

Reflexiones sobre el derecho de autor y la piratería en entornos digitales

Rodolfo Herrera Bravo

Con la irrupción de tecnologías digitales que facilitan de forma nunca antes vista la distribución de creaciones amparadas por el derecho de autor clásico y la posibilidad de su consumo a escala global, no es de extrañar que la percepción social del fenómeno de la piratería digital necesite una revisión y que se analice la pertinencia de la regulación vigente.

Al respecto, resultan muy interesantes los ensayos elaborados por María Paz Canales y Alejo Barrenechea, por la claridad, corrección y originalidad con la cual miran el fenómeno. Destaca, en particular, la capacidad de ambos autores para comprender los nuevos modelos de negocio que surgen en las industrias creativas digitales y para relevar la falta de flexibilidad de la ley de propiedad intelectual que nos rige.

A partir de lo expresado por Canales y Barrenechea, queremos aportar algunas reflexiones propias, a modo de complemento a sus ya valiosos aportes. En primer término, me parece importante criticar la connotación de ilicitud con la que se mira la piratería, dado que no siempre se funda en razones correctas y, en ocasiones, solo responde al intento por mantener un *statu quo* de control sobre las obras, tanto técnico como normativo, por parte de la industria cultural tradicional. En esos casos, la supuesta lucha contra un ilícito más bien se contrapone al incremento del acervo cultural global, limitando incluso intereses legítimos de los propios autores.

En efecto, mientras cualquier conducta que supere el control que existe sobre las obras protegidas se considere un ilícito por no contar con una autorización expresa o por no acreditar un pago previo y se la denomine como piratería digital, nuestra legislación sobre propiedad intelectual y la jurisprudencia que la aplica, seguirán inflexibles.

De ahí, el primer error: utilizar un concepto amplísimo de piratería que comprende a toda utilización no autorizada de obras digitales. A nuestro juicio, parece más razonable para los actuales entornos digitales, circunscribir la piratería solo para casos intencionales de explotación comercial ilegítima de obras protegidas.

La mencionada connotación de ilicitud, lejos de fortalecer el derecho de autor, ha abierto espacio para movimientos que se resisten a la propiedad intelectual en el ciberespacio, como si ella fuera contradictoria con la distribución del conocimiento y con el incremento del acervo cultural mundial. Para ellos, el copyright (modelo anglosajón) o el derecho de autor (modelo europeo y latinoamericano), al reconocer un monopolio temporal a favor de los titulares de tales derechos (que, por cierto, no se limitan únicamente a los creadores, sino en gran medida a las empresas intermediadoras que gestionan los contenidos), aparecen como manifestaciones egoístas y codiciosas que, bajo motivaciones económicas, frenarían una visión ética a favor de compartir contenidos, sin mayores restricciones.

Sin embargo, nos parece que, siguiendo a Pierre Lévy, *“No procede oponer el comercio, por un lado y, por otro, la dinámica libertaria y comunitaria que encabezó el crecimiento de la Internet. Ambos son complementarios, les guste o no a los maniqueos”*¹.

¹ Lévy, P. *Cibercultura*. Domen Ediciones, Chile, 2001, p.15.

Se trata de regular apropiadamente, para no desmotivar a las industrias creativas y su inversión como intermediarios en esta relación entre los autores de obras digitales y su público. Del mismo modo, la idea es equilibrar el control para hacer frente a conductas francamente nocivas para la creación y abusivas con los autores -para las que reservamos la expresión "piratería"-, pero sin frenar el acceso e intercambio de obras cuando no se afecta las reales motivaciones de los autores para seguir creando.

Por lo tanto, la resistencia legal a nuevos modelos de consumo de contenidos responde más bien a los intereses de quienes se encuentran actualmente en posiciones de poder y que ven amenazados sus privilegios económicos, a partir del surgimiento de nuevas formas de comunicación, distribución de contenidos y consumo de éstos. Son esos grupos de presión los que influyen en el legislador y, por tanto, invisibilizan del debate a muchos autores de obras digitales y, por supuesto, a los consumidores, ya que parte de ellos se consideran "piratas".

El foco de la protección debe mantenerse en el autor de las obras digitales, sea por su calidad de titular original de facultades patrimoniales y morales sobre lo creado, o bien, por su posición de víctima eventual de la piratería, entendiendo a ésta bajo un concepto restringido a aquellas infracciones intencionales de explotación comercial ilegítima de obras.

Desde ese punto de vista, el mero uso no autorizado de obras digitales podría no llegar a generar reales perjuicios económicos directos para los autores. De hecho, es posible que, actualmente, el ingreso directo que reciben los autores por el consumo que terceros hagan a sus obras pueda resultar secundario en comparación con el que recibirían las industrias que gestionan sus derechos, como explican Canales y Barrenechea.

