

<http://dx.doi.org/10.5281/zenodo.4677697>

VI. La propiedad intelectual, ¿una amenaza para la neutralidad de la red?

Rafael Soler-Muñoz

Departamento de Economía Aplicada, Universidad de Valencia.

José Rodolfo Hernández-Carrión

Profesor Titular Departamento de Economía Aplicada

Universidad de Valencia

Resumen:

Los derechos de propiedad intelectual son uno de los mayores retos que afronta la sociedad del siglo XXI. Los cambios impulsados por las nuevas tecnologías, y más concretamente Internet, en aspectos como la estructura del trabajo, la gestión de la información y los modelos de producción, han provocado una manifiesta obsolescencia de las legislaciones a la hora de regular los nuevos sistemas de la información.

En este trabajo se analiza como, desde la perspectiva de la propiedad intelectual, el legislador debe contemplar los cambios relativos a la sociedad del conocimiento; si bien se sugiere que éste debería no olvidar su perspectiva ante las presiones a las que se le somete por las sociedades empresariales de gestión de derechos.

Observaremos, desde una fundamentación histórica, como toda revolución suele conllevar una alteración de la normativa de la propiedad intelectual, si bien ha surgido un conflicto entre los derechos fundamentales de los ciudadanos – al secreto de las comunicaciones – y los intereses de los autores y editores. Estos últimos simplemente pretenden el control “la Red”, siguiendo una antigua tradición.

Palabras clave: *Propiedad Intelectual, derecho de autor, libertad, cultura, conocimiento, tecnologías informacionales y comunicacionales (TIC), bienes públicos, democracia económica, innovación, sociedad libre.*

1. La propiedad intelectual, un principio de concepto difuso

Hablar de propiedad intelectual en términos generales, supone englobar diferentes conceptos de distinto alcance y regulación; una herencia de la cultura anglosajona que no distingue entre propiedad intelectual y propiedad industrial, como sí se hace en la literatura española.

El profesor Mark A. Lemley, de la *Stanford Law School*, considera el término como la consolidación de una moda que nació en 1967, con la creación de la *World Intellectual Property Organization* (conocida en el mundo hispanohablante como *OMPI u Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*) que ha terminado consolidando el término para el ámbito de actuación en el que desenvuelve su actividad.

La OMPI (2010) define la Propiedad Intelectual de la siguiente manera: “La propiedad intelectual (P.I.) tiene que ver con las creaciones de la mente: las invenciones, las obras literarias y artísticas, los símbolos, los nombres, las imágenes y los dibujos y modelos utilizados en el comercio.

La propiedad intelectual se divide en dos categorías: la propiedad industrial, que incluye las invenciones, patentes, marcas, dibujos y modelos industriales e indicaciones geográficas de procedencia; y el derecho de autor, que abarca las obras literarias y artísticas, tales como las novelas, los poemas y las obras de teatro, las películas, las obras musicales, las obras de arte, tales como los dibujos, pinturas, fotografías y esculturas, y los diseños arquitectónicos. Los derechos relacionados con el derecho de autor son los derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes sobre sus interpretaciones y ejecuciones, los derechos de los productores de fonogramas sobre sus grabaciones y los derechos de los organismos de radiodifusión sobre sus programas de radio y de televisión [...]”.

Quedan por tanto así diferenciados de forma fehaciente en función de su ámbito de aplicación:

- la propiedad industrial, que abarca el apartado más técnico de la propiedad intelectual.

- el derecho de autor, que regula el ámbito artístico de la propiedad intelectual.

Los derechos derivados del derecho de autor son los derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes sobre sus interpretaciones y ejecuciones, los derechos de los productores de fonogramas sobre sus grabaciones y los derechos de los organismos de radiodifusión sobre sus programas de radio y de televisión.

Richard Stallman (2006) en su ensayo *Did You Say "Intellectual Property"? It's a Seductive Mirage* ya planteaba la necesidad de no hacer uso del término propiedad intelectual como forma genérica de referirse a cada uno de los derechos que agrupa, sino de hacerlo de forma individualizada para cada uno de ellos. Como él mismo describía³⁹⁴:

“La legislación sobre los derechos de autor fue diseñada para promover la autoría y el arte, y se aplica a los detalles de la expresión de una obra. La legislación sobre las *patentes* iba dirigida a animar a la publicación de ideas útiles, al precio de dar un monopolio temporal sobre ella, un precio que puede merecer la pena pagar en unos campos y no en otros.

La legislación sobre *marcas*, en cambio, no estaba destinada a promover ninguna actividad en particular, solo a permitir a los compradores saber qué están comprando. Sin embargo, los legisladores bajo la influencia de la «propiedad intelectual» la han convertido en un esquema que proporciona incentivos a la propaganda”.

Por la naturaleza de la propia Internet, debemos atender al derecho de autor como la parte de la propiedad intelectual que regula su actividad. En realidad, el derecho de patentes y marcas apenas tiene su reflejo en lo referente a los registros de los nombres de dominio, y es éste un derecho poco controvertido. Una vez realizada esta aclaración, no debemos perder la perspectiva de que *el derecho de autor nació con la finalidad de defender los derechos de los editores, no de los autores* y así viene reflejado en la legislación relativa a la propiedad industrial desde el siglo XVII como veremos a continuación.

³⁹⁴ La cursiva es nuestra.

2. El derecho de autor en la historia: un modelo de gestión acorde con el editor

Aunque no es correcto hablar de propiedad intelectual, en sentido estricto, podemos afirmar que se trata de un concepto que ha estado vigente desde el principio de la historia. Comenzando con las limitaciones de acceso al conocimiento (antiguamente prohibido), que se ha mantenido desde tiempos inmemoriales por multitud de credos; desde el conocimiento secreto de los sacerdotes egipcios, pasando por los oráculos griegos y romanos, los druidas celtas o, en última instancia, los monjes cristianos. Como reflejaba Burke (2002)³⁹⁵: *“El clero medieval, ya mucho más cercano cronológicamente, se aprovechaba de su monopolio sobre la cultura para mantener y asegurar un nivel de influencia social y de poder sobre el resto de los estamentos sociales, incluida la realeza, que era analfabeta”*. Hablamos, entonces, de la tradición de restringir el acceso a la cultura o el saber en según qué condiciones.

