

# El enfoque jurídico

## *II Jornadas contra el préstamo de pago*

*1 de marzo de 2005*

### 1. Introducción.

En primer lugar, debo dar las gracias por la invitación recibida para hablar en estas jornadas pero me permitirán ustedes que me vea en la obligación previa de advertir que no podré entrar en el fondo del asunto porque, hasta la fecha, desconocemos cuál es la regulación que se pretende establecer sobre el canon compensatorio por el préstamo público de los libros.

Por ello, que me referiré a cuestiones generales que considero aplicables al supuesto que nos ocupa dada la existencia de elementos comunes útiles para analizar jurídicamente la situación actual y que consisten en la relación entre los derechos fundamentales y el derecho a la propiedad intelectual, la realidad de Internet, unas breves notas sobre los sistemas de cánones y unas breves conclusiones.

### 2. Los derechos fundamentales y la propiedad intelectual.

En la época actual, el derecho a la propiedad intelectual está sufriendo una etapa de hipertrofia que afecta a derechos que son fundamentales. Recordemos que esto no debiera ser así, ya que la jerarquía de las normas jurídicas (que es uno de los valores constitucionales) establece que los derechos fundamentales deben primar sobre los derechos ordinarios, dentro de los que se encuentra una parte de los derechos de autor.

Para no perdernos en teorías, vamos a señalar unos ejemplos reales en los que, estando confrontados los derechos ordinarios de la propiedad intelectual y diferentes derechos fundamentales, se está produciendo en la práctica una insensata alteración de los valores jurídicos:

a) Nos debemos referir, en primer lugar, al canon compensatorio por copia privada en los soportes digitales.

El derecho al canon compensatorio incluso se cobra sobre las actas judiciales. Todo juicio civil celebrado en la actualidad en España devenga un importe en favor de las entidades de gestión de la propiedad intelectual.

Anteriormente, el acta de un juicio lo levantaba a mano el Secretario judicial, quien ostenta las funciones de dar fe de lo que ocurre en las actuaciones de un juzgado. El acta levantado fija lo ocurrido, sirve como memoria verificadora de lo que ha ocurrido y tiene una gran importancia para la emisión de la sentencia o para presentar un recurso. Hoy en día, ese acta es una grabación en soporte digital, es un CDROM que paga el canon en virtud del artículo 25.1 de la Ley de propiedad intelectual.

Cuando se utilizaba papel como soporte del acta, el ciudadano nada pagaba. Sin embargo, ahora el ciudadano debe satisfacer un canon por cada copia del acta judicial, con lo que de hecho es como si cada acta judicial de papel llevara pegada una póliza cuyo importe es en favor de entes privados.

En este caso, se antepone un derecho no fundamental de propiedad intelectual al

derecho de los ciudadanos a la Justicia, sin perjuicio de la perversión jurídica que supone que recursos de la Administración de Justicia, tan escasa de medios, sufrague derechos de los autores.

- b) El segundo ejemplo que queremos citar es el actual sistema Red de la Seguridad Social española, que consiste en la red telemática de comunicación de datos entre la Seguridad Social y los afiliados a la misma.

Según la normativa vigente, para poder ser titular de deducciones y bonificaciones de nuestra Seguridad Social, es obligatorio utilizar el sistema Red y no puede emplearse el tradicional sistema de declaración en formato papel. La normativa establece también que aquellas empresas que, sin utilizar este servicio, se aplicasen las deducciones o bonificaciones, serán sancionadas por aplicaciones indebidas, lo que así ha sido de hecho.

El sistema Red de la Seguridad Social solamente funciona utilizando el sistema operativo Windows, software protegido por la propiedad intelectual. Por tanto, para poder ejercitar derechos públicos, se debe previamente pagar una licencia de propiedad intelectual a una empresa privada.

- c) En el tercer ejemplo, el derecho enfrentado a la propiedad intelectual es el derecho a voto en unas elecciones generales. En el reciente ensayo sobre voto electrónico realizado con ocasión del último referéndum han sido más importantes los derechos de la empresa que ha desarrollado el sistema que la misma transparencia de voto.

No se puede conocer el código de la aplicación porque es propiedad intelectual privativa y la protección del código informático impide verificar si los sistemas de emisión de voto y de recuento de los mismos no están, por decirlo así, trucados.

