

Propiedad digital
La cultura en internet como objeto de cambio

Joan Ramos Toledano

La publicación de este libro se realiza en el marco del Proyecto de Investigación DER2014-53891-P: «La legitimidad de la gobernanza en tiempos de crisis: análisis del funcionamiento del Método Abierto de Coordinación (MAC) en España, Portugal e Italia del 2010 al 2015», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

COLECCIÓN ESTRUCTURAS Y PROCESOS
Serie Derecho

© Editorial Trotta, S.A., 2018
Ferraz, 55. 28008 Madrid
Teléfono: 91 543 03 61
Fax: 91 543 14 88
E-mail: editorial@trotta.es
<http://www.trotta.es>

© Joan Ramos Toledano, 2018

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

ISBN: 978-84-9879-753-4
Depósito Legal: M-31335-2018

Impresión
Gráficas De Diego

*A mi madre, siempre.
A mi hermano, el primero que me abrazó.*

ÍNDICE

<i>Siglas</i>	13
<i>Introducción</i>	15
1. DEL PRIVILEGIO A LA PROPIEDAD: EL ORIGEN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL	21
1.1. El autor individualizado y el fin de los privilegios monárquicos	24
1.2. Propiedad absoluta o propiedad limitada	30
1.3. La retórica del fomento de la cultura y la consagración de la propiedad limitada	38
1.4. Un problema irresuelto: la legitimidad de la propiedad intelectual	41
2. LA PROPIEDAD PRIVADA SOBRE BIENES CULTURALES DIGITALIZADOS	47
2.1. La transformación de la gestión de la información	52
2.1.1. Revolución informática y digitalización	52
2.1.2. Internet: difusión global y financiación pública	57
2.1.3. Privatización y desregulación de internet	60
2.2. Reproducción de la dinámica mercantilista en el entorno digital	64
2.2.1. Nueva sociedad, viejas lógicas	65
2.2.2. Mercantilización de la información de los usuarios y publicidad de masas: dos casos concretos	67
2.2.3. Internet como oportunidad neutralizada	74
2.3. La propiedad privada sobre los bienes culturales digitalizados ..	76
2.3.1. La mercantilización del bien cultural a través de la propiedad intelectual	78
2.3.2. Reproductibilidad ilimitada y génesis de la escasez artificial	83
2.3.3. La apropiación mediante la reproducción	89

3. LA ESTRUCTURA INTERNACIONAL DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELLECTUAL E INDUSTRIAL	95
3.1. Las relaciones de comercio internacional en el marco de la Organización Mundial del Comercio	98
3.1.1. La internacionalización de la propiedad sobre los bienes inmateriales	98
3.1.2. La propiedad intelectual e industrial en la Organización Mundial del Comercio	101
3.1.2.1. De la OMPI a la OMC	102
3.1.2.2. Negociaciones, amenazas, pactos y promesas	105
3.2. La configuración internacional de los ADPIC	111
3.2.1. La justificación de un tratado desigual	114
3.2.2. Los efectos de un acuerdo que favorece a los propietarios	116
3.2.2.1. La imposibilidad de adoptar niveles óptimos de protección	116
3.2.2.2. El blindaje de la normativa internacional y las estrategias bilaterales: Nación Más Favorecida y ADPIC Plus	119
3.3. Los mecanismos de imposición de los ADPIC y la convivencia Estados-empresas	121
3.3.1. Empresas privadas, Consejo de los ADPIC y lista 301	123
3.3.2. Margen de maniobra estatal y falta de voluntad política	128
4. INCENTIVOS, DERECHOS MORALES Y DERECHOS PATRIMONIALES EN LA CREACIÓN ARTÍSTICA	133
4.1. La lógica creativa de los autores	139
4.2. La lógica lucrativa de los mercados	145
4.2.1. La desposesión de los artistas por la cesión de los derechos patrimoniales	147
4.2.2. Un reparto desigual	151
4.3. Derechos morales y dinámicas comerciales	162
4.3.1. Derechos reconocidos, derechos infringidos	162
4.3.2. Los filmes televisados: ¿expresión artística o entretenimiento comercial?	168
4.4. La apropiación del dominio público	173
4.4.1. El problema de la temporalidad de los derechos de explotación	175
4.4.2. Un dominio no tan público	177
5. ¿HAY ALTERNATIVA? PROPUESTAS PARA UNA FLEXIBILIZACIÓN DE LA PROPIEDAD INTELLECTUAL Y EL COPYRIGHT	183
5.1. Los modelos flexibles y alternativos vistos en perspectiva	186
5.1.1. <i>Cultura libre</i> y licencias Creative Commons	189
5.1.2. Las limitaciones del medio y los creadores	197
5.1.3. Deficiencias del planteamiento teórico de las Creative Commons	201
5.1.4. Los problemas prácticos de un dominio público inmediato	205

ÍNDICE

5.2. La propuesta de Smiers y Van Schijndel de suprimir el copyright	209
5.2.1. Diversidad artística y cultural en un mundo globalizado	210
5.2.2. Una reivindicación de lo público y lo local	212
5.2.3. Los límites del modelo de supresión del copyright	214
5.2.4. El problema de la ganancia en el modelo de Smiers y Van Schijndel	218
5.2.5. La utilidad de los derechos morales	227
5.3. Un campo creativo diferente es posible	230
5.3.1. Razones para reivindicar el papel de lo público, lo común y lo local	233
5.3.2. Remuneración del artista y derechos laborales	238
5.3.3. Hacia un ámbito internacional democrático distinto de la OMC	241
CONCLUSIONES	245

INTRODUCCIÓN

El ámbito de los derechos de autor y el copyright* ha recibido una atención desigual a lo largo de la 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, lo que ha desvelado la importancia del factor tecnológico para la creación y difusión de bienes culturales. Las nuevas posibilidades tecnológicas han 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 objeto del presente libro es, en este sentido, crear un marco contextual adecuado para abordar de forma crítica el actual ámbito regulatorio de la propiedad intelectual y los problemas que esta implica en el campo de la creación artística y cultural, con especial atención a su relación con el entorno digital y de internet. Es decir, ir más allá de una mirada solamente jurídica y tratar de analizar los problemas de la propiedad intelectual con perspectiva histórica y crítica.

