

¿DE QUIÉN ES EL DERECHO? CUESTIONANDO NUESTRO SISTEMA DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS DE AUTOR*

Martín Moscoso

Jefe de la Oficina de Derechos de Autor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual-INDECOPI.

Guillermo Bracamonte

Director General de la Asociación Peruana de Productores de Fonogramas-UNINPRO.

David Bravo

Abogado español y autor de "Copia Este Libro".

Jan-David Gelles

Master of Arts en Economía, Universidad de Tel Aviv, Israel y Bachelor of Science en Economía y Administración de Empresas en Technion-Instituto de Tecnología de Israel. Profesor en la Maestría de Economía de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

* La presente Mesa Redonda estuvo a cargo de Jimena Aliaga, Milagros de Pomar e Isabel Lira, miembros de la Comisión de Contenido. THEMIS agradece a APOYO Opinión y Mercado S.A. por los datos estadísticos proporcionados para la presente Mesa Redonda, los cuales permiten contrastar la opinión de especialistas con la opinión de un grupo representativo de nuestra sociedad (y, a su vez, con el consumo de piratería que los entrevistados admiten a pesar de su opinión desfavorable hacia la piratería). Dichos datos estadísticos provienen de: APOYO OPINIÓN Y MERCADO. "Informe Detallado Opinión Data: mayo 2004". Lima: APOYO Opinión y Mercado. 2004. La encuesta fue realizada sobre la base de 611 personas mayores de 18 años en Lima Metropolitana entre el 13 y 15 de octubre de 2004.

Recientemente el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual viene llevando a cabo una campaña de *concientización* social en contra de la piratería a fin de proteger los derechos de autor. Sin embargo y en oposición a ello, diariamente somos testigos de la presencia de un mercado informal de enormes proporciones, el mismo que, si bien parece ser socialmente aceptado, es rechazado legalmente.

Por este motivo, THEMIS ha considerado importante estudiar dicho fenómeno desde sus diferentes perspectivas. En tal sentido, se ha optado por confrontar las posiciones de reconocidos especialistas en la materia, quienes en base a su experiencia y desde perspectivas encontradas, buscan soluciones adecuadas para un único fenómeno: la violación de los derechos de autor.

1. ¿Considera que la propiedad intelectual versa sobre un derecho de propiedad del autor sobre su obra? De ser así, ¿cuál considera que es el límite entre el respeto a este derecho y la piratería?

MOSCOSO: Efectivamente, la propiedad intelectual es una forma de propiedad que se distingue de la tradicional pues se relaciona con un intangible, pero con ciertas características especiales. El autor es titular originario de la obra y es quien tiene los derechos morales y patrimoniales sobre la misma, sujetos a las excepciones y límites que la ley establece. Siendo que los derechos patrimoniales pueden ser objeto de transferencia, los titulares derivados podrán ejercerlos a plenitud. Sin embargo, deberán respetar los derechos morales de los autores, pues estos últimos son inalienables e imprescriptibles.

Cabe distinguir, además, la propiedad del adquirente respecto de un soporte –por ejemplo, un CD o DVD– de la propiedad que el autor mantiene sobre su obra, en el ejemplo, la obra musical o audiovisual fijada en dicho soporte.

El límite entre el respeto a dicho derecho y la piratería es grande. La piratería no es un término que nuestra legislación recoja como tal, salvo en la legislación de fortalecimiento de la lucha contra la piratería. Esta

última se entiende como la reproducción no autorizada de la obra en su sentido más estricto. Existen otras infracciones, como la importación de productos originales cuya distribución no fue autorizada por el titular de derechos para nuestro territorio, caso en el que no podríamos hablar de piratería.

BRACAMONTE: La propiedad intelectual comprende fundamentalmente a los derechos de propiedad industrial y a los derechos de autor. En el caso específico de los derechos de autor, el autor o creador intelectual de una obra tiene derechos morales y patrimoniales sobre la misma. Uno de los derechos patrimoniales es el derecho de reproducción, que es oponible a terceros con carácter de exclusivo. La exclusividad dura, en la legislación peruana, toda la vida del autor y setenta años después de su muerte, ello permite al autor realizar, autorizar o prohibir la reproducción o realización de copias de su obra. La piratería es una violación a ese derecho de reproducción. Se trata de la realización de una o más copias inautorizadas de la obra realizadas fuera del ámbito estrictamente personal.

BRAVO: Creo que las leyes crean una ficción al considerar una “propiedad” del autor sobre las obras que genere. Nadie puede ser propietario de lo que no se puede poseer. Querer ser dueño de algo intangible e inapropiable choca con el sentido común de la mayoría que no comprende cómo pueden prohibirle la entrada a algo que no tiene paredes, puertas ni candados. Las actuales campañas de concientización no son más que el intento de cambiar esta lógica percepción popular.

Esto no quiere decir que los autores no tengan o no deban tener derechos sobre sus obras, sino que esos derechos no deben equipararse legalmente con un derecho de propiedad.

