

Las empresas en un mercado globalizado: el derecho de autor y los derechos conexos como factores competitivos en la industria musical

Industria y Derecho de Autor

Santiago Schuster

El fenómeno de la globalización ha expuesto a la industria de la música, en prioridad e intensidad, y antes que ninguna otra, a sus profundas e inevitables consecuencias. En esta novedad histórica que le ha correspondido asumir a la industria musical, con aciertos y errores, se ha ido dibujando el escenario del mercado global para los bienes culturales o de la entretención.

Cada uno de sus pasos ha servido y de seguro servirán para que las demás industrias en otras formas de expresión artística, hagan lo suyo.

¿Por qué la música?

Las razones han sido tecnológicas, por una parte, ya que los contenidos auditivos han sido más fáciles de transportar a través de la red, en lo que aventaja al audiovisual; los dispositivos portables de audición, se incorporaron rápidamente a los hábitos del público, estado que no han conseguido aún los lectores digitales de obras literarias; y luego por la naturaleza misma de las obras musicales, que permiten una convivencia y una cotidianeidad con el ser humano, más que ninguna otra expresión del arte.

Así, los servicios digitales han permitido una enorme disponibilidad de música y, en general, de contenidos protegidos por derechos de autor y derechos conexos. Esto es coincidente con los deseos de los autores y de las industrias basadas en la creatividad. La disponibilidad de las obras es una aspiración unánime de los titulares de derechos, intermediarios y por cierto de los consumidores.

Sin embargo, resulta evidente que esta disponibilidad no está conduciendo a la creación de un mercado digital, según las dimensiones del uso no autorizado de las obras y grabaciones musicales.

Hablamos en este trabajo de industria, y por tanto necesariamente debemos plantearnos en el ámbito estrictamente económico de la distribución de la música. A partir del concepto más básico de industria, es decir, una organización de recursos humanos y materiales, cuyo objetivo es producir bienes y servicios con miras a alcanzar una utilidad o beneficio.

La participación en los beneficios de la distribución digital de música

La primera cuestión a analizar, es el estado de la distribución de beneficios en la red, y si éstos están siendo compartidos equitativamente. Es decir, examinar si los supuestos de acceso a la red, se producen a través de un sistema que garantiza el equilibrio, en el que todos los actores obtienen ventajas, o bien, si opera gracias a que unos asumen todos los costos, y otros solo beneficios, sin que los primeros puedan encontrar medios que les permita obtener compensaciones justas, y sin que los segundos se sientan motivados a compartir sus beneficios.

La música, en cualquiera de sus formas y fines, canción, sinfonía, banda sonora o incidental, publicitaria, etc., necesita de un derecho de propiedad intelectual para poder circular en el mercado, de lo contrario no existe la posibilidad de una transacción comercial que permita a su titular obtener una contraprestación económica, el pago de un precio. El derecho de propiedad intelectual, sea que se trate de un derecho de autor o un derecho conexo, otorga la prerrogativa de la exigencia de autorización previa por el uso de la obra, del fonograma, en carácter de derecho exclusivo y, en algunos casos, solo un derecho de remuneración, que no exige la autorización, pero si el pago de una cantidad de dinero por el uso.

Para esta actuación en el mercado, el titular ejerce el derecho concediendo las licencias u obteniendo las remuneraciones, y también controlando la dimensión de los usos que ha autorizado. De igual modo, desde la perspectiva de la eventual infracción, el titular actúa controlando y reaccionando frente a los usos no autorizados o no remunerados.

¿Cómo se puede controlar el uso de la música que es distribuida ilegalmente a través de la red?

Es la pregunta que se hace toda la industria de la música, y busca encontrar soluciones que sean al mismo tiempo efectivas y sensatas. Lo que no es sensato es pensar que los presupuestos del mercado tradicional, basado en soportes, van a funcionar en los mismos términos en el entorno digital.

Resulta sorprendente constatar que los índices de distribución de música a través de computadores y fundamentalmente reproductores mp3, cubren en forma casi unánime el espectro social, en todos sus niveles.

En nuestra experiencia, la encuesta que hizo hace unos meses el Centro de Estudios de Uniacc, y una prestigiosa empresa de investigación de mercado, junto a la sociedad de gestión de derechos musicales de Chile¹, (“Sintonía Joven: Un estudio sobre Música, Comunicación y Jóvenes”) demuestran que no hay distinción social, ni de sexo, en relación a los medios por el que los jóvenes acceden a la música.

El 94,4% de los jóvenes entre 13 y 30 años admiten que es la red de Internet el medio que emplean para acceder a la música. Si bien no abandonan los medios tradicionales, definitivamente prefieren los reproductores mp3 a cualquier otro medio para disfrutar de la música. En ello se incluyen los teléfonos móviles, aún cuando no es el medio preferente.

¹ “Sintonía Joven: Un estudio sobre Música, Comunicación y Jóvenes”. Encuesta realizada por ADIMARK, la Universidad de las Comunicaciones, UNIACC y la Sociedad Chilena del Derecho de Autor, SCD, Septiembre, 2009

Es novedoso, y coherente con lo anterior, que los jóvenes eligen como primera opción para escuchar música: cuando salen a la calle. Es decir, cuando cierran la puerta de sus casas y salen a sus tareas diarias, conectándose masivamente los auriculares de sus dispositivos de reproducción, y así van por el mundo escuchando música.²

Lo que constatamos, en consecuencia, es un consumo transversal, permanente y creciente de música. Comprobamos de esta manera, que nunca antes en la historia la música tuvo una presencia y una importancia tan extraordinaria en la vida de las personas, y que las nuevas generaciones están ligadas en forma casi física a los dispositivos que les permiten acceder a la música.

Las cifras de la encuesta, que mencionamos, hablan por sí solas. El número de canciones (tracks) que tienen alojados en sus equipos de reproducción digital, es un promedio de 170 canciones. Si se extrapola al total de jóvenes chilenos (5 millones aproximadamente) la cifra proyectada entrega como resultado un total de 850 millones de canciones bajadas. Si a eso se agrega que cada joven dice estar dispuesto a pagar por la música (ya veremos las circunstancias) hasta el equivalente de US\$1, estaríamos en presencia de un mercado potencial de U\$ 850 millones.

