

BASES PARA UNA NUEVA REGULACIÓN – DÍA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Por Andy Ramos Gil de la Haza – 25 de abril de 2008

Sin querer resultar apocalíptico, el sistema ha dejado de funcionar. Según datos de la SGAE, en el año 2006 se descargaron en España de forma ilícita alrededor de 750 millones de canciones¹; y a nivel mundial, según datos de la IFPI, por cada canción descargada de forma legal, se adquirieron 20 de forma ilícita²; en EE.UU. la RIAA ha demandado a más de 20.000 personas en los últimos 4 años por infracción de derechos de propiedad intelectual a través de redes P2P³; y a pesar de que desde el año 2000, el precio de un CD ha disminuido en España un 36%⁴, las ventas del mercado discográfico han caído de forma consecutiva en los últimos 6 ejercicios económicos, sufriendo 2007 una espectacular caída del 22,7% con respecto al año anterior⁵.

Todos estos datos indican de forma incuestionable que los roles de las leyes de propiedad intelectual y de los diferentes agentes implicados en la creación, explotación y utilización de obras y prestaciones protegidas deben ser revisados desde sus entrañas.

Las leyes de propiedad intelectual nacieron como un privilegio a los editores, pasando posteriormente a ser un “gran contrato” entre el autor y la sociedad por el que el primero creaba a cambio de que, al cabo de unos años, sus obras pudiesen ser libremente utilizadas y explotadas por cualquier persona. Gracias a esta regla tan simplista, un autor podría encontrar motivación suficiente para seguir creando al ver su trabajo remunerado, lo cual redundaría en un futuro en la sociedad al enriquecerse la cultura y el conocimiento de la misma. Se trata de conseguir, al menos en un plano teórico, el tradicional equilibrio entre difusión de obras y remuneración del autor.

Porque es este equilibrio de intereses el que tiene que servir de base a todo planteamiento de la materia, esencialmente a las leyes, que deben ser configuradas y

¹ <http://www.hoytecnologia.com/noticias/millones-canciones-descargadas-autorizacion/14076>

² <http://www.elmundo.es/navegante/2008/01/24/tecnologia/1201204245.html>

³ <http://blog.wired.com/27bstroke6/2007/08/happy-anniversa.html>

⁴ http://www.promusicae.es/EditorRamon/imagenes/file/informes/IFPI_CPR_2006_Spanish.pdf

⁵ http://www.cincodias.com/articulo/empresas/Caida/record/ventas/discos/Espana/cdssec/20080124cdscdiemp_16/Tes/

aplicadas de tal forma que se asegure la constante armonía protección y acceso a la cultura.

En la era de la reproducción, del “copiar y pegar” y del aprovechamiento del trabajo ajeno, es importante delimitar igualmente qué obras son lo suficientemente creativas como para ser merecedoras de la protección que otorga las leyes de propiedad intelectual y en este sentido, los tribunales de justicia deben ser exigentes y no otorgar protección a obras con una altura creativa insignificante. Los autores deben recibir un mensaje que les anime a crear desde cero, a alcanzar el grado de originalidad subjetiva que permita identificar su obra del resto de creaciones porque será ésta la única forma de conseguir obras que verdaderamente realicen aportaciones a la sociedad.

Las actuales leyes de propiedad intelectual están basadas en derechos exclusivos. Gracias a estos derechos, los autores tienen la capacidad de autorizar, salvo tasadas excepciones, los usos y explotaciones que se hacen de sus obras. Estos derechos exclusivos, razonables y lógicos desde un plano teórico, dejan de funcionar en el mismo momento en el que un autor no tiene capacidad fáctica de impedir una vulneración masiva e indiscriminada de sus derechos. Es decir, de poco le sirve a un autor ostentar un derecho exclusivo sobre sus creaciones si, llegada la hora de la verdad, no va a poder beneficiarse del mismo.

La propiedad intelectual debe tener la ambiciosa finalidad de ser un instrumento de protección para los autores, al tiempo que asegura a los ciudadanos ciertos usos justos y razonables de las obras durante su periodo de protección. La pregunta es ¿cómo llegar a dicho objetivo?

