Puertas al campo

POR **NORBERTO GALLEGO**

La legislación sobre propiedad intelectual se ha desarrollado mediante parches normativos, sentencias judiciales y acuerdos entre partes. Entretanto, la tecnología y sus usos avanzan, desafiando la coherencia social de la legislación. Este riesgo de provisionalidad es patente en la modificación legal que acaba de sancionarse.

El Parlamento español ha completado la tramitación de una nueva ley de propiedad intelectual, dejando por el camino un reguero de disconformes y la convicción de que el texto sancionado tendrá corta vida. Con esta Ley se cumple el deber de transposición comunitaria, pero quedan numerosas asignaturas pendientes. Era obligado cumplir con el deber de transposición de la directiva europea sobre Sociedad de la Información con cinco años de antigüedad (2001/29/CE). Esta razón de urgencia se ha esgrimido como argumento para dejar muchas cuestiones para el futuro.

Formalmente, se trataba de modificar el Real Decreto 1/1996, que refundió el texto de la legislación sobre propiedad intelectual, y había que hacerlo para ajustar la legislación española a la directiva europea, aunque ésta ya empieza a mostrar síntomas de vejez prematura. En estas circunstancias, el gobierno y los grupos parlamentarios han optado por hacer una reforma mínima.

El telón de fondo sobre el que se proyectan estas cuestiones es la tecnología digital y lo que ella implica para las sociedades contemporáneas: la aparición de nuevos soportes y servicios de distribución de contenidos plantea una problemática diferente a la de los soportes físicos tradicionales y, por consiguiente, una ley redactada para el mundo analógico ya no vale en el digital. Esta realidad induce a los titulares de derechos de propiedad intelectual a reclamar la protección de sus intereses económicos en el nuevo contexto. Pero el legislador, al tiempo que trata de proteger el interés de los creadores, ha de buscar un equilibrio con el interés de los ciudadanos, y en esta búsqueda el entendimiento es una quimera. Nadie ha quedado contento

Fundación Telefónica
Telefónica

con la nueva Ley.

El desarrollo alcanzado por Internet agudiza todos los problemas que desde hace años arrastra el régimen de propiedad intelectual, en su difícil reconversión. La directiva europea pretendía en 2001 responder a los retos de las nuevas tecnologías a la protección de los derechos de los autores y, al mismo tiempo, no poner palos en las ruedas de la Sociedad de la Información. Por ello, los dos grandes ejes de la reforma son las medidas tecnológicas de protección y las excepciones admitidas. Se entiende por medidas tecnológicas de protección aquellas que sirven para impedir usos que no hayan sido autorizados por los titulares de los derechos de propiedad intelectual. El papel de las excepciones es corregir el impacto de aquellas medidas introduciendo el interés público. En la práctica, la directiva restringe la facultad de proteger tecnológicamente las obras, mediante una profusa enumeración de excepciones, que cada estado miembro podrá aplicar parcial o totalmente.

Al transponer la directiva europea al derecho español, el legislador ha intentado hacer compatibles las medidas tecnológicas y las excepciones. Difícil tarea que, según la profesora de Derecho Administrativo Celeste Gay Fuentes (1), merece el siguiente juicio: «Esta búsqueda de equilibrio […] presenta el aire brumoso de lo inaprensible». Escribe la autora que el pretendido equilibrio se detiene justo en el umbral de las redes electrónicas. Por un lado, siguiendo con fidelidad la directiva, se preserva el interés de las industrias culturales de desarrollar nuevos modelos de negocio basados sobre autorizaciones de usos específicos *on line*, con la contrapartida de pago. Por otro, como resulta imposible controlar los usos privados sin lesionar el derecho a la intimidad, se llega al reconocimiento de que la copia privada es un derecho de los ciudadanos, vinculado al acceso a la cultura.

La Ley admite que el comprador de una obra protegida la copie para su uso privado, pero establece el derecho del autor a ser remunerado por la copia, mediante una compensación dineraria que varía según el aparato reproductor o el soporte de grabación. Pero ocurre que el vínculo entre ambos derechos es materia de conflictos. Los tribunales españoles han dado la razón a las entidades encargadas de gestionar la remuneración compensatoria, que reclamaban a los fabricantes de CD y DVD vírgenes el pago de la cantidad estipulada, a semejanza de lo que se hace desde hace muchos años con las cintas de audio y vídeo; ambas partes firmaron la paz en 2003, aceptando los fabricantes pagar el llamado ?canon digital?, tan denostado por las asociaciones de consumidores.

