

Especial Propiedad Intelectual: ¿a quién pertenecen las ideas?

La maraña de
los contenidos en
la 'sociedad red'

PÁGINA 56

Medidas globales
comunitarias y españolas

PÁGINA 60

Mito y realidad
de las patentes

PÁGINA 62

El consumidor,
sólo ante el peligro

PÁGINA 65

Ciberdelitos,
el lado oscuro
de la red

PÁGINA 66

Firma Digital,
contrapeso al anonimato

PÁGINA 64

Derechos
de autor,
una industria
amenazada

PÁGINA 61

Patentes
y Marcas
para competir
mejor

PÁGINA 67

¡Las
Ideas
son de sus
creadores!

Por Richard A. Epstein PÁGINA 48

¡Las Ideas
son de
la gente!

Por Lawrence Lessig PÁGINA 40

¡Refutación!

Por Lawrence Lessig
PÁGINA 54

La Propiedad y lo Digital

Jason Potin

EL PASADO MES DE ABRIL, vi una nueva y maravillosa película de la Guerra de las Galaxias. No era de George Lucas. La vi sin pagar, después de descargar un archivo digital y sin transgredir ninguna ley de copyright.

“*La Guerra de las Galaxias: Revelaciones*” es el trabajo de un grupo de fanáticos de la ciencia ficción, un homenaje de 40 minutos de unos creadores de películas aficionados que imaginan el intervalo entre La Guerra de las Galaxias Episodio III: La venganza de los Sith y la Guerra de las Galaxias original (*ahora Episodio IV: Una nueva esperanza*).

“*Revelaciones*” es una “remezcla”. Tiene todo lo que tendría una película de la Guerra de las Galaxias: grupos de cazas imperiales, duelos de espadas de luz, unos sonidos bien orquestados... Existe sólo porque George Lucas renunció a muchos de los privilegios tradicionales del propietario del copyright. Mientras los creadores de la película no vendan la película, están autorizados a reutilizar de forma gratuita la mayoría de los elementos del universo de la Guerra de las Galaxias.

Lawrence Lessig, profesor de derecho en la Universidad de Stanford y famoso defensor de unas regulaciones más abiertas sobre el copyright, alaba este tipo de reutilización cultural libre en un ensayo dentro del conjunto de artículos de este número dedicados a la propiedad intelectual (ver “Las ideas son de la gente”, pág 40): “muchas más personas, (en efecto millones más) podrían hacer buenas películas. Las nuevas tecnologías digitales facilitarían una explosión de obras creativas”.

Lessig va más lejos: defiende que la remezcla es “la forma de hacer cultura”. Escribe: “Es casi imposible imaginar una cultura que progrese si las personas carecen de libertad para emprender este tipo de práctica”. Pero también le preocupa que las nuevas tecnologías de gestión de derechos digitales (DRM) hagan que remezclas como “*Revelaciones*” dependan de los permisos de los brillantes propietarios de derechos de copia como Lucas, y por tanto tiendan a desaparecer.

El punto de vista de Lessig es muy sutil. Para ver su fortaleza, se debe entender hasta qué punto la regulación de los derechos de copyright ha extendido su marco de acción. Además se debe tener una cierta noción de las tecnologías digitales.

La ley americana del copyright tiene su origen en la tecnología de la era industrial: se diseñó originalmente para gobernar las operaciones de las prensas de impresión. Al principio se regularon muy pocos artículos culturales: sólo libros, mapas, y gráficos. Pero el copyright ha crecido para regular más medios y después del Acta de Copyright de 1976, todas las obras creativas tangibles están automáticamente protegidas por el copyright.

A pesar de todo, antes de la era digital, la ley del copyright no afectaba al empleo ordinario de los artículos culturales. La lectura o el hecho de compartir un libro no estaban regulados porque no se hacía una copia. Pero una característica de las tecnologías digitales es que cada utilización de una obra creativa produce una copia, co-

pia que puede ser compartida por millones de terceras personas.

Las tecnologías DRM deberían por supuesto asegurar que se pague a los propietarios del copyright, después de años de piratería casi universal. Pero deberían hacer más: permitir el fortalecimiento de la hasta ahora teórica Acta de Copyright de 1976. En la formulación elegante de Lessig “Cuando Internet dé a los propietarios del copyright un perfecto control de su contenido, dado que todo está sujeto automáticamente al copyright, todos los usos de ese contenido requerirán presuntamente permiso”.

Lessig está tan abrumado por estas perspectivas que defiende un “movimiento de cultura libre”, basado en el movimiento del software libre que lanzo el Linux. Lessig se adhiere al reciente soporte a la cultura libre protagonizado por el gobierno de Brasil en sus políticas y procedimientos.

Richard Epstein, profesor de derecho en la Universidad de Chicago y un notable defensor de los poderes de los mercados, tiene serias objeciones a esta línea de razonamientos. En una réplica a Lessig “Las ideas son de sus creadores” (ver pág 48), rechaza la idea, “completamente antiliberal”, de que el gobierno, cuyo papel más adecuado es ser un árbitro neutral, deba favorecer una cierta forma de negocio en contra de otra. También mantiene que en lugar de constreñir la creatividad, los sistemas de marca registrada la promueven, aportando incentivos financieros.

Las tecnologías de gestión de derechos digitales garantizarán que los creadores sean retribuidos por su labor. Permitirán a los vendedores poner precios a sus productos de acuerdo con su empleo.

¿Quién tiene razón?. Seguramente en ambas partes hay algo de verdad. Efectivamente, tanto Lessig como Epstein reconocen que siempre han existido ideas privadas y de propiedad colectiva; ambos aceptan de forma tácita que esto no es probable que vaya a cambiar en la era digital. Ambos desean ver una sociedad que preserve el copyright de una forma razonable y limitada, al mismo tiempo que rehuye los extremos de la capacidad de los individuos para “remezclar” cultura. Ambos quieren un sistema de copyright adecuado a la era digital.

Sin embargo Lessig es demasiado alarmista sobre las tecnologías DRM: no conseguirán que la “remezcla” sea imposible. Y lo que es más importante, permitirán lo que los economistas llaman “discriminación de precios”, la capacidad de los vendedores de poner los precios a los productos de acuerdo con el empleo que se vaya a hacer de ellos. Esto es una innovación muy útil de las economías digitales: alguien que quiera conservar un libro electrónico, por ejemplo, pagaría más que alguien que sólo quiera leerlo una vez.

Un argumento muy importante contra Lessig es que “*Revelaciones*” era una remezcla de material cultural protegido por uno de los copyright más rentables de todos los tiempos. Los sistemas de marca registrada no desaniman necesariamente la innovación. Quizás más bien es al contrario. ¿Estaré equivocado? ■

¡Las Ideas son de la gente!

Las nuevas tecnologías nos están obligando a tomar opciones importantes sobre nuestra forma de utilizar los libros, la música, el software y otros productos culturales. ¿Queremos que sean libres o no?

Por Lawrence Lessig Ilustraciones de John Ritter





-
y

Entramos en el campamento aquella mañana atravesando una carretera de gravilla, larga y blanca para pasar bajo una entrada de madera. Extendiéndose a un lado y hasta donde alcanzaba la vista, había filas y filas de tiendas. Enfrente, había unas baterías de duchas, con cientos de chicos arremolinados en bañador, esperando para ducharse. Parecía un campo de refugiados.

En cierto sentido, lo era. Más de cien mil personas habían bajado a Porto Alegre (Brasil), para asistir al Foro Social Mundial, un congreso que pretendía ser una alternativa progresista al mucho más reducido y más famoso Foro Económico Mundial, que se reúne en Davos (Suiza).

Inmediatamente después de las duchas, había una colección desordenada de barracones de madera, conectados por una lona que se extendía sobre sus techumbres. Se trataba del laboratorio de *software* libre. A la derecha, estaba la sala de formación, con más de 50 ordenadores personales dispuestos a lo largo de grandes mesas. En el extremo más alejado, había una gran pantalla, donde entre 20 y 30 niños miraban a un instructor que les explicaba el funcionamiento de algunos programas de tratamiento de vídeo. Todos los ordenadores estaban equipados únicamente con *software* libre: el sistema operativo GNU/Linux; el navegador Mozilla, y un conjunto de programas de producción para medios de comunicación, que, en su mayor parte, nunca había visto antes en ningún ordenador.

Estaban preparando la sala para lo que parecía como una discoteca. Tres personas a modo de pinchadiscos estaban inclinadas sobre una mesa llena de máquinas, probando el sonido y haciendo girar unos controles especialmente complejos. No obstante, no eran pinchadiscos, sino pinchavideos, que estaban preparando una demostración de los instrumentos que habían construido, (como ellos los describían), para la “cultura del reciclado”. Por lo que yo sé, la música no hubiera desentonado en la sala neoyorquina más de moda, pero las imágenes eran un collage de televisión y color presentado de una manera que nunca había visto antes en ningún sitio. Cuando sonaba la música, las imágenes de vídeo atravesaban la pantalla. El pinchavideos manejaba una especie de platina, que gobernaba un potente equipo digital de vídeo diseñado para mezclar imágenes y no discos.

En otra sala, la luz amarilla filtrada por el entoldado bañaba otras 50 máquinas. John Perry Barlow, antiguo letrista de Grateful Dead y cofundador de la Electronic Frontier Foundation, se sentaba encorvado sobre su PowerBook charlando con alguien. Sonreía. “Es [el redactor del New York Times John] Markoff desde Davos”. Evidentemente, la Wi-Fi también bañaba la sala.

Dentro de la sala, un grupo de cinco o seis brasileños nos estaba esperando. Un equipo de filmación también aguardaba. Estaban filmando un documental. Los brasileños eran nuestros guías y yo estaba allí para enterarme de qué era un “laboratorio de software libre”.

Los buenos GNUS de Stallman

Quien lea *Innovación* tiene que haber oído hablar del “software libre”. La Free *Software* Foundation nació en el campus del MIT

hace veinte años; un investigador del MIT, Richard Stallman, la presidía cuando apareció. El software libre es código que conlleva una promesa. En realidad, conlleva cinco promesas (explícitamente, cuatro, y una por implicación), según la definición del *software* libre que hace la fundación. Numerándolas partiendo de cero, en el más puro estilo *geek*, las promesas son:

- (0) La libertad de ejecutar el programa con cualquier finalidad.
- (1) La libertad de estudiar cómo funciona el programa y adaptarlo a tus necesidades.
- (2) La libertad de redistribuir copias del programa de manera que puedas ayudar a tu compañero.
- (3) La libertad de mejorar el programa y facilitar al público tu mejora, de manera que se beneficie toda la comunidad.

La segunda (1) y la cuarta (3) libertades implican otra libertad final e igualmente importante: el acceso al código fuente del programa. El software que ofrece a todo el mundo estas libertades es libre; el *software* que compromete cualquiera de ellas no lo es.

Stallman lanzó su movimiento como reacción a los posibles cambios del medio en el que se escribía el *software*. En el mundo que había conocido, los programadores eran una especie de científicos éticos. Los codificadores trabajaban sobre problemas comunes; compartían el conocimiento que producía su trabajo. Hace más de 60 años, el sociólogo Robert Merton decía de la ciencia: “Los ataques incipientes y concretos a la integridad de la ciencia han llevado a los científicos a reconocer su dependencia de determinados tipos de estructura social”; del mismo modo, Stallman creía que la libertad de programación se enfrentaba a “ataques incipientes y concretos”. Creía que su defensa dependería de “determinados tipos de estructura social”. En consecuencia, decidió construirse una: una estructura social que ayudara a los codificadores a conservar la integridad que, en su opinión, tenía que tener su disciplina. El fundamento de esta estructura sería un sistema operativo “libre”, inspirado en Unix, pero sin ser Unix (y por eso lo llamó ingeniosamente GNU: GNU NO es Unix).

Al mismo tiempo, a muchos les parecía inalcanzable la ambición de Stallman. Ninguna persona y ningún colectivo de voluntarios habían conseguido concluir un proyecto de *software* de la escala de un sistema operativo completo. No había razón para creer que Stallman y sus seguidores tuvieran éxito. Sin embargo, comenzaron a dar los primeros pasos: los instrumentos y estructuras con los que pudiese construirse todo lo demás, entre los que se contaban algunas de las herramientas más importantes de GNU, como su compilador, la GNU Compiler Collection (GCC), y algunas de las más hermosas, como el editor Emacs. Cada instrumento iba envuelto en la idea más brillante de



Campamento del Foro Social Mundial, Porto Alegre (Brasil), 2005

Stallman: una licencia que garantizara que el código que estaban construyendo siguiera siendo libre para siempre.

La GNU General Public License, o GPL, es una licencia de *copyright*. En la jerga del movimiento del *software* libre, es también una licencia de *copyleft*. Como cualquier licencia de *copyright*, impone unas condiciones acerca de algunos usos del producto que protege. Como cualquier licencia de *copyleft* de *software*, incluye entre esas condiciones el requisito de que los cambios practicados en el código protegido deben compartirse, en caso de redistribución. El requisito de *copyleft* es un beneficio para algunos, (quienes comparten el objetivo de extender el *software* libre), y una maldición para otros, (quienes querían sumarse al proyecto y beneficiarse exclusivamente de lo que añadan). Stallman apostaba que habría bastantes personas que considerarían un beneficio construir un sistema operativo libre.

Sin embargo, seis años después de iniciarse el proyecto, el GNU todavía carecía de un núcleo central, es decir, el “kernel” de un sistema operativo, que facilitase el control del hardware del ordenador. Esta parte no la pondría Stallman. En 1991, Linus Torvalds, un estudiante finlandés, anunció los principios de un kernel de acuerdo con la licencia GPL. Diversos hackers comenzaron a integrar ese kernel -que apodaron “Linux”- en GNU. A mediados de la década de los 1990, GNU/Linux se había convertido en un competidor potente y libre del sistema operativo Windows de Microsoft.

Sistemas de marca registrada*

Hay un millón de detalles que señalar antes de que la historia del *software* libre tenga sentido para una persona que no la conozca ya. ¿Puede utilizarse comercialmente el *software* libre? Sí, la promesa de la libertad 0) así lo exige. ¿Puede venderse el *software* libre? Sí, por el precio que el mercado acepte. ¿Las empresas pueden ganar dinero produciendo o apoyando el *software* libre? Algunos creen que sí, como indican los millardos invertidos por IBM y Hewlett-Packard. ¿El *software* libre destruye los incentivos financieros para producir nuevo *software*? No tiene porqué. El *software* libre se limita a hacer transparentes las mejoras, como ocurre en otros mercados sanos y competitivos.

No obstante, dejemos al margen estas cuestiones y centrémonos, en cambio, en un patrón histórico: una práctica en un momento es “libre”; sin embargo algo cambia y esa libertad se pierde; en respuesta, los activistas trabajan para restaurar esa libertad. Así, la programación fue libre; los cambios habidos en el mercado eliminaron esa libertad y los activistas del *software* libre actúan para restaurar esa libertad.

Mientras escuchaba a los brasileños explicar el laboratorio de *software* libre, empecé a darme cuenta de que este patrón era recurrente. El laboratorio no era de “*software* libre”. Por ejemplo, no enseñaba a la gente a hacer *software* libre. En cambio, su objetivo era ayudarles a construir una cultura libre utilizando *software* libre. El laboratorio presentaba “seminarios sobre edición de vídeo, edición de audio, herramientas de colaboración y colaboración en línea”, todo ello “con *software* libre”. Pero el objetivo de esta enseñanza no era, o no era sólo, un *software* mejor. El objetivo era una economía diferente para la cultura. La misma cultura, como me explicó un bra-

sileño, debía ser libre, entendiendo “libre como en *software* libre”.

El paralelismo entre el *software* libre y la cultura libre es fuerte, aunque para ponerlo de manifiesto sea necesario hacer algunas distinciones, porque, a diferencia del *software*, la cultura siempre ha tenido un elemento de control de marca registrada, y durante la mayor parte de nuestra historia, la cultura de marca registrada ha estimulado, en realidad, la cultura libre. Sin embargo, los cambios que se han producido en el modo de dominar la cultura hacen necesario en la actualidad el movimiento de la cultura libre que está promoviendo Brasil. Para entender este movimiento, debemos entender qué lo ha provocado.

La cultura de marca registrada se ha convertido en tal mediante un sistema de regulación que llamamos “*copyright*”. En los Estados Unidos, la reglamentación del *copyright* era al principio escasa. En efecto, la ley sólo llegaba a la prensa impresa y, por principio, regulaba sólo una pequeña proporción del trabajo creativo: sólo “mapas, cartas de navegación y libros”. Sin embargo, muy pronto, el alcance de la ley comenzó a aumentar. En 1851, llegó a la música. En 1870, se expandió para abarcar pinturas, esculturas y, más importante aún, obras “derivadas”, entendiendo como tales las obras basadas en otra anterior, por ejemplo, una traducción o una obra teatral basada en un relato.

Estas extensiones eran bastante razonables, siendo cada una producto de un cambio legislativo consciente. Sin embargo, en el siglo XX, pronto la ley quedaría atada a un instrumento que produciría unos cambios inimaginables en cuanto al alcance del *copyright*, porque, en 1909, merced a un error de codificación (literalmente: fue un error de la formulación utilizada en la legislación), el derecho exclusivo que protegía el *copyright* no sólo se definió como el derecho a “publicar” o “republicar”, sino el derecho a “copiar”. Ese cambio no tenía mayor importancia en 1909: las máquinas para hacer copias eran todavía las prensas de imprimir y nadie creía que un escolar que copiara un poema 50 veces más o menos para memorizarlo estuviera cometiendo un delito federal. Sin embargo, cuando las máquinas que copiaban se fueron haciendo más corrientes, el alcance de la ley del *copyright* fue aumentando cada vez más. Al principio, fueron las máquinas comerciales las que tuvieron que soportar el peso de la ley: las pianolas, la radio, la TV por cable; pero, en la década de 1970 y por primera vez, una máquina de imprimir a la que tenía acceso la gente corriente, la “copiadora”, se convirtió en objeto de grandes pleitos.