En la actualidad, el equilibrio rector de la propiedad intelectual se está consiguiendo, si bien parcialmente y gracias a posiciones radicales en determinadas áreas de este derecho de propiedad especial. Mientras que, por un lado, la ley otorga a un autor derechos exclusivos tan radicales que impiden actos como citar una obra fuera de ámbitos docentes o investigadores, o en un plano más comercial, realizar un programa de *zapping*, que requiere la autorización de, literalmente, cientos de titulares de derechos, por el otro lado el cumplimiento de la misma ley es ignorada de tal forma que al día se incumple en millones de ocasiones en todo el mundo, no sólo por los usuarios sino por los propios agentes culturales.

Por eso creo que este esencial equilibrio debe conseguirse de otra forma, asegurando al autor una remuneración constante y proporcionada a la explotación de su obra al tiempo que los ciudadanos, ahora también creadores, puedan realizar determinados usos no perjudiciales de las obras de los anteriores.

La duración de los derechos de propiedad intelectual es, casi, el elemento más importante dentro de esta lucha por la armonía entre dos intereses contrapuestos porque es ella la que asegurará al autor o sus derechohabientes una retribución por las explotaciones de sus obras durante el periodo marcado por la ley. Y en este punto debemos también plantearnos si la regla general de 70 años *post mortem auctoris* o de 50 años para intérpretes o ejecutantes, y para grabaciones audiovisuales o fonográficas sirven realmente para fomentar la creación o, por el contrario, en nada afecta al acceso que los ciudadanos tendrán a las mismas.

Pero para emprender esta tarea tiene que darse un cambio de mentalidad. Hasta ahora hemos vivido en un mundo en el que el autor tenía la capacidad de decidir de qué forma se explotaba su obra, limitando las utilizaciones que se hacían de las mismas e incluso el número de ejemplares que se ponían a disposición del público. Debido al cambio tecnológico producido en los últimos diez años, y principalmente a la tecnología digital y a las nuevas y veloces redes telemáticas, el autor no va a poder volver nunca a la situación anterior en la que era posible controlar todos y cada uno de los ámbitos en los que se explotaba su obra. El autor ahora, más que nunca, correrá la suerte de su obra, y debemos preparar las leyes para ello. Debemos cambiar una mentalidad basada en la restricción a otra basada en la gestión más eficaz de las explotaciones; no hay que preocuparse en cómo parar una determinada utilización de obras, sino en cómo rentabilizar las que se producen.

Los derechos exclusivos y los límites deben ser revisados sin tener miedo a reconfigurar el escenario de tal forma que el autor pierda libertad aunque en aras de conseguir una retribución más justa y basada en la efectiva explotación de su obra. No tiene sentido que una ley vaya donde no puede ir la realidad, es decir, que en el plano teórico se proteja una obra con carácter exclusivo, mientras que en el plano real la tecnología impida cualquier ejercicio efectivo de tal exclusividad.

Nadie duda de que Internet es el futuro, al igual que todos estamos de acuerdo en la dificultad de la persecución de determinados actos producidos en esta red telemática. Llevamos alrededor de 8 años en los que los derechos de propiedad intelectual se

llevan infringiendo de forma masiva e indiscriminada a través de estas redes, lo que ha provocado una radicalización de las posturas de los titulares de derechos y de sus gestores, resignados por otro lado a ver cómo el fruto de su trabajo está siendo libremente descargado a través de Internet, para beneficio de terceras partes. Esta radicalización ha traído una posterior confrontación con los usuarios, ajenos hasta ahora a toda infracción de los derechos de propiedad intelectual y que, movidos en parte por estas terceras partes, se muestran contrarios a prácticamente cualquier pago a favor de autores y otros titulares de derechos de propiedad intelectual. El resultado de esta confrontación es una situación de crispación, de desprestigio a una rama del derecho con más de 200 años de antigüedad, y de denigración a toda una industria cultural que es, en última instancia, la que aporta gran parte de los contenidos que dan valor a Internet.

De entre todos los actos infractores a la ley de propiedad intelectual, el P2P es, sin lugar a dudas, el que está ocasionando mayor perjuicio a los titulares de derechos; aunque en la actualidad las obras del intelecto humano están más expandidas que nunca, gran parte de su acceso se hace sin autorización del autor y, lo que es más grave, sin retribuirle por el trabajo realizado.

