener su estructura de negocio. Por ejemplo, en el negocio editorial (y en pequeños sellos discográficos, o pequeñas productoras cinematográficas) hay empresas de escaso tamaño con un compromiso claro a la hora de publicar y distribuir a determinados artistas poco rentables económicamente. También estas empresas se ven constreñidas por la lógica mercantil de consumo y promoción publicitaria que imponen las grandes multinacionales del sector, que tienden a acumular grandes porciones del negocio. Estas editoriales o sellos se ven obligadas en ocasiones a promocionar publicaciones que, si bien se alejan de su línea editorial, resultan económicamente rentables y les permiten sobrevivir como negocio; de otra forma se verían abocadas al cierre o a dejarse absorber por los gigantes del sector.

La escasez de datos empíricos que pongan en tela de juicio los argumentos de las normativas, la doctrina mayoritaria y los organismos internacionales dificultan el análisis preciso de la efectividad de la legislación a la hora de procurar ingresos a los artistas por sus trabajos. Sí se puede apreciar, sin embargo, que «una parte importante del sector creativo de la sociedad ya no acepta la estructura actual del copyright, con prolongados derechos exclusivos en manos de los grandes titulares de derechos de propiedad intelectual»⁷², lo cual incide en cómo los ciudadanos perciben a los autores y el campo en el que *crean*. El público ha perdido la visión del artista como un

⁷² «a significant creative element of society no longer accepts the current structure of copyright, with long exclusive rights bundled in the hands of major right holders», Kretschmer, *cit.*, p.8.

trabajador, y lo identifica con una parte más de la estructura empresarial que lo sustenta.

4.3. Derechos morales y dinámicas comerciales

4.3.1. Reconocimiento e infracción

Hasta el momento se ha hecho mención a algunos de los aspectos de las creaciones artísticas e intelectuales en su vertiente más patrimonial. Es decir, se han visto elementos económicos de las obras, como los derechos patrimoniales o de explotación de los artistas sobre ellas, o la remuneración económica de los autores con las actuales normas de propiedad intelectual. Pero, a menudo, la creación es percibida también como un momento de especial transcendencia para los autores porque se genera un vínculo especial entre éstos y la obra creada. El desarrollo doctrinal francés y alemán de esta forma de entender el acto creativo —distante de la concepción anglosajona de la propiedad intelectual— ha dado como resultado una normativa que, junto a los derechos patrimoniales sobre la obra, regula una suerte de derechos morales o personales independientes (hasta cierto punto) de los económicos, y que vendrían a salvaguardar ciertos derechos adquiridos por el autor (y solamente por él) precisamente por la especial relación de éste con la obra.

Estos derechos morales, también llamados derechos personales, comprenden facultades como la de exigir el respeto a la paternidad de la obra (a constar el creador, por tanto, siempre como autor de la misma), el derecho al respeto de la integridad y no modificación de la obra, o el derecho a decidir cuándo y en qué forma se divulga⁷³. Previsiones de este tipo están planteadas en todas las normas de propiedad intelectual de tradición jurídica continental como Francia y Alemania —principales desarrolladores de este tipo de derechos—, España, Italia o Portugal, e incluso en algunos tratados internacionales (Convenio de Berna).

La normativa del Reino Unido regula alguno de estos derechos, pero de forma muy sucinta y sin demasiadas garantías de cumplimiento⁷⁴, y EEUU se ha negado siempre a la aceptación de los derechos morales en su ordenamiento jurídico⁷⁵. Así, la tradición jurídica franco-alemana (adoptada hoy en día por gran parte de Europa y Latinoamérica) entiende que la transmisión por parte del autor de los derechos patrimoniales para facilitar la explotación de la obra no impide que siga existiendo un

⁷³ M. A. Esteve Pardo (coord.), *Propiedad intelectual. Doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios*, Triant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 119-136.

⁷⁴ Conde, «Copyright y derechos morales de autor...».

⁷⁵ Algunos autores en ese país sí reclaman una mejora en la legislación que incorpore derechos morales al copyright americano. *Vid.* Tushnet, *cit.*, p. 526.

vínculo importante entre ésta y aquél, por lo que el “nuevo propietario” deberá respetar estos derechos —lo que supone un claro límite a su derecho de propiedad—.

En este trabajo se defiende que esta percepción de la relación autor-obra es un elemento cultural europeo (exceptuando el Reino Unido y extendido hoy, como se ha dicho, a otros ámbitos como el latinoamericano). Tratar de entender la existencia de ese vínculo como algo inherente al proceso creativo del ser humano y su relación con la obra creada sería un acto de simplificación y escaso rigor sociológico y antropológico. Prueba de ello son los distintos modos de comprender la relación autor-obra en otras culturas, que pueden hacer uso del elemento artístico como medio decorativo y secundario de otro objeto valorado por su utilidad⁷⁶, o de sociedades para las que lo creado forma parte del acervo cultural de toda la comunidad⁷⁷.

El derecho anglosajón entiende que la obra puede quedar totalmente subordinada a su forma de mercancía, y por ello no acepta pacíficamente la existencia de estos derechos morales. Es más, como se ha dicho ya en estas páginas, en Roma se respetaba la autoría de los artistas, pero se desconocía cualquier otra forma de derechos morales o patrimoniales sobre las creaciones artísticas (a ningún escultor romano se le hubiera ocurrido reclamar una indemnización porque la colocación de una escultura en un templo y no en otro afectaba a su imagen como artista). Como ya se mencionó en el capítulo segundo⁷⁸, el propio Cervantes tuvo que defenderse del Quijote apócrifo de Avellaneda escribiendo él mismo una segunda parte, sin tener a su disposición acciones legales por vulneración de su *derecho moral*.

Todo ello no implica que se abogue por eliminar los derechos morales del acervo jurídico europeo y latinoamericano. Pero es importante entender que las formas como las distintas comunidades han tratado históricamente las creaciones culturales varían sobremanera de unos países a otros y de unas épocas a otras. Los derechos morales europeos encuentran su origen en la visión de cierto vínculo *místico* entre el autor y la obra. Esta forma de entender el arte y su génesis se encuentra íntimamente ligada al desarrollo y extensión del modelo social y económico del primer capitalismo concurrencial, en la que la propiedad es un elemento central; no es por tanto *universalizable* a todas las culturas⁷⁹.

Los derechos morales pueden ser objeto de crítica o de defensa al mismo tiempo. De un lado, se ha visto que pueden funcionar como freno al ímpetu lucrativo de un modelo de

⁷⁶ Smiers, *cit.*, p.131.

⁷⁷ M. Simons, «Aboriginal Heritage Art and Moral Rights», *Annals of Tourism Research*, 27(2), 2000, 412-431.

⁷⁸ *Vid. supra* p. 32.

⁷⁹ Aunque, como se ha visto en el capítulo 3, sí es una regulación bastante extendida, si bien no siempre de forma pacífica ni igualmente beneficiosa para todos los países.

producción y distribución cultural basado en las ganancias económicas, protegiendo al autor (aunque, como se verá a continuación, también los derechos morales sufren ante las necesidades mercantiles). Del otro, es criticable el intento de imponer el modelo de regulación del *arte* en base a la propiedad intelectual como si fuera algo natural e inherente al ser humano.

A pesar de todo ello, lo cierto es que los derechos morales reflejan hoy en día una forma fuertemente arraigada de entender la relación autor-obra-sociedad en la Europa continental o en Latinoamérica. Y, como se decía, a medida que la mercantilización y comercialización de las obras de arte y del intelecto han ido en aumento, estos derechos personales han sido útiles para proteger algunas de las obras de ciertas agresiones recibidas por cuestiones comerciales. Las creaciones artísticas se han “rebelado” en determinados momentos ante los intentos de supeditarlas a necesidades comerciales, y los artistas han encontrado en los derechos morales un arma parcialmente efectiva para evitarlo. Consideramos, no obstante, y se pretende demostrar en este apartado, que los intereses mercantiles han conseguido, como norma general, imponerse.

De los distintos derechos morales previstos en la normativa internacional o en las leyes nacionales, el respeto a la integridad y no modificación de la obra resulta de especial importancia precisamente porque es uno de los que más se infringe, sobre todo en la obra audiovisual, por cuestiones comerciales. En la obra plástica o en la fotografía, por ejemplo, la jurisprudencia considera que se entiende infringido tal derecho si se deterioran unas pinturas por negligencia del expositor⁸⁰, incluso aunque tales obras se hubieran vendido y el autor ya no fuera su dueño. Estos derechos morales sobreviven por lo tanto al traspaso de dominio tradicional; son un importante límite a la propiedad material, institución central en los ordenamientos jurídicos en el derecho continental.

Nos encontramos, así, ante dos propiedades distintas: la material, transmisible, y la intelectual, cuyas facultades son imprescriptibles, inalienables, irrenunciables e inembargables. Se ha criticado mucho, en este sentido, la denominación de *propiedad* por el difícil encaje que, como vemos, implica; pero lo que aquí interesa es que, independientemente del nombre, el derecho reconoce un vínculo del autor con su obra que dura toda la vida, sobrevive a los distintos cambios de dominio e incluso se transmite a los herederos de aquél.

Este reconocimiento normativo, doctrinal y jurisprudencial de los derechos morales no evita, sin embargo, que éstos se vean vulnerados en multitud de ocasiones, sin que por lo general ni las sociedades de gestión de derechos de autor ni las Administraciones Públicas se encarguen de defenderlos, y tengan que ser los propios artistas o sus

⁸⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de septiembre del 2000.

causahabientes quienes acudan a los tribunales para ello. Se entiende que un autor, incluso fallecido, *tiene derecho* (por decirlo de algún modo) a que se conserve su buen nombre, o su reputación, como autor. Reputación que será mayor o menor en función de lo que hiciera en vida, y dependiendo de su calidad artística o la fama que obtuviese; pero que permite a terceros reclamar a quienes modifiquen su obra u olviden especificar que es el autor a la hora de explotarla, incluso aunque ésta hubiera entrado ya en el *dominio público* (momento en el que se extinguen todos los derechos patrimoniales, pero no así los morales). Es por ello que queda justificada la perpetuidad y no caducidad de este tipo de facultades.

En ocasiones, las propias Administraciones Públicas han sido acusadas de infringir los derechos morales. Así ocurrió con una escultura que Eduardo Chillida entregó al Ayuntamiento de Toledo sin mediar remuneración alguna, y que por falta de cuidado se fue deteriorando en la plaza en la que había sido colocada. Ante esta situación, los herederos solicitaron su devolución para trasladarla al museo Chillida-Leku de Hernani (Guipúzcoa) por considerar que tal degradación de la obra menoscababa el nombre del escultor, a lo que el Ayuntamiento se negó⁸¹.

También resulta de importancia en esta materia la destacada Sentencia del Tribunal Supremo que negaba al escultor Pablo Serrano la pretensión de reconocimiento de infracción de sus derechos morales por parte de un hotel⁸². Éste había contratado al artista para que hiciera una escultura que debía ser colocada en el vestíbulo. Tras terminarla, el hotel decidió que contrastaba demasiado con la decoración y le propuso al artista cambiarla de sitio. Ante la negativa del escultor, el hotel *desmontó* la obra y la guardó en un almacén, donde se fue deteriorando durante 20 años. Como se decía, el Tribunal Supremo dio la razón al hotel salvo por un voto particular (que en este trabajo se entiende acertado) que consideraba que tal desmontaje sin consentimiento del autor implicaba desvirtuar la obra, desguazándola «mediante la descomposición de todos sus elementos [...] dado que se crea un evidente desprecio de ésta en la unidad en que fue configurada [...]»⁸³.

También en el ámbito musical los derechos morales son determinantes. El 5 de enero de 1988 un juzgado de primera instancia de Palma de Mallorca fallaba a favor de la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE), que había prohibido al Teatro de Palma utilizar *Carmina Burana*, de Carl Orff, para unas representaciones de ballet. Al parecer, ése era el deseo expreso del autor (no utilizar su obra para el ballet), y había delegado

⁸¹ J.J. Marín López, *El conflicto entre el derecho moral del autor plástico y el derecho de propiedad sobre la obra*, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 38.

⁸² Sentencia del Tribunal Supremo 1688/1985, de 9 de diciembre de 1985. *Vid.*, también, P. Martínez Espín, *El daño moral contractual en la ley de propiedad intelectual*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 59 y ss.

⁸³ Punto tercero del voto particular de la STS 1688/1985.

en la SGAE la gestión de sus derechos en España. Aunque ciertamente no se llegó a infringir ningún derecho moral, resulta llamativa la importancia de la voluntad del autor a la hora de preservar su obra y los usos que se hacen de ella. Este suceso, en un país como EEUU, que no reconoce los derechos morales, hubiera sido más complejo. El copyright americano permite, tras una primera grabación fonográfica, utilizar libremente la obra musical, aunque el autor no esté de acuerdo; éste podrá percibir simplemente los *royalties* legalmente establecidos⁸⁴.

Así pues, nos encontramos ante situaciones en las que lo que se ve dañado no es el patrimonio del autor —aunque la infracción de derechos morales puede tener consecuencias económicas— sino de alguna forma la obra y, por el vínculo que les une, la imagen del artista. No indicar quién o quiénes son los autores de una obra, modificarla alterando el mensaje que transmite o exponerla en un entorno en el que su mensaje queda desnaturalizado⁸⁵; son todo ello ejemplos de actitudes que acostumbran a infringir los derechos morales del autor. Incluso, la jurisprudencia española ha reconocido la facultad de reclamar por infracciones de este tipo a los derechohabientes de autores que crearon las obras antes de que la legislación regulara estos derechos⁸⁶.

Algunas situaciones, sin duda, son poco probables: no parece ocurrir a menudo que un editor publique un libro sin indicar el nombre del autor, o modificando el contenido del texto. Ni que en un concierto de piano no se explicita qué compositores van a ser interpretados. En cambio, otras infracciones son bastante comunes: muchas fotografías circulan por internet sin que se indique en la web que las aloja ni el autor ni el título de la misma, o se usan para otras obras (collage, vídeos) sin consultar con los autores. Las fotografías y las obras audiovisuales y musicales —o parte de ellas— acostumbran a ser muy utilizadas en campañas publicitarias, mutilando la obra en sí, pensada generalmente para ser expuesta en conjunto. También, en especial en el mundo académico, la incorporación a un texto propio de un escrito de otro autor sin citarlo, lo que puede llevar al lector a dudar de quién *ha copiado* la idea.

Se quiere plantear aquí, como se ha dicho, que los derechos morales, de cuya importancia se ha intentado mostrar unas pinceladas, pueden resultar sistemáticamente infringidos cuando resultan un obstáculo para algunas prácticas comerciales habituales. Esto afecta en gran medida a los filmes, por tratarse de la obra artística que cuenta con mayores presupuestos, aunque no es exclusivo de ellas. No es infrecuente, por ejemplo, que sea el editor el que decida cuándo se publicará un libro en base a la oportunidad comercial. O que ciertos pintores o escultores vean sus obras

⁸⁴ R. Aristi, *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 1999, p. 95.

⁸⁵ Piénsese en la exposición de una obra con marcado carácter político junto a otras con un posicionamiento ideológico totalmente opuesto sin el consentimiento del autor.

⁸⁶ *Vid.* STS 138/1998 o STS 17831/1993.

expuestas en galerías que desvirtúan la intención de la obra o provocan una mala interpretación de la misma. Se plantean aquí incógnitas también respecto de la arquitectura. ¿Podría un arquitecto denunciar la vulneración de sus derechos morales por la imposición de un andamio para restaurar la fachada en el que se incorpore publicidad que el autor considere que afecta a su obra?

En 2009, el Ayuntamiento de Bilbao se vio obligado a pagar 30.000€ al arquitecto Santiago Calatrava por haber modificado su obra al colocar una pasarela en el famoso puente Zubizuri para unirlo con el paseo de las Torres Isozaki Atea. Una primera sentencia había desestimado las pretensiones del arquitecto, al entender que primaba el interés general de la ciudadanía por encima de sus derechos morales. Sin embargo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 4ª, de 10 marzo 2009 (sentencia 187/2009) hace una interpretación mucho más estricta del interés general y determina que el Ayuntamiento tenía otras opciones antes que afectar la integridad de la obra de Calatrava extrayendo un trozo para insertar la nueva pasarela.

4.3.2. *Expresión artística o entretenimiento comercial: los filmes televisados*

Los filmes televisados son las obras que mayores modificaciones *no consentidas* sufren. A este respecto, hay que distinguir entre películas pensadas desde un inicio para ser emitidas por televisión, o series y programas televisivos, de un lado, y las películas cinematográficas, pensadas para ser emitidas en el cine, aunque luego muchas veces se televisan, del otro. Nos encontramos, en este ámbito, con situaciones que vulneran los derechos morales como las adaptaciones de formato, la *sobreposición* permanente del logo de la cadena, el coloreado de películas en blanco y negro, la sonorización de películas mudas o las interrupciones publicitarias⁸⁷.

Es cierto que las empresas propietarias de cadenas televisivas tienen un rol crecientemente importante en la producción de filmes. Hoy en día, grandes conglomerados de empresas de los *mass media* invierten como productoras a sabiendas de que luego esas películas serán emitidas por televisión. Pero se trata de operaciones comerciales, en las que la expectativa es lograr unos beneficios económicos superiores a la inversión, tanto por lo que recaude la película en las salas de cine como por la audiencia que supone al emitirla en televisión. Ello no parece justificar la desnaturalización que en ocasiones sufre el filme al ser televisado, de la misma forma que un adelanto a un escritor o a un músico no justificaría imprimir el libro en mayúsculas o acelerar el ritmo de la canción digitalmente.

En la emisión de películas de cine televisadas era muy común la necesidad de adaptar el formato de grabación del cine a las televisiones —antaño casi todas cuadradas—. Para ello, una técnica a la que se solía recurrir era el denominado *letterboxing*, que implicaba simular el formato rectangular añadiendo dos franjas negras encima y debajo

⁸⁷ Martínez Espín, *cit.*, pp. 111 y ss.

de la imagen. Este recurso, si bien significa una modificación de lo que el espectador percibe visualmente respecto del original planteado por el director, es una de las soluciones más respetuosas con la película, debido a que no altera en sustancia ningún elemento fundamental del filme.

El método conocido como *panscanning*, en cambio, implica adaptar el formato rectangular a la televisión cuadrada sobreponiendo precisamente un cuadrado sobre la imagen rectangular, perdiendo en realidad parte del contenido de la grabación. Con esta técnica se modifica la estética original, pues requiere necesariamente modificar los planos y encuadres. Directores como Woody Allen siempre se han negado en redondo a que sus películas sean televisadas usando el *panscanning*, lo cual resulta más complejo en EEUU que en Europa, donde los derechos morales impiden, sobre el papel, cualquier modificación de la versión definitiva de la obra sin consentimiento de los autores —que en nuestro derecho serían varios, entre ellos el director o los guionistas—⁸⁸.

A pesar de que hoy en día son menos necesarias estas técnicas por diversos motivos (entre ellos las diferentes formas de filmar o los avances en la tecnología de los televisores, que no suelen ya ser cuadrados), los cambios de formato se dan más a menudo de lo que pudiera parecer. Todavía en 2011, unos importantes cines de Cataluña aplicaban un *zoom* a muchas de las películas que proyectaban para poder *llenar* la gran pantalla de la sala sin aplicar franjas negras al filme. Más allá de esperpénticas situaciones en las que no podían leerse los posibles subtítulos que hubiera en la película, nos encontramos ante una clara infracción de los derechos morales de los autores de estos filmes. Precisamente debido a los problemas con los subtítulos, estos cines pasaron a aplicar esta técnica solamente en películas sin ellos. Si podían hacer ese *zoom*, anunciaban que la película se emitía en FullHD (un engaño publicitario que hacía pensar que la calidad-resolución era mayor). En realidad, la resolución de las películas era en todos los casos la misma, y venía determinada por la filmación y nunca por la proyección en las salas.

También resulta común la supresión de imágenes o de las páginas de créditos —que, recordemos, forman parte del filme y afectan al derecho de los autores de una película (director, guionistas, compositores musicales) y a los intérpretes a ver reconocida su autoría o participación sobre ella— para cuadrar la emisión en las franjas horarias, lo cual en España no sería posible, en principio, sin la autorización de los autores mencionados. Pero, como dice Rogel Vide, «que no se pueda hacer no quiere decir — como todo el mundo sabe— que no se haga. Al revés, se hace muy frecuentemente [...]»⁸⁹. Lo mismo ocurre cuando se acelera parcialmente la película para que pase más rápido (a un ritmo aparentemente imperceptible, pero que altera la cadencia del filme,

⁸⁸ Rogel Vide, «Modificaciones de las obras cinematográficas...».

⁸⁹ *Ibíd.* p. 441.

que forma parte del carácter que el director ha querido imprimirle), también para que cuadre en las ajustadas parrillas horarias televisivas.

Respecto de la *sobreposición* del logo de la cadena de forma permanente durante la proyección de una película, esgrimen convincentemente Rogel Vide⁹⁰ y Pérez de Castro⁹¹ que no resulta aceptable el argumento de que la aparición del logo es necesaria para permitir a los espectadores identificar la cadena que emite la película. Según estos dos autores, el logo es una publicidad permanente incómoda para el espectador y que puede desvirtuar la integridad de la obra⁹², aunque es una práctica que llevan a cabo muchas cadenas de televisión. El logo resulta menos justificable por cuanto en muchas ocasiones desaparece en los anuncios publicitarios, lo que indica que sencillamente es un acto de *autopublicidad*, prescindible durante la emisión de una obra cinematográfica.

También son motivos comerciales los que han llevado a colorear películas en blanco y negro, operación que sólo puede ser entendida si son los propios autores del film los que la llevan a cabo. Aquí la tradición jurídica juega un papel fundamental, porque con el sistema de copyright es el productor el dueño de la misma y podrá colorear el film sin permiso de sus autores⁹³. Así ocurrió en un caso que fue llevado a los tribunales con motivo de la emisión en televisión de la película *Asphalt Jungle* en 1988, filmada en blanco y negro y coloreada años después por la productora (y dueña), Turner Entertainment, que ni siquiera era la productora inicial, sino que había adquirido los derechos con posterioridad. Sin duda colorear un film, como sonorizar una película muda, implica modificar la escena, la estética y, en definitiva, la integridad de la obra.

Finalmente, resulta muy habitual en televisión que, al emitir un filme, éste resulte troceado en partes para emitir publicidad entre éstas. Dejando de lado las hipotéticas separaciones que un director quiera hacer en su obra —como filmarla en dos partes distintas—, una película está pensada para ser proyectada sin interrupciones (a diferencia, como se ha dicho, de las *películas televisivas* o las series, filmadas muchas veces ya con la idea de hacer una pausa publicitaria en momentos de máxima tensión para enganchar al espectador y aumentar el precio de las franjas publicitarias). No parece aceptable dividir en partes un filme aleatoriamente, en definitiva una «obra

⁹⁰ *Ibíd.*

⁹¹ N. Pérez de Castro, «La emisión de obras audiovisuales por televisión: prácticas publicitarias», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 6, 1999, 647-669.

⁹² Al parecer, así lo entendieron también los tribunales franceses en el caso de la película *Yvette*, de Jean-Pierre Marchand, en 1977. *Vid.* Rogel Vide, *cit.*, p. 444.

⁹³ N. Pérez de Castro, «A propósito del coloreado de películas», *Actualidad Civil*, 1990 (tomo 3), 555-576.

cinematográfica, pensada como sucesión de imágenes dotada de ritmo que, con la separación, se rompe [...] atentando contra la integridad de la misma»⁹⁴.

Esta situación provocó un intenso debate en Italia en los años 80, con importantes voces contrarias a la publicidad televisiva en las películas, como las de Pietro Germi o Federico Fellini. La jurisprudencia italiana entendió, en un primer momento, que la publicidad podía afectar a los derechos morales relacionados con el filme, pero que debía analizarse en cada caso concreto. Así, la vulneración o no de los derechos morales quedaba supeditada a factores arbitrarios y discrecionales como la fama del director — a Fellini le fue denegada su pretensión porque al ser un director ya consolidado la publicidad *no perjudicaba su imagen*— o la naturaleza, cantidad y tiempo de los anuncios.

No obstante, la Corte de Apelación de Roma, en sentencia de 16 de octubre de 1989, difirió de estas decisiones anteriores y no tomó en consideración elementos como el director o la publicidad, pues consideraba que otorgan excesiva discrecionalidad a los jueces. Esta sentencia manifestaba que una obra cinematográfica está pensada para ser disfrutada ininterrumpidamente, y que lo contrario afectaría la puesta a disposición de la obra en conjunto tal y como la prevén los autores. También argüía que la gratuidad de las cadenas de televisión y su necesidad de financiarse mediante la publicidad no son un razonamiento de suficiente peso, pues tal gratuidad resulta una opción económica de la cadena televisiva, que tiene potestad para convertirse en un servicio de pago si así lo desea.

Sin embargo, el 6 de agosto de 1990 el Parlamento italiano aprobó una ley que regulaba la televisión pública y privada del país transalpino, admitiendo finalmente los cortes publicitarios para la emisión de filmes por televisión —aunque, paradójicamente, prohibiéndolos para los dibujos animados—. La oposición parlamentaria consideró en su momento que esta norma favorecía claramente los intereses de Berlusconi, con una posición cercana al monopolio en el ámbito radiotelevisivo italiano⁹⁵.

Pero no sólo los directores italianos se vieron afectados por estas prácticas. También en Francia, por ejemplo, hubo alguna sentencia favorable a directores que querían evitar que la publicidad troceara sus filmes. Y en España se pronunciaron, en este sentido, directores como Juan Antonio Bardem o Carlos Saura, que afirmaban que «la obra cinematográfica no es una mercancía que pueda ser interrumpida con publicidad»⁹⁶.

⁹⁴ Rogel Vide, *cit.*, p. 450.

⁹⁵ El País, jueves 2 de agosto de 1990.

⁹⁶ Juan Antonio Bardem, 20 de julio de 1990, recogido por el diario ABC el 21 de julio de 1990.

Las situaciones expuestas tratan de dar cuenta —sin duda no exhaustivamente— de algunos incumplimientos de los derechos morales previstos en las normas de propiedad intelectual. Concretamente, se ha intentado mostrar cómo los derechos morales son a menudo obviados e infringidos; cómo las empresas que compran y venden los derechos patrimoniales de las obras son en realidad las verdaderas dueñas de lo creado, con posiciones de poder mucho mayores que los autores, incluso para infringir sus derechos. Como dice Rogel Vide, «se esgrimen las necesidades de la industria como justificación de un atentado a los derechos de autor, necesidades —con todo— existentes sólo en función de la obtención de un lucro máximo [...]»⁹⁷. En el mismo sentido se expresa Edelman cuando afirma que «el derecho moral desaparece en el momento en que puede obstaculizar la producción»⁹⁸.

En definitiva, hasta el momento se ha tratado de poner en duda la triple presunción que recae sobre las normas de derechos de autor y copyright. En primer lugar, que el incentivo económico es necesario para la creación artística e intelectual. En segundo lugar, que las normas de propiedad intelectual protegen los intereses de los artistas y les procuran una *adecuada* remuneración (presunción que es consecuencia necesaria de la primera). Y, en tercer lugar, que se protegen efectivamente (sobre todo en el derecho continental) otros derechos más allá de los económicos.

Lo que aquí se ha analizado permite poner en tela de juicio que la normativa sea verdaderamente útil a tales efectos —o siquiera que ésa sea su intencionalidad—. Y consideramos también que resulta igual de dudoso que sea intención de tales normas, además de lo expuesto, facilitar el acceso al *público* de las creaciones intelectuales y artísticas. Incluso cuando, como se analizará a continuación, los derechos patrimoniales han dejado de tener efectos y las obras han pasado a formar parte de lo que ha venido a denominarse *dominio público*.

4.4. La apropiación del dominio público

Los derechos de explotación, o derechos patrimoniales, son la base jurídica que permite la apropiación de las creaciones artísticas por parte de las empresas. Son vistos, en este sentido, como derechos que permiten a un autor o, más comúnmente, a las empresas que se hacen con ella, comercializar *de forma exclusiva* una obra. Esto es percibido como una situación excepcional en un sistema de libre mercado, ya que limita la competencia permitiendo la explotación de forma monopolística. Es, no obstante, una situación temporal, ya que ninguna norma de propiedad intelectual prevé que estos

⁹⁷ Rogel Vide, *cit.*, p. 442.

⁹⁸ Edelman, *La práctica ideológica del derecho...*, p. 82.

derechos sean ilimitados —al contrario de lo que sucede con algunos de los derechos morales, imprescriptibles—, por lo que se puede afirmar que los derechos de explotación caducan. Y, cuando esto sucede, se afirma que las obras protegidas *entran en el dominio público*⁹⁹.

Aunque hay autores que proponen alargar los derechos patrimoniales o incluso convertir la propiedad intelectual en un derecho ilimitado¹⁰⁰ —permitiendo así a los propietarios explotar la obra de forma exclusiva sin límite temporal—, esta pretensión nunca ha terminado de cuajar. Y ello no sólo por la teórica aversión de un sistema capitalista neoliberal a los monopolios, sino también por la presunción de que la exclusividad en la explotación económica de la obra tiene como objetivo incentivar la producción intelectual y artística y permitir a los creadores vivir de su trabajo. Esta presunción implícita en las normas —y que se ha tratado de poner en cuestión en los epígrafes anteriores— encuentra su límite (temporal) en la necesidad de que la población pueda acceder a las obras protegidas. Es decir, las normas de propiedad intelectual parten de la idea de que se debe promover tanto la creación de obras artísticas e intelectuales como el acceso del público a éstas. Para lo primero, se presume necesaria la existencia de derechos patrimoniales exclusivos. Para lo segundo, la *limitación temporal* de los mismos. Por tanto, al dominio público se le atribuye un valor positivo, tanto económica como culturalmente¹⁰¹.

La caducidad de los derechos patrimoniales, que da lugar a la situación denominada *dominio público*, encuentra pues su fundamento en el *acceso a la cultura* de la población y la promoción de las artes y las ciencias. Así lo expresa Bercovitz Rodríguez-Cano al hablar de limitación temporal de los derechos económicos: «Es deseable que esa duración refleje un equilibrio adecuado entre los intereses sociales (favorables a la integración cuanto antes en el dominio público y al consiguiente abaratamiento del acceso a la cultura) y los intereses de los autores»¹⁰². O Díaz Alabart, al entender que «la

⁹⁹ Sobre el uso de la terminología *dominio público* y la temporalidad de los derechos de explotación coinciden las distintas legislaciones y tratados internacionales, tanto si se habla de copyright como de derechos de autor. Así, por ejemplo, el artículo 18 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (última enmienda el 28 de septiembre de 1979), los artículos 25 y 80 de la ley italiana de derechos de autor (*Legge 22 aprile 1941, n. 633, in materia di Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio*), el artículo L.123-1 de la ley francesa (*Loi n° 92-597 du 1 juillet 1992 relative au code de la propriété intellectuelle*) o §302 (a) y §303 (a) de la Copyright Act de Estados Unidos (*An Act for the general revision of the Copyright Law, title 17 of the United States Code, and for other purposes, January 1, 1978*).

¹⁰⁰ X. O'Callaghan, *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 10; R. Levine, *Parásitos. Cómo los oportunistas digitales están destruyendo el negocio de la cultura*, Ariel, Barcelona, 2013, p. 28; R. Posner, W. Landes, «Indefinitely Renewable Copyright», *John M. Olin Law & Economics working paper*, 154, 2000; W. Landes, R. Posner, *La estructura económica del derecho de propiedad intelectual e industrial*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2006.

¹⁰¹ P. Johnson, «'Dedicating' Copyright to the Public Domain», *The Modern Law Review*, 71(4), 2008, 587-610, p. 588.

¹⁰² Bercovitz Rodríguez-Cano, *Manual de propiedad intelectual...*, p. 23.

razón última por la que se justifica la libertad general de utilización es el interés común de acceder a la cultura»¹⁰³.

En cuanto a la voluntad de utilizar la propiedad intelectual para incentivar la producción artística y científica, ya la Constitución de EEUU expresaba en su sección 8 que «[el] Congreso tendrá facultad para: Establecer y recaudar contribuciones, impuestos, derechos y consumos [...] 8. Para fomentar progreso de la ciencia y las artes útiles, asegurando a los autores e inventores, por un tiempo limitado, el derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos»¹⁰⁴.