Estas extensiones de la ley estaban equilibradas por importantes limitaciones inherentes al *copyright*. Una limitación importante es el “uso justo”, pero la más importante era producto de una formalidad. Para obtener el beneficio de la protección del *copyright*, el autor tenía que “optar” explícitamente por el sistema del *copyright*: tenía que registrar la obra; tras un período inicial, había que renovar la inscripción; y la obra tenía que estar marcada (©). De las obras publicadas en el siglo XIX, no más del 50% estaban registradas. Nunca se renovó el registro de más del 80% de las obras registradas. Por tanto, la ley del *copyright* restringía automáticamente su alcance a las obras que presuntamente necesitaban la protección del *copyright*. Gran parte de las obras publicadas (y la inmensa mayoría tras el período inicial), eran de carácter libre.



Richard Stallman

Sin embargo, una serie de enmiendas a la ley estadounidense del copyright que se inició en 1976 modificó el sistema de opción positiva. Tras estos cambios, el trabajo creativo quedaba automáticamente protegido por un derecho federal contra la copia, estuviese o no registrada la obra, sin necesidad de renovar el copyright y con independencia de que presentara o no el curioso signo ©.

La ley del copyright siempre había sido condicional. Ahora era incondicional. Siempre había restringido automáticamente su alcance a las obras que presuntamente necesitaran el beneficio de la protección del copyright. Ahora alcanzaba a todos los trabajos, con independencia de que necesitaran o no de esa protección. Tras este cambio no había ninguna conspiración del mal. Su finalidad era perfectamente benévola: simplificar la ley del copyright. Las formalidades del antiguo sistema eran molestas. Su abolición eliminaría esas incomodidades. Sin embargo, las consecuencias de la abolición de las formalidades fueron espectaculares: pasamos de regular una minoría del trabajo creativo a regularlo todo. Llamamos a éste el “primer gran cambio” del copyright.

El segundo cambio es aún más espectacular. Para ver su importancia, tengamos en cuenta primero lo poco que la ley del copyright regula los usos ordinarios del trabajo creativo. Por ejemplo, leer un libro no es un uso regulado (por la ley del copyright) del libro. Es un uso libre: leer un libro no crea una copia. Prestar a alguien un libro no es un uso regulado: no crea una copia. Estos usos ordinarios están fuera del alcance de la ley del copyright. Dicho de otra manera, las leyes del copyright dejan estos usos ordinarios fuera de la regulación.

Sin embargo, en el mundo digital, esta inmunidad desaparece. Por la misma naturaleza de las tecnologías digitales, cada uso produce una copia. En consecuencia, por la naturaleza de un régimen de copyright como el de los Estados Unidos, diseñado para regular las copias, cada uso en el mundo digital plantea una cuestión relativa al copyright: ¿ha sido licenciado este uso? ¿Está permitido? Y si no está permitido, ¿es “justo”? Por tanto, leer un libro en un espacio analógico puede ser un acto no regulado, pero leer un libro electrónico está presuntamente regulado. Prestar un libro en el espacio analógico es un acto no regulado. Prestar un libro electrónico no es igual. En todo estos casos, y en muchos más, los usos ordinarios que estaban fuera del alcance de la ley caen ahora de lleno en el ámbito de la regulación del copyright. En el mundo analógico, a falta de una determinación en contra, el valor dominante era la libertad. En el mundo digital, a falta de una determinación en contra, el valor dominante es la regulación. Llamaremos a éste el “segundo gran cambio” del copyright.

Cuando contemplamos juntos estos dos grandes cambios, nos hallamos ante un “cambio verdaderamente profundo”. No sólo se ha ampliado espectacularmente el alcance de la ley, puesto que ahora el copyright regula todas las obras, salvo una minoría, sino que el alcance efectivo de la ley es espectacularmente mayor porque el copyright regula todos los usos, en vez de unos pocos. El Congreso de los Estados Unidos efectuó a conciencia uno de estos dos grandes cambios, pero desconocía el alcance que tendría su legislación, pues no podía prever la posterior universalidad de las máquinas copadoras.

Problemas de control

Ahora bien, si el ámbito y el alcance de la ley del copyright se han ampliado de forma tan radical, ¿por qué no se percató nadie de ello? ¿Por qué los titulares de copyright no lo celebran?

Respuesta sencilla: la expansión de la regulación del copyright ha sido eclipsada por una disminución igualmente radical de su eficacia. Aunque, en teoría, un régimen automático de copyright más el empleo de la tecnología digital significa que todo está presuntamente regulado, en la práctica, las tecnologías digitales han supuesto que esta regulación sea irrelevante. Las tecnologías digitales se diseñaron

para permitir unas copias perfectas; no se diseñaron para facilitar el control de estas copias. La perfección y la libertad de la tecnología digital, incluyendo Internet, han llevado, por tanto a una orgía de infracciones del copyright. Las herramientas digitales hacen fácil compartir datos con 10.000 buenos amigos, por lo que la gente comparte datos con sus 10.000 buenos amigos. Estados Unidos puede ser una nación de conductores que se detienen ante los semáforos en rojo, incluso los que se encienden sin que haya nadie

presente, en medio de la noche, pero sus ciudadanos ni siquiera se inmutan cuando se bajan contenidos creativos compartidos, a pesar del copyright. Con independencia de lo que digan las leyes, las acciones hablan más alto que las palabras. Y las acciones de los usuarios ordinarios son las que preocupan a las industrias que dependen del copyright, como la editorial, la musical, la del cine y la del software.

Esa preocupación ha suscitado una respuesta y esta respuesta es lo que preocupa, a su vez, al movimiento de la cultura libre. Las tecnologías digitales sólo son tecnologías: están hechas por humanos y pueden ser rehechas por humanos. Si las tecnologías digitales existentes han negado hasta ahora a los titulares del copyright el control sobre la forma de utilizar los frutos de su creatividad, las tecnologías digitales futuras pueden devolver el control a esos mismos titulares del copyright. De hecho, eso es lo que está ocurriendo.

Esta restauración del control se desarrolla bajo la denominación de “gestión de derechos digitales”, (DRM, por sus siglas en inglés). La DRM y la multitud de cambios tecnológicos que exige en su apoyo (por ejemplo, la adición de chips de “procesado de confianza”, dedicados exclusivamente a esta función en los nuevos ordenadores) devolverán a la arquitectura del mundo digital el control que la arquitectura original del mundo digital eliminara. Tampoco se detendrá allí: los titulares del copyright quieren más. Las propuestas actuales de DRM van mucho más allá del equilibrio entre la cultura de marca registrada y la cultura libre en el mundo analógico. Si se ponen en práctica, permitirían a un titular de copyright (o creador de software), por ejemplo, establecer cuántas veces puede usted leer el libro electrónico que ha “comprado” o cuántas veces puede trasladarlo de un ordenador a otro. Cualesquiera sean los usos que pueda imaginar para un dispositivo digital, imagine una DRM controlándolos. Ése es el potencial de esta tecnología, un potencial que trasciende con mucho los límites de la regulación predigital del copyright.

Ahora, los economistas y otras personas de inclinación capitalista dirán que no es en absoluto evidente que la regulación ampliada sea mala. Le dirán que, en muchos casos, el hecho de dar a los titulares de la propiedad el poder de controlar (o “discriminar”) los usos de su propiedad aumenta, en realidad, la riqueza total de la sociedad. Por



Periodistas utilizando Linux, Foro Social Mundial, 2005

La evolución de la ley de copyright



eso, no hay que condenar necesariamente el refuerzo del control que la DRM produzca en el ciberespacio, al menos si incrementa la riqueza social.

No quiero cuestionar a los economistas (aunque sí responda a las objeciones de Richard Epstein a este ensayo: véase “Refutación”). Mi objetivo es menos ambicioso: consiste simplemente en hacer hincapié en que la perspectiva de esos controles rígidos habría parecido un tanto estrafalaria hace sólo tres décadas, y que tenemos que pensar rápidamente para decidir si queremos esos controles en el espacio de la cultura. Cuando Internet dé a los propietarios del copyright un control perfecto de su contenido, dado que todo está sujeto automáticamente al copyright, todos los usos de ese contenido requerirán presuntamente permiso. No viviremos ya en una cultura libre, sino en una cultura “con permiso”, y estos permisos ya no serán controlados por los tribunales o la legislación, sino por el código del software.

Éste es el control que teme el movimiento de la cultura libre. Teóricamente, las tecnologías digitales dan a la ley el derecho a regular la cultura hasta un grado sin precedentes. La DRM convertirá esa teoría en práctica. ¿Sabemos lo suficiente para concluir que los beneficios de esa práctica superarán los costes? ¿Sabemos siquiera lo suficiente para comprender los costes?

DRMáticamente malo

La acusación contra la DRM se presenta en dos modalidades: la habitual y la más oscura.

La queja habitual se refiere a la exclusividad de los mercados: quizá el precio de leer un libro electrónico sea demasiado alto; quizá también muchas personas queden fuera del mercado. Ésta es una preocupación real en las naciones en vías de desarrollo de todo el mundo, en las que el coste tanto del software de marca registrada como de la cultura de marca registrada supera con mucho las posibilidades de la mayoría de la gente. Con todo, es una preocupación que los apologistas del mercado pueden desestimar con facilidad (véase Epstein).

Pero consideremos la segunda queja contra la DRM, que, por regla general, olvidan los apologistas del mercado. Esta queja es más fundamental: la DRM reduce nuestras libertades personales e inhibe la transmisión cultural. Para apreciarlo, alejémonos un momento de lo digital. Pensemos, en cambio, en la cultura humana en su conjunto. La participación en la vida cultural implica una práctica que podríamos llamar “remezcla”.** Usted lee un libro. Cuenta a sus amigos el argumento. Ve una película que le inspira. Comparte el argumento con su familia, para divulgar esa inspiración.

La remezcla utiliza los frutos de la creatividad de otros. No hay

garantía alguna que otorgue la aceptación a la obra remezclada. No hay ningún requisito que exija tratar la obra con respeto o benevolencia. La libertad de remezclar es libertad para ridiculizar o respetar. La medida no es la justicia. Es la libertad.

Es casi imposible imaginar una cultura que progrese si las personas de esa cultura carecen de libertad para emprender este tipo de práctica. La remezcla es la forma de hacerse la cultura. Los actos de leer, criticar, alabar o condenar elementos de la cultura constituyen la forma de crear cosas. Esto es cierto con independencia de que la cultura sea comercial o no: no se puede limitar la remezcla de las cosas de dominio público. En nuestra tradición, hemos tenido libertad para remezclar, con independencia de que las obras remezcladas estuviesen sujetas a copyright o no.

No obstante, esta libertad se ha visto limitada históricamente por un importante hecho tecnológico. Desde los albores de la humanidad, hemos tenido libertad para remezclar, pero la tecnología de la remezcla ha sido la palabra. Utilizamos las palabras para rehacer nuestra cultura. Utilizamos las palabras para criticar o incorporar. Las formas ordinarias de hacerse la cultura son textuales. Nadie restringió la libertad para rehacer la cultura porque, en las sociedades libres al menos, nadie pretendió restringir lo que las personas corrientes hacían con las palabras corrientes.

¿Qué ocurre cuando cambian las formas corrientes de remezclar la cultura? ¿Qué ocurre cuando cambian las herramientas ordinarias de remezcla? ¿Cambian también las libertades para remezclar? En el siglo XXI, ¿seremos más o menos libres para remezclar la cultura que en los siglos anteriores?

Consideremos qué piensan los chicos de Porto Alegre acerca de la remezcla. Ellos remezclan la cultura con palabras, por supuesto. Pero quieren construir la capacidad de remezclar más que palabras. Esperan utilizar los ordenadores para remezclar la cultura. Para la mayoría de nosotros, los ordenadores son una forma de escribir con rapidez. Sin embargo, para la mayoría de ellos, los ordenadores serán una forma de hablar, utilizando sonidos e imágenes, sincronizados o remezclados, para hacer arte o rehacer la política.

Resulta extremadamente difícil describir los nuevos tipos de remezclas que permiten las tecnologías digitales. Ésa puede ser su clave. Podríamos ver algunos ejemplos en atmo.se, pero si su imaginación se atasca, tendrá que extrapolar de los ejemplos que haya visto hasta ahora. Piense en los mejores ejemplos de medios digitales que haya experimentado (quizá la remezcla JibJab de “This Land Is Your Land”) y recuerde después que no es probable que sea un producto de Sony o de Disney. Las tecnologías digitales han inspi-

rado un extraordinario campo de creatividad, en parte porque redujeron los obstáculos del mercado de medios para entrar, lo que, a su vez, invita a una participación mucho más amplia.

Estamos empezando a ver ahora las consecuencias de esta democratización de los medios artísticos. Hace un par de años, por ejemplo, un joven cineasta llamado Jonathan Caouette comenzó jugando con el iMac de un amigo suyo. El iMac tenía el programa iMovie de Apple. Caouette estaba entusiasmado con él, y, aunque nunca había estudiado cine, sí había grabado una extraordinaria cantidad de vídeo. Empezó a digitalizar obsesivamente este vídeo. Después, utilizando iMovie, lo remezcló. El resultado fue un filme que fue un gran éxito en Sundance y Cannes en 2004. La realización de esta película le costó a Caouette 218 dólares.

La cuestión no es que alguien pueda conseguir el éxito en Cannes. Basta con reconocer que muchas más personas (en realidad, millones más) podrían hacer buenas películas. Las nuevas tecnologías digitales podrían permitir una explosión de trabajos creativos.

Ahora bien, no hay problema, por supuesto, con este tipo de creatividad si la cultura remezclada subyacente es “libre”. Jonathan Caouette no tuvo muchos problemas para hacer esta película porque remezcló sus propias grabaciones, pero, ¿qué ocurriría si usted quisiera utilizar estas tecnologías para remezclar contenidos protegidos por copyright con sus propios contenidos?

La respuesta escueta es: no puede hacerlo. Con las reglas vigentes hoy día, la remezcla de contenidos digitales protegidos por copyright es una infracción de los derechos del titular del copyright.

A su vez, esto concreta la segunda queja, menos conocida, contra la DRM: si la tecnología permite la interpretación más extrema de la ley vigente de copyright, la remezcla no sólo será difícil, sino efectivamente imposible, sin liquidar primero los derechos. Si el contenido está codificado de manera que requiere el permiso antes de poder reutilizarlo o remezclarlo, ese permiso envenenará la práctica de la remezcla. Un tipo de creatividad, habitual desde los comienzos de la cultura, se perderá para la cultura digital y, como la cultura digital ocupa una proporción cada vez mayor de nuestras actividades, se perderá para la cultura en su conjunto.

Éste es, por último, el vínculo entre los movimientos del software libre y la cultura libre. En ambos, había una práctica que era esencialmente libre. En ambos, un cambio en el medio de la práctica erradicó esa libertad. Con el software libre, el cambio fue el surgimiento del código de marca registrada. Con la cultura libre, el cambio fue la expansión radical del alcance de la regulación del copyright. La tecnología hizo posibles ambos cambios. Tanto el movimiento del software libre como el de la cultura libre utilizan, a su vez, la tecnología y la ley (mediante las licencias de copyright) para restaurar las libertades que eliminaron el código y la cultura de marca registrada. Cada uno de ellos procede mediante los esfuerzos voluntarios de los creadores para preservar un ámbito más amplio de libertades para sus sucesores. Cada uno de ellos busca un mundo sin los controles que producen los extremismos de la reafirmación de los propietarios.

Mercados verdaderamente libres

Cuando la mayoría de la gente tropieza con estos movimientos libres, su reacción inicial es que ambos son inverosímilmente utópicos. Interpreta “libre” como un rechazo de los principios básicos de la economía.

Pero la economía del software libre sigue siendo una economía. Produce riqueza; inspira el crecimiento; extiende considerable-

mente los servicios en una sociedad. Funciona de forma diferente de la economía del software de marca registrada -se intercambian distintas carestías-, pero sigue siendo una economía, y se han invertido literalmente millardos de dólares para hacer que prospere.

Lo mismo cabe decir de la cultura libre. Muchos interpretan “cultura libre” como que no se paga a los artistas. Pero, también aquí, la diferencia no estriba en que un enfoque, (cultura de marca registrada), construya una economía mientras que el otro (cultura libre) no. En nuestra forma de utilizar la expresión, “cultura libre” describe la economía que gobernó las industrias creativas durante los 186 primeros años de la república norteamericana, por lo menos. Más importante aún es el hecho de que la cultura de marca registrada nunca ha regido una economía creativa, en ningún sitio. Ninguna sociedad ha impuesto nunca el nivel de control que la cultura de marca registrada de las tecnologías digitales y la DRM permitirían.

Los chicos de Porto Alegre estaban oponiéndose a los cambios económicos lejos del antiguo equilibrio que ha definido la tradición occidental. La economía que construirían no niega la importancia del copyright (de hecho, las licencias necesarias para construir el software libre y la cultura libre dependen del copyright), pero revisa el copyright para que se ajuste de modo más eficaz a la era digital. Estructuran la ley a la luz de la tecnología, para producir la mayor oportunidad para la creatividad y el crecimiento que la tecnología puede ofrecer.

Éstas son mejoras de eficiencia. Pretenden un aumento de la riqueza. Sin embargo, hay una política que apoya ambos movimientos que tiene poco que ver con la eficiencia y la riqueza. Es una política de beneficios, menos relacionada con las ideas que con la creciente frustración global con los Estados Unidos.

No es difícil ver las causas: según los Estados Unidos, Brasil, por ejemplo, es una nación pirata. La International Intellectual Property Alliance (que, a pesar de su nombre, representa los intereses del copyright de los Estados Unidos), estima que esta piratería cuesta a las industrias del copyright de los Estados Unidos cerca de 1 millardo de dólares al año. En consecuencia, los Estados Unidos han empezado a presionar a Brasil. Esas presiones han producido una reacción nada sorprendente contra aquello que hace posible que Brasil sea una nación pirata: el software de marca registrada y la cultura de marca registrada.

Porque hay otra forma de calcular el coste de las marcas registradas. Según el gobierno brasileño, por ejemplo, Brasil envía al norte cerca de 1 millardo de dólares en concepto de pago de licencias de software. De manera que, tal como lo ven los brasileños, medio en broma medio en serio, las marcas no son una buena cosa: cuestan a los Estados Unidos 1 millardo de dólares y a Brasil, otro millardo también.

