

II.2. FILOSOFÍA DEL DERECHO

BREVES REFLEXIONES SOBRE LAS PARTICULARIDADES DE LOS LÍMITES Y PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA ACTUALIDAD

Por el Dr. ISIDORO CASANUEVA SÁNCHEZ
Profesor Asociado
Facultad de Derecho
Universidad de Extremadura

Resumen

La producción artística, protegida por los derechos de la propiedad intelectual, es un pilar de nuestra sociedad. Los artistas deben recibir una remuneración por sus creaciones, pero los ciudadanos han de poder tener acceso a los contenidos culturales en las condiciones económicas más ventajosas posibles. En este artículo buscamos sentar ciertas bases sobre las que pueda sustentarse un equilibrio entre ambos intereses contrapuestos.

Abstract

Artistic output is protected by intellectual property legislation, this is an undisputed fact, and artists must be paid for their work. But the people also have a right to access cultural contents at the lowest possible cost. In this article we look for the basis that may sustain a fair equilibrium point between this opposed interests.

El derecho a la propiedad privada es, además de un derecho constitucionalmente reconocido¹, el eje en torno al cual gira nuestro Derecho privado. Pero no es un derecho absoluto en la configuración que tiene en el ordenamiento jurídico. Ciertamente son variados los límites a que su ejercicio se enfrenta, siendo el de mayor relevancia jurídica de entre ellos, la función social que debe desempeñar. Esta función social no se agota en la prerrogativa expropiatoria del Estado en caso de necesidad por interés general², sino que abarca otros aspectos como la obligación de ser ejercitadas las prerrogativas que otorga de manera social, ya que la ley no ampara el uso antisocial de ningún derecho, de acuerdo con el art. 7.2 del C.c. o a posibilidad de regular su uso de acuerdo con el interés general.

Por otro lado las posibilidades que la configuración del derecho de propiedad ofrece no se agotan en la mera tenencia y disfrute de bienes muebles o inmuebles. La propiedad inmaterial también existe a través de la propiedad industrial e intelectual. De esta última es de la que nos vamos a ocupar aquí³. Y en especial de la protección que el Estado hace y debería hacer de los derechos amparados dentro del concepto de propiedad intelectual⁴. Porque la propiedad intelectual también se protege, como no puede ser de otra manera, como la pro-

¹ Art. 33 de la C.E. de 1978.

² Recordemos que en otras jurisdicciones, como las anglosajonas, el Estado puede tomar la propiedad privada bajo ciertas condiciones delimitadas por la Ley, los bienes privados en ejercicio de un «derecho de policía» sin derecho a compensación alguna en aras del interés general. Así, la jurisprudencia americana ha configurado este tipo de expropiación, denominado «deprivation», como la negación de un uso económico viable de la cosa o las expectativas de que éste se produzca (cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, «La problemática de la propiedad desde la perspectiva del derecho social», en VV.AA., *Propiedad y derecho social*, Madrid, 2007, pág. 24). Nuestro Tribunal Constitucional, sin embargo, no admite esta expropiación sin indemnización (de acuerdo con la doctrina sentada en la conocida S.T.C. 37/1987).

³ Sólo de aquellos contenidos que consideramos «culturales». La propiedad intelectual en su mayoría se ocupa de esta clase de bienes. Sin embargo, desde los últimos años también forma parte de ella los derechos relacionados con la biotecnología, que no forman parte del derecho industrial por razones que no son parte de este estudio, pero que tienen un régimen económico que a éste se asimilan, más que al de la propiedad intelectual a la que aquí nos referiremos. Sobre la protección de la propiedad intelectual en el sector biotecnológico: RIMMER, *Intellectual property and biotechnology*, Londres, 2008. CASTLE, *The role of intellectual property in biotechnology innovation*, Londres, 2009. VV.AA. en RAI (coord.), *Intellectual property and biotechnology*, Londres, 2009. Y sobre su relación con la industria farmacéutica: VV.AA. en SHADLEN, *Intellectual Property, pharmaceuticals and public health*, Londres, 2011.

⁴ Con respecto a los diferentes conceptos protegidos, además de los manuales de propiedad intelectual al uso, véase más en concreto: FERNÁNDEZ-ARIAS, *Derecho sustantivo de autos en las legislaciones de España y Sudamérica*, Madrid, 2003.

piEDAD de bienes tangibles. Pero al ser diferente la naturaleza de unos y otros bienes, también los límites a su ejercicio y la protección que se les debe otorgar. Ciertamente los límites que mencionábamos se manifiestan de diferente modo en relación a los bienes tangibles que a los intangibles. Por ello no debe igualarse el tratamiento que se hace a la propiedad ordinaria de la intelectual, dadas las diferencias que las separan.

La protección de los derechos de propiedad intelectual tiene lugar como un mecanismo de defensa frente al uso indebido que terceros puedan hacer de bienes comprendidos dentro de esos derechos. Ello es así porque la mayoría de los bienes objeto de propiedad intelectual no son susceptibles de propiedad física, excepto cuando se encuentran contenidos en un soporte físico. No pueden ser disfrutados más que a través de una inscripción, de un registro, de un catálogo; pero sobre todo su protección de basa en que no se haga un uso no tutelado por el ordenamiento jurídico de ellos. Es este último aspecto el que más quebraderos de cabeza genera, puesto que la protección de la propiedad del fonograma, composición, filmación, etc. no plantea excesivos problemas. El mecanismo de la autoría es bastante claro y su mecanismo de registro se encuentra reglamentado convenientemente de acuerdo con principios que no ofrecen excesivo espacio para ser criticados. El uso es otra cosa diferente. El uso y disfrute de los derechos protegidos bajo el paraguas de la propiedad intelectual es objeto de un amplio debate en cuanto a su conveniencia, valor, extensión, eficacia y coerción; o sea, prácticamente todos los puntos sobre los que el legislador puede incidir.