Nada de mal para una industria que ha visto bajar sus ventas progresivamente en los últimos años, a razón de dos dígitos por año, llegando a unos niveles inferiores al 50% de lo que vendía hace solo una década atrás.

El mercado chileno de la industria musical en el año 2008, arrojó un resultado aproximado de US \$24 millones, incluyendo la venta de unidades físicas y las reducidas ventas que se hicieron a través de Internet. La distancia entre el mercado real y el mercado potencial es abismante.

En la encuesta que referimos, el 87,8% de los jóvenes reconoce no haber pagado por las grabaciones musicales bajadas de Internet.

La música es entonces como el agua. Así de cotidiana. Pero aparentemente el agua, abundante pero sin duda escasa, tiene el beneficio de ser pagada y controlada, por el proveedor de ese líquido vital para el ser humano, y así bajo ese control, es consumido por todos los hombres y mujeres del planeta. La música no tiene la misma suerte que el agua. Puede circular gratuitamente y sin control a través de las redes digitales.

Las leyes de derecho de autor en todo el mundo dicen lo contrario. La música, expresada en sus diversas formas, es un bien que tiene protección jurídica, y por tanto tiene un titular o varios titulares, quienes están dotados de la atribución de disponer de ella o de ser pagados por su uso, según sea la categoría de derechos que ostenta.

¿Qué ocurre con los dispositivos? En toda Latinoamérica, a pesar de la venta de millones de Ipods, y que en cada uno de los dispositivos se entrega un software para ingresar a la tienda de Itunes, y con ello permitir la compra de canciones, no existe ninguna posibilidad de efectuar dicha compra, porque nuestras tarjetas de crédito no son aceptadas y nuestros mercados no están

² Cuando salgo a la calle, 24,6%; Mientras estudio o trabajo, 19,2%, En fiestas, 11,1 % (respuesta espontánea).

considerados. El bien inspirado consumidor latinoamericano se encontrará que al intentar acceder a la tienda de Itunes, su tarjeta de crédito no es admitida, sino solo las emitidas en los países desarrollados. Cruel noticia para los titulares de las obras que se almacenan en los Ipods. Y mala noticia también para los autores y artistas latinoamericanos y sus industrias que no pueden colocar sus productos allí, para que sean adquiridos en sus mercados locales. Es decir, nuestras tarjetas de crédito sirven para comprar Ipods, pero no canciones.

El mercado dispositivos no encuentra cortapisas en la región, y no existen sistema de compensación por copia privada que se estén aplicando en América Latina, como ocurre en Europa.

IFPI estima que sobre 40 mil millones de archivos musicales han sido distribuidos en el mundo sin licencia en el año 2008, lo que equivale al 95% del total de canciones obtenidas a través de la red de Internet.³

¿Nuevos derechos para los consumidores?

Como puede observarse, las nuevas tecnologías han generado sorprendentes medios de acceso a los consumidores, sin que ello deba traducirse automáticamente en nuevos derechos para los consumidores, como se suele presentar. Tampoco debería traducirse en beneficios para los intermediarios de servicios asociados directamente a la distribución de los objetos protegidos o productos culturales, como quiera llamárseles, menos cuando éstos no contribuyen a compensar estos usos, o asumen actitudes incluso negativas o indiferentes frente a esta desprotección de los derechos de autores, artistas e industrias.

Las industrias culturales siempre se han volcado a los deseos del consumidor. Ese es su objetivo primordial de negocios, pero como cualquier industria, tal vocación de servicio a los clientes no puede llegar al extremo de abandonar sus productos a la voracidad de los intermediarios y consumidores, sin compensación alguna.

El debate se ha centrado hasta ahora en las externalidades del problema. En la maravilla de la técnica que disemina los contenidos y no en los problemas estructurales que se manifiestan en las relaciones entre oferentes y consumidores frente las nuevas formas de explotación.

Lo que ocurre en realidad es que un medio que se instaló para que circularan datos, objetos digitalizados, en forma libre, sin restricciones, cual es el modelo Internet, se ha transformado en el medio principal de distribución de la música, que es un bien cuya forma de circulación en el mercado, se ha sostenido en un derecho de propiedad intelectual asociado, que es ignorado deliberadamente.

¿Pierden los consumidores?

Las pérdidas suelen asociarse solo a las industrias y a los autores y artistas. Pero también es una pérdida para los consumidores. El decrecimiento de las

³ IFPI DIGITAL MUSIC REPORT 2009

industrias, es también una forma de deterioro de la situación de los artistas, en la medida que no logran superar la frontera de distribución de sus producciones a escalas masivas, y no logran atraer inversiones que serían beneficiosas para su desarrollo. Esa realidad evidentemente frustra nuevos proyectos, y finalmente el público se ve privado de acceder a una oferta musical que se desperdicia.

Es cierto que hay artistas que tienen poderosas razones para sentirse defraudados de las industrias que los acompañaron en sus carreras, pero tales motivos no pueden sustituir la necesidad empírica de contar con las industrias en el mercado.

El papel de las industrias en el mercado global

La segunda materia a examinar es el papel que están cumpliendo las industrias en el nuevo sistema de relaciones entre oferentes en el mercado, servicios de intermediación y consumidores

La infraestructura digital ha establecido un nuevo paisaje para el devenir de las relaciones entre creaciones intelectuales y público. En este nuevo paisaje se plantean dudas acerca de la permanencia de los sistemas tradicionales de distribución de las obras y se declara que la intermediación de las obras, a través de las industrias que tienen el papel de conectar al público con las obras, sus interpretaciones y el registro auditivo de tales obras e interpretaciones, se ve aminorada y quizás diluida gracias a nueva infraestructura digital que ofrece a los creadores un contacto directo con el público.

La colocación directa de los productos del artista, se plantea como una alternativa. Eso parece una magnífica opción para los artistas, y deseable en cuanto sea posible. Decimos del artista, cuando este es a su vez es el autor de sus temas, que no es ni muy lejos la regla general. Mientras el artista esté más cerca de su público, mejor para él. Reconozcamos que una solución de esta naturaleza, no puede sino alegrar a los artistas musicales.