La solución obvia es deshacerse de las cosas de marca. El gobierno brasileño está impulsando en sus órganos y en la nación la sustitución del software de marca por software libre. Un miembro del gobierno dijo durante una conferencia en el Foro Social Mundial: “Estamos en contra de la piratería del software. Creemos que deben respetarse los derechos de Microsoft. Y la forma más sencilla de respetar sus derechos es que, en todas partes, los brasileños cambien al software libre”.

El gobierno brasileño está empezando a asimilar también los principios del movimiento de la cultura libre. El ministro de cultura de Brasil, Gilberto Gil, está impulsando la reforma práctica del sistema de copyright. Su ministerio ha lanzado un proyecto denomi-

nado “Pontos de Cultura” que establecerá estudios de software libre, creados con software libre, en mil pueblos y aldeas de todo Brasil, que permitan crear cultura a las personas mediante instrumentos que respalden la transmisión cultural libre. Si las cosas marchan de acuerdo con los planes, el resultado será un archivo de música brasileña, que se almacenará en formato digital y estará regido por una licencia inspirada en la GPL del software libre. El proyecto “Canto Livre” “liberará música” hecha en Brasil, para que los brasileños (y el mundo) la remezclicen y recreen. Y, como proyecto de software libre, consigue esa libertad a costa del copyright.

Gil enfatiza que él no está en contra del copyright. Es uno de los artistas musicales de mayor éxito de Brasil, lo que significa que el copyright le ha beneficiado mucho. Pero también es uno de los pocos artistas brasileños que lo hace fuera de Brasil, y está convencido de que un tipo diferente de economía puede extender mucho más la creatividad brasileña.

Como los Estados Unidos les llaman piratas, ellos reforman a su manera, no comprando nuestros productos con mayor fidelidad, sino buscando la manera de seguir siendo creativos sin atentar contra nuestros derechos. Esto es software libre “portado”, como dicen los ingenieros informáticos, a la cultura libre e inspira todas las virtudes típicas de estos movimientos. El líder del laboratorio del software libre dice: “Esperamos que todo el mundo comience a producir sus propios contenidos mediáticos y después no quieran volver a tener que ver TV”. Sin duda, es una gran ambición, pero antes de despreciarlo como mero idealismo juvenil, pensemos esto: si usted se hubiera encontrado con Richard Stallman en 1984, ¿le habría creído? Y recuerde, él no tenía el apoyo del gobierno de la quinta nación mayor del mundo.

Imagine a toda la gente

Dos noches antes de mi visita al laboratorio del software libre, asistí a un encuentro de software libre en el mismo campamento. En efecto, un encuentro. Llegué con el ministro Gil y John Perry Barlow. El lugar estaba abarrotado. Había cientos de personas dentro de la pequeña tienda; había muchos cientos más apiñados fuera. Estábamos sentados cerca de la cabecera; éramos los tres únicos que teníamos sillas. La velada comenzó con unas conferencias; después siguió con música.

No pueden imaginarse esta escena o, al menos, no pueden imaginarse esta escena como un encuentro por el software libre. He visto encuentros por el software libre en los Estados Unidos. Están poblados por geeks con colas de caballo. Esto era algo muy diferente. La tienda estaba dividida equitativamente entre hombres y mujeres. Los geeks eran una minoría. En su mayoría, las personas que asistían al encuentro eran increíblemente hermosas y se expresaban asombrosamente bien. Eran jóvenes e intensamente apasionadas. Y cantaban eslóganes a favor del software libre. Era Woodstock sin el barro y la miseria, y con un pingüino en medio de la sala.

Por un momento, me aterrorizó pensar que pudieran estallar disturbios. No había sitio para moverse. Estábamos físicamente comprimidos por todas partes. Traté de imaginarme a Donald Rumsfeld en la misma situación. Uno o dos policías estaban detrás. Pero la muchedumbre era pacífica, y estaba exultante.

Sin embargo, cuando Gil empezó a hablar, apareció un grupo de

individuos enmascarados que salieron de alguna parte y se pusieron justo enfrente blandiendo carteles. Atacaban al gobierno. Atacaban a Gil. Eran partidarios de la radio pirata. Querían un tercer estrato de libertad: espectro libre de radio, además de software libre y de cultura libre, y el gobierno se había opuesto. Gritaban que eso era hipocresía. Estaba seguro de que la cosa se ponía fea, hasta que Gil hizo algo inimaginable en la cultura política de los Estados Unidos. Se detuvo y se dirigió a ellos. Discutió con ellos. Escuchó sus argumentos. Un diputado se unió a Gil en el razonamiento. Ellos se pararon a escuchar lo que decían quienes protestaban. Después, respondieron y Gil, poco a poco, fue reduciendo la oposición. En medio de todo esto, un chico que llevaba una camiseta blanca, se plantó delante de nosotros. A la espalda, llevaba el lema: “Esto es la democracia”. Al final, la gente se puso de parte de Gil. Querían más música. Los que protestaban cedieron. Le pidieron a Gil que cantase algunas canciones.



Gilberto Gil y John Perry Barlow

Al final de su actuación, la gente estaba eufórica. Imaginen una mezcla de JFK y John Lennon y se harán una idea de la fuerza y el carisma de este hombre. Cuando salimos, la gente salió con nosotros, asediando a Gil. Unas adolescentes querían que les firmara en la espalda. Hombres y mujeres le daban todo lo que tenían para que firmara. Lo agarraban una y otra vez. Si las personas no estaban de acuerdo con él, se paraba y hablaba con ellas. Discutía, pero siempre con respeto.

Por fin, nos metieron en un cochecito para el golf y después en un coche del gobierno, con lo que pudo escapar. Pero aún aquí, cuando alguien tocaba en la ventanilla de Gil, él la bajaba y seguía dialogando. Las últimas palabras las dijo gritando, cuando el conductor, (un hombre con menos paciencia que Gil), aceleró. Una vez cerrada la ventanilla y tras un momento de silencio, traté de explicarle a Gil lo extraordinaria que había sido esa escena a ojos norteamericanos. Le dije que nunca me podría imaginar algo equivalente en los Estados Unidos, con ninguna persona de las que están en el poder.

“Ya lo sé”, dijo, sonriendo. América, explicó, tiene gente “importante”. “Aquí no somos más que ciudadanos”. Estos “ciudadanos” están construyendo algo. No queremos advertirlo hasta que sea lo bastante grande para verlo desde Norteamérica, pero si se hace así de grande, no habrá quien lo pare. Igual que el software libre ha construido una economía del software libre, los brasileños y otros en todo el mundo habrán construido una economía de la cultura libre, compitiendo con la cultura de marca registrada, que ahora se ve dominante, quizá desplazándola y, sin duda, cambiándola. ■

Lawrence Lessig es profesor de derecho en la Stanford Law School. Es autor de *The Future of Ideas* y *Code and Other Laws of Cyberspace*. Su libro más reciente, *Free Culture*, se publicó en edición de bolsillo esta primavera y se puede bajar gratuitamente de www.free-culture.org.

* En los países de habla hispana normalmente se habla de “sistemas propietarios”; debido, sin duda, a una errónea traducción del término inglés *proprietary*, cuyo significado en castellano es “registrado”, “de marca”, “patentado”, pero en ningún caso “propietario”, cuyo término correspondiente en inglés es *proprietor*. Dado el contenido del artículo hemos preferido mantener la traducción literal (N. del T.).

** Es muy corriente el uso de *remix* en castellano, en especial referido a arreglos musicales. También se utiliza “remezcla”. Por eso, optamos por este término, sobre todo teniendo en cuenta que en el artículo se utiliza en un sentido más general que el musical. (N. del T.).





¡Las Ideas son de sus creadores!

En contra de lo que dice Lawrence Lessig, una auténtica sociedad libre tiene en cuenta los sistemas de marca registrada.

Por Richard A. Epstein Ilustración de John Ritter

Me corresponde redactar una respuesta a la meditación de Larry Lessig sobre el movimiento del software libre y su relación con la ley general del *copyright* (véase “*las ideas son de la gente!*”). Sin embargo, como indica el tono de mi primera frase, tenemos unos enfoques muy diferentes de nuestro tema común. Lessig es un maestro entrelazando

escenas costumbristas con argumentos estructurales. Las escenas tratan de presentar una dimensión personal íntima del mundo arcano de la propiedad intelectual. Sus lectores reciben una información de carácter humano acerca del inmenso impacto que las normas jurídicas producen en las personas corrientes, cuyas voces, según él, sólo sobresalen del ruido si hablan unidas.

No estoy de acuerdo. La imaginería selectiva de los entusiastas estudiantes de Porto Alegre (Brasil), que “remezclan la cultura” utilizando software libre no aborda los problemas políticos fundamentales relacionados con la propiedad intelectual. La ingeniosa yuxtaposición de usuarios auténticos del software libre y personajes anónimos que siguen utilizando las alternativas de marca registrada no ilumina en absoluto los complejos equilibrios necesarios para regular el software y el *copyright*. Con la misma facilidad, podríamos pintar un cuadro de enérgicos jóvenes de ciudad que dominan Microsoft Office bajo la benévola mirada de la Fundación Bill y Melinda Gates. En nada contribuye a resolver estas cuestiones.

Propiedad privada y propiedad común

Mi defensa del software de marca registrada se basa en un enfoque general de los derechos de propiedad. Quizá parezca raro que considere el derecho de propiedad de la tierra como el punto de partida para reflexionar sobre la ley del *copyright* de la era digital, pero, en derecho, la continuidad es más importante que la novedad. Aunque siempre tengamos que tener en cuenta las diferencias entre las distintas formas de propiedad, es probable que cometamos menos errores si procedemos con cuidado a partir de las ideas establecidas.

Todos los sistemas legales de la historia han combinado dos regímenes de propiedad independientes: el privado y el común. Ambos son importantes en relación con el software y el *copyright*. La propiedad privada confiere al propietario derechos exclusivos de posesión, uso y disposición (venta, arrendamiento, hipoteca, donación) de algún bien tangible determinado. Prácticamente todas las civilizaciones comienzan con un sistema descentralizado en el que la persona que toma para sí una cosa que no pertenece a nadie tiene derecho a conservarla frente al resto del mundo. La adscripción de un terreno u objeto a un propietario

único y determinado facilita su uso eficaz. El agricultor que siembra hoy sabe que mañana podrá cosechar, sin temer las incursiones de otros. La capacidad de vender, arrendar o hipotecar la

propiedad permite todo, desde una simple transferencia de tierra de la persona A a la persona B hasta la formación de complejas operaciones cooperativas entre muchas partes. La GNU General Public License (GPL) que tanto admira Lessig, constituye un magnífico ejemplo del funcionamiento de este último proceso iterativo.

Cualquier sistema de propiedad privada requiere que el estado haga cumplir la ley, primero, para proteger la propiedad privada de la ocupación a la fuerza, la apropiación indebida y la invasión, y, segundo, para obligar al cumplimiento de los acuerdos voluntarios. Ahora bien, cualquier teoría de los derechos de propiedad que otorgue un papel clave al estado debe rechazar también

de una forma decidida el uso del poder centralizado del estado para determinar quién será el propietario de cada objeto o por qué. Por ejemplo, los gobiernos no deben escoger tecnologías.

Sin embargo, en todos los sistemas legales, el sistema de la propiedad privada se basa en una infraestructura de propiedad común. El aire que respiramos, las carreteras por las que viajamos y el idioma que hablamos no pueden reducirse con facilidad a una posesión privada. Forman parte de los bienes comunes, porque su segregación impide la respiración, el transporte y la comunicación. En el extremo, reconocemos excepciones útiles. Aunque todos podamos utilizar la palabra “monopolio” para describir un mercado con un único vendedor, sólo Hasbro puede comercializar “monopoly” un juego de mesa con hoteles y una jovial mascota con sombrero bajo su marca comercial. La creación privada de una marca comercial saca esa denominación del ámbito lingüístico común con una finalidad de identificación.

Propietarios y no propietarios

Estas sencillas observaciones pueden generalizarse. Los derechos de propiedad están organizados para minimizar los obstáculos que se oponen a la prosperidad y el bienestar humanos, maximizando el beneficio público que se deriva de las acciones interesadas de muchos individuos. La propiedad común opera cuando queremos, por ejemplo, viajar libremente por un río. La

El homenaje de Lessig al software libre se opone a los principios de una sociedad libre. Es completamente antiliberal que los gobiernos tomen partido en las controversias que impliquen diversos modelos de negocio.

propiedad privada opera cuando el desarrollo y el comercio de activos individualizables crean unos beneficios enormes. Pero la justificación de los derechos privados, en todo, desde el bizcocho hasta el software, tiene que ser social. La propiedad privada facilita los adecuados incentivos para la innovación, de la que se benefician los no propietarios mediante un intercambio voluntario.

En general, la propiedad privada es una ganga enorme para la sociedad. Supongamos que el valor neto de Bill Gates sea de 45 millardos de dólares. Es mucho, aunque no gran cosa en comparación con el beneficio que reciben sus clientes por haber comprado productos Microsoft. Mi ejemplo de Microsoft Office puede haberme costado 500 dólares, pero es una minúscula fracción de mis beneficios por productividad. Los beneficios más importantes derivados de todas las formas de propiedad, tangible o intelectual, enriquecen al no propietario que compra los productos del propietario. El precio que uno paga por una cosa es casi siempre menor que la cantidad que uno pagaría si fuese necesario. La diferencia, conocida como utilidades del consumidor, es pura ganancia para el comprador y existe porque la propiedad privada da al vendedor el incentivo para crear o mantener la cosa en cuestión. En otras palabras, garantizar una patente temporal o monopolio de copyright para obtener el beneficio de un producto nuevo ahora, en vez de tener que esperar para conseguir un producto gratuito más tarde, suele ser bueno tanto para el productor como para el consumidor. Este sistema de derechos de propiedad no es antitético con respecto al software libre o a la “cultura libre”. En realidad, es su auténtico fundamento. Comencemos con el software.

Software gratuito frente a software de pago

La defensa que hace Lessig del software libre parece más una disquisición sobre el bien y el mal que una evaluación mesurada de sus beneficios en comparación con las alternativas de marca registrada. Sin embargo, las “cuatro libertades” contenidas en la GPL de GNU, que rigen el modo de distribución de gran parte del software libre y del código abierto, no estaban inscritas en unas tablas bajadas del monte Sinaí. Fueron creadas en la década de 1980 por Richard Stallman, un informático del MIT que tenía un determinado plan social. Lessig describe estas cuatro libertades y sus funciones de manera bastante convincente en su artículo. Lo esencial: el software libre supone el acceso libre y abierto al código fuente de un programa.

Parece bastante inocente. Sin embargo, como todo contrato o licencia, tiene trampa. Ningún sistema legal crea unos derechos ilimitados y toda libertad tiene sus deberes correlativos. En el caso de la GPL, la pega está en que quien incorpore a su trabajo software de código abierto debe presentar cualquier trabajo deri-

vado de acuerdo con la misma licencia. La cláusula concreta es: “Usted queda obligado a otorgar una licencia sobre la totalidad de cualquier trabajo que distribuya o publique que, en todo o en parte, contenga o se derive del programa o cualquier parte del mismo, sin cargo a terceros, de acuerdo con las estipulaciones de esta licencia”. La palabra “obligado” lo dice todo. El contenido protegido por una licencia pública general es precisamente eso: licenciado. El software distribuido de acuerdo con la GPL no debe confundirse con ideas, escritos e inventos donados felizmente al dominio público, a disposición de todos, para que lo usen cuando les convenga, sin restricciones.

En pocas palabras, la GPL es capitalismo típico. Stallman creó su propio software desde cero y la legislación ordinaria de la propiedad y contractual le permitieron licenciar ese software en los términos escogidos por él, sin hacer preguntas. Quienes no quieran seguir las reglas del software libre tienen plena libertad para hacer negocios con Microsoft. Del mismo modo, Microsoft tiene plena libertad para decir: “Olvídese de todo eso del acceso libre: usted puede utilizar nuestro software con licencia, pero no puede ver todo nuestro código fuente. Si no le gustan nuestras condiciones, puede cambiar a algún producto de código abierto”. El tomarlo o dejarlo opera en ambos sentidos.

Entonces, ¿por qué preferir software vinculado a la particular combinación de libertades y restricciones de Stallman al software de marca registrada o de dominio público? Los defensores del software libre sostienen a menudo que su GPL fomenta la producción y la creatividad, mientras que el software de marca registrada fomenta el secretismo. Pero es una falsa oposición. La legislación de secretos comerciales también puede fomentar la creatividad; reconoce la premisa de que algunas personas sólo invertirán en un invento nuevo si pueden conservar el derecho exclusivo a controlar su uso. Pueden mantener oculto el código y vender los productos hechos con él, o pueden autorizar el uso del código sometiendo a un acuerdo de confidencialidad. La protección de los secretos comerciales garantiza la remuneración de los creadores originales. En cambio, los proyectos de código abierto remuneran a quienes, más tarde, aportan algo al código.

¿Qué plan es mejor? Quizá la elección no sea tan radical. IBM gana millones con su software de bases de datos y de servidores y, sin embargo, anima activamente a sus clientes a utilizar el sistema operativo Linux, de código abierto. Sun Microsystems está otorgando licencias nuevas de su sistema operativo Solaris con arreglo a las condiciones de código abierto, con el fin de que sus propios desarrolladores de software se introduzcan en la floreciente comunidad del código abierto. Incluso Microsoft comparte, con limitaciones, su código con desarrolladores externos de programas Windows. Si el movimiento del copyleft (como a veces prefiere denominarse) requiere que todos los trabajos deri-

En todos los sistemas legales, el sistema de la propiedad privada se basa en una infraestructura de la propiedad común. El aire que respiramos y las carreteras por las que viajamos no pueden reducirse con facilidad a una posesión privada.

vados se rijan por la GPL, la exigencia es justa; los desarrolladores conocen los términos del acuerdo. No obstante, las firmas con marcas registradas pueden beneficiarse de redes similares de acuerdos de licencia, aunque esos acuerdos adopten una forma diferente. El cometido del estado consiste en obligar al cumplimiento de ambos tipos de acuerdos en sus propios términos (con la advertencia de que los contratos privados son inválidos si crean monopolios que restrinjan el comercio).