Ahora bien, si las normas entienden necesaria una limitación temporal de los derechos patrimoniales para garantizar el acceso a los bienes culturales por parte de los ciudadanos, la entrada en el dominio público de las obras debería contribuir a ampliar ese acceso. Sin embargo, cabe cuestionar que ello sea así, pues en definitiva tanto la larga duración de los derechos de explotación como la estructura ampliamente mercantilizada de las normas que regulan las expresiones artísticas dificultan que el dominio público resulte efectivamente útil a la hora de facilitar el acceso a las obras. Así pues, el dominio público se ha convertido en una situación que, *de facto*, está lejos de facilitar el acceso ciudadano a las obras, mientras que supone una oportunidad para que las empresas del sector comercialicen productos sin tener que pagar derecho alguno.

La crítica en torno al dominio público en su relación con los derechos de autor es, pues, doble. De un lado, es posible poner en tela de juicio los argumentos que defienden la protección prolongada o incluso ilimitada de los derechos de autor, ya que ello dificultaría gravemente el acceso a los bienes culturales de determinados sectores de la población, dada la existencia de una barrera económica (precio) no siempre franqueable. Del otro, parece necesaria una crítica a la configuración actual del dominio público, no sólo por la cantidad de tiempo que tardan los derechos de explotación en caducar, sino porque esa caducidad no resulta en un mayor acceso a los bienes culturales por parte de la población.

En definitiva, una política y una legislación sobre derechos de autor que aspire a promover la creación artística y científica y a garantizar el acceso de la ciudadanía a las obras deberían reivindicar un ámbito extenso del dominio público en el que la

¹⁰³ S. Díaz Alabart, «Título IV, dominio público», en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dir.), “Tomo V, Vol. 4º-B: Artículos 428 y 429 del Código Civil y Ley de Propiedad Intelectual”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid, 1994, p. 660.

¹⁰⁴ Sección 8, punto 8 de la Constitución de EEUU.

caducidad de los derechos de explotación implicara una mayor facilidad en el disfrute de las obras, y no una opción de negocio para determinados sectores empresariales¹⁰⁵.

4.4.1. Plazos injustificados e ineffectividad del dominio público

Las normas de propiedad intelectual, con apoyo generalizado de la doctrina más formalista y parte de la jurisprudencia¹⁰⁶, entienden el dominio público como una situación jurídica en la que los derechos patrimoniales de las obras sujetas a derechos de autor se han extinguido. Lo cual no significa que las obras no puedan ser explotadas económicamente, sino que dicha explotación (o cualquier uso, en realidad) podrá ser realizada por cualquier persona, física o jurídica, porque ya no existirán derechos económicos exclusivos sobre la obra. Ésta, pues, no será *de nadie*, entendiéndose con ello que será *de todo el mundo*, un “bien común”. El dominio será público. El plazo de caducidad de estos derechos puede depender del país (y su normativa específica) o incluso del tipo de obra, pero como norma general los derechos económicos caducan a los 70 años tras la muerte del autor (el rango puede variar entre los 50 y los 100, aproximadamente).

La caducidad de los derechos patrimoniales es un tema que ha sido tratado por diversos autores como elemento importante de la propiedad intelectual, al presuponer que el dominio público es de alguna forma una situación contraria o incompatible con la propiedad intelectual (la obra, o bien está protegida por derechos de autor o, al caducar éstos, está en el dominio público). Es decir, que el curso natural de una obra, siguiendo este razonamiento, sería: creación, explotación económica (generalmente a través de la cesión de los derechos a empresas) durante la vida del autor y los 70 años siguientes y, finalmente, caducidad de los derechos patrimoniales y consiguiente entrada en el dominio público. Llegado este momento, la obra se puede utilizar sin ninguna limitación, siempre y cuando se respeten ciertos derechos morales.

En este razonamiento aparece, sin embargo, una falacia, pues el dominio público es tal en la medida en que la legislación lo reconoce. La propiedad intelectual *prevé* la existencia de esa nueva situación, estableciendo únicamente que pasado un plazo la explotación no podrá ser

¹⁰⁵ *Vid. infra* §5.1.4 y §5.3.

¹⁰⁶ A modo de ejemplo, M. Albaladejo, S. Díaz Alabart (dir.), «Tomo V, Vol. 4º-B: Artículos 428 y 429 del Código Civil y Ley de Propiedad Intelectual», *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Edersa, Madrid, 1994; I. Barral Viñals (coord.), *La regulación del comercio electrónico*, Dykinson, Madrid, 2003; R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Manual de propiedad intelectual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012; X. O’Callaghan (coord.), *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, Dykinson, Madrid, 2011; C. Buganza González, *El derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura*, tesis doctoral, Departamento de derecho mercantil, derecho del trabajo y de la seguridad social, Universidad de Barcelona, 2006.

En el ámbito jurisprudencial, *vid.* Sentencias 103/2014, 351/2012 y 160/2013 de AP Madrid, sección 28ª; STS 309/2011, sala 1ª, de lo civil.

monopolística, exclusiva (pero no que no exista explotación económica). Entender el dominio público como una situación contraria a la propiedad intelectual es un error recurrente incluso en determinadas propuestas alternativas o de flexibilización del estricto régimen actual de derechos de autor o copyright¹⁰⁷. Como se verá, el dominio público, en muchos casos, no sólo no favorece a los autores —que dejan de tener derecho a percibir ingreso alguno por los beneficios que genere su obra— sino que tampoco facilita el acceso a las obras, pues al ser éstas distribuidas principalmente a través de los mercados, la barrera del precio y la necesidad de un beneficio económico seguirán existiendo.

Si la duración temporal de los derechos patrimoniales —situación ciertamente anómala en el ámbito jurídico y económico de la propiedad privada— encuentra su fundamento en la voluntad de que las obras entren en el dominio público para que el acceso a éstas sea más sencillo, cabe poner en cuestión, ante todo, los plazos previstos por la legislación. Que una obra pueda ser explotada de forma *exclusiva* por el propietario de los derechos durante la vida del autor y los 70 años siguientes implica la existencia de un precio para acceder a esos bienes durante largos periodos. Así, por ejemplo, no fue hasta 2008 que la obra de Antonio Gramsci pasó al dominio público (autor, además, que murió joven, con tan solo 47 años). Otro autor importante, Pier Paolo Pasolini, tampoco lo hará hasta de aquí a más de 30 años. Y si el interés es por un artista vivo, casi con toda seguridad ni el lector ni quien esto escribe verán su obra entrar en el dominio público.

La larga duración de los derechos de explotación permite poner en duda que el dominio público sea realmente efectivo a la hora de promover el acceso a la cultura por parte de la ciudadanía¹⁰⁸. Extender durante 70 años la exclusividad de los derechos patrimoniales de la obra una vez muerto el autor muestra un claro incentivo para el *negocio* de la explotación de obras más que para la creación intelectual y artística. En este sentido, no resulta comprensible cómo unos derechos que perviven al autor pueden motivar su espíritu creador. Se puede afirmar, a la luz de estos datos, que «el dominio público no ha cumplido los objetivos que pretendía alcanzar»¹⁰⁹.

El Comité de Derechos Económicos y Sociales ha declarado que el plazo de protección de los derechos patrimoniales sobre las obras no tiene por qué ser tan extenso; ni siquiera tiene por qué abarcar toda la vida del autor. Unos plazos más cortos permitirían dinamizar el ámbito cultural y evitar limitaciones tanto en las posibilidades creativas de otros autores como en las posibilidades de acceso a esas obras¹¹⁰.

¹⁰⁷ Sobre ello se profundiza en el capítulo 5.

¹⁰⁸ Así opinan, por ejemplo, algunos autores ya citados como Bercovitz Rodríguez-Cano, *Manual de propiedad intelectual*, p. 23; y otros como E. Serrano Alonso, «La justificación del dominio público», en X. O'Callaghan (coord.), *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, p. 147 o J.A. Suárez Lozano, «El dominio público en la propiedad intelectual», en la misma obra que el anterior, p. 127.

¹⁰⁹ Suárez Lozano, *ibíd.*

¹¹⁰ Informe Naciones Unidas A/HRC/28/57, *cit.*, p. 12.

Pero los plazos, injustificadamente largos, para la caducidad de los derechos exclusivos de explotación no son el único problema de la actual configuración del dominio público. En la práctica, esta caducidad puede no suponer diferencia alguna para los particulares, mientras que sí puede implicar una ventaja para las empresas; «los verdaderos beneficiados son quienes comercializan la obra: editores, productores de discos, emisoras de radio, televisión, etc.»¹¹¹. Esta idea, que parece ser común en una parte importante de la doctrina¹¹², permite poner en cuestión no sólo los años que tarda una obra en entrar en el dominio público, sino la propia configuración actual de éste, que a la postre se muestra incapaz de alcanzar el objetivo que justificaba su propia existencia: facilitar el acceso a los bienes culturales.

4.4.2. *El dominio público como beneficio empresarial*

La propiedad intelectual se presenta como una institución jurídica capaz de garantizar una correcta protección de los derechos de explotación de las obras, lo cual en teoría incentiva la creación artística. Que esto sea así, y que los artistas se vean debidamente compensados, es algo que ya se ha puesto en cuestión. Pero según esta línea argumental, se retrasa la entrada en el dominio público de la obra para garantizar su explotación, asegurando así que *los inversores* (editoriales, sellos discográficos, cadenas de televisión, productoras cinematográficas etc.) recuperan el dinero, y que los creadores obtienen ciertos beneficios. Pero, ¿son las posibilidades de acceso mayores para los ciudadanos si los bienes están en el dominio público?¹¹³ Puede llegar a cuestionarse, incluso, «si en la mente del legislador [...] estaba que el verdadero propósito de esta institución fuera que los ciudadanos pudieran acceder de una forma más fácil, y fácil quiere decir aquí más barata, a la cultura [...] o si, por el contrario, estaba pensando en el acceso a la cultura y además en lo que hoy llamaríamos un nuevo nicho de negocio para los empresarios»¹¹⁴.

La crítica a los plazos de duración de los derechos de explotación es común y lógica, pues como se ha visto son muy prolongados, lo que dificulta que las obras pasen al dominio público durante muchos años. Es por ello que ciertos autores de peso proponen unos plazos de duración de la propiedad intelectual mucho más cortos, que permitan una rápida entrada de las obras en el dominio público¹¹⁵. Se trata de un

¹¹¹ Díaz Alabart, «Título IV, dominio público...», *cit.*, p. 660.

¹¹² *Vid.* Díaz Alabart, *ibíd.*, nota al pie número 6.

¹¹³ J.A. Xiol Ríos, «El dominio público y la caducidad de acciones en la jurisprudencia española», en O'Callaghan, *cit.*, p. 156.

¹¹⁴ Suárez Lozano, *cit.*, pp. 124-125. Aunque Suárez Lozano habla de la antigua Ley de Propiedad Intelectual de 1987, el contenido del artículo 41 es el mismo a día de hoy, por lo que la reflexión resulta perfectamente válida.

¹¹⁵ J. Smiers, *Un mundo sin copyright...*

argumento justificado, y aquí se considera que el dominio público como situación jurídica a la que pasan las obras artísticas e intelectuales es un elemento importante por conquistar, y existen argumentos de peso para defenderlo. Pero la estructura jurídico-económica del dominio público en las normas de propiedad intelectual y el propio funcionamiento altamente mercantilizado de las sociedades contemporáneas impide que efectivamente la caducidad de los derechos patrimoniales pueda significar un cambio relevante en el acceso de la ciudadanía a los bienes culturales.

Y es que la entrada en el dominio público no implica necesariamente la posibilidad de acceder libre y gratuitamente a las obras por parte del público. Por lo menos para los ciudadanos, no siempre son ciertas las palabras de Nazareth Pérez de Castro, que afirma que en el dominio público «se sientan [...], desde la perspectiva económica, los principios de gratuidad y de libertad»¹¹⁶. La caducidad de los derechos de explotación, en realidad, supone el fin de los derechos económicos de los artistas. Para la mayoría de empresas que participan en el ámbito de la propiedad intelectual —y esto es una constante en la normativa de copyright y derechos de autor— el dominio público no supone un cambio sustancial en la forma de negocio e, incluso, puede suponer beneficios interesantes, ya que se les abre la posibilidad de editar o publicar obras sin pagar nada a los artistas o creadores. Obras que antes no podían publicar porque los derechos pertenecían a otra empresa.

Con esto se quiere decir que, incluso si una obra pasara al dominio público al poco tiempo de haber sido divulgada, ello no implicaría necesariamente que la población pudiera disfrutar de un libre acceso a la misma. No obstante, ciertos autores son críticos con la idea de unos plazos cortos de explotación de las obras porque opinan que quienes defienden tales posturas

[...] parten de la ilusoria de que los artistas, los autores, pueden vivir de otras formas de explotación de su talento por las que el público estaría gustoso de pagar una compensación. Esta afirmación, que abanderan los defensores del sistema, pretenden demostrarla con el aumento de las actuaciones de los ejecutantes musicales que se ha producido en España en los últimos años. De acuerdo, aun sin entrar en las razones, pero ¿cómo trasladamos este axioma, pues no es otra cosa, al mundo del cine? ¿Cómo explotarían su talento los escritores, los cineastas, los fotógrafos? Volveríamos a la época en la que el arte sólo podía existir gracias a los mecenas, de los cuales el más evidente es el Estado. Es decir, la vuelta al concepto soviético de creación dirigida¹¹⁷.

¹¹⁶ N. Pérez de Castro, «Comentario al artículo 41 de la Ley de Propiedad Intelectual», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (coord. de R. Bercovitz), Tecnos, Madrid, 1989, p. 633.

¹¹⁷ Suárez Lozano, *cit.*, p. 123.

Aquí se considera que este argumento es en parte erróneo porque asume posturas equivocadas. Es cierto que un sistema que regulara la creación intelectual y artística sin establecer una adecuada compensación para los creadores podría acentuar la dependencia de los mecenas-Estado. Y es cierto que una actividad creativa que encontrara sus recursos económicos fundamentalmente en el Estado correría el riesgo de verse sometida a la voluntad censora de los gobernantes de turno. Pero el argumento es erróneo por entender que, mientras dura la protección de los derechos de autor, los creadores son debidamente compensados, y que una vez las obras entra en el dominio público los creadores dejan de ser compensados porque se accede libremente a estos bienes.

Ni los artistas son compensados equitativamente mientras duran los derechos de explotación, ni los ciudadanos acceden siempre a las obras con mayor facilidad una vez aquéllos caducan. Los bienes culturales, una vez en el dominio público, *no se vuelven automáticamente gratuitos*. El fin de la compensación a los creadores se debe a que *las empresas que explotan los bienes dejan de tener la obligación jurídica de retribuir a los autores, no porque los ciudadanos dejen de pagar para acceder al bien*. Desde el punto de vista de compensar e incentivar a los autores, unos derechos patrimoniales cuya duración sobrepase la vida de los creadores carecen de fundamento y justificación alguna.

El dominio público puede así resultar beneficios para las empresas, porque encuentran obras que explotar sin verse obligadas a obtener (comprar) los derechos de propiedad intelectual a sus propietarios (sean los propios creadores u otras empresas) ni a compensarles —en realidad, a sus causahabientes— con una parte (ínfima) de las ganancias. Ello es así debido a que la normativa de propiedad intelectual, como ya se ha dicho, está planteada de forma que tiene a garantizar la dinámica comercial de los bienes por encima de los intereses de los autores del acceso a los bienes culturales por parte de la población. Dicho de otra manera: antes de que los derechos de explotación caduquen, éstos benefician a los propietarios, que suelen ser empresas, ofreciendo poca compensación a los creadores, generalmente insuficiente como para permitirles vivir de su trabajo. Una vez caducados, estas empresas (todas, porque ya no serán derechos exclusivos) podrán explotar esas obras sin incurrir en más gastos que los de producción. Pero las obras en muchos casos *seguirán funcionando como productos en el mercado*, por lo que el acceso a las mismas estará igualmente sometido a un precio. El dominio público —independientemente de su duración—, no supone necesariamente un cambio sustancial en lo que a acceso a los bienes se refiere por parte de la población.

A pesar de todo lo anterior, la entrada en el dominio público de las obras sí puede en ocasiones suponer una mayor facilidad de acceso. En este sentido, los avances tecnológicos ofrecen oportunidades interesantes, pues su capacidad de difusión permite hacer más accesibles obras que ya no están protegidas. Una persona puede, por ejemplo, distribuir y compartir en internet un artículo de un autor que ya haya pasado al dominio público. Pero ello no es posible con todas las obras, algunas de las cuales no se pueden encontrar o son de muy poca calidad.

La *inefectividad* del dominio público es, pues, matizable, debido en parte a tecnologías como la informática e internet. Ciertas obras digitalizadas se vuelven en efecto más accesibles una vez caducan los derechos patrimoniales que las protegen, como puede ser el caso de ciertos textos, fotografías, películas o pinturas. Otras, sin embargo, nunca llegan a estar accesibles. Es el caso de los libros no digitales que, aunque en el dominio público, continúan vendiéndose (en ocasiones a precios nada desdeñables). Toda esta problemática respecto al dominio público permite poner de manifiesto dos aspectos.

En primer lugar, que el dominio público afecta de diferente manera a los diferentes bienes culturales. Una película puede estar disponible para su visionado gracias a las descargas de internet mientras que un prelude de Chopin estará protegido si el intérprete lo grabó, por ejemplo, en el año 1995. Por eso se considera necesario hacer hincapié en la idea de que una legislación ambiciosa que pretenda regular las obras artísticas, su difusión y su protección, no puede establecer las mismas normas para cada expresión artística, pues las diferencias son más que notables, tanto en su gestión como en su comercialización y acceso por parte del público.

En segundo lugar, de nuevo parece oportuno destacar la importancia del Estado y las administraciones públicas, aunque el momento histórico actual permite observar una tendencia clara a la disminución del papel estatal en la promoción de las expresiones artísticas y el acceso ciudadano a ellas. Existen ciertas obras en las que las administraciones públicas resultan fundamentales si se quiere promover un modelo de acceso a las obras artísticas igualitario y no determinado en función de las rentas de cada ciudadano. Es el caso del teatro, cuya representación exige unos recursos materiales y personales que justifican la necesidad de un precio. Las ayudas de las administraciones públicas en este ámbito pueden evitar la excesiva dependencia de las compañías de las entradas al público. Lo mismo ocurre con las películas de cine, cuya producción es ciertamente costosa, y cuyo precio en las salas aleja a los ciudadanos con menores recursos económicos.

Existen, pues, políticas que podrían dotar al dominio público de mayor entidad. La edición estatal de libros cuya protección ha caducado a precios asequibles —incluso gratuitos si están en su versión digital—, o la creación de repositorios web en los que se

almacenen todas las obras nacionales que hayan entrado en el dominio público son dos ejemplos de lo que puede hacerse para facilitar de forma real el acceso de la población a una gran cantidad de bienes culturales. En este apartado se critica la actual configuración legal del dominio público por entender que favorece principalmente los intereses de las empresas y no los de los creadores o el público. Pero es también pertinente enfocar la crítica hacia el poder ejecutivo por cuanto el ámbito de actuación con el que cuenta le permite unas posibilidades de actuación cuya ausencia no está en absoluto justificada¹¹⁸.

En definitiva, un dominio público cuyos objetivos no estuvieran tan enfocados en la comercialización de las obras implicaría que las sociedades en las que se desarrollan las obras intelectuales o artísticas recuperarían el *dominio* sobre éstas una vez debidamente explotadas, pudiendo disfrutar de ellas con pocas o menos limitaciones que antes. El dominio público existente en la actualidad, y el tratamiento político en torno al mismo, en cambio, ofrece mayores ventajas a las empresas del sector que a los ciudadanos en su capacidad de acceso a las obras.

¹¹⁸ Sobre todo ello se profundiza en las páginas finales de este trabajo.

CAPÍTULO V

¿HAY ALTERNATIVA?

PROPUESTAS PARA UNA FLEXIBILIZACIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y EL COPYRIGHT

A lo largo de los anteriores capítulos se ha tratado de mostrar cómo el copyright y la propiedad intelectual no resultan adecuados para alcanzar los objetivos que defienden, ni son fundamentales o imprescindibles para la creación artística y cultural. Al contrario, el entramado jurídico en el que se envuelve la propiedad intelectual (tanto la legislación nacional como internacional) contribuye a generar perjuicios para los creadores o dificultades para el público a la hora de acceder a las obras.

En este sentido, el copyright puede suponer una barrera a los dos elementos imprescindibles que rodean el campo artístico: la creación, de un lado —al no prestar atención a las necesidades de los artistas—, y su difusión —la posibilidad de acceso por parte del público—, del otro. Durante décadas, se ha aceptado que entorno comercial fueran el principal medio para incentivar la actividad artística y potenciar su difusión entre las personas. Sin embargo, por su propia configuración, los agentes de ese entorno tienden a perseguir —antes que la creación y la difusión— la obtención de beneficios y la recuperación de la inversión realizada.

Ante la legislación actual existen, por un lado, modelos que proponen determinados cambios en la configuración de las normas de propiedad intelectual, pero sin cuestionar este papel central de los mercados¹. Y, por el otro, modelos que sí plantean —en mayor o menor medida— una gestión de *lo cultural* en una sociedad matizando el elemento mercantil en la creación o difusión de este tipo de bienes. El mayor mérito de estas propuestas reside en que plantean determinadas alternativas que pueden ser no sólo útiles, sino realizables a corto o medio plazo. En cambio, no siempre aciertan a la hora de encontrar soluciones para garantizar a los autores que puedan continuar con su actividad artística. En ocasiones, incluso, estas alternativas tienden a legitimar un

¹ A. Esplugas Boter, «El monopolio de las ideas: contra la propiedad intelectual», *Procesos de mercado: revista europea de economía política*, 3(1), 2006, 47-104; W., Landes, R., Posner, «Indefinitely Renewable Copyright», John M. Olin Law & Economics Working Paper (2D series), 154, 2000; T. Palmer, «Are Patents and Copyright Morally Justified? The philosophy of Property Rights and Ideal Objects», *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 13, 1990, 817-865.

sistema estructurado en torno a la figura de la propiedad (en el que basan sus posibilidades de existencia) y, por lo tanto, perpetúan una concepción individualista y propietaria de las creaciones artísticas e intelectuales.

Una tercera opción resulta de aquellas posturas sobre de los bienes culturales que se alejan de la lógica mercantil, al poner el énfasis en potenciar las posibilidades de creación de los autores —la importancia de proporcionarles medios que les permitan continuar en su actividad creativa— y en la difusión de sus obras, incluso si con ello se trunca la posibilidad de convertir la creación artística e intelectual en un negocio rentable. Esta postura desvela la visión excesivamente económica de la cultura y sus formas de expresión, plasmada en la legislación actual, pero encuentra serias dificultades a la hora de encontrar un mecanismo que garantice a los creadores obtener determinados beneficios para poder seguir creando con cierta libertad.

Estas dificultades tienen su origen en el propio entorno, en el modelo económico global existente en la actualidad, en el que la propiedad privada y los intercambios mercantiles se encuentran fuertemente arraigados en las consciencias de la gente. Ello dificulta la posibilidad de concebir, a corto o medio plazo, un cambio sustancial. De la misma forma que resulta complejo plantear una sociedad en la que los bienes inmuebles no sean creados y distribuidos principalmente mediante el mecanismo de los mercados (y plantear lo contrario encontraría reticencias en mucha gente), una regulación de los bienes culturales que prescindiera completamente de la comercialización de esos bienes tendería probablemente a ser rechazada. Ante propuestas que tratan de eliminar el copyright o la propiedad intelectual de forma automática y sin una alternativa viable, se plantean preguntas como: ¿quién invertirá en dichos bienes?, ¿cómo se remunerará a los artistas?, si se confía al Estado tal gestión, ¿cómo se evitará que éste actúe como censor?

Por eso, se ha tratado de demostrar a lo largo de este trabajo que la propiedad intelectual tampoco resulta adecuada a la hora de gestionar o regular el ámbito de lo artístico e intelectual y que, por tanto, no es una situación que se deba mantener. No se puede considerar que el entorno actual de las creaciones sea óptimo ni para los artistas ni para el público. Aquéllos tienen serias dificultades para vivir de sus creaciones, y en muchos casos se ven obligados a dedicarse a otros trabajos como la docencia o el periodismo. Y el público encuentra serias dificultades para acceder a determinados bienes salvo que lo haga a través de intercambios mercantiles (es decir, mediante el pago de un precio), de intervención estatal (bibliotecas, filmotecas, subvenciones) o, finalmente, mediante métodos en ocasiones sometidos a sanciones penales o administrativas, es decir, mediante piratería.

Otra de las consecuencias de la estructura actual de la propiedad intelectual es una cierta homogeneización de las obras —y del gusto de los *consumidores*—, una pérdida de calidad artística de las creaciones —muy perceptible en el cine y la música más exitosa comercialmente— y una consiguiente invisibilización de expresiones artísticas valiosas cuya falta de éxito comercial las conduce al fracaso y, en ocasiones, al abandono. Lo cual suele ser evitado, en el mejor de los casos, a través de la intervención pública o gracias a determinadas empresas (por ejemplo, editoriales o productoras cinematográficas) que buscan obras culturalmente interesantes independientemente de sus posibilidades de éxito en términos económicos, del que sin embargo no pueden prescindir completamente².

Este trabajo ha tratado de analizar el vínculo del copyright y los derechos de autor con la figura jurídica de la propiedad privada, íntimamente relacionada con la aparición y expansión del capitalismo. Ello explicaría la normalización y aceptación del entorno mercantil como espacio principal de creación, difusión y acceso de los bienes culturales. Esta idea plantea que la propia concepción como propiedad de estos bienes se enmarca en un proceso histórico de privatización y mercantilización de todo tipo de bienes y relaciones sociales.

En las páginas siguientes se analizarán algunos de estos modelos que pretenden plantear una alternativa a la propiedad intelectual o, al menos, ciertos cambios para corregir algunos de sus efectos negativos. Estas propuestas han tenido el mérito de alcanzar determinados objetivos en el ámbito de la difusión de bienes culturales. Y, dado que un modelo que prescindiera absolutamente del copyright no es factible a corto o medio plazo, este tipo de alternativas flexibilizadoras pueden suponer un buen punto de partida. Algunas de estas ideas están directamente relacionados con la revolución tecnológica de la informática e internet, mientras que otros inciden tímidamente en la necesidad de abandonar el ámbito mercantil como *campo de juego* de lo artístico. Analizar las fortalezas y debilidades de estos modelos propositivos y por qué no han supuesto un cambio radical en nuestros sistemas de copyright resulta muy útil cuando se pretende arrojar cierta luz sobre los pasos a seguir en este ámbito.

Así, en lo que sigue el hilo conductor será el análisis de las licencias Creative Commons y de las propuestas de un autor sugerente como Joost Smiers. Y no porque ello sea exhaustivo en el campo de las visiones alternativas al copyright y la propiedad intelectual, sino por dos razones distintas. Las licencias Creative Commons, por un lado, han logrado una importancia y extensión internacional relevante. A su vez,

² Este proceso de homogeneización, pérdida de diversidad cultural y de calidad intrínseca de las creaciones queda bien expuesto y detallado en J. Smiers, *Un mundo sin copyright. Artes y medios en la globalización*, Gedisa, Barcelona, 2006.

tienden a ser una propuesta automática esgrimida por quienes no están de acuerdo con el copyright, pese a contener ciertas deficiencias que es necesario señalar. Por otro lado, las alternativas de Smiers (y van Schijndel) son en algunos casos lo suficientemente sugerentes como para analizar si es posible aplicar su propuesta por entero. Parte del trabajo realizado en este capítulo es deudor del camino iniciado por Smiers al plantear la necesidad de que los entes públicos, estatales y locales, intervengan de forma intensa en el ámbito cultural de una sociedad.

Así pues, las siguientes páginas irán recorriendo estos dos ámbitos —el de las licencias Creative Commons y el de las propuestas de Smiers— con una visión crítica, pero que a la vez intentará resultar constructiva. Finalmente, se planteará un apartado propositivo propio, fruto de las lecturas y la reflexión que ha conllevado todo este trabajo; un apartado consciente de los límites y dificultades del tema que se aborda, pero también combativo porque parte de la seguridad de que otro campo creativo es posible.

5.1. Modelos flexibles y alternativos en perspectiva

La propiedad intelectual y el copyright tienen un inicio, históricamente hablando, muy ligado a la expansión de la imprenta y a un modelo socioeconómico inexistente en siglos anteriores. Por ello, es comprensible que en otros momentos históricos —o en otras sociedades que, por ejemplo, hayan conocido el capitalismo mucho más tarde—, el ser humano haya organizado su creación artística e intelectual, así como su distribución y acceso, de formas muy distintas.

La imprenta resultó fundamental porque proporcionó las condiciones técnicas necesarias para el surgimiento de un negocio. En este contexto, y junto al auge del capitalismo en los siglos siguientes, se estableció legalmente un derecho de copia —*copyright*— para tratar de regular ese nuevo negocio (*vid.*, en este sentido, el libro *Copyright in Historical Perspective*, de Lyman Ray Patterson³). Ni la imprenta ni la legislación afectaron a la capacidad creativa inherente al ser humano, aunque la mayor difusión cultural que se vivió a partir de entonces sí influyó de forma determinante en la expansión y visibilización de esa capacidad creativa, al menos en el ámbito literario. Conviene recordar, de todas formas, que muchas otras expresiones artísticas no se vieron afectadas por la imprenta (pinturas, esculturas), pero en cambio con el tiempo han terminado bajo la misma legislación, pensada en un inicio para regular la copia literaria. Ello permite apuntar, una vez más, un error recurrente en la propiedad intelectual: la falta de distinción legal para cada tipo de obra artística, cuyas especificidades hacen recomendable una normativa que preste atención a cada creación de forma individual.

Es más, la propiedad intelectual y el copyright son figuras eminentemente occidentales, pertenecientes a la tradición continental y anglosajona respectivamente. Figuras que

³ L. Ray Patterson, *Copyright in Historical Perspective*, Vanderbilt University Press, Nashville, 1968.

estructuran una concepción de los bienes culturales asociada a los intercambios comerciales, en la que predomina un excesivo individualismo inexorablemente unido al dinero⁴. Su expansión al resto del mundo se explica mejor —como ya se ha apuntado— en términos de conquista de espacios y recursos económicos por parte de occidente que por las bondades de los sistemas de derechos de autor y copyright (*vid.* capítulos 3 y 4). En este sentido, se ha visto en el capítulo anterior que este régimen legal acarrea importantes problemas, en especial para los creadores y la comunidad que les rodea, elementos fundamentales e imprescindibles del proceso creativo.

Ello explica que en las últimas décadas hayan aparecido importantes voces críticas con el actual sistema de propiedad intelectual y copyright. Que estos fenómenos hayan surgido en un momento relativamente reciente y no, por ejemplo, un siglo atrás, puede responder a diferentes razones. En primer lugar, la política expansiva internacional sobre este tema es actual. Los fenómenos internacionales descritos en el capítulo 3 (imposición de normas a los países, estrategias de presión internacional, el papel de la OMC, etc.) surgieron sobre todo a partir de los años 90, coincidiendo con la oleada expansiva de políticas neoliberales y el inicio de una suerte de búsqueda de espacios y conquistas por parte de los Estados no ya sólo en el ámbito militar sino también en el comercial. Junto a las guerras por controlar el petróleo, se producían conflictos por controlar los principales flujos comerciales mundiales.

En segundo lugar, la globalización e internacionalización de grandes empresas —que han trascendido el ámbito nacional— y la desregulación —en medios de comunicación, por ejemplo, que ha dado lugar a importantes fusiones y adquisiciones de empresas— han permitido la acumulación de grandes capitales en pocas manos, lo que ha provocado, mediante absorciones, fusiones y compraventas, el surgimiento de verdaderos *monstruos* empresariales, compañías transnacionales con intereses en campos muy diversificados, entre los que destaca la propiedad intelectual⁵. Estos grupos han demostrado ser poderosos lobbies capaces de ejercer presión de forma muy efectiva sobre gobiernos e instituciones —nacionales e internacionales— de forma muy especial en EEUU y en la Unión Europea⁶.

Estos poderosos grupos empresariales han encontrado en la propiedad intelectual un mecanismo para generar ingentes cantidades de dinero, independientemente del componente o valor estético de las obras culturales sobre las que se aplica la normativa.

⁴ S. Plattner, «La antropología del arte», en R. Towse (ed.), *Manual de economía de la cultura*, Fundación Autor, Madrid, 2003, pp. 52 y ss.

⁵ J. Smiers, *Un mundo sin copyright. Artes y medios en la globalización*, Gedisa, Barcelona, 2006. El autor hace referencia, por ejemplo, a empresas como Warner, Vivendi-Universal, Sony, BMG, Disney, EMI o Viacom (p. 49).

⁶ J.A Estévez Araujo, «La propiedad intelectual: de la voluntad del lobby al texto de la ley», *mientrastanto.e*, 113, 2009, 21-26.