El epicentro de los debates ha sido, y será, el régimen de la copia privada. Cuando el actual gobierno anunció que promovería la reforma de la Ley, la industria se preparó para resistir una eventual extensión del canon a los discos duros de ordenador y a las conexiones de Internet. Finalmente, el texto legal no grava los discos duros, si bien deja en manos de los ministerios de Cultura e Industria la tarea conjunta de determinar el listado concreto de equipos y soportes sujetos al pago de compensación, con lo que se dice buscar el entendimiento entre las partes; excluye, en cambio, la aplicación del canon a las líneas de conexión a Internet, fórmula que hubiera sido contradictoria con la promoción de la Sociedad de la Información, marco en el que se inscribe la reforma impulsada desde Bruselas.

Cada cual atiende su juego

Fundación Telefónica
Telefónica

Al leer las posiciones que se han expuesto en la polémica, destaca el abismo que separa a las sociedades de gestión, que consideran ?regresivo? el texto, y la plataforma reivindicativa formada por consumidores, usuarios de Internet y sindicatos, que califican el canon de ?indiscriminado?. Se pone así en evidencia el choque entre un modelo cultural y económico que ha sufrido pocos cambios en el siglo XX y otro, potencialmente conflictivo, nacido con la difusión de contenidos digitales. Esta contradicción produce chispas y es evidente que cualquier disposición legal dejaría a todos insatisfechos. Veamos un resumen de declaraciones a la prensa:

. José Manuel Tourné, portavoz de la Federación para la Protección de la Propiedad Intelectual (www.fap.org.es), sostiene que «la industria intelectual española vive horas críticas, con unas pérdidas que estima en la muy redonda cifra de 1.000 millones de euros anuales».

. Pedro Pérez, quien preside la Federación de Productores Audiovisuales (FAPAE / www.fapae.es), advierte: «No estamos de acuerdo en el derecho privado a hacer tres copias [una fórmula que fue retirada durante el trámite en el Congreso] porque nos lo jugamos todo, y si ahora nos equivocamos, pervertimos todo el modelo».

. Jesús Banegas, presidente de la patronal tecnológica Aetic (www.aetic.es), asegura que «España corre el peligro de situarse en una posición relativamente marginal en la Sociedad de la Información», si acaso el canon digital se extendiera a los discos duros y a las conexiones de Internet.

. José Pérez García, director general de Asimelec (www.asimelec.es), la otra asociación de las empresas de electrónica, tiene una valoración distinta: «Por fin tenemos un marco jurídico claro, que establece que el cálculo para fijar la cuantía del canon se debe basar en el daño que se produce a los autores por la copia privada, tal como dice la directiva europea, en lugar de basarse en el volumen de ventas de soportes de almacenamiento, como sucede ahora».

. En nombre de la Sociedad General de Autores (SGAE / www.sgae.es), principal entidad de gestión colectiva, Pedro Farré acusa al gobierno de convertir la LPI en una ?contrarreforma? y previene: «No vamos a admitir rebajas en la protección de los derechos de los autores».

. Josep María Puig de la Bellacasa, presidente del Centro Español de Derechos Reprográficos (CEDRO / www.cedro.org) cuestiona dos nuevas excepciones introducidas en la Ley, la que permite reproducir fragmentos con fines educativos y la que permite la consulta mediante terminales en bibliotecas.

. También la Asociación de Editores de Diarios Españoles (AEDE / www.aede.es) ha expresado su opinión contraria a la ampliación del derecho de cita a la actividad de las empresas de recortes de prensa y a su reproducción en Internet.

Es faena ardua, probablemente imposible, hacer compatibles realidades tan opuestas. En el nuevo texto legal, se ha optado por omitir la copia privada de la lista de excepciones, al mismo tiempo que se incluye una disposición adicional que faculta al gobierno a modificar mediante Real Decreto lo que la ley establece acerca de las medidas tecnológicas destinadas a bloquear

Fundación Telefónica
Telefónica

la copia privada. Comenta la profesora Gay Fuentes: «De reconocerse el derecho a la copia privada, la eficacia de las medidas anticopia tiende a cero. El legislador debe optar entre establecer un derecho de copia privada, impidiendo toda posibilidad de proteger las obras con medidas tecnológicas, o aceptar que la excepción de copia privada no podrá ejercerse en relación con obras tecnológicamente protegidas. Seguramente no caben soluciones intermedias».