Podemos ver ahora por qué el homenaje de Lessig al software libre se opone a los principios de una sociedad libre en la que las personas puedan escoger los acuerdos de negocios que prefieran. No debemos elogiar al gobierno brasileño por estar “impulsando en sus órganos y en la nación la sustitución del software de marca registrada por software libre”. Sería igualmente erróneo instar al gobierno brasileño a promover el software de marca registrada. En las sociedades con mercados libres, es completamente antiliberal que los gobiernos tomen partido a favor de cualquiera de las partes en las controversias que impliquen diversos modelos de negocio. El papel del gobierno, como árbitro neutral, queda comprometido siempre que haga propaganda para persuadir a la gente para que prefiera un tipo de contrato a otro. Al poner su dedo en la balanza, hace imposible una verdadera competencia. Los árbitros no pueden favorecer a ninguna de las partes.

Creo que el mismo principio se aplica a las decisiones de adquisición del propio estado. Los gobiernos tienen obligaciones fiduciarias con sus ciudadanos similares a las que los consejos de administración tienen para con sus accionistas. Su cometido no consiste en satisfacer sus propias predilecciones ideológicas; deben adquirir el software que ofrezca la mejor combinación de precio y calidad. La gran amenaza a la cultura libre no es el software de marca registrada, sino la insistencia dogmática en que una forma de organización industrial es a priori mejor que sus rivales.

Razonamiento social

Ese mismo exceso de confianza con respecto a las licencias de software inunda el tratamiento del copyright que hace Lessig. Con independencia de las convicciones políticas, es crítico recordar los fuertes imperativos económicos que llevan a las sociedades modernas a legislar acerca de alguna forma de protección del copyright. Del mismo modo que protegemos los derechos privados sobre la tierra en beneficio de la comunidad, no sólo del propietario del terreno, también hay una razón social para proteger los escritos y demás creaciones intelectuales.

Como diría John Locke, una sociedad justa reconoce los derechos naturales de sus ciudadanos, incluyendo el derecho a la protección de su trabajo productivo. Pero el copyright tiene una justificación adicional: fomenta unas enormes aportaciones positivas a la cultura, en forma de novelas, películas, manuales, música y otras obras. A algunos creadores sólo les motiva el de-

seo de crear y se contentan con distribuir sus obras en los sencillos términos de una licencia del estilo de la Creative Commons, que sólo exige la atribución al autor. Sin embargo, a la mayoría de los autores le importa la compensación, e incrementamos su producción limitando los derechos de otros a copiar su obra. Por supuesto, los autores que reclaman hoy día la protección del derecho de autor tienen que basarse necesariamente en los esfuerzos de autores más antiguos. Sin embargo, la rapsódica alabanza de Lessig a la cultura libre obvia los necesarios equilibrios entre productores y usuarios que debe tener en cuenta cualquier sistema maduro de copyright.

Leyes equilibradoras

En último término, todo es cuestión de buscar el equilibrio. He aquí algunos:

Duración del derecho de autor. Normalmente, la propiedad de la tierra es indefinida. Sin embargo, la Constitución de los Estados Unidos sólo faculta al Congreso para otorgar derechos de autor durante unos períodos limitados. ¿Por qué esa diferencia? Porque no hay un modo sensato de devolver a la comunidad el terreno de propiedad privada. Obligar al propietario actual a dejarlo al cabo de 50 años provocaría una lucha abierta de todos contra todos, porque sólo un propietario puede poseer una parcela de tierra. Sin embargo, los escritos (incluyendo el software) son diferentes, porque muchas personas pueden usarlos sin privar a otras de su uso. La única cuestión es cuánto tiempo hay que esperar antes de devolverlos al dominio público. Lessig y yo estamos

de acuerdo en que las normas actuales son demasiado generosas. En el siglo XIX y durante la mayor parte del XX, los derechos de autor expiraban inicialmente en los Estados Unidos al cabo de 28 años, un período de tiempo razonable. Sin embargo, la Copyright Act de 1976 alargó ese período hasta los 75 años y la Sonny Bono Copyright Term Extension Act (CTEA) de 1998 otorgó a los productores otro beneficio imprevisto, añadiendo 20 años más, incluso para las obras cuyos derechos de 75 años estuviesen a punto de expirar. Disney y los sucesores de Gershwain no hicieron nada para merecer esas ampliaciones de sus derechos a punto de expirar (recordemos que un derechohabiente cuyo copyright expirare al cabo de un año ganaría mucho más con una ampliación de 20 años que un autor nuevo cuyos 20 años extras comiencen en 2080).

Alcance de la protección: obras derivadas y administración de los derechos digitales (DRM). La oposición a la CTEA no debe transformarse, sin embargo, en renuencia a ampliar la protección del copyright a las obras derivadas, como la traducción al francés de mi última novela. El flujo extra de ingresos es un incentivo añadido para el autor original, mientras que los rivales tienen que competir produciendo obras nuevas, en vez de derivadas.

Como diría John Locke, una sociedad justa reconoce los derechos naturales de sus ciudadanos, incluyendo el derecho a la protección de su trabajo productivo

También debemos aplaudir las mayores posibilidades de comercialización de obras nuevas que facilita la administración de los derechos digitales (DRM). Obligar al público a pagar por el visionado de películas o la audición de música es una respuesta sensata a las tecnologías que permiten copiar indefinidamente obras protegidas con un coste próximo a cero. En el caso de los libros a la antigua usanza, el valor de la obra para un segundo lector está incluido en el precio de venta al público, pero no hay forma de poner un precio inicial de venta que abarque de una a un millón de ejecuciones de una canción. El cobro por uso permite practicar una discriminación de precio entre los usuarios constantes y los ocasionales, que atraiga al mercado a los usuarios de baja intensidad que no están dispuestos a pagar el precio de discos o cintas magnetofónicas. La DRM no es más amenazadora para la cultura libre que el cobro de las llamadas telefónicas según su duración.

Tampoco la DRM impide la “remezcla” de elementos y piezas de experiencia compartida en obras creativas nuevas. Yo puedo inspirarme en Hemingway o Bellow para escribir mi propia obra maestra, en la medida en que no se trate de una obra derivada. De hecho, con frecuencia, la legislación de derechos de autor no otorga suficiente protección a los creadores originales. Las antiguas normas funcionan bien; el único problema es que a un artista o autor que quiera ensamblar fragmentos de obras anteriores en algo nuevo puede resultarle prohibitivamente caro adquirir los derechos correspondientes a estos fragmentos. Hace falta un ajuste fino con respecto a los casos extremos.

Uso justo. La sección 107 del título 17 del código civil de los Estados Unidos contiene una pomposa descripción de los factores que determinan si un uso concreto de una obra con copyright está protegido como “uso justo”: el uso limitado de la obra de otra persona en la obra propia. El uso justo permite que un crítico cite a un autor al que pretende atacar: su artículo sería sospechoso si no mostrara los fundamentos de su juicio. No serviría pedir permiso al autor porque éste negaría el acceso a sus enemigos y lo permitiría a sus amigos. Por lo tanto, debilitar el derecho de propiedad tiene sentido como forma de reforzar el mercado. Pueden esgrimirse argumentos similares para permitir el uso de material amparado por el copyright en otros casos, como la transmisión de noticias, la enseñanza y la investigación, como reconoce adecuadamente la sección 107.

Los problemas más difíciles son los del estilo del gran pleito de Sony contra Universal Studios, de 1984, en el que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos declaró que el uso justo permitía que la gente utilizara la videgrabadora Sony Betamax para grabar programas de televisión. El Tribunal Supremo dictaminó que Sony no infringía la legislación de derechos de autor porque su equipo “tenía importantes usos no delictivos”; en realidad, los magistrados razonaron que la videgrabadora ampliaba el número de telespectadores. Sin embargo, la opción escogida

implicaba importantes equilibrios. El reconocimiento de la responsabilidad de Sony, hubiese retrasado el uso de una valiosa tecnología nueva, pero la decisión corría el riesgo de debilitar la capacidad de la industria televisiva y de la cinematográfica de proteger los derechos de autor. Cuando las videgrabadoras abrieron una nueva vía de ingresos para los derechohabientes del copyright, quedó demostrado el acierto del fallo del Tribunal Supremo.

Estos mismos equilibrios están en cuestión en la célebre causa de este año: el pleito ante el Tribunal Supremo de MGM contra los operadores de Grokster, un programa de intercambio de archivos entre usuarios que algunos utilizan para bajar copias piratas de canciones o películas. El informe pericial que presentó Lessig en apoyo de Grokster muestra los mismos hábitos de pensamiento que predominan en su artículo. El Fred Rogers de Mr. Rogers' Neighborhood de la última época, que testificó en el pleito entre Sony y Universal, quería que sus obras fuesen gratuitas para usos no comerciales: Lessig aplaude este virtuoso

impulso y teme que los juicios contra Grokster frustren los deseos de personas como Rogers. Por eso, quiere que se exima de responsabilidad a Grokster, aunque hubiere que castigar a algunos usuarios individuales. Bastante justo, pero, una vez más, defiende su postura por medio de anécdotas, en vez de hacerlo mediante un razonamiento jurídico sólido.

Mi objeción fundamental al artículo de Lessig es que argumenta apelando a ejemplos atractivos de espíritus libres y no desde principios jurídicos, como debiera un buen jurista. Mi hijo Benjamin es un joven y dotado cineasta de Nueva York cuyo sustento depende de la protección del copyright. Sin embargo, yo nunca argüiría que debemos

tener una protección fuerte de los derechos de autor en beneficio de la carrera profesional de Benjamin. Sin embargo, los argumentos anecdóticos de Lessig hacen el juego equivalente a favor de su propia causa. A pesar de su fervor, no ha explicado por qué es erróneo el punto de vista estándar, que ofrece una protección sensata, aunque limitada, de los derechos de propiedad intelectual. Tenemos que descubrir todavía por qué la cultura libre depende del software libre. Para mí, al menos, lo opuesto se acerca más a la verdad: una sociedad libre depende también de una fuerte protección del software de marca registrada. ■

Richard A. Epstein es el Distinguished Service Professor de la cátedra James Parker Hall de Derecho de la Universidad de Chicago. Fue director del Journal of Legal Studies desde 1981 hasta 1991 y del Journal of Law and Economics desde 1991 hasta 2001. Entre sus libros, está: Skepticism and Freedom: A Modern Case for Classical Liberalism. Epstein impartió un seminario sobre los orígenes intelectuales de la propiedad privada al que asistió el mismo Lawrence Lessig.



Epstein es listo, pero sigue estando equivocado

Hace años, me juré que respondería al profesor Epstein por escrito, no porque no tenga gran cantidad de ideas y muy a menudo la razón (tiene ambas cosas y mucho más), sino porque es muy difícil conseguir que escuche, (en

una ocasión, publicó un artículo atacando un argumento que había hecho, pero malinterpretó insistentemente mi postura; con independencia de lo que yo hiciera, no pude conseguir que viera que en realidad, estábamos de acuerdo). Sin embargo, su respuesta a mi artículo prueba que mi decisión era equivocada. Es un argumento brillante y convincente a favor de una postura muy sensata acerca del copyright, el software e incluso la cultura. Salvo por algunas objeciones marginales, hay pocas cosas con las que esté en franco desacuerdo.

Epstein sostiene que “todos los sistemas legales de la historia han combinado dos regímenes de propiedad independientes: el privado y el común”; que “la justificación de los derechos privados... tiene que ser social; que necesitamos una “razón social para proteger los escritos y demás creaciones intelectuales”.

Todo ello es cierto, y no he escrito nunca nada que diga lo contrario. Necesitamos un equilibrio (o “combinación”, como lo plantea Epstein) entre lo privado y lo común. Necesitamos justificaciones sociales antes de regular nada, en especial la palabra (como intrínsecamente hace el copyright). Por tanto, el razonamiento que he hecho en muchos contextos (tanto “desde principios jurídicos, como debiera hacer un buen jurista”, como desde historias reales sobre personas auténticas, como hacen a veces los buenos escritores) es precisamente lo que necesitamos para ser escépticos con respecto a la explosión reglamentaria que se agrupa bajo la denominación de “copyright”. Enfatizo: escéptico, no condenatorio. Cuando la regulación sirve para un fin progresista, debemos asumirla. Cuando es poco más que corrupción introducida por determinados intereses creados, debemos condenarla.

Por tanto, Epstein tiene razón cuando dice que no explico “por qué es erróneo el punto de vista estándar, que ofrece una protección sensata, aunque limitada, de los derechos de propiedad intelectual”. Esto se debe a que no creo que el punto de vista estándar sea erróneo. Tampoco condeno la “cultura de marca registrada”. La cultura de marca registrada ha estado con nosotros desde el principio y durante la mayor parte de nuestra historia ha servido bien para fomentar la creatividad y la cultura.

Lo que yo condeno es el extremismo, el paso del punto de vista estándar a una visión extrema de la “cultura de marca registrada”

que podría introducirse con facilidad en la economía digital.

Dudo que Epstein apoye el extremismo, por lo que sería fenomenal saber cómo justifica sus puntos de vista panglossianos. Yo describí, por ejemplo, un diseño muy particular de la tecnología de administración de los derechos digitales (DRM), que prohíbe cierto tipo de “remezcla” cultural. Aparentemente, Epstein no tiene problema con la DRM. Como él dice, “la DRM no es más amenazadora para la cultura libre que el cobro de las llamadas telefónicas según su duración”. Sin embargo, por supuesto, el demonio no está en la teoría, sino en los detalles. Si la DRM funcionara meramente como un mecanismo de medida, yo estaría de acuerdo, pero Epstein presume que la DRM se utilizará principalmente para la discriminación del precio. La cuestión que yo planteo es si la DRM no se utilizará para algo más insidioso.

El plan de DRM que yo discutía impediría “la ‘remezcla’ de elementos y piezas de experiencia compartida en obras creativas nuevas”, como dice Epstein. Sospecho de este plan concreto, aunque sólo sea porque no veo ninguna razón por la que la ley deba restringir mi libertad de remitirme a la cultura por el mero hecho de estar utilizando la nueva tecnología digital. Después de todo, la ley me dejaba libertad cuando utilizaba unas tecnologías más antiguas.

Epstein se limita a decir que la DRM no tiene este efecto restrictivo. No dice por qué. En cambio, insiste: “Yo puedo inspirarme en Hemingway o Bellow para escribir mi propia obra maestra, en la medida en que no se trate de una obra derivada”. Pero inspirarse en Hemingway o Bellow no es “remezclar” elementos y piezas de experiencia compartida”. Ése era el tema de mi pregunta: ¿Qué posible razón hay para que la ley restrinja la remezcla de elementos de experiencia compartida? ¿Y qué razón hay para creer que las tecnologías de DRM no vayan a ser tan restrictivas?

Por último, una palabra sobre el compromiso de Brasil con el software libre: Estoy de acuerdo en que no debe haber preferencias por un determinado modelo de desarrollo de software, independiente del valor que tenga cualquier modelo concreto. Yo me opongo al lema “Compre estadounidense”. También me opondría al “Compre libre”. Pero si un gobierno determina que el valor de un modelo para la sociedad es mayor que el de otro, no hay principio de neutralidad que diga que no pueda apoyar el modelo más valioso. ■

La maraña de los contenidos en la 'sociedad red'

Al amparo del anonimato la red se puebla de nuevos peligros, distorsiones y delitos relacionados sobre todo con la industria de los derechos de propiedad intelectual y de todo tipo de negocios

José Fernández Beaumont

Bajarse la música o las películas de Internet sin pagar un euro, piratear una obra de creación intelectual, robar en la cuenta bancaria vía electrónica... Son sólo algunos de los peligros todavía no resueltos que plantea la actual sociedad digital y que ha pillado con el pié cambiado a todos aquellos que gozaban de "lo establecido". Nunca como ahora los ciudadanos habían podido tener un acceso al conocimiento tan libre y universal. Pero nadie había imaginado tampoco los problemas que, al amparo del anonimato, podrían derivarse del libre uso de la red tanto en el ámbito de los negocios como en el de las relaciones más genéricas de comunicación.

El asunto es de tal calibre que aparentemente se ha producido una profunda fractura y se han decantado dos posiciones: una la de los "buenos", los que sostienen que la red no ha cambiado la sustancia de las cosas, es decir, la sustancia de la propiedad de las cosas, y otra la, de los "malos", es decir, aquellos que defienden "la libertad total" basándose en las posibilidades de globalización de contenidos. Estos últimos son partidarios, más o menos, de la teoría de que en la sociedad digital no tiene por qué existir la propiedad (porque así lo determina la todopoderosa tecnología) y se relacionan también en alguna medida con los defensores del software libre.

Una postura intermedia y pero todavía poco desarrollada, es la de aquellos que reclaman una tercera vía: "la red aporta

La red aporta una mayor libertad, pero no todo es válido, permanecen los derechos antiguos

una mayor libertad, pero no todo es válido en la red; permanecen derechos antiguos, pero hay que cambiar los modelos de determinados negocios y adjudicar responsabilidades, por ejemplo, a los operadores".

En este clima de inseguridad que está descolocando a la industria, a los profesionales, al mundo del derecho y a los propios Gobiernos, es donde los emprendedores e innovadores se juegan actualmente su trabajo. ¿Cuáles son las materias más conflictivas? ¿De quién son, por ejemplo, los contenidos en esta nueva sociedad transformada por las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información?

Conscientes del valor que suponen los contenidos y los medios digitales que permiten (y controlan) el acceso a los mismos, los agentes de los sectores de las telecomunicaciones, los medios de comunicación, las tecnologías de la información, la banca, las Administraciones... compiten por su captura e integración en los correspondientes modelos de negocio o de prestación de servicios. Son los protagonistas de los mercados emergentes que se encuentran en estadios de evolución ineficientes, quizá inmaduros, desde el punto de vista del negocio e incluso desde el punto de vista de la propia tecnología.