Las redes P2P han sido consideradas como negativas por gran parte de la industria cultural; ésta, en vez de analizar la naturaleza tecnológica de estas redes, de estudiar los cambios de hábitos de los consumidores y de ofrecerles alternativas de calidad, se ha dedicado, desde mi punto de vista con torpeza, a parar lo imparable, a iniciar procedimientos judiciales y a intentar frenar en los tribunales lo que no podían evitar en Internet. Contradictoriamente, las primeras ofertas de contenidos legales en Internet, que eran a la postre las alternativas a las redes p2p, en vez de aportar valor al usuario, vinieron cargadas de medidas tecnológicas de protección, con precios en ocasiones superiores a su equivalente registrado en soporte físico, y accesibles únicamente en determinados países.

Las medidas tecnológicas, entre ellas los DRMs, han encontrado la oposición frontal de los usuarios no sólo porque les impedían realizar usos considerados hasta ahora como justos, sino porque ataban los contenidos a un determinado dispositivo o programa informático. Aunque a priori los DRMs fueron considerados como alternativa a cánones indiscriminados y como futuros gestores de obras y prestaciones, tras más de 12 años desde los Tratados OMPI, está más que comprobada la ineficacia de estas medidas y la repulsa con que las mismas son recibidas por los usuarios.

Llegados a este punto ¿cuáles son las opciones que tenemos?

La primera opción, por ser la más sencilla, es seguir como hasta ahora, tanto en el plano legal como comercial, continuando con la batalla entre titulares de derechos, el sector tecnológico y usuarios. De esta forma continuaríamos con derechos exclusivos difíciles de reivindicar, con autores cuyas obras son explotadas indiscriminadamente y con una industria cultural cada vez más mermada y que genera menos contenidos.

Otra opción sería apostar por un nuevo contrato entre titulares de derechos, usuarios y el sector tecnológico por el que todos cederían a cambio de lograr el justo equilibrio perdido hace años. No cabe la menor duda de que lo deseable es que se llegase a este nuevo contrato mediante acuerdos sectoriales en los que todas las partes implicadas conviniesen en crear un nuevo escenario de cumplimiento de los derechos de propiedad intelectual, de no obstrucción a los avances tecnológicos, y de respeto a los legítimos derechos de los consumidores.

Porque todos tienen tareas pendientes; los titulares de derechos deben ser conscientes de que la revolución tecnológica no les va a permitir llevar a cabo un control real y efectivo de sus obras; la industria tecnológica debe reconocer de una vez por todas que las obras y prestaciones de los titulares de derechos son las que dan valor a sus productos y servicios. Poca utilidad tiene un mp3, una red P2P o un sistema multimedia si no pudiesen contener las obras creadas por los autores; y finalmente, los consumidores, que deben mentalizarse a que el “gratis total” es insostenible para cualquier industria y a que el disfrute, incluso en ámbitos privados, del resultado del trabajo de miles de personas debe llevar aparejado, si así lo ha deseado el titular de derechos, la consecuente remuneración.

Sería muy inocente por mi parte pensar, a estas alturas y viendo los antecedentes, que todas estas personas se pusiesen de acuerdo creando una relación armónica y equilibrada. Es por ello por lo que considero de urgente necesidad un cambio en la legislación nacional e internacional que permita una remuneración equilibrada para los titulares de los derechos en un entorno sumido en las nuevas tecnologías, con los problemas de control sobre las obras que ello genera y que han sido comentadas.

El cambio legislativo debe implicar a todos los que, de una forma u otra, se encuentran involucrados en la explotación de obras del intelecto humano: titulares de derechos,

proveedores de servicios de Internet, fabricantes y distribuidores de tecnología, y en general cualquier persona física o jurídica cuyos productos o servicios sean utilizados para facilitar el acceso a obras protegidas.

Aunque hasta hace unos años, el sector de las telecomunicaciones era ajeno a la explotación de obras, en este nuevo siglo XXI es indudable que su papel es fundamental para la puesta a disposición de contenidos musicales o audiovisuales. Su posición, sobretodo en lo que respecta al intercambio de archivos a través de redes P2P, ha sido de total ignorancia a los titulares de derechos, que ven como las infraestructuras de los ISP son utilizadas de forma abusiva para infringir sus derechos. Hasta ahora, los ISPs se han manifestado en incontables ocasiones en contra de vigilar los contenidos que circulan por sus redes, a excepción de contenidos pedófilos o vulneradores de otros derechos, pero llegado este momento, los proveedores de servicios de Internet deben cambiar su actitud y comprobar, incluso, que este nuevo escenario puede beneficiar a sus cuentas anuales.