Han quedado fuera del articulado varias cuestiones delicadas. La primera de ellas es el limbo jurídico en el que se encuentran las tecnologías que permiten intercambiar contenidos digitales entre usuarios de Internet ?redes *peer-to-peer*? sin autorización de los titulares de derechos. Es este un hábito social muy extendido, sobre todo en las capas jóvenes de la población, frente al cual no parece haber estrategias eficaces. Si se toma al pie de la letra la directiva europea, esta reconoce «un nuevo derecho de puesta a disposición del público», consistente en la alternativa de autorizar o prohibir la comunicación interactiva de obras protegidas por la propiedad intelectual. Prevalece el acuerdo de que la distribución no autorizada de contenidos a través de Internet lesiona el derecho del titular a autorizar o prohibir, puesto que la comunicación se hace sin su conocimiento. Según esta interpretación, la descarga de una obra, incluso si se hace para uso personal, no está amparada por la excepción de copia privada.

Es bien conocida la extrema dificultad de perseguir tales infracciones. En primer lugar por el alto número de infractores y su anonimato; segundo, por la naturaleza planetaria de Internet, un laberinto para juristas. Las industrias afectadas ?la discográfica y el cine? han tomado abundantes medidas represivas, sin conseguir erradicar ?ni siquiera atenuar? este fenómeno. La colaboración de los intermediarios técnicos ?operadores de telecomunicaciones y proveedores de acceso? quizá fuera deseable, pero plantearía otros problemas, entre ellos la necesidad de reformar las leyes de Protección de Datos y de Servicios de la Sociedad de la Información. De modo que en la nueva Ley se ha decidido dejar en manos de la justicia la posibilidad de «ordenar la suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir los derechos de propiedad intelectual».

El riesgo potencial que encierra ciertas iniciativas esbozadas en otros países ?no en el nuestro? contra las redes de intercambio *peer-to-peer* consiste en que la prohibición genérica del *software* de intercambio atentaría contra una innovación que Internet ha hecho posible y que tiene muchas otras aplicaciones legítimas.

Flecos pendientes

La nueva Ley, como queda dicho, se resigna a dar respuestas mínimas a problemas de enorme complejidad. En espera del proyecto prometido por el Ministerio de Cultura, no será vano mencionar algunas de las cuestiones pendientes. En primer lugar, la fórmula actual de gestión colectiva de los derechos parece poco apropiada para el nuevo entorno, no sólo por la proliferación de entidades que dicen representar a distintos colectivos de creadores y que, con frecuencia, compiten en un mismo terreno; también porque la explotación *on line* de las obras intelectuales ha inspirado a quienes postulan una gestión individual a cargo directamente de los

Fundación Telefónica
Telefónica

propios titulares de derechos.

La directiva europea deja abierta esta puerta, al definir el derecho de autorizar o prohibir la explotación interactiva mediante sistemas DRM. En 2001, cuando fue aprobada, se confiaba mucho en que la tecnología podría dar a los autores la capacidad de explotar sus obras a través del acceso condicional (de hecho, esta es la línea que siguen algunos grupos musicales, pero no deja de ser periférica).

El ejercicio del derecho a la gestión individual de la remuneración es casi imposible en la realidad. Es interesante encontrar esta observación de Gay Fuentes: «La digitalización ha permitido, en principio, que los titulares puedan controlar individualmente los procesos de autorización y pago de derechos, lo que cuestiona la función de las sociedades de gestión colectiva». A continuación, reconoce que la gestión individual de los derechos exclusivos de autorización «puede aportar ventajas a los productores, que son en definitiva los únicos que pueden ejercerlos, una vez efectuada la cesión de los mismos en su favor por parte de los creadores». Es oportuno recordar que una recomendación de la Comisión Europea, el año pasado, invitaba a los gobiernos a estudiar este tema desde la óptica de la distribución transfronteriza de obras musicales.

Si lo descrito hasta aquí es un sinfín de controversias, otro asunto no menos peliagudo es la intención, por ahora vaga, de crear un mecanismo arbitral específico para la propiedad intelectual. Esta autoridad, sobre la que algo se ha discutido durante la tramitación parlamentaria, tendría eventualmente dos funciones: una de control público sobre los recursos recaudados por las entidades de gestión y otra de resolución de conflictos entre las múltiples partes involucradas. Como puede verse, la verdadera reforma estructural de la propiedad intelectual está en lista de espera.

Fundación Telefónica
Telefónica