De forma paralela, y como principal fuente de tensiones, existe toda una "industria/cultura" tradicional de explotación de contenidos y de relación con los usuarios que trata de sobre-

vivir a una situación nueva que se le escapa de las manos. Esta industria-en especial la del audio, vídeo y datos- había alcanzado una madurez en la que los agentes históricos del sector de los contenidos se encontraban, sin duda, cómodos. Por todo ello los contenidos, además de por su valor intrínseco, se encuentran en la frontera (son la clave) entre un mundo tradicional con reglas establecidas y un mundo nuevo en el que confluyen los intereses de los sectores de las telecomunicaciones, los medios de comunicación y las tecnologías de la información, pero que todavía no es bien conocido y en el que no existen reglas claras que establezcan un balance entre los diferentes intereses en juego.

El otro plano es el de los usuarios. Está claro el interés que los usuarios tienen en los contenidos, sobre todo por su relación con las libertades y derechos de estos mismos usuarios. Además incluyen en ese juego de relaciones digitales valores trascendentes como la belleza o la capacidad de disfrute. No es de extrañar, por ello, que los cambios que se están produciendo en este ámbito lleguen acompañados de un gran estrépito.

La digitalización ha permitido que se dispare el uso libre e indiscriminado de los medios y el acceso a los contenidos

Movilidad y acceso

En este doble escenario de evolución y cambios imparables en los modelos de negocio y de derechos de los usuarios, a pesar de que la tecnología permite vislumbrar un determinado futuro, aún se presentan retos muy difíciles relacionados con la movilidad, acceso y uso de los contenidos. Desde el punto de vista tecnológico, dichos retos hunden sus raíces en el proceso de digitalización. Gracias a lo digital el contenido se ha transformado en multimedia, un concepto algo en desuso pero que representa todavía muy adecuadamente la mezcla de audio, vídeo y datos.

En su conjunto o por separado estos contenidos se instalan en ámbitos específicos de análisis como la gestión de derechos digitales, la localización geográfica, la firma digital, el DNI electrónico, la identificación digital biométrica, la autenticación, seguridad, gestión de usuarios, personalización y atención al cliente. Es decir, todos aquellos que están relacionados con los procesos básicos del modelo de negocio en la sociedad digital.

Esta mezcla entre los contenidos y los entornos digitales para la explotación de los mismos hace que también sea un ámbito clave para agentes tales como los fabricantes de hardware, los desarrolladores de aplicaciones, los operadores y los proveedores de servicios (ISP), con toda su cohorte de cuestiones asociadas como interconexión e interoperabilidad, estandarización, uso de posiciones de dominio en mercados conexos y, otra vez, balance entre la industria de los contenidos (propiedad intelectual e industrial) y derechos de los usuarios - consumidores (privacidad, protección de datos, libertad, valores).



José María Anguiano

Libertad y derechos

La digitalización ha permitido que se dispare el uso libre e indiscriminado de los medios y el acceso a los contenidos. Aquí la discusión puede centrarse en esa polarización: por una parte los derechos de los medios y contenidos y por la otra la libertad del usuario. En la práctica se producen dos tomas de posición: por una parte el mundo de las empresas tradicionales, en especial las multinacionales, que suministran contenidos y por otra el movimiento antisistema que reclama plena libertad para acceder a los contenidos digitales sin cortapisas comerciales o de otro tipo.

Uno de los ejemplos más clarificadores de esta polarización en el ámbito de los contenidos es la actual ceremonia de confusión existente entre los derechos de propiedad intelectual aplicados al entorno digital, los diversos intereses de la industria (tanto suministradores hardware o software, operadores de comunicaciones, como productores de contenidos), las posibilidades de la tecnología representadas en lo que se ha venido en llamar Digital Rights Management (DRM), y los intereses y derechos de los usuarios-consumidores.

Si a esto se le suma el predominio y peso (no solamente económico) de la industria de producción de contenidos en Estados

Unidos (en contraposición a la Unión Europea), el alcance global de algunos de estos contenidos (que no entienden de fronteras), y la diferente concepción de los derechos entre la Europa continental y el mundo anglosajón (podría ponerse aquí también el ejemplo de las patentes), no es de extrañar la dificultad que se registra, no ya de alcanzar algún acuerdo global, sino sobre todo de exponer el problema de una forma objetiva.

De hecho, la Unión Europea (y los Estados miembros, de forma individual) han lanzado distintas iniciativas para intentar aclarar este panorama. La más notoria de ellas es la correspondiente a la armonización de los derechos de propiedad intelectual en la Sociedad de la Información. Se trata de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor. Esta Directiva debería haberse adaptado a la legislación de cada Estado miembro antes del 22 de diciembre de 2002, aunque cinco países, entre ellos España, no lo han hecho todavía (junio de 2005).

Anonimato, principal problema de la red

Podemos aterrizar en el análisis de los datos concretos que acompañan a las tendencias descritas hasta aquí y lo podemos hacer de la mano de José María Anguiano, joven abogado innovador, socio del despacho de Garrigues y una de las máximas autoridades relacionadas con el derecho digital, además de secretario de la Asociación Española de Derecho de la Propiedad Intelectual. Anguiano ha coordinado el II Foro de las Evidencias Electrónicas, celebrado el mes de junio en Madrid, donde han sido analizados estos y otros temas por diversos especialistas.

El principal problema que tiene hoy la red es el anonimato y la suplantación de la personalidad, dice Anguiano. Para solucionar este problema lo más importante es lograr la identificación, por ejemplo, el DNI electrónico. Unida a la identificación está la necesaria verificación de esa identidad.

Anguiano, en principio es partidario de la teoría de que la propiedad de los contenidos es de quien los produce. “¿Qué os parecería si dijera que voy a restar el 30% de vuestro sueldo y se lo voy a dar a los hippies de la red? Los músicos, las discográficas, los empresarios, las personas relacionadas con los contenidos del mundo de la cultura o del ingenio trabajan por dinero. Por lo tanto es absurdo plantear que por un avance tecnológico se queden sin una remuneración justa por su ingenio, por su trabajo, por su riesgo y por su inversión. Es sencillamente inaceptable.”

Lo de hippies de la red se justifica porque su actividad sólo se sustenta en el uso de la tecnología, no aportan nada de creatividad. Su única aportación es que pueden apropiarse de las creaciones intelectuales ajenas sin pagar. En el centro de este hecho se intercalan un montón de discursos para mí absolutamente fal-

sos y estereotipados. ¡Es que la música es muy cara! Entonces no la compre usted. También un Ferrari es muy caro y no todos lo pueden comprar. Salvo que quieras romper la luna del concesionario y llevártelo. Son relaciones contractuales en las que no deben meterse terceros. Son cuestiones bilaterales.” No se pueden aprovechar de las relaciones entre partes para justificar la piratería”, estima el abogado.

Copyright y copia privada

El mundo digital ha establecido una nueva frontera para las leyes de copyright. Cada vez que alguien accede a un documento digital es como si hiciera una copia de un documento de los de antes. Antes se compraba un libro y luego circulaba entre varios amigos. El libro podía ser revendido a terceros. Entraba en un circuito de segunda mano sin que produjera ningún beneficio para el autor. Si trasladamos este problema al mundo digital, y cada vez que se hace una copia electrónica hay que remunerar al autor, nos encontramos ante un fenómeno nuevo. Si a esto unimos que hay cada vez más productos culturales nos enfrentamos a una inflación de copias y a una situación de derechos que habría que revisar.

Contrariamente a lo que podría imaginarse no hay ahora una inflación de copias. Más bien antes había una deflación. Existía un bien tangible sujeto a control y se controlaban los ejemplares. Ahora las copias son idénticas al original. Por lo tanto, todo aquel que tiene acceso a una creación intelectual debe remunerar al autor.

En plataformas P2P se reproducen ejemplares electrónicos de una creación intelectual. En este sentido el canon de copia privada es un mal menor para intentar una remuneración. Estamos hablando de ediciones incontroladas de ejemplares electrónicos.

En el entorno digital cuando uno saca una copia no se trata exactamente de una copia privada, dice Anguiano. Los derechos de propiedad intelectual tienen que dar al creador por un lado un monopolio de explotación de contenidos durante un cierto tiempo para que se pueda recuperar la inversión y el

esfuerzo realizado y por otro lado hay que aceptar el hecho de que en las creaciones intelectuales te estás aprovechando de otras anteriores, es decir, de los avances científicos y tecnológicos. Por ejemplo, no se puede pensar en aprovecharse de un procesador de textos si no hay previamente un sistema operativo.

Tiendas de discos sin existencias

El problema de las copias indiscriminadas se agudiza sobre todo en un segmento específico de la población que usa con frecuencia Internet: los jóvenes y no tanto la gente de cuarenta años para arriba. Además entre el 60 y el 80% del uso de Internet en España y del resto de los países europeos tiene que ver con las descargas electrónicas.

Fermín Morales, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona ha contado que hace un año fue a una

**No se puede decir
“la música es muy
cara”, también un
Ferrari es caro y
no nos lo llevamos
del concesionario
a la fuerza**

tienda de discos de Nueva York y se encontró con al sorpresa de que únicamente había discos para una determinada edad, lo que supone un corte generacional. Esto es dramático, según Anguiano. Y va a acabar con el negocio tradicional de la música, aunque se haya impuesto un canon por compra de soporte.

Los autores e ingenieros de la red trabajan por una remuneración y si no se incentiva el mundo de la cultura la creación estará en peligro. Estados Unidos tiene más patentes que España porque allí se incentivan la investigación, las patentes y la explotación de esas patentes y, al final, lo que la gente entiende es que cuanto más se perjudican los derechos de los autores más se benefician otra serie de colectivos.

En este punto se detecta un conflicto de intereses. “Cuanto más se ningunean los derechos de propiedad intelectual más chapa se vende, es decir, más ordenadores y más banda ancha se contrata. Esto lo hacen los operadores. Y este es el debate que creo que debería abrirse, el de los carriers, el de los vendedores de dispositivos. Debería trasladarse a ellos el precio de las creaciones intelectuales, lo cual cambiaría el modelo de negocio. Ellos saben los volúmenes que se contratan. Por eso pueden establecer tarifas planas o sobrepuestos”.

Cambio de paradigma

Anguiano no es el único que defiende que habría que cambiar de paradigma. Otros expertos han señalado que la clave no está tanto en redoblar el control como en cambiar el modelo de uso. Si nos dedicamos a controlar cada descarga en Internet podemos llegar a crear una sociedad policíaca”. El problema es hacer que la gente entienda que conectar y usar determinados sistemas digitales conlleva ventajas. Bajar legalmente DVDs de la red podría hacerse por muy poco dinero y sin necesidad de almacenarlos en casa. En este sentido la red se entendería como un repositorio. Cuando se pague a los operadores por descargas o tarifas planas la gente dejará de almacenar. Así lo ven algunos especialistas pero todavía no los ciudadanos medios.

Ciertamente el paso de lo tangible a lo intangible está descolocando al mundo del derecho. Ya se ha dicho que el caso paradigmático es el P2P, pero también la ciberdelincuencia, el phishing y otras formas anómalas. Lo malo es que el legislador todavía no está a la altura de estas circunstancias. “No digo que exista un vacío legal”, señala Anguiano, “pero se está perdiendo una magnífica oportunidad para ponerse al día con la reforma del Código Penal o con la Ley de Servicios para la Sociedad de la Información, o la transposición de la directiva comunitaria sobre derechos de propiedad intelectual. El artículo 270 del Código Penal contempla perfectamente este tipo de delitos. Con la legislación vigente se puede meter a la gente en la cárcel por los delitos digitales. El único elemento que falta en el artículo citado del Código Penal es que las acciones descritas se hagan con ánimo de lucro”.

Uno de los delitos que se cometen en Internet es la vulneración de los derechos de creación intelectual a través de la copia

ilegal. Se sustenta en el anonimato que es en realidad lo que más daño está haciendo ahora a la red. El anonimato puede matar a Internet, a la auténtica red productiva. Esta situación de inseguridad afecta a todo el mundo. En este contexto hay gente que cree que el DNI electrónico podría ser la panacea pero no es así, porque requiere una personación.

Es mucho más seguro el mecanismo que se asocia a la biometría y huella dactilar. Es una herramienta de identificación a través de una memoria USB con un password biométrico que asume la huella digital. Hay que distinguir entre firma y sello electrónicos. La firma vincula a una persona y el sello vincula al poseedor de un mecanismo. No hay que engañar a la gente. Tenemos sellos pero no firmas. Otro problema es el de la trazabilidad o seguimiento de las huellas que se dejan como consecuencia de uso de la red. Hay que perseguir, por ejemplo, el mal uso de los cibercafés que son auténticos nidos de ciberdelincuentes.

Software libre y patentes

El software libre es otro de los fenómenos –oportunidad para algunos y pesadilla para otros- que desatan la polémica. No se trata exactamente de debatir por ejemplo, sobre el fenómeno Linux, que debe entenderse como una estrategia comercial para romper el monopolio de Microsoft. “El código abierto no es tan abierto, porque hay alguien que decide lo que va o no va. Además, las operaciones que hay detrás del código abierto no son gratuitas. No se puede obligar a la gratuidad. Aquí pasa como en el modelo de negocio de la prensa digital. ¿Debe ser esta de libre acceso o no? Que cada uno busque el modelo de negocio que quiera, pero no se puede obligar a nadie a la gratuidad. En España el software libre no está desarrollado. Sólo se encuentra en algunas Administraciones Públicas y en la Universidad. El mundo del software tiene mucha más experiencia en el área digital que el mundo de los contenidos”.

Volviendo a las patentes. ¿Por qué en Estados Unidos se patenta todo y en España no? “No hay más remedio que ir por donde caminan los americanos y el resto del mundo. Además está a punto de ser aprobada una directiva comunitaria sobre patentes. Y España es el único país que no la ha ratificado en la primera vuelta, lo cual demuestra su quijotismo también en materia digital. Sucederá como en las patentes biotecnológicas. Los que patentan son terceros y nosotros pagamos la utilización. Con el software pasa lo mismo. Pero si el resto del mundo ha decidido patentarlo nosotros no tenemos más remedio que hacerlo también. En la actualidad no se están patentando en España los procedimientos y eso es muy serio.

Se puede lograr patentar los procedimientos que hay detrás del software. No se trata de patentar las ideas. En propiedad intelectual las ideas no son patentables. Se patentan los desarrollos de esas ideas (obras científicas, tecnológicas, un programa de ordenador). El sistema de patentabilidad tiene sus límites. En primer lugar hay una limitación de tiempo y en segundo lugar existen determinadas obligaciones de poner determinadas patentes a disposición de la competencia.

Se está perdiendo una oportunidad para ponerse al día con la reforma del código penal

Medidas globales comunitarias y españolas

Diferentes programas pretenden generar confianza en la sociedad de la información

J.F.B.

La seguridad, la confianza y el mejor uso de las tecnologías de la sociedad digital son algunos de los aspectos más importantes que se reflejan en los recientes programas-marco comunitarios y españoles. Así queda reflejado, por ejemplo en el programa i2010: sociedad de la información europea 2010, que fue aprobado por la Comisión de la UE a primeros de junio. Una de las prioridades de este programa es precisamente una estrategia para poner al día el marco regulador de las comunicaciones electrónicas, lograr una sociedad de la información segura y una gestión eficaz e interoperable de los derechos digitales.

En España el "informe Ontiveros", que servirá de base para el Plan de Convergencia de la Sociedad de la Información, recoge cuatro grandes áreas que supondrían los pilares de una futura y deseable ley de Medidas de Impulso para la Sociedad de la Información. Una de estas áreas se refiere a las medidas de confianza en materia de telecomunicaciones y servicios de la Sociedad de la Información. Se trata de actuaciones para dotar de mayor seguridad jurídica tanto a los usuarios como a las empresas prestadoras de los servicios y, en definitiva, proteger los derechos de los consumidores.

En España la cultura de la seguridad relacionada con los contenidos digitales no está tan extendida como en otros países, lo que obstaculiza la incorporación de las empresas y de la ciudadanía a la sociedad de la información. La confianza de la que en nuestro país disfruta el DNI y lo intensivo de su empleo pueden ser, no obstante, palancas para el despliegue y la promoción de la identidad digital y, con ello, se puede afianzar la cultura de la seguridad.

Por estas razones en el "informe" se proponen actuaciones que tengan como objetivos:

Aumentar el grado de concienciación, formación y sensibilización de los ciudadanos, empresas y Administraciones Públicas en materia de seguridad de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Impulsar la identidad digital. En 2009, al menos el 50% de la ciudadanía deberá disponer de un identificador digital único, eficaz y práctico, que pueda ser usado intensivamente en las relaciones telemáticas en los ámbitos sociales, económicos y políticos (DNI electrónico, firma electrónica).

Estimular la incorporación de la seguridad en las organizaciones como factor crítico para el aumento de su competitividad, desarrollando las infraestructuras de seguridad necesarias y promoviendo la adopción de las mejores prácticas.

Desarrollar una infraestructura eficaz para la ejecución de la política nacional de seguridad de la información, coordinando a los diferentes agentes y actuaciones, monitorizando continuamente el estado de la seguridad, y dirigiendo la estrategia de representación internacional en materia de seguridad de las TIC (red de centros de seguridad, creación del Observatorio de la Confianza para el Desarrollo de la Sociedad de la Información).

Garantías para el usuario

¿Qué tipo de garantías tienen los consumidores en el mundo de lo intangible, en el uso de la red y de los productos y servicios digitales a los que se accede cuando se sabe que los derechos son muy difíciles de proteger y no se está seguro de lo que se adquiere en Internet? ¿Cómo se les puede proteger? "Muchas veces lo que se adquiere puede no cumplir con las expectativas. Pero el vendedor de software no vende expectativas. Vende o bien software paquetizado o software a medida. Lo que hace es informar sobre las especificaciones técnicas. Otra cosa es qué pasa con los errores. Es habitual que determinado tipo de licencias obliguen al mantenimiento por una elemental cuestión de obsolescencia tecnológica y porque nadie puede garantizar que el software esté libre de errores".

