

# Las puertas del campo

Internet impide poner trabas a la difusión de contenidos digitales

Estamos en pleno siglo XXI. Una red ubicua, accesible desde prácticamente cualquier parte del mundo desarrollado sin necesidad siquiera de una conexión física, permite distribuir cualquier tipo de contenido reducible a bits en cuestión de segundos, y hacerlo además de manera completamente anónima, imposible de trazar o controlar.

Foto: Oscar Condés.

Los intentos de poner trabas a la difusión de los bits caen incesantemente en períodos cada vez más cortos de tiempo, presa de hackers que parecen divertirse reventando las protecciones desarrolladas por la industria. ¿Tiene algún sentido, en este siglo y este entorno, el espíritu de las leyes de protección de la propiedad intelectual desarrolladas durante los dos siglos anteriores?

El primer uso jurídico documentado del término «propiedad intelectual» corresponde a una sentencia de octubre de 1845 en el **Tribunal del Estado de Massachussets**, en el caso **Davoll et al. contra Brown**. En su sentencia, el juez **Charles L. Woodbury** afirma que «sólo de esta manera podremos proteger la propiedad intelectual, las labores de la mente, las producciones y los intereses



La plataforma todoscontraelcanon.es recoge firmas para que no se legalice el canon digital.

como parte de la propiedad de una persona, del mismo modo que el trigo que cultiva o los rebaños que cría» (*Woodury & Minot, CCD Mass. 7 F. Cas. 197, 1845*). En Europa, la primera mención aparece un año después a raíz de un comentario sobre el término por parte del autor francés **A. Nion** en su tratado **Derechos civiles de los autores, artistas e inventores**.

## Protegidos por la ley

En su conjunto, las leyes de protección de la propiedad intelectual confieren una serie de derechos exclusivos en relación a la forma y manera en que las ideas y la información son expresadas y manifestadas, aunque no en relación con las ideas o la información en sí mismas. Es la llamada «división entre la idea y la expresión de la misma». En uno de los ejemplos más utilizados al respecto de dicha división, un autor de una novela de aventuras puede recibir una protección con respecto a la obra en su conjunto, la trama de la historia, los personajes implicados o la inclusión de expresiones artísticas en el libro, pero no con respecto a la idea o género de la historia, o al concepto de «libro de aventuras» como tal.

Durante muchos años, la propiedad intelectual fue, como detallaba la sentencia judicial en la que fue por primera vez mencionada, homologada de manera efectiva a una propiedad física, a un objeto tangible. Dicha homologación proviene de la necesaria vinculación que, durante gran parte del siglo pasado, mantenían las obras y el vehículo utilizado para su expresión o distribución: los derechos de una novela, por ejemplo, se vinculaban al libro en el que se hallaba impresa, o los de una canción al disco de diversos materiales en el que se encontraba grabada. La protección venía a representar una restricción a la reproducción de dicho soporte, cuyos derechos se otorgaban de manera exclusiva para un territorio determinado.

Dicha protección resultaba en general viable al tratarse de un soporte en cuya duplicación solían estar implicados complejos procesos industriales, tales como la impresión, encuadernación o fabricación de soportes de materiales variados, como el vinilo. Sin embargo, el

## El reto de los nuevos creadores

El entorno actual tiene mucho de reto para los creadores en lo que a las posibilidades de obtención de rendimientos económicos cuando dichos beneficios se intenten obtener mediante modelos de negocio caducos. Pero cabe recordar que la protección de los derechos de propiedad intelectual no menciona nada sobre los modelos de negocio empleados para la generación de riqueza, y que precisamente dicha generación debe basarse en modelos de negocio viables.

Es obvio que el desarrollo de modelos basados en la prohibición del acceso a un conjunto de bits resulta completamente imposible en el entorno actual, como resultan incoherentes paradójicas como que, por ejemplo, una persona pueda obtener una canción mediante su

descarga de una radio digital, pero no pueda hacerlo mediante el uso de una red P2P.