Es más, el código de un programa informático se halla protegido por las disposiciones del Código penal, por lo que la verificación de la limpieza de unas elecciones mediante voto electrónico, con el actual sistema legal, podría implicar la comisión de un delito previsto y penado en el artículo 270.3 del Código penal. El derecho a verificar la limpieza de unas elecciones no puede estar condicionado a derechos de propiedad intelectual.

- d) En algunos exámenes de oposiciones a puestos de funcionarios de las administraciones públicas relacionados con la informática se están realizando preguntas cuyas respuestas sólo pueden conocerse comprando material privativo consistente en los manuales que acompañan al software.

No debemos olvidar que existen unos libros especialmente regulados por la vigente Ley de Propiedad Intelectual que son los manuales de los programas informáticos, cuya protección legal se realiza mediante su inclusión en la protección del propio programa.

En ciertos casos, las aplicaciones tienen un coste de cientos de miles de las antiguas pesetas y, para obtener el conocimiento preguntado en las oposiciones, sólo cabe comprar el programa para tener acceso a los manuales. Las oportunidades para la obtención de una plaza de funcionario público se hacen depender del previo pago a una entidad privada.

- e) En la actualidad, a todo autor se le vulneran los derechos a la igualdad y la libertad de asociación ya que existen numerosos derechos de propiedad intelectual que sólo pueden ejercitarse a través de una entidad de gestión.

El autor se ve enfrentado a una de dos opciones: bien se asocia, en cuyo caso se

vulnera su libertad de asociación, bien se queda sin cobrar, en cuyo caso se vulnera su derecho a la igualdad con los demás autores asociados que, debemos señalar, son titulares de derechos de idéntica naturaleza que los del no asociado.

- f) Por último, en este mismo supuesto se halla el derecho a la cultura con respecto al derecho al canon por préstamo público: son más importantes los derechos de una minoría a la remuneración por préstamo público que los derechos de una colectividad al acceso a la cultura con el menor número de trabas posible.

### 3. Internet, un nuevo escenario.

El contexto actual de confrontación de derechos debe completarse por la existencia de un nuevo escenario al que son de difícil aplicación las antiguas normas jurídicas.

Los dos elementos que entendemos relevantes para nuestro breve análisis son los de la aparición de un nuevo bien y la reconversión industrial: el bien digital, que permite y facilita un nuevo sistema de distribución de los bienes, lo que necesariamente debería tener consecuencias en una nueva regulación legal ya que desde siempre, «*similem similes quaerunt*», los supuestos diferentes deben tratarse jurídicamente de forma diferente, así como en la planificación de la necesaria reconversión industrial.

#### 3.1. El bien digital.

La aparición del bien digital ha traído consecuencias dramáticas para la industria del entretenimiento. Este nuevo bien se caracteriza por dos rasgos económicos que no por ser ya muy conocidos voy a dejar de mencionar:

- a) La «*traditio*» de un bien digital, esto es, la entrega del bien de una a otra persona, no implica desposesión. Si se entrega un bien físico, una persona lo pierde y otra lo gana, no así en el bien digital, que sigue en poder de ambos.
- b) La copia de un bien digital tiene un coste despreciable.

Estas dos características ontológicas, esto es, inseparables de la misma naturaleza del bien digital, imponen unas reglas económicas diferentes que se ven favorecidas por la existencia de la Red. El libro deja de ser un objeto físico y se convierte en un bien cuyo comportamiento es más parecido al de un fluido.

No creamos que esto es nuevo, la vida cotidiana en los pueblos nos ha dejado al menos dos ejemplos:

- a) El préstamo de una brasa para encender el fuego.
- b) La entrega de levaduras para hacer el pan.

Compartir estos bienes no se regulaba mediante criterios restrictivos. El sentido común nos impide someter las entregas de brasas y de levadura a las normas de los objetos físicos. No obstante, la transmisión del bien digital, efímera y promiscua por su propia naturaleza, encuentra como respuesta la criminalización en las leyes actuales.

Los libros ya no son objetos físicos, son archivos digitales. Se transmiten a un punto y desde ahí se transforman en otra realidad física y cambian de formato. Los libros viven en las redes.