Ello ha permitido incrementar las restricciones que impone el copyright frente a otras formas potenciales de regular las obras —como sería, por ejemplo, un incremento y modificación del dominio público⁷, o el *fair use* (excepciones de uso)— provocando en determinados ciudadanos una reacción de resistencia ante lo que consideran una protección excesiva de los bienes culturales en favor de esas empresas y en detrimento del público y sus opciones de acceder a éstos.

En tercer lugar, es necesario destacar el papel de la informática e internet. Como se vio en el capítulo 2, internet y los avances en la digitalización de toda suerte de bienes culturales han sentado las bases que posibilitan incumplir reiteradamente la forma en que algunos de esos bienes se venían intercambiando o distribuyendo. Precisamente, una de las tesis del presente trabajo es que internet pone de manifiesto las debilidades e incongruencias del sistema de propiedad intelectual o copyright, lo que ha permitido plantear —ya no para grupos reducidos de expertos informáticos, sino para cualquier ciudadano con ordenador y acceso a internet— el debate sobre cómo se debe acceder a las creaciones artísticas e intelectuales.

Estos tres elementos —la agresiva política de imposición internacional del copyright; la aparición de conglomerados empresariales poderosos e influyentes, para los que la propiedad intelectual es una garantía de negocio lucrativo; y la revolución informática e internet— han provocado dos situaciones que, juntas, explican el porqué del auge de la actualidad de este tema. Mientras que, por un lado, se ha ido extendiendo el carácter obligatorio del copyright (tanto en su duración como en su *restrictividad*, pues cada vez las excepciones son menos, incluso en ámbitos educativos como el universitario), por el otro los progresos tecnológicos han permitido vulnerar y obviar esa misma regulación, algo al alcance de millones de personas con escasos conocimientos técnicos.

Es decir, en la actualidad gran parte de la legislación nacional e internacional prevé una normativa sobre copyright y propiedad intelectual similar, beneficiosa en general para Estados y empresas interesadas en unos derechos de propiedad intelectual potentes⁸. Pero, a la vez, la informática e internet han permitido a mucha gente obviar las normas de copyright y acceder de forma fácil, rápida y en ocasiones ilegal, a una enorme cantidad de material protegido.

⁷ VVAA., *La tragedia del copyright. Bien común, propiedad intelectual y crisis de la industria cultural*, Virus Editorial, Barcelona, 2013. No existe, sin embargo, una definición consensuada de dominio público. La normativa lo contempla como caducidad de los derechos patrimoniales, pero son muchos los autores (Boyle, Lessig, Smiers, Sádaba) que le atribuyen una carga mucho más profunda. Esa es la tendencia también en este presente trabajo.

⁸ Sobre cómo esta legislación se impuso a nivel internacional —y, por ello, es obligatoria para los Estados— *vid. supra* capítulo 3.

Las tensiones resultantes de ambas situaciones han provocado una toma de conciencia por parte de sectores de población de diferentes ámbitos (economistas, abogados, informáticos...) que han comenzado a plantearse la legitimidad de esta normativa. Esta puesta en cuestión de la propiedad intelectual y el copyright tiene como base la sospecha de que la actual regulación tiende a favorecer a un colectivo muy determinado —las empresas del sector— en detrimento del grueso de creadores y del acceso de la sociedad a las obras artísticas e intelectuales⁹.

Las propuestas alternativas que se analizarán a continuación no siempre son, en realidad, una verdadera alternativa de fondo, pues en ocasiones basan su existencia en la propia figura de la propiedad intelectual. Pero lo hacen poniendo más énfasis en las posibilidades de acceso de la gente a los bienes culturales que en las oportunidades de comerciar con ellos y obtener un beneficio económico. Por eso estas propuestas deben ser tenidas muy en cuenta. El presente análisis, lejos de ser neutral, trata de traer a colación los puntos fuertes y las debilidades de esos modelos, a los que se debe reconocer el mérito de haber planteado formas distintas de entender la gestión de los bienes culturales en nuestra sociedad o, al menos, de flexibilizar las rígidas condiciones del modelo existente.

5.1.1. *Análisis crítico de la cultura libre y las licencias Creative Commons*

A pesar del grado de aceptación con el que cuenta la institución de la propiedad intelectual, para muchas personas su configuración actual supone una restricción a las posibilidades de utilizar y compartir los bienes de contenido cultural. Frente a ello, se articulan alternativas que proponen otro tipo de mecanismos en los que la sociedad en general disponga de una mayor libertad para utilizar, compartir o disfrutar de esos bienes culturales. El concepto de *cultura libre* toma el nombre del conocido como *software libre*, del que copia parte de la ideología. El software libre nació en los años 80 como alternativa a la creciente mercantilización del mundo informático, cuya cabeza más visible fueron empresas como IBM, Microsoft y Apple, y apostaba por programas cuyo código de programación pudiera ser conocido, utilizado, adaptado y mejorado por cualquier usuario¹⁰.

En este ámbito de *cultura libre*, una de las figuras más conocidas es Lawrence Lessig, abogado y profesor de Derecho en la Universidad de Stanford. Lessig alcanzó una considerable notoriedad pública tras haber sido el abogado principal del caso *Eldred v.*

⁹ J. Jongitud Zamora, «Contradicciones de la globalización: surgimiento del copyleft», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 10, 2006-2007, 141-174.

¹⁰ A. Bonaccorsi, C. Rossi, «Why Open Source software can succeed», *Research Policy*, 32, 2003, 1243-1258; I. Labastida, «El copyleft y su aplicación en el mundo universitario», Comunicación VI Congreso de editores universitarios de América Latina y El Caribe, San José, agosto de 2007.

Ashcroft, en el que se decidía —ante el Tribunal Supremo de EEUU— si la denominada *Copyright Term Extension Act* (conocida popularmente como *Sonny Bono Act* o, de forma despectiva, como *Mickey Mouse Protection Act*) era o no constitucional de acuerdo con la Constitución de aquel país.

Esta norma, de 1998, establecía una extensión de los plazos de duración del copyright de 20 años (aparte de los 50 ya previstos). En ese momento, en EEUU las obras pasaron de estar protegidas 50 años tras la muerte del autor a estarlo 70 años tras su fallecimiento. Ello implicaba un considerable retraso por parte de cualquier obra (como era el caso de algunas creaciones de Disney) a la hora de entrar en el dominio público, lo que fue visto como un elemento que dificultaba su uso o el acceso a esas obras por parte de cualquier persona. Pero, más allá del dominio público —que, como se ha visto, no siempre redundaba en una mayor posibilidad de acceso—, lo que estaba en juego era si se aceptaba la extensión de los plazos del copyright sin estar demostrado que ello fuera a mejorar las condiciones de los creadores ni las posibilidades de utilizar las obras por parte del público.

El propio Lessig explica que esta batalla legal fue entendida como relevante por lo que podía significar simbólicamente. Los detractores de la *Copyright Term Extension Act* eran conscientes de que se enfrentaban a un lobby de creciente poder en EEUU, un conglomerado de empresas propietarias de derechos de propiedad intelectual que encontraban en un mayor plazo de copyright garantías para seguir explotando una gran cantidad de obras. Fue una persona estrechamente relacionada con el ámbito empresarial y artístico, el Congresista Salvatore Philip Bonno (Sonny Bono) —cantante, actor y ex marido de la artista Cher— el que impulsó la aprobación de la norma¹¹.

El interés de la industria para que la ley saliera adelante también fue notorio. Como explica el mismo Lessig, «diez de los trece patrocinadores originales de la ley en el Congreso recibieron de Disney la máxima contribución posible; en el Senado, ocho de los doce patrocinadores recibieron donaciones. Se calcula que la RIAA y la MPAA¹² gastaron un millón y medio de dólares en grupos de presión durante el ciclo electoral de 1998. Pagaron más de 200.000 dólares en donaciones electorales»¹³.

La decisión del Tribunal Supremo tenía importancia, principalmente, por una razón: determinaría si el poder legislativo estadounidense podía extender a su antojo los

¹¹ Sobre todo ello, *vid.* L. Lessig, *Por una cultura libre. Cómo los grandes grupos de comunicación utilizan la tecnología y la ley para clausurar la cultura y controlar la creatividad*, Traficantes de Sueños, Madrid, 2005, pp. 224 y ss.

¹² Recording Industry Association of America (Asociación de Industria Discográfica de EEUU) y Motion Picture Association of America (Asociación Cinematográfica de EEUU, integrada por productores y distribuidores) respectivamente.

¹³ Lessig, *cit.*, p. 223.

plazos del copyright o si, por el contrario, tal extensión tenía un límite de acuerdo a la Constitución. Ésta establece explícitamente que el Congreso de EEUU tiene la facultad de «promover el progreso de la ciencia y las artes, asegurando por tiempo *limitado* a los autores e inventores un derecho exclusivo sobre sus escritos y descubrimientos»¹⁴.

Tal y como lo entendió Lessig, y una parte de la ciudadanía estadounidense (y de otros países), la Constitución obliga a que el tiempo de protección sea limitado, y si el Congreso tuviera la potestad de alargarlo ilimitadamente tal precepto constitucional quedaría vaciado materialmente (en sus inicios, el plazo empezó siendo de 14 años a partir de la primera publicación, mientras que actualmente es de 70 años tras la muerte del autor). En 2003, el Tribunal Supremo de EEUU falló en favor del Congreso, confirmando la *Sonny Bono Act* y legitimando así la extensión de los derechos de propiedad intelectual llevada a cabo por el parlamento.

Uno de los rasgos característicos de la propiedad intelectual es que se trata, como se ha visto en páginas anteriores, de una propiedad limitada (en el tiempo), en teoría porque en última instancia lo importante es difundir y hacer accesibles esas obras a todo el mundo. Esta *propiedad* especial funcionaría por tanto como mecanismo monopolístico temporal para garantizar la recuperación de lo invertido por parte de las empresas. La decisión del Tribunal Supremo estadounidense fue muy relevante porque parecía contradecir algo que venía siendo aceptado desde la configuración inicial de la propiedad intelectual: que ésta debía ser temporal.

Así pues, la decisión del Tribunal Supremo de EEUU marcó un revés considerable para los defensores de una versión más *abierta* de los bienes de contenido cultural, que abogaban por plazos de copyright más cortos y una mayor cantidad de obras en el dominio público. A raíz de esta sentencia, en 2001 surgió la organización sin ánimo de lucro Creative Commons, que tuvo el mérito de proponer las conocidas como licencias Creative Commons. El propio Lessig se convirtió desde entonces en una figura notoria de los críticos del copyright y escribió diversos libros planteando alternativas o modelos flexibles respecto a la propiedad intelectual.

Lessig cuestiona en sus propuestas tres aspectos fundamentales del debate del copyright: En primer lugar, el propio concepto de *propiedad* o *piratería*, que convierte en ladrones a quienes comparten y difunden material protegido¹⁵. En segundo lugar, los plazos de protección del copyright que, lejos de suponer un incentivo para los creadores o una ayuda a la sociedad para acceder a esos contenidos, se han convertido en una

¹⁴ «To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries», Artículo 1, sección 8, de la Constitución de EEUU. La cursiva es mía.

¹⁵ Lessig, *cit.*, pp. 35 y ss. A este respecto, *vid.* también M. Herrera-Usagre, «El impacto del intercambio de música sobre la compra de discos y la asistencia a conciertos. El caso de España», *Papers. Revista de Sociología*, 97, 2012, 751-772.

garantía de negocio para los sectores empresariales dependientes de los derechos de propiedad intelectual. Finalmente, Lessig también es consciente de la concentración de poder en unas pocas empresas nacionales y transnacionales relacionadas con la cultura y el entretenimiento o la información (distribuidoras, sellos discográficos, medios de comunicación masivos), con poder de influencia en la legislación para garantizar la protección de sus propios intereses económicos.

El autor estadounidense contribuye a desmitificar las ideas de *piratería* y de *propiedad* que suelen esgrimirse en el debate sobre el copyright. El autor afirma que lo que pretende con ello no es que todas las creaciones deban ser gratis, sino que el entorno creativo de una sociedad pueda librarse del corsé que supone el copyright (tanto para los creadores como para el público). En este sentido, el autor estadounidense acierta al entender, ya a principios de este siglo, el efecto disruptivo que la tecnología estaba teniendo sobre las bases del copyright (VHS, impresoras, escáneres) y el que internet podía llegar a tener¹⁶.

Lessig considera que la propiedad intelectual es una forma occidental de entender la gestión de las obras culturales, y que por tanto responde a un contexto histórico, social y económico concreto y a unos intereses particulares. Elementos como la copia de una obra sin permiso del autor o su uso para otra obra derivada están prohibidos en la regulación normativa del copyright, pero resultan fundamentales en los llamados *dōjinshi* japoneses, y lo han sido también en la historia de la independencia de EEUU y el acceso de sus ciudadanos a la literatura inglesa, o en los mismos inicios de la actividad creativa de Walt Disney¹⁷.

Con ello, este autor pretende desmitificar y aclarar el concepto de *piratería*. A través de un repaso histórico de distintos inventos u obras, trata de mostrar cómo la copia o el uso no autorizado está en el origen de muchos avances tecnológicos relevantes para el ser humano. Concretamente en relación con la informática e internet, Lessig cuestiona, como tantos otros, el impacto real que el hecho de compartir archivos protegidos tiene sobre la producción cultural y pone de manifiesto las posibilidades que la tecnología aporta en ese sentido. El autor ofrece una imagen en la que esos actos denominados peyorativamente “piratería” (programas para compartir archivos por internet, redes p2p, descargas de material protegido, usos no autorizados para obras derivadas etc.) responden a procesos y actitudes socialmente más complejos que el *robo* de un producto, pues este término supone una excesiva simplificación del problema. En efecto, si la descarga de un libro, una película o un archivo de música sustituyera siempre

¹⁶ Lessig, *ibíd.*, pp. 20 y ss.

¹⁷ *Ibíd.*, pp. 41 y ss. Sobre los *dōjinshi*, *vid. supra* p. 117.

a su venta, habría dejado de existir la industria discográfica, editora ni cinematográfica¹⁸.

Así, los términos *piratería* o *robo* no describen correctamente las actitudes de descargar o compartir archivos protegidos. Estas expresiones tratan de señalar de forma peyorativa determinados actos que pueden ser (no siempre es así) perjudiciales para el sector empresarial, pero que en cambio también pueden resultar altamente efectivos para los creadores —en la medida en que se dan a conocer a un gran público sin apenas costes— y para la propia sociedad —que puede acceder a estos bienes de forma gratuita—. Es más, el término *robo* se utiliza porque descargando un archivo protegido no se respeta, en teoría, la *propiedad*. Pero esta descarga no afecta en nada a la integridad, contenido o calidad artística de la creación original. Tampoco a la posibilidad de generar tantas otras versiones digitales de ese bien.

Digamos que, si tras haber creado un coche (con todos los costes materiales y personales que ello implica), éste pudiera ser reproducido infinitas veces a costes casi nulos, apropiarse de uno de forma gratuita por medios pacíficos y no violentos difícilmente podría ser calificado como robo. Sólo a fuerza de aceptar un modelo de funcionamiento que permitiera restringir el acceso de las personas a un bien potencialmente ilimitado —un modelo, pues, distributivamente muy desigual— podría sostenerse tal comportamiento. Si en vez de un coche pensamos en un medicamento, esto es precisamente lo que ocurre con la propiedad industrial (patentes) y, con matices y sobre bienes no imprescindibles para la supervivencia humana —bienes culturales—, con la propiedad intelectual.

Fue en este marco en el que en 2002 surgieron las licencias Creative Commons, de la mano de personas como Lawrence Lessig (profesor de Derecho en Stanford), Hal Abelson (profesor de Ingeniería Eléctrica y Ciencias de la Computación en el MIT) o James Boyle (profesor de Derecho en Harvard), entre otros. También formaba parte del grupo de fundadores Eric Eldred, un ciudadano que años atrás había intentado escanear y compartir en internet todos los libros que iban entrando en el dominio público. Precisamente él fue el impulsor de la demanda contra el Congreso de los EEUU perdida en 2003 (caso *Eldred v Ashcroft*)¹⁹.

No parece que la relevancia del ámbito universitario en el nacimiento de este proyecto —los impulsores de las licencias Creative Commons pertenecen en su mayoría al ámbito educativo— sea una casualidad. La relación entre el campo educativo y la propiedad intelectual también se ha visto definitivamente influenciada por una

¹⁸ *Ibid.*, pp. 87 y ss.

¹⁹ Labastida, «El copyleft y su aplicación en el mundo universitario...».

creciente mercantilización de las publicaciones universitarias, con la entrada en este ámbito de grandes editoriales y una legislación que permite privatizar los resultados de investigaciones realizados con financiación pública (desde patentes sobre inventos o descubrimientos hasta todo tipo de artículos científicos)²⁰.

Para entender las licencias Creative Commons es necesario abordar lo que se conoce como *copyleft*. Se le atribuye al profesor de la Universidad de Barcelona Ignasi Labastida i Juan el mérito de haber implantado estas licencias en España —las cuales, como él mismo explica, no son lo contrario del copyright—. Si bien nominalmente sí parecen términos antagónicos, el *copyleft* se basa en la existencia de la propiedad intelectual y los derechos de autor. Es decir, lo que tratan las licencias Creative Commons es de aprovechar la propia regulación del copyright (implantada en casi todo el mundo de forma similar), que impone un “todos los derechos reservados”, para proponer una alternativa: “algunos derechos reservados”. La importante difusión del copyright y los derechos de autor en muchos países del mundo permite adaptar fórmulas similares con relativa facilidad, pues la base legal (copyright o derechos de autor; en definitiva, propiedad intelectual) tiende a ser parecida²¹.

Esta aproximación apunta ya a un problema relevante. El hecho de que las licencias Creative Commons se apoyen en la legislación sobre copyright permite sin duda una implantación más fácil y rápida, pero contribuye también a reforzar la regulación actual sobre propiedad intelectual, ya que sin esa misma concepción estas licencias no pueden existir. Así, las Creative Commons tienden a normalizar la propiedad intelectual tal y como está hoy regulada, y por tanto a ocultar los graves problemas que esta legislación acarrea. Como el “algunos derechos reservados” se basa en la posibilidad de tener “todos los derechos reservados”, estas licencias suponen una alternativa sólida y eficaz en determinados casos prácticos (amén de ser una iniciativa loable sobre todo en el ámbito universitario), pero no contribuyen a cuestionar las bases teóricas de la propiedad intelectual.

El objetivo de estas licencias es permitir a los creadores de obras de contenido científico, intelectual o artístico difundirlas protegiendo algunos de sus derechos, pero no necesariamente todos (extremo que sí impone la legislación sobre propiedad intelectual). Una característica común de todas estas licencias es que permiten la copia, distribución y comunicación de las obras —aunque con ciertas limitaciones—, lo que

²⁰ Vid. R. Feltrero Oreja, «Propiedad intelectual y conocimiento público: Derechos del investigador y del ciudadano sobre el *copyright*», *Isegoría*, 28, 2003, 143-158; J. Naidorf, «La privatización del conocimiento público en universidades públicas», en *Espacio público y privatización del conocimiento. Estudios sobre políticas universitarias en América Latina*, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires, 2005, 101-161, que analiza el caso argentino, y D. Acuña, R. Schmal, P. Klein, «Una Plataforma Web para Gestionar los Derechos de Propiedad Intelectual Resultantes de la Investigación Universitaria», *Journal of Technology Management & Innovation*, 6(4), 2011, 258-275, que aporta algunos datos de la situación en Chile.

²¹ Labastida, *cit.*, p. 66.

ya de inicio supone una importante distinción respecto del copyright. A diferencia de éste, las licencias Creative Commons son mucho más claras y sencillas, y permiten a cualquier persona entender de forma rápida qué uso puede hacer de la obra. Así, estas licencias tratan de separarse de los complejos entramados jurídicos (considerablemente distintos entre la tradición anglosajona del copyright y los derechos de autor continentales), lo cual resulta especialmente útil para su uso en la Red. En este sentido, se han adaptado mucho mejor a un medio ágil, rápido y alejado de los corsés jurídicos como es internet.

La complejidad del copyright implica que en ocasiones resulta imposible saber si se puede utilizar o no una obra en un plazo razonable, porque hay que comprobar si la obra está protegida (por defecto todas lo están), si ha entrado en el dominio público y, en su caso, ante quién debe solicitarse —generalmente previo pago— su uso. Este procedimiento puede ser aceptable si se pretende, por ejemplo, utilizar una canción determinada para una película. Pero carece de sentido si lo que se quiere es enlazar una fotografía a un artículo publicado en la Red por parte de un ciudadano que escribe en un *blog*. Ello explica que internet se encuentre lleno de continuas violaciones de los derechos de autor. Las Creative Commons revierten esta tendencia porque invierten el sentido del copyright. Si éste es una presunción de prohibición, aquéllas presumen una permisividad casi total, ante la que pueden imponerse restricciones.

Así, para utilizar una fotografía en un artículo de internet, un usuario sabrá que en principio puede hacerlo si ésta se encuentra bajo licencia Creative Commons, y ésta le informará, por ejemplo, sobre si puede usarla con fines comerciales o crear una obra derivada de ésta. Por lo tanto, para todos esos usos privados o particulares, sin ánimo de lucro, este tipo de licencias permiten utilizar una obra con un único requisito ineludible, que es hacer referencia a su autor. Los creadores pueden, además, imponer ciertas condiciones para su uso²².



Reconocimiento (Attribution): En cualquier explotación de la obra autorizada por la licencia hará falta reconocer la autoría.



No Comercial (Non Commercial): La explotación de la obra queda limitada a usos no comerciales.



Compartir Igual (Share Alike): La explotación autorizada incluye la creación de obras derivadas siempre que mantengan la misma licencia al ser divulgadas.



Sin obras derivadas (No Derivatives): La autorización para explotar la obra no incluye la transformación para crear una obra derivada.

²² *Ibid.*, pp. 70 y ss. La información respecto a los tipos de licencias puede encontrarse en <http://creativecommons.org/licenses> o, para la versión española, en <http://es.creativecommons.org/blog/licencias>.

Con estas cuatro posibilidades abiertas a los autores, pueden generarse seis combinaciones de licencias, que son las utilizadas actualmente en las Creative Commons —como se ha dicho, la obligación de reconocimiento de autoría es ineludible en este tipo de licencias—. Los iconos que se muestran a continuación pueden plasmarse en la obra creada (por ejemplo, un libro) en sustitución de la característica © o el aviso de *todos los derechos reservados*, de manera que quien accede a la obra sabe fácilmente qué usos puede hacer de la misma.



Reconocimiento (by): Se permite cualquier explotación de la obra, incluyendo una finalidad comercial, así como la creación de obras derivadas, la distribución de las cuales también está permitida sin ninguna restricción.



Reconocimiento - NoComercial (by-nc): Se permite la generación de obras derivadas siempre que no se haga un uso comercial. Tampoco se puede utilizar la obra original con finalidades comerciales.



Reconocimiento - NoComercial - CompartirIgual (by-nc-sa): No se permite un uso comercial de la obra original ni de las posibles obras derivadas, la distribución de las cuales se debe hacer con una licencia igual a la que regula la obra original.



Reconocimiento - NoCommercial - SinObrasDerivadas (by-nc-nd): No se permite un uso comercial de la obra original ni la generación de obras derivadas.



Reconocimiento - CompartirIgual (by-sa): Se permite el uso comercial de la obra y de las posibles obras derivadas, la distribución de las cuales se debe hacer con una licencia igual a la que regula la obra original.



Reconocimiento - SinObrasDerivadas (by-nd): Se permite el uso comercial de la obra, pero no la generación de obras derivadas.

Estas licencias, como se ha dicho, se pueden usar con facilidad para obras que circulan por internet. Pero también los formatos analógicos admiten su uso y ofrecen garantías de que la obra no sea utilizada incorrectamente. El propio Lawrence Lessig ha publicado uno de sus libros con estas licencias en la Editorial Icaria. En las primeras páginas, por tanto, no figura la tradicional reserva de todos los derechos, sino una licencia de *reconocimiento-nocomercial-compartirigual (by-nc-sa)*²³.

5.1.2. Problemáticas de las propuestas de cultura libre

Las interesantes alternativas que plantean las licencias Creative Commons, a pesar de su éxito —relativo pero importante—, no están exentas de problemas. Autores como

²³ L. Lessig, *Remix. Cultura de la remezcla y derechos de autor en el entorno digital*, Icaria, Barcelona, 2012. También aparece en la versión digital del libro, que la propia editorial tiene disponible en su página web, http://www.icariaeditorial.com/pdf_libros/REMIX.pdf.

Lawrence Lessig y su apuesta por una cultura más *libre*, o las críticas constructivas que reivindican el papel de lo público frente a la privatización del copyright²⁴ coinciden en poner de manifiesto algunos problemas que la propiedad intelectual acarrea en numerosos ámbitos, como el acceso de la sociedad a las obras, el inadecuado incentivo y retribución de los creadores, o su adaptación al nuevo entorno digital. Estos análisis son valiosos porque permiten mostrar las deficiencias de una regulación en general ampliamente aceptada como son los derechos de autor, y de esa crítica ha surgido una propuesta como las licencias Creative Commons, sin duda relevante porque contribuye a generar en el ideario común la percepción de que existen otras formas de entender la creación intelectual y el acceso a las obras.

Por eso, resulta necesario reconocer los méritos de quienes han trabajado y trabajan en esta dirección, no sólo planteando una crítica analítica al copyright, sino una posible alternativa que contribuya a mejorar la relación de una sociedad respecto de la creación y acceso a la cultura. Lessig y Boyle son dos nombres particularmente reconocidos, y su lectura y cita es habitual en cualquier autor que aborde esta temática. Pero, más allá de los nombres y de los logros, estas propuestas —que pretenden plantear de forma seria una reforma, cuando menos parcial, del copyright— acusan determinados problemas que limitan sus posibilidades de éxito o, por lo menos, impiden que puedan considerarse verdaderas medidas contrahegemónicas.

Ello permitiría entender por qué (junto a otras razones), a pesar de las bondades de una propuesta como las licencias Creative Commons, la propiedad intelectual tradicional continúa siendo hegemónica a día de hoy, sin que parezca que ello vaya a cambiar en un futuro cercano. Entender estas limitaciones no supone desechar todo lo que este tipo de propuestas pueden ofrecer. Al contrario, implica tomar consciencia de los límites que una reflexión seria sobre la propiedad intelectual conlleva —límites también presentes en este trabajo—, pues en última instancia esta reflexión supone cuestionar la propia figura de la propiedad privada.

Un primer elemento que ha frenado las posibilidades de un cambio profundo en el sistema de propiedad intelectual ha sido la configuración de una tecnología potencialmente rupturista en este ámbito: internet. En este sentido, se puede decir que, de la misma manera que los grandes avances tecnológicos de finales del siglo XX antes que para mejorar las situaciones laborales de los trabajadores, han servido para prescindir de mano de obra sustituida por procedimientos informáticos²⁵, internet no ha posibilitado un gran cambio en la concepción de la creación artística y su difusión,

²⁴ *Vid.*, en este sentido, J. Boyle, *The Public Domain: Enclosing the Commons of the Mind*, Yale University Press, 2008.

²⁵ J.R. Capella, *Fruta prohibida* (5ª ed.), Trotta, Madrid, 2008, p. 283.

sino que ha afianzado el copyright como mecanismo principal para gestionar las obras por parte de grandes empresas. Internet (*vid. supra* §2.2) se ha comercializado tanto en su estructura como en su contenido. Las posibilidades en la creación y distribución de bienes culturales en internet han sido cooptadas por empresas privadas, haciendo de ellas un negocio (Spotify, Netflix) o, cuando los usuarios han prescindido de la forma mercantil y han utilizado otros mecanismos para compartir material protegido, éstos han sido declarados ilegales o perseguidos judicialmente (desde Napster, hasta los Torrent, pasando por plataformas como Emule o los servidores FTP).

Una parte de los aparatos tecnológicos comercializados a finales del siglo XX plantearon serios retos a la concepción mercantilista de los bienes culturales. El casete, las cintas VHS, los discos flexibles informáticos, los CD y DVD, más recientemente el Blu-ray... Y, sin duda, la informática e internet, que supusieron un enorme salto porque permitían, además de la reproducción de archivos digitalizados, su difusión por toda la Red. No obstante, todo este despliegue tecnológico estuvo siempre capitalizado por grandes empresas, sometido a la idoneidad de obtener beneficios económicos por parte de sus promotores. Los CD y DVD, por ejemplo, no supusieron un elemento relevante a la hora de compartir discos de música porque los usuarios tuvieran control sobre la producción y distribución de los mismos, sino porque existía una poderosa industria interesada en comercializarlos.

De la misma manera, lo más *visible* en internet corresponde a contenido ofrecido o controlado por grandes empresas. Éstas han sabido extenderse en las redes y aprovechar las posibilidades tecnológicas para llegar a más clientes y consumidores o para generar directamente nuevas formas de obtener beneficios. La lógica mercantilista y la cosificación de la información impregna hoy en día una gran parte de lo que está disponible en la Red.

Esto último, de todas formas, no es tan simple. Internet ha resultado ser un ámbito en el que se producen conflictos, en el que distintas posiciones pugnan por la conquista de espacios y objetivos. Si bien la visión más conservadora respecto de la propiedad intelectual domina el espacio legal y discursivo tradicional —al empujar hacia la ilegalidad diversas iniciativas que plantean un cambio en el modo de compartir bienes culturales—, estas alternativas (intercambios mediante redes p2p, por ejemplo) han conquistado espacios importantes en el imaginario popular al plantearse como una lucha y reivindicación contra el abuso de grandes corporaciones empresariales. Además, en el ámbito de la propiedad intelectual no existe una defensa homogénea por parte de todas las empresas que operan en internet. Es decir, determinadas empresas como Sony tienen un gran interés en defender sus activos económicos —películas o música, por ejemplo—, lo que genera conflictos con otras empresas cuyo interés está en que los usuarios utilicen sus servicios, aunque con ello infrinjan normas de propiedad intelectual. Es el caso de Google, en cuyo servicio Youtube se reproducen diariamente millones de contenidos, muchos de los cuales infringen alguna norma de derechos de autor. Es cierto que,

poco a poco, estas empresas han ido llegando a acuerdos entre ellas, pero existe un núcleo de intereses contrapuestos que tiene difícil solución²⁶.

Una segunda causa que ha mermado la efectividad de propuestas en la línea de las licencias Creative Commons es la escasa o nula atención al problema de cómo garantizar las condiciones materiales para que los creadores puedan proseguir con su actividad. Es decir, lo que generalmente suele denominarse la *retribución* o *remuneración* de los autores y artistas. Pero la retribución o la remuneración parecen llevar implícito cierto carácter pecuniario de salario a cambio de un trabajo realizado. Se sabe, sin embargo, que los creadores encuentran su motivación en muchos otros factores que el económico, pero en cambio resulta común a todos ellos el deseo de gozar de las condiciones (materiales, personales) que les permitan seguir creando²⁷.

Este es un problema rara vez abordado y que no tiene fácil solución. El tejido creativo de las sociedades contemporáneas (especialmente occidentales) no acostumbra a ver en las alternativas al copyright posibilidades para obtener esas condiciones que les permitan seguir creando e incluso que les permitan sobrevivir dignamente. Ello explica que estas alternativas tiendan a atraer a colectivos muy concretos, como el ámbito investigador y docente de las universidades públicas (cuyas necesidades están cubiertas por sueldos públicos). Este tipo de propuestas también pueden resultar atractivas para quienes gozan de unas condiciones económicas tales que no necesitan al sector empresarial para producir sus obras. O incluso a quienes encuentran verdaderas dificultades para llevar a cabo sus ideas creativas porque no resultan comercialmente rentables, no pueden vivir de ello y, por lo tanto, su interés consiste más en difundir su obra que en introducirla en los mecanismos del mercado de distribución y consumo.

El problema de la *retribución* a los artistas y creadores intelectuales no es ajeno a la concepción generalizada en nuestras sociedades de que los sujetos deben ser remunerados en función de lo que son capaces de producir (económicamente hablando) en un sistema ampliamente dominado por el mercado, también en el ámbito laboral. El sistema económico capitalista ha naturalizado una concepción individualista y propietaria de todo lo que rodea al ser humano, de la fuerza de trabajo a las relaciones personales, incluso a la creación artística. Por ello, prescindir de los derechos patrimoniales —recogidos en las normas de propiedad intelectual— sobre bienes culturales resulta una opción muy compleja en comunidades en las que aquéllos son activos económicos —como cualquier otra propiedad— útiles para alcanzar unos

²⁶ Sobre esta pugna entre importantes empresas presentes en internet aporta datos interesantes R. Levine en *Parásitos. Cómo los oportunistas digitales están destruyendo el negocio de la cultura*, Ariel, Barcelona, 2013.