El primer gran momento histórico que favoreció el reconocimiento de la existencia del derecho de autor fue la aparición de la imprenta de Gutenberg en 1454. La invención de la misma supone el primer vehículo de popularización del conocimiento al permitir reproducir y difundir a gran escala contenidos impresos. Fue en ese momento cuando el derecho realmente se ve en la acuciante necesidad de regular todas las cuestiones nacidas a partir de este nuevo tipo de propiedad (Díaz, 1999).

El primer estado que optó por la regulación de los derechos de autor fue Francia, durante el siglo XVI, con una regulación prácticamente inaplicable que exigía la autorización Real de cualquier obra impresa.

El Reino Unido fue el siguiente en abordar la cuestión en 1557 creando un monopolio –*Stationer's Company*– gestionado de forma directa por la Iglesia (sólo las universidades escapaban a su control), sobre el uso de la imprenta. Con este sistema se cumplía una doble intención, se controlaba el contenido y, de forma secundaria, se protegían las obras de las falsificaciones. Fue el primer ejemplo de legislación directa de la propiedad intelectual.

Durante la Revolución Gloriosa de 1668, cambió la situación, permitiendo la libertad de impresión, sin autorización previa. Por vez primera el mercado estuvo por encima de la propiedad intelectual.

³⁹⁵ Citado por Sádaba (2008: 28)

En 1709, el Parlamento británico se vio obligado a restaurar el modelo anterior a través del *Statute of Anne* debido a la situación caótica de copia indiscriminada y a la escasez de producción intelectual que llegaba a editarse, principalmente porque los editores británicos sólo imprimían aquellas obras que estimaban rentables. La finalidad de esta nueva ley fue la de *proteger al editor, no al autor*; reconociendo a los editores facultades puramente patrimoniales, pero sin dotar al autor de reconocimientos sobre la autoría –“son el librero y el tipógrafo quienes obtienen beneficio, no el autor que debía acordar su propia compensación con el editor” (Guedon 2002).

El modelo retributivo del autor, hasta esa fecha, había sido el tradicionalmente conocido como *mecenazgo*, en el que las aportaciones dinerarias de un patrocinador soportaban los gastos del artista. Pero a raíz de la patrimonialización de los derechos de autor se abrió una vía para que los autores pudiesen independizarse; a partir de ese momento los autores podían comercializar su obra de forma, más o menos, autónoma,

No será hasta 1755 cuando en la *“Enciclopedia Francesa”* se reconozca *por vez primera al escritor* el derecho de propiedad sobre sus obras, derecho que tendrá su reflejo legal en una ley de 1793, posterior a la revolución, que preveía la posibilidad de ceder o vender tanto la propiedad completa de la creación como sólo una parte. Además, el derecho no abarcaba únicamente la producción de las bellas artes, sino también su reproducción.

Hubo que esperar hasta que la propiedad intelectual comenzó su periplo estadounidense, cuando se planteó una posición más ecléctica que buscaba alcanzar un equilibrio entre los incentivos individuales y los beneficios sociales.

La adaptación de los derechos de propiedad intelectual en Estados Unidos durante el siglo XIX superaba las nociones de control de la autoridad o el mero trabajo intelectual, su objetivo supuso un intento de compensar la creación a cambio de fomentar el progreso colectivo, de forma que el *copyright* no actuaba como un mero filtro de contenidos o un mecanismo de retribución laboral, se había convertido en una concesión limitada para estimular la actuación creadora y artística.

Sádaba (2008) recoge como con la llegada del cine se acelera todo el proceso; analizando cada una de las posteriores innovaciones tecnológicas (radio, tocadiscos y televisión) que vienen de la mano de cada nuevo invento

y método de replicación o reproducción (magnetófono, magnetoscopio, lector de casetes, lector de vídeo, etc.). Progresivamente, las relaciones de los autores con la obra producida comienzan a cambiar a causa de las tecnologías de difusión: la obra de arte entra en la "época de la reproductibilidad técnica".

Es entonces cuando se redefinen los perfiles del autor y su vínculo con lo producido, y con las empresas que lo financian. Los discos y las películas tienen que ser regulados de manera novedosa, hay que asegurar una compensación económica a autores y propietarios ante su reproducción masiva (pública o privada).

La *Copyright Act* estadounidense establecía en 1909 que una película era de quien la había financiado (productor, cadena, compañía, mecenas o lo que corresponda) durante 25 años (renovable) si quedaba registrada en la Biblioteca del Congreso (Washington). Esto supuso un respaldo a las tesis más mercantilistas de la propiedad intelectual, en detrimento de los verdaderos creadores como directores, guionistas o realizadores (que podían ser sustituidos al gusto por el propietario cuando éste quisiera, según dicha ley).

En Europa, más fieles al acuerdo firmado en la Convención de Berna (1923), la propiedad mantenía un status compartido, y repartido, entre el productor y el realizador.

Conforme los medios audiovisuales, radio y televisión, incrementaron su alcance y su audiencia, se volvieron más complejas las formas de retribución y distribución de los derechos de autor. En principio se optó por copiar el sistema de remuneración utilizado en los espectáculos donde, el propietario de la obra, cobraba en función de la cantidad de veces que la obra era reproducida o proyectada. En Estados Unidos los autores no cobraban en función de la cantidad de reproducciones de la obra; era el productor (auténtico propietario y beneficiario) quien obtenía ese beneficio, percibiendo el autor una cantidad invariable.

Con el crecimiento de la industria cultural, se hizo habitual que el número de intermediarios que aparecieron entre el público y el autor aumentase, apareciendo figuras como los impresores, editores, productores, agentes, distribuidores, etc.