Comenzando por la propia necesidad o no de que la propiedad intelectual sea protegida, ya en este seminal aspecto de la categoría que tratamos, encontramos las primeras voces disidentes. Ciertamente hay quien aboga por que la propiedad intelectual no sea protegida más allá de la atribución de la autoría (derechos morales y de explotación directa), esto es, que los derechos económicos anejos a la propiedad intelectual deben ser parte del dominio público⁵. Para ello, los defensores de este posicionamiento, se basan en que la remuneración del creador de la obra se agota en el concepto de autoría (derecho moral) y en la remuneración que éste obtiene con la explotación directa de tal autoría a través de la venta directa de la obra, sea un original único o de las copias que de un original son puestas a la venta (como CD's de música, DVD's, exhibición comercial controlada y ventas de copias de la obra). Pero más allá, la propiedad

⁵ Buen ejemplo de ello es el buen número de obras sujetas a derechos de propiedad intelectual que en vez de optar por protegerlas por copyright prefieren hacerlo por copyleft, mecanismo mediante el cual renuncia al contenido económico (al menos a la retribución indirecta), restando sólo los derechos morales sobre la obra en manos del autor. Véase en general: IGLESIAS POSSE, «The legal status of copyleft before the Spanish courts», en *Journal of Intellectual Law & Practice*, 2009, págs. 815-826. JONGITUD ZAMORA, «Contradicciones de la globalización: surgimiento del copyleft», en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 2006/2007, págs. 141 y ss. VV.AA., *La crisis del modelo de derecho de autor y las prácticas para democratizar la cultura*, Buenos Aires, 2010.

intelectual puede ser de libre disfrute de todos los ciudadanos, más allá de sólo quienes disponen de medios. La base que da cobertura jurídica a esta propuesta es que la producción intelectual es casi prácticamente de bienes culturales, a diferencia de la propiedad industrial que es de producción puramente económica (patentes y marcas). El derecho constitucional de libre acceso a la cultura y la función social que la propiedad debe cumplir⁶, justificarían que cualquier ciudadano deba poder hacer uso de esos bienes culturales⁷.

Aún más allá van quienes, además, creen que ese acceso debe ser gratuito. La asociación de libertad de acceso con gratuidad sólo es posible para algunas de las producciones intelectuales: sólo aquellas que son susceptibles de ser copiadas por los consumidores de esos bienes pueden ser objeto de intercambio gratuito. Un óleo no lo es; una canción, un libro o una película, sí. La actual configuración de la propiedad intelectual protege al autor económicamente frente a quienes copian o comparten sin su consentimiento su obra. Esta protección económica es la que más críticas recibe por quienes, en la balanza entre libre acceso a la cultura y protección de los autores, defienden que la primera debe prevalecer, en contra de la configuración actual. Este posicionamiento recibe las críticas de las entidades defensoras de la retribución económica de los autores (S.G.A.E., C.E.D.R.O., A.I.S.G.E., etc. en nuestro país) y cuenta con la oposición del ordenamiento jurídico en la actualidad. Sobre cuáles son estas críticas y la conveniencia o no de este sistema, volveremos más adelante en este artículo. Pero anticipemos que la gratuidad de la copia privada no se opone a ningún principio jurídico fundamental; si no se adopta es simplemente porque no se ha deseado por el legislador que así se haga. De hecho hay incluso opciones políticas que abogan por tal gratuidad⁸.

El equilibrio entre diferentes derechos fundamentales que entran aquí en conflicto es difícil. En este caso el derecho a la propiedad privada y el libre acceso a la cultura entran en contraposición, y debe encontrarse un punto de

⁶ Entendiendo que una población que puede disfrutar de más bienes culturales, es una sociedad más educada y por lo tanto más libre. Y el Estado debe velar por que tales aspiraciones de nuestra sociedad se encuentren lo más cerca posible de las vidas de los ciudadanos; cuanto más cultos, más educados y más libres seamos, entendemos que es más satisfactorio, mejor para los ciudadanos, por lo que el Estado debe facilitar lo más posible el acceso a los bienes culturales, popularizándolos. Y no hay discusión que de cara a su democratización, no hay mayor popularización que la gratuidad o lo más cercano a ella, como en muchos otros aspectos de la convivencia así se nos ha puesto de relieve desde el poder político.

⁷ Sobre el derecho a la cultura como límite: PÉREZ DE CASTRO, «¿El derecho de acceso a la cultura es un límite (a los derechos de propiedad intelectual)?», en O'Callaghan (coord.), *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, Madrid, 2011.