²⁷ *Vid. supra* §4.1.

niveles de vida dignos, ya que el propio entorno económico no proporciona ni garantiza dichas condiciones de dignidad.

Lo que se quiere poner de manifiesto es que el sistema de propiedad intelectual actual, a pesar de su carácter poco distributivo, ofrece unos mínimos beneficios económicos a los creadores, lo que dificulta que éstos estén dispuestos a romper de forma radical con ese sistema; aunque sean conscientes de que es injusto y desigual. Por eso resulta imprescindible que, junto a las propuestas alternativas al copyright, se pueda explicar cómo tratar de garantizar que los artistas dispongan de las condiciones materiales para crear sus obras —lo cual no es lo mismo que garantizar una remuneración, en el sentido económico del término—, función de la que a día de hoy se encargan —con enormes deficiencias— los mercados. Y ello es todavía más necesario cuando se da la paradójica situación de que los creadores, que no son sino objeto de explotación por parte del sector empresarial relacionado con la propiedad intelectual, han interiorizado la lógica mercantil de ese sector y tienden a identificarse con sus objetivos, que pueden ser muy diferentes —cuando no radicalmente opuestos— a los suyos propios.

En definitiva, lo que tratan las siguientes páginas es de explicar por qué una propuesta como las licencias Creative Commons —a pesar de su considerable margen de éxito— encuentra ciertos límites a la hora de funcionar como verdadera alternativa al sistema tradicional del copyright.

5.1.3. Deficiencias del planteamiento teórico de las licencias Creative Commons

Las licencias Creative Commons apuestan por un modelo en el que la accesibilidad a los bienes prima por encima de la protección de su comercialización, lo cual supone un cambio de prioridades relevante. Sin embargo, se trata de un modelo que puede no resultar excesivamente útil para quienes tratan de obtener beneficios suficientes para poder vivir de su trabajo artístico. En el cine, por ejemplo, la inversión inicial es, la mayoría de veces, fruto de la iniciativa privada. En estos casos, la empresa que ha realizado dicha inversión (productora) deseará comercializar su obra para recuperar el dinero invertido y, en la medida de lo posible, obtener beneficios. Las licencias Creative Commons maximizarían las posibilidades de acceder a la película, pero tal vez ésta no funcionaría comercialmente, ya que la gente podría acceder a ella de forma gratuita.

Esto apunta ya a un aspecto relevante en el presente trabajo: los mercados, la iniciativa privada, es insuficiente y redistributivamente injusta a la hora de atender las necesidades de un campo como el creativo e intelectual. Puede producir ingentes beneficios empresariales, pero ello a costa de limitar el acceso de los bienes culturales

a quienes puedan pagar el precio establecido, y a costa de unas profundas desigualdades en el reparto de los ingresos entre los artistas y creadores.

Pero, al margen de los problemas prácticos que tienen las licencias Creative Commons o las propuestas de ampliar el dominio público —derivados fundamentalmente del hecho de que ambas son iniciativas presuntamente *no comerciales* en un entorno dominado por los mercados—, estas licencias adolecen de ciertos problemas teóricos que deben ser señalados. No porque no sean valiosas y útiles, sino porque de otra forma puede quedar enmascarado el problema de fondo respecto a la propiedad intelectual: la posibilidad de privatizar —siquiera temporalmente— los bienes culturales, imponiendo restricciones a su uso y acceso por parte de los ciudadanos.

La limitación fundamental de las licencias Creative Commons es consecuencia de su existencia bajo el paraguas legal del copyright o la propiedad intelectual. Estas licencias, como se ha dicho, pretenden cambiar el discurso de *todos los derechos reservados* a *algunos derechos reservados* (quien puede lo más, puede lo menos). Pero los principios ideológicos que subyacen en la propiedad intelectual no son cuestionados. La visión romántica del autor como creador único —sin valorar adecuadamente el acervo cultural anterior o el entorno social, que contribuye a proporcionar las condiciones necesarias para que la creación sea posible— y el entramado legal necesario para convertir toda obra en un bien objeto de consumo quedan de alguna forma reforzados, porque las Creative Commons pueden existir en base a las prerrogativas *que la propia normativa de copyright permite*. Asumen, pues, la posibilidad de que los autores sean los únicos “propietarios” de su obra, que de forma unilateral deciden renunciar a determinados derechos que la legislación les concede.

Esta decisión, por tanto, es una alternativa opcional basada en la voluntad individual de cada artista o creador. Pero no se abordan otros problemas, como los modos de obtener medios materiales para seguir creando (por parte de los artistas) o la conveniencia *social* de que las obras sean accesibles al público. Es decir, las Creative Commons sí proponen un mecanismo para que las obras sean accesibles de forma más sencilla, evitando las restricciones del copyright, pero *porque el autor así lo decide* (en base a una normativa que le permite eso, y también lo contrario), no porque ello sea conveniente para la comunidad o por provenir de una demanda de ésta. No es una decisión basada en la gestión colectiva de los bienes culturales, sino una iniciativa individual y voluntaria basada en los poderes de un *propietario* sobre su bien.

Al estar bajo el paraguas legal del actual sistema de propiedad intelectual, estas licencias han tenido una fácil adaptación a muchas legislaciones, lo cual sin duda ha resultado útil. Pero precisamente ahí se encuentra el propio límite de esta propuesta, que se olvida de atender otros aspectos prácticos relevantes (cómo obtiene el autor los

medios materiales para seguir creando o para subsistir; qué sucede con las condiciones laborales de los creadores asalariados). Tampoco aborda cuestiones de fondo importantes (cómo sustraer a los mercados —y en especial a los conglomerados internacionales— su omnipresencia en el ámbito de la creación artística y cultural; cómo facilitar que las comunidades intervengan activamente en la creación y distribución de bienes culturales).

Así, nos encontramos ante una propuesta que cuestiona determinados aspectos del copyright, pero no el sistema que envuelve la creación artística y el papel que debe jugar una sociedad en ese ámbito. Las licencias Creative Commons centran el debate principalmente en cómo deben acceder los miembros de una sociedad a esos bienes culturales, pero suscitan mucho rechazo entre artistas y creadores, temerosos de ver sus condiciones —creativas o laborales— todavía más precarizadas. Una crítica seria a los cimientos de la propiedad intelectual exige cuestionar la propia figura de *propiedad* de estos bienes, que permite comercializarlos como si fueran cualquier otro bien, colocando al público en la condición de consumidores y a los artistas en la posición de trabajadores —en clara posición de desigualdad frente a la industria, productora y distribuidora de estos bienes—.

Una crítica profunda de la propiedad intelectual exige también tener presentes los límites de poner en cuestión la propia figura de la propiedad, dado su arraigo en nuestra sociedad y su papel nuclear en el sistema económico actual. Exige, finalmente, entender que, en éste, uno de los principales problemas de la propiedad intelectual es que el entorno mercantil se encarga, de forma casi absoluta, de regular la creación y distribución de obras culturales. Por ello, las propuestas que, en mayor o menor medida, sustraen la circulación de obras del ámbito mercantil y renuncian a la presunción de ánimo de lucro son loables, y pueden funcionar a la perfección para colectivos sin necesidades vitales que cubrir. Pero chocan frontalmente contra todo el entramado de una sociedad ampliamente mercantilizada de la que los autores, creadores, artistas y *consumidores* son a la vez parte promotora y afectada.

Una propuesta alternativa de fondo, en definitiva, debe cuestionar la propia idea de que el mercado capitalista sea el espacio idóneo en el que se produzca la génesis y difusión de las obras culturales. En este sentido, resulta contradictoria la propuesta de algunos autores —críticos con la actual regulación de copyright y defensores de las licencias Creative Commons— que defienden precisamente la idea de *libre mercado* como alternativa al proteccionismo que supone la propiedad intelectual²⁸. Plantean que una

²⁸ Una interesante reflexión sobre el *copyleft* en general y su «en ocasiones inquietante cercanía con las estrategias desregulacionistas contemporáneas del liberalismo» puede leerse en C. Rendueles, *Sociofobia. El cambio político en la era de la utopía digital*, Debate, México, 2015, pp. 74 y ss. También J.

sociedad en la que las creaciones culturales circulen —libremente y sin protección alguna— por los mercados será mucho más eficiente a la hora de redistribuir beneficios y permitir el acceso de la población a esos bienes²⁹.

Las licencias Creative Commons han sido criticadas, desde el punto de vista de los artistas, por enmascarar, en ocasiones, políticas de corte liberal que pretenden eludir la protección a los autores y facilitar el acceso de las empresas a sus creaciones. Ciertamente, este tipo de licencias olvidan que difundir una obra de manera gratuita implica para muchos artistas *trabajar gratis*. No se puede pretender que los mercados suplan esta falta de ingresos con otros incentivos (como en ocasiones se hace aludiendo al beneficio de darse a conocer a través de internet o, en el caso de la música, con los conciertos en directo). Una vez más, parece recomendable una intervención política pública que garantice cierta protección laboral para determinados colectivos, evitando que la defensa de un mayor acceso a las obras implique que muchos autores y artistas no puedan obtener unos medios de vida dignos.

Las licencias Creative Commons, como se ha dicho, pueden funcionar perfectamente para el ámbito universitario público, en el que un profesor produce cierto material (un artículo, por ejemplo) indirectamente financiado por el Estado, que cubre las necesidades principales de ese creador. Ni en la génesis ni en el acceso a ese artículo el mercado tiene por qué tener un papel relevante. Pero piénsese en un escritor, con un trabajo no relacionado con ello (la gran mayoría son docentes o periodistas), cuya única posibilidad de distribuir la obra es a través de una editorial, que le exigirá protegerla mediante copyright para recuperar la inversión y obtener beneficios.

Lo mismo ocurre si se piensa en un director de cine, al que puede costarle años conseguir financiación para su película, que además deberá competir con obras especialmente filmadas para convertirse en objeto de consumo masivo, cuando no soportar las imposiciones de los productores que pretenden obtener un mayor beneficio, aunque sea en detrimento de la calidad de la obra (modificando el guion, la música o los actores, por ejemplo). O la cantidad de músicos, diseñadores y pintores que raramente pueden vivir de sus obras, pero para los que sería ideal obtener beneficios porque ello les permitiría seguir creando. Los artistas y creadores, al contrario que muchas otras profesiones, no utilizan un incremento en sus ingresos para trabajar de forma más relajada, sino al contrario, para trabajar más³⁰.

Los creadores acuden a las empresas privadas para crear y difundir sus obras porque éstas tienen el control casi en exclusiva de todo el proceso de producción y distribución

Rowan, *Cultura libre de Estado*, Traficantes de Sueños, Madrid, 2016, p. 14, y S. Broca, «Los bienes comunes, un proyecto ambiguo», *Le Monde Diplomatique en español*, 254, 2016, p.3.

²⁹ En este sentido se pronuncia Lessig (p. 143) en diversas ocasiones. También Joost Smiers cae en alguna contradicción al plantear su propuesta, aunque su visión de los mercados es considerablemente distinta, pues propone cambios y limitaciones relevantes para el modo de funcionar actual. *Vid. infra* §5.2.

³⁰ H. Abbing, *El apoyo a los artistas*, en Towse, *cit.*, p. 59.

de obras, y generalmente no existe otra alternativa. Con la reducción de ayudas y subvenciones, la retirada del Estado de muchos ámbitos de la vida social, y la feroz crítica a todo intervencionismo del Estado —cada vez más, incluso, en el ámbito cultural—, se ha tendido a una aceptación y normalización social del ámbito mercantil como el idóneo para la producción y distribución cultural, y parte de la sociedad ha interiorizado la lógica empresarial de la competitividad como elemento aceptable en la creación artística.

Además, se ha producido una alarmante equiparación entre bienes culturales y bienes de entretenimiento, hasta el punto de que no es posible distinguirlos sin polémica. Y se ha aceptado la posición de quienes defienden que es culturalmente relevante aquello que tiene éxito comercial y que uno es *propietario* de su trabajo intelectual, marginando de forma radical una gran cantidad de obras sin relevancia en el mercado —aunque muy valiosas estéticamente—, privando a sus autores de posibilidades económicas y dificultando su acceso al público³¹.

Todo ello no puede ser obviado a la hora de plantear críticas y alternativas a la propiedad intelectual. Se trata de un campo en el que es muy arriesgado hacer propuestas concretas con pretensión universal. Cada tipo de creación artística necesita una atención especial que trate de conjugar los intereses de los artistas con los del público y, en la medida de lo posible, permitir la interacción de empresas privadas. Puede no ser deseable que éstas monopolicen la creación y distribución de bienes culturales —para ello la intervención pública es un buen mecanismo de corrección—, pero tampoco resulta realista, en el mundo actual, prescindir de toda iniciativa privada.

5.1.4. *Los problemas prácticos de un dominio público inmediato*

Iniciativas como las licencias Creative Commons pretenden aplicar una suerte de dominio público —respetando ciertos derechos morales de los autores sobre la obra—. Es decir, pretenden ampliar al máximo las posibilidades de acceso a los bienes culturales. A este respecto, uno de los principales problemas de los argumentos contrarios al copyright es que quienes los esgrimen acostumbran a mostrarse a favor del dominio público de forma más o menos acrítica y poco matizada³². Es decir, se suele entender que, si la protección del copyright no resulta adecuada para la defensa de los intereses de los artistas y el acceso del público a las obras, la ausencia de esa protección (eliminar la propiedad intelectual) resolverá —al menos parcialmente— el problema. Y ello porque se presupone que el dominio público, si bien puede perjudicar al sector

³¹ Sobre este proceso, *vid.* Smiers, *Un mundo sin copyright...*, pp. 49-50 y p. 222.

³² Huye de esta concepción poco matizada el profesor holandés Joost Smiers, lo que otorga un interés añadido a su análisis sobre el tema. *Vid. infra* §5.2.

empresarial y no garantiza la obtención de ingresos por parte de los autores, sí refuerza la posibilidad de acceso del público a las obras.

Un planteamiento de este tipo corre el riesgo de obviar elementos importantes, tanto teóricos como prácticos. El dominio público puede ser beneficioso o no para los creadores y para el acceso del público a la obra (*vid. supra* §4.4). En este punto, de nuevo es necesario hacer hincapié en que plantear una regulación única para todo el elenco de creaciones (*un* copyright, *un* dominio público, sin distinguir entre obras) es un error que acostumbran a cometer tanto los defensores del actual sistema de propiedad intelectual como sus detractores. A modo de ejemplo, el dominio público de un libro apenas incide en el modo en el que la mayoría de gente va a poder acceder a él (al menos en la versión física), pues la forma habitual es a través de su compra, y apenas existe diferencia entre el precio de libros sobre los que existen o no derechos de autor.

Sin embargo, que los derechos patrimoniales de propiedad intelectual hayan caducado sí resulta una oportunidad de negocio para empresas editoriales que antes no podían comercializar el libro —pues no eran las propietarias de esos derechos—. Para los autores, el dominio público de su libro puede resultar claramente perjudicial, ya que la editorial podrá venderlo sin pagarles nada, privándole de unos —generalmente insuficientes— beneficios que el autor suele utilizar para seguir creando. En cambio, el dominio público o los beneficios económicos de la venta de un libro pueden no importar, como ya se ha dicho, a un profesor de una universidad pública con una posición asegurada y cierto nivel de vida garantizado, que tal vez prefiera distribuir el material mediante licencias Creative Commons para facilitar el acceso de sus alumnos. El dominio público quizá tampoco resulte especialmente importante para determinados trabajadores asalariados —diseñadores gráficos o programadores informáticos, por ejemplo— cuyas obras creadas en el seno de la empresa serán, en principio, propiedad de ésta. En cambio, estos empleados sí se preocupan por sus condiciones laborales, crecientemente precarizadas también en el ámbito de las creaciones culturales.

Resulta ilustrativa la poca presencia que la situación y condiciones laborales de los creadores tienen en los debates sobre *la cultura*, que tiende a presentar las posiciones en su forma más extrema y simplificada: discográficas o editoriales multimillonarias, famosos actores *superestrella*, piratas informáticos que roban y, en el mejor de los casos, autores y creadores que son, *a priori*, dueños de la obra creada. Una propuesta (política, normativa) que trate de abordar al completo el campo creativo de una sociedad debe tener en cuenta todos los ámbitos en los que se produce esa creación, sin olvidar que en muchos casos pertenece a sujetos vinculados contractualmente a una empresa, que se apropia de esas creaciones. En estos casos, las condiciones en las que se produce esa vinculación contractual son importantes porque afectan a las condiciones de vida del trabajador, que también es el *creador* o *autor* de las obras (aunque éstas sean controladas por la empresa).

El copyright y la propiedad intelectual son una excepción, un privilegio temporal utilizado teóricamente para incentivar la creación. Pero un análisis serio de esta presunción desmonta las teóricas bondades de la propiedad intelectual y muestra una realidad muy diferente, en la que los bienes culturales sólo son accesibles mediante compraventa³³. Por ello, la reivindicación del dominio público —como elemento importante para devolver a la sociedad su control sobre las creaciones culturales— es necesaria. Pero el dominio público no puede ser entendido como una propuesta automática y sin matices. Es decir, la caducidad de los derechos de explotación de las obras —que es lo que actualmente significa el dominio público— no implican, generalmente, mayor posibilidad de acceso a aquéllas. El dominio público debería dotarse de un contenido diferente, más completo, que implicara que el acervo cultural de una sociedad, incluidas sus creaciones intelectuales y artísticas, fuera *propiedad o dominio* de la propia sociedad.

Para ello, es preciso entender el entorno económico en el que se desarrollan las sociedades contemporáneas, y por lo tanto también el dominio público. Si éste implica que toda creación cultural debe volver, pasado un tiempo, a estar bajo el control de la sociedad que posibilitó su surgimiento, una propuesta que lo defienda deberá plantear los medios materiales para que ello sea posible. De lo contrario, se corre el riesgo de convertir el dominio público en un elemento discursivo vacío de contenido, pues sólo quienes dispongan de los medios materiales podrán hacer efectivo tal uso.

Hay que tener presente, por tanto, que no es lo mismo un dominio público como el actual —en el que la única diferencia, por ejemplo en el caso de un libro, está en si puede editarlo una empresa o cualquiera que lo desee (para el usuario, se ha dicho, la diferencia es mínima)— que un dominio público en el que una potente red de bibliotecas públicas con fuerte inversión de las administraciones editara libros evitando tener que comprarlos a precios de mercado, incluso ofreciéndolos a precios muy reducidos para los usuarios de esas bibliotecas. Por no hablar de la posibilidad —ya existente en algunas bibliotecas— de ofrecer versiones digitales y de calidad, accesibles desde casa o desde los colegios. En otras palabras, si el dominio público significa que la sociedad debe recuperar para sí el control y acceso sobre el acervo de obras culturales y artísticas, ello requiere que se pueda llevar a cabo de manera efectiva, no sólo teórica. Y, dado que actualmente el principal vehículo de creación y distribución de bienes culturales es el mercado —con excepciones, como la difusión a través de internet (en muchos casos ilegal) o con intervención pública—, el dominio público queda considerablemente vacío de contenido.

³³ De ello se ha tratado de dar cuenta a lo largo de este trabajo.

Lo que se quiere poner de relieve es que el dominio público resulta un objetivo que debe entenderse en relación con el sistema económico hegemónico, no un medio automático que permite siempre conseguir mejor acceso a las obras. En un entorno en el que las posibilidades para producir y distribuir bienes (culturales y de todo tipo) se encuentra en manos privadas, un dominio público automático y sin matices corre el riesgo de no ser de utilidad para que los bienes a los que afecta sean más accesibles.

Esta situación permite entender por qué la figura del dominio público resulta altamente ineficiente: la privatización del campo de lo cultural y artístico no alcanza sólo a los derechos de copyright o propiedad intelectual, sino a los medios de producción de todos o prácticamente todos los bienes culturales³⁴. El debate en torno a este tema debe plantear qué obras deben entrar en el dominio público, en qué condiciones y en qué momento. Una propuesta que abogue por considerar todas las obras artísticas e intelectuales como un bien común de toda la sociedad puede funcionar (hoy en día) en determinadas comunidades que no entiendan las creaciones artísticas e intelectuales como bienes apropiables³⁵, o para sectores concretos como el de los profesores de universidades públicas, pero choca frontalmente con elementos culturales y económicos muy arraigados en nuestra sociedad, y presenta problemas prácticos inmediatos. Una propuesta en la que los productos culturales entren automáticamente en el dominio público, sin más consideración, planteará de inmediato preguntas como: ¿De qué (mal)vivirán muchos creadores? ¿Qué sucede con las empresas dedicadas a ese negocio? ¿Y sus trabajadores?

5.2. La hipótesis de supresión del copyright de Smiers y van Schijndel

Joost Smiers es un importante crítico de los sistemas de propiedad intelectual y copyright. Profesor de la Universidad de Ámsterdam hasta 2007 y Doctor en Ciencia Política, ha ejercido también como profesor en la Escuela de las Artes de Utrecht y como investigador en el Grupo de Investigación Artes y Economía. De entre sus publicaciones destacan dos títulos: *Un mundo sin copyright*, e *Imagine... No copyright*³⁶ (este último junto a Marieke van Schijndel), tal vez porque en estos dos libros condensa lo más

³⁴ B. Edelman, *La práctica ideológica del derecho. Elementos para una teoría marxista del derecho*, Tecnos, Madrid, 1980, pp. 79 y ss.

³⁵ *Vid. supra* p. 32

³⁶ El segundo libro mantiene el mismo título que en la versión original, mientras que el primero está publicado en la versión inglesa como *Arts under pressure*. Resulta mucho más adecuado el título original, pues al contrario que *Imagine... No copyright*, el primer libro analiza críticamente el copyright y sus efectos negativos sobre la creatividad y diversidad cultural, pero en ningún caso sistematiza una alternativa a la propiedad intelectual, lo cual sí ocurre en *Imagine... No copyright*. El mismo autor reconocía a El País en 2007 que el cambio de título fue una decisión del editor español con la que él no estaba de acuerdo (*Hacia el fin del 'copyright'*, El País, 23 de febrero de 2007), lo cual no deja de ser hasta cierto punto irónico dado el título original del libro.

importante de su análisis y propuesta en relación al copyright en el mundo actual y su incidencia en el arte y la cultura.

Smiers critica el sistema —occidental, pero globalizado— basado en la propiedad intelectual, que en su opinión perjudica gravemente no sólo las posibilidades de acceso a las obras, sino las propias posibilidades de existencia del arte, porque se ve mermada la diversidad cultural de una sociedad. No obstante —y en ello radica parte de mérito del autor—, evita centrarse sólo en el apartado jurídico o en las condiciones de cierto *imperialismo cultural* de determinados países e instituciones internacionales. Es decir, cuestiona el proceso de uniformización del gusto y de los bienes culturales consumidos (por ejemplo, la hegemonía del cine estadounidense en muchas salas europeas), pero con un trasfondo de crítica al funcionamiento mercantil en relación al arte.

El, aunque con algunas contradicciones, plantea dudas serias sobre la idoneidad de permitir que sean los mercados, tal y como existen a día de hoy, los que se encarguen de gestionar el ámbito de lo artístico, idea que se defiende sin ambages en el presente trabajo. Propone, como alternativa general, otorgar (devolver) a los ciudadanos y a los representantes de *lo público* una importante responsabilidad en el proceso de producción y distribución de sus creaciones culturales. Su postura general implica por tanto sustraer cierto poder a los mercados para otorgárselo a la ciudadanía. Es por ello que el autor entiende que existe una clara relación entre todo este proceso y la calidad democrática de una sociedad³⁷.

Junto al análisis de por qué nuestras sociedades no pueden ni deben seguir manteniendo la actual estructura de gestión de lo artístico, Smiers realiza un verdadero esfuerzo propositivo, concretando alternativas (algunas viables a corto plazo, otras no tanto) más o menos adecuadas. En lo que sigue se realizará una síntesis de este modelo (que resulta, hasta cierto punto, contrahegemónico) haciendo hincapié en sus aciertos —que son muchos, y permiten vislumbrar opciones de cambio real en este ámbito— pero también en sus contradicciones. Ello no con una intención meramente crítica, sino claramente propositiva, tratando de dar un paso más en un campo tan complejo como el que nos ocupa.

5.2.1. *La diversidad artística y cultural en un mundo globalizado*

En el planteamiento de Smiers, el mundo crecientemente globalizado ha producido consecuencias desastrosas para el ámbito artístico y cultural. Los principios

³⁷ Vid. también, en este sentido, D. García López, «Aproximación crítica a la propiedad intelectual: la cultura como valor para la democracia», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 10, 2006-2007, 207-244.

neoliberales de la economía se han extendido e impuesto a nivel global, pasando por encima de *lo local*, incentivando una confianza ciega en la tecnología y una visión competitiva de las sociedades y las relaciones humanas, lo que ha provocado una promoción sin criterio de la liberalización y desregulación y ha incentivado la creencia de que «la propiedad privada ofrece un mecanismo más adecuado para lograr la felicidad y la fortuna que cualquier mecanismo de intervención pública»³⁸.

Estos «nuevos y poderosos intereses económicos» (reflejados en el nuevo orden internacional descrito en el capítulo 3) encuentran acomodo en las normas de propiedad intelectual y las políticas llevadas a cabo por los Estados, alineados generalmente con esta lógica mercantilista de las obras culturales y artísticas. Y ello afecta notablemente a este campo, cuyo control (edición de libros, revistas y periódicos, discográficas, producción y distribución de filmes, representación de artes escénicas, galerías de pintura o escultura...) se encuentra cada vez más en unas pocas manos. Es decir, que tanto los medios de producción como los canales de distribución de obras se encuentran crecientemente concentrados, lo cual permite a sus propietarios controlar gran parte del mensaje que se transmite a través de las obras artísticas y culturales³⁹.

Este control implica dominar qué se ve, se lee, se escucha o se representa. Y tiende a invisibilizar aquellos mensajes contrahegemónicos o que resultan radicalmente alejados de la tendencia cultural de un momento determinado, así como de aquello con menores posibilidades de éxito comercial. Además, esta concepción de las obras culturales y artísticas, que los grupos de producción cultural dominan, suele dejar fuera del proceso creativo a la sociedad, cuyos sujetos se convierten en meros consumidores sin posibilidad de un papel más activo en el desarrollo y toma de decisiones de los elementos culturales de la comunidad⁴⁰.

Como consecuencia, el panorama actual es el de un ámbito cultural que descansa principalmente en los mercados. En un mundo en el que todo puede consumirse, «transformarse en un bien [...], la cultura consumista parece universal porque se presenta como una tierra de libertad en la que todos *pueden* ser consumidores, pero también se percibe como universal porque todos *deben* ser consumidores; esta singular libertad es obligatoria»⁴¹. En otras palabras, «por primera vez en la historia de la humanidad, la mayor parte de las historias sobre la gente, la vida y los valores son transmitidas no por los padres, la escuela, la iglesia u otras instituciones de la

³⁸ *Un mundo sin copyright...*, p. 41.

³⁹ *Ibid.*, pp. 51 y ss.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 70.

⁴¹ «Everything can become a commodity (...), consumer culture appears universal because it is depicted as a land of freedom in which everyone *can* be a consumer, [but] it is also felt to be universal because everyone *must* be a consumer: this particular freedom is compulsory», en D. Slater, *Consumer culture & Modernity*, Polity Press, Cambridge, 1997, p. 27.

comunidad que tienen algo que explicar, sino por un conjunto de grupos de empresas distantes que tienen algo que vender»⁴².

Así, en el mundo artístico e intelectual tiene cada vez mayor visibilidad una suerte de «monocultura global» que relega el aspecto local del ámbito creativo. Esta *monocultura* tiende a promover ideas y valores individualistas y de competitividad, pero tiene poca consideración por elementos comunitarios como la solidaridad o la dignidad humana. El ámbito artístico y cultural, en este sentido, no es entendido por Smiers como mero elemento individualizable. El acto creador de una obra resulta tan dependiente del entorno en el que se desarrolla como influyente en él. El arte y el entretenimiento expresan así «una atmósfera o clima, reflejan una forma de vida, sugieren, por ejemplo, una idea de placer»⁴³.

Desde un punto de vista más práctico, el análisis de Smiers resulta valioso porque se preocupa por un colectivo excesivamente ignorado en los debates sobre el copyright y la propiedad intelectual: los creadores. Es relevante poner de manifiesto la insuficiente redistribución de ingresos producidos por el copyright, como es importante no caer en el simplismo de pensar que el ámbito artístico e intelectual puede ser, de forma automática, un ámbito “libre” y gratuito. Si el campo creativo se ha visto en tiempos pasados sometido a las decisiones de reyes, mecenas o la Iglesia, por ejemplo, ahora se ve sometido a necesidades comerciales. Por eso resulta importante un planteamiento, como trata de hacer Smiers, propositivo, que dibuje alternativas en las que los artistas puedan continuar con su actividad creativa y, en la medida de lo posible, vivir dignamente de ello (aunque el propio autor asume la imposibilidad de que toda persona viva de su creación).

5.2.2. *Una reivindicación de lo público y lo local*

Para Smiers, el copyright no es sino la estructura legal que permite la apropiación artística y cultural por parte de empresas y su acumulación en unas pocas manos privadas. Por ello, eliminar la propiedad intelectual permitiría, desde su punto de vista, abrir las puertas a otras formas de regular todo el proceso creativo de una sociedad: pero eliminar el copyright —limitando el papel de los mercados en este ámbito— no implica desregular y desentenderse completamente de la problemática, ni abogar

⁴² «For the first time in human history, most of the stories about people, life and values are told not by parents, schools, churches, or others in the community who have something to tell, but by a group of distant conglomerates that have something to sell», en G. Gerbner, «Marketing Global Mayhem», *Javnost / The Public*, 2, 1995, 71-76.

⁴³ Smiers, *cit.*, pp. 200-222.

necesariamente por la gratuidad en el acceso a toda creación, sino adoptar una actitud activa e implicada en lo que concierne a la actividad creativa de una comunidad.

Este punto diferencia claramente la propuesta de Smiers de las licencias Creative Commons o la *cultura libre* en general, pues estas últimas no cuestionan el papel omnipotente de los mercados en este ámbito; al contrario, en ocasiones encuentran en el libre mercado mecanismos fiables de distribución. Para Smiers, en cambio, frente a grandes conglomerados que proponen formas de arte y entretenimiento globales, la reivindicación de lo local permite recuperar la conexión entre el artista y su entorno más cercano, y distanciarse de productos culturales homogeneizados, pensados para atraer a la mayor cantidad posible de consumidores.

El autor holandés reivindica en este sentido un papel activo de las instituciones públicas para evitar la existencia de «grupos culturales gigantescos que ejerzan su dominio en el campo de la cultura»⁴⁴. La protección del campo artístico debe abarcar también cierta intervención en el campo empresarial, que corre el riesgo de pervertirlo. De lo contrario se producen situaciones difícilmente justificables, como que empresas dedicadas al comercio de armamento militar tengan participaciones importantes en empresas editoriales, culturales y agencias de noticias. ¿Qué clase de mensaje transmitirá una empresa de armamento acerca de la violencia, la guerra o las propias armas?

En este sentido, el autor da un paso relevante al cuestionar conductas propias de un sistema de libre mercado. Limitar la participación de determinadas empresas en ámbitos culturales, artísticos y de información, o el tamaño de algunas grandes editoriales transnacionales, que *compran* enormes espacios en las estanterías de las grandes superficies para promocionar *best-sellers*, por ejemplo, son propuestas que asumen la enorme ineficacia de los mercados para promover la diversidad cultural y artística y para garantizar un entorno social en el cual la participación y el acceso a las obras sea una condición fundamental⁴⁵.

Si los canales de distribución son importantes, también lo es el contenido. La creciente homogeneización de los productos culturales objeto de mayor consumo merma la calidad y diversidad de la producción artística y tiende a concentrar grandes sumas de dinero en manos de unos pocos artistas. En algunos sectores, como el cine, la situación es preocupante; el cine estadounidense goza de una enorme presencia en gran cantidad de países, lo cual no se corresponde con una superioridad cualitativa del cine de EEUU respecto al de otros Estados, pero sí dificulta el florecimiento del cine local o regional. Es conocida la imposición por parte de las grandes productoras y distribuidoras de

⁴⁴ *Ibíd.*, p. 249.

⁴⁵ *Ibíd.*, pp. 249-254.

ciertos filmes en las salas de cine (en un alto porcentaje, filmes estadounidenses) que limitan el margen de acción de las salas: o acatan estas imposiciones, o se ven expulsadas del *círculo comercial*, obligadas por tanto a proyectar *cine de autor*, o *cine independiente*, que les impide generalmente obtener los beneficios necesarios para mantener las salas en funcionamiento.

