

## La propiedad intelectual en España.

### La encrucijada internacional y europea, oportunidad y estrategia

Guillermo Palao

Guillermo Palao Moreno es catedrático de Derecho Internacional Privado y miembro del Grupo I+D, Propiedad intelectual e industrial, Universitat de València (GI+dPI)

No somos islas. Esta conocida afirmación se hace patente de modo singular cuando se trata de extraer consecuencias de la situación en la que actualmente se encuentra la ordenación y tutela legal que reciben los derechos de propiedad intelectual –entendida en su sentido estricto, como derechos de autor y conexos– en España; sobre todo si tenemos en cuenta el contexto internacional y europeo en el que necesariamente se sitúa. Y ello, no solo por la más que evidente interacción que existe entre los diversos niveles normativos en los que se sustenta este sistema en la actualidad (internacional, regional y estatal), sino también porque los cambios que han traído consigo los avances tecnológicos y el intenso proceso de internacionalización que ha experimentado el mercado de productos culturales durante los últimos años, ponen de manifiesto la estrecha interconexión existente entre las soluciones jurídicas que se pudieran diseñar a escala nacional, por ejemplo, ante desafíos globales como Internet, y fenómenos como el desarrollo de las industrias culturales locales y la recepción de inversión directa en el ámbito de industrias creativas.

#### UNA REGULACIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL A TRES NIVELES: INTERNACIONAL, EUROPEO Y ESTATAL

Ha de destacarse, por una parte, que la regulación de este sensible sector se ha ido construyendo de forma paulatina desde hace más de un siglo, siendo diversos los actores que han intervenido en esta compleja labor normativa, situándose en distintos contextos históricos y persiguiendo diferentes objetivos –en cierta medida convergentes– que han ido conformando esta materia hasta convertirse en lo que es actualmente. Así, por lo que respecta al nivel supranacional, no es difícil comprender que no son plenamente iguales ni las finalidades ni las preocupaciones que tenía en mente el legislador internacional en el último tercio del siglo XIX al elaborar el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1886), instrumento administrado en la actualidad por la Organización Mundial del Comercio (más centrado en los intereses de los autores), y los objetivos que orientaban a finales del siglo XX al diseñador del Acuerdo relativo a los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio –el conocido como Acuerdo ADPIC elaborado en el marco de la Organización Mundial del Comercio– (en vigor desde 1995), o el que se persigue en nuestros días con la firma de nuevos Acuerdos de Libre Comercio –como los que han suscrito y negocian actualmente la Unión Europea o Estados Unidos con sus socios comerciales, exportando sus concepciones en esta materia (más interesados, en estos casos, en fomentar el libre comercio y, más en concreto, los intereses de los Estados productores de bienes culturales). Más evidente resultan, sin

1. Disponible en: <<http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/trade-topics/intellectual-property/anti-counterfeiting/>>.

embargo, los fines que han orientado la reciente elaboración en 2010 del *Anti-Counterfeiting Trade Agreement* (más conocido como ACTA).<sup>1</sup> Distintos instrumentos internacionales, pero convergentes en la finalidad de tutelar los derechos derivados de las obras de creación artística, literaria o científica que, a modo de sedimentos, han ido creando capas superpuestas de protección.

Ahora bien, estos convenios obligan plenamente a España, al igual que a más de 150 Estados. En los mencionados instrumentos internacionales encontramos el objetivo principal de procurar una protección de mínimos de los derechos de los autores en cualquier país (asimilándolos a los nacionales del resto de países signatarios y garantizándoles un trato homogéneo al que pudieran recibir sus nacionales), así como la pretensión de entronizar la cooperación que necesariamente ha de darse entre los Estados para alcanzar ese fin. Igualmente se advierte en el articulado de estos convenios, la paulatina asimilación que lleva a cabo de las obras y los productos que se benefician de las reglas del libre comercio mundial, subyaciendo en ellos tanto la necesidad de evitar un falseamiento de las condiciones competitivas en las que transitan los productos culturales internacionalmente, como la búsqueda de la correcta regulación y efectiva observancia y tutela de los derechos de propiedad intelectual en el medio global.