¿Cómo convencer a la gente que la sociedad digital no es una selva virgen y que requiere de unas normas? "A través del derecho que regula las relaciones de las personas y tiene que dar cumplida respuesta a los problemas de los ciudadanos relacionados con las nuevas tecnologías", señala Anguiano. Pero las tecnologías van tan deprisa que las leyes no son capaces de seguirlas. "Nunca las leyes han sido capaces de seguir a las tecnologías pero al menos deben intentarlo con las tecnologías maduras".

Muchos creen que la salida más airosa a este río revuelto es la búsqueda de nuevos modelos de negocio. Incluso lo entienden así en al Sociedad General de Autores, organismo que mantiene posiciones casi numantinas en defensa de los derechos de autor. Anguiano sostiene que los operadores deberían incorporar algún tipo de canon o pago para remunerar a los autores por la distribución de su obra que se hace por la red.

Rafael Fernández Calvo, profesor de Informática y director de la revista Novática dice que no se van a poder poner puertas al campo de Internet, lo cual no quiere decir que no haya que respetar los derechos, pero hay que ir pensando no sólo en establecer controles de identidad sino sobre todo en cambiar el modelo de negocio.

Puede admitirse, por lo tanto, que el mundo de los contenidos culturales en la era digital debe pasar por una revisión del modelo de negocio. Pero esto no significa que haya que renunciar, al menos por ahora, a un conjunto de derechos. Conveniría sentar juntos a debatir a los fabricantes, operadores y autores.

En definitiva ¿hay "malos" en la red? "Sí, hay delincuentes en la red. Coinciden con un perfil de jóvenes que han visto una oportunidad en el anonimato, con una clara vocación de ganar dinero fácilmente y que pueden aprovecharse de unos conocimientos no muy especiales", señala Anguiano. En este sentido las posibilidades de usar la red en libertad dejan una puerta abierta para la ciberdelincuencia.

Por eso José María Anguiano defiende que Internet está a punto de morir y será sustituida por intranets o redes privadas y seguras, posiblemente una federación de intranets. Al final Internet se quedará como una red basura y no podrá haber interconexión entre la red basura y las intranets. Este modelo quizás entra en contradicción con la esencia de Internet que es red abierta y universal y que permite poder acceder a cualquier fuente en cualquier lugar y en todo momento. ■

Derechos de autor, una industria amenazada

Pedro Farré, experto jurista de la SGAE, sostiene que la protección de los derechos de propiedad intelectual es esencial

José Fernández Beaumont

En la sociedad digital la industria de los derechos de autor constituye uno de los principales focos productores de riqueza. Pero a la vez se presenta como uno de los ámbitos más controvertidos porque en él se han instalado las principales acciones relacionadas con la piratería y el libre uso de contenidos (en especial música y audiovisual). En Europa representa ya más del 5% del producto interior bruto y da empleo al 3% de las fuerzas laborales. Es la llave de la industria de la sociedad de la información pero a la vez no está suficientemente desarrollada desde un punto de vista legal y lo peor es que en este caso no sirven en igual medida las normas de la era predigital.

El sector del copyright se divide en dos partes: la industria crítica y central basada en la creación, distribución y venta de productos y servicios intelectuales (software, bases de datos, medios de comunicación...) y las industrias asociadas o dependientes (aparatos de televisión, Vds., ordenadores, radio...). Para hacer frente a los problemas de gestión de derechos de la sociedad de la información se está adoptando –todavía en periodo infantil– la “gestión de derechos digitales” (DRM ó Digital Rights Management) que introduce medidas de protección de los derechos individuales de autor que están siendo atropellados en la sociedad digital. ¿Es la solución? La respuesta está en discusión a todos los niveles. Otra de las soluciones pasaría por medidas policiales.

Pedro Farré, profesor de Derecho y director de Relaciones Corporativas de la SGAE, habla de “espacios oscuros en la red” cuando se refiere a los derechos de autor en la sociedad digital. Para él la protección de los derechos de propiedad intelectual es esencial. Parte del supuesto de que Internet no es un espacio desregulado sino al contrario. Está presidido por el Estado de Derecho.

En el reciente II Foro de las Evidencias Electrónicas (www.foroevidenciaselectronicas.org) Farré ha señalado que el sector de los contenidos es el más afectado por el robo de derechos. El fenómeno del “top manta” y el “top mochila” se han trasladado al entorno digital, se ha convertido en la “killer application” del nuevo negocio de bajarse libremente música o imágenes. Por eso es la hora de proteger los mensajes y a quienes los crean. A diferencia de “lo que dicen determinados gurús en tecnologías” que defienden la desaparición de los derechos de autor en la red, el experto de la SGAE sostiene que para apoyar la sociedad del

conocimiento hay que apostar por la protección de los derechos en Internet. Los creadores deben ser protegidos, fortalecidos y reforzados, no desnaturalizados. Vulnerar la propiedad intelectual contribuye, según este punto de vista, a frenar el desarrollo de la sociedad de la información. El intercambio de archivos descentralizados, fenómeno como el “P2P”, programas como emule, kaazan, pueden ser ilícitos y hasta delictivos. En ellos se esconde un trueque de ficheros en el que la gente obtiene un lucro en el proceso de intercambio. “Gracias a este formidable foco para el trueque global que son las redes “P2P” la gente ha dejado de comprar discos, película libros”, dice Farré.

¿Cómo se puede afrontar esta situación? El directivo de la SGAE plantea propuestas concretas. En primer lugar adoptar medidas legales para que los intermediarios de todo este proceso (ISPS, operadores) no queden exonerados de responsabilidad. Internet puede servir para cosas magníficas y para divulgar lo peor del ser humano. El quiosquero que vende revistas de pornografía infantil es responsable de un delito. De la misma forma deberían ser responsables los operadores de acceso a la red y los proveedores de servicios.

Por otra parte hay que erradicar el anonimato porque hace de Internet un entorno basura. Se puede considerar Internet como un medio de comunicación de masas porque alguien está comunicando algo a una pluralidad de individuos a los que no conoce. Debe existir la misma responsabilidad que tiene un director de un periódico, por ejemplo. Esta responsabilidad podría solventarse también con medidas de autorregulación. Por último habría que adoptar, según Farré, medidas policiales contra la ciberdelincuencia y acciones educativas, sobre todo entre los más jóvenes para que hagan un uso deontológicamente correcto de las redes digitales. No olvidemos que hoy por hoy son los niños y jóvenes quienes más vulneran los derechos de propiedad intelectual en la red.

La SGAE ha destinado el último año casi ocho millones de euros como inversión para proteger los derechos de autor en la red, según explica José Neri, director general de Sociedad Digital Autores y Editores de esta institución. La SGAE está implicada especialmente en la lucha contra la piratería y colabora con organismos nacionales e internacionales “tratando siempre de que los autores tengan la garantía de que reciben la recompensa que requieren sus obras”.

Derechos de autor, una industria amenazada

Pedro Farré, experto jurista de la SGAE, sostiene que la protección de los derechos de propiedad intelectual es esencial

José Fernández Beaumont

En la sociedad digital la industria de los derechos de autor constituye uno de los principales focos productores de riqueza. Pero a la vez se presenta como uno de los ámbitos más controvertidos porque en él se han instalado las principales acciones relacionadas con la piratería y el libre uso de contenidos (en especial música y audiovisual). En Europa representa ya más del 5% del producto interior bruto y da empleo al 3% de las fuerzas laborales. Es la llave de la industria de la sociedad de la información pero a la vez no está suficientemente desarrollada desde un punto de vista legal y lo peor es que en este caso no sirven en igual medida las normas de la era predigital.

El sector del copyright se divide en dos partes: la industria crítica y central basada en la creación, distribución y venta de productos y servicios intelectuales (software, bases de datos, medios de comunicación...) y las industrias asociadas o dependientes (aparatos de televisión, Vds., ordenadores, radio...). Para hacer frente a los problemas de gestión de derechos de la sociedad de la información se está adoptando –todavía en periodo infantil– la “gestión de derechos digitales” (DRM ó Digital Rights Management) que introduce medidas de protección de los derechos individuales de autor que están siendo atropellados en la sociedad digital. ¿Es la solución? La respuesta está en discusión a todos los niveles. Otra de las soluciones pasaría por medidas policiales.

Pedro Farré, profesor de Derecho y director de Relaciones Corporativas de la SGAE, habla de “espacios oscuros en la red” cuando se refiere a los derechos de autor en la sociedad digital. Para él la protección de los derechos de propiedad intelectual es esencial. Parte del supuesto de que Internet no es un espacio desregulado sino al contrario. Está presidido por el Estado de Derecho.

En el reciente II Foro de las Evidencias Electrónicas (www.foroevidenciaselectronicas.org) Farré ha señalado que el sector de los contenidos es el más afectado por el robo de derechos. El fenómeno del “top manta” y el “top mochila” se han trasladado al entorno digital, se ha convertido en la “killer application” del nuevo negocio de bajarse libremente música o imágenes. Por eso es la hora de proteger los mensajes y a quienes los crean. A diferencia de “lo que dicen determinados gurús en tecnologías” que defienden la desaparición de los derechos de autor en la red, el experto de la SGAE sostiene que para apoyar la sociedad del

conocimiento hay que apostar por la protección de los derechos en Internet. Los creadores deben ser protegidos, fortalecidos y reforzados, no desnaturalizados. Vulnerar la propiedad intelectual contribuye, según este punto de vista, a frenar el desarrollo de la sociedad de la información. El intercambio de archivos descentralizados, fenómeno como el “P2P”, programas como emule, kaazan, pueden ser ilícitos y hasta delictivos. En ellos se esconde un trueque de ficheros en el que la gente obtiene un lucro en el proceso de intercambio. “Gracias a este formidable foco para el trueque global que son las redes “P2P” la gente ha dejado de comprar discos, película libros”, dice Farré.

¿Cómo se puede afrontar esta situación? El directivo de la SGAE plantea propuestas concretas. En primer lugar adoptar medidas legales para que los intermediarios de todo este proceso (ISPS, operadores) no queden exonerados de responsabilidad. Internet puede servir para cosas magníficas y para divulgar lo peor del ser humano. El quiosquero que vende revistas de pornografía infantil es responsable de un delito. De la misma forma deberían ser responsables los operadores de acceso a la red y los proveedores de servicios.

Por otra parte hay que erradicar el anonimato porque hace de Internet un entorno basura. Se puede considerar Internet como un medio de comunicación de masas porque alguien está comunicando algo a una pluralidad de individuos a los que no conoce. Debe existir la misma responsabilidad que tiene un director de un periódico, por ejemplo. Esta responsabilidad podría solventarse también con medidas de autorregulación. Por último habría que adoptar, según Farré, medidas policiales contra la ciberdelincuencia y acciones educativas, sobre todo entre los más jóvenes para que hagan un uso deontológicamente correcto de las redes digitales. No olvidemos que hoy por hoy son los niños y jóvenes quienes más vulneran los derechos de propiedad intelectual en la red.

La SGAE ha destinado el último año casi ocho millones de euros como inversión para proteger los derechos de autor en la red, según explica José Neri, director general de Sociedad Digital Autores y Editores de esta institución. La SGAE está implicada especialmente en la lucha contra la piratería y colabora con organismos nacionales e internacionales “tratando siempre de que los autores tengan la garantía de que reciben la recompensa que requieren sus obras”.

Mito y realidad de las patentes

Julio López y Tomás Iglesias, del Centro de I+D de Ericsson de Madrid, rechazan el activismo simplificador de quienes defienden que las patentes bloquean el desarrollo y sostienen que la industria no está en contra del software libre.

José Fernández Beaumont

En Europa el negocio de los intangibles electrónicos mueve 60.000 millones de euros y es el corazón de un sector tecnológico que representa el 8% del Producto Interior Bruto de los países de la Unión. Para no provocar serios riesgos en este mercado algunos sectores propugnan que se adopte una legislación adecuada que pasa, entre otras cosas, por ayudar a que se patentes y se protejan cada vez más las innovaciones. Las patentes no bloquean el desarrollo, sino todo lo contrario, lo fomentan. Así lo entienden Julio López, ingeniero de Telecomunicaciones, responsable de Innovación del Centro I+D de Ericsson y Tomás Iglesias, físico, responsable de ingeniería de patentes del mismo centro que tiene su sede en Madrid.

La patente es la culminación del proceso de innovación y a la vez el motor para que se continúe innovando. Esta es la visión que tienen los dos expertos y gestores desde sus respectivos entornos de responsabilidad en un centro de investigación y desarrollo de una industria puntera de equipos de telecomunicación. “Por eso no sólo debe existir una normativa de patentes sino que también debe asegurarse su cumplimiento”, afirman.

Ambos defienden la tesis de que el público es el beneficiario último de las patentes. Pero antes de entrar a fondo en la materia Tomás Iglesias quiere introducir algunas precisiones terminológicas. “Hay que distinguir entre quién es el dueño o titular de la patente (el que la ha registrado y a quien se le ha concedido) y quién es el beneficiario final. Contrariamente a una opinión difundida erróneamente en los medios, el beneficiario final es en realidad el público (la humanidad, en último término), aunque esto no se quiera ver así y haya alguien interesado en que no se vea de esta forma”.

Una patente es un documento público y como tal está al alcance de cualquiera. Pero una patente solamente tiene vigencia en un cierto marco territorial, en un Estado. Iglesias pone el ejemplo del entorno farmacéutico pero que puede servir también para los intangibles digitales. “Una empresa que ha desarrollado un fármaco muy poderoso, ha gastado en investigación un tiempo ímprobo. Esos gastos los tiene que repercutir en el

precio de venta del producto porque si no, no le salen las cuentas. Si alguien te copia ese producto incluso cuando ya está en la calle ya se está ahorrando los gastos de investigación y puede poner a la venta ese producto mucho más barato”.

Siguiendo este circuito al final lo que ocurre es que la empresa que investiga e invierte más en un producto no lo vende y sí lo hace quien no investiga y simplemente copia. “Eso redundaría en perjuicio del público y, obviamente, se pararía ahí la línea de avance de la humanidad. No obstante habrá países en los que ese producto no ha sido registrado como patente y por lo tanto su desarrollo será totalmente libre”.

El tema de las patentes se puede entender también como una cuestión de cultura, asegura Julio López. “Hay gente que no entiende que los conocimientos tienen un propietario. La innovación está relacionada también con los derechos de la propiedad industrial. Es verdad que el conocimiento es universal, es “rebotante” en el sentido de que no lo pierdes porque lo regales o lo compartas con alguien. En contra de lo que se piensa la patente no limita el conocimiento. Todo lo contrario, lo expande. Lo que una patente limita es el derecho de la explotación, es decir, el obtener beneficios de ese conocimiento”.

España, en el vagón de cola

Como tantos otros especialistas López e Iglesias creen que nos enfrentamos a una cuestión de supervivencia. “Todo lo que es investigación y desarrollo y el avance tecnológico, sin la protección no tiene sentido, se hunde. La famosa frase de que inventes otros! ha conducido a España a los puestos de atrás del desarrollo en I+D. Está demostrado –casos de Estados Unidos y Alemania, por ejemplo- que el país que más avanza es el que más patentes tiene. En España llevamos un gravísimo retraso en el tema de patentes y en el de investigación, ya que ambos van unidos”.

¿Obedece este retraso a la falta de un modelo como el de Estados Unidos, por ejemplo?. Iglesias dice que no hay un modelo USA y otro europeo. “Obviamente la madurez de las empresas

norteamericanas es muy superior a las de de Europa. Allí funcionan mejor las pequeñas y medianas empresas y se patentan muchas más cosas que en Europa aunque a veces se patentan también las cosas triviales.”

Los dos especialistas rechazan que en las leyes - por ejemplo la directiva europea sobre patentes (CII) que está en discusión- se pretenda patentar lo obvio, es decir, lo que no tiene ninguna contribución técnica. Apoyan, por otra parte, que se patente no el software como tal sino la funcionalidad que está detrás de ese software, es decir, su valor añadido. “Afortunadamente ya hemos superado el siglo XVIII cuando las patentes se soportaban en función de que modificasen el entorno físico. Entonces todavía se trabajaba sobre lo tangible, pero, por suerte, en estos momentos el valor de lo intangible es fundamental. Lo intangible está en la base de la funcionalidad del software”.

Software libre

Si el público es el beneficiario último de las patentes ¿podría entenderse esta aseveración como una justificación del software libre? Aquí tocamos otro de los puntos críticos de la sociedad digital. “La utilización del software libre nos conduce a un terreno candente y muy complejo”, señalan López e Iglesias. “No es nuevo pero es cada vez más impactante”. Ambos dicen que las compañías han evolucionado por la convergencia y el propio desarrollo hacia la utilización de tecnologías propietarias hacia sistemas abiertos. Los equipos propietarios y las plataformas se hacen cada vez más comunes y este fenómeno se intensifica en la utilización libre del software.

“El software libre es, en principio el que se distribuye de forma gratuita. Lo que significa que cada uno de nosotros podemos utilizarlo para nuestro propio uso, pero no podemos (no deberíamos, más bien) hacer negocio con él”. Los dos directivos de Ericsson señalan con claridad que su posición no es evitar el software libre. “Creemos que aporta muchas ventajas y sabemos que en legislaciones tan abiertas como la de Estados Unidos, lugar donde más patentes existen, también es donde más se contempla el software libre”, pero no es la patente de curso para hacer negocio con lo que no es tuyo”.

La industria no se opone al desarrollo del software libre. Prueba de ello es que existen empresas que ponen lugares de descarga de software libre para uso privado mientras que si lo quieres para usos profesionales tiene que solicitar o pagar una licencia. El peligro que existe en el uso del software libre es que uno se acostumbre a él en su casa y luego lo quiere incorporar a sus rutinas de trabajo. Lo dice Julio López.