En este sentido, resulta sugerente la postura de Smiers, que apuesta por la reciprocidad. Ésta vendría a implicar la posibilidad de exigir, para aceptar una presencia importante de obras de un país en otro, que el primero aceptara una situación similar en su territorio. Ello permitiría, por ejemplo, reducir la apabullante presencia de películas estadounidenses en España, otorgando más visibilidad al cine europeo, asiático o africano, por ejemplo, al tiempo que abriría posibilidades al cine local fuera de nuestras fronteras⁴⁶.

La reivindicación de Smiers es, en el fondo, una reivindicación del papel de *lo público* frente a una creciente concentración de poder en manos privadas. Lo público entendido como el papel de la ciudadanía en la confección de una política cultural diversa y hasta cierto punto ajena a los juegos de poder propios del panorama mercantil: programas de política cultural a todos los niveles de las administraciones públicas, fortalecimiento de las bibliotecas públicas, limitación legal de los conglomerados empresariales culturales, cuotas mínimas de promoción de las expresiones artísticas locales y nacionales, política de reciprocidad entre Estados, etc. Y es una reivindicación que nace de su preocupación por la degradación que sufre el ámbito de lo artístico y cultural; una degradación sustentada, entre otras cosas, por el entramado jurídico que rodea a la propiedad intelectual.

5.2.3. *Los límites del modelo de supresión del copyright*

Smiers es sin duda un autor preocupado por los efectos que el mercado internacional globalizado, con tendencia homogeneizadora, tiene sobre la producción y diversidad cultural. Por ello, sus argumentos contra el copyright son múltiples y mayoritariamente compartidos con otros críticos de la propiedad intelectual —algunos se han esgrimido en muchas ocasiones, otros son novedosos—. Su cuestionamiento de la figura de la propiedad (y su intento por relativizarla, consciente de su poder en el imaginario

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 264. Esta idea de reciprocidad no es nueva, y de hecho algunos países la han llevado a cabo de forma efectiva. Dos Estados como EEUU y el Reino Unido (nada sospechosos de ser contrarios al copyright), exigían en los años 60 y 70 determinadas cuotas de reciprocidad en los conciertos que sus grupos de música realizaban en el país contrario (en una época de gran auge y competitividad entre el rock inglés, primero, y estadounidense, después). Así lo reconoce el propio Nick Mason —batería de Pink Floyd— al escribir sobre la historia de la banda en *Inside Out: A Personal History of Pink Floyd*, Weidenfeld & Nicolson Illustrated, Londres, 2004.

colectivo) es loable⁴⁷. Algunas de sus propuestas son realizables de forma inmediata o a muy corto plazo (bastaría voluntad política) y permitirían, incluso manteniendo un sistema de copyright similar al actual, plantear un campo cultural más abierto, diverso y justo, en el que los ciudadanos de distintas comunidades pudieran tener un papel más activo. Por ello, muchas de esas propuestas se suscriben íntegramente en este trabajo. Es justo considerar a Smiers uno de los pioneros en proponer un análisis acertado y un camino viable para modificar la situación actual.

Pero, en *Imagine... No copyright*, el autor holandés da un paso más y aboga directamente por suprimir el copyright, lo que supone una propuesta muy distinta a las medidas puntuales reformistas. Ello requeriría haber planteado una alternativa firme que permitiera caminar en esa dirección, pues el actual sistema de propiedad intelectual, aunque manifiestamente problemático e injusto, sostiene y permite una enorme cantidad de creaciones culturales y de economía derivada de ellas. Precisamente la falta de alternativas claras por parte de los críticos con el sistema de copyright impide que tanto los creadores y artistas como un importante sector de la población (y, obviamente, de las empresas que se dedican a ello) se identifiquen con otro modelo a pesar de que sean conscientes de las deficiencias del sistema vigente.

En opinión del autor, la supresión directa del copyright no debería conllevar mayores problemas. Desaparecida la protección legal —la *propiedad* intelectual—, se abrirían muchas opciones de negocio. Siempre según Smiers, los editores podrían publicar cualquier libro, las salas de cine podrían emitir cualquier filme, las exposiciones de fotografía, las compañías teatrales o las de danza podrían ofrecer y representar cualquier obra sin que ello significara perder iniciativa empresarial en este nuevo campo con nuevas reglas de juego. Y ello, en teoría, porque la ventaja competitiva de quien primero comercializase la obra debería ser suficiente para tomar la iniciativa por parte de los empresarios. Así, afirman Smiers y van Schijndel:

Lo fundamental es que así el patrocinador, el artista o el producto con iniciativa empresarial obtienen una ventaja competitiva con la creación o interpretación de una obra [...]. Normalmente, esto comporta que la protección sea innecesaria. Aquí tenemos el principio clave de la solución que proponemos. En otras palabras, no hay ninguna diferencia entre un empresario del campo cultural y el de otros mercados⁴⁸.

Esta postura parece ser contradictoria con los argumentos del autor hasta el momento. Si una parte nada desdeñable de su crítica al modelo actual de propiedad intelectual se basaba en el modo de funcionar de los mercados —y los efectos de éstos sobre el campo

⁴⁷ J. Smiers, M. van Schijndel, *Imagine...No copyright*, Gedisa, Barcelona, 2008, pp. 23 y ss.

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 150.

artístico y cultural—, ¿por qué confiar ahora en esos mismos mercados para que regulen este ámbito? Smiers planteaba en su obra de 2006 una fuerte intervención pública para garantizar elementos como la diversidad cultural y artística, o la participación de los ciudadanos en la forma de regular esos productos intelectuales. Pero justifica la idoneidad de eliminar de forma directa la normativa de propiedad intelectual aludiendo a la capacidad de los actores que intervienen de forma activa en estos nichos comerciales (principalmente empresarios) para mantener esa iniciativa económica, y por tanto para sustentar el modelo de negocio más o menos como se conoce hasta el momento.

Tanto Smiers como van Schijndel parecen no tener debidamente en cuenta que las normas de propiedad intelectual son de hecho *intervención pública*, regulación estatal. Se puede argumentar que reflejan una apropiación privada de bienes culturales para convertirlos en mercancía (capítulo 2 del presente trabajo), o que son normas ineficaces para incentivar la creación artística y que tienden a favorecer a conglomerados empresariales para que logren incrementar su negocio (capítulos 3 y 4).

Se puede abogar por eliminar la propiedad intelectual, pero ello exigiría, en primer lugar, proponer una alternativa viable —y la confianza ciega en el libre mercado no parece una opción adecuada según el propio Smiers—. Y, en segundo lugar, implicaría renunciar a un poderoso instrumento de intervención en este ámbito —la normativa de propiedad intelectual—, legitimada a ojos de la gente como necesaria. No se cuestiona aquí que el análisis de Smiers sea correcto —incluso su propuesta de eliminar el copyright tal y como está configurado actualmente—. Pero una medida de tal calado exige ciertas cautelas y, sobre todo, pensar alternativas realmente viables.

Lo que se quiere poner de manifiesto es que las propuestas de Smiers en 2006 tenían el mérito de modificar elementos sustanciales del campo artístico e intelectual sin renunciar a la intervención pública. Es más, abogaban por involucrar a las comunidades en la gestión, producción y distribución de los bienes culturales que se producían en su seno. Lo que pretendía Smiers era precisamente sustraer a los mercados su enorme poder a la hora de decidir qué se crea, cómo y cuándo se distribuye, qué proyectos se financian, etc. Aunque la normativa de propiedad intelectual no es la única forma de intervenir desde el ámbito de lo público, sí es uno de los instrumentos principales para ello. Es decir, se puede defender una normativa que abandone la propiedad privada como forma de regulación de los bienes culturales, que limite el poder de los mercados y que atienda a cada bien cultural en función de sus características especiales. Pero todo eso exige una transformación pausada y meditada, para la que en primer lugar es necesario generar consensos en el imaginario colectivo,

sobre todo en el público y en los propios creadores. De lo contrario, se trata de una iniciativa condenada irremediablemente al fracaso.

Las múltiples problemáticas de la propiedad intelectual y el copyright —tendencia a homogeneizar los productos culturales, consecuente falta de diversidad artística, pérdida de relevancia de las expresiones culturales locales, dificultades económicas para los creadores frente a importantes ingresos de las empresas, dificultad de acceso de los ciudadanos con escasos recursos económicos, imposición de una normativa que perjudica claramente a los países menos desarrollados frente a los ricos, entre otras— no son consecuencia directa de la existencia de normativas que regulan la creación y distribución de obras y expresiones culturales del ser humano. Son, en todo caso, consecuencia del contenido de esa regulación, que transforma esas expresiones en bienes susceptibles de ser apropiados y renuncia, en mayor o menor medida, al control de ese ámbito en favor de la iniciativa privada. Por eso la reivindicación de Smiers de una intervención política (pública) sobre este campo resulta acertada como crítica al actual sistema de copyright, pero contradictoria con su propuesta de anular completamente la normativa al respecto. Es decir, tal vez antes de *suprimir el copyright* convendría modificar profundamente su contenido.

Desde un punto de vista práctico, además, resulta poco claro qué sucedería durante los meses siguientes. Si se diera una anulación automática del copyright en un país, cabe pensar que las empresas propietarias tratarían de publicar y promocionar esas obras en otros países en los que sí gozaran de protección. Los artistas y creadores, por su parte, podrían encontrar dificultades para producir y distribuir sus obras, pues las empresas no contarían con el elemento fundamental que les garantiza previsibilidad y calculabilidad en su negocio: la propiedad intelectual. Así, la propuesta de prescindir de la protección del copyright *equiparando el mercado de bienes culturales a cualquier otro mercado* no parece coherente con lo que defiende el propio Smiers —entre otras cosas, que los mercados y su “libre” funcionamiento resultan lesivos para la diversidad y calidad cultural—.

Si, tal y como proponen Smiers y van Schijndel en *Imagine...No Copyright*, desaparece automáticamente la propiedad intelectual, todas las obras se encontrarían automáticamente en dominio público. Pero no en un dominio público real, como se ha defendido en este trabajo (*vid. supra* §4.4), sino en una situación en la que cualquier empresa podría intentar explotar cualquier obra a su alcance sin que los autores tuvieran derecho a reclamar nada, y sin que ello implicara necesariamente una mayor posibilidad de acceso a las obras. Ya se ha visto que el dominio público debe ser considerado en relación al entorno económico hegemónico (§ 5.1.4) para evitar que se convierta en un concepto retórico y vacío de contenido.

En la actualidad, además, la digitalización e internet permiten que en pocas horas gran cantidad de obras circulen por la red (libros escaneados o digitalizados, filmes, archivos de música, fotografías, partituras, imágenes de pinturas y esculturas, grabaciones de obras teatrales, etc.). Resulta razonable, por tanto, dudar de que «la primera persona que comercialice una obra pueda aprovechar la ventaja que tiene quien mueve ficha en primer lugar para cosechar buenos ingresos»⁴⁹. Ambos autores así lo creen, y confían en elementos como las nuevas formas de distribución (actuaciones en directo y contacto con el público) o la reputación de los artistas ante quienes aprecian su obra.

Respecto a las actuaciones en directo o la reputación de los artistas, es remarcable la falta de atención de ambos autores en cuanto a la importancia de la publicidad de masas. Una apuesta por un modelo alternativo debe tener presente la enorme relevancia que la propaganda tiene en los hábitos de consumo de elementos culturales. En determinados ámbitos, como el cinematográfico o el musical, los mayores éxitos comerciales vienen a menudo precedidos de enormes campañas publicitarias a las que se destinan cientos de miles de euros.

5.2.4. *El problema de la ganancia en el modelo de Smiers y van Schijndel*

A pesar de que ambos autores caen en ciertas incongruencias y contradicciones, plantean de forma meritoria posibles soluciones a uno de los eternos problemas respecto de la propiedad intelectual y sus alternativas: ¿cómo generar ingresos para los artistas y creadores de las obras? Y, en el caso de que la inversión provenga de una empresa privada, ¿cómo permitir que ésta pueda recuperar la inversión y obtener ciertos beneficios?

La propuesta de eliminar la propiedad intelectual de forma automática dificulta enormemente que los creadores y artistas puedan obtener beneficios de lo creado. Ante esta situación, resulta casi obligatorio tratar de dar una respuesta a dichas preguntas. En lo que sigue se analizarán algunas de las medidas de Smiers y van Schijndel en este sentido, unas más afortunadas que otras. Pero ambos autores aciertan al atender a cada tipo de bien cultural separadamente, reforzando una necesidad fundamental en este ámbito. En este sentido, Smiers y van Schijndel parecen comprender —idea compartida en este trabajo— que no sólo la regulación legal de cada bien artístico debe ser específica, sino también las condiciones o límites que se impongan a dicha regulación, de forma que se pueda garantizar, ante todo, que los autores y creadores dispongan de las condiciones materiales para seguir creando.

⁴⁹ *Ibíd.*, pp. 150-151.

El mundo editorial

Respecto a los libros, Smiers y van Schijndel reconocen que, bajo su propuesta de eliminar el copyright, cualquier editor podría publicar un libro y comercializarlo sin compartir las posibles ganancias con el autor. Incluso aunque fuera otra empresa editora la que hubiera llegado a un acuerdo con el escritor. Al entrar las obras en el dominio público de forma inmediata, la publicación sin permiso del autor no implicaría en principio ningún problema legal. En términos económicos, la eliminación del monopolio temporal de explotación económica que supone la propiedad intelectual daría paso a una situación de mayor competencia entre empresas.

Sin embargo, Smiers y van Schijndel no ven en esta situación un problema; argumentan que, tras una primera publicación de un autor —por ejemplo, de una novela—, otros editores no verían incentivo en hacer lo propio con esa novela porque, al haber muchas copias de la misma obra por distintas editoriales, las posibilidades de obtener beneficios serían mucho menores que si se tuviera la exclusiva sobre el libro. Además, Smiers y van Schijndel consideran que la mala reputación de una editorial que publicara sin permiso del autor jugaría un papel relevante a la hora de desincentivar tales actuaciones, y permitiría en general respetar el acuerdo inicial entre un autor y una editorial.

Esta postura parece débil y alejada de la realidad. En primer lugar, porque no es cierto que una obra que pueda ser publicada por cualquier editorial implique desincentivar su publicación y distribución. Muchas editoriales tienen versiones del Quijote, de obras de Shakespeare, clásicos de la filosofía griega o cualquier otra obra centenaria cuyos derechos patrimoniales de autor están caducados. Y siguen publicándose porque son, o pueden ser, rentables económicamente. Precisamente ese es uno de los problemas del dominio público tal y como existe en la actualidad; permite que las empresas editoras publiquen sin pagar derechos de autor, pero no implica poder acceder a esos bienes de manera gratuita.

En segundo lugar, porque una empresa editora persigue beneficios económicos que le permitan mantenerse como empresa. Ello provoca ciertas contradicciones y tensiones internas en algunas de estas empresas que tratan de publicar mediante unos procedimientos y contenidos acorde con unos valores determinados (por ejemplo, publicando obras que consideren de gran valor artístico pero escasa salida comercial, como es el caso de la poesía). Pero no pueden prescindir de su necesidad de obtener beneficios económicos, para lo cual en ocasiones publican libros parcialmente alejados de sus preferencias pero con un determinado éxito comercial, lo que les permite sostener económicamente la empresa. Además, el argumento de la reputación —pensando en empresas privadas— es muy débil: parece razonable esperar que la

mayoría de empresas editoras decidirán si publican un libro en función de si éste puede reportarles beneficios económicos, no de si ello conlleva una pérdida de reputación.

En tercer lugar, al eliminar toda regulación sobre propiedad intelectual se podría dar el efecto contrario al deseado. Dado que dejaría de existir el derecho exclusivo de una editora a publicar un libro, los beneficios del escritor podrían ser incluso inferiores a los actuales (ya de por sí escasos, salvo en casos de gran éxito comercial). El escritor perdería poder de negociación, pues la empresa editora podría sencillamente esperar a que otra empresa publicara el libro para hacer lo propio. El problema de este enfoque es similar al de las propuestas liberalizadoras de la legislación laboral que pretenden reducir el papel estatal y fomentar la negociación bilateral entre empresario y trabajador.

En el ámbito laboral, las empresas gozan de mayor poder de negociación porque pueden sustituir a un trabajador por otro, o contratar a muchos de los candidatos disponibles si sus trabajadores no están de acuerdo con sus condiciones. De no existir ningún tipo de derecho de autor, las empresas editoras contarían todavía con más poder de negociación, pues podrían amenazar a los escritores con esperar a que se publicara su obra en otra editorial para luego hacer lo propio, salvo que el autor aceptara sus condiciones.

Más interesantes resultan las propuestas encaminadas hacia la diversidad cultural. Ambos autores apuestan por un tejido empresarial formado por editoriales locales o nacionales que no puedan convertirse en gigantes del negocio (limitando el tamaño de este tipo de empresas) ni dedicarse a otras actividades fuera del ámbito cultural (por ejemplo, como ya se ha dicho, evitando que una empresa de armamento compre un importante periódico o una gran empresa de edición de libros). Así se contribuiría al surgimiento de editoriales comprometidas con su actividad que, por su tamaño, invertirían menos en campañas publicitarias y éxitos comerciales multimillonarios. También se facilitaría que más escritores pudieran publicar sus obras, incrementaría la variedad literaria y reduciría la desigualdad entre escritores. Todo ello sin renunciar a mantener un sistema público de ayudas para casos en los que los mercados renuncien a apostar por determinadas obras debido a su escaso éxito económico⁵⁰, y apostando siempre por una potente red de bibliotecas públicas.

El campo de la música

El campo musical es uno de los que genera una mayor diferencia de ingresos entre artistas⁵¹. Se entiende por música aquella que es grabada (no, por tanto, las partituras,

⁵⁰ *Ibid.*, pp. 188-189.

⁵¹ *Vid. supra* §4.2.2.

que de ser publicadas lo serán en forma de libro). Pero la música grabada, es decir la interpretación musical, también requiere de alguien que componga (que puede ser, o no, la misma persona que interprete). Una regulación sobre el copyright de la música o una propuesta alternativa a la propiedad intelectual debería tomar este hecho en consideración. Actualmente, no son pocos los compositores desconocidos para el gran público, aunque sus creaciones sean fácilmente reconocibles, porque venden sus sobras a artistas que las interpretan con mejor o peor fortuna y tienden a acaparar la fama. Estos compositores suelen estar peor pagados, y no acostumbran a participar del éxito de sus creaciones.

Las propuestas de Smiers y van Schijndel en este ámbito van encaminadas hacia la limitación de grandes empresas dominadoras del mercado musical —como los grandes sellos discográficos— y por lo tanto de enormes sumas de dinero invertidas en determinados músicos. Ello permitiría «liberarse de la tiranía que homogeneiza nuestros gustos con la abrumadora e insistente presencia pública de unos (pocos y reiterativos) músicos»⁵². Ambos autores confían en los ingresos generados por la música en directo para sufragar los gastos de los músicos y poder vivir razonablemente bien. Ello incluye recurrir a la comercialización de otros productos (camisetas, libros, folletos...), es decir, *merchandising*. A la hora de comercializar la música, las discográficas se verían, teóricamente, sustituidas por internet⁵³.

El problema de este planteamiento respecto de la música es que ésta resulta muy fácil de *digitalizar*. De hecho, en los últimos años la música se ha vendido principalmente en formato digital (CD, DVD, o directamente *online*) y no analógico (casete, vinilo). Un modelo que confiara en internet como elemento principal para comercializar las producciones musicales permitiría que éstas fueran compartidas sin límites (y, a diferencia de ahora, de forma legal, dado que no existiría copyright). Smiers y van Schijndel consideran que, a pesar de ello, los músicos podrían sacar adelante su trabajo con alternativas como el *micromecenazgo*⁵⁴ (en inglés, *crowdfunding*) o los sistemas de precios voluntarios, modelos que ciertamente han sido llevados a la práctica con éxito en algunos casos.

La conocida banda de música Radiohead publicó uno de sus discos (*In Rainbows*) gratuitamente en internet —antes de que saliera la versión física en CD— posibilitando que quien lo descargara

⁵² Smiers y van Schijndel, *cit.*, p. 194.

⁵³ *Ibid.*, p. 195.

⁵⁴ El *micromecenazgo*, o *crowdfunding*, consiste en crear una red de personas que voluntariamente aportan pequeñas cantidades destinadas a un objetivo concreto. En el campo que nos ocupa, este sistema podría llevarse a cabo solicitando por internet a la gente pequeñas aportaciones económicas (10€, por ejemplo) para sufragar los gastos de grabación en un estudio de un disco de música. Si el coste total fuera de 2000€, bastaría la aportación de 200 personas (simpatizantes del grupo, amigos, conocidos o sencillamente gente que quiere colaborar con nuevas iniciativas musicales) para sufragar ese gasto.

pagara la cantidad que deseara por él o simplemente lo obtuviera gratuitamente. Sólo en ese periodo previo a la salida del CD, la banda consiguió recaudar más dinero por ese procedimiento que todo lo que habían ganado con el anterior disco —comercializado mediante una gran discográfica: EMI—⁵⁵. En el ámbito cinematográfico también se han dado algunos ejemplos de *crowdfunding*. En España, la primera película independiente en realizarse mediante este mecanismo de financiación fue *El cosmonauta* (2012), del director Nico Alcalá; consiguió un total de 320.000€. También otro film —en este caso de *stop motion*— pudo arrancar gracias a la aportación de 610 socios mediante *crowdfunding*: *O Apóstolo* (2012), del director Fernando Cortizo⁵⁶.

Pero estos mecanismos no suponen en sí mismos una alternativa. Suponen depender de la voluntad del consumidor, que decidirá si desea pagar por algo que, de no existir copyright, podría obtener gratuitamente y de forma legal. Es cierto que implican un cambio en la relación de las personas con los creadores, pues acentúan elementos como el respeto, la confianza, la solidaridad o la responsabilidad, disminuyendo el aspecto comercial de esa relación. Pero queda intacto todo el entramado mercantil en el que los medios de producción (estudios de grabación, salas de ensayo), las salas de conciertos y la producción de *merchandising*, están en manos privadas. Con este tipo de propuestas se afloja el corsé de la distribución mercantilizada, pero la producción sigue sometida a las dinámicas empresariales privadas.

En cuanto a los compositores, para Smiers y van Schijndel la interpretación tendería a cobrar mayor importancia en un mundo sin propiedad intelectual. Si la música puede ser utilizada por todo el mundo una vez compuesta, ¿qué garantiza al compositor un medio de vida digno? No parece suficiente con que una «buena interpretación estimule a la audiencia a volver a por más», de forma que «el compositor tenga una buena oportunidad de recibir otro encargo»⁵⁷.

La ausencia de una regulación legal al respecto puede dar como resultado situaciones y condiciones muy desiguales. Un compositor puede vender una obra para una película y luego ésta conseguir un éxito considerable. ¿No debería el compositor tener garantizada alguna participación en dichos beneficios, dado que su obra ha contribuido a ello? ¿No es, el film, una obra colectiva en la que música, guion, interpretación y dirección son todas fundamentales? En este trabajo se comparte la idea de que la apropiación privada de bienes culturales resulta perjudicial y negativa, pero ello no

⁵⁵ D. Kreps, «Radiohead Publishers Reveal "In Rainbows" Numbers», *Rolling Stone*, 15 de octubre de 1988. <http://www.rollingstone.com/music/news/radiohead-publishers-reveal-in-rainbows-numbers-20081015>

⁵⁶ C. Altabás Fernández, «Autofinanciación y crowdfunding: Nuevas vías de producción, distribución y exhibición del cine español independiente tras la crisis financiera española», *Historia y Comunicación Social*, 19, 2014, 387-399, pp. 394 y ss.

⁵⁷ Smiers y van Schijndel, *cit.*, p. 199.

obsta para que exista una regulación legal que proteja ciertos aspectos de los creadores y artistas de una sociedad.

Lo que proponen Smiers y van Schijndel puede resultar más o menos adecuado para los sectores de la música más exitosos comercialmente. No obstante, existen expresiones musicales que tienen grandes dificultades para llegar al gran público, pero que resultan musicalmente muy valiosas, como ciertos grupos de jazz, intérpretes de música docta o “clásica”, orquestas nacionales o pequeños grupos de música de cámara (por citar algunos ejemplos). En ocasiones estas expresiones no encajan con la música que hoy en día se consume, y sin embargo poseen un alto valor artístico. Las ayudas, subvenciones y desgravaciones fiscales —fórmulas, una vez más, regulatorias— resultan útiles en estos casos para garantizar la supervivencia de este tipo de arte. De otra forma, se abandona el triunfo de estas expresiones a las posibilidades que tengan de ser vendidas en los mercados.

El papel de *lo público* aparece de nuevo como fundamental. Abogar «sin reservas por un mercado cultural que funcione y que permita que muchos compositores vivan de unos compradores bien informados»⁵⁸ significa confiar excesivamente en el mercado (incluso en uno parcialmente reformado, como propone Smiers) para llevar la voz cantante en lo que atañe a la producción y distribución musical.

Confiar excesivamente en los directos puede suponer dejar fuera de juego a músicos relevantes, bien porque no tengan un público suficiente, bien porque su valor no se encuentre en el directo. Valga como ejemplo el pianista Glenn Gould, uno de los mejores intérpretes de Bach, que ya de joven abandonó los conciertos y se dedicó a interpretar solamente en estudio. Librarse de las dinámicas mercantiles de obtención de beneficios económicos exige sustraer del ámbito privado el monopolio sobre la producción de bienes culturales.

Ámbito cinematográfico

El mundo del cine es tal vez uno de los más complejos a la hora de plantear alternativas al modelo actual. Un modelo en el que el éxito comercial se ha convertido en lo más importante, y en el que las películas de Hollywood tienen una visibilidad y presencia desorbitada. Es, también, un campo en el que se da cierta intervención pública, mayor o menor en función del país que se trate. Smiers y van Schijndel lo explican así:

Hoy en día, «en algunos países (europeos) aún se puede filmar una enorme variedad de películas, gracias a las subvenciones y otras facilidades públicas. Pero la mayoría de esas películas casi nunca llegan a un número sustancial de espectadores, ya que el acceso, tanto a la producción como a la distribución, está muy controlado. Se favorece a las películas de costes muy elevados

⁵⁸ *Ibid.*, p. 201.

y que proceden de una única fuente: Hollywood. En la mayor parte del mundo incluso se controla el acceso al público; así, esa enorme variedad de películas, procedentes de todos los países, casi nunca llega a sus ojos»⁵⁹.

En un mundo sin copyright, la producción privada de filmes sería compleja, pues las obras podrían ser explotadas (proyectadas en salas de cine) sin ningún tipo de contraprestación para los *propietarios* (es decir, para la productora, aunque se verían afectados también quienes han participado en su creación). Ello supone un riesgo considerable, porque son muchas las películas que se producen a partir de una inversión únicamente privada. Smiers y van Schijndel parecen ser conscientes de ello, por lo que aceptan la posibilidad de regular legalmente una normativa protectora que permita (de forma temporal: por ejemplo, un año) transferir cierta parte del dinero recaudado por las salas de cine a quienes invirtieron en el film (productores)⁶⁰.

En teoría, una medida de este tipo potenciaría la diversidad de películas proyectadas, abandonando la exagerada presencia de filmes estadounidenses en muchos países del mundo. Obviamente, persistiría el problema de la difusión de las películas, que se haría a través de internet de forma gratuita. Lo cual, si no existiera propiedad intelectual, sería totalmente legal. Pero lo cierto es que ese es un problema que ya existe. Para bien o para mal, muchas películas son hoy en día accesibles gratuitamente a través de internet, si bien de manera ilegal.

En cualquier caso, la propuesta de Smiers y van Schijndel respecto al cine parece realizable, pues en el fondo no difiere en exceso de lo que la propiedad intelectual pretende ser (cierta protección que permita a los creadores —y en este caso inversores— vivir de su trabajo). Pero, de llevarse a cabo, supondría una diferencia importante, ya que, al estar las obras en dominio público desde su creación, éstas no serían apropiables por parte de grandes empresas distribuidoras.

No obstante, el planteamiento tiene dos problemas que deben ser señalados. En primer lugar, que da por hecho que un plazo de protección corto (un año) y unas empresas productoras limitadas en su tamaño implicarían mayor diversidad en la creación de películas, que ya no se centrarían en la creación de éxitos comerciales. Pero mientras que el plazo de protección es algo que se puede modificar con un cambio de la

⁵⁹ *Ibid.*, p. 201. Esta afirmación se corresponde con la realidad hasta cierto punto. En primer lugar, porque también existen cineastas en EEUU que huyen del circuito comercial de películas y aportan miradas diferentes en lo que se denomina *cine independiente* o *cine de autor*. En segundo lugar, porque a raíz de la crisis económica de 2008 (el libro *Imagine... No copyright* fue publicado justo en 2008) la intervención pública de los países europeos se ha reducido, también en los ámbitos culturales y artísticos. Tal vez por ello en los últimos años han aparecido en países como España o Francia numerosas películas que siguen el modelo de éxito comercial estadounidense: películas de menor calidad artística, pero con una gran promoción publicitaria, adaptados al estilo narrativo de Hollywood y que generan importantes ingresos.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 204.

normativa de copyright, no sucede lo mismo con el tamaño y fuerza de una empresa productora. Limitar el tamaño de empresas como Sony o Warner, por ejemplo, puede requerir cambios mucho más profundos que una modificación de las normativas de copyright, porque ello ataca frontalmente ciertas dinámicas subyacentes al modelo económico y a un modo de pensar fuertemente arraigado en el imaginario colectivo. Pretender que un país como EEUU (que, desde los años ochenta, se ha convertido en uno de los principales defensores internacionales de los derechos de propiedad intelectual e industrial⁶¹) vaya a limitar voluntariamente el tamaño de sus gigantes del entretenimiento requeriría una reforma de la legislación sobre fusiones de sociedades que no parece sencillo que se vaya a producir.

En segundo lugar, esta propuesta continúa dejando en manos privadas los medios de producción de las películas. Además, proponiendo un plazo anual para rentabilizar una película se potencia la creación de obras que respondan al deseo del público de forma inmediata. Ello implica, de nuevo, supeditar la creación artística a las necesidades mercantiles de obtención de un beneficio. El cine debe funcionar como expresión artística, no como mera inversión económica. Una verdadera modificación de la creación cinematográfica debería permitir a los cineastas —como sucede, en mayor o menor medida, con escritores, pintores o músicos— generar obras en función de su impulso creativo, y no de las necesidades de un mercado del entretenimiento.

Teatro, danza, musicales, espectáculos

Smiers y van Schijndel atienden de forma separada al campo del teatro, la danza, los musicales, la ópera y los espectáculos. Se entiende que haciendo referencia a la escenificación y representación, porque en lo que a la escritura se refiere, el teatro tendría forma de libro y, la ópera y los musicales, de composición (que puede ser tanto literaria como musical). En el caso de la danza (y puede darse en la ópera y el teatro) y los musicales, sí puede tener un papel crucial la creación de la coreografía, así como su interpretación. Como en el cine, nos encontramos ante expresiones artísticas complejas, en las que el resultado definitivo depende de diversos factores (la calidad de la interpretación de los bailarines, la composición musical, el vestuario, la historia que se trata de explicar...).

Para ambos autores, este tipo de expresiones culturales encuentra dificultades para financiarse solamente a través de sus precios en el mercado (obtención de ingresos de la venta de entradas). Por ello, las subvenciones públicas o las ayudas fiscales resultan de importancia. También es cierto que, en *un mundo sin copyright*, los costes de

⁶¹ P. Drahos, «Derechos globales de propiedad sobre la información: La historia del TRIPS en el GATT», *mientrastanto*, 113, 2009, 35-55, pp.39 y ss.

creación y representación de estas obras podrían ser menores —no existiría la obligación de pagar derechos de autor (*royalties*) por utilizar una obra teatral, una coreografía concreta o una composición musical—⁶².

A pesar de ello, no parece que la producción de este tipo de obras quede garantizada en una situación en la que no existiera propiedad intelectual de manera automática. ¿Qué sucedería si un autor escribe una obra de teatro y una compañía la representa con gran éxito comercial? Tal vez tener que pedir permiso al escritor para representarla resulte injusto, pero también lo sería que el autor no pudiera percibir un mínimo derivado del gran éxito de la obra, algo que le otorgaría cierta autonomía y libertad para seguir creando. Y para ello debería existir algún tipo de regulación legal y de intervención pública. No una normativa *a imagen y semejanza del copyright*, pero sí un marco legal encaminado a promover la creación artística de una forma lo más justa posible tanto para los creadores como para los intérpretes (y, por supuesto, para el público).