Junto a ello, en un segundo nivel (el regional, europeo en el caso español) –y sin perder de vista lo previsto en los textos internacionales que le condicionan– también el legislador europeo ha dejado su impronta por medio de la constante armonización de la normativa rectora de la propiedad intelectual, en la búsqueda de un mercado único de derechos de propiedad intelectual que favorezca la construcción europea.<sup>2</sup> Y ello, con la finalidad de favorecer la libre circulación del conocimiento en el interior de una Unión Europea sin fronteras comerciales (como se consagra en el vigente artículo 36 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, tras la revisión llevada a cabo por el Tratado de Lisboa de 2007 de los instrumentos fundacionales), por medio del respeto de los derechos sobre tales bienes inmateriales de modo similar en los 27 Estados miembros de la Unión Europea, sin que se impongan restricciones arbitrarias a su circulación ni se falsee la competencia en el mercado europeo.

No cabe duda de que el Derecho europeo constituye una capa especialmente significativa para nuestro país, en tanto que las más recientes actualizaciones que ha experimentado el ordenamiento español, encuentran su origen y se justifican por la oportuna intervención normativa por parte del legislador europeo. Una influencia que no puede ser calificada más que como beneficiosa y que, a su vez, se vislumbra como más intensa en los próximos años. De este modo, la labor legislativa desarrollada en el seno de la Unión Europea ha afectado, en particular, a aspectos tales como el plazo de protección de los derechos de propiedad intelectual, los derechos de alquiler y préstamo, los derechos de propiedad de autor y afines vinculados a la radiodifusión por satélite y la distribución por cable, el derecho de participación, el respeto de los derechos de propiedad intelectual y la vigilancia aduanera del respeto de tales derechos –en estos dos últimos casos, como consecuencia de las exigencias impuestas por la Organización Mundial del Comercio–, junto a la necesaria adaptación de esta normativa a los avances que imponen de forma inexorable la economía del conocimiento. Esto último, tal y como ya había previsto el

2. Comunicación de la Comisión, «Un mercado único de los Derechos de propiedad intelectual. Estimular la creatividad y la innovación para generar crecimiento económico, empleos de calidad y productos y servicios de excelencia en Europa», Bruselas, 24/5/2011, COM (2011) 287 final.

3. Ambos disponibles en: <<http://www.wipo.int/treaties/es/>>.

legislador internacional de finales del siglo pasado (1996), en el seno de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, al elaborar los denominados Tratados de internet (conocidos por sus siglas WCT y WPPT).<sup>3</sup>

En el último extremo de esta regulación de la propiedad intelectual a tres niveles se sitúa el legislador estatal. El cual busca su espacio para diseñar y plasmar en la legislación nacional su particular concepción sobre el equilibrio que entiende debe existir entre la protección de la creatividad y el acceso a la misma por parte de la población; al igual que entre la difusión de la cultura y la protección de los derechos de los autores sobre sus obras y el desarrollo las industrias culturales. En otras palabras, compaginar los intereses de autores, industrias culturales y resto de la población, en tanto que consumidora de bienes culturales. No obstante, este espacio se encuentra seriamente constreñido por las obligaciones impuestas desde los niveles internacional y europeo. Y es que, mientras que en la legislación internacional la unificación alcanzada es únicamente de mínimos, la armonización europea ha conseguido aproximar parcialmente las normativas estatales.

#### INTERNACIONALIZACIÓN DEL MERCADO DE OBRAS CULTURALES Y REGULACIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Ahora bien y de otra parte, esta ciertamente compleja estructura legal de carácter aluvial, construida a varios niveles superpuestos y que pivota finalmente sobre los sistemas nacionales, se ha de poner en funcionamiento necesariamente en un medio altamente globalizado. Un medio global en el que las obras del conocimiento transitan las fronteras nacionales a gran velocidad y, en ocasiones, casi sin advertir la existencia de las mismas. Y ello, gracias al incremento de las relaciones comerciales internacionales y el espectacular desarrollo de las tecnologías de la actual sociedad de la información y de la comunicación. Como corolario de la elevada movilidad internacional de las obras, el mercado de los bienes culturales se encuentra altamente globalizado en nuestros días, resultando difícilmente controlable desde el aislamiento de los países. Una oportunidad histórica que, sin embargo, ha llevado aparejados graves desafíos. Entre otros motivos, debido a la alta vulnerabilidad de los bienes culturales protegidos por derechos de propiedad intelectual en el medio digital.

De manera tal que la superposición de las obligaciones internacionales y europeas, con la legislación nacional fundamentada en los intereses propios de cada país, ha creado un complejo entramado normativo. A su vez, este entramado legal se encuentra expuesto a los avances tecnológicos y la propia mundialización. Algo que suscita serios desafíos que exigen un profundo replanteamiento estratégico que, en último extremo, fomente la creatividad y la innovación. En pocas palabras, en el momento crucial en el que nos encontramos se han de reorientar necesariamente algunos de los principios en los que se fundamenta el sistema de propiedad intelectual para poder compaginar tales objetivos. Una labor que se ha de llevar a cabo en los tres principales niveles de regulación, haciéndose necesaria la adopción de medidas en la normativa internacional, europea y estatal que permitan defender un sistema de competencia leal que favorezca la innovación y que permita el libre tránsito legítimo de productos culturales.