⁸ El Partido Pirata sueco tiene por principio luchar por que las legislaciones procuren este tipo de acceso a la cultura y ha obtenido escaño en el Parlamento Europeo con el 7% de los sufragios el país (<http://www.publico.es/internacional/230899/el-partido-pirata-de-suecia-logra-un-escaño-en-el-parlamento-europeo>). Sobre las bases jurídicas, históricas, sociológicas y culturales de la piratería en internet, véase: VV.AA., en BENTLY, DAVIS y GINSBURG (coords.), *Copyright and piracy. An interdisciplinary critique*, Cambridge, 2010.

equilibrio entre ambos. Desde luego es innegable que un autor que crea una obra, debe tener derecho a obtener una remuneración por su creación, aunque sea limitada; de otro modo el medio de vida de los artistas dejaría de existir y sólo existirían artistas aficionados, no profesionales, lo cual sin duda redundaría en una reducida producción artística, tanto en cantidad como en calidad, lo cual no es en absoluto deseable. Dónde está ese límite es la cuestión que debe ser debatida en el nuevo entorno que la era de internet plantea en el siglo XXI. Por otra parte queremos tener ciudadanos cultos; que la cultura sea fácilmente accesible y no un privilegio exclusivo para quien pueda pagarla. Planteado el dilema, el problema reside en encontrar el punto de equilibrio entre que la remuneración del artista sea conveniente, que ofrezca suficientes alicientes para que quien tiene un arte que ofrecer pueda éste constituir su modo de vida o le ofrezca réditos suficientes que compensen su esfuerzo y genialidad. Por otro lado los poderes públicos tienen la obligación legal y moral de garantizar que el público general tenga acceso a esas producciones artísticas de la manera más generalizada posible, debiendo cada límite que las normas impongan a tal acceso encontrarse suficientemente justificado, incluidos los límites de índole económica. Lo difícil, como anticipábamos, es encontrar dónde se encuentra ese punto de equilibrio que garantice la satisfacción de ambos derechos legítimos en relación a la obra artística: remuneración del artista y amplio acceso.

No olvidemos en este sentido que en nuestro ordenamiento jurídico la propiedad está limitada por la función social que debe cumplir. No consiste esta función social sólo en la facultad expropiatoria del Estado, sino también en el ámbito en que ahora nos movemos, en que los poderes públicos garanticen que las producciones artísticas sean accesibles por los ciudadanos y que éstos puedan disfrutar de ellas sin que su coste suponga una limitación económica prohibitiva⁹. Es la Ley la encargada de delimitar el contenido del derecho de propiedad para cada categoría de bienes en concreto, siendo la Ley de Propiedad Intelectual la que lo hace para los bienes que aquí tratamos. El margen de maniobra que la normativa tiene es bastante amplia en este sentido, yendo desde la ausencia de remuneración al artista, por entenderse toda creación artística pertenece por definición a la colectividad, hasta el derecho a que el artista cobre por todas y cada una de los usos de su obra. Si la primera sería una actitud de corte comunista, la segunda sería entonces ultra capitalista, ignorante del deseo de culturalización del pueblo. Quedando la primera excluida, tanto por su desfasada ideología como por el mandato del T.C. en su Sentencia 37/1987, que prohíbe imponer obligaciones irracionales, desproporcionadas o sin mediar indemnización, resulta que estamos aplicando el segundo criterio: en consecuencia estamos dejando casi totalmente en manos de los artistas cuál ha de ser su remuneración.

⁹ El Tribunal Constitucional tiene declarado que el contenido esencial de la propiedad no puede determinarse atendiendo exclusivamente al derecho individual del creador, sino que la función social entendida como interés de la colectividad, ha de incorporarse a su contenido (cfr. S.T.C. 84/1994).

Por supuesto que nuestra economía de mercado impone la aplicación del criterio capitalista. Claro, que éste puede ser aplicado en toda su extensión bien puede ser aplicado de manera atenuada, estableciendo la norma unos marcos legales de compensación al artista bajo criterios de facilitación del acceso en condiciones favorables a la cultura a los ciudadanos, ignorando las leyes del mercado de la oferta y la demanda en lugar de un cobro lineal compulsorio.

La necesidad de un uso eficiente de los recursos está reconocido constitucionalmente, como lo está la protección de los derechos inherentes a la propiedad, pero del mismo modo se ha de tratar de impedir que tales derechos perjudiquen a la colectividad; la economía de mercado y la propiedad privada son elementos esenciales de la democracia económica, pero también las libertades colectivas lo son de nuestra democracia social consagrada en el primer artículo de la C.E.¹⁰. No cabe pues, enfrentar propiedad privada y derecho de acceso a la cultura en este sentido, sino que el objetivo es que convivan en equilibrio.

¿Cuál debe ser entonces el valor de la remuneración que los titulares de derechos de propiedad intelectual deben tener derecho a recibir por sus obras? El valor al que debe ascender tal retribución está en relación directa con lo dicho anteriormente. En realidad, esa cifra es ese punto de equilibrio que deseamos encontrar en última instancia, porque su importe va a venir abonado por los ciudadanos que acceden al disfrute de la obra. Lo que los consumidores abonan es lo que el artista recibe, deducidos los costes y las comisiones que la industria artística obtiene por la intermediación¹¹. No plantea demasiadas dudas la retribución directa de los autores a través de la venta directa de sus obras, la cual se rige por las reglas de la oferta y la demanda. Cuando un consumidor desea comprar o disfrutar de una obra que el autor está dispuesto a ofrecer a cambio de un precio que ambos acuerdan expresa o tácitamente, el mercado provee de los mecanismos adecuados para tal intercambio. El problema viene en la retribución indirecta de los autores, esto es, cuando el consumidor desea disfrutar de la obra sin un consentimiento directo del autor.

