

LOS NUEVOS MODELOS: UNA SOLUCIÓN EQUILIBRADA A LA PROBLEMÁTICA DEL P2P

SANTIAGO PIÑEROS DURÁN*

INTRODUCCIÓN

Desde el nacimiento del derecho de autor con el estatuto de la Reina Ana de Inglaterra, en 1710, el derecho ha buscado proteger la relación que existe entre los autores y sus creaciones intelectuales con el fin de estimular la creatividad y proporcionarles los medios suficientes para continuar con esa labor mediante un reconocimiento.

Sin embargo, con el tiempo se fueron incluyendo excepciones al derecho de reproducción para permitir que se dieran usos libres sobre determinadas obras literarias y artísticas sin la autorización previa y expresa del autor. Esto se daría siempre que no se causara un perjuicio injustificado a los intereses del autor y no se afectara la normal explotación de la obra. Así, a partir del siglo XIX la legislación de autor registró la necesidad de encontrar un equilibrio entre los derechos patrimoniales de explotación sobre las obras y la necesidad de la sociedad en general de acceder y disfrutar de esas obras en pro de la cultura y la educación, sin perjudicar a los autores.

Desde ese entonces nunca han cesado los argumentos sobre el interés público y social del derecho de autor, ya que la propiedad intelectual ha tenido que proteger los intereses colectivos que justifican la utilización libre de obras, sin desconocer en ese trámite los derechos de los autores.

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia egresado en el año 2012. Actualmente trabaja en Pensamiento y Acción Social - PAS, en la línea de Territorios, Empresas y Derechos Humanos. Para más información: [www.pas.org.co]. Artículo basado en la tesis de grado del autor, "La responsabilidad jurídica y los nuevos modelos de negocio como factores de equilibrio del derecho de autor en las redes digitales", y en el modelo de compensación alternativa expuesto por William W. Fisher III en su obra *Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment* (Stanford University Press, 2004). Contacto: [pinerosduran@hotmail.com]. Fecha de recepción: 2 de enero de 2013. Fecha de aceptación: 4 de julio de 2013. Para citar el artículo: Piñeros Durán, S. "Los nuevos modelos: una solución equilibrada a la problemática del P2P", *La Propiedad Inmaterial*, n.º 17, noviembre de 2013, pp. 5-29.

Un siglo después se dio la llegada de la “era digital”, lo cual le dio al derecho de autor una nueva razón para redefinirse y para replantear sus postulados. Los titulares de derechos de autor y derechos conexos se vieron en la necesidad de reforzar y dar mayor alcance al conjunto de derechos para que la protección tuviera una mayor claridad en el entorno digital. Se firmaron los Tratados de la OMPÍ o “Tratados Internet” que extendieron la protección al ámbito digital consagrando paralelamente una nueva visión del conjunto de excepciones y limitaciones para buscar un nuevo equilibrio entre el derecho de autor y las demandas de la sociedad. Pero el advenimiento de nuevas tecnologías, la digitalización de las obras y la llegada de las redes P2P rompieron ese equilibrio y remembraron conflictos muy similares a los que se dieron históricamente, como sucedió con la invención de los gramófonos.

Hoy el sistema de derechos de autor demuestra una vulnerabilidad sin precedentes. Ante el aumento en los índices de infracciones a derechos en la red –llamadas piratería por algunos– la ley y la justicia han sido insuficientes, y ello ha generado una reacción de los Estados y de las poderosas industrias del entretenimiento para establecer protecciones cada vez más estrictas y reforzadas ante los fenómenos de la tecnología. Sin embargo, los desarrollos tecnológicos han demostrado ir mucho más rápido que la ley de autor.

I. LAS INFRACCIONES A DERECHOS DE AUTOR EN LA RED:

LAS REDES P2P Y EL INTERCAMBIO DE CONTENIDOS

La piratería, según la definición de la IFPI¹, es la infracción deliberada de la ley de *copyright* a escala comercial, refiriéndose a ella como la copia no autorizada de una obra original con propósitos comerciales en relación con la piratería de productos musicales. La SGAE, por su parte, la define como cualquier acto por el cual se lleva a cabo una explotación de derechos de propiedad intelectual de manera ilícita, con la finalidad de eludir el cumplimiento de la ley sacando utilidad de un negocio o industria en provecho propio (CALVI, 2006).

La ciberpiratería –como un subgénero de la piratería– se ha entendido como el conjunto diverso de infracciones al *copyright* que se pueden dar en las redes digitales, transgredan estas el derecho de reproducción (almacenamiento digital), de comunicación pública (puesta a disposición) o de distribución. Es el aprovechamiento de derechos exclusivos que puede llegar a producir una afectación al patrimonio de los titulares de derechos en formato digital.

El medio más común por el cual los usuarios de la red han compartido y descargado música y contenidos protegidos han sido las redes *peer-to-peer*. La función principal de estas redes es el intercambio de archivos, sean estos de música, video,

1. “The term of piracy is generally used to describe the deliberate infringement of copyright on a commercial scale. In relation to the music industry [...] simple piracy is the unauthorized duplication of an original recording for commercial gain without the consent of the rights owner” (IFPI).

lectura u otros. Estas estructuras se consolidaron gracias a su facilidad de uso y a la amplitud de los catálogos de contenidos que manejaban.

“El concepto inglés *peer-to-peer* hace referencia a un sistema de transmisión de datos en red que no utiliza el habitual esquema cliente/servidor predominante en Internet, sino que basa su funcionamiento en un sistema sin jerarquías donde todas las máquinas son a la vez clientes y servidores. Por ello se le llama intercambio entre iguales” (FERNÁNDEZ, 2004, p. 2).

El uso de estas redes han causado múltiples disputas judiciales en todo el mundo. Por un lado, se encuentran las industrias discográficas y audiovisuales quienes piensan que el intercambio de contenidos protegidos “como la misma puesta a disposición de programas P2P para su uso libre constituyen comportamientos ilícitos susceptibles de ser perseguidos penal y civilmente” (CARBAJO, 2010, p. 304). Mientras tanto, para los defensores del P2P, estos sistemas no suponen infracción alguna de la propiedad intelectual y los intercambios entre pares constituyen comportamientos susceptibles de incardinarse dentro de las excepciones y limitaciones a los derechos de propiedad intelectual: ya sea el uso justo o legal (*fair use*) en los ordenamientos de corte anglosajón, o el límite de la copia privada en los ordenamientos de corte germano y latino.

Los defensores de esta postura se inclinan por el punto de vista de la cultura y el desarrollo social. Las redes P2P son vistas como eficientes y creativas formas de esparcir el valor intelectual, lo cual no se puede concebir en términos de transacciones económicas, sino como procesos continuos y necesarios de la vida social y cultural de las civilizaciones, y en especial de los países en vías de desarrollo. El nuevo paradigma que sobre la propiedad exhiben los postulados de la *cibercultura* presenta al intercambio masivo de información como la máxima idea del procomún (“*commons*”). La libre circulación en la red ha contribuido a la innovación científica, cultural y técnica, en la creación y difusión de contenidos.

Como está estructurado el sistema de derechos de autor hoy en día, al intercambiar de manera masiva y anónima archivos con contenidos protegidos, sin contar con la previa autorización, se puede contrariar al derecho de autor, en especial cuando se realiza con ánimo de lucro. El ideal del procomún para acceder a la información no justifica en ningún caso la vulneración evidente de derechos legítimos (CARBAJO, 2010), más aún si se hace con fines comerciales.

En suma, debido a las características de estos sistemas y a los efectos que produjeron en la industria discográfica y cinematográfica, las redes P2P han sido objeto de numerosas demandas por vulnerar derechos de autor a pesar de tener un diverso valor cultural y educacional. Entre los casos jurisprudenciales más representativos a nivel mundial en contra de estos sistemas encontramos los casos *Napster*, *Grokster Ltda.* (*Morpheus*), *Audiogalaxy*, *Kazaa*, y más recientemente *PirateBay*, todas acciones incoadas por las grandes industrias del entretenimiento.

De otro lado, el crecimiento del fenómeno P2P estimuló el crecimiento de proveedores de servicios que se encargan de ofrecer a los usuarios herramientas de

búsqueda y enlaces a contenidos protegidos. Estos intermediarios se encargan hoy de redirigir los usuarios a material objeto de descarga desde redes P2P o páginas que los albergan.

La primera clase de ellos, no siendo estrictamente servidores de enlaces, son los “*share hosting megasites*” o *cyberlockers*. Son sitios de almacenamiento masivo de contenidos que se prestan para albergar contenidos protegidos. Entre algunos de los más conocidos encontramos a *megaupload.com*, *rapidshare.com*, *rapidgator.com*, *fileserv.com* y *4shared.com*. Estos servicios aceleran el proceso de intercambio ya que no requieren de la tecnología P2P, sino que se accede a los ficheros mediante un enlace proveído por el “*uploader*” del contenido y lleva directo al sitio donde está disponible la descarga. Los usuarios de la red suelen poner a disposición del público ese link mediante redes sociales, blogs y otros sitios con el fin de que cualquier persona les haga clic y acceda directamente a descargar o visualizar esos contenidos desde el *megasite*.

