

**I CONGRESO INTERNACIONAL DE LA
GESTIÓN CULTURAL**

5 y 6 de noviembre en El Egido (Almería)



“CREACIÓN, CREATIVIDAD Y PROPIEDAD INTELECTUAL”

1.- INTRODUCCIÓN

Probablemente, el atributo divino más incontrovertible para los creyentes es el de la capacidad de “crear”, para “producir algo de la nada”¹. Donde se pone de manifiesto el poder omnímodo y exclusivo de la divinidad es, precisamente, en su aptitud para transformar la potencia en acto sin más mediación que la de la voluntad, sin precisar, salvo deseo en contrario, de transición secuencial alguna.

No obstante lo anterior, y a pesar de la trascendencia de los actos divinos, el universo necesita de un doble orden: un *ordo ad unum principium* y también un *ordo ad invicem*, el primero que apuntaría, concretamente, al carácter de creación única de la obra de Dios y el segundo (el *ordo ad invicem*) que, igualmente imprescindible, se hace cargo de las relaciones entre las cosas. De tal forma, que el último de los órdenes no puede ser violado ni siquiera por el Dios-creador, ya que, si así fuera, la “creación” haría imposible la “creatividad”.

Boecio, en su “*De consolazione philosophiae*” lo explica de una manera transparente:

“... La providencia es, en efecto, la propia razón divina, constituida en el principio supremo de cada cosa, que todo lo dispone; el destino, en cambio, es la disposición inherente a las cosas en su movimiento, en virtud de la cual la providencia une todas las cosas y las sitúa en su propio lugar ...”²

Así pues, junto a la “acción” de *crear* se constituye la “facultad” de la *creatividad*. El Ser todopoderoso actúa y al hacerlo crea *ex novo* necesariamente porque, como afirmaría Santo Tomás en su *Contra Gentiles*, “Dios no actúa *per necessitatem naturae*, sino *per arbitrium voluntatis*”³. Es decir, el supremo hacedor no se ciñe a una necesidad natural para “actuar” sino que siempre se trata de una manifestación

¹ Definición dada por la RAE al término *crear*

² Tomado de Agamben, Giorgio. “*El reino y la gloria. Por una genealogía teológica de la economía y del gobierno.*” Pre-texto. Valencia 2008. Pg. 143

³ Santo Tomás de Aquino. *Contra Gentiles*. Lib 2, cap. 23, nº 1. Tomado de Giorgio Agamben oc. Cit. Pg. 72

de la voluntad soberana, como también podría serlo el acto creador del artista a través de su imaginación. Sin embargo, la diferencia consiste

en que, a la hora de crear, el artista necesita combinar la mencionada voluntad y la facultad (creatividad), ambas sometidas, no obstante, a la precariedad de un mundo ordenado, en el que los productos de la imaginación humana no son frutos directos de la providencia divina, sino de la praxis del sujeto.

Es la modernidad la que, en su proceso de secularización y al prescindir de Dios como ente creador, transfiere al ser humano esa exclusiva capacidad de crear a partir de su propia facultad (creatividad) y reconoce, en última instancia, a la naturaleza de las cosas la aptitud para crear “ex novo” a partir de su propio orden. De acuerdo con ello, y en lo que a la creación artística se refiere, el antiguo sujeto del enunciado sustituye al sujeto de la enunciación y la acción ejercida a través de la creatividad se convierte en la auténtica manifestación del libre albedrío, frente al destino natural exigido por el propio orden de las cosas en el momento del crear metabólico y vegetativo.

2.- LAS DOS CARAS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

La superación del clasicismo teológico (Boecio y Suárez, por citar sólo dos ejemplos) y la llegada de la sociedad renacentista convierten a los siglos XVI, XVII y XVIII no sólo en el período de transición entre el antiguo y nuevo régimen sino en el lapso de tiempo durante el cual se articulan, ideológica y económicamente, los elementos centrales de la nueva sociedad. La propiedad, en todas sus formas, y la llamada “acumulación originaria de capital”⁴ se convierten en los ejes del mundo occidental emergente: un comercio expansivo requiere la complicidad de una industria desarrollada y, a su vez, ambos necesitan la construcción de un mercado protegido y la consolidación de un sistema legal capaz de garantizar no sólo los bienes comerciales, sino también las ideas innovadoras que habrían de asegurar la superioridad tecnológica frente al resto de las naciones competidoras.

