

PROPIEDAD INTELECTUAL Y SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

José Justo Megías

1. Una breve introducción a la cuestión

Desde hace poco más de dos décadas asistimos a una constante evolución de la propiedad intelectual, tanto de la legislación que la regula como del modo como es percibida por la sociedad tras la aparición de los nuevos medios tecnológicos. Las fotocopias, las grabaciones en cassettes, etc., apenas supusieron una leve amenaza en la protección de los derechos sobre la producción intelectual. Bastó con el establecimiento de un canon sobre las fotocopiadoras o sobre las cintas de grabación (audio y vídeo) para que las aguas volvieran a su cauce de forma más o menos pacífica. Sin embargo la situación actual es muy diferente. Los nuevos soportes digitales, las posibilidades que ofrecen los avances tanto del hardware como del software, así como el diseño de redes de intercambio libre punto a punto han posibilitado una serie de conductas entre los consumidores de tal calibre que la propiedad intelectual, más que como un derecho de su creador o titular, comienza a aparecer como una restricción a la libertad de los ciudadanos, una restricción que perjudica según algunos sectores sería y profundamente el desarrollo cultural de la sociedad contemporánea.

Por una parte, esto no es sino una consecuencia del modo en que se ha querido presentar la Sociedad de la Información entre los sectores más jóvenes de la población, aquellos que han crecido conectados a Internet en una época en la que o bien la casi totalidad de los servicios se ofrecían gratuitamente, o bien se carecía de vías jurídicas y medios adecuados que pudieran impedir la circulación a través de redes p2p (peer to peer)- de música, vídeo, software, etc. Tampoco faltaban quienes se amparaban en una laguna legal ocasionada por los imprevisibles avances tecnológicos cuando se estableció la regulación aplicable. Estas circunstancias facilitaron que un gran sector de la población -el que mayoritariamente utilizaba Internet y las nuevas tecnologías- se acomodara sociológicamente a una situación de gratuidad, origen en ocasiones de una conducta antisocial y antijurídica difícil de corregir.

Pero también ha ejercido una notable influencia en la creciente aceptación de la piratería por parte de los consumidores el que se hayan hecho públicos los datos sobre beneficios derivados de las producciones musicales y cinematográficas. El con-

DOI: <http://dx.doi.org/10.25267/Periferica.2006.i7.04>

sumidor está convencido, en gran medida, de que los beneficios de los autores, las discográficas, las productoras de cine y los distribuidores son desproporcionados en relación a lo que ofrecen y en las condiciones -innegociables- en que lo ofrecen. Por su parte, quienes soportan los perjuicios derivados de la piratería no están dispuestos a ofrecer su producto a un precio que pudiera hacer menos apetecibles las copias e intercambios ilícitos².

Se nos presentaba, por tanto, una serie de cuestiones que el legislador tenía que afrontar o revisar a tenor de las circunstancias actuales, cuestiones como la nueva concepción de la propiedad intelectual, la imposición del canon a todos los soportes digitales sin atender al uso específico que se hiciera de ellos, la compatibilidad entre las protecciones tecnológicas anticopia y el derecho a realizar la copia privada o de seguridad del original adquirido legalmente, la regulación de las redes p2p y los contenidos que circulan sirviéndose de ellas, etc. La reforma de la Ley de Propiedad Intelectual aprobada en junio de 2006 ha supuesto un intento de afrontar éstas y otras cuestiones, pero dejó descontentos a unos y otros. Se consideran más agraviados quienes, por haber tenido menos capacidad de presión sobre el legislador -la industria tecnológica y los consumidores- resultaron ser los grandes perdedores frente a la todopoderosa industria del cine y de la música³.

2. El anquilosamiento real de la legislación y los nuevos conflictos jurídicos

Un aforismo romano que no ha perdido vigencia a pesar de los siglos transcurridos es aquel que dice que *ius oritur ex facto*, el derecho nace del hecho⁴. Refleja la mentalidad práctica romanista, que no construye sobre pilares teóricos, sino sobre la vida real según ésta lo demanda. En el mundo de la propiedad intelectual se cumple a la perfección desde que comenzó a generalizarse la Sociedad de la Información y se introdujo la tecnología digital. Las normas existentes, elaboradas para una tecnología analógica y para una sociedad sin Internet, sirvieron para parchear los nuevos problemas jurídicos, pero el clima de inseguridad jurídica originado era palpable. Los propios hechos demandaban un cambio en profundidad de la legislación.