La industria cultural nunca ha recibido la innovación en los medios técnicos con excesivo entusiasmo; así, la aparición de maquinaria para replicar, copiar o reproducir, como por ejemplo la fotocopiadora, el magnetófono, la grabadora de casetes, los vídeos, etc. (Boyle, 2003; Attali, 1989). Para los "empresarios culturales", auténticos gestores de los derechos de propiedad intelectual, ha sido primordial el conseguir limitar su venta, imponer tasas, dificultar la copia, etc. Mientras el derecho se ha encargado de proteger no la obra, sino la utilización que se puede hacer de ella sin el consentimiento del autor (Attali, 1989).

La legislación, como suele ser habitual, no va a la par de los avances técnicos ya que le es imposible regular problemas inexistentes. Ésta encuentra dificultades para ejercer la función de control que se le supone y pretende, de forma que trata de ajustar intervención legal para la defensa de los bienes en conflicto frente a las novedades de la tecnología.

En 1996 fue presentada una propuesta de directiva para armonizar los regímenes nacionales sobre el "derecho de participación" del autor en el beneficio de obras de arte originales. En noviembre de 1996 se aprobó otra comunicación con la intención de establecer un segundo libro verde sobre los derechos de autor. Fue un proceso que contó con consultas "a los medios interesados", y que acabó tras la aprobación de la directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la "sociedad de la información" (que pretendía adaptar la regulación jurídica a la evolución tecnológica). El otro punto que el legislador trató de adoptar fue la incorporación al ordenamiento jurídico europeo de dos tratados; aprobados en 1996 por la WIPO/OMPI y promulgados en marzo de 2000.

La llegada y popularización de las comunicaciones digitales (con Internet a la cabeza) quebró el equilibrio, ya bastante inestable, que se había ido forjando con anterioridad (Lessig, 2005). Las nuevas tecnologías de la información y la comunicación sobrepasaban en gran medida los supuestos previstos en las leyes obligando a los gobiernos a optar por *una disyuntiva: desarrollar* nuevas regulaciones que abarquen las nuevas situaciones surgidas al amparo de las nuevas tecnologías, *o adaptar* las regulaciones existentes cubriendo aquellos espacios que carecían de cobertura legal.

3. Internet, un reto para la gestión de los derechos de autor conforme al modelo tradicional

La industria de la propiedad intelectual ha quedado desbordada con la irrupción de Internet. La defensa de la propiedad intelectual es el reflejo del poder y la capacidad de influencia que, en un momento histórico concreto, la industria de la edición tenía frente al legislador. Bordieu (1997) se refiere a esta relación indicando que el campo jurídico no constituye un ecosistema limpio e impoluto de toda componenda política o libre de los imperativos de la economía. El hecho de lograr hacerse reconocer como tal, neutro y autónomo, conquistando su objetiva independencia, contribuye a producir unos efectos sociales absolutamente reales (en primer lugar, sobre aquellos cuya profesión consiste en interpretar las leyes y establecer jurisprudencia). Responde, en cambio, a correlaciones de fuerzas dadas, a estructuras sociopolíticas concretas y a fases históricas en las que está incrustado y con las que interacciona.

Pero el efecto que ha supuesto la comunicación en la red ha dado un vuelco a las aspiraciones de la industria del entretenimiento. Las nuevas tecnologías han supuesto dos hitos bastante importantes, y hasta el momento imposibles de abordar, para la industria cultural que cabe señalar. Se ha conseguido popularizar el conocimiento acercando los contenidos desarrollados a lo largo del tiempo por la humanidad –como la ciencia, el arte, la música, o el cine– a un público que anteriormente *no tenía capacidad para acceder* a él. Además ha permitido que esta popularización haya sido posible a un coste despreciable gracias al increíblemente bajo coste de duplicación que la tecnología posibilitaba.

La industria cultural ha visto reducida su capacidad de control sobre los contenidos existentes en el mercado, además de la ruptura del monopolio que mantenían antes de la aparición de este nuevo canal. Así lo reflejaba Lessig (2008) cuando indicaba, que ya en septiembre de 1995, la industria de contenidos comenzó a diseñar *una estrategia para proteger un modelo de negocio* frente a las tecnologías digitales. En 1997 y 1998, esta estrategia fue implementada a través de una serie de nuevas leyes destinadas a extender el tiempo de *copyright* de la obra, reforzar las penalidades criminales para los que infringen el *copyright*, y para punir el uso de tecnologías que intentaban evitar las trabas digitales colocadas en el contenido digital. Sin embargo, esta estrategia se ha encontrado con la oposición de los principales desarrolladores y empresas que crearon Internet. Aquellos que defienden la

neutralidad de la red, estiman que Internet debe permanecer sin cambios para garantizar que sus contenidos no serán objeto de manipulación por aquellos que gocen de los privilegios suficientes para alterarlos.

La aparición de una sociedad plenamente interconectada ha permitido la generación de una cantidad de oportunidades nunca acontecida hasta ahora. El acceso a la información y al conocimiento en general (a la formación profesional, a la cultura, a la ciencia y al puro entretenimiento) se hace ahora más fácil y barato que nunca, en términos de costes de adquisición y de producción.

Los contenidos disponibles en Internet en forma de datos, textos, imágenes, videos... están en continuo crecimiento, y, a diferencia de los grandes “almacenes” del saber tradicional como las bibliotecas o videotecas, en Internet es posible incorporar, para su consulta, nuevo conocimiento de forma casi inmediata.

La red se ha convertido en una nueva biblioteca de Alejandría que pugna por abarcar todo el conocimiento que ha existido, existe y posiblemente existirá... Un ambicioso proyecto en el que participan cada una de las personas que de forma habitual se conectan a la red, Pero para los intermediarios, aquellos que controlaban el monopolio del conocimiento, el acceso a los bienes creativos que ha existido un cambio importante.

Por primera vez en su existencia, no son capaces de controlar la distribución del conocimiento. Se sienten amenazados, y en lugar de adecuar su modelo de gestión a las nuevas tecnologías, han optado por seguir su sistema habitual de actuación (como hemos visto anteriormente) de impedir el uso de las tecnologías de acceso a la información y castigar a aquellos que acceden a los contenidos.