La oportunidad de distribuir los contenidos bajo la sola mano del músico, sin consulta, sin filtro, sin burocracia, para que así pueda directamente llegar al público, es una posibilidad que llenaría de alegría a cualquier artista.

¿Es suficiente?

El artista quiere llegar al público y el público desea disfrutar de las expresiones artísticas. En estos deseos de encuentro recíproco, está la enorme distancia del tiempo y de la capacidad del público de conocer y de discernir entre una canción y otra. La promesa del artista directamente vinculado al producto de su trabajo y al público que quiere acceder a él, es una circunstancia deseada y deseable, pero quizás no suficientemente realista.

¿Cuáles serán los criterios que cada miembro del público adoptará para elegir una obra entre miles?

Las obras circulan por el espacio casi infinito de las redes, y entre ellas se encuentran obras que pueden ser o no del agrado de un miembro del público. ¿Qué llevará a ese miembro del público a elegir a una entre tantas? ¿Deberá

intentar con cada obra que se encuentra disponible en la red, hasta encontrar la que desea? ¿Sin siquiera conocerla?

El sistema de conexión del público con la obras es mucho más concreto y pragmático. El público, masivamente, elige aquello que conoce, o que le ha sido posible conocer de las más diversas formas. Cualquiera de estas formas es un esfuerzo de comunicación, de promoción, que nada tiene que ver con el proceso creativo e interpretativo. Un boca a boca, que surge de la audición de un concierto. Una crítica musical que aparece en un medio. Una visita a un sitio que es conocido por tener una selección apropiada. Un software que entrega estadísticas del número de visitas. Un letrero puesto en la ventana trasera de un autobús. Una promoción de mp3 gratuito si compras la bebida cola tal. Un Afiche callejero. Un anuncio radial. Una gestión ante el programador de radio. Una inclusión en la canción ancla de la telenovela. Una promoción en discotecas. Una acción en una red social como Facebook o MySpace, un anuncio publicitario en YouTube, etc.

Si se encuestan las reproducciones habidas en YouTube, se llega rápidamente a la conclusión que las canciones más visitadas son aquellas que más popularidad tienen en los medios tradicionales, incluidas aquellas que fueron éxito hace décadas.

La encuesta “Sintonía Joven”, a la que hemos aludido, permitió conocer los registros musicales que cada joven encuestado tenía en sus dispositivos, mediante la reproducción del índice de temas grabados. El resultado de esta indagación, verdaderamente novedosa, permitió conocer los temas que cada joven tenía grabado. Naturalmente un número significativo de ellos carecía de una identificación estandarizada (track 1, track 2) y en algunos casos, se incorporaban denominaciones propias del usuario, todo ello en razón del soporte del que procedía el registro. Sin embargo, el resultado que entregó la información de temas identificados o reconocibles por su denominación, demostró que la totalidad de ellos se encontraban en el circuito comercial, y por lo tanto protegidos por derechos de autor y conexos. Artistas como Wisin&Yandel, Camila, Don Omar, Tito El Bambino, Daddy Yankee, Sin Bandera, La Noche, Maná, Enrique Iglesias, Arcangel, Chayane, Jowell & Randy, eran artistas que se encontraban incluidos en los reproductores mp3 encuestados.

¿Dónde están las industrias?

Todos sabemos que la colocación de cualquier objeto en la red es una aguja en un pajar. Es cierto que las redes sociales funcionan, pero estas redes tampoco se potencian por las simples buenas intenciones de los participantes. La clave está en poder captar la atención del público, para cuyo efecto lo primero que se necesita es una obra, interpretación y producción de calidad. Pero son muchos los autores y artistas que crean e interpretan obras de gran calidad, las colocan en la red, y constatan que no logran la popularidad que merecerían. Esto lo saben muy bien los artistas, y es un hecho tan evidente, que no necesita una demostración.

El artista necesita trabajar arduamente en la promoción de su trabajo, y no podrá dejar de recurrir a las formas tradicionales de comunicación, y también a

las nuevas formas publicitarias de la red. Buscará con ingenio modos atractivos de hacer llegar sus producciones, y en la medida de su aceptación por el público, de su éxito, tendrá que asistirse de equipos de trabajo, soportes técnicos, periodistas, diseñadores, etc., etc. Es decir, se convertirá en una empresa, en una pequeña o mediana industria, y de acuerdo al tamaño de su expansión necesitará de nuevas formas de asociación.

¿Qué ocurre con el artista talentoso que no tiene la aptitud ni la vocación empresarial, para hacer todo aquello que requiere para difundir su trabajo?

Es una pregunta ociosa, que solo busca establecer que el desarrollo de una industria en relación a las expresiones artísticas empieza justo donde la manifestación del arte concluye. Lo demás es esfuerzo de industria, necesario y constante en la distribución de los objetos culturales, como la música, para alcanzar su masividad. El pequeño o gran esfuerzo industrial es consustancial a la diseminación de las expresiones artísticas y su distribución en el público.

No se puede simplificar el asunto al punto de creer que por arte de magia las obras se difunden masivamente y llegan a todos los públicos, y el artista adquiere popularidad y cierra el círculo con sus conciertos en vivo, gracias a la automática generación de sus fans cibernautas. ¿Basta colocar la canción en la red?

Los más activos promotores de la quimera de una distribución digital sin industria y sin derechos de propiedad intelectual, por cierto, son quienes promueven el abandono de los derechos por parte de los artistas, con la promesa que solo así pueden asegurarse un éxito y la popularidad. En todas las informaciones que invitan a los jóvenes artistas a desprenderse de sus derechos se citan casos de excepcional éxito a partir de la circunstancia de la distribución libre. Esta moda no se advierte en las estadísticas. El problema es que los artistas, cuando se quedan sin derechos, lo que puede ocurrir tanto en el caso de liberación de derechos bajo licencias irrevocables, caso de Creative Commons, como también ocurre en las negociaciones vergonzosas con cesionarios. En tales circunstancias, el artista se queda sin capacidad de hacer valer sus derechos sobre sus obras y producciones, y por lo tanto no tendrá ninguna herramienta de negociación por el uso de ellas. Probablemente, será demasiado tarde cuando se haya percatado de su error.