Siendo el objeto diferente, los juristas deberemos prestar mejor atención a unas normas diseñadas para otra realidad y pretender una legislación más adecuada a las eficiencias económicas generales y no a las de una minoría que, además, no tiene ningún escrúpulo en anteponer sus intereses a intereses generales lo cual sería legítimo siempre y cuando

no invadieran otras parcelas del ordenamiento jurídico apropiándose de lo que no les pertenece, siendo el paradigma de este comportamiento el canon sobre el acta judicial.

### 3.2. La necesaria reconversión industrial.

Dada la naturaleza del bien digital, algo no cuadra económicamente cuando se quiere hacer de pago un bien cuya característica «*per se*» es su clonación gratuita. La única solución que se está adoptando actualmente frente a esta realidad es la de luchar contra el modelo económico mediante el endurecimiento de las normas. Ello lleva a la típica consecuencia de los modelos económicos ineficaces, que es la creación de mercados negros paralelos. Estos modelos ineficaces sólo se sustentan mediante el uso de legislación coercitiva.

Lo que nos debemos plantear, como metodología, es la posibilidad de otra solución. Cuando existe un mercado en el que la realidad se impone tenazmente (y por citar un ejemplo señalaremos el problema actual de los astilleros españoles debido a la competencia que sufren de los astilleros coreanos) lo que se debe hacer es lo que se debe hacer siempre: la reconversión industrial. Si esta reconversión no es guiada por las instituciones, la realidad se encarga de efectuarla por sí misma, generando nuevas instituciones que reemplazan a las anteriores.

Gozamos actualmente del mejor sistema de distribución de bienes jamás imaginado, que es la Red. Ya sea a través de las redes p2p, ya sea mediante otras conexiones entre ordenadores, un bien puede ser distribuido a todos los lugares del globo a cambio de un coste despreciable. Utilizando la tecnología, grupos de adolescentes han superado a las multinacionales, a pesar de todos sus recursos, que ahora no saben qué hacer ni cómo acometer la necesaria reconversión.

Google ha comprendido perfectamente la nueva situación. Bajo treinta mil ordenadores conectados entre sí ha construido un producto de primera necesidad para la Red que, además, es gratuito. Esto es chocante con los modelos tradicionales. ¿Cómo puede hacerse dinero regalando un buscador? Pues ahí lo tenemos.

Además de lo anterior, en el estado actual de las normas jurídicas la realidad legislativa nos obliga, para no cometer ilícitos, a ser expertos simultáneamente en especialidades tales como tecnología y en propiedad intelectual, parcelas ambas que tienen un altísimo grado de especificidad. El conocimiento del común de los mortales no alcanza a ambas parcelas, por lo que quien sufre es la institución de la seguridad jurídica, uno de los pilares básicos de nuestro Estado social y democrático de Derecho. Exigir al ciudadano medio un nivel de conocimiento especializado para que así no cometa ilícitos en su normal desenvolvimiento de la vida cotidiana no es saludable bajo un punto de vista de política legislativa ni de paz social.

La existencia de un nuevo canal, Internet, de bienes digitales de novedosa promiscuidad y ubicuidad, de nuevos sistemas de distribución de dichos bienes y la ausencia de una normativa adecuada que tenga en consideración la propia ontología de los elementos a regular, producen un cóctel al que sólo se le da como salida la norma restrictiva, sin ningún estudio en este país relativo a cómo debe llevarse a cabo la reconversión industrial. Ni siquiera intelectualmente se ha planteado esta alternativa. ¿Qué haremos con los trabajadores del antiguo sistema? ¿Cómo se puede ganar en productividad en un mundo globalizado e interconectado por redes? ¿Qué costes sociales tiene esta necesaria reconversión? ¿Acaso los escasos recursos del Estado deben destinarse a la protección de los intereses de una minoría, por encima de problemas mucho más graves y acuciantes, siendo que los recursos se están tirando, como la realidad nos demuestra?

No plantearnos estas preguntas y no resolverlas sólo nos lleva al empobrecimiento legal y tecnológico y, una vez más, a la pérdida del tren, que parece ser nuestro sino histórico.