Esto generó la creación de otra clase de intermediarios de enlaces que se encargan de organizar sistemáticamente y por tipos los enlaces que redirigen a *megasites* o sitios de descarga P2P. Originalmente eran sitios parecidos a blogs donde los usuarios compartían opiniones o contenidos privados, pero poco a poco se fueron plagando de enlaces para realizar descargas e intercambios de obras musicales y audiovisuales. Ambas clases de sitios han servido para enlazar con el fin de descargar contenidos al computador del usuario (reproducción digital de la obra) o para ver ese contenido en directo (*streaming* digital), obteniendo lucro de las publicidades que manejan por el alto tráfico de usuarios que ingresan a sus dominios en busca de esos servicios.

Algunas resoluciones judiciales europeas han establecido que los sitios web que ofrecen enlaces para conectarse a otros sitios o redes P2P que tienen contenidos protegidos por derechos de autor no incurren en ilícito alguno (ni penal ni civil), pues técnicamente ese sitio web no pone los contenidos a disposición, ni tampoco los aloja (CARBAJO, 2010)².

Sin embargo, esto no significa que no pueda evaluarse el comportamiento del sitio de enlace como una contribución indirecta a una infracción de derechos patrimoniales de autor por parte de sus usuarios. Para que un intermediario de enlaces quede exento de responsabilidad, bajo normatividades vigentes como las consagradas en la Directiva Europea 2000/31 o la DMCA, su actividad debe tener una naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, lo que implica que el prestador no debe tener conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada³.

2. Cfr., auto del Juzgado de instrucción n.º 9 de Barcelona de 7 de marzo de 2003 (caso *ajoderse.com*); sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 3ª) de 22 de febrero de 2007; auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 2ª) de 11 de septiembre de 2008 (caso *sharemula.com*).

3. Cfr. también el artículo 17 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico (LSSICE) de España, que trae el mismo requerimiento sobre el conocimiento efectivo de la actividad ilícita de los usuarios.

Las páginas que albergan enlaces para conectarse a redes P2P o “*share hosting megasites*”, y estos mismos sitios, solamente pueden eximirse de una eventual responsabilidad indirecta o contributiva actuando de forma neutral, pasiva y demostrando no tener un conocimiento efectivo sobre la ilicitud de los contenidos a los que permiten acceso y conexión. Sobre sus actuaciones podría recaer incluso una responsabilidad por competencia desleal, ya que se puede considerar como un acto contrario a la buena fe comercial y a las prácticas honestas del mercado (CARBAJO, 2010).

Por esta razón han llevado a juicio a varios de estos proveedores de servicios, entre los cuales están Megaupload, Taringa!, Cuevana, Fileserve y 4Shared. Los estrados judiciales han determinado en algunos casos su culpabilidad, les han impuesto medidas cautelares, encarcelado a sus dueños y bloqueado sus servidores en varios países, esto como consecuencia de las presiones y demandas interpuestas por las industrias del entretenimiento.

II. LA INCIDENCIA DE LA RESPONSABILIDAD JURÍDICA EN LA PROBLEMÁTICA

La responsabilidad jurídica civil ha tenido un papel predominante en todos los momentos históricos marcados por la innovación y el progreso industrial y tecnológico. Aunque inicialmente tuvo su lugar en el mundo analógico, donde las conductas vulneradoras de derechos exclusivos tenían un marco jurídico aplicable, hoy se ha desarrollado para el escenario de las redes digitales, donde esas conductas se han expandido masivamente.

Varios factores hacen que exista una mayor complejidad para su aplicación en el escenario digital: la aparición de riesgos desconocidos, la complejidad técnica de los conflictos y la falta de fronteras en la aplicación de la ley (PEÑA, 2007), la participación de múltiples sujetos en la comisión de las conductas ilícitas, la intermediación de otros individuos para llevar a cabo esas conductas, la nueva clase de conductas susceptibles de producir daños, la dificultad en la identificación de los sujetos partícipes y un medio como internet, desconocido tecnológicamente y de cobertura mundial (ibíd.).

Como anota PEÑA (ibíd.), “a diferencia de otros espacios donde la doctrina y la jurisprudencia con relativa facilidad identifican los daños producidos, la participación en redes abiertas como Internet introduce una serie de supuestos y posibilidades diversas que hacen complejo identificar los posibles daños por la novedad que esta situación genera y por el requerimiento de conocimientos técnicos” (p. 50).

Con el funcionamiento de las redes P2P e intermediarios de enlaces se hace muy difícil determinar, por ejemplo, la cuantía del perjuicio percibido estableciéndola en función de lo que hubiera recibido económicamente el titular si no se hubieran perpetuado las descargas o intercambios de contenidos. Al no existir una relación directa comprobada entre esos actos y el lucro cesante en el patrimonio del titular

del derecho, resulta arduo tasar un perjuicio debidamente⁴. No existe una forma de comprobar una equivalencia entre la magnitud de la conducta infractora y un eventual lucro cesante del titular⁵.

Por ejemplo, antes se pensaba que con cada canción o álbum descargado de forma ilegal se dejaba de vender un soporte físico CD de esa producción fonográfica, pero las estadísticas y la madurez en la discusión sobre la real afectación de las redes P2P y las conductas del consumidor en internet han llevado a demostrar que esto no es cierto. Sería atrevido afirmar que si se dan 10.000 descargas ilegales de una canción, entonces lo que se debe indemnizar a ese titular del derecho patrimonial es el equivalente a la compra legal de esa canción 10.000 veces.

Todos estos factores presentan grandes retos para el campo de la responsabilidad civil en el mundo digital. La tasación de los daños, la atribución de responsabilidad a proveedores de servicios y usuarios, la incidencia de limitaciones y excepciones al derecho de autor, la causalidad entre la conducta y el daño, la magnitud de las conductas infractoras, la naturaleza penal o civil de las acciones y la identificación de usuarios infractores hacen que sea sumamente complicado perseguir estas conductas con fórmulas judiciales eficaces que eviten que se den los intercambios ilegales.

Sin embargo, las industrias no han cesado en esta batalla y las demandas contra usuarios y proveedores de servicios no han cesado desde la aparición de las redes P2P y los intermediarios de enlaces. Adicionalmente estas industrias, con el apoyo de ciertos gobiernos, han impulsado varias leyes por el mundo que han buscado extender los regímenes de responsabilidad por infracciones al derecho de autor en la red (tanto para usuarios como para ISPs) consagrados en la DMCA y la Directiva Europea DE/2000, normas rectoras en esta materia desde hace más de diez años.

Entre tales leyes encontramos la ley HADOPI francesa, la *Digital Economy Right Act* inglesa (sistemas de respuesta gradual con avisos) y la ley SINDE española (procedimiento administrativo de cierre de páginas web y retiro de contenidos), las cuales se configuran como los ejemplos más significativos de procedimientos administrativos, penales y civiles que buscan sancionar conductas infractoras en el entorno digital.

A pesar de su aprobación, con el paso del tiempo estas leyes han encontrado dificultades para hacer efectivos los procedimientos preventivos y sancionatorios que buscan proteger las prestaciones de titulares de derechos. Sus dificultades han demostrado la falta de capacidad de los aparatos judiciales de estos países para

4. El artículo 1614 C.C. define el lucro cesante como “la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento”. Es decir, los beneficios o ganancias que se han dejado de percibir como consecuencia de haber sufrido un daño.

5. Incluso resulta difícil de establecer la relación causal en los delitos contra la propiedad intelectual mediante redes digitales, y en especial para las redes P2P y sitios web de descarga, lo que representa un reto por la difícil determinación de la participación de los sujetos involucrados y el establecimiento de su nexo con el daño ocasionado al patrimonio de los titulares de derechos.

llevar a cabo estas medidas, especialmente en lo que se refiere a la materialización de penas y medidas por el desconocimiento técnico que tienen del entorno digital.

Las reiteradas conductas infractoras en la red y el endurecimiento de los regímenes de responsabilidad para menguarlas hacen reflexionar sobre los efectos nocivos que pueden tener estas leyes sobre los usuarios de la red. Las legislaciones mundiales se están estructurando sin tener en cuenta los efectos que pueden llegar a tener sobre los derechos fundamentales a la cultura, la información, la privacidad y la educación de los usuarios. Tampoco se han tenido en cuenta los puntos de vista de sectores activos del entorno digital que respaldan la creación de adecuados regímenes de excepciones y limitaciones acordes con los distintos usos que de los contenidos se hacen en la red.