De manera que cualquiera sea el camino que los autores e intérpretes musicales deseen asumir respecto de sus propias creaciones, sea como microempresarios, o bien asociados a modelos de pequeña o mediana industria, o de la gran industria, la cuestión de la intermediación de una forma de industria permanece enteramente vigente en el ámbito de Internet. Si se aspira efectivamente a una distribución masiva, ser elegidos por el público y tener la opción consecuente de hacer del oficio del artista una posibilidad concreta de vida, la actividad industrial, cualquiera su dimensión, es imprescindible.

Industrias y derechos de propiedad intelectual

La tercera cuestión que revisaremos es el estado actual de la propiedad intelectual, como factor que genera competitividad a las industrias en un mercado globalizado.

Una canción, desde el punto de vista estrictamente de mercado, es un bien cuyas utilidades que se transan en el mercado mediante contratos que se basan en la titularidad de derechos de quien hizo esa canción. Todo lo que deviene a continuación, parte del principio esencial que a esa canción una norma legal le ha atribuido una titularidad. Alguien es su dueño.

La Ley de derechos de autor de Colombia, señala que “la protección que esta ley otorga al autor, tiene como título originario la creación intelectual” (art.9°) y le ha concedido la facultad exclusiva de disponer de su obra a título gratuito u oneroso bajo las condiciones lícitas que su libre criterio les dicte (art. 3°). De esta prerrogativa surge la posibilidad que la obra se introduzca en el mercado, mediante las autorizaciones o licencias que el autor haya dispuesto, y se produce la cadena de relaciones contractuales, que permitirán al consumidor acceder a las obras, mediante las diversas formas de uso.

Luego también atribuye al productor de un fonograma el derecho de autorizar o de prohibir la reproducción directa o indirecta del mismo (art. 172) y establece asimismo que cuando un fonograma publicado con fines comerciales, o una reproducción de ese fonograma, se utilicen directamente para la radiodifusión o para cualquier otra forma de comunicación al público, el utilizador abonará una remuneración equitativa y única, destinada a la vez a los artistas intérpretes o ejecutantes y al productor de fonograma, suma que será pagada por el utilizador al productor.

Industrias y Capital Intelectual

Las industrias musicales no pueden sobrevivir si no están basadas en derechos de propiedad intelectual. Sin el fundamento de la licencia o la cesión del derecho, o del derecho conexo, se ven disminuidas sus posibilidades de continuar los ciclos de producción, arriesgando que las inversiones que realizan finalmente no sean recuperadas

La explosión de las industrias culturales a finales del siglo XIX, no solo debieron su desarrollo a los avances tecnológicos, sino a la posibilidad que tenían de asegurar el retorno de sus inversiones gracias a los derechos de autor que les permitían defenderse de los riesgos de la piratería. Las nuevas olas de innovaciones tecnológicas del siglo XX les permitieron igualmente desarrollar otras formas de reproducción a gran escala, que tenían también en el derecho de autor un medio de recuperación de las inversiones. Al mismo tiempo se estructuraba una cadena de valor, donde el autor como iniciador de la cadena debía ser remunerado.

La masividad en la distribución de las obras y producciones artísticas es la justificación económica de estas industrias, y por lo tanto su desarrollo está orientado a la captación de más y más titularidad de propiedad intelectual, para dotarse de los catálogos que finalmente conforman su capital, que es un capital intelectual.

La mayor destreza de las industrias en captar a los compositores e intérpretes más talentosos y la capacidad de convencimiento de estos talentos para suscribir contratos de licencia de derechos o de cesión de derechos, les da ventajas frente a sus competidores. El capital de las industrias culturales no son sus instalaciones sino sus catálogos, y no son tales industrias mientras no

cuentan con un catálogo de obras que les permita actuar en el mercado. Los catálogos, finalmente, son las licencias de derechos de propiedad intelectual con las que cuentan las industrias.

Este mismo estímulo por expandir las industrias y ampliar su capital intelectual, combinado al afán del autor y del artista, de publicar sus obras y trabajos, ha tenido como consecuencia el interés del industrial de contratar la licencia o cesión de derechos en los términos más amplios, en cuanto a plazo, y explotaciones y al menor costo posible, como es propio del pragmatismo empresarial.

De allí que las legislaciones adoptaran criterios de protección del autor y del artista, con fórmulas muy parecidas a las que conocemos en el derecho laboral, donde se establecen formas de remuneración mínima, disposiciones obligadas de los contratos e irrenunciabilidad de los derechos, entre otras regulaciones, acordes a cada legislación. El desequilibrio que históricamente se estableció entre industrias y creadores, ha sido una variable de la que se hizo cargo el legislador, disminuyendo las posibilidades de excesos que dejaran al artista sin ningún derecho, cuando este recién nacía a la vida jurídica, y en condiciones lesivas para sus intereses.

Los grandes beneficiarios de las industrias son sin duda los consumidores finalmente, por la simple razón que tales industrias están disponibles para asumir riesgos frente todas las estadísticas que aseguran que la mayoría de los productos artísticos en los que van a invertir, no alcanzarán a cubrir los costos, y que no recuperarán sus inversiones. Estos riesgos no lo asumen el empresario por una generosidad espontánea, sino porque al tomar su decisión de inversión está convencido del éxito de todas sus apuestas, aunque sabe muy bien que finalmente la aceptación o de la obra, dependerá precisamente de los gustos de las personas, variable que aún la ciencia económica no es capaz de medir.

Esta apuesta, naturalmente, se verá compensada por los contados aciertos que le permitirán recuperar con creces sus pérdidas y obtener utilidades. ¿Y por qué se benefician los ciudadanos? Simplemente porque esta variedad en la oferta, les permite acceder a obras y creaciones artísticas de bajo rendimiento económico, que de otra manera no podría siquiera conocer.

Las olas tecnológicas

¿Cambia la situación anterior con las nuevas formas de comunicación a través de las redes digitales?