2.1. El mundo de la música y del cine como detonantes⁵

Aprobada en 1998 -tras cuatro años de debate- la Digital Millenium Copyright Act, parecía responder, al menos en EE.UU., a la necesaria remodelación del marco jurídico que evitara el vacío legal y el clima de inseguridad, pero no fue así. Dos años más tarde, en el 2000, se iniciaron diversos procesos judiciales relacionados con los avances tecnológicos que pusieron de relieve la fragilidad de las nuevas leyes. Jon Johansen, con su DeCSS, había conseguido romper la protección de los DVDs y la Motion Picture Association of America (MPAA) presentó ante los tribunales la correspondiente demanda por entender que el fin del programa era vulnerar los derechos

de autor. Meses más tarde se interponía una nueva demanda, esta vez contra Scour, por lanzar un nuevo software, el Scour Exchange (SX), que permitía descargar música, imágenes y vídeos sin respetar los derechos de propiedad, afectando especialmente a las películas *Matrix*, *El Patriota* o *Gladiator*. En este caso la demanda fue interpuesta por la Recording Industry Association of America (RIIA) y por la MPAA⁶.

Sin embargo, los mayores conflictos vendrían originados, sin duda alguna, por el formato musical mp3. Desde que en diciembre de 1998 se formara la Secure Digital Music Initiative (SDMI), un grupo de compañías relacionadas con las nuevas tecnologías trató de aprobar un standard único que les permitiera comercializar sus producciones de forma segura, pero no lo consiguieron⁷. Un año más tarde la RIIA y las grandes discográficas demandaron a Napster y MP3.com, a la primera por permitir el tráfico e intercambio de copias ilegales de canciones, a la segunda por tratar tecnológicamente las producciones musicales, tratamiento que permitía la audición online por quienes, en principio, pretendían adquirirlas o afirmaban haber comprado ya el CD, pudiendo disfrutar de su contenido desde cualquier lugar con conexión a la Red. Un juzgado federal dio la razón a las demandantes y ordenó el cierre de MP3.com, lo que indujo a MyMP3.com a retirar de sus bases todos los ficheros copiados ilegalmente, iniciar negociaciones y ofrecer al público tan sólo las creaciones de los artistas noveles⁸.

Las primeras discográficas que permitieron a MP3.com ofrecer online sus directorios musicales fueron Warner y BMG. Apostaban de esta manera por un mercado musical de descarga por Internet a prueba de copias ilegales.

Así llegaron los primeros acuerdos comerciales. Las primeras discográficas que permitieron a MP3.com ofrecer online sus directorios musicales fueron Warner y BMG. Apostaban de esta manera por un mercado musical de descarga por Internet a prueba de copias ilegales. Después llegaron otros acuerdos que sumaron aproximadamente unos cien millones de dólares en indemnizaciones.

No todas las discográficas quisieron dar por finalizada la batalla jurídica por los derechos de autor. Universal continuó a fin de dar un escarmiento y desanimar a las nuevas compañías de servicios de intercambios gratuitos. El 26 de julio de 1999 Marilyn Hall Patel, juez de distrito de San Francisco, ordenó a Napster cerrar su servicio, prohibiendo que los internautas continuaran intercambiando copias ilegales de canciones. La empresa presentó al día siguiente recurso ante el Tribunal de Apelaciones del distrito de San Francisco, que decidió suspender la clausura de los servi-

cios de intercambio hasta el mes de septiembre. Ante la estrategia de la defensa presentada por Napster, los órganos gubernamentales remitieron un informe jurídico al tribunal en el que mantenían que los PCs no podían tener la consideración, como pretendía la demandada, de dispositivos domésticos de grabación amparados por la Audio Home Recording Act de 1992, de la que habían sido excluidos explícitamente en las negociaciones previas a la aprobación de la norma. Aplazada una vez más la decisión judicial, los usuarios del servicio continuaron creciendo hasta superar los treinta y ocho millones. En octubre de ese mismo año comenzaron los rumores de posibles acuerdos entre Napster y las propietarias de los derechos de autor, pero la demanda siguió su curso y Napster lanzó su versión para Mac.