Como dice CARBAJO, “no puede perseguirse a buena parte de la sociedad mundial” (2010, p. 305), lo cual resulta sumamente difícil y costoso. El pensamiento generalizado de los usuarios de la red indica que “compartir no puede ser delito; y, aun reconociendo que pueda calificarse como ilícito civil, se ha llegado a decir que el comportamiento transgresor es de tal magnitud que la ley ya no tiene sentido y pierde su legitimidad” (BAUWENS, 2008, p. 45), lo cual los ha hecho mantenerse del lado de los comportamientos infractores ante la terquedad de los gobiernos y las industrias del entretenimiento.

III. LA LIBRE CIRCULACION DE CONTENIDOS Y LAS INDUSTRIAS

Los derechos de propiedad intelectual hoy son fundamentales para mantener el fomento de la oferta de contenidos mediante redes digitales. Uno de los peligros del P2P ha radicado en que debilita la composición del comercio electrónico por la vulneración de derechos, y por lo tanto se requiere una adecuada adaptación del derecho de propiedad intelectual para proteger tanto a los titulares de derechos como a quienes requieran acceder a la cultura y a la información.

Como anota CALVI (2006), “es evidente que la conformación de un mercado ilegal y paralelo al mercado legal afecta la venta legal de los CD, genera pérdidas de empleos en el sector de la música y no aporta impuestos al sector público, y por esto la piratería comercial es una actividad que debe ser combatida. Pero también es evidente que la copia no autorizada de productos culturales muchas veces beneficia a sectores sociales con escasos recursos que, de otra forma, no accederían a ellos dados sus precios prohibitivos” (p. 10).

Entre las causas a las que se atribuye la caída de ventas en soportes físicos (tanto de video como de audio) encontramos la piratería física de los CD, las copias privadas que se realizan de ellos, el intercambio de información mediante discos duros y el aumento de las descargas de música por internet. También han resultado influyentes “el reemplazo del soporte CD por los nuevos soportes digitales y el despegue de los servicios de comercialización de música a través de Internet” (CALVI, 2006, p. 3).

No ha sido entonces la piratería, digital o analógica, la principal ni la única razón por la que el negocio de la música presenta cifras alarmantes. Tampoco resulta ser el sector más afectado por la piratería, si se compara, por ejemplo, con la industria del software de entretenimiento, que presentó una cifra de piratería del 66% de los productos en 2005 y se ha incrementado con el paso de los años (RAMÍREZ, 2005).

Podría decirse que la situación de la industria de la música actualmente se debe a las mismas decisiones empresariales de las compañías discográficas. La forma en que se ha dado la venta de productos, sus estrategias de marketing, su estructura oligopólica y el agotamiento de ciertos repertorios musicales son algunas de las decisiones que han tomado para amoldar el mercado prácticamente en contra suya. Por su parte, los precios abusivos, la venta del producto de forma atada⁶, la escasa oferta musical alternativa, la criminalización de usuarios por el intercambio de ficheros en internet, y la falta de recepción de las inquietudes y solicitudes de los usuarios, hacen pensar que estas conductas de la industria han estimulado la piratería y los usos gratuitos que se propagan en las redes digitales.

Todos estos factores han permitido la entrada de la piratería como un nuevo agente del mercado. Aun partiendo de la aceptación de la piratería como una práctica ilegal, debemos reconocer que la misma ha sido provocada por la industria y sus excesos en la capacidad de producción.

“Si las empresas hubiesen sido capaces de reducir los precios cuando la tecnología redujo los costos por las economías de escala, probablemente los niveles de piratería no serían los actuales. Esto se sustenta con el gran impacto que tiene el factor de los altos precios como motivación de los consumidores a buscar formas alternativas de acceder a la música” (HERNÁNDEZ, 2009, p. 16).

IV. UN EQUILIBRIO EN LA RED: MODELOS ALTERNATIVOS DE NEGOCIO, DE LICENCIAMIENTO Y DE COMPENSACIÓN

El desarrollo tecnológico ha traído modelos de negocio y licenciamiento innovadores así como nuevas posibilidades de explotación y utilización de obras. La tecnología significa dinero, y por ella se ha librado una batalla económica e industrial que ha usado al derecho de autor como excusa para salvaguardar intereses particulares y controlar las redes digitales.

El contraste a ese conflicto lo da hoy la utilización de nuevos modelos de negocio planteados por las industrias y los nuevos métodos de difusión de contenidos independientes y autóctonos que brindan las redes digitales. Por ello podría decirse que el mercado digital se encuentra inmerso en la entrada de su segunda era.

6. Las ventas atadas se ocasionan ya que el producto musical promocionado contiene varias obras musicales que se venden juntas de forma obligatoria. Esto hace que internet presente mayores opciones de variedad y escogencia a la hora de la adquisición de productos musicales o canciones.

Estos son los diferentes modelos que justifican de cierta forma la tesis de un replanteamiento en la forma en que vemos y concebimos la función del sistema de derechos de autor en las redes digitales con la finalidad de brindar un equilibrio de mercado y así proteger los intereses tanto de la sociedad como de los titulares de derechos de autor y conexos.

A. NUEVOS MODELOS DE NEGOCIO

Los servicios musicales digitales son ejemplos claros de modelos innovadores que llaman la atención de los usuarios de la red y de titulares de derechos. Aunque aún no se encuentran disponibles en la totalidad de países del mundo, dan visos de ser una solución diferente para los problemas de polaridad que vive hoy la industria del entretenimiento a nivel mundial; algunos buscan brindar alternativas a los artistas y compositores independientes para el licenciamiento, distribución y publicidad de sus productos, facilitando su flujo en la red y una mayor obtención de beneficios económicos.

Hoy existen dos formas muy populares de acceso a contenidos musicales que se configuran como los modelos básicos de negocio y que se están desarrollando a través de las plataformas comerciales de música en internet. Una es el *streaming* o transmisión en simultáneo sin derecho a descarga, y la otra es la descarga del contenido (álbum musical completo o por canción) desde un servidor al ordenador del usuario solicitante.

Los bajos costos de transacción en sus operaciones y la satisfacción selectiva del suscriptor por la escogencia minuciosa que puede realizar de los contenidos se presentan como el mayor atractivo de estas tecnologías. Sin duda nunca antes se habían visto tantas posibilidades de acceso a obras musicales de forma legal y legítima. La industria musical está concentrándose casi enteramente en su funcionamiento por considerarlas como la salvación de su negocio.

Encontramos así iTunes, Napster, Spotify, eMusic, Grooveshark, Last FM, y Pandora, entre otros servicios más que se presentan ocasionalmente dentro de nuevas modalidades como son el *préstamo digital de obras* y los *servicios de almacenamiento en la nube*. En estos esquemas los usuarios pagan una tarifa preestablecida por contenido, número de accesos o capacidad de almacenamiento (dependiendo de la naturaleza del servicio), e incluso se ofrecen en versiones gratuitas de prueba con ciertas limitaciones, satisfaciendo de igual forma a millones de usuarios, algo comprobado por su alta popularidad.

Estos modelos tienen una característica en común: demuestran que el marco legal del derecho de autor puede estimular y hacer una llave efectiva con el desarrollo de nuevas tecnologías para conservar en crecimiento de las industrias del entretenimiento en línea. Ejemplifican estos que las nuevas formas de acceso y consumo de obras protegidas sí son compatibles con el régimen de propiedad intelectual.

Si bien los intercambios masivos de contenidos en la red se presentaron como verdugo del mercado de los formatos físicos, los nuevos modelos planteados por la industria, enfocados de forma adecuada, podrían tener la capacidad de proyectarse como los verdugos de los accesos ilegales a obras en la red. La lucha de las industrias culturales estará en ofrecer servicios cada vez más completos a los usuarios de internet y a precios más bajos. De esta forma atraparán consumidores con comodidades que las obtenciones ilegales de obras no les otorgan, como lo hacen los sistemas de reproducción integral en casa o en sus dispositivos móviles, dondequiera que se encuentren⁷.

B. SISTEMAS DE DISPOSICIÓN DE DERECHOS ALTERNATIVOS AL DERECHO DE AUTOR

Los sistemas alternativos de licenciamiento han surgido como parte de la ideología de la *cibercultura* en busca de opciones al monopolio legal del derecho de autor. Para algunos, el *copyright*, tal como lo entendemos hoy en día, representa una peyorativa manifestación del capitalismo: gente que trata de imponer restricciones y evitar que la humanidad en su conjunto se beneficie de bienes culturales, a no ser que decidan pagar el precio que otros decidan que ellos deben pagar, lo cual no tiene sentido alguno en un mundo donde la información puede moverse libremente.

La centralidad de la cultura ha hecho que los modelos alternativos sean determinantes agentes de cambio en sectores como la industria musical, ya que en los campos creativos las ideas innovadoras que rompen con el *status quo* son más factibles de ser desarrolladas y de tener mayor acogida. El origen de estos sistemas alternativos de disposición de derechos surgió de la experimentación con los parámetros institucionales en torno a la propiedad, la producción de bienes culturales y la apropiación del ciberespacio para crear nuevas formas de difusión por parte de los internautas (MAROTIAS, WINIK y DA BOUZA).