## 4. Sistema de compensación por cánones.

Sin entrar a analizar lo injusto o no del diseño por el legislador de un sistema de compensaciones de derechos, sí que es conveniente una disección de los mismos para entender de lo que estamos tratando y para ello utilizaré ideas de alguien mucho más docto que yo, el catedrático de Derecho Procesal y magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, profesor Don Juan Montero Aroca, recogidas en su obra "La legitimación colectiva de las entidades de gestión de la propiedad intelectual".

El sistema actual de derechos compensatorios tiene unos rasgos comunes que podríamos enumerar descriptivamente en los siguientes:

### a) El titular de los derechos objeto de compensación no puede ejercitarlos personalmente.

Ser titular de un derecho implica poder ejercitarlo. De nada sirve ser propietario de un bien si no se puede defender dicha titularidad en los juzgados y tribunales. Sin embargo, en los derechos compensatorios el titular del derecho, el autor, no puede legalmente ejercitar su derecho sino que tiene que hacerlo efectivo a través de una entidad de gestión. Este tipo de derechos podríamos calificarlo, cuando menos, de extraños ya que se aparta de lo que es el diseño de un derecho ordinario.

En la práctica, en Derecho tenemos ejemplos en los que los titulares de los derechos no pueden ejercitar los mismos y tienen que recurrir a la figura de terceras personas para su ejercicio: los menores de edad y, hasta la reforma de nuestro Código civil de fecha 2 de mayo de 1975, la mujer casada. La situación de los autores es análoga a estas dos situaciones, ejerciendo la patria potestad las entidades de gestión lo que puede describirse como una minoría de edad de los autores en el ejercicio de sus derechos de naturaleza económica.

### b) Se impone una necesidad de asociación para poder cobrar el derecho.

Si el autor no se halla asociado a una entidad de gestión, no puede cobrar un derecho que es suyo y que ha sido cobrado por el único legalmente habilitado para cobrarlo y gestionarlo. Para cobrarlo, o el autor se asocia o se queda sin derecho, por lo que se vulnera la libertad de asociación. Para nuestros propósitos, es interesante conocer a qué tipo de entidades me obliga la ley a afiliarme para poder ejercitar mi derecho: las entidades de gestión de la propiedad intelectual.

Si un autor quiere finalmente cobrar el importe de sus derechos a un canon, debe firmar un contrato de adhesión no discutible ni negociable cuyo objeto es la exclusiva de los derechos del autor durante una larga vigencia obligatoria y cuya resolución sólo puede solicitar con un período de un año de preaviso. El autor no puede discutir ni la vigencia del contrato ni los derechos concretos que quiere que se gestionen. Es un contrato de adhesión leonino que cubre los huecos que dejan los estatutos de la entidad, que obligan al autor por otra parte por su condición de socio.

Por otra parte, el autor no tendrá voto en la asociación a la que se afilie, ya que la Ley de Propiedad Intelectual establece la posibilidad del voto ponderado y éste es el sistema adoptado por las entidades de gestión. La principal entidad española tiene del orden de unos 80.000 socios de los que sólo tienen sufragio activo (derecho a votar) unos 5.000 y de cuyos 5.000 hay 200 socios con 5 votos. En lo que respecta al sufragio pasivo (derecho a ser elegido), para ser miembro de la directiva se ha de contar con 5 votos. Esto no es propio de un sistema democrático actual sino sistema del voto censitario del siglo XIX, en el que sólo tenían derecho al voto los titulares de bienes inmuebles.

A ello debemos añadir que en alguna entidad de gestión los socios tienen intereses

contrapuestos, ya que estamos ante socios trabajadores (autores) y socios empleadores (editores), idéntica composición que los antiguos sindicatos verticales suprimidos en el actual régimen democrático.

Así pues, para que un autor pueda recibir el importe de su derecho se le obliga a asociarse a una entidad y en las condiciones descritas.

c) La opción de no asociarse atenta contra el principio de igualdad.