Evidentemente que sufre un cambio fenomenal todo el proceso de intermediación de los bienes y servicios culturales. La primera novedad que se instala, es el rompimiento del vínculo entre soporte y objeto protegido. Las industrias, a pesar de las nuevas formas de comunicación, han seguido estando asentadas en los soportes, y su desorientación y muchas veces tardía reacción al nuevo fenómeno tecnológico, se ha explicado por su porfía en permanecer ligada al soporte y en privilegiar el tradicional derecho de reproducción o de copia, donde el coste y distribución del soporte ha tenido una incidencia determinante en el precio de venta del ejemplar de la obra musical grabada, frente a las nuevas formas de utilización en la red, como la puesta a

disposición de las obras en los servidores y computadores conectados, que va mucho más allá de la simple reproducción de un soporte.

Se puede estar en posesión de un soporte que contiene la canción, pero no de la obra misma, que finalmente puede materializarse en las formas más diversas, desde la partitura hasta la memoria de un computador. Y de igual modo, se puede usurpar una obra musical, sin la autorización del titular del derecho, empleando una multiplicidad de objetos físicos en los que finalmente se manifestará la canción, sin que el titular de la obra nada pueda hacer, para evitar su ocurrencia.

Estas características de los derechos de autor, sortearon fácilmente las nuevas explotaciones masivas que permitían acceder a la obra sin necesidad de que se distribuyera un ejemplar, a través de las audiencias que se reunían en forma remota a través del receptor de radio o televisión, fueron unas manifestaciones premonitorias, de lo que finalmente ocurriría con las comunicaciones interactivas, a través de medios digitales.

Ninguna de estas nuevas formas de explotación alteró el papel que correspondía a la propiedad intelectual en relación a la diseminación de las obras en el mercado y a la recuperación de las inversiones de las industrias comprometidas en esta masificación de los bienes culturales.

Las diferencias claves en la evolución de la propiedad intelectual, entendida para nuestro trabajo como el compendio de derechos de autor y derechos conexos, ha sido la forma de ejercicio. Desde una modalidad limitada al individuo, creador de la obra, o al intérprete sobre su interpretación, y los derechos singulares asociados a sus creaciones y prestaciones artísticas, para luego actualizarse progresivamente hacia formas de ejercicio en que se requería la concurrencia de un universo de obras, disponibles centralizadamente, fenómeno que se materializó a través de la gestión colectiva de derechos, que dio precisamente solución a las licencias a gran escala de la reproducción de obras musicales, y principalmente a su radiodifusión y comunicación pública. En el ámbito de derechos conexos, ha ocurrido otro tanto con la centralización de la gestión de fonogramas e interpretaciones musicales.

Una industria basada en la propiedad intelectual, está obligada a reivindicar sus derechos si aspira a subsistir

La gran diferencia de las obras intelectuales con los demás bienes, en particular las obras musicales, es que éstas son fácilmente apropiables, y no admiten la defensa típica de los bienes tangibles, donde la tenencia o posesión del cuerpo cierto es consustancial al ejercicio del derecho. La vulnerabilidad de las obras musicales es extrema.

Es de la naturaleza de un derecho de propiedad intelectual, el ejercerlo a través de su permanente reivindicación. Un derecho de propiedad intelectual que no se reivindica, se muere. Desaparece. Es como si la norma que le da protección quedara derogada. Es lo que ocurre con los derechos de propiedad intelectual en la red, donde la utilización de las obras bajo licencia de derecho de autor es la excepción.

Siempre es admisible un grado de erosión de un derecho, pero no es posible afirmar que un derecho se encuentra vigente en un espacio donde la regla general es el uso no autorizado.

El derecho de autor, como construcción jurídica del reconocimiento de la prerrogativa del que ha creado una obra, define la forma en que se produce la relación económica entre el oferente del uso de la obra y el consumidor.

¿Qué puede hacer una industria que ofrece bienes protegidos por propiedad intelectual, si en la cadena más amplia y masiva de distribución, éstos dejan de tener valor?

¿Qué puede hacer una industria que compite con un sistema de distribución paralelo donde la oferta son sus mismos productos, en cantidades ilimitadas y gratuitas?

Estas interrogantes, que no constituyen una crítica en sí mismas, sino la constatación de un hecho a través de los reportes de la misma industria, resultan difíciles de aceptar. No solo porque la industria recibe un daño, sino porque detrás de cada industria en la generalidad de los casos existen derechos de artistas y autores comprometidos con el mayor o menor éxito en la obtención de los rendimientos económicos que corresponden a las obras y producciones. En esto, si puede haber una justificada crítica a las industrias, ya que no solo se afecta el patrimonio de ellas, sino de los creadores que dependen de la gestión industrial.

¿Cómo puede justificarse que el 95% de los archivos musicales que se distribuyen en la red correspondan a utilizaciones no autorizadas? ¿Cuántos recursos se pierden no solo para las industrias, sino para los músicos también?

Son muchas las fórmulas que la industria ha ensayado, a partir de los nuevos servicios que se ofrecen a través de propuestas que provienen particularmente del mundo de la telefonía móvil. Proyectos como el de Nokia, *Comes with Music*, o *Play Now* de Sony Ericsson. Se ensayan nuevos modelos, como el de formatos libres de DRM (Digital Rights Management), que inicialmente fueron promovidos con entusiasmo por las industrias, ajustándose de esta manera a los comportamientos de los consumidores, quienes no se acomodan con las restricciones que imponen determinados sistemas de control digital, especialmente por las necesidades de interoperabilidad con distintos equipos de reproducción musical.

Una de las nuevas fórmula propuestas para operar en el nuevo mercado, es el denominado *360 deals*, que consiste en un acuerdo contractual entre la industria y el artistas que cubre toda la esfera de explotaciones, y que comprende una participación de la industria en la trilogía de los derechos del artista. Participación en los ingresos de los conciertos, participación en los ingresos del merchandising, participación en la venta de licencias. Como informa la Revista *Music & Copyright*, WMG ya ha anunciado en la Cumbre Web 2.0, en San Francisco, que tuvo lugar en el pasado mes de noviembre, que todos los nuevos artistas de la compañía deberán estar bajo el *360 deals*.⁴

⁴ Music & Copyright N° 381, enero de 2009

Probablemente estos acuerdos tienen trascendencia para Madonna, U2, Jay Z, Nickelback, y también para Shakira, como lo anuncia la misma publicación, pero no se justifican sino por la caída de las ventas de la industria en el mercado de los soportes físicos, y su dificultad de desarrollarse en el mercado digital. Estos acuerdos llevados a artistas que no tienen la capacidad de convocar a las audiencias de aquellas grandes estrellas, y que subsisten en sus mercados locales con gran esfuerzo, parece injusto.