La aparición de un instrumento de difusión tan poderoso como la imprenta (1448-50) significó que las ideas y el conocimiento técnico ya no dependían de un espacio “canalizado”, controlado por el poder de la Iglesia o de la Corona, sino que ahora el antiguo espacio estriado, lleno de balizas y alertadores, se había vuelto liso y deslizante, capaz de soportar un saber más líquido, que no siempre tenía que discurrir entre los canales previamente fijados. Se hacía pues imprescindible poner en marcha un mecanismo que, al mismo tiempo que incentivara y preservara la invención y la innovación científico-tecnológica también fuera capaz de controlar, políticamente, la circulación de ejemplares en la nueva superficie social. El Estatuto de la Reina Ana (1709), en Inglaterra, es el primer instrumento jurídico, ordenado y sistemático diseñado para cumplir fines comerciales de protección del mercado y, a la vez, alcanzar objetivos de control ideológico de las obras impresas. Este mecanismo pone, incluso, más énfasis sobre sus perfiles de censura y vigilancia que sobre los más estrictamente económicos.

El orden precapitalista necesita de la “invención” (del latín, *invenire*, encontrar) permanente para alimentar una industria sedienta de nuevos productos con los que acudir al mercado nacional o a los

⁴ A este respecto son clarificadores dos clásicos como: Braudel, *F. Civilización material, economía y capitalismo, siglos XV – XVIII* (3 vols.). Alianza. Madrid, 1984 y Paul M. Sweezy: *Teoría del desarrollo capitalista*, FCE México.

extranjeros. La ineludible necesidad de un conjunto de reglas y principios capaces de regular y defender esos inventos alumbraron el nacimiento de la **“Propiedad intelectual”** como forma específica de propiedad. La legislación en esta materia corrió pareja con el propio desarrollo social⁵ y desde el ya mencionado Estatuto de la Reina Ana se llegó a su tratamiento diferencial en la Constitución de los Estados Unidos de América y en la Declaración de los Derechos del Hombre, de la Francia revolucionaria, en 1787 y 1789, respectivamente. Nacían así dos formas distintas de entender la propiedad intelectual, contractualista, pragmática y mercantilista la primera, *ius* naturalista, garantista y social la segunda. A partir de este momento, la defensa de los creadores se escindiría entre los legisladores partidarios del copyright y los seguidores de la doctrina de los *droits d’auteurs*.

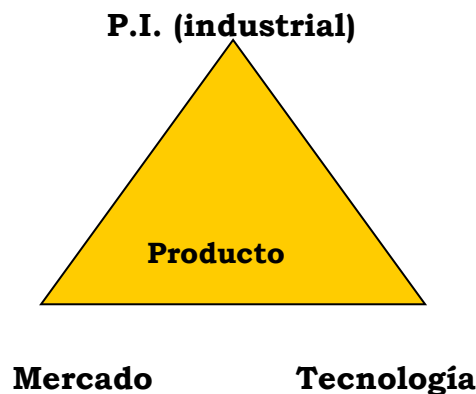
Si el mundo fabril de la primera revolución industrial (finales del XVIII) necesitó de las “invenciones” para asegurarse un mercado, a través de la generación permanente de nuevos productos, la sociedad de la segunda mitad del siglo XX sustituyó la estricta “invención” por el dueto configurado por la “investigación científica”, de carácter público o privado subvencionado, y la “innovación tecnológica”, desarrolladora de nuevas versiones de objetos ya existentes. En esta segunda fase y en términos generales, el sujeto de derechos, al menos en lo que a patentes de explotación industrial se refiere, pasa a ser, mayoritariamente, la empresa o compañía que ha financiado la investigación y que ha hecho posible el desarrollo innovador. De tal manera que la propiedad intelectual, en su perfil industrial, ha ido acentuando su carácter corporativo, sobre todo en lo que tiene que ver con los ámbitos del *hardware*, el *software*, la bioquímica, la genética y, en general, todos los campos de consumo que precisan un uso intensivo de la tecnología.

La obsolescencia planificada que afecta a todos los bienes portadores de tecnologías de última generación acorta la vida de los mismos y, en paralelo, incrementa su tasa de sustitución, lo cual, a su vez, convierte las inversiones y gastos en I+D+i, en activos financieros de primera magnitud que han de estar protegidos y garantizados de la mejor manera posible.