Por esas fechas Aimster logró un acuerdo con la discográfica Capitol Records⁹, por un lado, y con EMI para la promoción de un álbum de Radiohead. Días más tarde Aimster amplió su oferta a otras plataformas e inició contactos con Universal Music para conseguir un modelo seguro de suscripción musical online¹⁰. Pero, tentado por las posibilidades de crecimiento, Aimster comenzó a permitir el intercambio indiscriminado de temas musicales. Problemas judiciales posteriores le hicieron cambiar su nombre comercial por el de Madster hasta su desaparición.

Un mes más tarde se anunció el acuerdo entre el grupo Bertelsmann y Napster. El primero otorgaba un crédito millonario (estimado entre los 20 y 50 millones de dólares) para el desarrollo de la tecnología del servicio de intercambio legal, crédito que terminaría otorgándole una participación significativa en Napster¹¹. Las grandes discográficas continuaron adelante con su demanda, apoyadas por la RIAA. Estaban convencidas de que, por un lado, de no haber entablado la batalla judicial hubiera sido imposible este tipo de acuerdos, y, por otro, consideraban que aún no se habían establecido unas bases jurídicas suficientes para garantizar los derechos de autor frente a los abusos de compañías como Napster. Sin embargo, discográficas más pequeñas comenzaron a negociar la posibilidad de distribución de sus catálogos musicales a través de Napster si ésta lo hacía a través de un software seguro¹².

Este difícil panorama hizo que MP3.com llegara a un acuerdo extrajudicial con Universal Seagram: a cambio de la cesión del catálogo musical, junto a los que ya poseía para su distribución en su servicio online, reconocía la violación de los derechos de autor, le otorgaba derechos de suscripción de acciones y se comprometía a entregar 53,4 millones de dólares como indemnización¹³. Poco duró la tranquilidad en MP3.com, que fue demandada de nuevo por violación de los derechos de autor por parte de Unity Entertainment en noviembre y por EMusic y otras seis firmas independientes en diciembre.

El nuevo panorama jurídico que se avecinaba dio lugar a la proliferación, también en Europa, de compañías que comercializaron la música online legalmente. La pla-

taforma Vitaminic consiguió llegar a un acuerdo con MTV Europe por el que se comprometía a dar acceso a los usuarios de MTV Undiscovered a su catálogo musical, que contenía entonces las producciones de más de 18.000 artistas, 500 sellos discográficos y 250 géneros musicales; no sólo facilitaba música online legalmente, sino también acceso a datos sobre artistas nuevos y underground, historias musicales, etcétera¹⁴. Por su parte, Telefónica Media presentaba el portal akimusica.com, dirigido a los seguidores de la música hispana y que proporcionaba a través de los entornos Real Player y Windows Media unas 40.000 canciones¹⁵.

Más problemas tuvo Weblisten en España, demandada por la discográfica Ediciones Musicales Horus y condenada por la Audiencia de Barcelona¹⁶. La discusión se centraba en desvelar si la actividad de Weblisten sobre varios temas musicales de la discográfica debía considerarse como "reproducción" o como "comunicación pública", que era lo alegado en su defensa por el portal para considerarse liberado de la necesidad de acuerdo con Horus. El Tribunal consideró que el término "reproducción" había de acomodarse a las modificaciones tecnológicas introducidas por la Sociedad de la Información.

¿Qué efecto tuvieron estas demandas del año 2000? Lo más importante fue el replanteamiento por parte de todos los afectados de las normas reguladoras de los derechos de autor, origen de la inseguridad jurídica ocasionada en este campo. Era una clara muestra de que el Derecho positivo no se había adaptado a los

cambios de la realidad. Ante la lentitud de los cambios legislativos internos, a mediados de diciembre las grandes discográficas solicitaron a la Oficina de Derechos de Autor de los EE.UU. directrices claras sobre la licitud de la descarga musical, tanto para escuchar on line como para grabar temporalmente en el disco duro. Querían evitar de este modo las denuncias de productores¹⁷.

