

Propiedad intelectual y evolución

Comparecencia ante la Subcomisión de Propiedad Intelectual del Congreso de los Diputados
Enrique Dans, Profesor de IE Business School

Vivimos en permanente evolución. El contexto social y tecnológico evolucionan de manera constante, a un ritmo cada vez más rápido, vertiginoso. Y los modelos legislativos necesitan adecuarse a dichos cambios, porque están fuertemente determinados por ellos. La propiedad intelectual es, sin duda, uno de los factores más fuertemente afectados por estos cambios, razón que nos trae hoy aquí para plantear una perspectiva revisionista de la misma. Una perspectiva planteada con respeto: todos estamos plenamente convencidos de que la propiedad intelectual es importante y debe ser respetada. Sin embargo, existen problemas derivados de la interacción entre la propiedad intelectual y el actual escenario tecnológico y social que resulta fundamental tener en cuenta a la hora de legislar sobre la misma. Partimos de la consideración evidente de que el autor de una obra debe ser compensado por el uso lucrativo que se haga de la misma. La propiedad intelectual es un tipo de propiedad y como tal debe ser protegida, aunque es preciso tener en cuenta sus especiales características: bajo ningún concepto puede homologarse con una propiedad física, dada su naturaleza de producto de consumo no rival.

El principal problema de aplicación de la vigente Ley de Propiedad intelectual es su total y absoluta inadaptación al mundo digital, evidente en el hecho de estar fundamentada en un concepto, el del número de copias, que ha perdido completamente su sentido. El concepto de Internet está construido a partir del proceso de copia: cada vez que accedemos a una página, generamos una copia de ésta en el servidor de origen, copia que nos es enviada para nuestro consumo. Hacer copias es algo propio de la naturaleza de Internet, algo que todo usuario lleva a cabo de manera constante en su navegación, lo que convierte Internet en un entorno en el que la información fluye de una manera libre. La naturaleza de las obras en Internet es la de ser conjuntos de bits, porciones de información que, como cualquier otra información en Internet, pueden ser transmitidas libremente con total facilidad, lo que ha convertido en obsoleta a toda una industria dedicada a la fabricación y distribución de copias. Dado que la creación de copias es un proceso carente de valor, que habitualmente no conlleva la creación de una copia física y que cualquier usuario puede realizar en su casa con los mismos medios que posee para acceder a cualquier otra información en la red, resulta imposible impedir la circulación de las obras y la realización de dichas copias sin vulnerar derechos fundamentales de los ciudadanos, tales como el derecho a la privacidad, a la seguridad, a la presunción de inocencia, a la tutela judicial efectiva y a la libertad de expresión. En este sentido, los derechos de autor nunca pueden situarse por encima de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La actual Ley de Propiedad intelectual se está pretendiendo interpretar de manera que criminalice el intercambio de obras sometidas a derechos de autor, aunque este intercambio se desarrolle sin ánimo de lucro. El ánimo de lucro, entendido como la obtención de ingresos de terceros a través de la comercialización de las obras, es un

requisito fundamental a la hora de definir la naturaleza de la transacción: la Propiedad intelectual debe servir para compensar al autor por todo uso lucrativo que se haga de sus obras, pero dicho lucro, que constituye además el único elemento que puede ser razonablemente trazado, debe existir de manera expresa. Cuando alguien obtiene un lucro económico mediante el uso de la obra de un tercero, ese tercero debe ser compensado con arreglo a los términos establecidos, pero el elemento causal es precisamente la presencia de dicho lucro. El mero consumo de la obra no está necesariamente vinculado al lucro, por lo que no genera ingreso alguno susceptible de ser tasado. Resulta fundamental, por tanto, condicionar el concepto de retribución del autor al de la obtención inequívoca de lucro por parte de quien utiliza su obra. La descarga sin ánimo de lucro de ficheros sujetos a propiedad intelectual es, por tanto, una actividad completamente normal, culturalmente implantada en la sociedad, que no afecta de manera negativa a los ingresos de los creadores (excepto cuando éstos son calculados intencionadamente mal como bien de consumo rival), y sobre todo, que no puede ser detectada o detenida sin una vulneración clara de derechos fundamentales como el secreto de las comunicaciones.