Para estos casos se ha articulado un procedimiento que consiste en la recaudación por parte de unas entidades, denominadas de gestión, que a través de una serie de «cánones» y «tasas» que gravan el uso de las obras de sus afiliados por parte de los consumidores. Si este sistema no existiera, los autores deberían perseguir individualmente a cada uno de quienes hacen un uso no consentido de su obra: esto sería una labor poco menos que imposible en un mundo tan amplio y globalizado como es el actual. La existencia, importe y aplicación de esos cánones y tasas ha sido puesto en entredicho. No olvidemos que existen por ende de una regulación del Estado que los reconoce y permite a las enti-

¹⁰ Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, *op. cit.*, pág. 35.

¹¹ Estas comisiones pueden llegar al 90% en muchos casos, como en los discos de música, donde la discográfica es quien se queda con la mayoría del precio que el consumidor paga, recibiendo el artista alrededor de 10% del importe del disco.

dades de gestión su recaudación. ¿Qué ocurriría si no se hubiera permitido y regulado su existencia? Pues que los autores tendrían que perseguir de manera individualizada a quienes hacen uso de sus obras sin un acuerdo previo, ya que la regulación actual de los derechos de explotación de la propiedad intelectual permite a los autores ser retribuidos, además de por el uso directo, por el uso indirecto de sus obras, lo cual sería en la práctica irrealizable: ni el tiempo necesario para ello sería asumible ni existen los medios.

Que tal retribución indirecta deba poder tener un contenido económico de obligado pago por el consumidor es la cuestión que más controversia suscita en ciertos círculos en la actualidad, porque hay quien opina que el artista queda remunerado por su trabajo con la retribución directa, o sea, con la venta de la obra, sus copias, sus espectáculos en directo, apariciones televisadas... Para quienes sostienen esta hipótesis, la retribución indirecta debería ser parte del dominio público, de libre y gratuito acceso por parte de los ciudadanos. Por supuesto las corrientes doctrinales y legales imperantes, que en materia de propiedad intelectual vienen de Estados Unidos, no comulgan con que esta posibilidad pueda hacerse real. La razón que se alega es que ello mermaría los alicientes para que los artistas produzcan y ello se traduciría en una disminución de la cantidad y calidad de la producción intelectual. Así, no es para éstos suficiente con la retribución directa, sino que es imprescindible además la indirecta. Ambos posicionamientos son irreconciliables y sólo la palabra del legislador es quien permite que se use uno u otro sistema. Ni que decir tiene que la influencia (e incluso presión en algunos momentos) del lobby de las entidades gestoras ha hecho que en nuestro país adoptemos el sistema de la retribución indirecta obligatoria.

De hecho, hoy en día la extensión que el concepto de propiedad ha de tener está siendo puesto en duda. El concepto de que la economía capitalista necesita de derechos de propiedad fuertes y claros para poder progresar, tal como Hernando de Soto predica en su citadísima obra *El misterio del capital*¹², plantea interrogantes en diversos aspectos, tal y como es un buen ejemplo el que planteamos en este artículo. Hay quien entiende que esa fortaleza y claridad puede ser una receta errónea para el adecuado avance económico hacia una sociedad más justa, puesto que su forma ideal no es a día de hoy suficientemente precisa¹³. Las diferentes opciones que la distribución y significado que a los títulos de propiedad les demos, van a resultar en diferentes modelos de sociedad. En la propiedad de bienes muebles e inmuebles los largos siglos de tradición jurídica nos han proporcionado un punto de equilibrio que resulta en lo que consideramos una óptima (o casi) distribución de los derechos derivados de la propiedad.

¹² El título completo es: *El misterio del capital: ¿por qué el capitalismo triunfa en occidente y fracasa en el resto del mundo*, Lima, 2000. Para un análisis de esta obra: VV.AA. en BARROS (coord.), *Hernando de Soto and property in a market economy*, Londres, 2010.

¹³ Vid. David KENNEDY, «Some caution about economic rights as a recipe for economic development», en *Accounting, economics and the law*, vol. I, Issue I, 2011, art. 3.

Pero en materia de propiedad intelectual, carecemos de esa experiencia secular, y el equilibrio socio-económico parece estar lejos de haberse logrado como demuestran las fuertes tensiones que a día de hoy existen entre poseedores de derechos de propiedad intelectual y los adquirentes de ellos¹⁴.

En este sentido debemos hacer una precisión importante: no todos los artistas son iguales. Dentro del colectivo generador de propiedad intelectual hay una enorme variedad de líneas de pensamiento, actitudes y cuantías de ingresos. Muchos artistas se conforman con la retribución directa que obtienen por su creación y no desean recibir compensación indirecta alguna. Prueba de ello es la enorme cantidad que no se afilian a sociedad de gestión de sus intereses (pues esta es la única forma de recibir tal clase de retribución), o que aún afiliados deciden que su obra forme parte del dominio público antes de haber transcurrido el plazo que la ley otorga para que puedan ser usadas de forma gratuita, normalmente por convencimiento de estar haciendo lo correcto. Antes de la era digital, copiar era demasiado caro, y los infractores pocos, por lo que perseguir a los infractores sí era económicamente eficiente. Por otro lado también ha de decirse que hay artistas ricos y pobres; dicho en otras palabras: algunos con la remuneración directa exclusivamente son multimillonarios, haciéndoles la indirecta únicamente más multimillonarios; y otros ni con la directa más la indirecta sacan ni para vivir de su arte. En medio lógicamente hay todo un espectro de ingresos y situaciones vitales o profesionales. Viene esto al hilo del hecho de que la era digital ha convertido a los ingresos indirectos por copia digital en un negocio millonario, puesto que en la era analógica éste era un ingreso marginal de los autores. Las entidades de gestión a nivel internacional, dándose cuenta de ello, se han apresurado a intentar bloquear la posibilidad de que la copia digital pueda ser gratuita.