Entonces, si la distribución y consumo de las obras digitales trae consigo, por lo general, mayores beneficios económicos de manera indirecta para los autores, principalmente, derivados de la reputación que van formando en Internet, ¿es legítimo seguir mostrándolo como "la víctima" de esa piratería en sentido amplísimo? Basta con observar como los autores, actualmente, generan contenidos y buscan su distribución masiva a través de plataformas en Internet y de sus propias redes sociales, aspirando más que a una retribución económica inmediata, a la viralización de su obra y a la captación de un mayor número de suscriptores o seguidores. Obviamente tras ello también pueden existir compensaciones económicas, bajo distintos modelos de negocio, pero que suelen ser consecuencia del éxito previo de ese autor en la difusión masiva de las obras.

En consecuencia, si se demostrara que la utilización no autorizada de obras digitales en realidad está desincentivando la actividad creativa de los autores, allí habría que poner las alertas y, por supuesto, los resguardos técnicos y jurídicos.

Por otra parte, está claro que el autor de obras digitales se mueve en un entorno distinto al tradicional mundo físico, ese marcado por creaciones exclusivas, registros centralizados de obras, imposibilidad real de gestionar derechos directamente y, cuando hay piratería, existencia física de soportes con las copias ilegales.

En el mundo digital hay nuevas posibilidades que requieren un derecho de autor más flexible y que, en consecuencia, permiten cuestionar la visión tradicional de "piratería".

Pensemos en cualquier texto digital, llámese libro, artículo, blog, página web u otro. Atendida la forma en que representa la información es simple transformar ese documento en un hipertexto, es decir, un texto que deja de ser lineal al estructurarse en una red. Sus distintos enlaces a otros contenidos (textos, imágenes o sonidos) generan obras que ya no solo se leen, sino que se navegan libremente, constituyendo experiencias propias de cada usuario que las consume. Se trata de obras en constante proceso creativo, en las que el “lector” ya no se limita a seguir instrucciones de lectura, sino que se desplaza entre los enlaces que va pinchando. ¿Hasta qué punto el lector no se ha transformado en coautor, al redactar con su navegación el hipertexto que lee?².

En un escenario como el descrito, ¿cómo juega la propiedad intelectual tradicional en esos casos? ¿Deja de cargo del autor inicial del hipertexto los derechos de otras obras protegidas a las que se vincule? ¿Es responsabilidad del usuario que navega por cada enlace? ¿Se considera como una obra multimedia que requiere normas especiales? O incluso, ¿sería un caso de excepción a los derechos de autor? Cabe tener presente que, mientras esto se discute en el plano legal, los autores siguen compartiendo diariamente obras de este tipo, por ejemplo, publicando en blogs.

Otro punto relevante de lo expuesto por ambos autores se refiere al rol que están desempeñando en la actualidad las plataformas tecnológicas destinadas a la distribución de contenidos digitales. Gracias a su surgimiento como modelos de negocio, se ha logrado facilitar el acceso legal a las obras digitales, superando y reconvirtiendo los modelos de intercambio entre pares P2P (por ejemplo, Napster, Grokster, Megaupload, entre otros).

Actualmente las plataformas de contenidos protegidos, como Youtube, Amazon, Spotify y Netflix, entre otras, ofrecen a los autores gran visibilidad de sus obras, no solo en mercados locales sino también internacionales, en condiciones mucho más accesibles para los creadores que las exigidas por las complejas industrias culturales tradicionales. Además, el modelo de negocio detrás de estas plataformas se construye con distintas alternativas de cobro (tanto para recompensar a los creadores como para las empresas que administran dichas plataformas), aportando al mismo tiempo mayor flexibilidad en el acceso de los usuarios. Desde ese punto de vista, este modelo de negocio se estaría haciendo cargo del problema de la “piratería” en sentido amplio (del uso no autorizado de obras), bajo una fórmula que facilita el acceso masivo.

Sin embargo, está abre otra arista, a nuestro juicio más de fondo, ya que incide en nuestras libertades. Estas plataformas digitales son capaces de crear arbitrariamente una realidad cultural. Ellas buscan facilitar un alto consumo de obras digitales, ofreciendo servicios cada vez más personalizados según los hábitos de consumo de los distintos usuarios. Se trata de construir la experiencia particular de cada usuario a partir de la configuración de algoritmos que diseñan perfiles para cada uno.

A partir de estas gigantescas bases de datos personales que se van generando con los algoritmos de consumo de los distintos suscriptores, la plataforma solo nos muestra “sugerencias” de contenidos que se ajustan a “nuestro perfil”. Sin embargo, ese acto voluntario de escoger una obra de entre las sugerencias que arroja el sistema o de una

² Véase, Lévy, P. Op.cit, pp.67-71.

búsqueda interna en la plataforma, en realidad, cada vez resultará menos libre, mientras más información se recoja a través del algoritmo.

Así, las plataformas nos parecerán cada vez más cercanas y amigables, ya que nos “conocerán tan bien”, que nos mostrarán solo lo que nos gusta. Pero, ¿si comemos siempre un mismo plato, quiere decir que el resto que desconocemos no nos gustará? ¿Quiere decir que necesariamente es lo mejor para nosotros, por ejemplo, lo más nutritivo o lo más sabroso? En el caso de las plataformas de contenidos, ¿la música o las películas que nos muestren sus algoritmos son las mejores obras que nos permitirán incrementar nuestro acervo cultural?