Soluciones

No conviene quedarse en el mero diagnóstico de la situación. Si avanzamos en la propuesta de determinadas soluciones entendemos, siguiendo la línea que marcan los dos técnicos de Ericsson, que los primeros pasos comienzan en la educación primaria y secundaria. “La gente tiene que aprender a respetar el trabajo de los otros y más específicamente tiene que acostumbrarse a que las innovaciones estén protegidas por patentes. Hay que educarse en el respeto a la propiedad intelectual en un país en el que mu-



Julio López y Tomás Iglesias

chos se jactan de apropiarse de lo ajeno en la red. En España habría que investigar más y patentar más. Si no investigas, no patentas”. El segundo paso, más intenso, es el de la enseñanza universitaria. “Los universitarios, especialmente en el último tramo de sus carreras, tienen que familiarizarse con la posibilidad de patentar los resultados de las investigaciones que hacen”.

Como colofón puede citarse el tema de la financiación de la investigación y de las patentes. También en este ámbito lo tienen claro López e Iglesias. “No se puede mantener un centro de investigación basándose exclusivamente en ayudas del Estado. Un centro de investigación tiene que ser capaz de sobrevivir por sí mismo, tiene que autofinanciarse. Otra cosa es que exista una colaboración entre distintos centros y conexiones con programas nacionales y supranacionales y sobre todo, organismos de estandarización para hacer más eficaces las distintas patentes”.

Es conveniente de las patentes se relacionen entre sí para servir mejor a un usuario final y por ello existen organismos de estandarización de soluciones. Un estándar abierto, común, asegura que se llegue al gran público con un mejor aprovechamiento de los recursos. Cuando se genera un estándar se genera también un procedimiento de utilización de las patentes por todos aquellos que han invertido.

Firma Digital, contrapeso al anonimato

Expertos en certificación buscan fórmulas para dotar de confianza tecnológica y jurídica las actividades en la red

José Fernández Beaumont

Firma electrónica, DNI electrónico.... Pueden ser los antídotos contra el anonimato en la red que es un factor crítico y a la vez los instrumentos que ayuden a hacer negocios y transacciones seguras. El gran reto en relación con este tema es dotar de confianza tecnológica y jurídica a las actividades de la sociedad de la información, estima José Javier Escolano, consejero delegado de la Agencia Notarial de Certificación.

La firma electrónica es la base de los documentos a través de los cuales se realizan negocios y transacciones contractuales. Las actuales leyes plantean la equivalencia funcional entre documento en papel y documento electrónico. El documento electrónico puede pasarse a otro formato y soporte. Esto no sucede en el documento en papel. Las leyes de Firma Electrónica y de Servicios de la Sociedad de la Información han extendido los principios de equivalencia funcional. Esto quiere decir que el documento electrónico vale para pruebas y produce los mismos efectos jurídicos que los documentos en papel. Lo fundamental de un documento es que merece el reconocimiento de su autor. Por lo tanto hay que asegurar la identidad del documento.

La firma electrónica resuelve muchas cosas, pero no todas. Ignacio Alamillo, director de la Agencia Catalana de Certificación señala que la validación de los documentos electrónicos es una cuestión inquietante. Los documentos tienen la mala costumbre de durar en el tiempo. La firma electrónica requiere una verificación. En el mundo real esa verificación la hacemos con los ojos, pero en el mundo digital hacen falta otros instrumentos. Los documentos electrónicos necesitan una validación de las entidades de certificación.

La validez de la firma electrónica se va imponiendo poco a poco. Incluso en las relaciones con la Hacienda Pública, como ha



señalado Santiago Segarra, director de la Agencia Tributaria. Las nuevas tecnologías son una oportunidad para ofrecer nuevos servicios y mejorar los ya existentes en las relaciones del ciudadano con la Administración. Cada vez hay más dispositivos que pueden relacionarse con la firma digital, como es el caso de la tableta electrónica.

En relación con el documento de firma e identificación electrónica hay que dar un paso más. Ése es el menos el planteamiento que propone Jesús Alonso, ingeniero de telecomunicaciones y directivo de Atos Consulting. Para ello parte de las actuales tarjetas bancarias, que son de banda magnética pero no valen para navegar por Internet. Habría que enriquecerlas. En ellas habría que identificar al usuario y el terminal o soporte con el que realizamos el pago

¿Por qué nos planteamos un paso más, es decir, que esa tarjeta lleve un certificado que nos permita realizar transacciones financieras, una firma electrónica avanzada, una misma tarjeta que incluya varios certificados?. Esa utilización debe ser sencilla aunque al final se necesita autenticar el usuario y el soporte. Sería un buen sistema para luchar contra el phishing o suplantación de identidad de usuarios.

En esta misma línea surgen voces que piden mecanismos más estandarizados que los actuales de firma electrónica. Lo plantea, por ejemplo, Rodolfo Lomascolo, director general de IpsCA. “Existen firmas y protocolos pero suelen ir por separado. A la hora de la verdad lo que se firma con una cosa no se puede comprobar con otra. La firma electrónica, basada en el DNI o en otras herramientas es hoy por hoy el único mecanismo que nos ofrece ciertas garantías. Falta llegar al usuario. La sociedad digital no puede romper la identidad. Hay que navegar con nombres y apellidos. Y eso lo dan los sistemas de certificación y firma digital”.

El consumidor, sólo ante el peligro

Miguel Pérez Subías, presidente de la Asociación de Usuarios de Internet, entiende que la red acaba siendo un problema personal

A la vista de todo lo –bueno y malo– que acontece en la red se puede decir que Internet acaba siendo un problema personal. De esta forma lo entiende Miguel Pérez Subías, presidente de la Asociación de Usuarios de Internet (AUI) y miembro de la Comisión Asesora de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

Este aragonés de 46 años, ingeniero de telecomunicaciones, curtido en mil batallas emprendidas del lado de los usuarios, no confía en soluciones radicales y, consciente de que erradicar totalmente los abusos en la red es una tarea prácticamente imposible, acaba apostando por un equilibrio entre anonimato y seguridad. “La debilidad de la red no reside precisamente en el anonimato, lo importante es ser uno mismo”.

¿De qué forma puede trasladarse a la práctica este principio? Conviene que en la red convivan regulación y autorregulación porque necesitamos un marco de referencia que nos indique los límites que no podemos sobrepasar porque las características del medio hacen que en algunos casos la ley sea difícil de aplicar, debido a la globalidad o a los vertiginosos cambios a los que está sujeta la red en estos momentos.

Desde el punto de vista del usuario el objetivo final es conseguir un espacio de actuación en el que cada persona o grupo se sienta a gusto. Que no haya temores ante lo que nos puede pasar precisamente en unos momentos en los que el nivel de inseguridad es realmente alto: virus, phishing, timos, pornografía, abusos, que merman la confianza de los Usuarios.

En opinión de Pérez Subías la mayor amenaza en la red, tanto por su coste como por su impacto es el correo no deseado o correo basura que constituye ya más del 65% de los correos que se envían y que es la causa del 90% de los problemas de seguridad actuales. ¿Ayudan las sanciones a solucionar estos problemas? Parece que no ayudan mucho, al menos en España. Enviar spams es una práctica ilegal y a pesar de ello no deja de crecer porque el problema está en el modelo económico (paga el que recibe correos, no el que los envía) y en la disparidad de legislaciones que existen al respecto en todo el mundo.



Miguel Pérez Subías

También puede colocarse en esta misma línea argumental el tema de los derechos de autor. Desde esta perspectiva, para el Presidente de la AUI el canon que grava de forma indiscriminada el soporte digital es un anacronismo “porque para contrarrestar la acción de los “malos” (los que piratean) castigamos a todos (también a los buenos) con un impuesto que lo administran entidades privadas.

En definitiva, en el mundo digital en el que el soporte se desvanece, la gestión de los derechos de propiedad

va a cambiar radicalmente. Lo cual no significa negar el derecho a la propiedad. Pérez Subías entiende que esto es compatible con la posibilidad de que el usuario tenga libertad para acceder a los contenidos y trasladarlos a los soportes que quiera y como quiera.

Los esfuerzos que hagan las Administraciones Públicas, las empresas y los profesionales servirán para que los usuarios finales de la red estén más informados y tengan menos miedo. José Mañas, catedrático de Telecomunicaciones en la Universidad Politécnica de Madrid y autor de varios libros de análisis sobre el fenómeno de Internet, dice que no conviene alarmarse demasiado ante la sensación de impunidad (da la impresión de que es más fácil que te roben en la red que en el metro) que existe en estos momentos en las operaciones que se hacen a través de la red.

Las claves para afrontar la nueva situación son tener en cuenta el tiempo y el volumen de información. No sabemos lo que está pasando y eso produce reacciones histéricas de inseguridad. La reacción debe llegar mediante la identificación de los síntomas, mediante la aplicación de procedimientos administrativos de seguridad, dosificando el tiempo de reacción y formando a las pymes y a la gente sobre el buen uso de Internet, sabiendo que en la red se encierra toda una cultura mundial. “Entonces habremos conseguido identificar un mundo en el que las cosas no ocurren por sorpresa. Se establecerá así la confianza en la red pero sin perder de vista que la nueva etapa digital no va a ser como la anterior, ni como la hemos pensado, ni como nos gustaría que fuera”.

Ciberdelitos, el lado oscuro de la red

La pornografía infantil, el atropello de los derechos de autor y el phishing son las desviaciones más corrientes en el uso de internet

José Fernández Beaumont

Las actividades más comunes en relación con la ciberdelincuencia y que afectan a una parte importante del negocio están relacionadas con la vulneración sistemática de los derechos de propiedad intelectual. La existencia en España de 4.000 “mochileros” que venden copias piratas de CDs y DVDs de bar en bar o de 3.500 “manteros” (comercializaron 16 millones de copias piratas durante 2004) puede resultar una broma si se compara con las descargas libres de contenidos musicales y de vídeo desde la red. Sólo en 2004 se descargaron de forma ilícita 17 millones de películas. Las descargas musicales fueron mucho más numerosas. En total: 270 millones de descargas. Y aún así, la SGAE batió el año pasado el récord de recaudación.

Son datos aportados por José Manuel Tourné, director de la Federación Antipiratería. Está claro que Internet se ha convertido en un terreno abonado para negocios adicionales relacionados con los derechos de autor. Ello influye en esta industria que se está viendo sacudida por crisis de grandes empresas relacionadas con el audiovisual. Compañías musicales en suspensión de pagos, reducciones drásticas de plantilla en los sellos musicales.

La oferta audiovisual es hoy muy amplia. Y cuando se rompe una ventana de exhibición de una película se modifican todas las ventanas, lo cual conduce al caos, dice Tourné. La represión policial no es suficiente. En 2004 se produjeron 4.400 intervenciones de la policía en España en esta materia. “Si no hacemos algo y pronto la sociedad de la información no podrá desarrollarse, estima el dirigente de la Federación Antipiratería.

Pero hay otros ciberdelitos más modernos, sofisticados y probables que los de la propiedad intelectual. José Manuel Colodrás, inspector de la Brigada de Delitos Tecnológicos del Ministerio de Interior, se ha referido en el Foro de las Evidencias Electrónicas en especial a la pornografía infantil y al phishing. “Nuestra prioridad es la pornografía infantil (violaciones a menores, incluso a bebés). En los casos recientes la realidad ha



sido mucho más dura de lo que ha aparecido en los medios. La pornografía infantil en la red es la evidencia de un delito”. En la policía española hay 256 funcionarios que persiguen los delitos en la red. Al menos 30 funcionarios detuvieron al año pasado a 400 personas, lo cual demuestra que Internet no es el salvaje oeste.

El phishing no es un fraude en sí mismo sino un instrumento para cometer un fraude, una técnica para convencer a una persona para que preste sus datos. Es una estafa que se ceba en las cuentas bancarias. Es muy difícil detener a los delincuentes que practican el phishing. Son jóvenes que proceden en su mayoría de los antiguos países del este. Ponen unas páginas-gancho desde lugares difíciles de controlar (cibercafés, lavanderías). Se accede a una página web

falsa donde te piden todos los datos bancarios y otros. En el descubrimiento y detención de estos delincuentes la policía española ha sido pionera. También se ha trasladado a la red el fraude de las cartas nigerianas, una especie de timo de la estampita.

Desde las empresas que se dedican a la seguridad digital avanzada también se trabaja para mejorar la situación. Carlos Jiménez, presidente de Secuware, aporta su particular visión sobre la necesidad de contar con seguridad en la red. “El anonimato es malo. En Internet lo preocupante es ampararse en el anonimato para atacar. Ser un personaje invisible es muy malo porque se pueden cometer delitos con absoluta impunidad. Habrá cosas para las que será necesario identificarse y otras no. Si entran a mi tienda gentes irreconocibles, con una media cubriendo sus cabezas, yo me asusto. Para tener confianza se necesita identificar a las personas y a las cosas. En ese sentido el DNI electrónico sería un instrumento indispensable. La identificación es básica para la relación entre las personas”. Pese a todo la industria española está a la cabeza del mundo en seguridad informática, según Jiménez.

Patentes y Marcas para competir mejor

Los servicios de la oficina española de patentes y marcas

Miguel Angel Gutiérrez
Carmen Toledo

Hace pocos días que, en el marco de la presentación del Informe Cotec 2005 sobre tecnología e innovación en España, su Majestad el Rey Juan Carlos decía que “la globalización reclama la urgente búsqueda de nuevas formas de competitividad”. Pues bien, aunque la propiedad industrial, y en particular las patentes, son herramientas de competitividad de ya muy larga vida, en España su uso por las empresas es aún tan insuficiente que para la economía y la industria española puede decirse que un uso intenso y eficiente de las patentes casi tendría las connotaciones de una nueva forma de competir que, hay pocas dudas de ello, debe basarse firmemente en la innovación.

Probablemente mucha gente recuerde la repercusión que tuvo en los medios de comunicación el litigio ocurrido hace unos años entre las empresas Polaroid y Kodak en relación con los derechos de patente concernientes a cámaras fotográficas instantáneas. Las indemnizaciones otorgadas por daños y perjuicios superaron los 870 millones de dólares, marcado un hito en la historia de este tipo de litigios. Famosa fue también la controversia entre 3M y Johnson & Johnson en relación con la violación de varias patentes sobre fijaciones de nuevas fibras de vidrio para la cura de fracturas óseas y que se cerró con más de 100 millones de dólares en indemnizaciones. También se suelen mencionar cuando se habla de grandes litigios en torno a las patentes los casos entre Haworth y Steelcase y entre Smith International y Huphes Tool ambos con más de 200 millones de dólares en indemnizaciones por daños y perjuicios.

Recientemente, y esta vez en otro sentido pues no se trata de un litigio sino de una sanción, la Comisión Europea ha impuesto una multa de 60 millones de euros al laboratorio farmacéutico Astra Zeneca por la utilización durante años del sistema de patentes en forma abusiva, con el objetivo de frenar la entrada en el mercado de medicamentos genéricos que pudieran hacer peligrar las ventas de uno de sus principales productos, el Losec, utilizado para el tratamiento de las úlceras gástricas.

Si estos ejemplos realzan el impacto que pueden alcanzar las patentes dentro de la actividad de muchas empresas, también las marcas ofrecen ejemplos de su enorme trascendencia para las empresas en la economía moderna. Buena muestra de ello es el valor que se atribuye a las marcas, que en el caso de marcas re-

nombradas llega a ser muy elevado. Según datos de BBD o Consulting, el valor de marcas como Nokia o Daimler Chrysler llega a los 26.000 millones de euros, y los españoles BSCH y Telefónica superan los 17.000 y 11.000 millones de euros respectivamente.

En el campo del diseño industrial y para comprender la relevancia que esta modalidad de la propiedad industrial tiene en determinados sectores industriales, basta como ejemplo observar las largas y complejas negociaciones que tuvieron lugar en la Unión Europea con ocasión de la aprobación de la Directiva 98/71/CE sobre la protección jurídica del diseño industrial, y que se están reproduciendo en la actualidad a causa de la propuesta de revisión preparada por la Comisión Europea, en lo que se refiere a la cláusula de reparación que regula los derechos del diseño para el caso de piezas de recambio, tema de enorme alcance en el sector del automóvil.

Todos estos tres ejemplos permiten constatar algo evidente, que es la relevancia que tiene para la actividad de las empresas lo relacionado con la propiedad industrial. Los temas de patentes no deben ser nunca ignorados por las empresas, incluso si se trata de empresas con poca innovación o de pequeño tamaño, pues son cuestiones que siempre les pueden afectar, a veces con consecuencias de suma gravedad. En el caso de España, no es aventurado afirmar que los conocimientos que al respecto posee la sociedad española están muy por debajo de lo que requeriría su importancia en la economía y el comercio en la actualidad.

La década pasada, caracterizada desde el punto de vista político por el ritmo vertiginoso de los profundos cambios que se produjeron, presentó en los planos económico y comercial una serie de características sobre las que, la propiedad industrial ejerce casi siempre una notable influencia.

Globalidad de los mercados, intensificación de la competencia y aceleración del cambio tecnológico son algunos de los más sobresalientes entre esos rasgos que también caracterizan la actividad económica en la actualidad, y que definen un escenario que debe ser tenido muy en cuenta por los principales agentes económicos, es decir, por las empresas. Pues bien, todo lo relacionado con las patentes y marcas juega un papel de importancia, muchas veces decisiva, en relación con los rasgos

mencionados, y si ello es así en general en cualquier parte del mundo, lo es más acusadamente en el ámbito en el que han de moverse las empresas españolas, es decir el ámbito del mercado único, en el cual la propiedad industrial se constituye como una de las pocas excepciones a la libre competencia y circulación de mercancías llamadas a seguir existiendo.

Ello quiere decir que en un marco en el que lo general será el que los productos y servicios se muevan sin trabas por todo el ámbito territorial de la UE, continuará vigente el derecho que el titular de una marca tiene a oponerse a que terceros no autorizados

más difícil de asegurar dada la usual capacidad que muestran las empresas de asimilar fácilmente las innovaciones producidas por otras empresas con las que tienen que competir.

Esta forma de proteger sus desarrollos con patentes es cada vez más utilizada por las empresas, como muestran las cifras que se recogen en el Cuadro No 1 en el que se refleja el número de solicitudes de patentes en la Oficina Europea de Patentes, en Japón, en Estados Unidos y en el sistema internacional PCT (Tratado de Cooperación en materia de patentes) en el período 1997-2004.