#### LOS DESAFÍOS GLOBALES DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y EL ESTRATÉGICO MARGEN DE ACTUACIÓN DEL LEGISLADOR ESPAÑOL

Por lo que respecta al nivel estatal, nos situamos en la actualidad ante sistemas que, aunque condicionados por las obligaciones internacionales y regionales mencionadas, cuentan con un cierto margen de maniobra que, en particular, se manifiesta tanto en la configuración de los derechos de propiedad intelectual como en su protección, ya sea judicial o administrativa. De tal manera que se puede afirmar que el modo en que se diseña la legislación nacional en materia de propiedad intelectual posee una gran repercusión práctica. Una importancia que asimismo se ve incrementada por el juego que posee el principio de territorialidad. El cual ha informado tradicionalmente la plasmación de este sector del ordenamiento (un principio que se ha visto consagrado desde los tres niveles de reglamentación citados). Un elemento al que habría que añadir la accesibilidad (y eventual infracción) global que, hoy por hoy, poseen determinados bienes culturales, que se ve favorecida por Internet.

Consecuentemente, se desprende de modo más que directo la decisiva importancia que va a tener el diseño que haga cada legislador estatal de su propio sistema de propiedad intelectual. Esto es, del uso que haga de ese margen de actuación, al que se ha hecho referencia con anterioridad. Y ello, debido a las consecuencias que va a tener el establecimiento de un marco legal fiable y seguro que garantice unos derechos al autor, así como su protección, en la generación y recepción de inversión en ese sector y, en definitiva, en el desarrollo de la innovación en este sector y de las propias industrias culturales. Y es que, en definitiva, tan importante como reconocer los derechos de propiedad intelectual, es disponer de mecanismos eficaces para su protección en el ámbito internacional (como ya se subrayó en el Acuerdo ADPIC, al incluir una Parte III sobre la observancia de los derechos de propiedad intelectual).

Por ello, la respuesta normativa que, desde cada país, se dé con respecto a la ordenación y protección de la propiedad intelectual debe ser vista por el legislador no solo como un sistema con evidentes repercusiones internas (al poder incentivar o no la inversión en la materia, así como incentivar la creación o no de conocimiento y de industrias culturales), sino sobre todo como un elemento estratégico en el tablero regional y global (pudiendo afectar incluso a la imagen de marca y credibilidad de España en el exterior). Y es que, entre otras consecuencias, el comportamiento que se tenga sobre esta cuestión podría llegar a afectar a la confianza en el sistema de cara a atraer inversiones o de facilitar la exportación de nuestra cultura y la propia circulación internacional de nuestros bienes culturales.

Unas implicaciones que se ponen de manifiesto, de forma especial, en relación con países como España en donde la creatividad y la cultura ocupan un lugar señalado en la generación de empleos  $-2.9\%$ , de empresas  $-3.1\%$  y en nuestra exportaciones  $-836$  millones de euros en 2009.<sup>4</sup> A lo que cabría añadir el hecho de que, además, ante el fracaso de ciertos modelos productivos y la ausencia de materias primas (salvo el imponente sol que nos ilumina a diario y el importante sector empresarial a él aparejado), la innovación y la creatividad se nos presentan como una alternativa económica viable a considerar seriamente de cara al futuro desarrollo y modernización de la economía de nuestro país, como se pone de manifiesto en el Preámbulo de la Ley 2/2011, de Economía

4. Datos extraídos del Anuario de Estadísticas Culturales. Estadísticas 2010. Disponible en: [http://www.mcu.es/estadisticas/docs/capitulos\\_graficos/AEC2010/Anuario\\_de\\_Estadisticas\\_Culturales\\_2010.pdf](http://www.mcu.es/estadisticas/docs/capitulos_graficos/AEC2010/Anuario_de_Estadisticas_Culturales_2010.pdf).

Sostenible. Nos encontraríamos, en consecuencia, con que para países como el nuestro, la apuesta por los derechos de propiedad intelectual, constituye una necesidad estratégica más que una mera conveniencia.