⁵ Véase Baylos Carroza. H. “*Tratado de Derecho Industrial*”. FCE México. 1963

Así pues, el paraguas de la propiedad intelectual acoge y cobija a dos especies que, por naturaleza y proyección social, poco o nada tienen que ver. Como hemos visto, la consideración de activos estratégicos que en estos momentos iniciales del siglo XXI se otorga a los elementos de innovación tecnológica precisa de formas de protección específicas que hacen de la propiedad intelectual relativa a los mismos una estructura socio-jurídica tan específica que, poco o nada, tiene que ver con la defensa y protección de los objetos artísticos, fruto de la creatividad humana. Es cierto, sin duda, que las industrias culturales ocupan un espacio mayor y más preponderante en un mundo que cada vez concede más importancia al ocio y al entretenimiento. Sin embargo, la esencia de estas “mercancías” estriba, precisamente, en su singularidad, a pesar de que como tales objetos “mercantiles” pueden tener algunos de ellos al menos, las mismas características de sus homólogos comerciales: producción masiva, clonación sistémica, distribución global y aparente estructura contable asimilada. No obstante lo anterior, la diferencia fundamental radica en que la obra de arte (plástica, musical, literaria, etc.) es siempre la manifestación personal e íntima de la acción de la capacidad creativa del sujeto. Goux aseguraba que el sentido sólo existe en la derivabilidad de la función, por ello las funciones continuas carecen de cualquier tipo de discurso significativo⁶. Ésta sería la clave para poder entender y explicar cómo los derechos de autor, en su vertiente de propiedad intelectual artística, buscan remunerar y dar continuidad a un sujeto físico “sintiente” y no simplemente, amortizar la inversión estratégica realizada por ese otro “sujeto corporativo”.

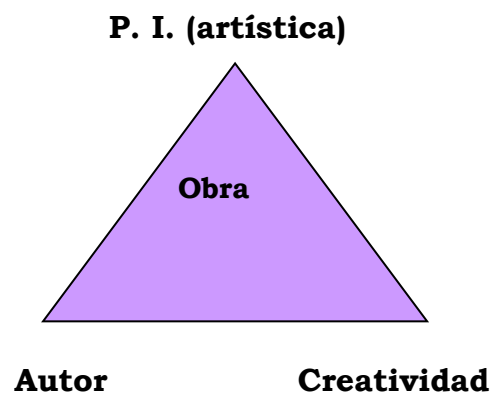
Se podría decir, pues, que existe una geometría propia de la propiedad intelectual industrial,



⁶ JJ. Goux *Economie et Symbolique*, pgs. 149 y ss. Seuil. Paris. 1973

en la que sobre los dos vértices de la base de un triángulo imaginario que da forma al “producto” se asienta un tercero constituido por la propiedad intelectual corporativa. Así, mercado y tecnología generan y soportan ese tercer vértice superior sobre el que reposa el espacio jurídico de las patentes y las licencias industriales.

Existiría, sin embargo, otro triángulo para la propiedad intelectual artística,



en el que a ambos vértices de una misma base se encontrarían el “autor” de la “obra” que configura el interior de la figura y como tercer vértice convergente y superior quedaría, esta vez, también la propiedad intelectual, pero en este caso en su versión artística.

En definitiva, la propiedad intelectual del tercer milenio es una moneda con dos caras, cada una de las cuales, a su vez, podría decirse que tiene también otra dos, las constituidas por el propio valor de uso y el específico valor de cambio que asegura la correcta circulación de ambas en sus respectivos circuitos comerciales y, al mismo tiempo, la de la obra de arte y el bien industrial en el mercado general de intercambio de bienes y mercancías. Desarrollar esta parte y su especial funcionamiento en el seno de nuestra sociedad ha sido llevado a cabo por el autor en otro artículo⁷ y, por lo tanto, no entraré en los detalles de este asunto que requerirían de un tiempo y de un espacio del que esta intervención no dispone.

⁷ Francisco Galindo. “*Sin orden ni concierto; los cuentos y las cuentas de la red.*” En el momento de redactar este texto está pendiente de publicación, hacia noviembre o diciembre del año en curso, en la “Revista Cuatrimestral Icade de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales”.