Por lo que se refiere a Napster, desde que en julio de 2000 fuera decretado judicialmente su cierre, dedicó sus esfuerzos a desarrollar un nuevo modelo de pago.

En el ámbito internacional, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) trataba de avanzar en la creación de un nuevo marco jurídico para el sector de la música digital, marco en el que llevaba trabajando desde 1996. Pero el primer logro no llegaría hasta el año 2002 con la entrada en vigor del primero de los dos tratados sobre esta materia. El Tratado de Protección de los Derechos de Autor (WTC) entró en vigor el 6 de marzo de 2002 y estaba dirigido a proteger los intereses legales y económicos en el ciberespacio de escritores, compositores y artistas en general. El segundo no entró en vigor hasta el 20 de mayo del mismo año, después

de haber sido ratificado por el Estado número 30 (Honduras); este Tratado sobre Interpretación y Ejecución de Fonogramas (WPPT) estaba dirigido a proteger los derechos exclusivos de reproducción, distribución, alquiler comercial y difusión pública en Internet de los músicos, cantantes, intérpretes y ejecutantes, así como de la industria discográfica en general¹⁸. Estos tratados complementaban el Convenio sobre Aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), aprobado por la Organización Mundial del Comercio. Los objetivos perseguidos por la OMPI con estos tratados fueron tres. En primer lugar, establecer un marco para desarrollar los negocios musicales online; en segundo lugar, proteger los derechos de autor en todas las modalidades, por lo que quedarían regulados tanto los servicios de streaming como las descargas de obras; y, en tercer lugar, amparar la tecnología de seguridad, de modo que los titulares de los derechos no sufrieran las consecuencias de la piratería. La UE no sólo trató de adherirse en bloque a estos tratados, sino que ya había aprobado la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, Directiva que obligaba a los Estados miembros a replantear el modo de regular estos derechos en el ámbito nacional¹⁹.

Por lo que se refiere a Napster, desde que en julio de 2000 fuera decretado judicialmente su cierre, dedicó sus esfuerzos a desarrollar un nuevo modelo de pago. A finales de diciembre de ese mismo año presentó una versión de pruebas de su nuevo servicio en el que participó un número limitado de usuarios con acceso legal a unas 100.000 canciones. Pretendía funcionar en marzo de 2001 con catálogos de las cinco grandes compañías discográficas, pero no fue posible. En junio firmó un acuerdo con MusicNet que le garantizaba las canciones de Warner Music, BMG y EMI, y sus proyectos giraban en torno al cobro de una cuota mensual de entre 5 y 10 dólares a cambio de unas 50 canciones en formato .nap, con protección para evitar su intercambio a través de Internet o su grabación en discos compactos. Mejoró las funciones de su programa gracias a los millones de dólares que Bertelsmann había invertido desde que se hiciera con ella²⁰. Inútilmente intentó atraer una parte de sus antiguos 60 millones de usuarios, que habían pasado a utilizar AudioGalaxy, Morphueus, Kazaa o cualquier otro programa que permitiera el intercambio gratuito de música.

A finales de enero de 2001, la juez Marilyn Hall Patel accedió a la solicitud de suspender el proceso judicial durante 30 días, petición formulada por cuatro de las cinco grandes discográficas con una clara intención de cambio estratégico. Un mes más tarde la defensa de Napster conseguía una pequeña victoria, el acceso a una documentación que podía poner de manifiesto la falta de intención de las discográficas de llegar a un acuerdo con ella, y que su objetivo fue desde el principio cerrar el sitio y acabar con toda posible competencia en la Red. Los abogados de Napster

adujeron que las discográficas se habían negado de forma reiterada a compartir con otras compañías los derechos de autor, lo que les hubiera permitido comercializar en Internet los temas musicales²¹. De haber demostrado la mala fe procesal de las discográficas, quizás hubiera podido conseguir una rebaja significativa en las indemnizaciones demandadas. No lo consiguió y a finales de marzo la Corte de Apelaciones confirmó la decisión de la juez Marilyn Hall Patel de cerrar la plataforma por no respetar los derechos de autor. Los abogados de Napster intentaron convencer a los magistrados de que era imposible desarrollar una tecnología de filtros infalible, y ello debía servir como causa suficiente para permitir la apertura aún sabiendo que se podían producir fallos en la protección²². La Corte prefirió dar la razón a las discográficas y denegó la apertura solicitada. Napster intentó sobrevivir, pero la escasez de ingresos directos le hizo perder competitividad frente a las demás plataformas²³.