Entiendo que el límite de los derechos de los autores sobre sus obras debe ser marcado por los usos sociales más extendidos. Esto significa que actualmente con la aparición de Internet no tiene sentido prohibir la difusión y copia de obras intelectuales cuando no buscan una finalidad lucrativa. Prohibir lo imposible de frenar es tan eficaz como dar lo que no tienes.

Con relación a la gente que vende piratería, ¿usted considera que cometen un delito, cometen una falta moral o considera que es una situación normal?

Respuestas	TOTAL %	NIVEL SOCIOECONÓMICO					SEXO		EDAD		
		A %	B %	C %	D %	E %	Masc. %	Fem. %	18-24 %	25-39 %	40-70 %
Cometen delito	54	63	50	61	52	52	58	51	52	52	58
Cometen una falta moral	23	25	31	19	22	21	20	25	21	24	22
Situación normal	22	9	18	19	25	25	20	23	25	23	19
No precisa	1	3	1	1	1	2	2	1	2	1	1
Total: 100%	Base Real 600	67	103	193	170	67	296	304	149	227	224
Distribución ponderada	100%	3.6%	16.3%	26.6%	34.5%	19.0%					

Base: Total de entrevistados

Fuente: APOYO Opinión y Mercado S.A.

Lima, mayo del 2004

2. Según el artículo 48 de la ley sobre derechos de autor “es lícita la copia, para uso exclusivamente personal de obras, interpretaciones o producciones publicadas en grabaciones sonoras o audiovisuales”. Por otro lado, son conocidos programas *peer to peer* (P2P) como Kazaa, Emule, Soulseek, etcétera, mediante los cuales el usuario conectado a Internet puede descargar canciones, películas y documentos varios. ¿Considera usted que la descarga realizada mediante estos programas entraría en el supuesto de hecho de la norma? ¿Cuándo hablamos del “uso exclusivamente personal”?

MOSCO: La Oficina de Derechos de Autor de INDECOPI entiende que la copia para uso exclusivamente personal es una excepción que, como toda excepción al derecho de autor, debe ser interpretada restrictivamente y no será aplicada a casos contrarios a los usos honrados (artículo 50 del Decreto Legislativo 822). Los usos honrados son aquellos que no interfieren con la normal explotación de la obra ni causan perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o titular correspondiente, en aplicación de la regla conocida como la de los tres pasos.

La descarga hecha bajo esos programas implica la reproducción digital de una obra protegida que no está en el servidor centralizado del proveedor de servicios, como sucedía en el caso Napster, sino en los servidores de los usuarios partícipes del sistema. Si bien no es posible adelantar opinión sobre programas en concreto, sí es posible considerar ciertos elementos

de análisis. El primero es que si parten de una infracción no es posible que gocen de las excepciones. Así por ejemplo, no es posible una copia personal de una reproducción no autorizada o pirata. Cabe pues que la obra sujeta a intercambio tenga un origen legal, por ejemplo, una copia privada de un soporte legalmente adquirido o, por el contrario, que sea una reproducción no autorizada. Adicionalmente, es excesivo entender que el uso exclusivamente personal permite la puesta a disposición que suponga la suscripción a un sistema de intercambio a través del cual se permita el acceso remoto a obras protegidas desde el lugar y en el momento en que elija quien accede, afectando claramente la normal explotación de dichas obras al permitir a miles de personas beneficiarse de tal acceso sin contraprestación al titular.

Es igual de excesivo pensar que el uso exclusivamente personal implica la posibilidad de distribuir o comunicar al público la obra concernida a través de cualquier medio, pues estas acciones requieren de aprobación del titular de derechos.

BRACAMONTE: La tecnología no debe ser censurada en tanto permita utilidades legales (*fair uses*). Las sanciones deben recaer sobre aquellos individuos que realizan prácticas o usos ilegales de ella.

En los sistemas *peer to peer* descentralizados pueden existir transferencias legales de archivos. Sin embargo, es necesario precisar que el uso que mayoritariamente se da a estos sistemas es ilegal. Tal es el caso de las transferencias de grabaciones sonoras donde una persona se conecta al sistema *peer to peer* y descarga

una canción de la computadora de otro usuario (generalmente desconocido). En ese supuesto, se excede el concepto de copia para uso personal expresado en el artículo 48 de la Ley de Derechos de Autor, que permite únicamente la reproducción de la obra o producción en un solo ejemplar uso exclusivo del propio individuo que efectuó la copia, y no para ser compartida con terceros.

BRAVO: El uso personal, en mi opinión, engloba el uso familiar o cuasifamiliar. Por lo tanto entiendo que descargar una obra intelectual para tu propio uso, incluyendo como propio el que hagas con tus familiares y amigos, es absolutamente legal.

El problema radica en que las *peer to peer* más populares suben datos simultáneamente a la descarga. Este acto pretende calificarse por ciertos sectores como comunicación pública no autorizada.