Es en este punto donde se ha de evaluar la respuesta que el legislador español ha dado a este desafío global –ante la que cuenta con medios limitados y de eficacia territorial– y analizar la apuesta estratégica que se ha llevado a cabo en España en esta materia, con el objeto de maximizar el margen del que dispone. Una valoración que no debe hacerse únicamente desde la letra de la ley, sino tomando en cuenta la eficacia de la observancia y del respeto de los derechos de propiedad intelectual. Un respeto que, como nos pone de manifiesto prácticamente a diario la prensa y la simple observación de nuestro entorno, está lejos de ser el ideal y que –para nuestra sorpresa– se contrapone con la postura menos permisiva y más respetuosa que se puede observar en otros países de nuestro entorno.<sup>5</sup> Todo lo contrario, en la sociedad española se ha instalado un despreocupado «todo gratis» que pone en grave riesgo, no solo la misma creación y el futuro de las industrias culturales en nuestro país, sino que daña irremediabilmente la imagen exterior de nuestro país, comprometiendo la inversión –interna y externa– en este estratégico sector y, en último extremo, lastrando nuestra innovación y creatividad.

Ahora bien ¿en qué se ha fallado a la hora de sensibilizar a la población española del grave riesgo que corre no ya nuestra economía, sino la propia supervivencia de la cultura tal y como la conocemos? ¿Por qué los medios con los que cuenta nuestro estado de derecho no han sido eficaces? Por lo que hace a la primera pregunta, resulta ciertamente tentador acceder a los bienes culturales sujetos a derechos de forma gratuita. Menos frívolamente, se podría reprochar a modo de justificación a la propia industria cultural su lentitud a la hora de adaptarse a los cambios tecnológicos –aunque no es menos cierto que estos cambios imperativos ya se están dando incluso en sectores más conservadores, como el editorial–. No es casual que en este contexto el debate y los argumentos que vienen a ser empleados para justificar esta irresponsable vulneración masiva, suelen situarse en la industria musical que es singularmente vulnerable, por la facilidad de realizar copias idénticas al alcance de un click y desde cualquier lugar del planeta en el máximo anonimato. Sin embargo, los bienes culturales y sectores afectados por las infracciones son múltiples: del musical al audiovisual, de la obra plástica al libro, de las bases de datos a la obra multimedia, del videojuego al videoarte.

Ante este panorama, poco halagüeño para los titulares de derechos y las industrias culturales, el discurso ha de redirigirse para ganar la opinión pública. Las posturas han de atemperarse para lograr su equilibrio. Se han de buscar modelos empresariales distintos plenamente adaptados a la economía del conocimiento, así como la normativa ha de dar respuestas efectivas a los retos mencionados. Un redimensionamiento de la cuestión que ha de tener en cuenta los riesgos reales a los que se enfrenta una cultura sin respeto en el actual contexto de una economía sostenible, frente a los riesgos de una respuesta represiva desmesurada, destacando la importancia de recuperar un equilibrio entre los derechos en juego. Igualmente, esta redirección ha de tener presente lo que todos nos jugamos como país, siendo que el mercado español se encuen-

5. Un Informe publicado en por el IFPI (International Federation of the Phonographic Industry) en 2010, situaba a España entre los países del mundo donde mayor número de descargas de obras se realizaban sin licencia en Internet. Estudio disponible en: <<http://www.ifpi.org/content/library/DMR2011.pdf>>.

tra actualmente bajo sospecha –afectando negativamente a nuestra imagen exterior y nuestro peso en el contexto económico internacional–, con un riesgo real para los creadores e industrias culturales.

La sociedad española ha de percibir como real el peligro de permitir modelos de negocio parasitarios de unos derechos de propiedad intelectual que merecen ser protegidos, así como la necesidad de incentivar una cultura del respeto y de la responsabilidad personal en la materia. Una cultura en la que la creación de acceso «libre» –plenamente legítima– y el desarrollo de repositorios públicos que fomenten la transferencia de conocimiento, ha de considerarse compatible con la protección de la igualmente legítima opción creativa y empresarial existente. Y es que la permisividad actual favorece el que nuestras industrias culturales se vean seriamente amenazadas, afectando ello a la creación misma –además de las nefastas consecuencias en términos de desaparición de tejido empresarial y de pérdida de puestos de trabajo–, pudiendo suceder que se pase del «que inventen otros» al que creen otros, o incluso al que piensen otros por nosotros. Nos enfrentamos a un desafío colectivo ante el que todos nos jugamos demasiado en términos económicos y culturales.

#### NUEVAS PERSPECTIVAS PARA LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LOS NIVELES EUROPEO E INTERNACIONAL ¿Y ESPAÑA?