Criticar la propiedad intelectual —e incluso abogar por su desaparición— no debe implicar necesariamente defender la supresión de cualquier tipo de derecho (económico, por ejemplo) derivado de la producción, interpretación y comercialización de una obra cultural o artística. Esa es una visión que atiende a la obra como bien cuya máxima difusión es deseable, pero que no considera al artista como un trabajador que merece —como cualquier otro— poder gozar de unas condiciones de vida dignas fruto del desarrollo de su trabajo.

De nuevo, Smiers y van Schijndel parecen olvidar la importancia que puede tener en este ámbito la administración pública. En el campo del teatro, la danza o la ópera, por ejemplo, una intervención estatal o local relevante puede disponer de espacios públicos —teatros, salas de representación— en los que representar las obras, abaratando considerablemente los costes y permitiendo a compañías con pocos recursos darse a conocer. Si las obras fueran muy exitosas, se podría exigir un porcentaje de los beneficios para sufragar el coste de estos espacios. Todo ello puede parecer ilusorio, dado el actual retroceso del papel estatal en prácticamente todos los ámbitos, pero precisamente por ello es relevante, porque el ámbito de lo público sigue existiendo; lo que ha cambiado es a qué destina sus recursos y qué objetivos persigue.

Plantear una alternativa al sistema mercantil de propiedad intelectual implica la necesidad de posicionarse respecto al papel que las sociedades, colectivos y comunidades deben tener en el proceso de creación y difusión artística. Si, como esgrime Smiers en su propuesta, toda creación es automáticamente de dominio

⁶² *Ibíd.*, pp. 207-208.

público, ¿por qué confiar en los mercados principalmente, cuando éstos persiguen la obtención de beneficios, en vez de cubrir las necesidades colectivas?

Artes visuales, diseño y fotografía

Ambos autores se encargan, finalmente, de lo que denominan «artes visuales, diseño y fotografía», que engloba, entre otras, «cuadros, collages, pinturas, dibujos, grabados, estampas, litografías, esculturas, tapices, cerámicas, objetos de cristal, fotografías y piezas de vídeo-arte»⁶³. Smiers y van Schijndel profundizan poco en los cambios que supondría la supresión automática del copyright en este ámbito, y a cómo podrían generarse ingresos en este campo. No hay que olvidar que muchos fotógrafos o artistas plásticos y visuales trabajan por cuenta ajena para empresas, en cuyo caso su apropiación de los derechos de autor resulta en muchos casos automática. ¿Qué sucedería si desapareciera el copyright? ¿Prescindirían las empresas de estos trabajadores? ¿Empeoraría su situación laboral?

Es preciso remarcar que, en estos casos —creadores y artistas que son trabajadores por cuenta ajena—, preocuparse por el ámbito creativo y la situación de los artistas implica plantear sus condiciones laborales, lo que se aleja del tema de la *propiedad*, tan recurrente cuando se habla de copyright, y se adentra en el derecho laboral y la situación, generalmente precaria, de estos trabajadores y su explotación por parte de la empresa. Un ámbito poco tratado por quienes estudian la propiedad intelectual, aunque con algunas excepciones⁶⁴.

5.4.5. *La utilidad de los derechos morales*

Ante una propuesta que defiende la eliminación del copyright y la propiedad intelectual, resulta necesario plantearse qué sucedería con los derechos morales —pertenecientes a la tradición jurídica continental, y por ello prácticamente inexistentes en el copyright anglosajón—. Es de suponer que la desaparición de la propiedad intelectual implicaría la ausencia de estos derechos, lo que permitiría la distribución de obras sin la obligación de especificar quién es su autor, se aceptaría la falsificación o incluso la apropiación de la autoría de una obra por parte de una persona diferente a su verdadero autor.

⁶³ Artículo 5 de la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original.

⁶⁴ *Vid.*, por ejemplo, D. García Aristegui, *¿Por qué Marx no habló de copyright?*, Enclave de libros, Madrid, 2014, pp. 145 y ss.

A propósito de estos problemas, Smiers y van Schijndel argumentan que las copias o falsificaciones de una obra pueden resultar positivas porque ello implica que existe demanda de la misma, con lo que se difunde la obra original y el nombre del autor; también porque la copia genera capital artístico, pues copiar es una forma de aprendizaje para los artistas. Argumentan, además, que las copias promueven la creatividad al permitir que otros autores experimenten con obras que les interesan. Al margen de si estas afirmaciones resultan acertadas —lo cual en parte depende de si una copia o falsificación es comercializada o no—, los autores prestan poca atención a muchas otras “violaciones” de derechos morales respecto de obras creadas.

La copia, tal y como es concebida por Smiers y van Schijndel, puede tener efectos positivos a nivel creativo, como es el caso de la llamada obra derivada. Un pintor podría, por ejemplo, imitar un conocido cuadro invirtiendo sus colores, o utilizando sólo tonalidades dentro de la escala de grises. Ello no tiene por qué desvirtuar ni afectar a la obra original. Pero los derechos morales abordan aspectos tan básicos como el reconocimiento de la autoría o la integridad de la obra.

Una copia que se presentara ante el público como original sin reconocer a su creador dejaría de tener efectos beneficiosos para éste. En el caso de los filmes (*vid. supra* §4.3.2), el problema no está en que se coloree una película pensada y rodada en blanco y negro —lo cual puede tener una intencionalidad artística claramente diferenciada de la obra original—. El problema reside en la posibilidad de que se presente esa versión modificada *como* si fuera la original, coloreada por entidades totalmente ajenas a su producción para adaptar la obra a los gustos del momento y comercializarla con mayores posibilidades de éxito. Lo cual es posible gracias a un sistema de propiedad intelectual que permite la *apropiación* de la obra (de sus derechos, incluso para decidir si se colorea o no) por parte de sujetos totalmente ajenos a su creación o al entorno del autor.

Los derechos morales, cuando pueden suponer una defensa efectiva ante determinadas decisiones o intereses comerciales, resultan relevantes⁶⁵. Y algunos de ellos —el reconocimiento de la autoría de la obra, o su integridad— están fuertemente arraigados en las sociedades occidentales. Defender la diversidad cultural supone algo más que defender los diversos tipos de creaciones de las distintas comunidades del mundo. Es

⁶⁵ Algunos autores dan más importancia a los derechos morales en un momento de gran difusión de bienes culturales como el actual porque, al identificar al creador y garantizar la integridad de la obra, permiten saber con mayor seguridad quién es el autor y confiar en que el contenido es el previsto por aquél. *Vid.* M. Wilkinson, N. Gerolami, «The author as agent of information policy: The relationship between economic and moral rights in copyright», *Government Information Quarterly*, 26, 2009, 321-332.

también aceptar que cada comunidad establezca una relación diferente respecto del arte que se produce en su entorno.

En el mundo desarrollado, la tendencia a mercantilizar todos los aspectos de la vida diaria y a convertir cualquier bien o situación en objeto de consumo es notable, también en lo relativo a las expresiones artísticas. Desprenderse de ello no sólo resulta complejo, sino que exige plantear nuevas formas de relacionarse con el campo creativo e intelectual. Los derechos morales pueden resultar de utilidad —aunque tal vez su formulación como derechos y su encaje en el marco de la *propiedad* es desafortunada— porque se pueden construir como una categoría con la que establecer unos mínimos frente a injerencias de sectores empresariales en la integridad de una obra. Un marco legal plural sobre propiedad intelectual debería proteger e incentivar a los creadores de una comunidad —ofreciéndoles posibilidades materiales para crear—, maximizar el acceso a las obras por parte de la sociedad, y establecer mecanismos para la existencia de un elenco cultural lo más amplio y diverso posible.

Por todo ello, y por la dificultad de crear una normativa que aúne estos tres objetivos, se ha defendido en este trabajo la necesidad de una atención diferenciada para cada elemento creativo en función del tipo de obra que se trate. También parece ilusorio plantear regulaciones sobre propiedad intelectual de carácter universal. Cada sociedad arrastra elementos clave en su historia que conllevan una relación distinta con los creadores, el arte y su entorno. Para diferentes culturas, los conceptos de retribución exigible por los autores, copia aceptable, derechos morales o falsificaciones son distintos. Por el contrario, ideas más abstractas como las de garantizar los medios que permitan a una sociedad —y concretamente a los autores— seguir creando, o garantizar el mayor acceso posible a las obras, resultan más universales, entre otras cosas porque —lejos de corsés jurídicos— lo que representan son ideas adaptables a las tradiciones culturales de cada comunidad.

En este sentido, si se quiere sustraer a los mercados su posición dominante en el campo artístico y cultural, resulta adecuado permitir que los autores limiten el uso comercial de sus obras —algo similar prevén las licencias Creative Commons con su condición de uso No Comercial—. No parece ser ésta la postura de Smiers y van Schijndel; el primero incurre en ciertas contradicciones respecto de su tesis inicial (en *Un mundo sin copyright*, 2006). También aparecen problemas de coherencia en *Imagine...No Copyright* (2008), en el que ambos autores muestran una excesiva confianza hacia los mercados en un campo como el artístico y cultural:

su planteamiento [del economista Bruno Frey] sobre el copyright y la imitación también se aplica a la obra que se ha utilizado con fines comerciales, por ejemplo las tarjetas postales que representan obras de arte. Los empresarios las pueden usar libremente; la extensa distribución

de una determinada tarjeta postal mejorará la reputación y el valor (económico) de la obra y, por tanto, del artista. La práctica es idéntica a lo que decíamos antes [...] acerca de la edición de libros⁶⁶.

Para dejar de depender de los mercados en la creación y distribución de obras, un autor debería poder decidir si quiere que su obra sea utilizada con un objetivo puramente lucrativo. Por ejemplo, un músico que no quisiera que su composición fuera insertada en un anuncio de publicidad comercial.

La propuesta de Smiers y van Schijndel resulta altamente sugestiva porque propone eliminar ciertas restricciones consecuencia de las normativas de copyright y propiedad intelectual. El problema es que resulta poco realista anular la *propiedad* sobre bienes intelectuales, pretender que un cambio de este calibre sea aceptado de forma pacífica, y que el resultado sea, de forma automática, un sistema más diverso, con una distribución más justa y una diversidad cultural mayor.

A pesar de ello, Smiers acomete una tarea relevante y de mérito al tratar de considerar —atendiendo a cada tipo de obra de forma separada— cómo sería una sociedad sin copyright en la que los autores pudieran continuar creando, vivieran dignamente y el público pudiera acceder a muchas más obras. El propio autor, junto a van Schijndel, reconoce que sus propuestas necesitan concreción y resultan por ello insuficientes, aunque pueden ser el punto de partida para una investigación posterior más detallada⁶⁷. Estas páginas han tratado de esclarecer algunos de los problemas de falta de concreción a los que hace referencia el autor holandés. Y con la misma humildad se plantean, a continuación, algunas ideas y reflexiones que se consideran pertinentes para propiciar un campo creativo más diverso y rico culturalmente.

5.3. Aproximaciones para un campo creativo diferente

Modificar el ámbito de la creación artística e intelectual es complicado. La actividad creativa del ser humano preexiste a cualquier sistema político complejo o modelo económico desarrollado, pero eso no significa que sea independiente de éstos. Durante siglos, los artistas han podido realizar su trabajo gracias a un sistema de mecenazgo real, aristocrático y eclesiástico, por ejemplo, o sufragando sus obras gracias a otras profesiones, sin derechos de autor que les garantizaran prácticamente nada. Y, a pesar de ello, bajo esas condiciones se han producido algunas de las obras de arte más

⁶⁶ Smiers y van Schijndel, *Imagine...*, p. 214.

⁶⁷ *Ibíd.*

maravillosas de nuestra historia. Es decir, los artistas han logrado adaptar su actividad creativa al entorno en el que vivían, fuera éste más o menos adecuado para ello.

A lo largo del presente trabajo se ha tratado de demostrar que los sistemas normativos actuales respecto a las obras intelectuales y artísticas —propiedad intelectual y copyright— no resultan idóneos para una actividad creativa satisfactoria (tanto para los artistas como para la sociedad). Ello porque el actual modelo tiende a cosificar las obras culturales. La necesidad de éxito comercial y de beneficios económicos se convierten así en objetivos más importantes que garantizar que los artistas puedan seguir creando o que la sociedad pueda disfrutar de sus obras.

Las siguientes páginas tratan de explorar ideas para que el campo de la creación artística se encuentre menos sometido a las necesidades comerciales. Con tal objetivo se realizan estas propuestas, que en algunos casos no son sino una concreción de medidas ya apuntadas por Smiers u otros autores. Se trata, por tanto, de una breve síntesis de medidas que, debidamente ampliadas, son susceptibles de aplicarse al ámbito de la creación, distribución y acceso relativo a los bienes culturales.

Todo este ámbito propositivo se realiza con la plena consciencia —que comparten muchos autores críticos con el copyright— de que se trata del apartado menos completo y sólido de cuantos componen el trabajo. Un análisis crítico la propiedad intelectual no garantiza que exista una alternativa plenamente viable o que, incluso existiendo ésta, sea aplicable de forma inmediata. Como se ha señalado, cuestionar los fundamentos ideológicos que subyacen a la propiedad intelectual conlleva inevitablemente poner en duda el papel de la propiedad privada en nuestras sociedades; sus logros a la hora de generar riqueza están claros, pero también se debe señalar su papel en la producción de desigualdades y dificultades de acceso a determinados bienes.

Es por ello que en estas páginas no se considera una opción válida terminar con el copyright o la propiedad intelectual de forma automática —como no lo es proponer el fin de la propiedad privada de un día para otro—. Pero eso no significa tener que aceptar de forma pacífica o acrítica los actuales modelos normativos sobre bienes culturales. En un plano teórico, este trabajo ha pretendido generar en el lector un cuestionamiento de la propia estructura de la propiedad intelectual. En un plano práctico, pretende aportar algunas ideas básicas para poder mejorar, a corto y medio plazo, un campo que necesita librarse de las restricciones de una normativa pensada, más que para el arte, para los negocios.

Es necesario destacar la dificultad de pensar acerca de formas diferentes de regular los bienes culturales: la tendencia de la propiedad intelectual a convertir en objetos de comercio todas las creaciones o interpretaciones artísticas e intelectuales no puede ser

revertida sin llevar a cabo a su vez cambios profundos en el ámbito político, social y económico. Es importante dejar clara esta limitación, una constante al abordar las alternativas que existen al actual sistema de copyright.

En el núcleo de este trabajo se encuentra una crítica al copyright y los derechos de autor y a las consecuencias que tienen sobre el campo de lo creativo y artístico. En especial, se ha analizado de forma crítica la propia conversión de los bienes culturales en mercancía. Lo que se quiere poner de manifiesto es que estas páginas se escriben a sabiendas de las limitaciones de la tesis que se defiende, pero con la seguridad de que no por ello se debe renunciar a plantear alternativas para mejorar este ámbito. Así, soy muy crítico con el hecho de que una película o un libro sean una mercancía más, objeto de comercio al que sólo se puede acceder pagando un precio y, por tanto, no accesible a todo el mundo en igualdad de condiciones. Pero, a su vez, soy plenamente consciente de que dado el actual sistema económico es difícil pensar en una sociedad en la que el ánimo de lucro y los mercados no sean elementos principales de la política económica.

Soy consciente también de que quienes se dedican al ámbito de la cultura —empresas productoras, trabajadores asalariados, artistas, intérpretes— lo hacen necesariamente en el entorno comercial, y de que tanto las personas que gestionan esas empresas (compañías de teatro, editoriales, discográficas, productoras, salas de exposiciones) como los artistas, se ven obligados a desarrollar sus funciones o actividades en unas condiciones dictadas principalmente por los mercados.

Por eso entiendo que descargar una película o un libro no tiene por qué ser algo negativo, pues se trata de una forma no mercantil de acceder a un bien en plena igualdad de condiciones —sin importar los recursos económicos—. No obstante, ello puede perjudicar comercialmente a las empresas cuya inversión ha sido fundamental para hacer posibles tales obras (producción) y para que éstas fueran accesibles, por ejemplo, al proyectarse en salas de cine las películas o venderse los libros en librerías (distribución). Es decir, empresas en cuyo seno han trabajado muchas personas, han colaborado con artistas y creadores, y ello ha dado como resultado una determinada obra.

Ello no es más que asumir ciertas contradicciones que se dan al analizar este complejo ámbito. Estas contradicciones, como se ha señalado, son fruto del importante papel del entorno mercantil en la producción y distribución de obras de contenido cultural. Unos bienes que, por su propia naturaleza —y por la relación que guardan con la sociedad en la que se desarrollan— sólo funcionan como producto comercial a fuerza de conflictos y distorsiones; nunca de forma pacífica. Es en este preciso estado de las cosas en el que la intervención pública puede ser de utilidad, eliminando o matizando el componente mercantil que genera conflictos y perjuicios tanto para los artistas y creadores como

para las posibilidades de que la población acceda a las obras —máxime en tiempos de crisis—.

Tal vez el ejemplo más claro sea el de las bibliotecas públicas, que garantizan el acceso a bienes culturales fundamentales en forma de servicio público. Sustituyen al mecanismo tradicional de compraventa en su función de distribución de bienes culturales, contribuyen a paliar los efectos de desigualdad de los mercados, y no impiden el correcto funcionamiento de las empresas que venden libros. ¿Por qué no se puede defender el mismo nivel de implicación de las administraciones públicas (estatales, regionales, locales) en otros ámbitos? Más que un problema de imposibilidad o incapacidad, ¿no estaremos realmente ante una falta de voluntad política para planificar y organizar la actividad creativa e intelectual de una comunidad?

5.3.1. *Razones para reivindicar el papel de lo público, lo común y lo local*

Uno de los problemas principales de la propiedad intelectual y el copyright, como se ha dicho, es que entienden las obras creadas como un bien con el que se puede comerciar, creando un marco regulador que empuja a ello. En este sentido, la normativa permite de forma implícita que sea la iniciativa privada la que se encargue de *gestionar* todo lo que rodea a ese bien —su creación, su distribución y su acceso—. Las consecuencias, tanto para artistas y creadores como para el acceso por parte del público, son evidentes, y algunas de ellas ya se han visto a lo largo de este trabajo.

Por ello, en el núcleo del ámbito propositivo que aquí se plantea se encuentra la reivindicación de sustraer a los mercados su hegemonía sobre este tipo de bienes. Lejos de argumentar que el Estado deba ser el único encargado de generar o distribuir las distintas formas de cultura, lo que se pretende es defender el papel que lo público, lo común y lo local deben tener en la génesis y difusión de distintas formas de expresión artística, cultural e intelectual. En este sentido se manifiesta César Rendueles, al afirmar que

una sociedad con leyes antimonopolistas estrictas, en la que la remuneración de los autores no dependiera o sólo dependiera parcialmente de la venta de la obra, con grandes inversiones en medios de comunicación públicos y con una interpretación generosa del *fair use* tendría un régimen cultural substancialmente distinto al que hoy existe sin modificar apenas los factores en juego⁶⁸.

En este trabajo se ha defendido que resulta un error y una equivocación individualizar excesivamente las creaciones artísticas, pues éstas siempre son parcialmente deudoras

⁶⁸ C. Rendueles, «Copiar, robar, mandar», *Archipiélago*, 55, 2003, 43-51, p. 47.

de expresiones anteriores —o simultáneas, como en el caso del jazz—. En este sentido, lo que se pretende es poner de manifiesto el origen social de esas expresiones y sus vínculos profundos con elementos básicos de la comunidad cultural en la que se desarrollan. ¿Cómo puede la figura jurídica individual de la propiedad —y los mercados en los que ésta es el elemento basilar— respetar el componente social de tales creaciones? Si en el fondo los bienes culturales deben *volver* a la sociedad —de ahí su caducidad, su entrada en el dominio público—, resulta lógico que sean las propias comunidades las que puedan decidir los parámetros básicos de funcionamiento de dichos bienes. Porque lo contrario implica confiar en que a través de mecanismos de intercambios mercantiles se satisfarán debidamente las necesidades colectivas.

Así pues, dejando de lado momentáneamente el debate de cuánto debe durar la protección de los derechos patrimoniales sobre las obras o cómo debe ser esta protección —un debate, en realidad, sobre cuándo y cómo debe ser el dominio público—, parece razonable defender la intervención pública para poner a disposición de la gente los bienes culturales que han dejado de estar protegidos. Tal y como se intentó demostrar al analizar las deficiencias del actual sistema de dominio público (§4.4 y §5.2.3), éste es en muchos casos meramente retórico, pues el fin o caducidad de los derechos económicos sobre las obras no implica necesariamente una mayor posibilidad de acceso a las mismas, sino una opción de negocio para empresas (productoras, discográficas, editoras, galerías, teatros) que no dispongan de los derechos para reproducirlas y venderlas. Para el público, acceder a dichas obras seguirá teniendo un coste, en muchos casos parecido al que tenían antes.

¿Qué clase de dominio público es aquél que implica opciones empresariales de negocio, pero no un mayor acceso a las obras por parte de la sociedad? En ocasiones se argumenta que, al caducar los derechos de autor, las obras pueden encontrarse en internet. Ello es cierto en algunos casos, pero en muchos otros no. Los grandes clásicos literarios que se pueden encontrar en internet son en muchas ocasiones de mala calidad, o con traducciones pobres. Las buenas ediciones suelen pertenecer a editoriales, que cobran elevadas sumas por esas versiones (que, debe reconocerse, en ocasiones implican gastos elevados). Las películas, por su parte, son algo más fáciles de encontrar, pero tampoco ocurre con todas ellas. En internet abundan los films contemporáneos más exitosos, pero algunos clásicos antiguos son difíciles de encontrar, incluso aunque no existan derechos de autor sobre ellos.

Con la música ocurre algo parecido: las partituras de periodos como el barroco, el clásico o el romántico están todas en dominio público, pero las versiones fiables y de calidad pertenecen a editoriales que poseen derechos de autor sobre sus recopilatorios

(aunque reproduzcan literalmente la obra original, como las ediciones *urtext*⁶⁹). En el caso de interpretaciones, éstas generan nuevos derechos de autor, aunque la obra interpretada haya dejado de estar protegida por propiedad intelectual. Lo mismo ocurre con las interpretaciones de una obra de teatro.

Obviamente, el intérprete de piano que ofrezca un concierto de Bach, la compañía de teatro que represente una obra de Shakespeare o la editorial que publique una bonita y elegante versión revisada y comentada del Quijote deberían poder obtener beneficios por ello; los dos primeros porque son, en definitiva, artistas que pretenden vivir de su trabajo; la editorial porque ha incurrido en unos gastos que debe sufragar para poder seguir existiendo como empresa. No se quiere proponer aquí que una compañía deba representar gratis sus obras porque éstas no están ya protegidas por derechos de autor. Pero en ese caso el precio está relacionado con los costes —personales y materiales— de representar una obra, que son similares independientemente de los derechos de autor (dependen de otros factores como la cantidad de actores o los gastos materiales).

En estos casos, la intervención pública para facilitar el acceso a estos bienes se podría realizar a través de precios subvencionados, lo que permitiría mantener la creación de esos bienes de cultura —representaciones o interpretaciones— y minimizaría el coste de acceso. De otra forma, muchos de los mejores espectáculos (teatro, conciertos, ópera) tienen unos precios inalcanzables para una parte importante de la población. Se convierten, por así decirlo, en bienes de lujo, aunque con una diferencia importante; si bien muchos objetos de lujo son inservibles o meramente ostentosos, los bienes de cultura tienen un vínculo específico con la comunidad en la que se generan, y necesitan ser ampliamente accesibles para que la producción cultural de una sociedad sea más rica y variada.

Para otro tipo de obras, la intervención pública también puede resultar de utilidad. Las administraciones públicas podrían realizar ediciones de clásicos literarios de cada país (en el caso de España, el Estado podría ocuparse de algunas, y las Comunidades Autónomas de otras de carácter local). Se podrían editar así buenas versiones de literatura clásica que podría ser vendida a muy bajos costes —por ejemplo, para cubrir los gastos de edición o, si hubiera financiación suficiente, a un coste inferior—. Y se podrían ofrecer también versiones digitales gratuitas, de forma que cualquier persona del mundo pudiera acceder a ellas. Se trata, además, de una medida que no tendría por qué encontrar una gran reticencia en el campo editorial, que podría seguir comerciando con obras protegidas por derechos de autor o incluso versiones especiales

⁶⁹ En las partituras de música “clásica”, las ediciones *urtext* son aquellas que reflejan fielmente el original compuesto por el autor. No tienen modificaciones, añadidas ni interpretaciones de quienes transcribieron la partitura. Son ediciones valiosas porque reflejan el escrito original y significa que la fuente ha sido la propia partitura.

de obras en dominio público cuyo análisis, encuadernado, o comentarios especiales las hicieran interesantes.

Estas ediciones serían de gran utilidad, sobre todo en sus versiones digitales. Imprimir un libro lleva aparejados unos costes fijos por cada impresión, pero ello no ocurre en su versión digital. Ésta implica un coste inicial, pero luego su reproducción y difusión apenas implican gastos. Los Estados podrían ofrecer versiones digitales de sus clásicos accesibles desde cualquier país del mundo, lo que sería no sólo una forma de extender y difundir bienes de cultura fundamentales, sino de proporcionar interesante material para estudiantes de colegios o universidades.

En el ámbito cinematográfico, las administraciones públicas podrían encargarse de recopilar y almacenar películas sin derechos de autor para ofrecerlas también a través de internet, de manera similar a lo que se ha expuesto respecto a los libros. Es cierto que existen páginas web que ofrecen contenidos visuales libres de copyright⁷⁰, pero no son exhaustivos —suele tratarse de iniciativas privadas particulares— y en ocasiones el contenido no es de muy buena calidad. Un dominio público real exige algo más que la caducidad de normas de propiedad intelectual; exige una implicación política clara, una apuesta por ofrecer a los ciudadanos el acceso a esos bienes y por formar parte de la actividad de creación y difusión del arte y la cultura.

La intervención pública puede servir también para garantizar la diversidad de las obras accesibles para la comunidad. Las ventajas fiscales para empresas nacionales que inviertan en cine de un determinado país —política que, se ha dicho, lleva a cabo Francia— son un ejemplo de cómo compaginar la inversión privada y el fomento de las expresiones culturales locales. También es posible regular que las salas de cine proyecten un mínimo de películas de determinados países, o se puede limitar el máximo de filmes que provengan de un Estado concreto —dada la sobreabundancia de películas de EEUU—. Se pueden aplicar medidas de reciprocidad, de forma que los filmes accesibles en las salas de cine sean de muy diversa índole. Todo ello no sólo aumentaría la diversidad cultural ofrecida —en este caso, en el ámbito del cine, pero medidas similares pueden aplicarse a los libros o la música— sino que fomentaría un enriquecimiento cultural que permitiría ensanchar los gustos y preferencias actualmente encorsetados por la profunda mercantilización del ámbito de producción cultural.

Estas medidas pueden parecer algo extrañas —habrá quien piense que difícilmente los Estados participarán activamente en estas iniciativas—, pero no son tan diferentes de las bibliotecas públicas, la financiación estatal de orquestas y conciertos o las

⁷⁰ Vid. www.archive.org.

televisiones públicas estatales y regionales. Más que de una cuestión económica, lo que es necesario es voluntad política y un planteamiento respecto de las expresiones culturales que vaya más allá de la normativa de copyright y la financiación de algunos proyectos. Ello no significa que no exista iniciativa pública para ofrecer y difundir bienes culturales, sino que las acciones públicas en ocasiones se ven constreñidas por imposiciones de las normas de propiedad intelectual.

Es el caso de las bibliotecas públicas. Su servicio, financiado por las administraciones públicas —sean estatales, locales o universitarias— es altamente costoso, y las negociaciones de las cuotas de suscripción con las editoriales se realizan en condiciones de desigualdad. «En algunos países en desarrollo, la cuota de suscripción a una sola base de datos puede sobrepasar el presupuesto anual de toda una biblioteca universitaria»⁷¹.

Junto a las distintas modalidades de intervención pública, un segundo elemento resulta fundamental para regular debidamente el ámbito de lo artístico y lo cultural: no puede existir una única regulación de bienes culturales como si todos ellos fueran uniformes y carentes de diferencias. La normativa de propiedad intelectual tiende a uniformizar todos los bienes a los que da cobertura, aunque su origen histórico se remonta a la impresión y comercialización de libros. Es una normativa útil para regular el amplio elenco de bienes culturales *siempre y cuando se consideren una mercancía*, pero fracasa a la hora de atender a las especificidades de cada tipo de expresión.

Por ello, lo primero que habría de abordar una normativa ambiciosa debería ser una regulación concreta para cada tipo de bien —o conjunto de ellos, si tienen similitudes—. El objetivo principal, como se ha dicho, debería ser garantizar que existan condiciones materiales para producir esos bienes culturales y, en la medida de lo posible, que los miembros de la comunidad pudieran acceder a ellos. Si para este fin es útil que sean financiados y distribuidos a través de los mercados, de organismos públicos o de centros educativos, así como la forma concreta en que ello se lleve a cabo, es una decisión que variará en cada caso. Como se apuntado, no es lo mismo el dinero necesario para escribir y publicar poesía o una partitura de piano que para producir una película. Tampoco lo es la atribución de la autoría, sencilla de señalar en un libro, pero mucho más compleja en el film.

El concepto anglosajón de *intellectual property* (lo que, en España y en la tradición jurídica continental, sería propiedad intelectual y propiedad industrial) engloba derechos de autor, patentes, secreto industrial, marcas, diseños, denominaciones de origen, protección de bases de datos, variedades vegetales, etc. Una miriada de elementos profundamente distintos entre sí con

⁷¹ Naciones Unidas, Asamblea General, Informe anual «Políticas sobre los derechos de autor y el derecho a la ciencia y la cultura», A/HRC/28/57 (2015), p. 19. <http://undocs.org/A/HRC/28/57>

un elemento común: están regulados por una normativa que permite excluir (o limitar) a determinadas personas de su uso⁷².

Junto a una normativa que atienda a las especificidades de cada bien, es necesario establecer un diálogo con cada colectivo de artistas y autores para comprender sus necesidades. El ámbito de la creación no tiene relación únicamente con los derechos de autor. Muchos artistas trabajan como empleados asalariados, o pertenecen a colectivos que tienen menos interés en la propiedad intelectual que en sus condiciones como trabajadores (actores de teatro, guionistas, diseñadores asalariados, fotógrafos, traductores, compositores musicales, etc.). Todos ellos son los que conocen de primera mano cuáles son las necesidades y aspectos a mejorar en el desempeño de su actividad cotidiana.

5.3.2. Remuneración del artista y derechos laborales

La intervención pública tiene la ventaja de que no debería perseguir como objetivo principal el beneficio económico de las empresas o el funcionamiento mercantil de los bienes culturales. Su actividad debería estar guiada por un objetivo más difuso y complejo, pero a la vez más útil para el campo que nos ocupa: un interés *cultural* general o común. En este sentido, lo público y lo común pueden resultar de utilidad como respuesta a la pregunta que se plantea Joost Smiers: «si el sistema es injusto por naturaleza, ¿con qué podría reemplazarse para garantizar a los artistas —creadores e intérpretes— una compensación más justa por su trabajo? Y, ¿cómo puede evitarse la privatización del conocimiento y la creatividad?»⁷³.

En cuanto al artista, un problema tradicional desde hace décadas ha sido el de su *remuneración*. Es decir, cómo debe obtener ingresos por su trabajo. Se trata, como se ha visto, de un problema difícil de abordar. En parte, esta complejidad reside, en un ámbito como el actual, en que los artistas son en muchos casos *trabajadores* (que se desprenden del resultado de su trabajo intelectual) que no gozan de un régimen de protección como el de los trabajadores asalariados tradicionales.

Una normativa o una acción política general cuyo objetivo fuera promocionar la producción de obras artísticas podría imponer ciertas medidas para garantizar la protección efectiva de los artistas. Por ejemplo, estableciendo el pago al autor de un mínimo porcentaje de las ganancias económicas que se obtengan de la comercialización de su obra. Un porcentaje, además, que podría ser variable, en

⁷² P. Drahos, «An alternative Framework for the Global Regulation of Intellectual Property Rights», *Australian Journal of Development Studies*, 1, 2005, pp. 3-4.

⁷³ Smiers, *Un mundo sin copyright...*, p. 283.

función de elementos como si la obra ha tenido un gran éxito comercial, si la empresa que la edita, publica o distribuye ha recuperado la inversión inicial, la situación económica del autor, etc.