Al contrario de lo que sucede en la música emitida por radio, la subida desde una *peer to peer*, automática y simultánea a la descarga, puede desde no ser conocida por el usuario hasta serlo pero ni siquiera pretenderse. La pregunta es si esos elementos subjetivos tienen alguna relevancia para la calificación del acto.

En mi opinión, la respuesta a ello es que en el ámbito civil la voluntad de las personas que realizan los actos es determinante. Las conclusiones del libro "Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual" secundan esta interpretación subjetivista. Aunque habla de la distribución, el razonamiento es trasladable a la comunicación pública cuando dice que "lo determinante para considerar a un determinado acto como distribución es la finalidad o el propósito de ofrecer, directa o indirectamente, el original o copia de la obra al público".

3. La objeción económica tradicional a los derechos de autor y a los derechos de reproducción (*copyrights*) es que los mismos limitan innecesariamente el acceso a las creaciones intelectuales, trayendo como consecuencia una distribución ineficiente de dichos recursos. Respecto de dicho argumento, se ha señalado constantemente que tales derechos constituyen un incentivo para la creación de obras. No obstante ello, autores como Posner sostienen que una protección de tan larga duración sólo trae como consecuencia la ineficiente distribución de recursos, en tanto no es razonable afirmar que un artista no crearía una obra si no se le otorga una protección de cincuenta años después de su muerte. ¿Cuál es su posición respecto de esta controversia?

MOSCOSO: Efectivamente, el sistema de protección de los derechos de autor tiene como base el asegurar un justo retorno a quien crea y ofrece el resultado de su talento, esfuerzo, tiempo y recursos necesarios para la realización de esa creación. La capacidad creativa del ser humano no se va a recortar por la inexistencia de incentivos, pero sí se va a recortar la cantidad y continuidad de dicha producción. Un creador requiere de un retorno justo para su labor, pues de lo contrario tendrá que compartir sus labores de creación con otras de supervivencia, afectando su labor creativa. Igualmente, las industrias culturales deben ser sostenibles y desarrollarse en el tiempo, requiriendo los incentivos necesarios para invertir en las creaciones, creando así un círculo virtuoso de nueva inversión y promoción de creaciones. Finalmente, el sistema de protección contiene las excepciones y límites necesarios para establecer un balance que permita el acceso a la información y la cultura sin perjudicar la creación y desarrollo de las mismas.

BRACAMONTE: El sistema de protección de los derechos de autor se sustenta en una exclusiva explotación a favor del autor o titular de los derechos por un plazo determinado por ley. Este sistema tiene por finalidad el establecer un marco jurídico de protección e incentivo para la creación de obras intelectuales. Mientras la obra está en dominio privado, su explotación por parte de terceros está limitada a la decisión del titular del derecho. El plazo general de protección dura toda la vida del autor y cierto tiempo después de su muerte. Este plazo *post mortem auctoris* va en beneficio directo de los herederos del creador intelectual. Se estima que por lo menos dos generaciones posteriores deberían de gozar de este beneficio, toda vez que muchas veces el éxito de la obra no es alcanzado durante la vida del propio autor. Extender la protección más allá de lo mencionado, desde mi punto de vista, podría constituir un exceso e impediría que la obra pase a formar parte del acervo cultural común.

GELLES: Estoy de acuerdo con el argumento atribuido a Posner quien sostiene que no es razonable suponer que un autor no crearía una obra literaria o artística si no se le otorgase una protección de cincuenta años después de su muerte.

El otorgamiento de incentivos económicos excesivos para la creación de obras literarias y artísticas genera ineficiencia e inequidad. La ineficiencia se genera porque los creadores de nuevas obras tienen un acceso más limitado a las obras ya existentes por factores como los altos precios y la poca variedad de canales de distribución. Y la inequidad se genera por las transferencias de rentas cuasimonopólicas a los titulares de los derechos, que en muchos casos son grandes corporaciones.

BRAVO: La mayoría de las obras dejan de dar réditos económicos al poco tiempo de publicarse, de hecho son una minoría las que no están descatalogadas pasados apenas cinco años desde su publicación. Esos largos períodos del *copyright* sólo buscan beneficiar a los pocos autores cuyas obras siguen dando algún tipo de beneficio económico casi un siglo después de haber sido creadas. Sólo los dueños de Mickey Mouse y cuatro más con igual fortuna pueden tener un interés real en que la protección se extienda durante tanto tiempo.

Mientras las grandes corporaciones titulares de los derechos sobre estas creaciones, que envejecen pero que nunca se jubilan, siguen ganando tiempo para seguir explotándolas, los ciudadanos ven cómo las obras están cada vez más lejos de entrar en el dominio público. Por proteger a unos pocos, la mayoría de las obras intelectuales coleccionan polvo en algún estante por ser económicamente estériles sin poder ser usadas por nadie y a la espera de que varias décadas después pasen al dominio de todos.