El copyright y los derechos de autor remiten a 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 libro 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.

* En lo que sigue se utilizan indistintamente las expresiones *propiedad intelectual* y *copyright*, que a efectos teóricos son prácticamente iguales. Su origen es ciertamente distinto, y por ello el capítulo 1 las distingue. Para el resto del libro, 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.

Examinar esta cuestión desde el punto de vista descrito conduce, 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 no es común en el ámbito de los derechos de autor y el copyright; los juristas han 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 acríticos 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 estas páginas, en cambio, se ha considerado que la informática e internet ponen de manifiesto algunos problemas de la propiedad intelectual, pero que estos le son en realidad intrínsecos.

La hipótesis de la que parte el libro 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 solo 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, estos 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 tales objetivos al priorizar una visión privada de esos 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.

El capítulo 1 aborda el origen histórico de la propiedad intelectual, que resulta fundamental para comprender el contexto que posi-

bilitó el surgimiento de una normativa tan peculiar. Este 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. El surgimiento de la propiedad intelectual y el copyright —muy ligado a un conjunto de países y a un momento político, económico y social determinado— es un reflejo de la idealidad de la burguesía como clase emergente. Ello permite entender que la normativa de edición e impresión —que, sin embargo, se terminaría aplicando a toda clase de obras— adoptara la forma de propiedad privada limitada en el tiempo, lo que facilitaba la expansión del creciente negocio editorial.

Actualmente, la mayoría de infracciones de la normativa de copyright se dan en la red. Por ello, en el capítulo 2 se examina los procesos históricos de digitalización y el surgimiento de internet, que han tenido un papel fundamental en el ámbito de la producción y distribución de bienes culturales y en las normas de propiedad intelectual. Tanto el desarrollo de la informática como lo que terminaría siendo internet 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, permite visibilizar algunas inconsistencias de la normativa de propiedad intelectual: esta 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.

Estos dos primeros capítulos pretenden destacar dos elementos clave: que la normativa de derechos de autor se encuentra íntimamente ligada a la figura de la propiedad privada; y que existen determinados problemas importantes derivados de regular mediante una figura jurídica como la propiedad intelectual bienes de naturaleza intangible y actualmente reproducibles con mucha facilidad.

El capítulo 3 se centra en los motivos por los cuales una legislación tan específica de un momento histórico y un lugar determinados se ha expandido a prácticamente todo el mundo, así como algunos aspectos de este proceso, acelerado a partir de 1980. Para entender esta transformación resulta de especial interés prestar atención al marco internacional creado por la Organización Mundial del Comercio y al Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, que han asumido un rol importante en la expansión y aplica-

ción de las normas de propiedad intelectual. Estas, 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. Cabe preguntarse si esta situación representa 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. Y, más concretamente, si esta normativa —que regula aspectos como los medicamentos o los bienes culturales— resulta positiva para la población en general o si por el contrario tiende a proteger a unos pocos.

El capítulo 4 trata de determinar el grado de eficacia de la protección a los autores mediante las normas de propiedad intelectual. En este sentido, en este capítulo se aborda la normativa específica que el marco internacional impone de manera muy similar en casi todo el mundo. Para ello se examina 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 analiza 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 atiende al 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 estas 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. De alguna forma, este capítulo trata de verificar si, de acuerdo con la lógica seguida a través del análisis histórico de la propiedad intelectual y su expansión internacional bajo el paraguas de la OMC, la normativa de copyright persigue sobre todo facilitar una forma de negocio —intercambio de bienes culturales—, y no la protección de obras o artistas.

La relación actual entre artistas, público, normativa de propiedad intelectual y posibilidad de acceso a las obras es compleja; más todavía debido a una tecnología que posibilita muchos cambios como es internet. Por ello, el último capítulo trata de responder a la acuciante pregunta acerca de las alternativas posibles. Con este objetivo, se aborda el análisis crítico de diversos modelos flexibilizadores de la propiedad intelectual. Se examina, 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. 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, propone mecanismos 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 imaginar un campo creativo más flexible, diverso, justo y accesible. Precisamente esa es la intención de las últimas páginas, encaminadas hacia una investigación de carácter propositivo.

En este trabajo, como se ha dicho, se utiliza 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 presente esta distinción ante la aparición de citas en inglés.

En cuanto a los bienes regulados objeto de estas páginas, 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.

Este libro es fruto de un trabajo de investigación doctoral, deudor por tanto de la colaboración de otras personas. Un agradecimiento singular por su apoyo y paciencia a Antonio Giménez y a Juan Ramón Capella, cuyas críticas han sido fundamentales; con su amistad he podido contar siempre. También a mis compañeros de trabajo José Antonio, José Luis, Rosana, Antonio y Xavier, así como a quienes formaron el tribunal de tesis, Pedro Mercado, Encarna Bodelón y José Luís Gordillo, por sus generosas contribuciones. Y a Sulan Wong, que ha sabido confiar en mí. Finalmente, no quiero olvidarme de mencionar a Rocío y a Paula; su apoyo incondicional siempre me ha motivado para escribir.

Cornellá de Llobregat, diciembre de 2017