Así, el ciudadano que accede de manera gratuita a través de un medio digital a un contenido protegido, se convierte en un infractor de la ley. Las nuevas tecnologías, desde el punto de vista de la legalidad, en vez de convertirse en un aliado de la educación y culturalización de la población, se pretenden poner al servicio de la retribución de los creadores. Ciertamente facilitan el acceso a contenidos culturales con mayor facilidad, pero también han incrementado notablemente los ingresos por explotación de los derechos de propiedad intelectual. La retribución indirecta por copia digital ha hecho que se pierda la oportunidad de democratizar y popularizar muchos aspectos de la cultura, y ello exclusivamente en aras de una mayor retribución del creador. Al menos sí

¹⁴ Ecuación que se complica con los avances tecnológicos, que tienen un especial impacto sobre la distribución de la creación artística e intelectual, puesto que hacen que ésta sea mucho más sencilla y asequible que antes de la revolución informática y de la invención de internet. Tanto de manera gratuita como onerosa: y esa es la raíz del problema, mientras que unos quieren que sea gratuito el intercambio de bienes de propiedad intelectual, el otro sector desea que sea a cambio de un precio. Pero el precio puede ser fijado en función de muy diferentes parámetros tanto cualitativos como cuantitativos sobre los que tampoco hay un acuerdo.

ha democratizado la posibilidad de que los artistas menos conocidos se puedan dar a conocer al gran público a través de la red ofreciendo su obra de manera gratuita y así poder generar ingresos a través de la retribución directa una vez su talento ha sido reconocido.

Ello nos lleva a otra consideración. Si hay quienes reciben una enorme retribución indirecta por sus obras y quienes reciben poco es porque hay artistas a cuyas obras se accede mucho y otros a las que se accede poco. Hay grandes y pequeños perceptores de este tipo de retribución. Las leyes del mercado dictan quienes pertenecen a uno u otro grupo según una muy democrática regla. A la vez, las entidades gestoras aplican las mismas tarifas tanto a unos como a otros. Esto es, no se aplican economías de escala en la retribución indirecta. Esta falta de progresividad no es ya tan democrática. Aplicar un sistema progresivo, disminuyendo el coste según la mayor difusión de la obra una vez pagados los costes de producción sería mucho más eficaz de cara a la accesibilidad a los contenidos culturales más demandados. Se garantizaría así un sistema más equitativo en el reparto de los ingresos entre los grandes perceptores de este tipo de retribución, sin que con este sistema se quiebren las reglas de la oferta y demanda del mercado, puesto que haría éstas más justas. No queremos decir que bajo el sistema no progresivo actual los artistas grandes saquen provecho de los pequeños, sino que con la progresividad los artistas con menor exposición resultarían más justamente retribuidos en comparación a quienes tiene grandes ingresos.

El sistema remuneratorio del uso de la propiedad intelectual es, como vemos, en el actual estado de cosas, claramente favorable a los titulares de tales derechos, en especial de aquellos que ya están consagrados, lo cual no deja de ser una posición egoísta frente a los emergentes. En aras de la defensa de ese favorecimiento se alega como base la protección de la propiedad privada por un lado, como hemos visto; por otro lado se alega que ese es el mejor sistema para favorecer un alto nivel cualitativo y cuantitativo de producción artística (lo cual el tiempo está de mostrando que no es cierto tal y como se nos ha intentado convencer durante mucho tiempo¹⁵). Ello implica decir que la producción artística tiene una base económica, en otras palabras, que los artistas crean por la remuneración que esperan recibir. Pero este fin declarado no es del todo cierto. Una gran parte de esa producción es en el fondo independiente de su remuneración, puesto que una gran parte, por no decir la gran mayoría de los artistas crean por convencimiento interno, por deseo de dar a conocer su arte y sentirse admirados por ello. Es entonces el hedonismo intrínseco a la personalidad de la mayoría de los genios creadores y no el apego por el dinero

¹⁵ Pero la incentivación económica de la creación artística que durante décadas ha sido esgrimida de manera incontestada como esencial, realmente no es la base de que la producción aparezca, como últimamente están poniendo de relieve psicólogos y economistas, quebrando el paradigma que sirve de principal sustento a la industria y entidades de gestión para presionar de cara a que el legislador mantenga la retribución por copia. Ver al respecto: ZIMMERMAN, «Copyrights as Incentives: Did We Just Imagine That?», en *Theoretical Inquiries in Law*, 2011, art. 3.

el motor que mueve la producción artística (aunque, como dirán la mayoría de ellos, el dinero no molesta). Si no, no tendría explicación que muchos renuncien, al menos en el inicio de sus carreras, a retribuciones que legalmente les corresponderían, especialmente si hablamos de la retribución indirecta. Si una buena parte de los propietarios de derechos de propiedad intelectual renuncian a esa retribución indirecta, cabe preguntarse por qué no pueden renunciar todos y limitar su fuente de ingresos a la retribución directa.