Es decir, la introducción de sistemas que se vuelven a los ingresos del artista como posibilidad de recuperación de las inversiones, aparecen excesivas frente a un mercado potencial enorme, que podría multiplicar en más de 20 veces la cobertura de hoy. Esto ilustra acerca de las contradicciones que presenta el momento actual para el mundo de la música, y en particular en los potenciales mercados de la red.

¿Por qué la industria proveedora de servicios en Internet puede obtener una recuperación total o casi total de los servicios que prestan, desde el acceso a la conexión, hasta el alojamiento de datos, mediante las suscripciones de sus clientes, y eso no puede tener lugar con uno de los ingredientes básicos de la red: la música?

La responsabilidad de los ISPs

El desarrollo de los servicios de acceso a las redes y de alojamiento de contenidos ha experimentado un crecimiento que impacta a cualquier observador. Las perspectivas de desarrollo futuro son aún más auspiciosas.

¿Qué papel juega la distribución de contenidos en el desarrollo del negocio de los servicios de Internet? ¿Sería el mismo negocio sin la posibilidad de acceso, legítimo o ilegítimo a tales contenidos?

La pregunta tiene cabida, al examinar el viejo principio de la participación de los autores en el rendimiento económico de sus obras.

Si los negocios de telecomunicaciones que permiten el acceso a las redes se justifican por la simple facilitación de infraestructura, poco tienen que decir los autores. Pero si dichos servicios se convierten en formas de distribución de contenidos, entonces es hora de sentarse en una mesa de negociaciones a establecer la participación que les corresponde a los autores y artistas y las industrias comprometidas.

La provisión de servicios de Internet puede o no ser un negocio de contenidos, pero sí lo es, no cabe sino admitir que ese negocio tiene unos costos que hasta ahora sólo están siendo asumidos por los creadores y las industrias que agregan valor a las obras. En ello, incluimos a la industria editorial y de la producción fonográfica.

En el negocio de Internet es razonable esperar que se cierre el círculo entre los que proveen los contenidos, los que permiten su distribución, y el público que paga por esa infraestructura que se sustenta en la posibilidad de que existan dichos contenidos.

Es evidente que ese debate se encuentra pendiente y que existe una necesidad evidente de examinar cuanto contribuyen los aportes de contenidos

creados por autores, interpretados por artistas, producidos por las industrias, que dan vida a la extraordinaria vitalidad de las redes digitales. Esa vitalidad se encontraría ausente si no existiera esa oferta anhelada por el público.

Es cierto que tal investigación debiera considerar la presencia de contenidos que no tienen protección por derechos de autor, así como de aquellos otros a cuyo respecto sus titulares de derechos no desean que se encuentren disponibles bajo un sistema de autorizaciones de derechos de propiedad intelectual.

¿Cuántos se encuentran en una y otra situación?

La simple revisión de los archivos que mayor popularidad tienen en la bajada por los usuarios, permite arribar a la conclusión que de los contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual son la abrumadora mayoría en las estadísticas de acceso en los servicios de Internet. Ese debiera ser un antecedente para aclarar cuan intensivo son los usos de las obras musicales, principalmente, aquellas que están siendo utilizadas en los servicios de Internet y que no retribuyen en nada a los titulares de derechos.

Un debate sobre la equidad se hace indispensable, y no está lejano el momento en que se abran alternativas para modelos de contratación directa entre los titulares de derechos, autores e industrias de la música, y los proveedores de servicios de Internet, que finalmente van a beneficiar a los consumidores, clientes de los servicios de telecomunicación, que hoy se ven en entredicho por un sistema basado en cierta forma en la hipocresía. Donde unos ofrecen servicios de conexión, pero expresan una posición contraria a las bajadas ilícitas de contenidos, y otros, los consumidores, que solo advierten que sus proveedores de banda ancha permanecen impávidos cuando no activos promotores del acceso ilegítimo, que justifica la permanente suscripción de servicios con mayores posibilidades de bajadas a mayor velocidad y costo cero por los contenidos. Otra de las soluciones que se plantean es que los ISP (*Internet Service Providers*) asuman mayores compromisos en la detección y contención de los usos no autorizados.

La preocupación principal de los ISPs hasta ahora ha sido la limitación de su responsabilidad por las infracciones cometidas por sus suscriptores. Esta inquietud se ha manifestado en la definición de los *Puertos Seguros*, que son disposiciones en las que los Proveedores de Servicios de internet pueden guarecerse de la tormenta de acciones que los titulares de derechos pudieran hacer valer, reclamando las responsabilidades de los ISP, de acuerdo a las reglas del derecho común.

Las disposiciones sobre *Puertos Seguros*, están prologadas por sendas declaraciones de intenciones, como se invoca en el TLC con Estados Unidos con varios países de América Latina, donde se invita al compromiso de los ISP con la contención de los ilícitos por sus suscriptores, a cambio de una inmunidad si cumplen con los requisitos para albergarse en tales *Puertos*.

En la práctica legislativa, los ISPs quieren estar lo más lejos posible de cualquier forma de responsabilidad. Para ello emplean dos herramientas que han sido constatadas con mucha precisión en el actual proyecto de ley que establece las limitaciones de responsabilidad de ISP, en la LPI de Chile:

- a) Establecer disposiciones que dispongan la irresponsabilidad total de los ISPs, incluso cuando conforme a las disposiciones de derecho común pudieran tener responsabilidad directa
- b) Exigir un procedimiento judicial de lato conocimiento para determinar las responsabilidades finales de los ISPs, lo que hace inútil el procedimiento, ante infracciones que se cometen en el ámbito digital y cuya inmediata supresión hacen indispensable un procedimiento expedito y conclusivo mediante medidas de interrupción de las conductas ilícitas

Esta es una materia que requiere de la atención de los titulares de derechos y en particular de las industrias, ya que no parece razonable que los principales actores de la red, beneficiarios de la distribución de contenidos, no asocien su éxito al de quienes están aportando aquello que hemos llamado la vitalidad de las redes digitales.