Así, los modelos de negocio deben evolucionar, para ofrecer beneficios al usuario que justifiquen el pago de una cantidad, bien por contenido obtenido o bien de manera plana en forma de suscripción. En ambos casos, además, contamos ya con ejemplos que demuestran su viabilidad, a veces con notable éxito (**iTunes, Napster, Real**, etc.). O, como anuncian algunos modelos, en el cambio del concepto de cliente con el fin de considerar como tal no al que accede al bien cultural, sino al que pretende comercializarlo rodeado de otras propuestas (publicidad u otros usos comerciales), ligando así su desarrollo a la llamada «economía de la atención».

# Protección al autor, sí; industrias caducas, no

¿Cuál será el papel de la propiedad intelectual en el futuro? Simplemente, el de dotar al autor del necesario soporte de protección con respecto al uso de sus obras por terceros con ánimo de lucro. Dado que el registro, trazabilidad y codificación de las actividades con trascendencia económica sí resulta y resultará técnicamente posible, la protección de la propiedad intelectual deberá asistir al creador de una obra a la hora de establecer los derechos que permite sobre dicha creación, teniendo en cuenta que éstos resulten factibles, realistas y no vulneradores del derecho a la copia privada de los usuarios. Un papel en el cual el desarrollo de licencias con filosofía abierta, como **Creative Commons** o **Coloriuris**, tiene un papel protagonista.

Una vez definidos tales derechos, la legislación deberá proveer a entidades con el soporte adecuado para el control del uso de las creaciones con ánimo de lucro y el cobro de la parte correspondiente del beneficio obtenido. Un papel necesario para compaginar los derechos de los usuarios con el necesario incentivo que la tarea de creación debe ofrecer a los autores.



Ejemplo de contrato de Coloriuris en el que se recoge la cesión de los derechos de autor en ciertas circunstancias.

La realidad actual, por tanto, se encuentra muy alejada de la imagen de debacle, piratería y pillaje que determinados *lobbies* de poder proyectan con el fin de influenciar a los legisladores. En ningún momento, la protección de la propiedad intelectual mencionó el tipo de

modelo de negocio que los autores o sus derechohabientes podrían ejercer para obtener un lucro con sus obras. Eso corresponde a otro epígrafe, llámese, el de los negocios o la estrategia empresarial. En esencia, que la propiedad intelectual merece y debe obtener una protección es algo que no precisa discusión, como tampoco que sus condiciones deben ser revisadas y adaptadas al entorno actual.

Pero en los negocios hablamos de otra cosa. Una cosa es proteger la propiedad intelectual y otra un modelo de negocio caduco e insostenible. En el futuro, seguiremos teniendo artistas y sus derechos seguirán estando protegidos. Lo que no tendremos, esperamos, serán personajes arrogantes que, amparados en el insulto, pretendan responsabilizar a la sociedad por la caída de un modelo de negocio en el que se encontraban a gusto y con el fin de evitarse la dura tarea de la innovación. Porque precisamente lo que pretendía premiar la protección de la propiedad intelectual era, no lo olvidemos, la capacidad de innovación, nunca la falta de la misma.

desarrollo de la tecnología ha ido, como veremos más adelante, poniendo al alcance de toda la sociedad la realización de copias de los soportes y, por ende, de las obras sujetas a protección, convirtiendo en anacrónica la homologación de propiedad intelectual y física.

Una homologación que, además, no se encontraba exenta de polémica debido a la naturaleza de no rivalidad en el consumo de bienes intelectuales: cuando alguien consume una cierta cantidad de trigo u ocupa una tierra determinada, dicho trigo no puede ser consumido y dicha tierra no puede ser utilizada por otras personas. Sin embargo, la realización de una copia de un libro o una canción no interfiere con el disfrute que los propietarios de otras copias puedan hacer de las obras, lo cual pone de manifiesto las obvias diferencias entre propiedad física e intelectual. En el caso de la propiedad intelectual, la mayor protección ante su eventual desaparición se lleva a cabo, precisamente, posibilitando su copia en diferentes soportes y en manos de una diversidad lo mayor posible de agentes.