En definitiva, una normativa que interviniera no sólo en la regulación jurídica de los derechos económicos de los artistas —que al final son derechos de las empresas, porque aquéllos se ven obligados a cederlos y acostumbran a obtener pocos beneficios directamente del copyright— sino también en las *obligaciones* de las empresas hacia los creadores. De lo contrario, muchos autores negocian estas condiciones de forma individual y, generalmente, en clara situación de desigualdad frente a la empresa. Así lo indica la Relatora especial sobre derechos culturales de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos:

«La mayoría de los artistas que tratan de vivir de su trabajo deben negociar licencias de los derechos de autor con las empresas para que comercialicen sus obras. Esos intercambios contractuales a menudo están marcados por un desequilibrio de poder entre las partes. Las empresas pueden aprovechar una posición negociadora más fuerte para retener la mayoría de las ganancias y reducir los beneficios de los artistas»⁷⁴.

No resulta descabellado pensar en que los precios de determinados bienes culturales (libros, por ejemplo) pudieran quedar limitados pasado un tiempo. La editorial podría comercializarlos —estableciéndose ciertas medidas de protección para los autores— y, una vez recuperada la inversión y obtenidos ciertos beneficios, la obra podría tener precios asequibles (que obviamente cubrieran los gastos de producción) con mayores porcentajes de beneficio para los autores. Un mecanismo de presión sería la denominada *reversión* de los derechos, que permitiría al autor recuperar los derechos patrimoniales para poder renegociar las condiciones de explotación de su obra, pudiendo obtener mayores beneficios⁷⁵. Con ello no sólo se incrementarían los medios materiales para los artistas (cuyo objetivo final es poder continuar creando) sino que se potenciaría el acceso a la obra a precios reducidos sin impedir que la empresa recuperara la inversión realizada.

Junto a los derechos de carácter laboral, se pueden reconocer otros respecto de los ingresos que se generen con las obras. Estos derechos —que, a diferencia de otros derechos laborales, serían específicos de los artistas o empresas en relación con las obras— podrían regularse sin necesidad de entender las obras culturales como una propiedad privada. Al contrario, la normativa podría invertir la lógica: todas las obras podrían ser *por defecto* de dominio público, si bien sobre las mismas existirían ciertos derechos o concesiones *temporales* que deberían ser respetados. Así, derechos de crédito para quienes hubieran invertido para hacer posible la obra —empresas productoras, editoras, particulares, etc.— y también para los creadores.

⁷⁴ Naciones Unidas, A/HRC/28/57, p. 11.

⁷⁵ *Ibíd.*

Ello permitiría anteponer los intereses de quienes trabajan en el ámbito cultural y del acceso a las obras sin ignorar la necesidad de ser capaces de atraer inversión en esos ámbitos para que los negocios sean sostenibles. Y justificaría medidas como las de limitar los precios, pues ya no estaríamos ante una propiedad (de un sujeto, o de una empresa) sino ante un bien que supone un activo cultural para la comunidad, razón por la que se conceden ciertos derechos a sus creadores.

Esta inversión de la lógica de la normativa tiene relevancia. De un lado, se podría prescindir de la visión hegemónica de *derechos* para regular las obras culturales y el acceso a las mismas. Ello permite profundizar en la noción de *deberes* —de la sociedad hacia los artistas y creadores, por ejemplo—, pero también supondría un cambio importante respecto a la interpretación (judicial o administrativa, nacional o internacional) de los preceptos, que debería interpretar los conflictos entre intereses públicos y privados a favor de los primeros⁷⁶.

Una normativa bajo la cual subyagan otros intereses alejados de los bienes como objeto de negocio permitiría interpretar los casos dudosos en favor de los creadores y artistas y el acceso del público a sus obras. Ciertamente, entre estos dos últimos colectivos también pueden surgir conflictos, que se deberían abordar en cada momento. Pero el sistema actual prima los intereses privados comerciales sobre los de los creadores y el público. Es por ello que resulta de interés proponer la intervención pública como elemento de mediación, para tratar de compaginar los intereses —en ocasiones conflictivos— y, sobre todo, de sustituir el papel omnipresente de los mercados en este ámbito⁷⁷.

Finalmente, sería interesante explorar las diferencias a la hora de usar un bien cultural en función de si el uso es comercial o no. Es decir, se podrían imponer condiciones rígidas para utilizar ciertas obras por parte de otras empresas —un anuncio que pretenda utilizar una canción determinada, por ejemplo— pero más suaves si el uso es sin ánimo de lucro (en actos de divulgación, colegios, universidades, organismos públicos, usos privados en el hogar, etc.). Se trata de una idea que requeriría concreción y desarrollo, atendiendo a situaciones concretas y al tipo de bien cultural, pero permitiría ampliar el acceso a determinadas obras sin renunciar a que los artistas

⁷⁶ Sobre la conjugación de los intereses públicos y privados, *vid.* C. Fernández Rodríguez, «El interés público y privado en la protección de los derechos de propiedad intelectual (A propósito de las nuevas posibilidades de regulación de las descargas en red de obras creativas)», *Revista de Administración Pública*, 183, 2010, 335-358.

⁷⁷ A pesar de la actual normativa de propiedad intelectual, el Tribunal Supremo de EEUU afirmó en el caso *Eldred v. Ashcroft* que el interés público debía primar sobre los intereses privados. Ello, principalmente, debido al precepto de la Constitución estadounidense que concede al Congreso el poder de «promocionar el progreso de la ciencia y las artes útiles». *Vid.* D. Harris, «TRIPS' Rebound: An Historical Analysis of How the TRIPS Agreement Can Ricochet back against the United States», *Northwestern Journal of International Law & Business*, 25, 2004, p. 100.

pudieran obtener ciertos beneficios de su trabajo, especialmente cuando éste va a ser utilizado para una actividad económica que a su vez va a generar beneficios.

5.3.3. *Hacia un ámbito internacional democrático: salir de la OMC*

En el ámbito internacional, uno de los mayores problemas es el propio entorno en el que se negocian las normas de propiedad intelectual y copyright. Como se ha visto⁷⁸, la Organización Mundial del Comercio fue la encargada de negociar y aprobar los llamados ADPIC (acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, *TRIPS* en sus siglas en inglés), que imponen unos mínimos de protección rígida de la propiedad intelectual e industrial claramente beneficiosos para los países más desarrollados. De la misma forma que se puede defender que un espacio de negociación *comercial* no sea el epicentro internacional respecto de la legislación que afecta a la creación y distribución de medicamentos (porque éstos inciden en un aspecto fundamental de la vida humana, la salud), se puede argumentar que tampoco un espacio de comercio es el lugar idóneo para debatir y aprobar normas vinculantes sobre bienes de la importancia de las creaciones artísticas y culturales.

En páginas anteriores se argumentó que el paso de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual a la Organización Mundial del Comercio no fue casual, como tampoco lo ha sido la apuesta por tratados bilaterales o regionales cuando la OMC ha dejado de funcionar de forma óptima para los países más ricos. Una apuesta por los bienes culturales como elemento nuclear de una sociedad, que haga hincapié en posibilitar los medios necesarios para la creación y difusión, se debe sustraer al ámbito de lo comercial; éste debe quedar en segundo término. Es posible pensar en una estructura internacional que funcione de manera más democrática y transparente y que tenga como objetivo principal garantizar la creación y distribución de bienes culturales, al margen de su consideración como activo económico. Esta estructura debería respetar ante todo los rasgos característicos de cada comunidad y su relación con el arte o la cultura, diferencias fundamentales para cada sociedad que la normativa internacional actual tiende a difuminar⁷⁹.

En este sentido, hay que tener presente que el ámbito de la producción artística y cultural es complejo, porque refleja el mundo interior del autor, pero también refleja elementos intrínsecos de la sociedad en la que se ha desarrollado. Muchos creadores realizan su actividad independientemente de la trayectoria mercantil que tenga la obra

⁷⁸ *Vid. supra* capítulo 3.

⁷⁹ En este sentido se expresa la Relatora Especial sobre los derechos culturales Farida Shaheed en sus recomendaciones, en Naciones Unidas, A/HRC/28/57, p. 21.

creada, y la percepción de lo que merece la pena artísticamente varía mucho entre sujetos, culturas, países y momentos históricos. No es posible financiar de igual manera todas las expresiones artísticas valiosas en todo el mundo. Al contrario, cada sociedad debe decidir en cada momento qué considera más adecuado en relación a la conservación y promoción de sus propias expresiones artísticas y culturales. Para respetar esta diversidad es necesario una regulación internacional que, lejos de imponer estándares de protección tendentes a garantizar que algunos países generen ingresos con todos esos bienes, aborde la creación artística como un elemento nuclear para cada comunidad, y acepte por lo tanto sus diferencias.

Un panorama internacional —que planteara este tema desde la protección de los derechos humanos en vez del comercio, por ejemplo bajo la estructura de la ONU— debería perseguir como objetivo principal la protección de mínimos compartidos por todas o la gran mayoría de las comunidades. Así, por ejemplo, garantizar un porcentaje de ingresos para un artista cuando su obra sea objeto de comercialización —nacional o internacional—. Pero también comprender que ciertas expresiones artísticas se realizan totalmente ajenas al campo de lo mercantil (como ocurre con pequeñas comunidades indígenas). Ello debe ser respetado, evitando que determinadas empresas se aprovechen de la falta de protección mediante propiedad intelectual para explotar este tipo de creaciones.

Se trata de un ámbito complejo. Actualmente se debate sobre si las obras de ciertas comunidades —totalmente ajenas a la idea de propiedad intelectual o copyright— deben ser protegidas mediante estas normas (para evitar que su explotación la lleven a cabo empresas ajenas y generalmente de otros países) o si se debe respetar su comprensión de lo artístico como algo ajeno al ámbito del comercio. La problemática no tiene fácil solución, y excede en mucho la pretensión de estas páginas. No obstante, y aunque la protección mediante propiedad intelectual o copyright puede ser una solución temporal viable para evitar que la explotación de las obras no revierta en ningún beneficio para estas comunidades, una propuesta de largo alcance debería intentar respetar los vínculos de estas sociedades con sus creaciones artísticas e intelectuales, generalmente alejadas de la figura de la propiedad.

El problema es similar —salvando las distancias— a lo que ocurre con comunidades que han vivido durante siglos en un territorio concreto pero que no comparten la idea de *propiedad privada* sobre la tierra. Otorgarles derechos de propiedad (por parte de un Estado formado mucho después de que esas comunidades habitaran ese territorio) puede ser de utilidad para garantizarles que pueden seguir viviendo como hasta el momento. No obstante, se trata de una visión paternalista y poco comprensiva; primero porque el Estado de arroga la facultad de *conceder* derechos a unas comunidades que preexisten al propio Estado. Segundo, porque sería deseable que el respeto hacia cómo habitan determinadas comunidades en la tierra tuviera en consideración su propia comprensión de la relación ser humano-tierra, en vez de que sólo es válido jurídico-políticamente lo que el Estado entiende como tal.

Por otro lado, este nuevo orden internacional debería tratar de garantizar que los países menos desarrollados pudieran acceder con menos dificultades a determinados bienes de carácter intelectual o artístico. Así se podría facilitar el impulso creativo o el desarrollo tecnológico —en este ámbito se mezclan la propiedad intelectual y la propiedad industrial—, lo que permitiría a estos países depender en menor medida de empresas exteriores. En la actualidad, los países más pobres se ven sometidos a unas reglas del juego —de compraventa de bienes intangibles— que les resultan excesivamente perjudiciales, lo que les dificulta salir de esas situaciones de pobreza. Resulta llamativo ver cómo todos los países han intentado obviar las normas de propiedad intelectual sobre obras ajenas cuando les ha interesado difundir bienes de cultura entre sus ciudadanos, pero han defendido ardientemente su rígida protección cuando se han convertido en exportadores netos de ese tipo de activos económicos⁸⁰.

Esta estructura internacional, en definitiva, debería velar para que el ámbito de las creaciones artísticas e intelectuales fuera lo más rico y variado posible, independientemente del poder de las industrias de determinados países, evitando que el ámbito de lo cultural quedara sometido a las transacciones comerciales internacionales⁸¹.

⁸⁰ H. Chang, «Patada a la escalera: La verdadera historia del libre comercio», *Ensayos de economía*, 42, 2013.

⁸¹ Naciones Unidas, *cit.*, p. 22.

CONCLUSIONES

En este trabajo se ha tratado de analizar la propiedad intelectual desde una postura crítica, que parte de la necesidad de que una sociedad tenga el mayor acceso posible a las obras artísticas y culturales. La hipótesis de partida era, precisamente, que la propiedad intelectual no resulta efectiva a la hora de posibilitar un acceso lo más amplio posible a los bienes culturales por parte de la población ni para proteger adecuadamente los intereses de los artistas. La investigación llevada a cabo permite confirmar esta hipótesis, y afirmar además que la digitalización e internet ponen de manifiesto ciertos problemas e incongruencias de la propiedad intelectual y el copyright; problemas que le son intrínsecos, y que esos avances tecnológicos han venido a destapar y acentuar. Estas inconsistencias tienen su origen en que la propiedad intelectual posibilitó que los bienes culturales fueran regulados, ya desde su origen, de forma masiva como objeto de comercio, y por lo tanto la creación y distribución principal de estos bienes se ha dado en un entorno mercantil.

A lo largo de la investigación se han ido encontrando diversos problemas, motivados en parte por la interdisciplinariedad de la temática abordada. Así, era necesario contextualizar tanto el origen histórico de la propiedad intelectual como de la tecnología en la que se producen la mayoría de conflictos —la informática e internet— y, a su vez, relacionar estos dos ámbitos con la figura de la propiedad privada, lo que ha exigido un esfuerzo a la hora de enlazar temas muy distintos entre sí; ello ha provocado que no siempre se pudiera profundizar en cada campo todo lo deseado. Sin embargo, este análisis multidisciplinar era relevante para mantener el hilo conductor de una investigación que abarcaba aspectos muy distintos entre sí.

En el primer capítulo se ha tratado de descifrar los elementos más importantes del surgimiento de la propiedad intelectual. Entender el contexto histórico, social, económico y político, permite comprender las razones que motivaron la aparición de una figura tan peculiar y jurídicamente extraña como el copyright. Una figura a imagen y semejanza de la propiedad liberal, absoluta, natural y perpetua, pero a la vez diferente, pues aquella era (y es) temporal, limitada.

El origen de la propiedad intelectual se remonta principalmente a la Francia e Inglaterra de los siglos XVIII y XIX. Esto se explica por la importancia de estos dos países, que abandonaron las antiguas monarquías absolutas y se vieron inmersos en sendos procesos revolucionarios liberales. Procesos que culminarían con el ascenso de una nueva clase social: la burguesía. Las diferencias entre los dos sistemas jurídicos de ambos países —continental, en el caso de Francia; anglosajón, en el caso de Inglaterra—

explican la existencia, en la actualidad, de dos regulaciones distintas: la propiedad intelectual y el copyright.

A pesar de sus diferencias, la aparición de la propiedad intelectual respondió en ambos países a procesos similares. La impresión y edición —que había estado íntimamente relacionada con la censura y control de lo que se publicaba— empezó a cobrar relevancia económica. El auge de una nueva clase social eminentemente comercial implicó una pugna por los derechos de impresión y edición, verdadero activo económico asociado a los libros. Los editores —el Gremio de Editores e Impresores, en París, y la *Stationers' Company*, en Londres— pugnaron por adquirir derechos de propiedad sobre los manuscritos comprados a los autores. Con ello escapaban al control monárquico, ya que fundamentaban su derecho en la propiedad, y no en el permiso real (que, como tal, podía ser revocado), y obtenían el control sobre las obras literarias, imprescindibles para su modelo de negocio.

Pero, ¿por qué terminó entonces aprobándose una normativa —tanto en Francia como en Inglaterra— que preveía unos derechos de propiedad limitados en el tiempo? Probablemente se debió a diferentes razones. Una de ellas parece haber sido permitir, con una propiedad limitada, que otros editores (que no fueran los del Gremio o la *Stationers' Company*, que tenían el monopolio de los derechos de impresión) pudieran publicar las obras pasado un tiempo. Ello facilitaba que aparecieran gran cantidad de libros —por ejemplo, los clásicos griegos, sobre los que no existía propiedad alguna— y, por tanto, mayor posibilidad de acceso y difusión cultural.

Otro motivo de peso parece haber sido evitar la aparición y proliferación de situaciones de monopolio. Si la propiedad —y por tanto los derechos a editar e imprimir— eran perpetuos, sólo un grupo reducido de editores podía llevar a cabo la impresión. Con una limitación temporal —defendida, en el ámbito de los bienes intelectuales, por el propio Locke— se facilitaba la expansión del negocio editorial. De no haber sido así, hubieran quedado fuera del negocio otros colectivos de editores que tenían los recursos económicos para ello —como los editores escoceses o los de las provincias francesas fuera de París— pero no los derechos.

Este análisis histórico ha permitido descubrir dos elementos de relevancia para la presente investigación. Por un lado, que la propiedad intelectual es una figura que pertenece a un momento histórico y a una situación política, económica y social muy determinada. Su surgimiento está íntimamente relacionado con las oportunidades económicas de la impresión y edición de manuscritos; es decir, con la conversión de obras literarias o musicales en objetos con los cuales comerciar. Fue, en este sentido, un logro o conquista de la clase burguesa frente a las monarquías y su monopolio sobre la edición, y también frente al autor. Éste, si bien se vio jurídicamente reconocido como

tal a raíz de este proceso, también se veía obligado a vender los derechos sobre su obra para poder verla publicada. Por otro lado, esta visión sobre los libros se fue expandiendo a *todos* los bienes culturales, de manera que la propiedad intelectual se ha ido convirtiendo en uno de los principales mecanismos legales para regular la creación y distribución de todo tipo de bienes artísticos.

Si el contexto histórico del surgimiento de la propiedad intelectual es relevante para entender su configuración, lo mismo ocurre con el contexto de aparición de los dos elementos que han convertido esta figura jurídica en un tema de actualidad: la informática e internet. Por ello, en el segundo capítulo se ha analizado el surgimiento y expansión de estos dos avances tecnológicos. Su importancia para el ámbito que nos ocupa reside, principalmente, en que han permitido una reproducción y difusión de los bienes culturales sin parangón. Sin embargo, un examen crítico permite desvelar que, lejos de ser herramientas democráticas, libres y horizontales, la informática e internet han propiciado la aparición de nuevas formas de obtener información privada sobre los usuarios, que es utilizada para ofrecerles una publicidad comercial más adaptada a sus gustos y comportamientos.

La informática actual inició su desarrollo a partir de la Segunda Guerra Mundial, pero algunas de sus bases teóricas se remontan a fundamentos de la lógica, la filosofía o las matemáticas. Se atribuye a Alan Turing el salto definitivo que posibilitaría la evolución de las computadoras, en el contexto de guerra y conflicto por descifrar mensajes del enemigo. Así, durante años la investigación informática obtuvo financiación de diversas fuentes estatales públicas. Un aspecto fundamental de la informática es que digitaliza la información, la convierte a un formato en última instancia reducible a ceros y unos. Eso permite reproducir ilimitadamente cualquier información digital —también un bien cultural como una película o vídeo, un cuadro, una fotografía, una grabación musical, un libro— a costes casi nulos.

Por su parte, internet también contó con una importante financiación pública. Este invento se empezó a desarrollar en EEUU para intentar fortalecer lo que se consideraban unas precarias infraestructuras de comunicaciones en caso de ataque soviético, en un contexto de conflicto como la Guerra Fría. Hacia los años 90, el cableado que conformaba internet y la tecnología subyacente fue traspasado a empresas privadas, lo que marcó el inicio de la andadura comercial de internet. Si la informática permitía la reproducción ilimitada de cualquier bien digitalizado, internet permitió su difusión a través de todo el mundo. Todo ello ofrecía diversas posibilidades en el ámbito de los bienes culturales, porque permitía reproducirlos —siempre que éstos pudieran ser digitalizados— y, por tanto, distribuirlos o difundirlos sin mediar ninguna contraprestación o empresa del sector.

Desde sus inicios comerciales, internet ha sufrido un profundo proceso de mercantilización del continente —pues la estructura física se privatizó— y del contenido. Las iniciativas de intercambio de bienes protegidos por propiedad intelectual (desde Napster, hasta los Torrent, pasando por plataformas como Emule o los servidores FTP) han sido criminalizadas o, cuando menos, acusadas de ser como robar, *piratería*. Es cierto que en internet se vulneran derechos de autor constantemente, pero estas infracciones exigen un debate profundo sobre cómo deben regularse los bienes culturales, dado que la realidad tecnológica posibilita mecanismos para obviar la normativa de copyright. La informática e internet permiten, en este sentido, eludir uno de los fundamentos de la propiedad intelectual: la posibilidad de excluir a determinados sujetos de su uso.

Internet ha tenido por tanto un papel fundamental, pero, a su vez, se trata de un medio al que las empresas privadas se han adaptado con gran eficacia. Éstas han logrado una enorme visibilidad en internet, y han generado una red de usuarios-consumidores susceptibles de convertirse en objeto de propaganda intensiva mediante nuevos mecanismos y estrategias. La interconectividad de todos nuestros dispositivos, la geolocalización y la cantidad de datos, gustos, preferencias y comportamientos que quedan registrados cuando utilizamos herramientas informáticas proporcionan información fundamental a las empresas para fomentar y mantener un *hiperconsumismo* global. Esta investigación muestra, en este sentido, que el entorno en el que se dan los conflictos respecto a la propiedad intelectual —internet— no es en absoluto neutral, y que este aspecto debe ser considerado a la hora de formular propuestas reguladoras innovadoras.

En cualquier caso, las posibilidades de la informática y la digitalización ponen de manifiesto las incongruencias de una normativa como la de propiedad intelectual. Ésta impone mecanismos de limitación de la copia y difusión de bienes culturales —con el auxilio de la infraestructura jurídico-política estatal— aun cuando éstos se pueden reproducir y difundir a costes casi nulos. Es decir, la normativa impone una suerte de escasez artificial sobre un bien que es potencialmente infinito. Sólo así es posible que estos bienes sigan funcionando como mercancía.

Por ello —por la importancia de los bienes culturales como activo económico— la normativa de propiedad intelectual ha alcanzado una gran relevancia a nivel internacional. Los países más desarrollados —para los que los bienes de cultura suponen una fuente de ingresos y riqueza— han intentado aplicar en todos los países del mundo los mismos estándares de protección que en los suyos propios, aun cuando (o precisamente porque) ello tuviera efectos negativos en los países menos desarrollados. Esta iniciativa se vio fuertemente impulsada a partir de los años ochenta

y noventa, coincidiendo con una ofensiva global neoliberal y con la caída de la URSS. El tercer capítulo analiza este proceso por el cual una normativa como el copyright alcanzó una extensión internacional casi absoluta.

En el ámbito internacional, la herramienta más importante de implantación de las normas de propiedad intelectual ha sido la Organización Mundial del Comercio (OMC), encargada de negociar y aplicar el llamado Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual (ADPIC). Los antiguos Convenios de París y Berna (1883 y 1886) y su funcionamiento en el marco de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual —que presentaban estándares de protección menos estrictos y más respetuosos con las necesidades de cada país— han pasado a un segundo plano. Así, la OMC ha conseguido extender internacionalmente una categoría de derechos de propiedad cuyo objetivo principal es garantizar su tráfico comercial internacional. En este sentido, los ADPIC regulan lo que se conoce con el nombre de *Intellectual Property Rights*, que engloban tanto los derechos de autor o copyright (propiedad intelectual) como patentes, marcas y diseños (propiedad industrial).

El surgimiento de la OMC se produjo a raíz del acuerdo sobre aranceles y comercio denominado GATT (*General Agreement of Tariffs and Trade*), firmado por el bloque occidental tras la Segunda Guerra Mundial. En el marco de este acuerdo se producían unas reuniones periódicas, denominadas Rondas, que tenían como objetivo principal la liberalización del comercio internacional. El fin de la URSS marcó un punto de inflexión que permitió avanzar en este proceso y crear la OMC. Tras la Ronda de Uruguay se acordó la creación de esta organización permanente, escenificación que se llevó a cabo en el Acuerdo de Marrakech.

En ese mismo acuerdo se aprobó el anexo 1C, que recogía los ADPIC. Con ello se materializó un cambio importante respecto de la situación anterior. Dada la expansión de la OMC (que abarca más de 160 países actualmente), se extendió una regulación concreta sobre propiedad intelectual e industrial, obligatoria para todos los países firmantes y más exigente que los anteriores acuerdos y tratados de la OMPI. Ésta pasaría a tener un papel secundario; los derechos de autor y el copyright iban a estar así regulados bajo el paraguas de una organización cuyos objetivos principales estaban relacionados con el comercio.

Este cambio era importante, porque implicaba reconocer la propiedad intelectual como instrumento de negocio y activo económico por encima de su relevancia como herramienta de gestión de los bienes culturales para promocionar su creación y difusión. Además, significaba someter a los Estados a un régimen de toma de decisiones y solución de disputas que se demostró perjudicial para los países menos desarrollados —interesados en una protección menos restrictiva de estos derechos— y beneficioso

para los países más ricos —principales exportadores de bienes protegidos mediante propiedad intelectual y, por ello, interesados en derechos más rígidos—.

En el marco de las negociaciones en la OMC se ha sometido a los países reacios a aprobar determinadas medidas a presiones y amenazas, dada la necesidad de este organismo de adoptar sus acuerdos por unanimidad. Cuando estos mecanismos no han dado resultado, los países desarrollados han optado por renunciar a las reglas de la OMC —como ejemplifica el fracaso de la Ronda de Doha— para llegar a acuerdos bilaterales o regionales, en los que resulta más sencillo presionar a países menos poderosos. Ello explica el paulatino abandono de la OMC para adoptar determinadas medidas y el auge de acuerdos bilaterales, así como el impulso de algunos conocidos tratados regionales como el TPP o el TTIP (este último está menos claro, después de que en 2017 EEUU se retirara de las negociaciones con la UE).

Este análisis permite argumentar una polémica afirmación sostenida en este trabajo, según la cual la internacionalización de la normativa de propiedad intelectual y copyright ha respondido más a maniobras de presión e imposición política y comercial por parte de países desarrollados que al hecho de que estas normas supongan una ayuda real para el desarrollo social o económico de los países integrantes en la OMC. El Informe sobre Desarrollo Humano de 1999 ya preveía los riesgos que implicaban los ADPIC, elaborados y acordados sin haber analizado debidamente los costes de aplicación ni los posibles beneficios¹, aunque sí advertía de que iban a permitir a las «multinationales dominar el mercado con una facilidad todavía mayor»². El propio Banco Mundial reconocía en un informe en 2002 que los ADPIC eran beneficiosos para los países desarrollados, pero que los países pobres resultaban perdedores netos³.

Así pues, la concepción de los bienes de cultura prevista en estas normas, que antepone su consideración como objeto de comercio a su importancia social, se expandió internacionalmente a costa de perjuicios sociales y económicos en los países menos desarrollados. Esta internacionalización tuvo como consecuencia una imposición en la legislación nacional —que debe respetar los ADPIC— de muchos países. Pero, incluso en los Estados más ricos, ¿es la normativa de propiedad intelectual beneficiosa para la promoción de la creatividad de los artistas y las posibilidades de acceso a sus obras? En el capítulo 4 se ha intentado dar respuesta a esta pregunta analizando la legislación sobre propiedad intelectual, con especial atención a la situación española.

¹ Informe sobre el Desarrollo Humano, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, 1999. <http://hdr.undp.org/es/content/informe-sobre-desarrollo-humano-1999>, p. 75.

² *Ibid.*, p. 21.

³ World Bank, *Global Economic Prospects and the Developing Countries 2002*, World Bank, 133, 2001.

Las normas de propiedad intelectual establecen una concepción principalmente económica de los bienes culturales, y lo justifican en que de esa forma se incentiva al autor. Los derechos patrimoniales o de explotación cumplirían así una función de incentivo y, a su vez, permitirían a los creadores obtener rendimientos económicos para poder proseguir en su actividad creadora. Los derechos morales —prácticamente inexistentes en la tradición anglosajona del copyright—, por su parte, servirían para proteger el vínculo del autor con su creación, reconociendo derechos como el de paternidad o autoría y el de integridad de la obra.

Esta concepción, sin embargo, simplifica en exceso los motivos que llevan a los artistas o científicos a crear. Esta motivación —que ha sido analizada desde la economía, la filosofía, la teoría del arte o la psicología— encuentra su razón de ser en múltiples y variados elementos, dentro de los cuales el factor económico no es imprescindible. La importancia del incentivo económico reside en que éste otorgaría en teoría las condiciones materiales para seguir creando —lo cual sí es un objetivo básico de los artistas—, pero no en la expectativa de una ganancia económica. Ello abre la puerta a pensar en campos en los que la propiedad intelectual es prescindible, porque tales necesidades ya estén cubiertas mediante salarios públicos, subvenciones, becas, etc.

La normativa de propiedad intelectual, además, obtiene pobres resultados a la hora de repartir los beneficios que se generan. Los derechos patrimoniales funcionan de manera que los artistas, para ver su obra publicada o difundida —en ocasiones incluso para crearla, como en el caso del cine— ceden estos derechos a una empresa (editora, productora) a cambio de unos porcentajes sobre los beneficios económicos finales. Los autores, por tanto, se ven obligados a desprenderse de los derechos que posibilitan la explotación y control de la obra, pero generalmente no obtienen ingresos suficientes para poder subsistir en condiciones dignas.

En el campo artístico se dan unas profundas desigualdades. Diversos estudios apuntan a que pequeños porcentajes de autores acumulan más del 50% del total de ingresos de su sector —lo cual es fácilmente visible en campos como la música, el cine o la escritura—. Debido a ello, muchos artistas no obtienen apenas beneficios del copyright, y los que sí consiguen algo suelen tener que compaginar su actividad con otros trabajos —como la docencia o el periodismo—. En los tres países analizados —Reino Unido, Alemania y España— los datos empíricos muestran que los ingresos por copyright eran claramente insuficientes para subsistir, y el papel de las administraciones públicas o de otras dedicaciones profesionales eran factores fundamentales para que los artistas pudieran continuar con su actividad creativa.

En cuanto a los derechos morales —que, como se ha dicho, protegen el vínculo especial entre el autor y su obra al margen de la explotación económica de ésta—, las normas los

declaran inalienables e irrenunciables. Sin embargo, en el capítulo 4 se han podido analizar numerosos casos —con especial atención a la jurisprudencia española— en los que estos derechos han sido vulnerados: esculturas desatendidas y deterioradas; películas televisadas troceadas para intercalar publicidad comercial, con el logo de la cadena superpuesto o adaptadas forzosamente a un formato cuadrado o panorámico; canciones cortadas o ligeramente aceleradas para encajar en las difusiones radiofónicas; pinturas o esculturas con una carga ideológica concreta colocadas en exposiciones que anulan o transforman esa intención; películas en blanco y negro coloreadas o películas mudas sonorizadas; etc.

En definitiva, situaciones susceptibles de vulnerar los derechos morales, en muchos casos por motivos comerciales. Ello permite afirmar, como se ha venido defendiendo en este trabajo, que la normativa de propiedad intelectual no sólo no funciona a nivel internacional —para promover la riqueza económica y la diversidad cultural de los países— sino que tampoco a nivel nacional garantiza los objetivos que se propone. Así, se confirma la hipótesis de que resulta ineficaz para una gran mayoría de artistas y creadores, pues el reparto de beneficios es injusto y desigual; y en el caso de los derechos morales, éstos se ven sistemáticamente vulnerados para satisfacer necesidades que nada tienen que ver con lo artístico.

Nos encontramos, por tanto, ante una legislación incapaz de proteger a los artistas y garantizarles la continuidad en su actividad a través de la comercialización de sus obras. Además, la difusión de estos bienes se produce principalmente a través de intercambios comerciales, lo que impone una barrera económica y dificulta su acceso por parte de la población con menos recursos económicos. Ante esta situación, han surgido propuestas, medidas y modelos alternativos o flexibilizadores que han tratado de modificar, siquiera parcialmente, el campo de la creación artística e intelectual. El Capítulo 5 trata de abordar estas iniciativas prestando atención a dos modelos concretos: el entorno de la *cultura libre* y, específicamente, de las licencias Creative Commons; y el modelo de propuestas elaborado por el profesor holandés Joost Smiers.

Las licencias Creative Commons han logrado extenderse por muchos países con cierta facilidad. Esto se debe, principalmente, a que basan sus posibilidades de existencia en la propia normativa de copyright o propiedad intelectual. Como ésta está muy extendida, no resulta complejo aplicar en cada país licencias similares. Estas licencias tienen el mérito de proponer una inversión de los términos de protección del copyright —donde éste es «todos los derechos reservados», aquéllas son «algunos derechos reservados»—, lo que permite flexibilizar el régimen de protección de algunas obras y difundirlas sin necesidad de comercializarlas, facilitando su acceso. En este sentido, son una iniciativa que funciona de forma ágil y sencilla en el ámbito de lo digital e internet.