Como he afirmado anteriormente, los usuarios han rechazado ya los DRMs por considerarlos tecnologías ineficaces que, no sólo impiden determinados usos legítimos, sino que a la hora de la verdad no eran capaces de cumplir el objetivo para el que fueron implementadas. Aunque no creo que debamos volver a caer en el error de los DRMs, creo que otro tipo de tecnologías como el *watermarking* o el *fingerprinting*, si son implementadas en determinados servicios P2P, sí pueden ser perfectos gestores de los contenidos intercambiados por los usuarios.

Gracias a tecnologías de identificación de obras como los *fingerprints*, los usuarios pueden intercambiar contenidos al tiempo que un sistema informatizado identifica las obras y retribuye a los autores de forma precisa en proporción al uso que se hace de sus obras en las redes telemáticas. Es cierto que este tipo de sistemas puede suponer una vulneración de la privacidad de las comunicaciones de los usuarios, pero no es menos cierto que ya existen concesiones de este tipo por parte de los usuarios que han sido aceptadas de forma pacífica, por ejemplo cuando un usuario adquiere legalmente obras musicales en Apple iTunes o compra partidos de fútbol o películas a través de una plataforma como Digital +.

Además, YouTube está probando con éxito una tecnología propia de *fingerprints* que es capaz de identificar cada vídeo que es subido a su servicio web, para gestionar el

mismo según los deseos del titular de derechos y evitar que se incluyan en su servicio contenidos sin la pertinente autorización de su titular.

En el plano legislativo, La Ley de Propiedad Intelectual debería ser modificada para obligar a implementar sistemas de detección de obras mediante técnicas de *fingerprinting* a un desarrollador de tecnologías cuyo producto o servicio permita la descarga y la puesta a disposición de obras protegidas. El sistema de *fingerprints* implementada en este tipo de tecnologías debería ser compatible con aquella utilizada por los ISPs, que en última instancia serían capaces de conocer qué obras se han transmitido a través de sus redes, el número de veces, el usuario que utiliza estos servicios y como no, cobrar un importe por esta gestión.

Aunque este escenario pueda parecer utópico, en la década de los noventa se aprobó en Estados Unidos una ley, denominada *Audio Home Recording Act*, que obligaba a los fabricantes de dispositivos capaces de realizar copias digitales de fonogramas, a implementar una tecnología, llamada SCMS, que impidiese la realización en cadena de reproducciones digitales de obras musicales. Éste es un precedente que debe ser tomado en cuenta para evitar la vulneración compulsiva y desenfrenada de los derechos de los creadores.

En este escenario, los titulares de derechos perderían la capacidad de autorizar la puesta a disposición de su repertorio, lo cual se podría materializar mediante un nuevo límite, tal y como se hizo con otro acto incontrolable que es la copia privada, aunque delimitando esta excepción únicamente en sistemas cuyo derecho exclusivo sería imposible de reivindicar, como es en redes P2P descentralizadas. A cambio del otorgamiento de un nuevo límite, los titulares de derechos se asegurarían una justa retribución por la explotación de sus obras en este tipo de sistemas, algo inexistente a día de hoy. Sería perder de forma parcial un derecho exclusivo a cambio de ganar en recaudación por la explotación de sus contenidos.

En este sentido, los poderes públicos también deben ser piezas claves del engranaje de este nuevo sistema. Los Registros de la Propiedad Intelectual deben modificarse para pasar a ser una Agencia u Oficina de la Propiedad Intelectual con múltiples competencias, entre ellas, el arbitraje entre los agentes mencionados anteriormente, la fijación de tarifas para el uso de obras y prestaciones protegidas, un registro de obras más flexible al actual, la gestión del ingreso y posterior reparto de la compensación equitativa por copia privada, el depósito de medidas tecnológicas para que los

usuarios puedan, de forma legal, realizar reproducciones de obras para fines privados, fomentar el acceso a obras del dominio público y la gestión de las denominadas obras huérfanas.

Una de las cuestiones más polémicas de las leyes de propiedad intelectual es la generación de una compensación por la fabricación, importación o distribución de aparatos o soportes idóneos para la realización de reproducciones para uso privado. Si las reproducciones realizadas en ámbitos privados en la era analógica tenían gran importancia, ahora con la tecnología digital que permite realizar copias perfectas y prácticamente instantáneas de obras y prestaciones protegidas, la copia privada y la consecuente compensación equitativa creo que tienen más razón de ser que nunca.