En su esencia, la protección de la propiedad intelectual pretende otorgar un incentivo



Cada día hay más gente que utiliza la licencia Creative Commons para la distribución de contenidos digitales.

a su creación, garantizando un control al creador o a sus derechohabientes sobre los ingresos que la explotación de la obra pueda originar. Lo que obviamente no puede regular la legislación es la manera en la cual se desarrolle el negocio que origina dichos ingresos. Así, durante los siglos XIX y XX, la protección de la propiedad intelectual se desarrolló en forma de restricciones o barreras: todo aquel que quiera reproducir una obra deberá pagar una cantidad determinada por copia producida, que será destinada en parte al pago de los correspondientes derechos de autor.

Dicho modelo de negocio, correspondiente al ejercicio de la posibilidad de bloquear el acceso de otros a la obra, de crear una «escasez» en el suministro de la misma, podía ser ejercido merced a la ausencia de tecnología capaz de desarrollar los procesos de copia en manos del público. Sin embargo, ¿qué debemos plantearnos cuando la evolución de la tecnología provoca la desaparición del modelo de escasez y posibilita la creación de una economía de la abundancia, en la que la noción de escasez aplicada a algo compuesto por bits pasa a carecer completamente de todo su sentido?

## La tecnología cambia las reglas

Así, revisando el desarrollo del actual entorno tecnológico y su evolución prospectiva en un futuro cercano, cabe pensar que el mismo determina un espacio en el cual la noción de propiedad de cualquier obra compuesta por bits debe desarrollarse en términos de no exclusión de su uso, dado que dicha exclusión resulta, por su naturaleza, completamente imposible. A todos los efectos, resulta posible afirmar hoy en día que, en el entorno actual, los

bits son libres, y la restricción de su circulación resulta y resultará técnicamente imposible.

No hay más que echar un breve vistazo al compendio de tecnologías en manos del público y a su evolución: las redes *peer-to-peer* (P2P) en sus diversas generaciones y manifestaciones constituyen el espacio de intercambio más rico jamás creado, un repositorio enorme, muy superior al poseído por cualquier empresa o biblioteca, en el que es posible encontrar prácticamente cualquier obra publicada en la historia de la humanidad. Además, resulta posible establecer redes de este tipo en cualquier tipo de ámbito y escala, dificultando las posibilidades de intercepción de las mismas.

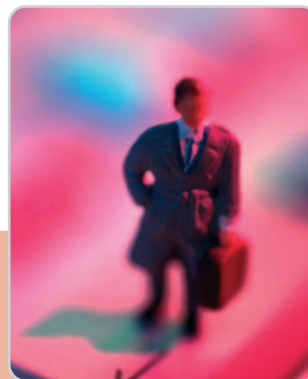
Incluso en el entorno más restrictivo, la circulación de contenidos sujetos a protección podría llevarse a cabo mediante instrumentos como el mismo navegador (ver, por ejemplo, *AllPeers* ([www.allpeers.com](http://www.allpeers.com)), una extensión añadida al navegador *Firefox*), el correo electrónico o la mensajería instantánea. De hecho, y reflejando la creciente posibilidad de realizar copias de los soportes a escala particular, surge el concepto de **copia privada**: el derecho otorgado a una persona para obtener una reproducción de una obra audiovisual, sin que sea necesario obtener autorización expresa por parte del autor. Para poder efectuarla, se exige que la copia sea de una obra ya divulgada, esté destinada a un uso personal, que no se reproduzca ante una pluralidad de personas y que no vaya a ser objeto de negocio (tipificado como ánimo de lucro).



En la famosa Wikipedia hay mucha información sobre el derecho de copia privada.