Estas formas de licenciamiento permiten al creador de una obra escoger qué hacer con ella y cómo darla a conocer al público. Son una alternativa a las restricciones para hacer y redistribuir copias de una obra protegida por los derechos patrimoniales de autor, garantizando una mayor libertad por parte del receptor de la obra quien puede usarla, modificarla y distribuirla de acuerdo con las posibilidades de esa licencia abierta. Como establece BOTERO: “los licenciamientos libres y abiertos son una forma de ‘hackear’ legalmente las normas de propiedad intelectual, es volver inútiles las leyes exageradamente proteccionistas” (El Espectador, 2012).

Las licencias Creative Commons, que son su mayor exponente al día de hoy, permiten que todo titular de una copia de una obra protegida por la licencia pueda

7. Ello hace que no sea comprensible la forma en que las industrias musicales y cinematográficas han tratado de reprimir las ventajas que otorgan las redes digitales, al mismo tiempo que pueden sacar ventajas de ellas para evolucionar en sus modelos de negocio y mantener la hegemonía que tenían con los formatos físicos.

utilizarla sin límites, distribuirla y redistribuirla en tantas copias como lo desee, además de modificarla siempre que lo considere conveniente. Así se garantiza libertad en la circulación del contenido protegido y un uso por parte de todas las personas que quieran darle alguna utilidad (MARANDOLA, 2005).

Un elemento fundamental de estas licencias consiste en que la obra derivada que se genera por la utilización bajo licencia Creative Commons de la original debe quedar a su vez bajo el régimen de esta licencia. Creative Commons utiliza contratos tipo que están adaptados a la legislación particular de derecho de autor del país donde se lleva a cabo ese licenciamiento. Esta adaptación se realiza de forma previa para evitar contradicciones entre las formas de licenciamiento y la regulación nacional en esos puntos específicos.

En conclusión, estas licencias están hechas para que los creadores flexibilicen la utilización de sus obras ya que no quieren que el acceso a sus obras esté tan restringido; prefieren que la gente haga cosas con su trabajo, que lo copien, compartan y que realicen proyectos con ellos; su objetivo es menguar las restricciones excesivas del *copyright* en un contexto de acceso abierto, circulación de la cultura e incentivación a nuevas creaciones basándose en contenidos ya existentes. “Esto pone en cabeza del creador la responsabilidad de decidir el alcance de los derechos monopólicos que le han sido garantizados por la legislación y permite al público la seguridad jurídica a la hora de usar la obra sin necesidad de pedir autorización expresa caso por caso” (MAROTIAS et al., p. 6).

C. MODELOS DE COMPENSACIÓN: EL CANON DIGITAL POR COPIA PRIVADA Y EL SISTEMA DE COMPENSACIÓN ALTERNATIVA DE FISHER, NETANEL Y LIEBOWITZ

1. *El canon por copia privada*

La excepción de copia privada está consagrada en numerosas legislaciones, presentando pocas redacciones disímiles entre ellas. Esta limitante, en general, busca blindar a quien realice actos de reproducción no consentidos de obras protegidas, siempre que esos actos se realicen sin fines de lucro y para un uso netamente privado, como se da por ejemplo con la copia o reproducción de CDs con un ordenador personal en casa. En el caso colombiano esto se puede dar no más que “en un solo ejemplar”⁸, límite que se estableció con miras a respetar la regla de los tres pasos.

La excepción de copia privada ha sufrido importantes cambios debido a los fenómenos de la digitalización y la popularización de los sistemas de copia que han sido desarrollados en los últimos años. Esto ha hecho reflexionar sobre las bases, consecuencias y fundamentos del concepto. A este respecto establece XALABARDER (2005):

8. El artículo 37 de la Ley 23 de 1982 consagra esta excepción al derecho de reproducción de una obra así: “Es lícita la reproducción, por cualquier medio, de una obra literaria o científica, ordenada u obtenida por el interesado en un solo ejemplar para su uso privado y sin fines de lucro”.

La copia privada digital ha existido siempre en los sistemas de protección de la propiedad intelectual. En el mundo analógico, la copia privada no supone –por norma general– un grave perjuicio para los intereses económicos del autor; o cuanto menos, no se trata de un peligro que no se entienda compensado a través de los sistemas de remuneración por copia privada, dando cumplimiento así al test de las tres etapas. Sin embargo, con la aparición de la tecnología digital (facilidad de copias de calidad perfecta) la copia privada pone en jaque los intereses económicos del autor, hasta el punto de que el mero “uso privado” llega a convertirse (a través de los sistemas P2P) en una verdadera “explotación” de la obra ajena (p. 35).

El intercambio de archivos protegidos por parte de usuarios de internet ha afectado en cierta medida el patrimonio económico de los titulares de derechos, y a diferencia de la copia privada analógica, algunos consideran a la copia privada digital como una verdadera forma de explotación de la obra que desincentiva la creación y la producción intelectual.

La copia privada, sin embargo, ha sido alegada en litigios por casos de descargas no autorizadas a través de internet como los de Napster y MP3.com. La excepción se ha invocado como una manifestación del *fair use* por darse un uso personal al descargar contenidos (SÁNCHEZ, 2005). No obstante, esos argumentos fueron negados y se condenó a todos los demandados, especialmente en Estados Unidos, donde la DMCA (*Digital Millenium Copyright Act*) ha limitado estrictamente la aplicación del *fair use* haciendo difícil su aplicación y hasta desapareciéndolo (BURK y COHEN, 2001).

La copia privada implica una excepción a la autorización que debe realizar el titular de la obra, sin perjuicio del derecho a la remuneración compensatoria que pueda establecer la ley en cabeza del autor (ANTEQUERA, 2009). En el ordenamiento colombiano no existe exigencia alguna de pago por remuneración en el caso de la copia privada, a diferencia de lo que ocurre en las legislaciones francesa, alemana, paraguaya y española, que traen expresamente la forma de establecer el canon y el tipo de obras sobre las cuales recae.

Hoy, en algunos países como España, donde sí existe la copia privada para obras artísticas, las entidades de gestión colectiva han sido facultadas legalmente para cobrar un canon compensatorio por copia privada a los fabricantes e importadores de materiales, así como por algunos aparatos aptos para el almacenamiento digital de datos, como los son los DVD, CD vírgenes de audio y data, reproductores portátiles de MP3 y ordenadores, entre otros⁹.

9. Esto fue objeto de varios litigios al comienzo de la década pasada en España, procesos que concluyeron en su mayoría con el pago de la remuneración a favor de las entidades de gestión. Inicialmente se pactaron algunos acuerdos entre los entes de gestión y el gremio de productores y distribuidores de esos productos que facilitaban la realización de copias a los usuarios, y la regulación legal del asunto no se hizo esperar, con lo que en 2006, a través de la Ley 23, se establecieron las especificaciones de los cánones a este respecto. Este cobro es efectuado por la EGEDA, y los montos se actualizan

Entre las críticas que se han planteado a esta remuneración compensatoria está su constitución como un sistema de “justicia a la gruesa” (RAMÍREZ, 2005). En la medida en que el recaudo se da por la posibilidad de copia que brindan esos sistemas o soportes, y no sobre la copia efectiva que se realiza de las obras, algunas personas pagan injustamente por el canon (sin utilizar el producto para realizar copias) y los beneficiarios se enriquecen de forma poco equitativa.

Por otro lado, generan inquietud los sistemas de medición estadística que sirven para tasar las reparticiones de lo recogido por el canon a los beneficiarios. Al ser imperfectos no garantizan que quienes reciben la remuneración sean quienes efectivamente han sufrido el detrimento por la copia, ni que lo hagan en una proporción adecuada (RAMÍREZ, 2005).

A pesar de que muchos titulares de derechos han sufrido pérdidas por causa de la piratería y consideran que deberían ser compensados, se ha ligado erróneamente la remuneración por copia privada con la piratería. RAMÍREZ (2005) ha dicho al respecto: “La verdad es que la piratería afecta a casi todos los sectores de la propiedad intelectual y es una lacra que perjudica gravemente a la creación. Sin embargo, no por ello se puede utilizar la excusa de los cánones para compensar las pérdidas que pueda causar la piratería” (p. 50).

En todo caso, la excepción de copia privada no se aplica en nuestro país para las obras artísticas. Las reproducciones digitales que se realicen sobre fonogramas no se encuentran amparadas por esta excepción y son consideradas infracciones al derecho de autor. Mundialmente, la normativa y la jurisprudencia existentes respecto de la copia privada analógica y digital siguen siendo divergentes y no existen soluciones uniformes. La copia privada es aún un asunto pendiente de especificar y regular en el entorno digital.