Aunque el llamado “canon” es una medida criticada por prácticamente todos los sectores sociales, creo que es importante volver al artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual y realizar una modificación profunda del mismo. Considero que la compensación equitativa por copia privada tiene una finalidad plausible, esto es, hacer a los autores partícipes de los cuantiosos ingresos que otras industrias obtienen gracias, en parte, al trabajo realizado por ellos, aunque creo que lo que es realmente criticable es la configuración y posterior gestión que se ha hecho hasta ahora del mismo.

El canon, al ser un gravamen que afecta directamente al sector tecnológico e indirectamente a los consumidores, debe ser gestionado por una oficina pública que realice esta gestión con claridad, transparencia y con criterios objetivos y públicos de reparto. El artículo 25 de la Ley establece claramente la finalidad compensatoria del canon, objetivo que debe ser puesto de nuevo en escena para renombrar los aparatos y soportes gravados que realmente causen un perjuicio a los titulares de derechos y recalcular así las tarifas existentes, que actualmente parecen más sacadas de la popular “cuenta de la vieja”, que de criterios económicos objetivos.

Dado que el canon tiene una finalidad compensatoria, el mismo debería aplicarse, como se hace en otros países de nuestro entorno, únicamente a los soportes o a aquellos dispositivos que no se sirven de soportes externos para realizar fijaciones de obras, y no a cualquier aparato, para evitar así la doble imposición como ocurre con las grabadoras de CDs y con los discos compactos.

Y todo ello debe realizarse junto con campañas de información en las que se explique de forma veraz y precisa qué es la compensación equitativa por copia privada, cómo es gestionada, qué beneficios representa y cuál es su verdadera finalidad, que como sabemos todos, no es compensar por la piratería.

De esta forma llegaríamos a un escenario con una compensación equitativa gestionada por una oficina pública, aplicada únicamente a soportes o dispositivos capaces de fijar obras o prestaciones en sí mismos, basada en criterios económicos objetivos y que en última instancia permite al consumidor realizar reproducciones con fines privados al tiempo que se remunera de forma justa a los autores por dichas reproducciones realizadas en ámbitos domésticos. Y, ante todo, transparencia para los titulares de derechos y para los consumidores sobre la administración de los ingresos que se derivan de la mencionada compensación.

Otro de los puntos críticos que debería solucionar esta agencia estatal sería facilitar el licenciamiento de obras o prestaciones protegidas cuyos titulares de derechos, por diferentes motivos, son difícilmente accesibles. En muchas ocasiones, los que trabajamos en este sector nos encontramos con enormes dificultades para obtener autorización para realizar determinadas explotaciones de obras o prestaciones, ya sea porque el autor ha fallecido y se desconocen sus herederos, porque el productor ha desaparecido, porque sea del otro lado del planeta o porque estemos ante una obra ciertamente antigua. En tal caso tenemos dos opciones, o abstenernos de explotar la obra o realizar la explotación, con la posibilidad de ser denunciados en el futuro si el titular de derechos llega a tener conocimiento de la explotación.

En este sentido, es elogiable la iniciativa de Canadá que ha otorgado a su Copyright Board la posibilidad de conceder licencias no exclusivas de explotación de obras cuyo titular de derechos no ha sido localizado. Mediante este sistema, cualquier persona que desee explotar una obra o prestación protegida y que ha realizado esfuerzos razonables para localizar a su titular de derechos, resultando dicha búsqueda infructuosa, podría acudir a la Agencia Estatal de la Propiedad Intelectual y solicitar una licencia que abarque dicha explotación.

Soy consciente que los cambios que propongo son muy ambiciosos y que requieren un largo periodo para su implantación y posterior puesta en funcionamiento, pero de seguir en la situación actual sólo podemos esperar una conclusión: una industria cultural generadora de escasos contenidos y unas leyes de propiedad intelectual

incapaces de dar soluciones reales a autores que tanto aportan a nuestra cultura. Ha llegado el momento de acometer cambios desde las raíces del sistema y para ello todos los que de alguna forma crean, explotan, intermedian o permiten el acceso a obras del intelecto humano, deben involucrarse inexcusablemente.