Las alternativas que se plantean surgen en todos lados. Desde la iniciativa de un modelo de licencia al proveedor de servicio que permitiría a sus clientes un sistema de acceso del tipo “all-you-can-eat”, es decir el cliente del servicio puede acceder a todos los contenidos, mediante licencias similares a las que actualmente se ofrecen a la radiodifusión (blanket license), hasta los sistemas de regulación que obligan a la desconexión de los usuarios finales infractores, como se plantea en el proyecto de ley, por la distribución de contenidos a través de sistemas P2P, en la que existen iniciativas legales en el Reino Unido, Francia y Nueva Zelanda.⁵

Ejercicio de los derechos de propiedad intelectual en el mercado global

La cuarta, y última cuestión que examinaremos es si la propiedad intelectual está siendo empleada adecuadamente, o bien, si está siendo subutilizada en los actuales sistemas de distribución de música.

No es aventurado señalar que la cobertura de licenciamiento de los usos de la música en el mercado global es muy reducida, si se compara con las posibilidades reales de compradores.

¿Por qué ha sido tan poco eficiente la acción de los titulares de derechos?

En un trabajo que nos encargara hace un tiempo Cerlalc⁶, comentábamos la difundida noticia de un grupo inglés que puso a disposición su último trabajo discográfico, ofreciendo al público la alternativa de pagar en diferentes niveles de precio e incluso optar por la gratuidad, lo que se considero una notable acción de marketing que impactó a los medios.

Esta fue la reacción de un blog: “Que tiemblen las disqueras y sus modelos de negocios anticuados. Del artista al usuario, sin intermediarios que se lleven una tajada. Ahora sí que no hay excusas para no pagar (lo justo) por un disco.”

⁶ Revista Iberoamericana de Derecho de Autor, N°3. 1er. semestre 2008. Cerlalc-UNESCO. “La gestión colectiva on line”

Los resultados señalan que entre el 1 y el 29 de octubre del año de distribución, de 2 millones de usuarios monitoreados por la empresa comScore, un 62% de las personas que descargaron la versión digital del álbum lo hicieron sin pagar. Los que decidieron pagar lo hicieron por un promedio de US\$6 (desde EEUU promedio US\$8.05, desde el resto del mundo US\$4.64). Un 4% pagó entre US\$12.01 y US\$20 dólares.

Unos ingresos de esta naturaleza no dejarían indiferente a ningún autor. La pregunta que cabe hacer es si esta acción representa una solución para la distribución de las obras en el mundo on line.

Si el mercado de derechos no existe, entonces la alternativa que queda a los autores es “pasar la gorra” en Internet. Esa parece ser la premisa de la banda inglesa Radiohead. Esto no es nada nuevo. En muchos lugares del mundo los artistas se instalan en calles, plazas y corredores del Metro, para ofrecer sus obras y abrir las cajas de sus guitarras o un sombrero, para recibir el pago voluntario de lo “que se quiera”. ¿Es ese el mercado que esperamos? ¿Ese es el nuevo modelo de negocios del mundo on line?

Por eso señalamos que la debilidad del modelo no puede ser más evidente y, desde luego, no presenta ninguna solución para los artistas que no cuentan con una maquina publicitaria y una estructura de negocios como es el caso del grupo inglés de referencia. Un modelo basado en la voluntariedad o buena disposición del consumidor, no es más que un acto de devoción, de buenas maneras o, también, de adhesión, pero en ningún caso cubre los requisitos mínimos para que se convierta en una fórmula a seguir, que supere la solidez del “paseo de la gorra” en Internet, y esto no es una caricatura.

Un mercado de derechos no puede construirse a partir del supuesto de la generosidad del consumidor para con su oferente.

El ejemplo anterior, nos demuestra cuán alejados estamos de encontrar fórmulas que realmente nos permitan aspirar a una cobertura de mercado medianamente aceptable, que vaya más allá del 5% que hoy día estima la industria de la música.

Aludíamos en el mismo trabajo referido a los factores de error que han podido influir en la postergación de un mercado de derechos en las explotaciones en línea.

El primer factor de error ha sido la pasividad de los titulares de derechos en actuar con oportunidad, flexibilidad y celeridad en los nuevos escenarios del mundo digital.

El segundo factor de error, a nuestro juicio, ha sido la desacertada identificación de los operadores que tienen responsabilidades en las redes digitales, aquellos jugadores que obtienen rendimientos económicos derivados de la explotación de las obras intelectuales en la red digital. Los derechos de autor no están siendo reivindicados en las explotaciones en línea. La neutralidad que es invocada por las industrias de las telecomunicaciones, en relación a su pasividad a todo cuanto ocurra en Internet, sea o no legítima, es una buena explicación para el estado de cosas en este espacio vital para las transmisiones en línea de la música.

Un tercer factor de error, ha sido el intentar trasladar el modelo de gestión individual o colectiva, desde el mundo pre-digital, al ámbito digital. Aquí los titulares de derechos, especialmente en el ámbito de las industrias, han dilatado, y siguen haciéndolo, la definición de una fórmula que permita instalar un sistema de licenciamiento automático, de carácter centralizado en las diversas modalidades de derechos, que permita individualizar en forma rápida y expedita al detentador de los derechos, con seguridad jurídica, y con reglas claras para la determinación de los precios y de las condiciones de uso.

La dispersión es, por ahora, la regla general, con enormes dificultades en su articulación. La explicación de esta conducta errática desde la oferta de bienes culturales en el entorno digital, ha sido la natural incertidumbre acerca de las características que adquiriría la modalidad de transmisión de contenidos en las redes digitales, donde la posibilidad de incurrir en cesiones de terreno o en la aceptación de ciertas restricciones al ejercicio de los derechos, podría significar una forma de hipotecar el futuro, a la espera que las mismas nuevas tecnologías dejen las cosas en su lugar, a través de sistemas de gestión electrónicos y medidas tecnológicas de acceso, que vendrían a ordenar el caótico estado de la explotación de las obras o contenidos protegidos por propiedad intelectual en Internet. Eso no ha ocurrido.