Nos encontramos, por tanto, en una interesante disyuntiva. De un lado se ha alcanzado el objetivo de aprovechar las nuevas tecnologías para divulgar el conocimiento (y alcanzar un mayor enriquecimiento cultural), y de otro lado, los usuarios consumidores de la cultura son criminalizados por leyes, dictadas bajo el discurso de la industria del entretenimiento (adali de los autores) amparada por una legislación dirigida a limitar su expansión.

James Boyle (2003) hablaba de proteger una “renta de monopolio” (*monopoly rent*). Y la culpa recae sobre quien accede y propaga cultura sin pagar. El autor, en realidad, poco tiene que ver con esta historia. Los

derechos de autor son ampliamente asumidos por quien retiene el *copyright* o las patentes, y, en este caso se trata casi siempre de intermediarios. No resulta extraño que los principales precursores de las restricciones en el uso y acceso a Internet sean los principales grupos de comunicación y el entretenimiento.

Si en el siglo XX tuvimos constancia de la *Era de la Energía* o la de la Electrónica, el siglo XXI es, sin lugar a dudas (y hasta que haya un nuevo cambio que la desbanque) la *Era del Conocimiento*.

3. 1. Un cambio en el sistema de distribución: soporte físico frente a digital

Los nuevos activos de la economía ya no son tanto la tierra, las materias primas o el trabajo; *la información* es lo que hoy en día marca la diferencia en la producción. Si evaluamos el coste de cualquier producto que podemos adquirir, encontraremos que un porcentaje del mismo corresponde al valor de fabricación, pero el mayor coste del mismo poco tendrá que ver con el importe del material que lo compone, gran parte de su coste servirá para pagar la investigación, el diseño, las estrategias de marketing, la publicidad... los llamados “intangibles”. Ya que el valor agregado de un producto reside cada vez más en el conocimiento incorporado en su diseño y producción que en el propio producto en sí. O sea, el conocimiento, la información organizada, representan un factor de producción, un capital económico de primera línea.

Si trasladamos estas reflexiones a los bienes cuya naturaleza tiene su razón de ser en los derechos de autor, el diferencial se dispara. Sólo habría de valorarse el contenido de un libro por el peso del papel que lo compone o de un cd de música por la cantidad de componente plástico utilizado en su fabricación; pero no es así, *el valor es la obra*. Hasta ahora, cuando la disponibilidad de estos productos exigía la existencia de ese soporte material (el libro impreso, el disco, la cinta) era natural que fuese cobrado el costo incorporado. Es más, sin la intervención del editor, sin la emisora de TV/radio o las grandes distribuidoras, era complicada la difusión de la creación. Estos intermediarios eran los encargados de propagar y dar a conocer la cultura y el conocimiento.

Sin embargo, el soporte físico está cada vez más en desuso, la alternativa digital ofrece mayores ventajas económicas, de producción, de distribución... pero el precio se mantiene. Hoy en día, estas mismas corporaciones intentan evitar la disponibilidad, pues con la era digital, podemos apreciar un libro, una música, un film, sin precisar de soporte material. La lógica económica del conocimiento difiere de la que rige en la producción física. El producto físico entregado por una persona, siguiendo la "*traditio*" romana, deja de pertenecerle. El conocimiento, como bien inmaterial, permite su transmisión entre personas sin que ello suponga una merma del original. En términos económicos, estaríamos ante lo que se denominan bienes "no rivales".

Como ya recogíamos para este mismo ámbito en Hernández-Carrión (2005: 125): "En el nuevo marco, gran parte de la producción de los bienes no solo tienen costes marginales decrecientes, sino que incluso no tienen ningún coste marginal adicional y no se gastan ni limitan en su uso. Ese es el gran atractivo de la revolución de la Era Digital. En el mundo del digital tú puedes escuchar infinitas veces una canción sin desgastar el soporte, copiarla sin coste monetario y crear bucles culturales de retroalimentación como nunca habían sido imaginables con anterioridad. Simplemente es desde este punto de vista que al ciudadano se le limita el acceso a su propia cultura, incluso a los bienes que tradicionalmente ha provisto el estado. Se le podrá obligar a pagar precios abusivos por productos que no tienen coste alguno para la empresa simplemente con el propósito de maximizar los márgenes de ganancia por delante de cualquier otra consideración".

Thomas Jefferson, en 1783 fue muy elocuente: "Si la naturaleza ha hecho una cosa menos susceptible que ninguna de la propiedad exclusiva, es la acción del pensamiento denominada idea... Las ideas deberían diseminarse de persona en persona por todo el planeta, por la moral y mutua instrucción del ser humano, y mejorando su condición, parece haber sido particular y benevolentemente diseñada por la naturaleza, de forma que en su diseño, como el fuego, pueda expandirse ocupando todo el espacio, sin disminuir su densidad en ningún momento, y como el aire que respiramos, donde nos movemos y existimos físicamente, sin posibilidad de confinamiento o apropiación de forma exclusiva. Las invenciones, por su

naturaleza, no pueden ser objeto de propiedad o apropiación” (Lessig, 2001: 94)³⁹⁶.

En términos generales el conocimiento se acomoda mal a la propiedad privada. Es por eso que los derechos de propiedad intelectual, derechos de autor e industrial, sólo garantizan derechos de explotación exclusiva durante un período limitado de tiempo. Por lo tanto, y valorando la teoría general económica en la que sólo la escasez de un bien incrementa su precio ¿qué debe hacerse para encarecer un bien que no se agota con su transmisión? *Restringir su capacidad de difusión*. Esto generará que mientras la gran batalla del siglo XX se centró en la propiedad de los medios de producción, *la batalla del siglo XXI se va a centrar en la libertad de distribución*.

En cierta manera, se forma una gran tensión entre la sociedad actual, cada vez más centrada en el conocimiento, y el sistema legal basado en productos materiales característicos del siglo pasado. Lo esencial aquí, es que el conocimiento, una vez desarrollado, es indefinidamente reproducible, y, por lo tanto, sólo se transforma en valor monetario cuando alguien se apropia de él, impidiendo que otros puedan tener acceso al mismo sin pagar un canon por uso. Para los que intentan controlar el acceso al conocimiento, éste sólo adquiere valor de venta al crearse artificialmente, por las leyes y no por los mecanismos económicos que de forma natural lo generarían, como la escasez. Por simple naturaleza técnica del proceso, la aplicación a la era del conocimiento de las leyes de la reproducción de la era industrial supone una mayor dificultad para el acceso a los contenidos.