¿A quién cree que perjudica la piratería de libros, DVD, CD?													
Respuestas	TOTAL %	NIVEL SOCIOECONÓMICO					SEXO		EDAD				
		A %	B %	C %	D %	E %	Masc. %	Fem. %	18-24 %	25-39 %	40-70 %		
A los autores	84	94	93	86	85	70	86	82	78	86	87		
A las empresas de libros, discos y películas	58	67	59	54	59	55	58	57	60	56	57		
Al usuario	18	27	16	18	16	21	16	20	21	16	17		
No perjudica	0	0	1	1	0	0	1	0	0	0	0		
Total: 100%		Base Real	600	67	103	193	170	67	296	304	149	227	224
Distribución ponderada		100%	3.6%	16.6%	26.6%	34.5%	19.0%						

Base: Total de entrevistados
Fuente: APOYO Opinión y Mercado S.A. Lima, mayo del 2004

4. La fácil reproducción de las obras literarias u obras musicales hace que se trate de bienes cuyos costos de exclusión son considerablemente altos, esto es, es sumamente costoso verificar que todo aquel que hizo uso de una obra efectúe el pago correspondiente al creador de la misma. ¿Considera que debe ser el Estado quien incurra en estos altos costos? O, en otras palabras, ¿por qué la sociedad debe pagar estos costos que benefician esencialmente al titular de los derechos de autor sobre la obra?

MOSCOSO: Pensar que los costos de exclusión recaen únicamente en el Estado es incorrecto. El sistema de derechos de autor ha previsto este rol para la gestión colectiva privada de los derechos. Las sociedades de gestión son las encargadas de reducir los costos de transacción que implican a los autores ejercer sus derechos frente a los usuarios de sus obras, ello ocasiona una reducción similar para los usuarios interesados en explotar las obras para darles valor agregado a sus negocios. En el entorno digital, la labor de las sociedades de gestión es

más importante aun. Al Estado le corresponde el establecimiento del juego de reglas básicas sobre las cuales los agentes del mercado interactúan, el desarrollo de medidas de información al mercado sobre la existencia de dichas reglas así como de la existencia de derechos y el establecimiento de medidas de observancia para que los titulares puedan ejercer los mismos.

BRACAMONTE: El titular es el "dueño" de la obra y mientras ésta esté en dominio privado decide acerca de su utilización de manera soberana. Es lógico que quién desea usar una obra de dominio privado asuma los costos de esa decisión y pague el precio que decida el titular. La verificación de si se han pagado los derechos de autor de una obra cuando ésta ha sido explotada por terceros, se facilita en un sistema privado de gestión o administración colectiva. Este sistema brinda beneficios tanto a los titulares de los derechos como a los usuarios de los mismos, y permite un adecuado acceso a las obras y producciones intelectuales estableciendo un adecuado precio por su utilización. Por ello, no considero en ningún caso que el Estado deba incurrir en tales costos.

GELLES: En una situación donde se protegen excesivamente los derechos de autor, el Estado, a través de acciones como la represión de la piratería, protege las ganancias cuasimonopólicas de la industria del *copyright*. El problema no radica en las acciones del Estado para proteger los derechos de autor sino en las acciones del Estado para proteger derechos excesivos.

BRAVO: En la propiedad tradicional los costos de exclusión son soportados individualmente por sus propietarios. Sólo es necesaria la aparición del Estado en casos excepcionales. Por lo general una puerta de mediana calidad y un cerrojo es suficiente para mantener fuera de tu propiedad a terceros. Pero ¿qué ocurre cuando algunos propietarios pretenden excluir a terceros del uso de unos bienes inaprensibles y que no pueden cercarse? Se ven obligados a pedir al Estado que invierta sus recursos económicos y humanos en esa exclusión. El control de lo que cada ciudadano haga con su ordenador necesita grandes cantidades de policía especializada en redes telemáticas, campañas de disuasión, continuas reformas legislativas o investigación de adelantos técnicos de control y de obstaculización de las copias. En suma, se invierten grandes cantidades de todos para proteger una propiedad privada de unos pocos. Mi postura ante esto es que esas grandes sumas podrían dedicarse a algo útil como remunerar la actividad creativa. En lugar de gastarse una buena cantidad en una campaña de concienciación que disuada de la copia no autorizada y que no tendrá ningún resultado, podría dedicarse a equilibrar los efectos de éstas.