¿Y qué pasa con las legítimas expectativas de aquellos autores de obras que no se encuadran dentro de las categorías “más populares” configuradas por las plataformas? De hecho, ¿qué tan representativas de los usuarios serán las categorías populares? ¿Qué impedirá que determinados grupos de interés presionen para que la configuración de los algoritmos los beneficie o para que perjudique a su competencia?

Acá surge un nuevo desafío para el Derecho, porque las condiciones contractuales a las que adhieren los autores de obras digitales deben ser suficientemente claras y transparentes sobre este modelo de negocio, más aún si la configuración de los algoritmos de hábitos de consumo es responsabilidad de las plataformas y no de la decisión libre y aleatoria de los consumidores.

Otra reflexión apunta a la posibilidad de posicionar mejor al autor en la gestión de sus propias obras. Primero, respecto de los derechos morales del autor sobre su obra, ya que se plantean desafíos particulares dado el consumo global. Por ejemplo, si una obra recibe una protección más débil en un país en donde se utilice, podría no existir responsabilidad alguna frente a infracciones a los derechos morales del autor, sea porque no se le reconozca el derecho a mantenerla inédita, íntegra o la paternidad sobre ella.

No en vano, en países bajo el sistema de *copyright* hay más resistencia a reconocer tales facultades que en el derecho de autor. Por ejemplo, Nielander, citado por Ignacio Garrote, señala la necesidad de eliminar el derecho a la integridad de obras en las redes digitales, por ser “inconsistente con la naturaleza del ciberespacio”. Opina que la libre circulación de información y la promoción y desarrollo del comercio electrónico son razones suficientes para superar el derecho a la integridad. Además, plantea problemas de inseguridad jurídica para los creadores de obras nuevas que incorporan parcialmente obras preexistentes, ya que no pueden predecir a qué responsabilidad se van a enfrentar en un contexto internacional³.

Además, debemos agregar que el control de obras digitales por parte del autor no puede realizarse de manera eficiente ni eficaz sin herramientas tecnológicas que aporten trazabilidad, identificación y garanticen integridad de las creaciones. Pero se ha visto que las medidas tecnológicas de protección dirigidas a que el titular de una obra mantenga

³ Véase Nielander, T., “*Reflections on a Gossamer Thread in the World Wide Web: Claims for Protection of the Droit Moral Right of Integrity in Digitally Distributed Works of Authorship*”, p.65, citado por Garrote, I., *El derecho de autor en internet*, Editorial Comares, Granada, 2001, p.151.

control del acceso y utilización de ella, no incentivan el consumo de obras digitales y, por ende, no resultan económicamente atractivas para las industrias de contenido.

Por esa razón, creemos importante reconocer mayor decisión del autor en los permisos que se conceden al utilizar su obra, más que un mero reconocimiento general en la ley. Desde esa perspectiva, el licenciamiento *creative commons* aporta frescura a la propiedad intelectual en el ciberespacio, permitiendo que sea el propio creador quien autorice a priori las facultades que otorga a terceros que deseen utilizar sus obras, desde exigir únicamente el reconocimiento de su paternidad mediante la correspondiente cita de la fuente, hasta incluso permitir su adaptación y utilización con fines de lucro.

Lo anterior resulta concordante desde la perspectiva ética del respeto a las creaciones ajenas. Sin embargo, esa honestidad intelectual de reconocer la paternidad de otros sobre sus obras no siempre es fácil, dada la simpleza del “copiar y pegar”, a costos ínfimos y con poca capacidad de ser detectados sin herramientas ad hoc.

Por último, el modelo tradicional de explotación de las obras, en un entorno digital de consumo y acceso inmediato por parte del público, necesita reformularse a favor de los autores. Las condiciones que imponen unilateralmente los intermediarios de gestión colectiva les resultan desfavorables, ya que suelen no aportar información de calidad sobre cantidad, ubicación geográfica y modalidad de usos. Además, la propia retribución al autor resulta escasa y extemporánea.

Pero, ¿y si pasamos de un sistema de gestión colectiva centralizado a uno descentralizado que fortalezca la decisión del propio autor? Si bien aun resulta una tecnología más bien experimental, blockchain nos parece una muy interesante propuesta para realizar gestión de los derechos de autor de forma distribuida. Incluso, abre la posibilidad para un nuevo mercado de obras digitales originales, únicas gracias al hash que les proporciona blockchain. No obstante, somos conscientes que aún existen barreras económicas para masificar el uso de blockchain, pero nada impide que en próximas adaptaciones, el modelo tecnológico sea viable para su uso habitual en las obras digitales.

Todo lo anterior, sin duda, justifica cada vez con más fuerza, la adaptación del sistema legal de propiedad intelectual, como planean Canales y Barrenechea, y una nueva mirada de la piratería.