El tercer aspecto que muestra una clara inadaptación es el de la duración de los derechos de propiedad: en un mundo que evoluciona y se mueve cada vez a mayor velocidad, el incremento progresivo de la duración de dichos derechos carece completamente de sentido, y no tiende a beneficiar al autor, sino únicamente a aquellos que comercializan su obra, provocando además un perjuicio a la sociedad en su conjunto. En general, el número de ocasiones en que una obra puede ser utilizada de una manera no necesariamente lucrativa y para unos fines que no deberían incurrir en penalización alguna se ha incrementado notablemente gracias a la mayor disponibilidad de las obras, lo que debería generar que la ley recogiese un amplio número de supuestos en los que procedería aplicar exenciones en función del uso: usos académico-pedagógicos, derecho de cita, crítica, comentario, información, investigación, etc., dependiendo de la naturaleza de la obra, del porcentaje de la misma utilizada y del efecto de dicho uso sobre el valor de mercado de la obra sujeta a protección.

En cuarto lugar, la vigente Ley de Propiedad intelectual ignora de manera manifiesta el desarrollo de una economía de la atención en la que, en una situación de hiperabundancia de obras debido a una disponibilidad masiva de los medios de producción y distribución, el hecho de ser capaz de hacer llegar una obra a un público determinado es una ventaja a la hora de practicar otros aprovechamientos de la misma. En general, la vigente Ley de Propiedad intelectual parte de un concepto de “economía de la escasez”, frente a la actual “economía de la abundancia”: se supone un número escaso de creadores capaces de pasar el filtro de las compañías de producción, y una capacidad escasa en el mercado para absorber nuevos lanzamientos, lo que genera una economía basada en unos pocos “hits” o “superventas”, rodeados de muchos “flops” o “fracasos”. En la sociedad actual, todo aquel que desea ser creador puede hacerlo, no precisa pasar por los intermediarios habituales ni entrar en negociación con ellos sobre el destino de los hipotéticos ingresos que podría llegar a obtener por la comercialización de su obra, y el concepto de “éxito” o “fracaso” ha cambiado drásticamente, puesto que el éxito no precisa financiar las sobredimensionadas estructuras económicas de las compañías de la industria. Por otro lado, al intentar acceder a los beneficios de la citada economía de la atención, las compañías productoras incurren en el uso de los mismos canales que habitualmente demonizan: ponen obras en redes P2P, las filtran a determinados usuarios, etc., lo que determina una situación de total inseguridad. En diferentes canales, la misma obra puede obtenerse en diferentes condiciones, algunas de las cuales son calificadas

por la industria como “buenas” mientras otras lo son como “malas”, generando una situación insostenible que únicamente puede solucionarse mediante la aplicación del criterio de la generación tangible de lucro. La vigente Ley de Propiedad intelectual favorece un abuso patente: al pretender las compañías mantener un control sobre los medios de producción, distribución y promoción supuestamente necesarios para el creador, obliga a éste a llegar a pactos y compromisos sobre el destino de los hipotéticos derechos de autor generados para poder tener acceso a tales medios. Esta situación, perversa en su naturaleza, acaba generando un fuerte desequilibrio entre los porcentajes de tales derechos que revierten en el autor frente a los que lo hacen en el intermediario, que pasa a ser el principal interesado en el sostenimiento de la actual situación, mientras que el creador, al no ver otra salida, tiende a aceptar la situación a pesar de su evidente injusticia. El sistema únicamente se rompe cuando el intermediario pierde su papel, proceso que estamos presenciando en estos momentos.