5. De suscribirse el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, ¿qué implicancias traería el mismo en relación a la propiedad intelectual en nuestro país? ¿Cuáles son las principales ventajas y desventajas que ello ocasionaría en este sentido?³

MOSCOSO: Las reglas de propiedad intelectual son consideradas un componente básico que brinda seguridad a la inversión. En ese contexto se explica por qué en un Tratado de Libre Comercio se incluyen reglas de propiedad intelectual, tendencia que se inicia con el instrumento de TRIPS o ADPIC¹, en los aspectos relacionados con el comercio. Es necesario mencionar que el capítulo de propiedad intelectual incluye disposiciones de diversas materias que forman parte o están relacionadas con la propiedad intelectual: Marcas e Indicaciones Geográficas, Patentes, Derecho de Autor, Observancia de derechos, Protección de datos de prueba, Transferencia de tecnología, protección de la

biodiversidad, disposiciones relacionadas con los nombres de dominio, etcétera. De todas formas, estando en proceso las negociaciones, es prematuro ensayar una respuesta precisa. Sin embargo, es posible prever una mayor observancia de derechos, un probable y novedoso compromiso de respeto a la biodiversidad, normas de derechos de autor en el entorno digital, pues las disposiciones de patentes y datos de prueba aún están en discusión.

BRACAMONTE: En el caso específico de los derechos de autor, nuestro sistema es conceptualmente adecuado, así como el nivel de protección que brinda. Además, es armónico con el sistema internacional de protección del cual el Perú forma parte. En el área de los derechos de autor la suscripción del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos no debe traer grandes consecuencias. Se trata sobre todo de armonizar dos sistemas de protección como lo son el Derecho de Autor franco germánico con el *copyright*.

GELLES: Estados Unidos tiene una industria del *copyright* muy grande, que genera un balance comercial positivo a ese país. Hay preocupación en ese país por las pérdidas que ocasiona la piratería de películas, música, programas de ordenadores, etcétera, en el Perú (y en el resto del mundo). Históricamente, ese país no fue respetuoso del *copyright* de otros países sino hasta que alcanzó una posición competitiva. El Tratado de Libre Comercio no está firmado ni ratificado sino en proceso de negociación, sin embargo es lógico pensar que en ese marco hay demandas norteamericanas para incrementar la protección legal a la industria del *copyright* así como la represión de la piratería. El marco del Tratado de Libre Comercio no es adecuado para ese tipo de discusiones. Hay necesidad además de regular cuidadosamente a la industria para evitar la concertación de precios y del ritmo de innovación, y así desincentivar la piratería.

6. Actualmente se señala que la tasa de consumo de piratería de software en el Perú alcanza un 68% del consumo total, porcentaje que incluso iría en aumento, ocasionándose por ello millonarias pérdidas que van en detrimento de nuestra economía. Sin embargo, en tanto somos catalogados como la quinta economía más informal del mundo, debemos recordar que un alto porcentaje de nuestra población depende de dichos empleos informales². ¿Cómo debemos afrontar ambas realidades, teniendo en cuenta que en el Perú los bajos costos de reproducción de la “empresa pirata”

¹ El Acuerdo de la Organización Mundial de Comercio (OMC) sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.

² Para mayor información, consultar: www.indecopi.gob.pe/upload/oci/oci.ppt

³ La presente pregunta se realizó el 15 de octubre de 2005 y no fue dirigida a David Bravo.

ha logrado una cadena de distribución a nivel nacional considerablemente eficiente, lo cual ha permitido que muchas personas accedan a material cultural al que nunca hubieran accedido?

MOSCOSO: No existe una cifra porcentual de piratería general en el Perú, pues los estimados se realizan por sectores. La Alianza Internacional de Propiedad Intelectual - IIPA establece los siguientes porcentajes: 75 % para el sector audiovisual, 67% para el sector software, 98% para el sector fonográfico (<http://www.iipa.com>). Otros estimados en la industria editorial, señalan un porcentaje alrededor del 40% (Proyecto Crecer). La pregunta parte de una premisa equivocada. Si la eficiencia se mide por la reducción de costos de cualquier manera, incluyendo la evasión tributaria, el contrabando que ahorra pago de aranceles, el incumplimiento de las obligaciones laborales, la omisión del pago de regalías por derechos de autor e incluso la reproducción no autorizada de las obras, entonces todos los que cometen estos actos ilícitos son ejemplo de eficiencia. Es fácil entender por qué están en mejores condiciones de imponer precios mínimos a sus productos, y por qué generan una barrera para que el sector formal reduzca precios pues su mercado se ve más reducido sin que puedan disminuir proporcionalmente los costos. Eso no es eficiencia, eso es delito. Si una empresa encuentra una manera de ser eficiente robándose los insumos de sus productos, el resultado no será mayor competitividad, sino la sanción en un proceso penal. Las cuantiosas ganancias de las actividades ilícitas sin duda son un incentivo para buscar copiar mercados y mejorar canales de distribución, pero ello no es eficiencia, es delincuencia organizada.