Es reseñable que, mientras los gobiernos luchan por facilitar la circulación de bienes físicos de forma global en todos sus territorios, de otra parte tratan de impedir la libre circulación de ideas y de creación artística (en parte por la influencia de las corporaciones de gestión de derechos). Los mismos intereses que llevaron a globalizar el territorio para facilitar la circulación de bienes, llevan ahora a fragmentar y a dificultar la circulación del conocimiento. Es sin duda *la libertad económica para la corporación, pero a costa de la libertad del usuario* (Dowbor, 2009).

³⁹⁶ Citando a T. Jefferson: “If nature has made any one thing less susceptible than all others of exclusive property, it is the action of the thinking power called an idea... That ideas should freely spread from one to another over the globe, for the moral and mutual instruction of man, and improvement of his condition, seems to have been peculiarly and benevolently designed by nature, when she made them, like fire, expansible over all space, without lessening their density at any point, and like the air in which we breathe, move, and have our physical being, incapable of confinement, or exclusive appropriation. Inventions then cannot, in nature, be a subject of property” (p. 94). Ver también Boyle, op. cit., p. 20.

3. 2. Intencionalidad del derecho de autor, ¿innovar o retribuir?

El desarrollo del conocimiento debe ser retribuido, pero el conocimiento en sí no puede considerarse una “propiedad” en el sentido tradicional del término. Hay que buscar nuevos modelos que permitan a los autores/creadores/inventores ser económicamente compensados de una forma equitativa por su labor creativa, pero siempre manteniendo el foco en el hecho que la finalidad de los derechos de Propiedad Intelectual no tienen su razón de ser en el aspecto económico, la propiedad intelectual pretende garantizar la innovación, busca fomentar la creatividad futura, para ello debe garantizar que todo bien inmaterial que sea protegido por la legislación de derechos de autor, o industrial, vuelva en un plazo razonable al dominio público y así evitar que mecanismos de defensa como las patentes sean utilizados para impedir la innovación en lugar de fomentarla.

Una opción que podría contemplarse, como ya se hace en algunos países es hacer prevalecer el “*use it or lose it*”, de forma que el reconocimiento que se haga a una persona o empresa de una patente o de *copyright* no pueda utilizarse para paralizar el desarrollo. *El conocimiento tiene una función social.*

Según James Boyle (2008: 224), “la mayor parte de las grabaciones de sonido hechas hace más de cuarenta años atrás están comercialmente inaccesibles. Después de cincuenta años, apenas un minúsculo porcentaje aún está siendo comercializado y sería extremadamente difícil encontrar a los dueños de los restantes; pueden haber muerto, cerrado el negocio, o simplemente haberse desinteresado. Lo mismo acontecería si el compositor pudiera ser encontrado, el pago por medio de una asociación coleccionadora, sin el consentimiento del dueño del *copyright* sobre la grabación musical, la obra tiene que quedar en la biblioteca. Estas son las “obras huérfanas”, una categoría que probablemente constituye la mayor parte de los productos culturales del siglo XX. Mientras tanto, como ya fue mencionado, sin la autorización del dueño del *copyright* es ilegal copiar o redistribuir o ejecutar estas obras, mismo sobre una base sin fines lucrativos. El objetivo del *copyright* es de alentar la producción y acceso a obras culturales. *Desempeñó su papel fortaleciendo la producción, si bien ahora opera como una cerca para impedir el acceso.* Conforme pasan los años, continuamos el proceso de cierre del ciento por ciento de nuestra cultura registrada de cada

determinado año para beneficiar un porcentaje cada vez menor –los ganadores de esta lotería– en una política cultural grotescamente ineficiente”³⁹⁷.

Con la introducción de las nuevas tecnologías, los costos de transacción de los sistemas propietarios son generalmente más elevados –en términos de tiempo, dinero, menor comunicación, menor capital humano...– que los beneficios que se obtienen. Además, el perjuicio que se causa por el freno de la capacidad social de creación es mucho mayor que el beneficio meramente económico que se obtiene de la explotación de esos derechos; como ejemplo podemos citar el caso de las empresas farmacéuticas, que explotan las patentes de las vacunas en países en desarrollo: ¿Cuántas muertes deben acaecer para que el coste de éstas vacunas sea equiparable al coste material de fabricación?

3. 2. ¿Conocimiento libre para una sociedad libre?

En determinadas áreas del conocimiento están surgiendo iniciativas dirigidas hacia una mayor racionalización del uso de la propiedad intelectual, El libre acceso es económicamente más viable y productivo, y resultará en más –y no menos– actividades creativas.

“Lo que tenemos por delante, son menos apelaciones dramáticas a la ley y la ética, y más buen sentido en la redefinición de las reglas de juego que protejan al autor de innovaciones, los diversos intermediarios, y sobre todo el interés final de toda creación, que es el enriquecimiento cultural y científico de toda la población. El hecho de que bienes culturales y educacionales se volviesen casi gratuitos gracias a las nuevas tecnologías, no debe constituir un drama, y sí una inmensa oportunidad. En una era en que se destinan

³⁹⁷ En el original inglés: “The majority of sound recordings made more than forty years ago are commercially unavailable. After fifty years, only a tiny percentage are still being sold. It is extremely hard to find the copyright holders of the remainder. They might have died, gone out of business, or simply stopped caring. Even if the composer can be found, or paid through a collection society, without the consent of the holder of the copyright over the musical recording, the work must stay in the library. These are “orphan works” – a category that probably comprises the majority of twentieth-century cultural artifacts. Yet as I pointed out earlier, without the copyright holder’s permission, it is illegal to copy or redistribute or perform these works, even if it is done on a nonprofit basis. The goal of copyright is to encourage the production of, and public access to, cultural works. It has done its job in encouraging production. Now it operates as a fence to discourage access. As the years go by, we continue to lock up to 100 percent of our recorded culture from a particular year in order to benefit an ever-dwindling percentage –the lottery winners– in a grotesquely inefficient cultural policy”.

inmensos recursos para la educación en el mundo, intentar trabar el acceso no sólo no es legítimo, ni ético, como constituye un contrasentido” (Dowbor, 2009).