2. El modelo de compensación alternativa de Fisher, Netanel y Liebowitz

WILLIAM W. FISHER, profesor de derecho de la Universidad de Harvard, Neil WEINSTOCK NETANEL y STAN J. LIEBOWITZ, profesores de derecho de la Universidad de Texas, han propuesto un sistema de compensación diferente que tiene por objeto proteger las prestaciones económicas de autores, compositores y titulares de derechos conexos, sin descuidar el aspecto cultural y la relación de productos de entretenimiento disponibles para los consumidores de nuevas tecnologías.

Este sistema de compensación implica una serie de tecnicismos y logísticas desarrolladas por FISHER, NETANEL y LIEBOWITZ. Si bien sus modelos presentan algunas diferencias técnicas o de nomenclatura en ciertos aspectos, tienen criterios, objetivos y razonamientos muy similares¹⁰.

periódicamente. Para más información sobre los montos y sujetos del gravamen, cfr.: [www.egeda.es/EGE_Acuerdo.asp].

10. Ellos no son los únicos autores importantes que han presentado propuestas de esta clase; cfr. también: KU, Raymond. “The Creative Destruction of Copyright: Napster and

Este modelo busca equilibrar los derechos de autor con los derechos de los usuarios de la red por considerar injusta e inigualitaria la forma en que se reparten las ganancias de las industrias discográfica y cinematográfica, ganancias excesivas que se reflejan en los precios impuestos a los consumidores.

Vistas algunas vicisitudes de la copia privada y sus implicaciones en materia de canon remuneratorio digital, se puede decir que se propone un modelo extendido o una versión más amplia del canon por copia privada. Ambos tienen la finalidad de que los intercambios en la red se vean compensados mediante un mecanismo justo que disminuya los efectos de las infracciones a derechos de autor para sus titulares¹¹.

En Europa y Canadá se utiliza la copia privada para que los individuos puedan hacer copias de sus obras favoritas a cambio de recaudos que recaen sobre equipos y dispositivos que sirven para realizar esas copias. Esas imposiciones son pagadas a una oficina central encargada y posteriormente divididas entre los titulares de derechos (NETANEL, 2003). Por esta razón, se debe entender a la compensación equitativa por copia privada como el antecedente directo de la propuesta que se va a plantear; si bien el canon digital sirve para compensar los daños ocasionados por el P2P de forma indirecta, su aplicación no corresponde con los actos realizados por usuarios al intercambiar ficheros en la red. Además, este no recae sobre los sujetos que se benefician de estos procesos entre usuarios, operadores de redes de banda ancha e intermediarios de servicios en la red (CARBAJO, 2010).

Este sistema es llamado por FISHER (2003) “Modelo de Compensación Equitativa” y por NETANEL “Recaudo para Uso No Comercial en Redes P2P” (NUL)¹². Como lo afirma este último autor, es más comprensivo y amplio que el sistema actual de copia privada, ya que permitirá reproducciones privadas digitales y no digitales de todo tipo de expresiones culturales y artísticas. Adicionalmente permitirá la elaboración y comunicación no comercial de remezclas de obras a través de redes P2P. Todo a cambio de la imposición de recaudos sobre bienes y servicios ya grabados con el canon de copia privada (NETANEL, 2003).

Se utilizaría aquí una figura similar a las licencias obligatorias, llamadas en inglés “*compulsory licences*”, que permiten desarrollar esquemas donde la ley tiene disponibles obras de titulares de derechos a cambio de un precio fijo y preestablecido. Una licencia muy conocida de esta clase es la que se da en las grabaciones musicales. Una vez que una canción determinada ha sido grabada (reproducida), cualquier persona que quiera grabar esa canción lo puede hacer sin permiso del titular del derecho siempre que pague la tarifa establecida por la licencia (LIEBOWITZ, 2003).

the New Economics of Digital Technology”, 69 *U. Chi. L. Rev.* 263 (2002); LESSIG, LAWRENCE. *The Future of Ideas*, Vintage Books, 2001, New York; NADEL, Mark. *Questioning The Economic Justification For (And Thus Constitutionality Of) Copyright Law's Prohibition Against Unauthorized Copying*: §106, Draft, Nov. 11, 2002; entre otros más.

11. La Directiva Europea 2001/29/CE, sobre la Sociedad de la Información, establece que los países miembros están autorizados para permitir la copia privada no comercial en “cualquier soporte”, como una excepción o limitación al derecho de reproducción, siempre que los titulares de derechos reciban una justa compensación por ello: art. 5.2 (b).

12. Noncommercial Use Levy.

Una vez que la licencia entra en acción, el compositor es compelido a permitir fijaciones adicionales de su canción percibiendo un precio regulado por la ley.

Así, el sistema de derecho de autor seguiría existiendo y dando protección contra las formas de copia diferentes al intercambio de archivos en la red. Solo que aquí los titulares de derechos renunciarían a las ganancias que por ley les deberían corresponder por el P2P, a cambio de pagos que salen del recaudo de impuestos sobre productos relacionados con el consumo de esos bienes (LIEBOWITZ, 2003).

Una de las ventajas más importantes de este sistema es la flexibilización de la dialéctica propiedad-acceso que representan los programas de “*file sharing*”, “pues por un lado protegería los legítimos derechos de propiedad intelectual para que puedan seguir desarrollando su función de incentivo a la creación y a la inversión en bienes culturales y de entretenimiento, y por otro permitiría la libre difusión e intercambio de contenidos culturales e informativos entre los usuarios en un clima de seguridad jurídica” (CARBAJO, 2010, p. 355).

LIEBOWITZ (2003) explica las ventajas de una propuesta de esta clase, entre las cuales se encuentran los costos administrativos relativamente bajos, el hecho de que se descriminalizan comportamientos muy comunes entre los usuarios, que podría llevar a una mayor producción de contenidos, y que ofrecería a los artistas una mejor paga potencial, dando así iguales o mayores incentivos a la creación de obras. Algunos economistas señalan que un sistema como este permitiría alcanzar un consumo más eficaz¹³ que el dado por el sistema tradicional de *copyright*.

a. Una mirada cercana al modelo de compensación alternativa

El registro será llevado por una agencia estatal adscrita a la oficina de derechos de autor del país determinado: en Colombia, la Dirección Nacional de Derechos de Autor; en Estados Unidos, la *Copyright Office*; etc. Estos órganos administrativos generalmente ya están consolidados y organizados, por lo que el sistema de registro solo tendría que ser modificado ligeramente para cumplir esta función. La solicitud de registro se enviaría por internet y tendría una tarifa no muy costosa pero suficiente para que el sistema se autofinancie.

Los creadores o titulares de derechos que deseen ser parte del sistema para obtener una remuneración por la utilización de sus obras deberán enviar una copia de esas obras a la agencia gubernamental encargada. Esta almacenará las obras y proveerá al creador con un *número de registro único* que servirá para su identificación; quien registra la obra insertará ese código o número en la copia de la grabación que estará a disposición del público.

13. En materia de bienes públicos o bienes no excluyentes, se habla de un consumo eficaz cuando a cualquier consumidor que quiera disfrutar de ese bien se le permita hacerlo siempre que esté dispuesto a pagar el costo de reproducción del mismo (en el caso de las obras musicales).

El gobierno que llegue a implementar este modelo deberá tener dinero suficiente como para hacerlo sostenible y compensar de forma adecuada a los titulares de derechos por la “ilimitada” copia de sus creaciones. Esto se hará a través de impuestos, pero la cantidad de dinero que deberá recaudarse y sobre qué o quiénes recaerán esos gravámenes será algo importante a determinar. Para fijar cuánto dinero requiere un funcionamiento óptimo es necesario, en primer lugar, determinar la cantidad de dinero que se estaría distribuyendo a los creadores de contenidos, y a ello se le sumarían los costos administrativos del sistema.

FISHER (2003) se mantiene escéptico, pero opta por un criterio que, basado en estudios y un adecuado compendio de información, puede resultar estático y manejable: determinar el valor de la compensación por las pérdidas efectivas que han sufrido los creadores y que padecerán en un futuro inmediato por el debilitamiento del *copyright*.

El patrón cambiaría con el tiempo, por lo que periódicamente, probablemente cada año, el departamento encargado se vería en la obligación de recalibrar la cantidad de dinero que se necesitaría para ser distribuido. Si bien el cambio de criterio dependería de ellos, el interés del público y el movimiento del mercado determinarían la cantidad de dinero que, siendo repartida a los creadores, mantendría creativa la cultura del entretenimiento (FISHER III, 2003). Teniendo un estimado cercano de cuánto habría que compensar a creadores y titulares de derechos por el uso digital de sus obras, habría que sumar solamente el costo de crear y poner en funcionamiento la dependencia o departamento administrativo adscrito a la Dirección de Derechos de Autor.