Y finalmente, una premisa falsa adicional, la piratería genera acceso a obras a una población que de otra manera nunca podría haber accedido a las mismas. La piratería al ahuyentar la inversión, no nos permite contar con editoriales de países vecinos, cuya presencia generaría un impacto positivo en precios y en variedad. La piratería tiene el poder de eliminar la oferta formal, como lo logró al hacer desaparecer a las salas de cine hace diez años. Preguntemos a nuestra población si no ha gozado de música en sus diversos géneros en décadas pasadas sin tener que recurrir a la piratería, haciendo uso de medios legales de acceso. Es cierto que la piratería ha obligado a las industrias a alterar sus formas de explotación, gracias a las facilidades tecnológicas de reproducción y distribución, pero no confundamos los atributos de la tecnología con los usos ilegales de la misma por los reproductores y distribuidores piratas.

BRACAMONTE: El tema de la relación entre la informalidad y la piratería, no es nuevo. Tampoco lo es el de la relación entre la piratería y otros delitos de mayor envergadura.

Entre otros, el alto costo de un producto legal como el *software* está directamente vinculado al volumen de piratería. A mayor piratería mayor costo del producto legal. Tratar de solucionar la piratería exclusivamente con una política de precios bajos no resulta totalmente eficiente, pues el pirata siempre puede vender a precios menores. Tampoco se puede solucionar el problema cultural legalizando la piratería. Se trata más bien de conjugar una política coherente e integrada. El Estado ya tiene una política en materia de propiedad intelectual, lo que tiene que hacer es armonizarla con una política cultural adecuada. Corresponde al Estado equilibrar y armonizar la protección a la propiedad intelectual con el adecuado acceso a la cultura, a la educación y al entretenimiento.

GELLES: La legislación sobre derechos de autor otorga una protección excesiva a las corporaciones que crean los programas de ordenadores (setenta años desde su primera publicación). La extensión automática de la protección legal a los programas de ordenadores, como si fuesen obras literarias y artísticas, carece de sustento económico. El ciclo de vida del producto informático es relativamente corto en término de años y la innovación tiene carácter incremental, es decir, se mejora lo ya existente. Esa es una importante barrera legal que se suma a la barrera tecnológica que requiere doble entrada al mercado, tanto de aplicativos como de sistema operativo. Es necesario reformar la legislación para evitar que se perpetúen situaciones de monopolio y regular cuidadosamente a la industria. Esas son condiciones necesarias para que disminuya la piratería de programas de ordenadores. Y además habría que incentivar el uso de *software* libre.

BRAVO: Esos dos conflictos, los que originan la empresa pirata y las descargas de Internet, tienen su origen en dos carencias. Sobre la base de estos dos fenómenos se encuentran la precariedad laboral y el hecho de que un acceso satisfactorio a la cultura es sólo el privilegio de unos pocos. Aparte de decir la obviedad de que la única manera de eliminar la consecuencia es eliminando la causa, creo sinceramente que la "empresa pirata" de discos o películas tienen su final con Internet. Cuando ésta se popularice y alcance unas velocidades de conexión aceptablemente altas, los discos del *Top Manta*, al no ser originales, no tendrán ningún valor añadido que ofrecer y nadie gastará dinero en un producto que puede obtener gratuitamente desde su casa. Esos fenómenos, *Top Manta* y descargas de Internet, que suelen englobarse maliciosamente en una misma palabra: "piratería", no sólo no son una misma cosa sino que más bien son excluyentes entre sí.

La última vez que compró un CD ¿era original o no?												
Respuestas	TOTAL %	NIVEL SOCIOECONÓMICO					SEXO		EDAD			
		A %	B %	C %	D %	E %	Masc. %	Fem. %	18-24 %	25-39 %	40-70 %	
Era original	28	57	39	26	18	27	25	32	25	25	37	
No era original	70	43	61	72	81	69	73	67	74	73	60	
No sabe	1	0	0	2	1	0	2	0	1	0	3	
No precisa	1	0	0	0	0	4	0	1	0	2	0	
Total: 100%	Base Real	307	37	70	106	68	26	178	129	107	125	75
Distribución ponderada		100%	4.1%	22.7%	29.9%	28.3%	15.1%					

Base: Total de entrevistados que compró un disco CD en los últimos seis meses
Fuente: APOYO Opinión y Mercado S.A. Lima, mayo del 2004

7. En el año 2002 fue promulgada la Ley 28289 de "lucha contra la piratería", la cual aumentó las penas a los tipos penales de protección a los derechos de autor, pudiéndose dar penas de hasta ocho años de pena privativa de libertad a quien reproduce con fines de comercialización una obra sin consentimiento previo y por escrito del autor (o titular de los derechos)⁴. Asimismo, actualmente el INDECOPI viene realizando una fuerte campaña publicitaria para difundir la idea de que la piratería es delito. Sin embargo, la mayoría de la población considera tales prácticas como socialmente aceptables ante la falta de alternativas viables. ¿Cuál le parece la mejor solución a esta contradicción?