Cuando todo parecía calmarse, nuevas iniciativas de las discográficas volvieron a enturbiar el panorama. La primera de ellas tuvo origen en febrero de 2001 con la creación de Duet, la joint venture formada por Vivendi y Sony, que más tarde ampliaría su estrategia en el negocio de la

música online a través de la adquisición de MP3.com por 372 millones de dólares; su objetivo era servirse de la tecnología de la compañía adquirida para llevar a cabo los planes de Duet: la creación del servicio de suscripción que se lanzaría en julio de ese mismo año.

Después fue MusicNet la que se sumó al climax que auguraba nuevas batallas judiciales. Nacida de la alianza entre RealNetworks y las compañías AOL Time Warner, Bertelsmann y EMI Group, se presentó en sociedad en mayo de 2001 con una amplia oferta de temas musicales autorizados por las tres compañías firmantes del acuerdo, canciones que no podrían ser copiadas a un CD ni a ningún otro dispositivo²⁴. La filosofía consistía en que los usuarios no comprarían las canciones, sino tan sólo el derecho de escucharlas. Tanto MusicNet como Duet se enfrentaron a una fuerte oposición de los autores, que ya habían interpuesto una demanda contra Universal Music alegando que el servicio de suscripción, a través de Farmclub.com, vulneraba sus derechos. A esto se unieron los rumores sobre unos posibles acuerdos entre las discográficas para la formación de monopolios encubiertos en el sector. Las firmas discográficas solicitaron al Congreso norteamericano un respaldo legal contra las posibles demandas por sus servicios bajo suscripción, pero la cuestión no tenía fácil solución.

Otros dos conflictos jurídicos derivados de la nueva situación tecnológica tuvieron su origen en la aparición de los libros digitales.

Tras unos meses de espera y preparación, en diciembre inició su andadura RealOne, primera tienda online bajo la plataforma de MusicNet. Al precio de 9,95 dólares mensuales, los abonados de RealOne podrían descargar 100 canciones en sus ordenadores para disfrutar durante un mes y escuchar otras 100 de forma instantánea²⁵. No habían transcurrido tres semanas cuando la competencia anunciaba la disponibilidad de Pressplay, sustituta a Duet. Pressplay ofrecía, a través de Yahoo!, Microsoft y Roxio la posibilidad de escuchar trescientas canciones con una cuota de diez dólares, además de una descarga de treinta temas; permitía, con el pago de una cantidad extra y cierto control, almacenar la música en el disco duro, grabarla en un CD o enviarla a otro usuario²⁶.

Sin duda, el mayor éxito en este sector fue el de iTunes Music Store. Desde que activara su plataforma en abril de 2003, se produjeron en apenas un mes más de trece millones de descargas de temas musicales por usuarios de Macintosh. Las tarifas resultaban atrayentes y ofrecía flexibilidad en sus modalidades. Activado el servicio para los usuarios de Windows en octubre del mismo año, alcanzó la cifra de un millón de descargas en los tres primeros días.

Las denuncias y amenazas de denuncias por este tipo de actividades fueron innumerables, pero la falta de claridad en los preceptos del antiguo Texto Refundido de la LPI hacía prácticamente inviable su persecución de modo eficaz.

El mundo cinematográfico corrió una suerte paralela durante estos mismos años. La policía de Taiwan tuvo que intervenir en enero de 2001 los servidores de Movie88.com, sitio que ofrecía el visionado de miles de películas al precio de un dólar sin respetar el copyright. Días más tarde, el abogado taiwanés responsable del sitio aseguraba que la compañía respetaba las leyes de copyright locales, aunque reconocía que no ocurría lo mismo con las estadounidenses; sin embargo, alegaba, la empresa estaba registrada en las Islas Vírgenes, en las que regían las leyes británicas y éstas eran respetadas en todos sus extremos.