La fragmentación de los derechos

Esta última reflexión, hecha en el trabajo aludido ya hace dos años, ha sido revitalizada con el estudio económico que ha publicado recientemente el Profesor Michael Heller, de la Universidad de Columbia, con su teoría de la “Economía de Atasco”,⁷ que es una explicación de la congestión que se produce cuando los derechos de propiedad no se pueden administrar adecuadamente, por la multiplicidad y dispersión de los titulares. Señala este estudio que la concurrencia de muchos propietarios paralizan el mercado porque cada uno bloquea al otro, y que estas dificultades producen tanto sobre-usos como sub-usos, lo que finalmente produce un daño generalizado.

La capacidad de reconocer un “atasco” es una de las reglas que Heller entrega, para poder examinar las posibles soluciones. Este es un ámbito en el que debemos indagar, porque una de las dificultades para enfrentar el mercado global es la dispersión de los titulares de derechos al momento de ser requeridos por un usuario que requiere contar con licencias para usar legítimamente una obra o una grabación sonora, y más aún cuando los usos son multimediales, para lo que requiere contar con diversas obras y producciones preexistentes.

El derecho de autor es esencialmente fragmentable, como sabemos, y es posible que sobre una misma obra intelectual exista una diversidad de titulares (autores, adaptadores, cesionarios, editores, sub-editores, herederos, etc.), como también una multiplicidad de territorios asociados a diversos licenciarios de derechos, y luego, dependiendo de las características de los contratos, diversos territorios, con nuevos licenciarios asociados, y finalmente

⁷ MICHAEL HELLER. The “Gridlock Economy”. Editorial Basic Books. 2008.

una variedad de plazos, acorde con las condiciones pactadas en las diversas licencias de derechos, con cada uno de los titulares.

Esto también es válido para los fonogramas y las interpretaciones, donde también cabe la fragmentación que hemos mencionado, abarcando a intérpretes, productores originales, cesionarios, licenciarios, sub-licenciarios, herederos, etc.

Si los derechos sobre esa obra, están fragmentados en una multiplicidad de titulares. Si la grabación de esa obra, tiene igual fragmentación, tanto en sus intérpretes como en sus productores. Si además la reproducción audiovisual, normalmente asociada, tiene fragmentaciones similares. Y si estas fragmentaciones tienen también nuevas posibles fragmentaciones de territorio, de acuerdo a los contratos, y otras tantas por los diferentes plazos de licencias respecto de cada titular, y si por último puede producirse una nueva fragmentación por las diferentes formas de explotación, es necesario buscar formas que impidan el atasco.

No es un trabalenguas, sino una realidad del ejercicio de los derechos y de la vida jurídica práctica de los derechos de autor y conexos.

La fragmentación de los derechos es una consecuencia lógica de la naturaleza del derecho de autor, y es bienvenida por los autores, pero es una circunstancia que afecta el ejercicio del derecho, a tal punto, que la imposibilidad de desfragmentar a través de fórmulas como la construcción de catálogos y las más modernas de la gestión colectiva, harían imposible su ejercicio.

Mediante los modelos de gestión colectiva, se produce la desfragmentación, y los titulares concurren con sus repertorios individuales permitiendo generar un gran repertorio universal, para usos amplios e ilimitados en las formas de uso autorizados.

En el mercado global las dificultades de la fragmentación se amplían, no solo por la extensión de las explotaciones, sino que el concepto mismo de globalidad es contrario al de fragmentación. En un medio donde el espacio territorial físico se diluye, donde las explotaciones requeridas necesitan de usos más integrados, y donde la multiplicación de los usuarios ya no alcanza solo al nivel de los intermediarios, sino que llega al mismo consumidor final, la fragmentación de los derechos, provoca una dilución de la titularidad y abre amplios espacios para la inseguridad jurídica. ¿Con quién contratar? ¿Dónde contratar? ¿Qué contratar? Estas circunstancias han provocado el temor de los responsables más cercanos en las redes, y quienes tienen la más directa relación con el mercado, como son los Proveedores de Servicios en Internet, y su estrategia ha sido la limitación a ultranza de sus responsabilidades. Ha generado también una demora en la expansión de los productos y mercados y un atasco formidable, en especial en los mercados más pequeños o marginales ¿Para qué vamos a ir a América Latina? ¿Con quién nos entendemos en América Latina? ¿Quién puede responder que no vamos a enfrentar líos legales en esa región?

La estrategia por tanto es desfragmentar y establecer plataformas adecuadas para dar satisfacción a las demandas de un mercado que está esperando.

Los modelos de asociación de los titulares de derechos para ofrecer formas expeditas e integrales de licenciamiento pueden ayudar a descongestionar los atascos que están produciendo en las vías de acceso a la propiedad intelectual.

Desde la gestión colectiva se puede ofrecer una experiencia notable en la solución de los atascos, en la disminución de los costos de transacción y en el licenciamiento las 24 horas del día. El profesor Heller menciona precisamente a la gestión colectiva⁸ como una de las fórmulas de descongestión y de colaboración para impedir los perjuicios económicos y sociales de los atascos

También podemos ofrecer un registro de experiencias que hemos podido corregir y otras que todavía debemos mejorar.

No resulta extraño, por tanto, que las voces airadas en contra de los derechos de autor, concentren también sus ataques a la gestión colectiva, porque se demuestra como una fórmula eficaz para impedir el atasco y abrir las vías de comunicación, de negociación y licenciamiento de los derechos.

En conclusión, los problemas no solamente residen en aspectos tecnológicos, y en la voracidad de los consumidores, o en la generosidad de los legisladores con los bienes de los autores y de las industrias culturales, y en la mirada evasiva de los principales intermediarios en la red, sino también en la capacidad de los titulares de derechos de ofrecer plataformas expeditas que permitan operar un sistema de “desfragmentación” que por cierto deberá preocuparse de mantener los niveles de competitividad y de autonomía de los titulares, pero centralizando y estandarizando la información, y generando vías de acceso rápidas y expeditas para el uso de la propiedad intelectual.

(fin del documento)

8