MOSCOSO: Una revisión integral del Código Penal debiera establecer solución a los problemas de proporcionalidad existentes. Son innegables las distorsiones que genera la aplicación de la justicia que evidentemente atraviesa una crisis estructural de público conocimiento. Si las penas fueran debida y razonablemente aplicadas, resultaría innecesario establecer mínimos que eviten que los jueces ordenen comparecencia a una persona cuya actividad ilícita genera un perjuicio de trescientos millones de dólares a toda una industria cultural, sin cuantificar el impacto en tributos, empleos o regalías. Ante esta situación, resulta impostergable la conformación de un juzgado especializado en propiedad intelectual que resuelva los casos en esta materia con la capacitación debida y el conocimiento adecuado del impacto económico de estas actividades.

Por el lado de la demanda del producto, es necesario continuar, ampliar y mejorar los esfuerzos para

comunicar que esta actividad genera perjuicios a nuestros creadores y a las empresas que los apoyan, así como a quienes invierten en el país. El cambio de actitudes es posible, como se demostró en la actitud ciudadana ante las obligaciones tributarias hace quince años. Recientes encuestas de la consultora Apoyo demuestran que un 65 % de la población de Lima se muestra en contra de la piratería. Aunque dicha cifra no se refleje en su actitud de rechazo de la compra, es un paso adelante.

BRACAMONTE: La piratería es un fenómeno perjudicial que tiene una larga cola que arrastra muchos otros males para la sociedad. Desafortunadamente, en nuestro país tenemos una moral relajada o doble moral. En gran medida esa es la raíz de nuestro atraso como sociedad. Nuestras reglas no son claras o no se cumplen del todo. Tenemos la tendencia a pensar y a creer que la piratería es un delito de menor rango. Hoy por hoy para muchos copiar ilegalmente un CD de música puede parecer algo inocuo y hasta un alarde de audacia. Lo mismo que pasarse una luz roja o manejar habiendo tomado licor. Sin embargo las consecuencias son nefastas y dolorosas. ¿Cómo pretendemos defender nuestro producto de bandera y nuestra única denominación de origen *Pisco*, si no somos estrictos al respetar la propiedad intelectual?

GELLES: Me parecen que las penas de cárcel son excesivas. Las campañas publicitarias pueden ser un medio eficaz para generar conciencia en la población. Pero la mejor solución es reformar la legislación para no proteger excesivamente a la industria del *copyright*, regularla cuidadosamente y a la vez fomentar la creación libre y cooperativa de obras literarias y artísticas.

⁴ Así, este tipo de acciones podría ser sancionada con la misma pena que quien realiza un homicidio doloso (artículo 106 del Código Penal), quien mata a otra persona manejando en estado de ebriedad (artículo 111), o quien realiza un robo -cuando se utiliza violencia contra el sujeto pasivo-.

BRAVO: Por lo general cuando las leyes imponen sanciones desmesuradas están dejando en evidencia precisamente la falta de aceptación social y eficacia de esa norma.

Cuando una norma prohíbe una práctica social habitual estamos ante lo que se denomina una norma perversa. El libro «La Eficacia de las Normas Jurídicas» define la norma perversa como aquella que «es generalmente incumplida y generalmente inaplicada y que eventualmente se aplica». Este tipo de normas que mandan justo lo contrario de lo que la sociedad hace y que sólo se aplica sobre algunos de sus muchos posibles destinatarios, generan una serie de efectos negativos:

la percepción de la aplicación de la norma es vista como arbitrariedad y no como justicia, da cancha a la corrupción de la autoridad encargada de elegir entre millones de destinatarios quién será el cabeza de turco y, además, este tipo de normas invierte la percepción que suele tenerse del incumplidor y de la autoridad considerándose al incumplidor como una víctima de un sistema injusto que lo ha elegido para que pague por el pecado de todos.

En lo que respecta a la descarga y subida de datos no lucrativos creo que las normas perversas han de eliminarse.

Con relación a la gente que compra piratería, ¿usted considera que cometen un delito, cometen una falta moral o considera que es una situación normal?

Respuestas	TOTAL %	NIVEL SOCIOECONÓMICO					SEXO		EDAD				
		A %	B %	C %	D %	E %	Masc. %	Fem. %	18-24 %	25-39 %	40-70 %		
Cometen delito	30	27	31	30	29	31	30	29	27	25	36		
Cometen una falta moral	39	57	46	41	36	33	39	39	38	43	36		
Situación normal	29	12	23	25	34	31	27	31	32	30	25		
No precisa	2	4	0	4	1	5	4	1	3	2	3		
Total: 100%		Base Real	600	67	103	193	170	67	296	304	149	227	224
Distribución ponderada		100%	3.6%	16.3%	26.6%	34.5%	19.0%						

*Base: Total de entrevistados
Fuente: APOYO Opinión y Mercado S.A. Lima, mayo del 2004*

8. Tomando en consideración la importancia de incentivar la creación intelectual, los altos costos de protección de la misma, el creciente desarrollo y difusión de las tecnologías digitales, así como la necesidad de que la mayoría de la población pueda acceder a la cultura y a la tecnología; ¿cómo considera usted que se debería manejar la protección de los derechos autor y los derechos de reproducción en el futuro, ya sea a un mediano o largo plazo?