FISHER (2003) propone dos caminos para recaudar los dos billones de dólares que se necesitarían en Estados Unidos para poner en funcionamiento un sistema de compensación así. El primero es un leve incremento en el *Federal Income Tax*, el equivalente al impuesto a la renta en Colombia, un impuesto directo y progresivo en el que se gravan los ingresos anuales percibidos por personas y corporaciones¹⁴. Este camino tiene dos ventajas significativas: en primer lugar, sería sumamente eficiente ya que su funcionamiento no significaría un costo administrativo adicional; y segundo, este sistema no afectaría tanto los hábitos de los contribuyentes porque el aumento de un impuesto así tiene efectos moderados a escala y las pérdidas se verían mitigadas si el impuesto se aumenta para pagar bienes públicos con los que los mismos contribuyentes se vean beneficiados.

Sin embargo, la aplicación de esta medida implicaría una desventaja: sería políticamente impopular. La resistencia al aumento del impuesto sería muy fuerte y muchos contribuyentes lo podrían considerar injusto ya que podrían no obtener ningún beneficio de él, por ejemplo, al no tener aparatos electrónicos en casa o hijos que usen internet. Otra razón sería, según FISHER, que se argumentara que

14. El concepto de progresividad del impuesto indica que entre más ingresos perciba el sujeto pasivo de la carga tributaria, mayor será la tarifa. Entre menores sean sus ingresos, menor será la carga.

importantes porciones de los fondos recaudados son usados para compensar a creadores de material que para algunos resulta ofensivo, como pornografía, música rap misógina o películas de violencia (FISHER III, 2003).

El segundo camino para financiar este sistema es un impuesto que recaiga sobre los bienes y servicios usados para acceder a contenidos protegidos en el ámbito digital y analógico. Esta aproximación fue propuesta por NETANEL en 2003, planteando un esquema de compensación equitativa para la industria de la música. Según NETANEL (2003) existen cuatro categorías de dispositivos y servicios que podrían ser objeto del gravamen: 1. Equipo usado para hacer copias de grabaciones digitales; 2. Medios usados para almacenar esas copias; 3. Servicios usados para acceder a internet, sea para descargar material o transmitirlo mediante *streaming*, y 4. Sistemas *peer-to-peer* y similares usados para compartir y transmitir archivos en la red.

A diferencia del mal llamado canon digital sobre copia privada, que funciona a medias en algunos países, esta propuesta abarcaría un mayor rango de servicios y dispositivos que sirven para infringir y hacer uso de derechos de propiedad intelectual, no solo fotocopiadoras y CDs vírgenes. Entre algunos de los que serían objetos del gravamen encontramos: los grabadores de CD, incluidos o no como componentes de computadores personales, los grabadores personales de video (PVR), los CDs en blanco o vírgenes, y toda clase de reproductores de formatos MP3 y similares como M4A y AAC.

No obstante, el recaudo más importante sería obtenido de los servicios de acceso a internet, que son la forma más fácil de obtener entretenimiento digital gratuito. Los sujetos gravados serían los proveedores de servicios en internet, de quienes dependen las redes *peer-to-peer* y en general todas las redes de intercambio de archivos en la red. En este punto, el sujeto principal del gravamen serían los ISP que proveen acceso a internet mediante servicios de banda ancha (cable, DSL, *wireless* y sistemas satelitales).

El último target del impuesto serían los servicios de internet que sirven para localizar e intercambiar grabaciones de audio y video. Entre ellas están las redes descentralizadas P2P, los intermediarios de enlaces e incluso los *megasites* de almacenamiento que alojan los contenidos.

FISHER (2003) calcula que las ganancias conjuntas de estos sectores y servicios, o sea la base del impuesto, serían unos 20 billones de dólares, con lo que se necesitaría una tarifa del 11.8% de impuesto para recaudar los 2,3 billones requeridos para hacer funcional el sistema. La ventaja de esta salida respecto del aumento del impuesto de renta es que, al recaer sobre ciertos servicios y productos, sería algo mejor aceptado por los contribuyentes, y sería percibido como voluntario en la medida en que se pueden adquirir esos bienes o no.

En el lado negativo, para FISHER (2003) esta opción podría resultar incómoda y costosa. El departamento administrativo encargado se vería en la obligación de actualizar anualmente la lista de servicios y dispositivos que sirven como conducto

para acceder a contenidos protegidos con el objetivo de recalibrar las tarifas del impuesto. Tendría además un efecto negativo sobre los consumidores de algunos de los bienes y servicios gravados que no tengan afinidad con el consumo de bienes culturales como música o películas.

Como establece LIEBOWITZ (2003), podría darse una ineficiencia de mercado por una reducción de consumo en los bienes que tendrían la carga. En efecto, no todos los CDs en blanco ni los quemadores de CDs son usados para hacer copias de archivos MP3, y muy comúnmente son usados por individuos interesados en almacenar datos. Incluso, ignorando el hecho de que el impuesto recaiga sobre los individuos equivocados, reduciendo los usos de CDs en blanco y quemadores de CDs, se daría una distorsión en esos mercados¹⁵.

Si los impuestos suelen distorsionar mercados, como asunto de simple justicia, sería apropiado que las pérdidas inevitables que ocasionaría la imposición del impuesto recayeran en lo posible sobre personas que se benefician de las descargas de ficheros y no en individuos que no tienen relación alguna con esa actividad. Resulta evidente que la compra de dispositivos de audio está más directamente relacionada con el consumo de grabaciones musicales que en el caso de los CDs en blanco y quemadores de CDs; el impuesto sobre estos equipos afectaría con mayor precisión el bolsillo de los consumidores que se benefician con las descargas, haciendo más justa la carga impositiva (LIEBOWITZ, 2003).

La idea es que el criterio mediante el cual el dinero recogido sea repartido entre los registrantes sea el que permita que cada uno tome el valor equivalente y proporcional al uso que realicen los usuarios de sus obras.

Un punto central del sistema será la gratuidad para los usuarios en el acceso a esos contenidos, y uno de los problemas será encontrar la manera para indicar adecuadamente el valor particular de esas canciones o películas. Para ello no se necesitará una contabilidad exacta ni perfecta del uso de esos contenidos, sino un sistema que determine el relativo valor y popularidad de esos productos discográficos y cinematográficos.

Uno de los métodos es contar la frecuencia con la que cada uno de esos bienes es disfrutado por los usuarios, sea a través de internet o cada vez que se realice una reproducción analógica; sin embargo, contar el número de descargas puede ser complicado. A pesar de que los servidores de P2P y *websites* de similar naturaleza pueden proveer una estadística sobre el número de veces que una obra es descargada, según FISHER (2003), lo que importa no es el número total de descargas o copias sino la frecuencia con que esa obra es escuchada o vista, cobijando así los servicios de *streaming*.

Algunos inconvenientes a este respecto son resumidos por LIEBOWITZ (2003) así: a pesar de que pueda haber alguna relación entre las descargas P2P y la cantidad de producciones discográficas vendidas, no es posible conseguir estadísticas exactas

15. Según LIEBOWITZ, en este punto se trata de resolver la ineficiencia natural del sistema de *copyright* creando otra ineficiencia en un mercado distinto, el de los dispositivos.

sobre el total de descargas. No está claro si la medida sería solamente para descargas domésticas o locales, o si se tomarían en cuenta las descargas fuera del país. Por otro lado, no necesariamente cada descarga es una descarga efectiva, muchas no son exitosas o son abortadas por diferentes razones, y, lo que resulta crucial, no necesariamente cada descarga hubiera sido una venta de disco o película.

En suma, se requiere otro plan para tasar esa compensación. La opción más promisoría sería, según FISHER (2003), usar el “*sampling*”, una técnica frecuentemente utilizada en televisión y estaciones locales de radio en Estados Unidos y en el mundo para rastrear y determinar la frecuencia con que cada canción o contenido es visto y escuchado por los consumidores. Este método está compuesto por un sistema de 5.000 hogares en los cuales se monitorea no solo qué canal están sintonizando sino qué personas de cada hogar están viendo qué y a qué hora, mandando la información automáticamente a la empresa encargada del monitoreo.

Este método (creado por Nielsen Media Research) ha funcionado muy bien y, a pesar de tener algunos inconvenientes, como el tamaño en aumento de las muestras y el condicionamiento de los encuestados por publicidades y subjetividades, puede ser adaptado para evadir o mitigar sus imperfecciones en un sistema de compensación alternativa.

Entre algunas de las estrategias puede estar un conteo y monitoreo automático de los números de registro de las canciones y filmes vistos y escuchados por los “*sample members*”, usar muestras mucho más grandes que las usadas por Nielsen para obtener un panorama más objetivo y comprensivo de los usos, y finalmente la imposición de reglas para evitar la reproducción incesante de contenidos familiares, conocidos o propios, como el establecimiento de una regla de no más de tres reproducciones por obra dentro de cierto tiempo.

De todas formas el departamento estatal encargado de realizar los recaudos le otorgaría periódicamente a los artistas y compositores un pago correspondiente a la popularidad de sus obras y a la frecuencia de uso (FISHER III, 2003).

Alternativamente, existe una propuesta surgida de un simposio en el *Banff Center for the Arts*, en el que se discutía la forma de compensar a artistas y compositores cuyas obras son descargadas mediante redes P2P, que presenta un agregado para este sistema (LOVE y HUBBARD, 2005).