Cambiando de escenario, la Unión Europea es consciente de los retos, las oportunidades y los beneficios que lleva aparejada la consolidación de un mercado único de derechos de propiedad intelectual, así como el papel estratégico que posee para la economía y los empleos europeos, como se ha destacado en una reciente Comunicación de la Comisión de la Unión Europea.<sup>6</sup> Un mercado que, por lo que respecta a los derechos de autor y derechos conexos, precisa de un marco global en el que se permita la distribución del conocimiento y donde se facilite la concesión de licencias de derechos de autor en línea a escala europea de un modo eficiente y compatible con una gestión colectiva de los derechos paneuropea, transparente y competitiva. De ahí que desde la Unión Europea se piense, por una parte, establecer una estrategia que favorezca el desarrollo de nuevas infraestructuras digitales en las que se incentiva la inversión y la innovación en conocimiento, mientras se favorece el acceso al rico patrimonio cultural europeo y se fomenta la pluralidad. Por otra parte, han de contemplarse las peculiaridades del conocimiento «libre» y el papel que desempeña el usuario en la generación de contenidos, acotando igualmente el fenómeno de la piratería global que lastra la competitividad y, por tanto, la economía europea. El Observatorio Europeo de la Falsificación y la Piratería, creado en 2009 y que va a localizarse en Alicante (sede de la Oficina de Armonización del Mercado Interior),<sup>7</sup> tiene un papel principal para cumplir con ese objetivo y recuperar la opinión pública por medio de campañas informativas. Por lo tanto, se puede deducir que será nuevamente el legislador de la Unión Europea el que permita una nueva y necesaria actualización de la normativa española.

Por último, también la respuesta internacional ha de cambiar de estrategia, con el objeto de atender debidamente a los desafíos globales mencionados. Un cambio que debe llevarse a cabo primordialmente desde una perspectiva multilateral y que ha de ir en la línea de los tres principios que, en febrero de 2011, señaló Francis Gurry Director General

6. Comunicación de la Comisión, «Un mercado único de los Derechos de propiedad intelectual. Estimular la creatividad y la innovación para generar crecimiento económico, empleos de calidad y productos y servicios de excelencia en Europa», cit., págs. 11-18.

7. Véase: <[http://ec.europa.eu/internal\\_market/iprenforcement/observatory/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/observatory/index_en.htm)>.

8. Francis Gurry, Blue Sky Conference: Future Directions in Copyright Law. Disponible en: <[http://www.wipo.int/about-wipo/en/dgo/speeches/dg\\_blueskyconf\\_11.html](http://www.wipo.int/about-wipo/en/dgo/speeches/dg_blueskyconf_11.html)>. La traducción es nuestra.

de la OMPI que garanticen «un equilibrio entre la disponibilidad de las obras culturales a precios asequibles mientras se asegura una existencia económica dignificada para los creadores y ejecutantes».<sup>8</sup> Los cuales se refieren, en primer lugar, al establecimiento de una normativa tecnológicamente neutra y el desarrollo de modelos empresariales que respondan de modo eficaz al actual desafío tecnológico. Así como, en segundo lugar, tienda al desarrollo de una nueva respuesta política coherente que redimensione el papel del derecho y de la cooperación internacional, poniendo el acento en la viabilidad financiera de la cultura. Al igual que, en tercer lugar, permita simplificar el vigente derecho de la propiedad intelectual, construido, como se ha expuesto, a largo de más de un siglo de modo aluvial. Objetivos que confiemos sean tenidos en cuenta también por el legislador español y nos sitúen en las respuestas que diseñen nuestros pares culturales y en nivel de desarrollo.

En definitiva, se trata de unos retos que nos afectan directamente en tanto que país que participa activamente tanto en los foros codificadores de la propiedad intelectual, como en el comercio internacional de bienes y servicios culturales. Como se decía en un inicio: no somos islas, tampoco cuando se trata de la regulación de la propiedad intelectual y hemos de tomar consciencia de ello y actuar estratégicamente. No cabe duda de que ante el escenario descrito el legislador internacional puede desempeñar un importante papel y ante el cual también está tomando posiciones el legislador europeo; ahora bien, ante este nuevo escenario no debe inhibirse ni nuestro legislador ni la sociedad española en su conjunto. ¿Somos conscientes de la oportunidad estratégica que se abre para nuestro futuro en estos momentos y de las consecuencias de una reacción lenta o inapropiada? ¿Estamos listos ante este nuevo desafío? Por nuestro bien, confiemos en que la respuesta sea positiva. ■