Probablemente ello implicaría una mayor carga de trabajo y un mayor esfuerzo. Todos conocemos casos de artistas que una vez llegan a un estatus en el que sus ingresos indirectos son suficientemente amplios, dejan de esforzarse y se limitan a vivir de ella, renunciando a generar ingresos directos. Esto entra en clara contradicción con el planteamiento de que los ingresos indirectos son necesarios para mantener un alto nivel de creación. Más bien todo lo contrario. La realidad nos demuestra que la remuneración indirecta reduce la fuerza creativa en vez de impulsarla. El colectivo de propietarios de derechos de propiedad intelectual es, desde luego, muy peculiar, puesto que tradicionalmente no ha sido el dinero el motor de su fuerza creativa, como se nos está queriendo hacer ver. Precisamente, los verdaderos artistas (que son quienes crean bienes culturales que merecen la pena ser tenidos en cuenta porque brillan por sí mismas y que prevalecen sobre el olvido que el tiempo impone a la vulgaridad e intrascendencia) siempre han sido calificados como personas desprendidas, de poca afección monetaria y esclavos únicamente de su arte. Solamente aquellos mediocres, que sólo tuvieron un pasajero momento de inspiración o que no son muy aficionados a mantener un nivel constante de trabajo, son quienes se benefician del sistema de retribución indirecta de una manera más acusada. No premia por tanto tal sistema retributivo la genialidad ni el trabajo duro y constante, que son precisamente los valores que nuestra sociedad más estima y cuya persecución debiera ser premiada. Sí que lo hace la retribución directa y es por ello que ésta debiera ser la única vía por la que debiera estar permitido generar ingresos para los creadores. Como por otro lado nos ocurre a la generalidad de los trabajadores: sólo por nuestro trabajo directo recibimos honorarios. Los jueces no cobran cada vez que una de sus sentencias es citada, un albañil no cobra cada vez que modifica uno de los muros que ha construido o un ingeniero agrónomo no cobra cada vez que se recolectan frutos de los árboles de la plantación que diseñó. A ellos no les alcanza la protección de derecho de propiedad intelectual y han de dictar nuevas sentencias, hacer nuevos muros y diseñar nuevas plantaciones para generar ingresos (o remodelar los existentes). Hay una diferencia añadida: el fruto del trabajo de jueces, albañiles o ingenieros no tiene trascendencia cultural como sí que lo tiene el de músicos, pintores o cineastas. Trascendencia cultural que nuestro ordenamiento jurídico desea que lleguen al mayor número de ciudadanos posibles, convirtiéndose la retribución indirecta que hay está establecida por la actual normativa en un claro obstáculo para el logro de ese objetivo.

Si lo que deseamos impulsar en este momento de nuestra civilización occidental es la cultura del esfuerzo, el afán y la diligencia, que tanta falta nos hace tras años de encumbramiento del ocio y de galardonar la mediocridad, esta retribución indirecta debe ser reformada para que la recompensa sea justa y premie estas cualidades en los artistas, tal y como se hace en otros órdenes de la vida laboral como acabamos de intentar demostrar. Es este el verdadero camino para estimular la calidad y la cantidad de la producción artística, no retribuir innecesariamente bien a quienes ya han dejado de producir y desean vivir de los réditos. Garantizar una vida sin esfuerzo, donde se permite y premia el adocenamiento, es la mejor manera de desincentivar la productividad. Precisamente esa invocación a la productividad artística que se usa por los valedores de este tipo de remuneración, creemos que queda demostrado que en realidad es su peor enemigo bajo un análisis más riguroso que el que demagógicamente se nos ofrece a primera vista.

Esta remuneración indirecta estaba pensada para otros tiempos. Cuando los canales de distribución de las producciones artísticas eran muy limitados, tenía una razón de ser. Eran además medios de distribución que alcanzaban a pocos ciudadanos y los réditos obtenidos eran pequeños, pues las posibilidades de copia privada casi no existían, así como también la difusión pública era muy limitada. Pero los tiempos cambian, y en la era de internet la copia privada se ha tornado ilimitada a nivel global y la difusión pública está ahora al alcance de cualquiera. Sin embargo, la retribución por este concepto se ha mantenido inmutada; la consecuencia es que los ingresos por este concepto se han vuelto estratosféricos para los grandes artistas, que reciben cada año cheques por millones de euros, mientras que los pequeños siguen cobrando lo poco que recibían antes o nada. Se ha producido, pues, un desfase importante del que se benefician una pequeña minoría de artistas, no beneficiando en casi nada a una buena mayoría y que perjudica expresamente a la totalidad de los consumidores de bienes culturales, o sea, a casi todos los ciudadanos. Las cuentas no salen: unos pocos beneficiados dentro del colectivo suministrador y una gran cantidad de perjudicados dentro del receptor. Este es desequilibrio que el legislador debiera pensar en compensar, como lo estaba antes de la era digital, volviéndose así a un estado de cosas más equilibrado.