La propuesta supone que sean los usuarios y consumidores quienes decidan quién debe recibir el dinero recaudado: ellos podrían elegirlos directamente o a través de intermediarios, los cuales presentarían diferentes propuestas de distribución con criterios determinados, y los consumidores decidirían dónde poner el dinero y a través de qué intermediario. Entre algunos de esos criterios podría estar dar todo el dinero a cierto género musical, asegurar que el 15% de los recaudos vayan a artistas de *blues* que no hayan corrido con tanta suerte, dar el dinero basándose en la cantidad de descargas de las obras, permitir dar los dineros a artistas en particular, o criterios similares. Esta es una opción de complicada logística pero

se puede evaluar su funcionamiento parcial o una entrada paulatina dentro del sistema de compensación (LOVE y HUBBARD, 2005).

Vistos los criterios para repartir las ganancias en este sistema, una técnica de rastreo de las preferencias e intensidad de disfrute de los contenidos por parte de los usuarios resulta más costosa que beneficiosa. La salida estaría, concluye FISHER (2003), en confiar en la imperfección de contar el consumo de cada obra ajustando su duración para determinar la compensación requerida para cada una.

Estas son las ventajas más representativas que el sistema de compensación presenta para los diferentes involucrados:

1. Sin duda alguna los más beneficiados con este sistema serán los consumidores, pues la amplia disminución en costos asociados con acceso a entretenimiento será constante gracias a que el costo marginal de las obras será cercano a cero, viendo y escuchando cuantas canciones o películas ellos deseen. Adicionalmente los contenidos estarán todo el tiempo disponibles, serán gratuitos, y su calidad y variedad será más amplia.

También tendrán acceso a una programación más diversa de contenidos sin publicidad asfixiante y libre de discriminación de precios, con lo que todos pagarán lo mismo a través de impuestos sobre productos y servicios electrónicos, no siendo nunca más separados y diferenciados por su capacidad, habilidad y deseo de compra. Por último, tendrán mejores oportunidades para participar en los procesos creativos, ya que podrán hacer lo que quieran con los contenidos digitales que lleguen a sus manos, no existiendo impedimentos legales o tecnológicos que impidan su habilidad de modificarlos o compartirlos.

2. Para los artistas se generaría una fuente confiable de ingresos y una mayor libertad en la elección de los intermediarios para distribuir su trabajo. Se sabe que los pocos artistas que han firmado con casas discográficas tienen poca libertad artística e independencia financiera, por lo que la generalidad, hayan o no firmado, resisten el actual modelo de la industria.

Aunque solo pocos artistas y creadores prosperan, el sistema propuesto ampliaría las oportunidades de todos de manera sustancial, permitiéndoles crear, a costos modestos, sus propias creaciones, ofreciéndolas a nivel mundial sin intermediarios y, en general, aprovechando al máximo las ventajas de las nuevas tecnologías e internet.

La libertad en la circulación de contenidos haría que tuvieran mayores oportunidades de aprovechar contenidos y obras existentes al momento de hacer nuevas obras, teniendo a su vez la obligación de incorporar en la hoja de registro de su obra el porcentaje de obra tomado de otros para así compensarlos adecuadamente.

3. Para los productores de equipos electrónicos se vería un incremento en la demanda de sus productos. Si bien el impuesto recaería sobre la mayoría de sus productos, como anota FISHER (2003), el recaudo no es excesivo (como sí lo es en cigarrillos o alcohol, p. ej.) y, por el contrario, daría más valor a sus productos por el mayor acceso a entretenimiento que brindarían a los usuarios.

Otro avance sería la eliminación de los límites en el diseño de sus dispositivos que tienen por la imposición de leyes como la *Consumer Broadband and Digital Television Promotion Act* (CBDTPA)¹⁶, que en Estados Unidos sirve para regular el comercio de dispositivos con miras a fortalecer las medidas tecnológicas de protección sobre contenidos digitales.

4. Para el grueso de la sociedad habría una tajante reducción de los costos de transacción asociados con el reforzamiento del sistema de *copyright*. Este modelo requiere menos esfuerzos legislativos y deja de lado grandes discusiones alrededor de esta problemática, como, por ejemplo, las referidas a la copia privada digital, la actualización de los derechos patrimoniales al entorno digital y las consecuencias penales del intercambio de contenidos.

El resultado final sería un sistema con menos disputas judiciales, menos intervención de abogados y menor gasto social. Es importante una disminución de los dispendiosos esfuerzos que se han hecho en los últimos años para combatir las violaciones al derecho de autor. A pesar de que los costos administrativos de este esquema compensatorio tomarían un 20% de los recaudos, esto nunca se acercaría a lo que ha costado la batalla de los derechos de autor en el entorno digital.

Aunque existen campañas judiciales que buscan dar condenas ejemplares a sujetos involucrados en los intercambios y hacer conciencia sobre la ilegalidad de esos actos, la gente sigue realizando estas conductas, demostrando la ineficacia de la ley, como dice CARBAJO (2010). En efecto, que haya tanta gente violando la ley, a sabiendas de ello, es culturalmente malsano y los intentos hechos hasta ahora han reducido muy poco las descargas ilegales. En el esquema propuesto, todos estos actos estarían cobijados por la ley y consentidos por los titulares de derechos (FISHER III, 2003).

b. Últimas consideraciones sobre el modelo de compensación

FISHER (2003) establece que una vez puesto en funcionamiento el sistema, se requiere agregar una serie de actos a la lista de excepciones y limitaciones a derechos de autor existentes en el ordenamiento jurídico particular. Estos “*safe harbors*” corresponden a las diferentes formas o métodos de acceso digital a obras protegidas, y que los sistemas de conteo rastrearán para determinar la forma de distribuir las ganancias.

Ellos son: 1. Reproducciones de composiciones musicales, grabaciones musicales y obras cinematográficas, con propósitos no comerciales (consumo del bien, no reventa); 2. Preparación de una obra derivada de una grabación musical u obra cinematográfica registrada, siempre que la obra derivada sea registrada antes de salir al público; 3. Distribución de una grabación musical u obra cinematográfica vía internet, y 4. Comunicación pública de una grabación musical u obra cinematográfica vía transmisión digital de audio o video (FISHER III, 2003).

16. Texto de la *Consumer Broadband and Digital Television Promotion Act*, disponible en: [www.politechbot.com/docs/cbdtpa/hollings.s2048.032102.html].

Con acierto, los tratados internacionales firmados por Colombia dejan abierto el camino de la autonomía para que el país realice modificaciones al régimen de excepciones y limitaciones a derechos de autor. Conforme pase el tiempo y se acomode el sistema, este debería extenderse a nuevos usos digitales y formas de entretenimiento digital que vayan surgiendo, acomodando el régimen de excepciones y limitaciones a ello.

No solo este, sino varios aspectos más del sistema tendrán que verse modificados y ajustados con el tiempo y la evolución de las tecnologías. Entre ellos estarían el aumento de la población y la situación de los propios artistas y compositores que dependen del sistema. Se deberá modificar necesariamente, por ejemplo, la carga impositiva del gravamen que sostiene este esquema; este modelo, no obstante tener los inconvenientes planteados, es un franco esquema que podría solventar la mayoría de problemas presentes en las redes digitales con los derechos de autor mediante una correcta administración de recursos.

D. EL ANTECEDENTE FRANCÉS SOBRE UN SISTEMA DE COMPENSACIÓN

Un antecedente clave de este modelo fue la propuesta presentada en Francia por “L’Alliance Public-Artistes”, la cual promovió la creación de una Licencia Global Opcional (LGO) para mitigar los efectos del intercambio a través de internet de archivos con contenido cultural.

“La LGO consistía en una autorización que los titulares del derecho de autor otorgarían a los usuarios de Internet para acceder a sus obras de manera ilimitada, a cambio del pago de una tarifa fija recolectada por los proveedores de acceso a Internet (ISP) y gestionado por la sociedad de recolección y repartición de derechos” (WONG RAMÍREZ, 2009, p. 31).

Sin embargo, la presión que ejercieron las industrias creativas de Francia y Estados Unidos logró que en vísperas de finalizar el año 2008 la LGO fuera rechazada en su aprobación por implicar: 1. El establecimiento de medidas de vigilancia en la red; 2. El incremento del precio de la suscripción de internet, y 3. La falta de una proposición viable para la distribución de los ingresos recaudados (WONG RAMÍREZ, 2009).

A pesar de que pasó el tiempo y si bien las soluciones al problema del intercambio de ficheros en la red adoptadas por el legislativo francés (como multas, cárcel y esquemas de DRM) resultaron ineficaces, en 2009 un grupo de diputados llevó nuevamente la LGO a debate parlamentario. Esta se presentó como una enmienda al proyecto sobre protección penal de la propiedad literaria y artística en internet. Como era de esperarse, la propuesta, que planteaba una política cooperativa “dirigida a buscar un cambio de comportamiento entre los internautas que comparten archivos en la Red” (WONG RAMÍREZ, 2009, p. 32), fue rechazada una vez más. Los argumentos fueron básicamente los mismos que en la primera presentación del proyecto.