El mundo cinematográfico corrió una suerte paralela durante estos mismos años. La policía de Taiwan tuvo que intervenir en enero de 2001 los servidores de Movie88.com, sitio que ofrecía el visionado de miles de películas al precio de un dólar sin respetar el copyright. Días más tarde, el abogado taiwanés responsable del sitio aseguraba que la compañía respetaba las leyes de copyright locales, aunque reconocía que no ocurría lo mismo con las estadounidenses; sin embargo, alegaba, la empresa estaba registrada en las Islas Vírgenes, en las que regían las leyes británicas y éstas eran respetadas en todos sus extremos.

Unos meses antes, en julio de 2000, Sony Pictures Entertainment y Warner Bros habían decidido licenciar el sistema DTCP (Digital Transmission Content Protection), estándar que permitía colocar un sistema de codificación y autenticación en los diversos dispositivos con el objetivo de prevenir la copia de los trabajos, bien evitando la copia, bien limitando el número. Pero, al margen de su efectividad, surgieron las dudas de su legalidad. Un mes más tarde Sony Pictures, Paramount Pictures, Universal

Studios, Warner Bros y Metro-Goldwyn-Mayer decidieron aliarse para archivar y distribuir por banda ancha películas directamente a los consumidores que contaran con conexiones de banda ancha (servicio conocido como Video on Demand o VoD)²⁷. Pero de poco sirvió esta estrategia, pues tuvo que luchar con la gratuidad de las películas obtenidas en redes P2P y, además, contra el éxito de los lectores de DVD.

Abandonada la ilusión del VoD, las discográficas, cinematográficas y empresas de videojuegos comenzaron las denuncias masivas de usuarios privados que utilizaban las redes de pares para intercambiar música o vídeo, consiguiendo las empresas propietarias de los derechos una reducción considerable de las copias piratas, así como que un gran número de usuarios borrara de sus discos duros las películas y los temas musicales obtenidos sin licencia²⁸.

En España, con unos jueces más reacios a iniciar una persecución de estos intercambios, se archivaba la primera denuncia interpuesta. La Asociación Española de Distribuidores y Editores de Software de Entretenimiento (ADESE) y la Asociación de Distribuidores e Importadores Videográficos de Ámbito Nacional (ADIVAN) habían presentado en mayo la primera denuncia por descarga y tráfico de un juego de ordenador y tres películas; tras una leve investigación, el caso fue archivado²⁹.

En septiembre de 2006 dos noticias llamaron especialmente la atención en este campo, ambas relacionadas con la Warner. La primera informaba sobre la ampliación de sus acuerdos con plataformas de intercambio entre usuarios a fin de que se pudiera descargar legalmente las películas. La segunda refería el cambio de estrategia de la productora cinematográfica para combatir la piratería en China; su película *Superman Return* sería comercializada a un precio equivalente a los 2,7 euros. Ambas medidas pretendían ofrecer los productos a un precio tan atractivo que hiciera renunciar a los usuarios a las copias ilegales.

2.2. Los ebook y los problemas de derechos de autor³⁰

Otros dos conflictos jurídicos derivados de la nueva situación tecnológica tuvieron su origen en la aparición de los libros digitales³¹. Uno de ellos concluyó con la sentencia de un Tribunal de Nueva York en la que se estableció la diferenciación entre derechos de autor sobre edición impresa y sobre edición digital. El otro, más popular, fue el que siguió la Justicia norteamericana contra la compañía Elcomsoft.

El primero de ellos fue conocido como Berstelmann-Random House vs. Rossetta Books. La editorial de libros electrónicos RossettaBooks decidió publicar en formato ebook una serie de obras literarias de amplia difusión. Algunas de ellas ya estaban publicadas en papel por Berstelmann-Random House, que, al entender vulnerados sus derechos de propiedad sobre tales obras, interpuso la correspondiente deman-

da. RossettaBooks alegó que el libro electrónico y el libro impreso en papel tenían poco que ver tanto en lo referente a su sistema de reproducción como a su empleo, por lo que de ninguna manera podían entenderse afectados los derechos de la demandante. Un juez federal de Nueva York aceptó las alegaciones y dictaminó la licitud de esta práctica: el autor de una obra literaria podía pactar por separado las ediciones electrónica y papel, sin que una primera cesión de la misma a una editorial implicara la cesión de las dos versiones³².