No es tampoco necesario plantear la retribución indirecta en términos de dualismo entre el todo y la nada. Queremos decir que no es necesario, ni probablemente conveniente, su eliminación completa. Pero sí creemos que es necesario una reflexión más rigurosa, que vaya más allá del simplismo con que se nos quiere plantear la cuestión en la actualidad de o bien mantenerla, o eliminarla. Los términos medios existen y se pueden arbitrar soluciones que, quizá manteniendo esta retribución, solucionen los problemas que la era digital plantea de cara a la productividad, esfuerzo, remuneración y acceso a los bienes culturales desde unos planteamientos de justicia social y económica. Opciones existen, y la constante mejora técnica que el progreso pone a nuestra disposición cada día

con mayor amplitud tanto herramientas técnicas como ideas legales para alcanzar tal el objetivo de justa remuneración y deseable acceso a los diferentes bienes culturales.

Y es que además el sistema de recaudación y reparto llevado a cabo por las entidades de gestión está muy lejos de ser satisfactorio por diferentes razones. La primera es el oscurantismo general con que operan. Para quienes creemos que la transparencia es uno de los valores fundamentales de la verdadera democracia, este sistema de actuación no está en absoluto ni claro ni probablemente justificado. Los catálogos de artistas a los que cada entidad representa no son totalmente público¹⁶s y, utilizando como escudo la sacrosanta protección de datos, se niegan a facilitarlos. A menos que uno sea parte del mecanismo, saber cómo se reparten los ingresos que la entidad recibe entre los afiliados, es otro secreto imposible de descubrir. Sí son públicas, esta vez al menos sí, las tarifas que se cobran a quienes deciden hacer uso de los derechos que las entidades representan. Pero es de lo poco que conocemos, pues tampoco las comisiones de gestión que la entidad se queda en concepto de labores de recaudación y distribución de los ingresos son conocidas, ni siquiera por los propios afiliados. Cierto que la afiliación a ellas es voluntaria y que son entidades privadas; pero de ahí a que su régimen de funcionamiento no sea más transparente hay una enorme distancia, puesto que el consumidor tiene derecho a saber por qué se le está cobrando y que ese dinero que coactivamente (no libremente) está entregando está verdaderamente retribuyendo lo que se supone que está pagando.

Este sistema contiene una injusticia añadida que dice poco del buen hacer de estas entidades. Dado el sistema de cobro de «tarifa plana» que se utiliza para la recaudación, las entidades de gestión cobran por el uso del sector artístico al que representan, independientemente de si se usan obras de su catálogo o no ni cuáles de esas obras se usan. Ello quiere decir que se está cobrando por el uso de obras sobre las que no gozan de derechos de gestión, sea porque son del dominio público según la Ley de propiedad intelectual, porque sus autores no han deseado afiliarse a la sociedad de gestión correspondiente o porque éstos no desean que recibir este tipo de retribución por cualesquiera razones. Otro aspecto de este sistema que es injusto es que hay una gran multitud de autores cuyas obras tiene una muy limitada difusión, casi inexistente, tan pequeña que la retribución que les corresponde es muy pequeña; tan pequeña que las entidades de gestión no se molestan en girar una liquidación por los derechos económicos que les corresponden. Tal retribución es tan pequeña que a los autores que la dejan de recibir no les produce perjuicio económico de entidad. Pero la entidad de gestión ha cobrado por ellas, y son muchos, muchísimos autores en esa situación. Sumadas esas pequeñas cuantías conforman una cuantía global que sí ascendería a una cantidad de dinero considerable. Y al no recibirla nadie,

¹⁶ La S.G.A.E., por ejemplo, sólo permite consultar si una obra concreta está en su catálogo o no (otras gestoras ni siquiera eso), pero se niega a facilitar el catálogo completo.

cabe preguntarse dónde está ese dinero recaudado, pregunta a la que desde las entidades de gestión no se nos ofrece una respuesta satisfactoria.

El sistema de tarificación, a pesar de ser conocido, ha recibido un gran número de críticas. A las que ya hemos expuesto habría que añadir la se hace precisamente por esas tarifas planas, como por ejemplo el canon digital, que ha sido configurado con una serie de características nada satisfactorias tanto desde un punto de vista moral como jurídicamente, entrando en conflicto con un buen número de principios jurídicos generales. Sería excesivamente largo entrar a pormenorizar todas ellas. A modo de prueba de la injusticia que este sistema entraña basta citar la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁷ declarando que el canon digital no se ajusta a derecho porque grava conceptos sobre los que no tiene potestad para hacerlo, vulnerando principios de seguridad jurídica y proporcionalidad.

La verdad es que detrás de este proteccionismo de los derechos de propiedad intelectual no suelen encontrarse los propios creadores, sino más bien una industria que se ha creado a su alrededor con la intención de explotar eficientemente las creaciones artísticas. Son inversores que se preocupan generalmente poco de la calidad de la producción y mucho de su rentabilidad. Para esa rentabilidad, suprimir una parte de la remuneración que durante décadas se ha venido otorgando a la propiedad intelectual, supone un menoscabo en su planificación de rendimiento financiero, y se oponen frontalmente; como es normal, defienden su negocio, lo cual desde un punto de vista empresarial entra dentro de sus prerrogativas. Lo que ya no es tan defendible es la mezcla que hacen de sus intereses empresariales con la producción cultural. Si ha y alguien que haya sido apocalíptico frente a la posibilidad de suprimir la remuneración indirecta o parte de ella ha sido esta industria. Para ellos esto supondría el fin de creación artística, pues argumentaban que los artistas no se verán motivados a crear si pierden una parte de la remuneración que se entiende les corresponde. En otras palabras, que la persona con inquietudes artísticas que no cree que pueda llegar a ser millonario con facilidad, no intentará vivir de esa inquietud. Pero la retribución directa no está en duda. Los años están demostrando que la calidad y cantidad de la producción artística no ha decaído a causa de la piratería, y que lo que está tocando a su fin está siendo sólo esa industria codiciosa entorpecedora de la libre creación con su afán mercantilista, no el de la creación. La crisis es la del continente y no de los contenidos culturales. Mientras la industria que ha venido manejando la producción cultural agoniza, la creación artística se mantiene o hasta puede decirse que está floreciendo, porque se ha liberado de las exigencias empresariales a los que esta ahora casi agotada industria sometía de manera implacable a los aspirantes a artistas y a los demás también muchas veces. Ciertamente puede decirse que la creación artística es hoy más libre que hace veinte años, tanto a nivel de entrada, para los