En el fondo toda invención tiene su origen en un conocimiento previo que ha servido de base para desarrollar las nuevas teorías. El conocimiento no está aislado, forma parte de *un sistema* en el que cada miembro aporta una pequeña parte por cada mil que toma, asumiendo como propia la labor de miles de creadores que anteriormente ejercieron su actividad, esto es válido para investigadores, escritores, ingenieros, músicos... no existe ninguna rama de la creación que no necesite de un pasado para innovar. Por consiguiente, no es descabellado afirmar que la innovación es un proceso socialmente construido, y debe haber límites a su apropiación individual.

Para dar un ejemplo traído por Alperovitz y Daly (2008), cuando Monsanto adquiere control exclusivo sobre determinado avance en el área de semillas, como si la innovación tecnológica fuese un aporte apenas de ella, olvida el proceso que sustentó estos avances. Lo que ellos no precisan considerar –nunca– es la inmensa inversión colectiva que llevó a la ciencia de la genética de sus inicios aislados al punto en que la empresa toma su decisión. Todo el conocimiento biológico, estadístico y otro sin el cual ninguna de las semillas altamente productivas y resistentes a enfermedades podrían ser desarrolladas –y todas las publicaciones, investigaciones, educación, entrenamiento e instrumentos técnicos relacionados sin los cuales el aprendizaje y el conocimiento no podría haber sido comunicado y fomentado en cada estadio particular de desarrollo, y entonces repasado durante el tiempo apropiado, también en una fuerza de trabajo entrenada de técnicos y científicos –todo eso llega a la empresa sin gravamen, un presente del pasado.

Si añadimos la posibilidad de que esos conocimientos puedan haber sido desarrollados con dinero público, la situación se agrava más si cabe. Existe algún movimiento, como dice Eckersley (2009), que hace campaña para que los artículos científicos sean de libre acceso hacia el público, que es quien al final pagó por la investigación con sus impuestos. Históricamente, la mayor parte de los textos científicos quedó confinada a publicaciones caras y esencialmente disponibles apenas para personas con ligazones universitarias. Algunos editores se resistieron al movimiento de libre acceso, pero la tendencia es la contraria. En marzo de este año, por ejemplo, el congreso americano tornó permanente la exigencia de que toda investigación financiada por el Instituto Nacional de Salud sea abiertamente accesible, y

otros países están siguiendo ese ejemplo. Es seguro prever que dentro de una década o dos, la literatura científica estará *online, libre y disponible* para investigación.

Internet se enfrenta al reto de tratar de mantener su espíritu intacto, conseguir que se convierta en el reflejo de lo que debería ser la base de una sociedad más libre y equitativa. Si el alma de la red es el conocimiento y la información, la legislación que se encargue de regularla, debe ser lo suficientemente abierta para garantizar los derechos de los usuarios que buscan un *mayor acceso a la cultura, la información o el conocimiento*.

4. La sociedad del conocimiento, un hecho jurídico a proteger

El legislador debe asumir una posición con perspectiva, hacer un esfuerzo para no sucumbir a las tesis de la industria de los contenidos, que sigue defendiendo el hecho de mantener a la gente aislada con tal de no perder sus privilegios, en lugar plantearse cambios en su estructura que les permita continuar en el negocio de una forma más equitativa, más social.

Cuando las principales empresas del sector de las tecnologías de la información –Adobe, Google, IBM, Oracle, Nokia, etc.– asociadas en la ECIS³⁹⁸ expresan su preocupación por la gestión de la negociación del ACTA³⁹⁹.

En concreto los socios de ECIS muestran su rechazo por la regresión que supone el Acuerdo Anti-Falsificación (ACTA) en relación con la ya de por sí muy restrictiva Directiva 2001/29/CE, en la que al menos se alcanzó el acuerdo, gracias al Parlamento Europeo, como reconocen textualmente los miembros de ECIS en el comunicado, para permitir eludir las medidas tecnológicas de protección de los programas de ordenador (amparados por las leyes sobre derechos de autor) que permitan adecuar la interoperabilidad y prevenir que se obstaculice la competencia y la innovación.

³⁹⁸ Una asociación sin ánimo de lucro de carácter internacional fundada en 1989 cuyo fin es promover un entorno favorable para la creación de soluciones tecnológicas para la información y la comunicación. Representa a sus miembros en asuntos relacionados con la interoperabilidad y competencia, especialmente las instituciones de la Unión Europea y la OMPI.

³⁹⁹ El Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA, Acuerdo comercial anti-falsificación) es una propuesta para un acuerdo comercial plurilateral, según sus promotores, en respuesta al "incremento de los bienes falsificados y obras protegidas por copyright en el mercado global". El ámbito de ACTA es amplio, incluyendo la falsificación de bienes físicos, así como la "distribución en Internet y las tecnologías de la información.

Pero ECIS denuncia que ACTA no hace esta excepción de forma que ninguna disposición del presente borrador del ACTA indica que tales disposiciones no se aplican a los programas de ordenador, dejando la interpretación mucho más abierta.

ACTA extiende el sistema de patentes de Estados Unidos al resto del mundo, con la inseguridad jurídica que supone el hecho que los criterios de patentabilidad en el espacio jurídico europeo y estadounidense difieren. De esta forma en el ámbito de aplicación del software (no patentable en Europa) se daría la situación que con la redacción actual del ACTA se criminaliza la "infracción de patentes de software" con condena de cárcel incluidas.

El impacto sería particularmente grave en el ámbito de la interoperabilidad de software, ya que la imposición de sanciones penales a los desarrolladores supondría una merma en la capacidad innovadora y de desarrollo de los programadores europeos.