Sin lugar a dudas su rechazo no solo se dio por las razones mencionadas, sino por la inminente aprobación de la Ley HADOPI en el parlamento francés, una ley

que sí contó con el apoyo mayoritario del parlamento y los entes internacionales en busca de perseguir y castigar los intercambios de contenidos en internet.

CONCLUSIONES

El sector industrial debe comprender que las normas jurídicas que está promoviendo son nocivas para el desarrollo de las tecnologías y los modelos negociales de los que se beneficiará en el futuro. Debe asumir los avances tecnológicos en vez de reprimirlos y censurarlos, lo que hará que sus propios modelos de negocio sean más efectivos el día de mañana. El avance tecnológico, al igual que cualquier realidad social, siempre irá más adelante que la ley, y esta será la que deba acomodarse racionalmente a esos avances, tal como ha ocurrido con la llegada de la radio, la televisión, el cine, los dispositivos de copia y ahora las redes digitales.

El fortalecimiento de regímenes de responsabilidad ha erosionado el equilibrio que brindaba el derecho de autor y deja de lado los intereses y derechos fundamentales de los sectores menos beneficiados de los países en vías de desarrollo. Los más pobres también necesitan del consumo de bienes culturales, por lo que no pueden ser marginados de ajustadas excepciones y limitaciones al derecho de autor, de normas que impulsen el dominio público de contenidos y, en general, de políticas que garanticen su derecho a la educación y a hacer parte del entorno cultural que los rodea.

El derecho de autor sí puede ser compatible para beneficiar a las tecnologías y sus modelos de desarrollo, proteger a los titulares de derechos y las industrias, y salvaguardar los derechos de los usuarios y los consumidores. Se debe dar prevalencia a la libertad de expresión y al acceso a contenidos culturales para estimular los intereses sociales y públicos de la red. Esto se cobija en la estructura naturalmente descentralizada de internet.

La solución no consistirá en defender la gratuidad de los productos culturales, ni en restringir el acceso a estos contenidos, ni en perseguir criminalmente a miles de usuarios y proveedores de tecnologías. La solución pasa por pactar socialmente y replantear el derecho de autor como el medio indicado para estimular las nuevas creaciones, la potencia de la tecnología y la libertad del mercado digital. Así se protegerá el acceso universal al conocimiento haciendo de la estructura cultural un sistema cíclico que beneficie a titulares de derechos, a las pequeñas y medianas empresas y al público en general, no solo a algunos sectores económicos con fines diferentes a la protección de las creaciones intelectuales.

El modelo de compensación planteado, a pesar de sus defectos, es un ejemplo de cómo se pueden beneficiar ambos campos, brindando amplios beneficios para cultura y educación, estimulando el desarrollo de la tecnología, y compensando y remunerando a los titulares bajo menores costos administrativos, judiciales y políticos. Tal y como se presenta la evolución tecnológica, la protección del derecho de autor debe servir para estimular el desarrollo de modelos de negocio y

de licenciamiento con miras a enriquecer el pensamiento y la cultura colectiva.

El entorno digital deberá ser visto como un campo comercial donde todas las actividades en torno a bienes culturales se rijan por la libre competencia. Solo así se estimulará el mercado digital haciéndolo evolucionar de tal forma que los intercambios ilegales de contenidos sean desdeñables, y de manera que tanto los consumidores como las industrias creativas y los proveedores de servicios y de dispositivos se beneficien plenamente. El derecho de autor debe servir como mediador en este entorno, y no como una herramienta más de represión para monopolizar mercados.

REFERENCIAS

- ANTEQUERA PARILLI, RICARDO. *Estudios de derecho industrial y derechos de autor*, Bogotá, Temis, 2009.
- BAUWENS, MICHAEL. “El P2P: ¿más allá del capitalismo?”, entrevista de Igor Sadaba en la revista *Minerva*, Círculo de Bellas Artes de Madrid, iv época, N° 9, 2008.
- BOTERO, CAROLINA. “Hackear como ejercicio legal”, en: [elespectador.com], 19 de abril de 2012.
- BOTERO, CAROLINA. “Creative Commons Colombia, aquí entre nos”, 6 de mayo de 2010 en: [<http://co.creativecommons.org/2010/05/06/creative-commons-colombia%E2%80%A6-aqui-entre-nos/>].
- BURK, DAN L. y COHEN, JULIE E. “Fair Use Infrastructure for Rights Management Systems”, en *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 15, N° 1, 2001. [<http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1516&context=facpub&sei-redir=1#search=%22dmca%20fair%20use%22>].
- CALVI, JUAN C. “La industria musical en España”, en *Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação*, Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, diciembre de 2006, disponible en: [www.compos.com.br/e-compos].
- CALVI, JUAN C. *Plan integral de apoyo a la música y a la industria discográfica*, Documento de trabajo 95/2006, Fundación Alternativas, disponible en: [<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2115989>].
- CARBAJO CASCÓN, FERNANDO. “El pulso en torno a la copia privada”, en *Revista de Propiedad Intelectual*, N° 16. 2004.
- CARBAJO CASCÓN, FERNANDO. “La protección de la propiedad intelectual ante la amenaza de las redes peer to peer”, en *Revista Iberoamericana de Derecho de Autor*, CERLAC, Soporte Editorial N° 7, enero-junio de 2010.
- FERNÁNDEZ QUIJADA, DAVID. *P2P: Nuevo paradigma comunicativo convergente*. Segundo Congreso Gallego do Audiovisual, 18 diciembre, 2004, Santiago de Compostela, Universidad Autónoma de Barcelona, disponible en: [http://eprints.rclis.org/bitstream/10760/7752/1/P2P_nuevo_paradigma_comunicativo_convergente.pdf].

- FISHER III, WILLIAM W. *Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of entertainment*, Stanford University Press, Stanford, 2004.
- HERNÁNDEZ, JAVIER. *Aspectos culturales y éticos en la conducta del consumidor de música pirata*, Inversión Cultural, San Juan, Puerto Rico, 2009, disponible en: [www.inversioncultural.com].
- LIEBOWITZ, STAN J. *Alternative Copyright Systems: The Problems with a Compulsory License*, Based upon a talk delivered at a conference sponsored by the Progress and Freedom Foundation on June 10, 2003. School Of Management, University of Texas at Dallas, 8/31/03.
- LOVE, JAMES y HUBBARD, TIM. *Paying for Public Goods. Code: Collaborative Ownership and the Digital Economy*, Edited by Rishab Aiyer Ghosh, MIT Press, Cambridge, 2005, disponible en: [http://keionline.org/misc-docs/lovehubbard-code.pdf].
- MARANDOLA, MARCO. *¿Un nuevo derecho de autor? Introducción a Copyleft, acceso abierto y Creative Commons*, Barcelona, Derecho de autor. SL, 2005.
- MAROTIAS, LAURA; WINIK, MARILINA y DA BOUZA, RAFAEL. *Nuevas configuraciones en el campo de la producción, difusión y distribución musical*, UBA-IIGG.
- NETANEL, NEIL W. "Impose a noncommercial use levy to allow free peer-to-peer file sharing", en *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 17, N° 1, 2003.
- PEÑA VALENZUELA, DANIEL. "La piratería en internet", en *Revista La Propiedad Inmaterial* N° 2, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- PEÑA VALENZUELA, DANIEL. *Responsabilidad Civil en la Era Digital*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- RAMÍREZ, JAVIER. "La copia privada digital. Mesa redonda", en *Copyright y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital?*, IDP, *Revista de Internet, Derecho y Política* N° 1, UOC, 2005, disponible en: [www.uoc.edu/idp/1/dt/esp/mesaredonda02.pdf].
- RAMÍREZ HINESTROSA, MÓNICA ANDREA. "La responsabilidad de los ISP desde el punto de vista de los contenidos", conferencia presentada en el V Congreso Nacional sobre la Propiedad Intelectual: el agotamiento del derecho, la responsabilidad de los proveedores de servicios y políticas públicas, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 16 y 17 de octubre de 2008.
- SÁNCHEZ ARISTI, RAFAEL. *La propiedad sobre las obras musicales*, 2.ª ed., Granada, Comares, 2005.
- WONG RAMÍREZ, SULAN CRISTINA. *Orwell 2.0: Las implicaciones de la HADOPI sobre la vida en Internet*, Fundación Giulia Adinolfi - Manuel Sacristán. Propiedad Intelectual. 2009, disponible en: [http://mientrastanto.org/sites/default/files/mt113.pdf#page=27].
- ZALABARDER, RAQUEL. "Copyright y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital?", Presentación, *IDP Revista de Internet, Derecho y Política*, n.º 001, Universitat Oberta de Catalunya, disponible en: [http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/788/78800104.pdf].