Solicitudes de patentes en el periodo 1997-2004								
Países u Organizaciones	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Oficina Europea	72.904	82.087	89.359	100.692	110.025	106.243	116.613	123.706
Japón	370.555	378.659	377.610	405.273	403.435	384.009	390.000*	400.000*
Estados Unidos	202.102	219.901	245.135	271.047	302.221	300.303	300.000*	320.000*
PCT	57.064	67.062	76.358	93.240	108.229	110.388	115.176	121.746

* Son datos provisionales

hagan circular productos en el territorio a que se extiende aquel derecho, con un signo distintivo idéntico o parecido al de la marca en cuestión. Del mismo modo, el titular de una patente podrá impedir la fabricación y la comercialización de productos que vulnere los derechos en los que, en cuanto a determinados procesos o productos, se concreta una patente o un diseño industrial.

Parece pues evidente la gran importancia que estos temas tienen y que necesariamente han de ser tenidos en consideración por las empresas productoras o distribuidoras de bienes. La no dedicación de la atención necesaria puede dar lugar a sorpresas muy desagradables con consecuencias irreparables a veces muy onerosas, o a la pérdida de buenas oportunidades de negocio.

Utilidad de las patentes

Las patentes y su entorno, así como títulos de propiedad industrial más o menos afines como son los modelos de utilidad y en otra medida los diseños industriales, presentan un conjunto de funcionalidades capaces de prestar inestimables servicios a las empresas en general, y más acusadamente a las empresas de carácter industrial. Entre esas funcionalidades se destacan las siguientes:

1ª. Las patentes son un eficaz medio para proteger los resultados de los procesos de investigación y desarrollo de las empresas. Estos procesos, que normalmente son largos y costosos, llevan consigo una asignación de recursos muchas veces cuantiosos. La amortización o recuperación de esos recursos se facilita cuando los procesos desembocan en resultados patentables. Cuando esto ocurre, a través de las patentes se puede obtener un monopolio temporal para la explotación de los productos o procedimientos resultantes, lo cual hace más fácil la recuperación de las inversiones al impedirse la competencia durante un período determinado de tiempo. Sin el instrumento de la patente la remuneración al esfuerzo inversor de la empresa sería mucho

2ª. Las patentes actúan como un motor del cambio tecnológico. Si no existiese la institución de la patente, es decir, si no se ofreciese a las empresas la posibilidad de explotar en régimen de monopolio los resultados de sus inversiones en I+D, la mayor parte de dichas inversiones no llegaría a materializarse, pues el riesgo de que otras empresas copiasen los productos resultantes sería muy alto. La mayor parte de las veces para las empresas resultaría más rentable copiar las innovaciones realizadas por otras, dado que la competencia haría inviable trasladar a los precios la repercusión del coste de la inversión en I+D. Con todo ello se produciría un retraimiento general de la investigación y el desarrollo tecnológico y una ralentización del progreso técnico.

Con los sistemas de patentes, las empresas pueden mantener en secreto sus progresos en la innovación tecnológica en las fases previas a la utilización de los resultados procediendo a solicitar la patente en el momento oportuno para obtener así el monopolio temporal que dificultará la competencia y facilitará la recuperación de las inversiones realizadas. Por lo tanto los sistemas de patentes, cuanto más fuertes y más eficaces sean, más promoverán el cambio tecnológico actuando de esta forma como motor del mismo.

3ª. Las patentes pueden constituir un interesante activo empresarial, muy útil para la transferencia y explotación de la tecnología. Una de las características más notables de la economía contemporánea está constituida por el hecho de la relevancia que tienen para la empresa los denominados activos inmateriales. Caben pocas dudas sobre el papel que actualmente tienen cuestiones tales como nombre, clientela, organización y know-how en el negocio de las empresas. La economía de lo inmaterial puede llegar a tener un notable protagonismo en la empresa. La gestión de los activos inmateriales abarca cuestiones tales como su generación, mantenimiento, explotación, transferencia, etc.

Dentro de esos activos inmateriales se encuentran las patentes, que consiguen transformar un conjunto de conocimientos técnicos en un activo muy definido. Su importancia dentro de la empresa depende mucho del peso relativo que la innovación tenga en su actividad. Las patentes son un instrumento de gran utilidad en las empresas que tienen capacidad para desarrollar tecnología original, y es en este caso en el que pueden llegar a constituir un activo propio susceptible de explotación, alquiler y venta como cualquier otro tipo de activo.

También las empresas que no generan tecnología deben de tenerse en cuenta las patentes, bien para que el aprovechamiento de activos tecnológicos generados por otros mediante su adquisición o bien para delimitar el ámbito de la tecnología de uso público en el que la empresa puede moverse libremente.

A través sobre todo de los contratos de licencia, las patentes pueden jugar un papel de relativa importancia en los movimientos de tecnología entre países. Esa importancia depende sobre todo del sector de la técnica de que se trate, siendo normalmente menor en los sectores de la industria básica, en la que el know-how tiene mayor relevancia tecnológica, y mayor en los sectores de tecnología punta.

Una idea de la relevancia de este papel de las patentes puede obtenerse si se tiene en cuenta que los ingresos anuales por licencias de patentes en todo el mundo superan los 120 millones de euros y equivalen a más del 11% de las ganancias combinadas de las empresas.

4º. Las patentes constituyen una excepcional fuente de información tecnológica. La trascendencia de esta funcionalidad de las patentes a través de los documentos en que se plasman merece una especial consideración que se hace a continuación.

Las patentes como fuente de información

Los documentos de patentes constituyen una fuente de información tecnológica de extraordinario valor, ya que son el medio de difusión en el que se plasma todos los años un enorme número de invenciones. Ello es así porque para que los inventores puedan obtener de los Estados un derecho a la explotación en exclusiva de sus invenciones durante un período de tiempo han de divulgarlas en los documentos de patentes.

En realidad, el impulso último que alimenta la fuente de información constituida por documentos de patentes radica en la necesidad de innovación de las empresas. Hoy nadie discute que para asegurar su supervivencia a medio o largo plazo, las empresas necesitan innovar, es decir, obtener nuevos productos, utilizar nuevos procesos o mejorar las características de antiguos productos o procesos. La innovación es casi siempre el resultado de un complicado proceso de investigación y desarrollo que es necesario planificar cuidadosamente, tanto para asegurarse una eficiente utilización de los recursos asignados como una eficaz explotación de los resultados obtenidos.

Una de las cuestiones clave para esta explotación la constituye la forma en que la empresa proteja los resultados de sus innovaciones, es decir la forma en que evite que otras empresas se puedan aprovechar en forma gratuita de los esfuerzos realizados y los recursos consumidos por la empresa innovadora.

Normalmente a las empresas se les presentan dos alternativas para la protección de sus inversiones en innovación. Una de ellas consiste en mantener los resultados en el más absoluto secreto. Es lo que se conoce como “know-how” o “secreto industrial”. La otra alternativa consiste en ampararse en la protección que ofrecen las leyes de propiedad industrial, es decir, las patentes y los modelos de utilidad.

Esta alternativa ha sido y es muy utilizada por las empresas innovadoras tal y como se deduce de las cifras del Cuadro No 1, del que también puede deducirse que anualmente se presentan en el mundo varios cientos de miles de solicitudes de nuevas patentes.

Estas innovaciones se plasman en documentos que pasan a engrosar ese inmenso acervo tecnológico constituido por la documentación mundial de patentes, del que se calcula que está compuesto por 50 millones de documentos.

En España, y como se puede ver en el Cuadro No 3, se vienen produciendo anualmente por encima de 170.000 nuevas solicitudes de patentes y modelos de utilidad con posible efecto en su territorio a través de las diferentes vías que pueden utilizarse.

Solicitudes para España de patentes y modelos de utilidad en el periodo 1997-2004

Año	Total
1997	93.207
1998	118.078
1999	126.773
2000	147.450
2001	162.197
2002	169.312
2003	170.014
2004	181.512

Todas estas cifras hablan por sí solas de la importancia excepcional de la documentación de patentes que constituye una fuente de información tecnológica de primer orden tanto por su volumen como por su contenido.

Además de constituir una fuente de información tecnológica de considerable valor, los documentos de patentes reúnen una serie de ventajas en relación con fuentes de información alternativas. Entre dichas ventajas se encuentran las siguientes:

a) Los documentos de patentes suelen ser el medio de primera publicación de las invenciones. En efecto, esto es así porque una patente no es concedida o no tiene validez si la invención a que se refiere fue divulgada con anterioridad a la solicitud por otros medios. Por otra parte cuando existen varias solicitudes de patente sobre invenciones parecidas es normal que la patente se conceda a la primera solicitud presentada. Por todo ello es usual que las invenciones sean guardadas en secreto hasta que son publicadas en un documento de patentes.

b) Existe uniformidad en la estructura de los documentos de

patentes prácticamente a nivel mundial. Es decir, que un documento de patentes, con independencia del país en el que la patente se ha solicitado, y por tanto publicado, tiene siempre la misma forma de presentación de la información en el contenido. Ello facilita la familiarización con este tipo de fuente de información incrementando la eficacia de su manejo.

c) A nivel mundial la documentación de patentes abarca la práctica totalidad de lo que en cada momento es nuevo y relevante en la tecnología aplicada industrialmente. Hay que tener en cuenta que es normal que se solicite una patente para cualquier invención susceptible de aplicación industrial, con independencia del campo técnico en el que se produce la innovación. Por ello es difícil encontrar otra fuente de información de la tecnología industrial con la amplitud alcanzada por la documentación de patentes.

d) Gran parte de la información contenida en los documentos de patentes no se difunde nunca por otros medios. En este sentido se han realizado estudios sobre la proporción en que la tecnología patentada se difunde por otros medios y se ha concluido que la gran parte de esa tecnología no es divulgada en otras publicaciones distintas a los documentos de patentes.

e) Los documentos de patentes cuentan con un resumen. Al contener los documentos de muchos países un resumen en su primera página, se facilita enormemente una rápida captación del alcance del contenido del documento completo y su utilidad para el potencial usuario.

f) En la mayor parte de las oficinas de patentes del mundo se asigna a cada documento unos símbolos de clasificación según un sistema único que es la Clasificación Internacional de Patentes. Esto permite recuperar y manejar grupos de documentos homogéneos en cuanto a áreas técnicas a que se refieren, facilitándose enormemente la localización de la información útil dentro de lo que normalmente son grandes volúmenes de información.

g) Los documentos de patentes suelen contener una serie de datos sobre el inventor y titular, tales como nombre y dirección. Al contar con estos datos se facilitan ciertas cuestiones de interés en cuanto al posible uso de la información. Tales cuestiones pueden referirse al origen de la tecnología, a las condiciones de posible obtención de una licencia, o al seguimiento de las actividades innovadoras de una determinada empresa, etc.

h) Los documentos de patentes han de describir la invención en una forma lo suficientemente detallada como para permitir que un experto medio en la materia pueda reproducirla y aplicarla. Esta exigencia de las legislaciones de patentes, facilita la utilidad real inmediata de la información de patentes, dificultando que los solicitantes pudieran reservarse información clave.

Los documentos de patentes contienen además de la información técnica, una serie de datos que sobrepasan ese ámbito y que permiten que su uso no se restrinja a lo científico o técnico sino que cuestiones de tipo comercial o de planificación puedan ser apoyadas utilizando la información de los documentos de patentes.

Se han realizado numerosas investigaciones acerca de la utilidad de la información de patentes, llegándose a concluir que es

grande la riqueza de posibilidades en cuanto a alternativas de uso de la documentación de patentes. Entre dichas alternativas de uso pueden señalarse como más interesantes las siguientes:

1. Investigaciones sobre el estado de la técnica. Como resultado de estas investigaciones se reúnen los conocimientos científicos y técnicos existentes en relación con un determinado problema, proceso o producto. Su utilidad es grande en cuestiones tales como:

- Preparación de actividades de I+D para evitar investigaciones redundantes con el consiguiente gasto inútil de recursos.
- Resolución de problemas técnicos específicos que ya se encuentren descritos en la documentación de patentes existente.
- Estudio de la oportunidad de ciertas inversiones orientando sobre el grado de estabilidad de una tecnología, factor de gran importancia al decidir determinadas inversiones.
- Orientación sobre la posibilidad de solicitud de una patente, sobre todo en casos como el de patentes europeas en el que los costes de tramitación son de consideración.

2. Investigación de patentes con fines legales o comerciales. La investigación con fines legales cubre objetivos tales como evitar la vulneración de una patente existente, identificar técnicas de libre utilización, determinar la novedad de una invención, etc. Desde el punto de vista comercial puede ser objetivo de la investigación el obtener datos sobre el valor económico de una patente considerando tanto su contenido como el conjunto de países donde ha sido presentada la solicitud, o el apoyar las negociaciones para una posible licencia con el conocimiento de alternativas y el alcance de la protección, etc.

3. Investigaciones sobre empresas con finalidades de estrategia comercial. En este contexto la información de patentes puede ser útil en cuestiones tales como el seguimiento de las actividades de investigación de empresas competidoras, pues al patentar los resultados de esas investigaciones las empresas divulgan las áreas y las tecnologías concretas en que están trabajando. Otras cuestiones de interés relacionadas con este ámbito se refieren a la transferencia de tecnología, pues las patentes pueden jugar un papel importante en este campo cuando se realizan acuerdos entre empresas con esa finalidad.

4. Investigaciones tecnológicas sectoriales. Estas investigaciones son de gran interés tanto para organismos públicos relacionados con la actividad científica o industrial de un país como para las empresas que trabajan en un determinado sector. Entre las informaciones que las patentes pueden ofrecer dentro de este ámbito, es decir, referidas a un sector técnico o económico concreto se encuentran cuestiones tales como:

- Centros predominantes de la producción de la tecnología sectorial
- Principales líneas de desarrollo tecnológico en un determinado momento.
- Empresas dominantes en la tecnología del sector
- Nivel de actividad del sector en un determinado país.

5. Estudios relacionados con la tecnología a nivel mundial o regional. En este sentido, las patentes pueden ofrecer información interesante sobre cuestiones tales como nivel de desarrollo tecnológico de los países, movimientos de tecnología entre ellos, interés de los distintos mercados para la explotación de una tecnología, etc.

Las funciones de las marcas

Las marcas, junto con los nombres comerciales, constituyen el grupo de figuras de propiedad industrial denominado signos distintivos. Estas figuras han llegado a alcanzar una importancia extraordinaria en la economía y el comercio modernos, de tal forma que hoy es difícil imaginar el funcionamiento de la economía a cualquier escala sin la existencia de los signos distintivos de la empresa en general y de las marcas en particular. En el Cuadro No 4 se puede observar la evolución de las solicitudes de marcas nacionales en España en los últimos años y en el Cuadro No 3 la de las marcas comunitarias (válidas para todo el territorio de la UE). El volumen de solicitudes se mantiene siempre en niveles muy importantes.

Solicitudes de marcas y diseños comunitarios		
Año	Marcas Comunitarias	Diseños Comunitarios
1997	27.275	
1998	31.623	
1999	41.277	
2000	57.370	
2001	48.899	
2002	45.204	
2003	57.648	10.473
2004	58.129	14.048

Las marcas, por su naturaleza, cumplen un amplio conjunto de funciones que sirven el interés de diversos agentes sociales, y traducen una división entre los países desarrollados, que apoyan sus elementos de competitividad en factores tales como calidad, diseño, presentación, etc., y los países menos desarrollados en los que el factor esencial y casi único de competitividad es el precio.

Las funciones de las marcas pueden entenderse en un sentido triple:

1a. Las marcas como herramienta de la empresa. En la época actual, para competir en el comercio no basta sólo la calidad de los productos, sino que es además imprescindible que los pro-

ductos de una empresa puedan distinguirse inequívocamente de los de la competencia, incluso cuando esos productos ya han salido de la posesión de la empresa. Esto es posible gracias al mecanismo de la marca que cumple así una primera función esencial para el empresario.

Por otro lado, la protección otorgada por los signos distintivos en general, es una de las fórmulas que habilita el Derecho para la defensa de las empresas. Valores tales como aceptación en el mercado, clientela, prestigio, etc., que la empresa acumula en el tráfico de bienes, se incorporan y vinculan a los signos distintivos, especialmente a las marcas, que pueden adquirir así un valor económico considerable, a veces por encima de otros activos de la empresa.

Esos activos inmateriales presentan la posible función adicional de explotación en sí mismos a través de transmisiones y licencias, o de esa modalidad de tan intenso uso en la actualidad que es la franquicia.

2a. Las marcas al servicio de los consumidores. Las marcas son un instrumento muchas veces esencial para la satisfacción de las necesidades de los consumidores al permitir identificar el origen de los productos. Las personas interesadas en la adquisición de un determinado producto o servicio pueden a través de la marca seleccionar aquellos que sirven mejor a sus expectativas o que proceden de su origen preferido.

De esta manera, las marcas desempeñan un valioso papel social, mediante el cual los consumidores confían en la calidad y el prestigio que representan las marcas, llegando a veces a ser tal la identificación en la mente del consumidor que frecuentemente confunde marca y producto solicitando el objeto deseado con la designación de su marca.

3a. Las marcas al servicio de organismos reguladores del tráfico de bienes. En cuestiones tales como la lucha contra la falsificación y el control de la calidad de los productos, los organismos y autoridades encargados de estas funciones ven considerablemente facilitada su labor a través de la identificación de los productos en cualquiera que sea el lugar en que se encuentren.

Función del diseño industrial

En las sociedades modernas los consumidores realizan su elección de productos no sólo en función de su calidad, su utilidad o su origen, sino que la propia apariencia externa de los productos es un factor cada vez más importante. De ahí que las empresas tiendan a presentar sus productos en el mercado bajo formas estéticamente atractivas para, de esa manera, influir en la elección que realiza en consumidor.

El diseño industrial es la modalidad de propiedad industrial que da respuesta a estas necesidades concibiéndose como un tipo de innovación formal referido a las características de apariencia de un producto en sí o de su ornamentación.

En el Cuadro No 4 se recogen las cifras de solicitudes de diseño industrial (hasta 2004, modelos y dibujos industriales). A partir de 2003 existe también el modelo industrial comunitario,