Para concluir, ECIS critica a la Unión Europea y la falta de transparencia llevada a cabo en las negociaciones de un acuerdo comercial de estas características y con las implicaciones que tiene; económicas, pero sobre todo en lo referente al derecho de los ciudadanos en lo concerniente al secreto en las comunicaciones.

Sobre el camino que el legislador deberá tomar frente a la regulación de Internet, nos resultaría complicado definir el mismo. Ante todo, parece fundamental no perder la perspectiva, y tratar de regular el marco general valorando únicamente la problemática de la propiedad intelectual. Si en la época de la Revolución Industrial, el legislador hubiese defendido al gremio frente a la nueva maquinaria, no estaríamos hablando de una revolución que fue.

El término *revolución implica cambio* y por definición, todo cambio es traumático pues implica el romper con una estructura establecida para la creación de otra nueva radicalmente diferente. Ese cambio ya existe en el mundo de la propiedad intelectual.

Desde finales del siglo pasado ya existen movimientos que han optado por nuevos *sistemas de retribución de los autores*, han dejado el soporte físico, obsoleto, por sistemas de distribución digital, pero abren nuevos mercados para otros productos complementarios. Por poner algunos ejemplos, en el ámbito del software hay dos corrientes –Software Libre y Software de Fuentes Abiertas (*open-source*)– que ofrecen su producto sin coste para el usuario, pero ofertan servicios complementarios de interés para el usuario como la personalización, instalación o mantenimiento. Si trasladamos el ejemplo al campo de la música, hay autores que optan por distribuir su música de forma gratuita en la red, como forma de publicitar su

producto, incluso los hay que renuncian a los derechos económicos que, como autores, les correspondería por su obra, ya que estiman que el beneficio económico que les reporta ese aspecto comercial es despreciable en comparación con el beneficio que le supone el ampliar su base de potenciales asistentes a conciertos.

En resumen, el horizonte a seguir es tal vez aquel que describía Francis Fukuyama (1999): “una sociedad basada en la información suele producir más cantidad de dos bienes muy valorados en las democracias modernas: libertad e igualdad. La libertad ha aumentado exponencialmente a través de Internet, y las jerarquías empiezan a desmoronarse”. No debemos renunciar a *los dos pilares de la nueva sociedad del conocimiento, la cultura y la libertad* de la red, pero el camino no está libre de dificultades.

Bibliografía

ALPEROVITZ, G. y DALY, L., *Unjust Deserts*, The New Press, New York, 2008.

ATTALI, J., *Historia de la propiedad*, Planeta, Barcelona, 1989.

BOURDIEU, P., *Sobre la televisión*, Anagrama, Barcelona, 1997.

BOYLE, J., *The public domain: Enclosing the commons of the mind*, Yale Univ Press, New Haven, 2008.

BOYLE, J., "The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain", *Law and contemporary problems*, 2003, págs. 33-75.

BOYLE, J., *Shamans, software, and spleens: Law and the construction of the information society*, Harvard Univ. Press, 1996.

BURKE, P., *Historia social del conocimiento. De Gutenberg a Diderot*, Paidós, Barcelona, 2002.

DÍAZ NOCI, J., "Periodismo y derechos de autor: evolución histórica de la protección jurídica sobre la obra informativa", *ZER Revista de Estudios de Comunicación*, 1999, 6.

DOWBOR, L., *De la Propiedad Intelectual a la Economía del Conocimiento*, dowbor.org, 2009.

ECKERSLEY, P., "Knowledge wants to be free too", *New Scientist*, 2009.

FUKUYAMA, F., *La gran ruptura. La naturaleza humana y la reconstrucción del orden social*, Atlántida, Madrid, 1999.

HERNÁNDEZ-CARRIÓN, J.R., "El marco legal de las TICs como potencial constrictor de espacios y libertades en favor de intereses corporativos y empresariales", en COTINO HUESO, L. (Coord.), *Libertades, democracia y gobierno electrónicos*, Comares, Granada, 2005, págs. 115-132.

LESSIG, L., *Remix: Making art and commerce thrive in the hybrid economy*, Penguin Press, 2008.

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.

LESSIG, L., *The future of ideas: The fate of the commons in a connected world.*, Random House, New York, 2001.