Sin embargo, las licencias Creative Commons tienen ciertas limitaciones. La primera es que, debido a que se basan en la propia normativa de copyright, tienden a legitimarla y huyen del cuestionamiento de la figura de la propiedad para regular los bienes culturales. En segundo lugar, resultan más ágiles y menos restrictivas para difundir estos bienes, pero a costa de atender de manera insuficiente al problema de cómo posibilitar que los artistas obtengan los medios para vivir dignamente y poder seguir creando. Algunos autores, incluso, han utilizado estas licencias para proponer una suerte de libre mercado de las obras en las que los autores no podrían exigir beneficio alguno, pero las empresas podrían utilizarlas sin restricciones. Ello situaría a los autores en una condición de precariedad y pérdida de poder de negociación clara frente a las empresas que quisieran editar y publicar sus obras.

Por su lado, al autor Joost Smiers hay que atribuirle el mérito de realizar una serie de propuestas útiles para suavizar los efectos de los mercados globalizados sobre el campo de lo creativo y lo artístico. Smiers considera que, aparte de la propiedad intelectual, el entorno económico es nocivo y contraproducente para la diversidad artística y la adecuada difusión de bienes culturales. Éstos están sometidos a la necesidad de ser exitosos comercialmente, lo que incentiva la búsqueda de productos económicamente rentables pero estéticamente pobres. Se produce, como consecuencia de ello, una homogeneización del gusto y una confusión entre el arte y el entretenimiento.

Smiers propone como medida principal reivindicar el ámbito de lo público y lo local en la creación y difusión de arte y cultura. Los Estados podrían involucrarse más a la hora de llevar a cabo sus respectivas políticas culturales, estableciendo medidas para proteger las obras locales o nacionales —en esta línea actúa Francia con su cine, por ejemplo— y para promover la diversidad cultural, apoyando creaciones con escaso éxito comercial pero muy valiosas artísticamente —como el caso del jazz o la poesía—.

El autor holandés intenta así solucionar —junto a Marieke van Schijndel— el complejo problema de cómo generar ingresos para los artistas si se prescindiera de la figura de la propiedad intelectual o el copyright. Para ello, atiende a cada tipo de obra —cine, pintura, música, literatura, artes escénicas, fotografía, etc.— separadamente. Análogamente, en este trabajo se ha defendido que una legislación ambiciosa sobre ese ámbito debería atender a cada bien por separado, dado que sus condiciones y necesidades de creación y difusión son muy distintas. Sin embargo, un problema en la propuesta de Smiers y van Schijndel es que defienden una suerte de dominio público inmediato que descansa excesivamente en la función de los mercados para obtener ingresos.

El dominio público presenta un escollo y a su vez una oportunidad. Tal y como está configurado en la actualidad —prevé unos plazos de protección injustificadamente

largos, generalmente de entre 50 y 70 años tras la muerte del autor— resulta un precepto más retórico que real. Que una obra entre en situación de dominio público —que caduquen los derechos patrimoniales sobre la misma— no supone un beneficio para los autores, ni necesariamente un mayor acceso para la población. En cambio, sí se convierte en una mayor oportunidad de negocio para determinadas empresas del sector.

Lo *público* está por tanto en el epicentro de la reflexión final de este trabajo. Es preciso reconocer la utilidad de iniciativas como las Creative Commons o las propuestas de Smiers, a pesar de sus limitaciones. Las últimas páginas del trabajo tratan de aportar medidas sugerentes para quien desee continuar en esta compleja pero estimulante línea de investigación. En éstas subyacen dos objetivos que se consideran fundamentales en el campo artístico y cultural: tratar, como hacen las licencias Creative Commons, de que el acceso a las obras sea lo más amplio posible; y colocar el ámbito de lo público en un lugar central a la hora de tomar la iniciativa en la creación y distribución de bienes culturales, excesivamente dependientes del entorno mercantil. Estas ideas, por tanto, parten de la convicción de que otro campo creativo es posible si existe voluntad política para ello.

Las ideas que se articulan giran en torno a tres puntos básicos. El primero, como se ha dicho, dotar a las administraciones públicas de un papel nuclear en este ámbito. Se quiere así reivindicar la posibilidad de exportar iniciativas como las bibliotecas públicas a otros campos culturales, de editar clásicos literarios gratuitos o poner a disposición de la población filmes en condiciones de calidad —para estas dos últimas propuestas, internet puede ser un elemento de especial ayuda—. En segundo lugar, modificar la normativa de propiedad para que atienda debidamente a cada bien cultural y esté dotada de mecanismos para estimular a cada colectivo de artistas y autores más allá del incentivo económico. Para ello es necesario establecer unos plazos de protección considerablemente más cortos, que pueden ser diferentes en función de las necesidades de cada tipo de obra. También sería recomendable que la legislación fuera más allá de la protección jurídica de la obra y sus derechos de explotación; es necesario proteger a determinados colectivos que obtienen pocos o nulos ingresos de la propiedad intelectual o el copyright, pero que también se componen de artistas, sometidos en muchas ocasiones a contratos con escasa protección laboral (es el caso, por ejemplo, de los músicos que actúan en bares o salas de conciertos).

Este es tal vez el apartado más complejo del trabajo. Realizar propuestas siempre resulta complicado, en especial en un ámbito como el que aquí se analiza. Ello, principalmente, porque no parece realista sugerir la supresión de la propiedad intelectual de forma automática; ya se han analizado los problemas de una propuesta

de ese tipo. Pero también se ha visto que la normativa actual tiene efectos negativos, tanto para la difusión de las obras como para las posibilidades creativas de los autores. El ámbito propositivo, por tanto, pretende simplemente abrir posibles caminos para la investigación de futuros interesados en este campo.

Finalmente, es importante tomar consciencia de las dificultades de llevar a cabo estos cambios en el marco de un organismo comercial como la OMC y, en el caso de Europa, con las competencias en materia de comercio de la Unión Europea. Sería recomendable sustraer el ámbito de la creación artística y cultural de las negociaciones comerciales. Evitar, por tanto, la OMC —u organizaciones regionales como la UE— como espacios de diálogo en este ámbito y apostar por un entorno internacional más democrático y transparente —en la dirección que apunta el informe de Naciones Unidas en relación con los derechos humanos⁴— cuyos objetivos principales fueran proteger la creación y difusión de obras artísticas y la diversidad cultural. Un espacio internacional que dejara en segundo plano las posibilidades comerciales de estos bienes y apostara por establecer unos mínimos comunes a todos los países, desde el respeto de su forma de entender la relación de cada comunidad con el arte y la cultura.

⁴ Informe anual «Políticas sobre los derechos de autor y el derecho a la ciencia y la cultura», A/HRC/28/57 (2015). <http://undocs.org/A/HRC/28/57>

BIBLIOGRAFÍA

- Abbate, J., *Inventing de Internet*, MIT Press, 1999.
- Abbing, H., «El apoyo a los artistas», en Towse (ed.), *Manual de economía de la cultura*, Fundación Autor, Madrid, 2003.
- Acuerdo de la Ronda de Uruguay «Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio» (ADPIC), Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, 15 de abril de 1994. http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=305906
- Acuña, D., Schmal, R., Klein, P., «Una Plataforma Web para Gestionar los Derechos de Propiedad Intelectual Resultantes de la Investigación Universitaria», *Journal of Technology Management & Innovation*, 6(4), 2011, 258-275.
- Albaladejo, M., Alabart, S. (dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Edersa, Madrid, 1994.
- Alford, W., *To Steal a Book is an Elegant Offense: Intellectual Property Law in Chinese Civilization*, Stanford University Press, 1995.
- Altabás Fernández, C., «Autofinanciación y crowdfunding: Nuevas vías de producción, distribución y exhibición del cine español independiente tras la crisis financiera española», *Historia y Comunicación Social*, 19, 2014, 387-399.
- Anderson, L., «There Is No Alternative: The Critical Potential of Alternative Media for Challenging Neoliberal Discourse», *tripleC*, 10(2), 752-764, 2012.
- Authors' Licensing and Collecting Society (ALCS), 2007, «What are words worth? Counting the cost of a writing career in the 21th Century: a survey of 25,000 writers», <http://www.alcs.co.uk/Documents/Downloads/whatarewordsworth.aspx>
- 2013, «A free for all? Findings from a survey of freelance newspaper and magazine journalists», <http://www.alcs.co.uk/getattachment/Resources/Research/a-free-for-all-new-address.pdf.aspx>
- 2014, «What are words worth now? A survey of authors' earnings», [http://www.alcs.co.uk/getattachment/Resources/Research/what-are-words-worth-now-new-address-\(1\).pdf.aspx](http://www.alcs.co.uk/getattachment/Resources/Research/what-are-words-worth-now-new-address-(1).pdf.aspx)
- Aznar Gómez, H., «Libertad de imprenta y crítica de los monopolios: los argumentos de Locke en el debate parlamentario de 1694/95», *Comunicación y estudios universitarios*, nº 2, 1992, 29-44.
- Barcellona, P., *El individualismo propietario*, Trotta, Madrid, 1996.
- Barlow, J.P., «The economy of ideas. A framework for patents and copyrights in the Digital Age», *Wired*, 1994. <https://www.wired.com/1994/03/economy-ideas/>
- Barral Viñals, I. (coord.), *La regulación del comercio electrónico*, Dykinson, Madrid, 2003.

- Benjamin, W., «La obra de arte en la época de su reproductibilidad técnica», *Obras*, libro I/vol.2, Abada, Madrid, 2008.
- Benkler, Y., *El pingüino y el Leviatán*, Deusto, Barcelona, 2012.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *Manual de propiedad intelectual* (5ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- Boldrin, M., Levine, D., «Does Intellectual Monopoly Help Innovation?», *Review of Law & Economics*, 5(3), 2009, 991-1024.
- Bonaccorsi, A., Rossi, C., «Why Open Source software can succeed», *Research Policy*, 32, 2003, 1243-1258.
- Bourdieu, P., *Las reglas del arte. Génesis y estructura del campo literario*, Anagrama, Madrid, 1995.
— *Poder, derecho y clases sociales*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2000.
- Boyle, J., *The Public Domain: Enclosing the Commons of the Mind*, Yale University Press, 2008.
- Broca, S., «Los bienes comunes, un proyecto ambiguo», *Le Monde Diplomatique en español*, 254, 2016.
- Buganza González, C., *El derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura*, tesis doctoral, Departamento de derecho mercantil, derecho del trabajo y de la seguridad social, Universidad de Barcelona, 2006.
- Capella, J.R., *Entrada en la barbarie*, Trotta, Madrid, 2007.
— *Fruta prohibida* (5ª ed. revisada), Trotta, Madrid, 2008.
- Ceruzzi, P., *A History of Modern Computing*, MIT Press, 2003.
— *Computing. A Concise History*, MIT Press, 2012.
- Chang, H., «Patada a la escalera: La verdadera historia del libre comercio», *Ensayos de economía*, 42, 2013.
- Chen, C., Maxwell, T., «The dynamics of bilateral intellectual property negotiations: Taiwan and the United States», *Government Information Quarterly*, 24, 2007, 666-687.
— «Three decades of bilateral copyright negotiations: Mainland China and the United States», *Government Information Quarterly*, 27, 2010, 196-207.
- Conde, C., «Copyright y derechos morales de autor: la experiencia del Common Law en el Reino Unido», *Revista La Propiedad Inmaterial*, 15, 2011, 19-29.
- Corredoira y Alfonso, L., *La protección del talento: propiedad intelectual de autores, artistas y productores con especial atención a Internet y obras digitales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- David, R., Hazard, J., *El derecho soviético* (tomo II), La Ley, Buenos Aires, 1964, p. 261

- Davis, M., *La computadora universal. De Leibniz a Turing*, Debate, Madrid, 2002.
- Deazley, R., *On the Origin of the Right to Copy*, Hart Publishing, Oxford, 2004.
- Díaz Alabart, S., «Título IV, dominio público», en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (Dir.), “Tomo V, Vol. 4º-B: Artículos 428 y 429 del Código Civil y Ley de Propiedad Intelectual”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid, 1994.
- DiCola, P., «Money from Music: Survey Evidence on Musicians’ Revenue And Lessons About Copyright Incentives», *Arizona Law Review*, 55(2), 2013, 301-370.
- Diez de Velasco, M., *Las organizaciones internacionales*, Tecnos, Madrid, 2006.
- Dinwoodie, G., Dreyfuss, R., *A Neofederalist Vision of Trips. The Resilience of the International Intellectual Property Regime*, Oxford University Press, New York, 2012.
- Drahos, P., «Information Feudalism in the Information Society», *The Information Society*, 11, 1995, 209-222.
- «When the weak bargain with the strong: negotiations in the WTO», *International Negotiation*, 8(1), 2003, 77-109.
 - «An alternative Framework for the Global Regulation of Intellectual Property Rights», *Australian Journal of Development Studies*, 1, 2005.
 - «Derechos globales de propiedad sobre la información: La historia del TRIPS en el GATT», *mientrastanto*, 113, 2009, 35-55.
 - «When cosmology meets property: indigenous people's innovation and intellectual property», *Prometheus: Critical Studies in Innovation*, 29(3), 2011, 233-252.
- Dyson, G., *La catedral de Turing*, Debate, Madrid, 2015.
- Echebarría Sáenz, J., «Entidades de gestión de derechos de autor y transparencia», en R. Mata y Martín, A. Javato Martín, *La propiedad intelectual en la era digital. Límites e infracciones a los derechos de autor en internet*, La Ley, Madrid, 2011.
- Edelman, B., *La práctica ideológica del derecho. Elementos para una teoría marxista del derecho*, Tecnos, Madrid, 1980.
- Esplugas Boter, A., «El monopolio de las ideas: contra la propiedad intelectual», *Procesos de mercado: revista europea de economía política*, 3(1), 2006, 47-104.
- Esteve Pardo, M.A. (coord.), *Propiedad intelectual. Doctrina, jurisprudencia, esquemas y formularios*, Triant lo Blanch, Valencia, 2009.
- Estévez Araújo, J.A., *El revés del derecho. Transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.
- «La propiedad intelectual: de la voluntad del lobby al texto de la ley», *mientrastanto*, 113, 2009, 21-26.
- Feltrero Oreja, R., «Propiedad intelectual y conocimiento público: Derechos del investigador y del ciudadano sobre el *copyright*», *Isegoría*, 28, 2003, 143-158.

- Fernández Rodríguez, C., «El interés público y privado en la protección de los derechos de propiedad intelectual», *Revista de Administración Pública*, número 183, 2010, 335-358.
- Ficsor, M., «El pasado, el presente y el porvenir del derecho de autor en los países socialistas europeos», *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, 118(10), 1983.
- Foucault, M., «Qu'est-ce qu'un auteur?», *Bulletin de la Société française de philosophie*, 3, 1969, 73-104 (société française de philosophie, 22 de febrero de 1969; debate con M. de Gandillac, L. Goldmann, J. Lacan, J. d'Ormesson, J. Ullmo, J. Wahl. Versión traducida por www.elseminario.com.ar)
- Frankel, S., «Legitimidad y finalidad de los capítulos de propiedad intelectual en los tratados de libre comercio (TLC)», *Revista La Propiedad Inmaterial*, 15, noviembre 2011, 169-187.
- Fuchs, C., «Google Capitalism», *tripleC*, 10(1), 2012, 42-48.
- Fuchs Mateo, L., *La propiedad intelectual como propiedad especial a lo largo de la historia*, tesis doctoral, Departamento de Derecho Civil, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2015.
- García Aristegui, D., *¿Por qué Marx no habló de copyright?*, Enclave de libros, Madrid, 2014.
- García López, D., «Aproximación crítica a la propiedad intelectual: la cultura como valor para la democracia», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 10, 2006-2007, 207-244.
- García Sanz, R., *Derechos de autor en internet*, Colex, Madrid, 2005.
- Gerbner, G., «Marketing Global Mayhem», *Javnost / The Public*, 2, 1995, 71-76.
- Gómez, M., López, M., Araujo de la Mata, A., «Los ADPIC Plus en los actuales tratados bilaterales impulsados por Estados Unidos y consecuencias en los países en desarrollo», *Revista de Economía Mundial*, 20, 2008, 23-48.
- González López, M., *El derecho moral del autor en la ley española de propiedad intelectual*, Marcial Pons, Madrid, 1993.
- Harris, D., «TRIPS' Rebound: An Historical Analysis of How the TRIPS Agreement Can Ricochet back against the United States», *Northwestern Journal of International Law & Business*, 25(1), 2004, 99-163.
- Herrera-Usagre, M., «El impacto del intercambio de música sobre la compra de discos y la asistencia a conciertos. El caso de España», *Papers. Revista de Sociología*, 97, 2012, 751-772.
- Hesse, C., «Enlightenment Epistemology and the Laws of Authorship in Revolutionary France, 1777-1793», *Representations*, 30, 1990, 109-137.
 — *Publishing and Cultural Politics in Revolutionary Paris, 1789-1810*, University of California Press, Berkeley, 1991.
 — «The rise of intellectual property, 700 B.C. – A.D. 2000: an idea in the balance», *Daedalus*, primavera 2002, 26-45.

- Iglesias Prada, JL., «Disposiciones generales y principios básicos en el “Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio” (ADPIC)», *Los derechos de propiedad intelectual en la Organización Mundial del Comercio. El Acuerdo sobre los Aspectos e los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio*, Instituto de Derecho y Ética Industrial, Madrid, 1997.
- Informe sobre el Desarrollo Humano, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, 1999. <http://hdr.undp.org/es/content/informe-sobre-desarrollo-humano-1999>
- Jauhar, A., «All talk and no bite: Copyright infringement and piracy trends in India», *Computer Law & Security Review*, 27, 2011, 537-541.
- Jawara, F., Kwa, A., *Tras las bambalinas de la OMC. La cruda realidad del comercio internacional*, Intermón Oxfam, Barcelona, 2005.
- Johnson, P., «'Dedicating' Copyright to the Public Domain», *The Modern Law Review*, 71(4), 2008, 587-610
- Jongitud Zamora, J., «Contradicciones de la globalización: surgimiento del copyleft», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 10, 2006-2007, 141-174.
- Kang, H., McAllister, M., «Selling You and Your Clicks: Examining the Audience Commodification of Google», *tripleC*, 9(2), 2011, 141-153.
- Kaplan, F., «Linguistic Capitalism and Algorithmic Mediation», *Representations*, 127, 2014, 57-63.
- Khan, Z., «La piratería de derechos de autor y el desarrollo: evidencia de los Estados Unidos en el siglo XIX», *Revista de Economía Institucional*, 9(17), 2007, 21-54.
- Khong, D., «The Historical Law and Economics of the First Copyright Act», *Erasmus Law and Economics Review*, nº 1, 2006, 35-69.
- Khor, M., *¿Qué hacemos con la OMC? Un programa de cambios para el comercio global*, Icaria, Barcelona, 2003.
- Kolođlugil, S., «Digitizing Karl Marx: The New Political Economy of General Intellect and Immaterial Labor», *Rethinking Marxism*, 27, 2015, 123-127.
- Kreps, K., «Radiohead Publishers Reveal "In Rainbows" Numbers», *Rolling Stone*, 15 de octubre de 1988. <http://www.rollingstone.com/music/news/radiohead-publishers-reveal-in-rainbows-numbers-20081015>
- Kreps, D., «Social Networking and Transnational Capitalism», *tripleC*, 9(2), 2011, 689-701.
- Kretschmer, M., «Artists' earnings and copyright: A review of British and German music industry data in the context of digital technologies», *First Monday*, 10(1), 2005.
— «Empirical evidence on musicians' careers and earnings: The role of copyright», *IMC 2nd Word Forum on Music*, Beijing, 2007.
- Labastida, I., «El copyleft y su aplicación en el mundo universitario», Comunicación VI Congreso de editores universitarios de América Latina y El Caribe, San José, agosto de 2007.

- Landes, W., Posner, R., *La estructura económica del derecho de propiedad intelectual e industrial*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2006.
- «Indefinitely Renewable Copyright», *John M. Olin Law & Economics Working Paper (2D series)*, 154, 2000.
- Lessig, L., *Por una cultura libre. Cómo los grandes grupos de comunicación utilizan la tecnología y la ley para clausurar la cultura y controlar la creatividad*, Traficantes de Sueños, Madrid, 2005.
- *Remix. Cultura de la remezcla y derechos de autor en el entorno digital*, Icaria, Barcelona, 2012. http://www.icariaeditorial.com/pdf_libros/REMIX.pdf
- Levine, R., *Parásitos. Cómo los oportunistas digitales están destruyendo el negocio de la cultura*, Ariel, Barcelona, 2013.
- Levitsky, S., *Copyright, defamation, and privacy in soviet civil law*, Sijthoff & Noordhoff, Alphen aan den Rijn (Netherlands), 1979.
- Litman, J., «Real Copyright Reform», *Iowa Law Review*, 96(1), 2010, 1-55.
- López Sánchez, C., *La transformación de la obra intelectual*, Dykinson, Madrid, 2008.
- Lukasik, S., «Why the Arpanet Was Built», *IEEE Annals of the History of Computing*, 2011, 33(3), 4-21.
- Malbon, J., Lawson, C. (Eds.), *Interpreting and Implementing the TRIPS Agreement. Is it fair?*, Edward Elgar, Cheltenham, 2008.
- Marín López, J.J., *El conflicto entre el derecho moral del autor plástico y el derecho de propiedad sobre la obra*, Aranzadi, Navarra, 2006.
- Martin, G., Sorenson, C., Faunce, T., «Balancing intellectual monopoly privileges and the need for essential medicines», *Globalization and Health*, 3(4), 2004.
- Martínez Espín, P., *El daño moral contractual en la ley de propiedad intelectual*, Tecnos, Madrid, 1996.
- Maskus, K., «Regulatory standards in the WTO: Comparing intellectual property rights with competition policy, environmental protection, and core labor standards», en K. Maskus, *The WTO, Intellectual Property Rights and the Knowledge of Economy*, Edward Elgar, Cheltenham, 2004.
- Mason, N., *Inside Out: A Personal History of Pink Floyd*, Weidenfeld & Nicolson Illustrated, Londres, 2004.
- Miró Llinares, M., «El futuro de la propiedad intelectual desde su pasado. La historia de los derechos de autor y su porvenir ante la revolución de internet», *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, 1(2), 2007, 103-155.
- Mitsui, T., «Copyright and Music in Japan: A Forced Grafting and its Consequences», *Music and Copyright* (ed. Simon Frith), Edinburgh University Press, Edinburgh, 1993.

- Moreno, J., «Do Analógico ao Digital. Como a digitalização afecta a produção, distribuição e consumo de informação, conhecimento e cultura na Sociedade em Rede», *Observatorio Journal*, 7(4), 2013, 113-129.
- Mozorov, E., *El desengaño de internet*, Destino, Barcelona, 2012.
— *La locura del solucionismo tecnológico*, Clave Intelectual, Madrid, 2015.
- Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución «Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas», A/RES/61/295 (2007). <http://www.undocs.org/A/RES/61/295>
- Naciones Unidas, Asamblea General, Informe anual «Políticas sobre los derechos de autor y el derecho a la ciencia y la cultura», A/HRC/28/57 (2015). <http://undocs.org/A/HRC/28/57>
- Naidorf, J., «La privatización del conocimiento público en universidades públicas», en *Espacio público y privatización del conocimiento. Estudios sobre políticas universitarias en América Latina*, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires, 2005, 101-161.
- Neubauer, R., «Neoliberalism in the Information Age, or Vice versa? Global Citizenship, Technology, and Hegemonic Ideology», *tripleC*, 9(2), 2011, 195-230.
- Newman, S., «Rights, Freedoms and Phonograms: Moral Rights and Adaptation Rights in Music and other Copyright Works», *Computer Law & Security Report*, 1, 1997, 22-28.
- Nicholson, D., «Intellectual Property: benefit or burden for Africa?», *IFLA Journal*, 32(4), 2006, 310-324.
- O'Callaghan, X., *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, Dykinson, Madrid, 2011.
- Pabón Cadavid, J., «Aproximación a la historia del derecho de autor: antecedentes normativos», *Revista La Propiedad Inmaterial*, 13, 2009, 59-104.
- Palao Moreno, G., Plaza Penadés, J., *Nuevos retos de la propiedad intelectual*, Aranzadi, Pamplona, 2009.
- Palmer, T., «Are Patents and Copyright Morally Justified? The philosophy of Property Rights and Ideal Objects», *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 13, 1990, 817-865.
- Panagariya, A., «TRIPs and the WTO: An Uneasy Marriage», en K. E. Maskus (Ed.), *The WTO, Intellectual Property Rights and the Knowledge of Economy*, Edward Elgar, Cheltenham, 2004.
- Pérez de Castro, N., «Comentario al artículo 41 de la Ley de Propiedad Intelectual», en R. Bercovitz (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1989.
— «A propósito del coloreado de películas», *Actualidad Civil*, 1990 (tomo 3), 555-576.
— «La emisión de obras audiovisuales por televisión: prácticas publicitarias», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nov.-dic. 1999, 6, 647-669.

- Pilch, J., «U.S. Copyright Relations with Central, East European, and Eurasian Nations in Historical Perspective», *Slavic Review*, 65(2), 2006, 325-348.
- Plattner, S., *La antropología del arte*, en R. Towse (ed.), *Manual de economía de la cultura*, Fundación Autor, Madrid, 2003.
- Polanyi, K., *La gran transformación: los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2007.
- Ramos Toledano, J. «Vivir del arte», *mientrastanto.e*, 155, 2017.
- Raven, «Booksellers in Court: Approaches to the Legal History of Copyright in England Before 1842», *Law Library Journal*, 104(1), 2012, 115-134.
- Ray Patterson, L., *Copyright in Historical Perspective*, Vanderbilt University Press, Nashville, 1968.
- Rendueles, C., *Sociofobia. El cambio político en la era de la utopía digital*, Debate, México, 2015.
— «Copiar, robar, mandar», *Archipiélago*, 55, 2003, 43-51.
- Rengifo García, E., «El derecho de autor en el derecho romano», *Revista de Derecho Privado*, número 16, 2009, 19-30.
- Rife, M., «Introduction: Copyright, Culture, Creativity, and the Commons», *Computers and Composition*, 27, 2010, 161-166.
- Rodotà, S., *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, Civitas, Madrid, 1986.
- Rogel Vide, C., *Autores, coautores y propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1984.
— «Propiedad intelectual y derechos de los intérpretes», en *Anuario de Propiedad Intelectual*, Reus, Madrid, 2009, 309-320.
— «Modificaciones de las obras cinematográficas en la televisión y derechos de los creadores», en *Estudios completos de propiedad intelectual*, vol. 3, Reus, Madrid, 2009.
- Rose, M., «The Author as Proprietor: *Donaldson v. Becket* and the Genealogy of Modern Authorship», *Representations*, nº 23, 1988, 51-85.
— *Authors and Owners*, Harvard University Press, Massachusetts, 1994.
— «The Public Sphere and the Emergence of Copyright: Areopagitica, the Stationers' Company and the Statute of Anne», *Tulane Journal of Technology and Intellectual Property*, número 12, 2009, 123-144.
- Rowan, J., *Cultura libre de Estado*, Traficantes de Sueños, Madrid, 2016.
- Sádaba, I., *Propiedad intelectual. ¿Bienes públicos o mercancías privadas?*, Catarata, Madrid, 2008.
- Sakakibara, M., Branstetter, L., «Do stronger patents induce more innovation? Evidence from the 1988 Japanese patent law reforms», en K. E. Maskus (Ed.), *The WTO, Intellectual Property Rights and the Knowledge of Economy*, Edward Elgar, Cheltenham, 2004, 544-567.

- Sánchez Aristi, R., *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, Comares, Granada, 1999.
- Sarkissian, A., «Intellectual Property rights for developing countries: Lessons from Iran», *Technovation*, 28, 2008, 786-798.
- Schmitz Vaccaro, C., «Evolución de la regulación internacional de la propiedad intelectual», *Revista La Propiedad Inmaterial*, 17, 2013, 63-92.
- Sell, S., «Life after TRIPS – aggression and opposition», en K. Maskus (Ed.), *The WTO, Intellectual Property Rights and the Knowledge of Economy*, Edward Elgar, Cheltenham, 2004, 73-119.
- Serrano Alonso, E., «La justificación del dominio público», en O’Callaghan.
- Shah, R., Kesan, J., «The Privatization of the Internet’s Backbone Network», *Journal of Broadcasting & Electronic Media*, 51, 2007.
- Shahin, J., «A European history of the Internet», *Science and Public Policy*, 33(9), 2006, 681-693.
- Simons, M., «Aboriginal Heritage Art and Moral Rights», *Annals of Tourism Research*, 27 (2), 2000, 412-431.
- Slater, D., *Consumer culture & Modernity*, Polity Press, Cambridge, 1997.
- Smiers, J., *Un mundo sin copyright. Artes y medios en la globalización*, Gedisa, Barcelona, 2006.
- Smiers, J., van Schijndel, M., *Imagine...No copyright*, Gedisa, Barcelona, 2008.
- Suárez Lozano, J.A., «El dominio público en la propiedad intelectual», en O’Callaghan.
- Townes, M., «The Spread of TCP/IP: How the Internet Became the Internet», *Millenium: Journal of International Studies*, 41(1), 2012, 43-64.
- Tushnet, R., «Economies of Desire: Fair Use and Marketplace Assumptions», *William & Mary Law Review*, 51(513), 2009, 513-546.
- VV. AA, *Capitalismo cognitivo. Propiedad intelectual y creación colectiva*, Traficantes de sueños, Madrid, 2004.
- VV. AA., *La tragedia del copyright. Bien común, propiedad intelectual y crisis de la industria cultural*, Virus Editorial, Barcelona, 2013.
- Wakhungu Olaka, M., Adkins, D., «Exploring copyright knowledge in relation to experience and education level among academic librarians in Kenya», *The International Information & Library Review*, 44, 2012, 40-51.
- Wilkinson, W., Gerolami, N., «The author as agent of information policy: The relationship between economic and moral rights in copyright», *Government Information Quarterly*, 26, 2009, 321-332.
- Wong, S., *La interferencia de las patentes en el ejercicio del derecho de libertad de investigación*, Universidad de A Coruña, 2011.

Woodmansee, M., «The Genius and the Copyright: Economic and Legal Conditions of the Emergence of the Author», *Eighteenth-Century Studies*, nº 4, 1984, 425-448.

World Bank, *Global Economic Prospects and the Developing Countries 2002*, World Bank, 133, 2001.

Xiol Ríos, J.A., «El dominio público y la caducidad de acciones en la jurisprudencia española», en O'Callaghan.

Zimmerman, D., «Copyrights as Incentives: Did We Just Imagine That?», *Theoretical Inquiries in Law*, 12(1), 2011, 29-58.

Zukerfeld, M., «Capitalismo cognitivo, trabajo informacional y un poco de música», *Nómadas*, 28, 2008, 52-65.

LEGISLACIÓN

España

Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

Real Decreto de 3 de septiembre de 1880, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley de 10 de enero de 1879 sobre propiedad intelectual.

Ley 3/2008 de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original.

Legislación internacional y de otros países

Loi nº 92-597 du 1 juillet 1992 relative au code de la propriété intellectuelle (partie législative). (Francia)

Legge 22 aprile 1941, n. 633, in materia di "Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio. (Italia)

Copyright, Designs and Patents Act 1988. (Reino Unido)

Copyright Act. An Act for the general revision of the Copyright Law, title 17 of the United States Code, and for other purposes, January 1, 1978. (Estados Unidos)

Constitución de los Estados Unidos de América de 1787.

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. (Unión Europea)

Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Derechos de Autor adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996.

Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, 9 de septiembre de 1886 (última enmienda el 28 de septiembre de 1979).

JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, sección 1ª):

- Sentencia nº 309/2011, de 10 de mayo.
- Sentencia nº 1688/1985, de 12 de diciembre.
- Sentencia nº 17831/1993, de 14 de febrero.
- Sentencia nº 138/1998, de 20 de febrero.
- Sentencia nº 309/2011, de 10 de mayo.

Audiencia Provincial de Madrid (Sala de lo Civil, sección 28ª):

- Sentencia 103/2014, de 31 de marzo.
- Sentencia 351/2012, de 12 de noviembre.
- Sentencia 160/2013, de 20 de mayo.

Audiencia Provincial de Barcelona (Sala de lo Civil, sección 15ª). Sentencia 11667/2000, de 29 de septiembre.

Audiencia Provincial de Vizcaya (Sala de lo Civil, sección 4ª). Sentencia 187/2009, de 10 de marzo.