### ¿Se acabaron los derechos?

¿Qué protege, por tanto, la propiedad intelectual? Tradicionalmente, se han diferenciado los derechos morales o extrapatrimoniales (derecho a publicar la obra o mantenerla inédita, y derecho al reconocimiento de la autoría) y los patrimoniales (derecho a cobrar una suma o un porcentaje por la edición de la obra, o por la traducción, o por la adaptación a otro medio). ¿Se encuentran dichos derechos conculcados por la actual situación? Si nos atenemos a la puridad de los mismos, cabe pensar que no. ¿Vulnera un usuario que se descarga de su plataforma P2P favorita una obra determinada alguno de dichos derechos?



## Últimos pasos de la LPI

Tras su paso por el **Senado**, la nueva ley de propiedad intelectual se encamina hacia el **Congreso de Diputados** para su aprobación. La reforma extiende a los soportes digitales el **canon** que hasta ahora tenían ciertos dispositivos analógicos, con el propósito de compensar las pérdidas que sufren los autores por la copia privada. Los únicos productos que, en principio, quedarán exentos de la tasa serán las líneas ADSL y los discos duros de PC.

La **permisión de la copia privada** es otra de sus novedades, concediendo al usuario la posibilidad de realizar copias de los productos para su uso personal, al tiempo que permite a los productores de CD y DVD incluir

**DRM y sistemas anticopia** en sus productos, lo que dificulta esa duplicación. Por último, la LPI también prevé una compensación directa para creadores y productores por el intercambio de ficheros en la Red.

La norma no contenta del todo a la **SGAE**, que pide que sea el mercado el que fije las tarifas por derechos de autor y no una comisión arbitrada por el **ministerio de Industria**; ni tampoco a la patronal, que ve en el canon un freno a la productividad y a la competitividad de la industria tecnológica española; ni a los usuarios finales, ya que se han recogido más de **250.000 firmas en su contra**.

Pese a la torticera y tendenciosa interpretación de la ley que realizan determinadas sociedades de gestión de derechos de autor, resulta claro y evidente que, al realizarse dicha descarga en ausencia total de ánimo de lucro, la respuesta debe ser necesariamente negativa. ¿Se constituye tal vez el usuario en editor, traductor o adaptador de la obra, percibiendo emolumentos por ello? Evidentemente, no es así. ¿Vulnera en modo alguno el reconocimiento de la autoría o el derecho del autor a mantener inédita su obra? En modo alguno, dado que hablamos de obras ya publicadas. De ahí que la doctrina actual intente, cada vez más, compaginar los derechos de los usuarios (acceso a la cultura y realización de copias privadas) con los anteriormente citados de los derechohabientes, en busca de un equilibrio que impida una criminalización generalizada de la sociedad, como reza la muy reciente **Circular de 5 de mayo de 2006 de la Fiscalía General del Estado Sobre los Delitos contra la Propiedad Intelectual e Industrial** tras la **Reforma de la Ley Orgánica 15-2003**.

En dicha Circular se precisa que las actividades de intercambio de archivos en la red *«no reúnen, en principio, los requisitos para su incriminación penal si no concurre en ellas un ánimo de lucro comercial»*, y que dicho *«elemento del ánimo de lucro debe ser interpretado, no en el sentido amplio de obtención de cualquier tipo de ventaja, utilidad o beneficio, sino en el sentido estricto de lucro comercial»*. Terminan por tanto con dicha circular los burdos intentos de considerar ánimo de lucro conceptos como el lucro cesante o ahorro, o la obtención de créditos para obtener otras obras en sistemas basados en ratio, así como las absurdas maniobras incriminatorias y mediáticas recientes más propias de un estado policial que de uno democrático. La circular del Fiscal General del Estado no deja lugar a dudas al respecto: la descarga de archivos de cualquier tipo de red para su uso y disfrute sin ánimo de lucro comercial no resultan en modo alguno constitutivas de delito.

**Enrique Dans**  
**Profesor del Instituto de Empresa**  
[www.enriquedans.com](http://www.enriquedans.com)