Endurecer la legislación sobre propiedad intelectual insistiendo en su actual naturaleza amenaza a los nuevos creadores y entorpece la creación cultural. Con Internet y los sucesivos avances tecnológicos se ha democratizado extraordinariamente la creación y emisión de contenidos de todo tipo, que ya no provienen necesariamente de las industrias culturales tradicionales, sino de multitud de fuentes diferentes. Intentar sostener con cambios legislativos a una industria obsoleta que no sabe adaptarse a este nuevo entorno no es ni justo ni realista. Si su modelo de negocio se basaba en el control de las copias de las obras y en Internet no es posible sin vulnerar derechos fundamentales, deberían buscar otro modelo. Las industrias culturales necesitan para sobrevivir alternativas modernas, eficaces, creíbles y asequibles y que se adecuen a los nuevos usos sociales, en lugar de limitaciones tan desproporcionadas como ineficaces para el fin que dicen perseguir.

Una verdadera reforma del derecho de propiedad intelectual debe tener como fines facilitar el acceso de la sociedad al conocimiento, promover el dominio público, posibilitar modelos de negocio que permitan a los autores vivir de sus creaciones, y limitar los abusos monopolísticos de las entidades gestoras. La actual Ley vigente debe hacer un esfuerzo por adaptarse al entorno actual, definido por un escenario tecnológico determinado. Para ello, debe abordarse una redefinición del ámbito de propiedad intelectual que deje claro que las actividades que generan derechos de autor son las de los creadores, no las de la industria destinada a generar copias de las obras de éstos. El creador necesita protección, la industria es una industria más que debe funcionar exclusivamente según las reglas del mercado. Por tanto, debe trabajarse en la línea de desvincular la métrica de las copias vendidas del concepto de propiedad intelectual, de no criminalizar el intercambio o descarga de obras cuando no medie ánimo de lucro, de armonizar los derechos de los creadores con los intereses de la sociedad reduciendo el período de vigencia de los derechos de autor a unos límites razonables, y de adaptar e incorporar al espíritu de la Ley la existencia de una economía de la atención que democratiza el acceso a la creación cultural y al consumo de las obras y que contribuye en gran medida a la generación de negocio derivado de las mismas.

Considerando el ámbito expuesto, se sugieren las siguientes propuestas concretas a la Subcomisión para considerarlas en el proceso de reforma de la Ley actual:

- Desvincular el concepto de copia vendida del cálculo de derechos de propiedad intelectual. La venta de copias está destinada a ser un producto cada vez más residual, dada la capacidad de generar copias de manera sencilla y sin pérdida de

calidad. Dado que la fabricación, producción, distribución y comercialización de copias, por tanto, ya no genera valor, los derechos de propiedad intelectual deberán necesariamente expresarse en otra métrica, derivada de los usos con ánimo de lucro que se lleven a cabo de las obras.

- Clarificar la naturaleza del intercambio sin ánimo de lucro como actividad legal y completamente al margen de los derechos de autor.
- Planificar una reducción de la duración de los períodos de vigencia de los derechos de autor, con el fin de que las obras reviertan antes al dominio público. Además, obligar a la difusión mediante licencias Creative Commons de aquellas obras que sean financiadas con subvenciones procedentes de dinero público.
- Obligar a las sociedades de gestión de derechos de autor a operar en un mercado abierto no sujeto a un monopolio *de facto*, a un régimen de transparencia absoluto en su gestión, y a un cálculo de los ingresos de los autores no basado en el número de copias.
- Separar claramente la actividad creativa, sujeta a derechos de autor, de la actividad empresarial basada en la selección, producción, fabricación, distribución y comercialización de las obras, sujeta únicamente a las leyes del mercado como cualquier otra actividad empresarial.
- Evitar la injerencia de otras leyes que desnaturalicen el legítimo proceso de redefinición del ámbito de la Propiedad Intelectual y hurten al Parlamento el verdadero debate acerca de la misma.

Enrique Dans

En Madrid, a 2 de febrero de 2010