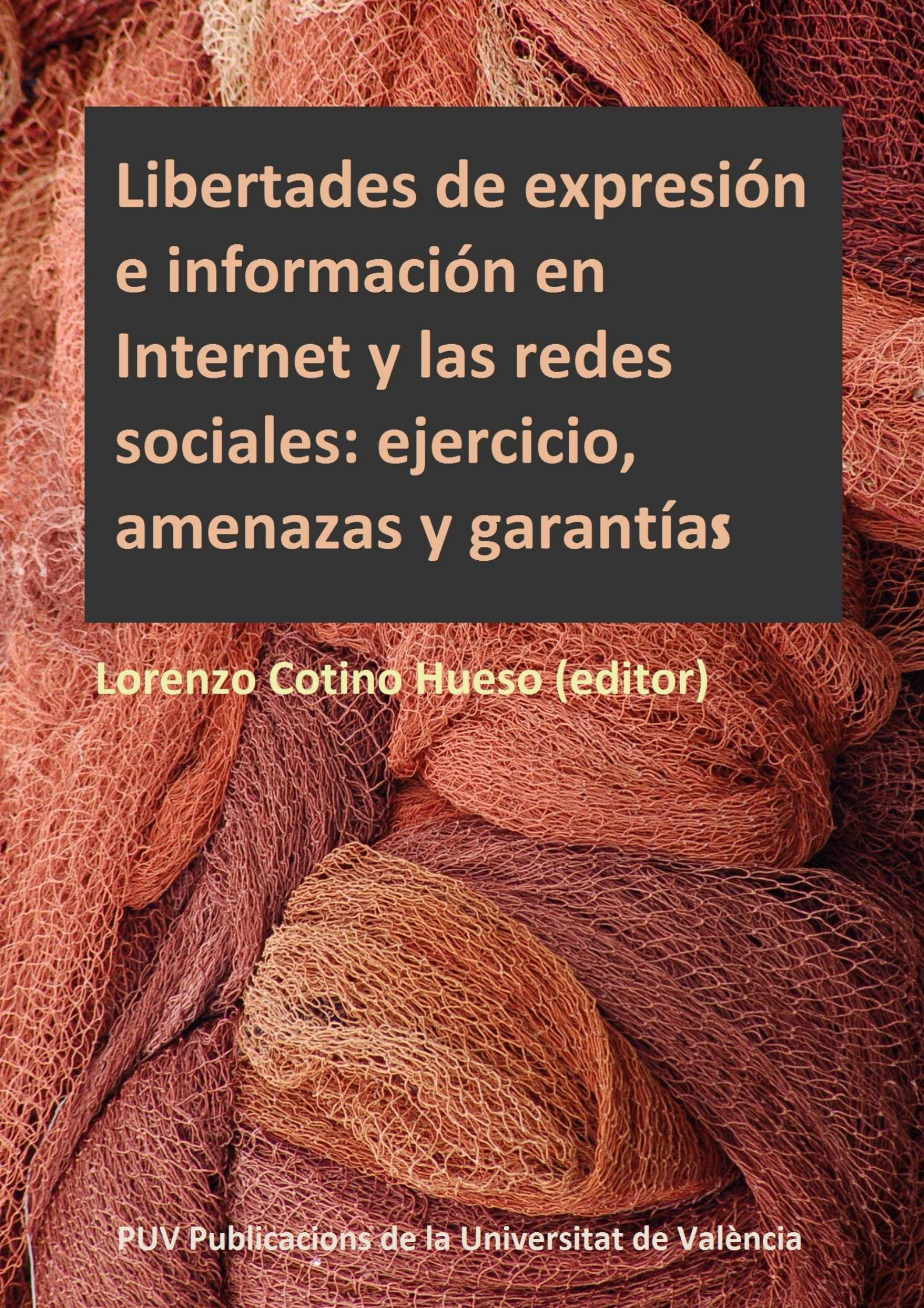
OMPI-ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, *¿Qué es la propiedad intelectual?*, disponible en: <http://www.wipo.int/about-ip/es/> [15/09/2010], actualizado en: 2010.

SÁDABA, I., *Propiedad intelectual: ¿ bienes públicos o mercancías privadas?*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2008.

STALLMAN, R.M., *Did You Say 'Intellectual Property'? It's a Seductive Mirage*, disponible en: <http://www.gnu.org/philosophy/not-ipr.html> [15/09/2010], actualizado en: 2006.

DOI: 10.5281/zenodo.4677697

Lorenzo Cotino Hueso (editor)
ISBN 978-84-694-0081-4

The background of the entire page is a close-up, textured image of orange fishing nets, likely made of nylon or similar synthetic material, piled together. The nets create a complex, interwoven pattern of lines and loops, with varying shades of orange and brown. A dark grey rectangular box is superimposed over the upper portion of the image, containing the title text in a light orange color.

Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías

Lorenzo Cotino Hueso (editor)

PUV Publicacions de la Universitat de València

© Lorenzo Cotino Hueso (editor de la obra)
© Los autores de los textos cuyo contenido se incluye.

Fotografía de la portada, sin título, dispuesta en <http://www.flickr.com/photos/torpe/2863146647/> bajo licencia Creative Commons (11.1.2011) Attribution 2.0 Generic (CC BY 2.0). Su autor es "Torpe", <http://www.flickr.com/photos/torpe/>

Esta obra está sujeta a una licencia *Creative Commons* Reconocimiento – NoComercial – CompartirIgual 2.5 (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/>)

Se permite copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, así como hacer obras derivadas, siempre citando la fuente y acogiéndose en todo caso a la misma licencia. No se permite su uso para fines comerciales.

Publicación digital distribuida en formato PDF:

• Versión online:

<http://www.derechotics.com/congresos/2010-libertades-y-20/e-libro-e-libertades-2010>

• Acceso alternativo en

<http://www.uv.es/cotino/elibertades2010.pdf>

Acceso a la web del libro electrónico en www.derechotics.com (congreso e-libertades 2010)

Cita bibliográfica:

• Del conjunto de la obra:

COTINO HUESO, Lorenzo (editor), *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, PUV (Publicaciones de la Universidad de Valencia), Valencia, 2011, Disponible en <http://www.derechotics.com/congresos/2010-libertades-y-20/e-libro-e-libertades-2010>

Servei de Publicacions de la Universitat de València

ISBN: 978-84-694-0081-4

Nº REGISTRO

El presente libro se realiza merced al apoyo del proyecto MICINN (2010-2012), Las libertades informativas en el contexto de la web 2.0 y las redes sociales: redefinición, garantías y límites (DER2009-14519-C05-01, subprograma JURI (Lorenzo Cotino Hueso, investigador principal))

LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN EN INTERNET Y LAS REDES SOCIALES: EJERCICIO, AMENAZAS Y GARANTÍAS

Obra editada por:

Lorenzo Cotino Hueso

Profesor titular de Derecho constitucional
Universitat de València

*Coordinador de la Red de especialistas en Derecho de las Tecnologías
de la Información y Comunicación*

www.derechotics.com

Valencia
Servei de Publicacions de la Universitat de València
2011

Summary:

The book consists of the work of forty authors, almost all Phd in law and recognized experts on the Internet law. Under the general issue of freedom for speech in the Internet, the constitutional guarantees and threats to this freedom are analysed. It is also studied the political and participatory use of the Internet and the social networks. Besides, some important political and social ciberactivists reflect on internet 2.0 limits on political activity. The book also deals with legal issues concerning liability of the Internet Service Providers and questions about intellectual property. Both are object of study as elements that affect freedom of expression in the Internet. It is also considered the situation of some rights and guarantees of citizens on the Internet, with special attention to the privacy and rights of the public in relation with mass media. Finally, it is reviewed the social networks phenomenon from the perspective of privacy and child protection. It is the most important legal book on the matter in Spain.

Keywords: freedom for speech, mass media, Internet, social networks, web 2.0, privacy, data protection, intellectual property, Internet Service Providers, information society, child protection, constitutional law, censorship.