El autor que no desea asociarse se encuentra entonces discriminado. Un escritor no asociado a una entidad de gestión no podrá cobrar ni hacer efectivo su importe de la compensación por reprográficas, por ejemplo. Es lógico, si no es asociado, la entidad de gestión que recauda esos derechos no va a entregárselos sin más. Esta circunstancia puede entonces producir dos consecuencias: o bien el importe de los derechos del no asociado se entrega a los asociados, o bien los retiene en su patrimonio la entidad de gestión (patrimonio que, en definitiva, es de sus socios). En cualquier caso se produce un enriquecimiento injusto por alguien, ya que el no socio no recibe el dinero de su compensación.

La recaudación de los derechos de todos se produce efectivamente, pero sólo se entrega a los que son socios, lo que es una clara vulneración del principio de igualdad entre autores de obras de igual naturaleza.

Para modernizar y regular correctamente el funcionamiento de las entidades de gestión, es necesario exigir la democratización de las mismas. Problemas tales como el ejercicio de los derechos colectivos es otra cuestión más compleja y difícil de resolver por cuanto que los estudios existentes hasta la fecha ni demuestran la realidad de los derechos en juego ni son transparentes en cuanto a los criterios de reparto.

Los derechos compensatorios imponen su gravamen a todos, personas físicas y jurídicas, puedan o no efectuar el derecho que a cambio se les concede. Un ejemplo es la copia privada de una obra fonográfica, que no puede sostenerse pueda ser realizada por una empresa y sin embargo, las empresas y las instituciones públicas son las más perjudicadas por el pago del canon.

Por último, los criterios de reparto son precisamente inversos a la lógica: si las compensaciones se satisfacen a los autores teniendo en cuenta su volumen de ventas, precisamente se deja de pagar al más copiado, que es el que menos ha vendido precisamente por esa razón. Esta situación tiene su mayor incidencia en los libros de texto de las facultades universitarias. Tal y como comentaba un catedrático de Derecho Procesal: «Soy el más fotocopiado y no veo un duro. Claro, como no vendo, porque me fotocopian, no me compensan».

## 5. Conclusión.

Como conclusiones finales, quisiera apuntar las siguientes:

- a) Los derechos de propiedad intelectual están invadiendo parcelas tradicionalmente reservadas a derechos de mayor rango, por lo que debemos extremar la vigilancia ante la legislación que se está desarrollando dada la facilidad con la que podemos encontrar antinomias.
- b) El modelo económico anterior es ineficaz ante el nacimiento de nuevos bienes, un nuevo sistema de distribución y el estado del arte de la tecnología.

- c) Deben plantearse con rigor estudios sobre un nuevo modelo económico que tenga en cuenta la necesaria reconversión industrial. No hacerlo implicará que se perjudique, como siempre, a los más desfavorecidos que no son, en este caso, los titulares de los derechos que, como hemos visto, o no los pueden ejercitar por Ley o por contrato de obligatoria adhesión, sino los trabajadores de una industria en crisis.
- d) Una política legislativa restrictiva y de criminalización generalizada que exige altas pericias para así no delinquir roza la seguridad jurídica y produce efectos perversos en la sociedad.
- e) El sistema de compensación por cánones permite entrever suficientes falacias lógicas como para que pueda ser admitido sin más, sin que se entienda por qué este sistema sólo es aplicable en favor de entes privados y no de sujetos desvalidos necesarios de mayor protección.
- f) Es necesario profundizar en los mecanismos que modifiquen la actual realidad de las entidades de gestión, en busca de una democratización de las mismas, de una verdadera representación de los autores y de transparencia y que dejen de servir como instrumento de lobby y presión de la industria del entretenimiento sólo interesada por encima de todo en sus resultados económicos aunque sea pasando por la criminalización de sus propios clientes.
- g) La realidad se impondrá. Seguir construyendo en una rambla produce destrozos debido a las riadas. Cuanto antes se comprenda esto, menos tiempo perderemos y se podrán defender verdaderamente los derechos de los autores, derechos que actualmente poseen sólo de una manera formal pero nunca real, salvo en contadísimas excepciones.

Muchas gracias.

## Índice de contenido

1. Introducción. ....	1
2. Los derechos fundamentales y la propiedad intelectual. ....	1
3. Internet, un nuevo escenario. ....	3
3.1. El bien digital. ....	3
3.2. La necesaria reconversión industrial. ....	4
4. Sistema de compensación por cánones. ....	5
5. Conclusión. ....	7