MOSCOSO: La pregunta merece una respuesta amplia que excede el espacio en esta revista. Más de diez años de discusiones internacionales, dos tratados de derechos de autor y derechos conexos, varias conferencias diplomáticas y abundante doctrina y legislación comparada intentan brindar respuesta esta pregunta. Sin embargo, la respuesta general es la

misma que ha dado origen al sistema de derechos de autor. Se trata de brindar garantías a los creadores para que tengan incentivos a seguir creando y explotando sus obras en el entorno digital, sin que este marco de incentivos afecte el beneficio del acceso de los ciudadanos a la información y la cultura, beneficio que puede garantizarse a su vez mediante la correspondiente adopción de limitaciones y excepciones.

BRACAMONTE: La protección de las creaciones intelectuales no tiene un alto costo en la medida que la protección es automática y sin ninguna formalidad. Lo que indudablemente tiene un costo es utilizar o explotar bienes protegidos por los derechos de autor. Sin embargo, los derechos de autor en su aspecto patrimonial, en alguna medida, también está sujetos al libre juego de la oferta y la demanda. Por otra parte, es totalmente natural que la sociedad deba tener acceso

a la cultura y a la tecnología. El Estado debe dar por ello leyes que incentiven a las empresas culturales y promover el respeto a la propiedad intelectual.

La protección a los derechos de autor conceptualmente debe ser la misma, el tema está establecer mecanismos ágiles y seguros tanto para los creadores como para los usuarios. Caso similar ocurre con el comercio electrónico y con las tarjetas de crédito, se hace necesario agilizar las transacciones *online* pero también establecer medios seguros que eviten delitos.

El establecimiento de adecuadas medidas tecnológicas y de gestión de negocios en el ámbito de lo que es la administración colectiva del derecho de autor debiera ser una solución.

Las sociedades de gestión colectiva surgen como las grandes administradoras de los derechos de autor, en la medida en que estén adecuadamente manejadas a fin de estar en posición de dar solución a muchos de los problemas que hoy nos afligen en materia de propiedad intelectual. Su adecuada gestión y correcta fiscalización por el Estado debe ser una garantía para titulares y usuarios.

GELLES: En el mediano o largo plazo, se debería comparar, en la teoría y en la práctica, un sistema de derechos de autor (reformado) con un sistema alternativo donde la creación de obras literarias y artísticas sea libre y cooperativa. Habría que determinar qué sistema es el que produce mayores incentivos para

crear obras nuevas, variadas y de calidad, a costos de producción y reproducción bajos, y que permita el acceso de toda la población interesada. Como ejemplo del segundo sistema se puede señalar que Internet es una red libre y cooperativa, que tuvo su origen en el sector público.

BRAVO: Las leyes no están ni para proteger modelos de negocio ni para ilegalizar comportamientos generalizados e imposibles de frenar en la práctica. Los telares mecánicos sustituyeron a los telares manuales y los trabajadores que se quedaron en el paro por este nuevo invento reaccionaron quemándolo. Los juicios, las persecuciones y las leyes contra las redes *peer to peer* son esa misma reacción pero en su versión actualizada al siglo XXI. Si la mitad del dinero y el tiempo que gasta la industria en perseguir adolescentes que intercambian música, lo invirtieran en un nuevo modelo de negocio, conseguirían más resultados. Del mismo modo, y como decíamos anteriormente, si el Estado invirtiera los costos de exclusión en la remuneración de la actividad creadora, también conseguiríamos más resultados. En definitiva, los recursos tanto privados como públicos malgastados en frenar lo imparables deberían dirigirse a adaptarse.

Creo que hay que empezar por eliminar los absurdamente largos períodos de protección del *copyright*, por consolidar la copia para uso personal y por eliminar la necesidad de autorización para la comunicación pública. Esto creo que es el techo mínimo porque es pedir, ni más ni menos, que las leyes acepten cuál es la realidad en lugar de intentar prohibirla.

¿Usted considera que la piratería?												
Respuestas	TOTAL %	NIVEL SOCIOECONÓMICO					SEXO		EDAD			
		A	B	C	D	E	Masc.	Fem.	18-24	25-39	40-70	
		%	%	%	%	%	%	%	%	%	%	
Se debe eliminar porque atenta contra la propiedad intelectual y los derechos de autor	67	75	74	62	64	72	66	67	66	62	72	
Se debe mantener porque permite acceder a libros, DVD, CD más baratos	27	16	16	32	33	22	27	28	28	32	23	
No precisa	6	9	10	6	3	6	7	5	6	6	5	
Total: 100%	Base Real	600	67	103	193	170	67	296	304	149	227	224
Distribución ponderada		100%	3.6%	16.3%	26.6%	34.5%	19.0%					

Base: Total de entrevistados
Fuente: APOYO Opinión y Mercado S.A.
Lima, mayo del 2004