¹⁷ Sentencia de 21 de octubre de 2010 (Sala Tercera), recaída en le denominado «Caso Padawan».

noveles, como para los consagrados. Los avances técnicos que facilitan la creación a estándares profesionales y la facilidad de difusión que internet ha puesto en sus manos están felizmente acabando con esa industria. También son muy críticos con esta liberalización las entidades de gestión encargadas de recaudar los ingresos por uso de obras artísticas. En este caso es aún más entendible su posición aplicando una mínima empatía: si la retribución indirecta desaparece, estas entidades pierden su razón de ser, y los desfasados mediocres artistas paniaguados que las dirigen a cambio de unos sueldos blindados astronómicos tendrían que volver a crear, a trabajar, para poder ganarse la vida.

Todas estas razones que hemos venido exponiendo en este artículo vienen a confirmar una tendencia de los últimos años: los ciudadanos cada vez tienen menos razones para acatar la obligación de someterse al pago de esta retribución indirecta. Hay un sentimiento contrario a ella que va afianzándose en la sociedad cada día con mayor fuerza. La peculiaridad del uso de los bienes culturales es que al ser estos bienes de naturaleza intangible, su derecho de propiedad es más etéreo que el de los bienes tangibles. Nadie tiene duda alguna de que si yo quiero un martillo, tengo que comprarlo y pagarlo; o pagar a alguien que lo tenga para que venga a hacer el trabajo. Esta retribución directa no está en duda tampoco para los bienes culturales: si yo quiero un CD de música o una película en un DVD, tengo que comprarlo; o si yo quiero ir a un concierto, tengo que pagar la entrada. Pero si yo le pido el martillo a mi vecino, ¿por qué tengo que pagarle al fabricante del martillo por usarlo? Al ser la música o las imágenes copiables, el que pase de unos a otros mediante duplicación es aún más factible que con los bienes tangibles, lo que facilita enormemente el préstamo entre internautas. No se percibe que por ello, tenga que pagar por usar el CD de mi vecino o de un conocido que me lo presta.

Por todo lo expuesto, la normativa que regula la protección de los derechos de propiedad intelectual no es percibida por un buen número de ciudadanos como digna de ser acatada. Incluso algunos juristas de reconocido prestigio han defendido que la protección de la propiedad general, dictada desde los albores del Derecho para los bienes tangibles, no puede ser extendida a los contenidos de la propiedad intelectual¹⁸. Mientras robar un bien tangible, como un coche o una nevera, es por unánimemente percibido como un acto ilícito y merecedor de un castigo, bajarse una canción o ver una película online sin pagar por ello no es percibido por muchos como un acto que deba ser punible. No entienden que estén cometiendo un robo, sino que se percibe como compartir un bien o como un préstamo lícito. Normalmente el respeto a la propiedad privada es respetado no sólo como una obligación legal, sino también moral, respeto que admite pocas excepciones. Pero parece que el respeto a la propiedad intelectual (al uso de algunos de los derechos que contiene, como el compartirlos en P2P)

¹⁸ Como Kaplan o Machlup, citados por BARNETT, «What's so wrong about stealing», en *Journal of tort law*, 2011.

es percibido como una de esas excepciones, entendiendo los ciudadanos que es lícito llevar las restricciones morales y legales contra el uso no consentido en el ámbito privado de los derechos de propiedad intelectual. Incluso el análisis económico que respalda la imperatividad de la prohibición de robar es poco claro para este tipo de bienes¹⁹, puesto que los costes de persecución del ilícito son superiores al beneficio social que su éxito aporta.

Visto lo anterior, vemos que la discusión sobre el alcance de la protección de los derechos de propiedad intelectual no es pacífica ni desde un punto de vista económico ni desde el social²⁰. La falta de unanimidad sobre cuál debiera moralmente el alcance de estos derechos ha abierto una brecha entre la legislación y la realidad social del acceso a los contenidos creativos. Cada una de las partes enfrentada aporta sus razones, sin que haya un consenso sobre cuál ha de ser la dirección apropiada en la que el legislador debe proceder de cara a conciliar los intereses de unos y otros. La adaptación de las retribuciones por el uso de contenidos creativos a una realidad social más justa se antoja complicada dado el grado de demagogia que ambas posiciones esgrimen. Pero una sociedad más justa exige un acuerdo que las concilie para que podamos avanzar hacia una democratización, en el más amplio sentido del término, de estos contenidos.

¹⁹ BARNETT, *op. cit.*, págs. 12 y ss.

²⁰ Véase al respecto: REYMAN, *The rhetoric of intellectual property: copyright law and the regulation of digital culture*, Londres, 2010.