El segundo caso fue más problemático. En julio de 2001 fue detenido en Las Vegas el programador ruso Dimitry Sklyarov. Había acudido al DefCon, Congreso para hackers y expertos en seguridad, con el fin de ofrecer una conferencia sobre las protecciones del programa Adobe y presentar el Advanced eBook Processor, programa de la compañía ElcomSoft que transformaba los archivos pdf protegidos de Adobe en otros archivos pdf normales. El pago de una fianza de 50.000 dólares y la intervención de los directivos de Adobe³³ le permitieron eludir la prisión, pero no el proceso judicial. Se le acusaba de violar la Digital Millenium Copyright Act³⁴. A Sklyarov se le acusaba de poner a disposición de los internautas un software capaz de romper las protecciones de Adobe eBook y predisponerlos a la vulneración de los derechos de autor, es decir, incitaba a la comisión de un delito³⁵. Los titulares legales de una licencia del Adobe eBook podían adquirir por cien dólares el software de ElcomSoft, con el que podrían eludir las restricciones de las obras electrónicas en cuanto a posibilidad de copias, almacenamiento o impresión.

A finales de agosto, la defensa de Sklyarov alegó la inconstitucionalidad de la DMCA, no sólo por atentar contra las libertades de expresión e investigación consagradas en la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana, sino también por restringir la doctrina del buen uso en el campo de la propiedad intelectual, que admitía un derecho limitado de intercambio, comercialización y copia de los trabajos con copyright si hubiera una razón justa para ello. A estas alegaciones se unía el que la EFF y la propia Adobe habían acordado pedir su absolución, pero de nada sirvió lo uno ni lo otro. Existían precedentes de otros casos y el Tribunal no estaba dispuesto a ceder. Uno de esos precedentes, relacionado con el mundo del cine, sirvió a la justicia norteamericana para continuar con el proceso. La MPAA había conseguido meses antes el procesamiento de Eric Corley por publicar en su revista online 2600 el código del software DeCSS. Los abogados del demandado presentaron la correspondiente apelación, pero fue desestimada. El Tribunal de Apelación entendía que el código fuente, por su condición de expresión escrita, estaba bajo la tutela de la Primera Enmienda de la Constitución, pero con un matiz: "este material es contenido neutro y por tanto goza de menor protección que el contenido expresivo, como el de una novela o la poesía". Como consecuencia de este razonamiento se prohibió a Corley incluso la publicación de enlaces al DeCSS, y la defensa de Sklyarov se quedó sin el amparo de la Primera Enmienda por las mismas razones³⁶. Joseph Bur-

ton, encargado de la defensa de Sklyarov, alegó que el Advanced eBook Processor estaba amparado por la legitimidad de su uso, pues su diseño permitía disfrutar solamente al usuario legítimo del Adobe eBook de los derechos que hubiera disfrutado si se tratara de un libro impreso, es decir, además de leerlo, podría copiarlo y compartirlo.

A ello se añadía como cuestión de fondo si el programador ruso podía ser juzgado en EE.UU., con arreglo a una norma americana, por cuanto la actividad denunciada había sido realizada en otro país de modo completamente legal. La trascendencia en territorio norteamericano por las características propias de Internet hizo que los tribunales norteamericanos consideraran intrascendente tal cuestión, como ya habían puesto de manifiesto en casos anteriores³⁷. A los seis meses de la detención y procesamiento, el Departamento de Justicia retiró los cargos contra Sklyarov al lograr un acuerdo con éste para que a cambio de su libertad testificara contra su empresa. Meses más tarde ElcomSoft, que hacía frente a una multa de 2,25 millones de dólares, solicitaba de nuevo el cierre definitivo del caso por considerar que las leyes norteamericanas no eran aplicables a las actividades desarrolladas legalmente en otros Estados. Ronald Whyte, titular del Tribunal de Distrito de California que conocía la causa, desestimó las alegaciones de la defensa.

El primero de estos proyectos fue el conocido como Biblioteca Universal de Google o Google Books Search. La compañía del buscador llegó a un acuerdo con las Universidades de Michigan, Harvard y Stanford para crear una base con todos sus fondos bibliográficos.

2.3. Conflictos originados en el mundo de la prensa digital³⁸

Uno de los grandes enemigos de los derechos de autor en la prensa digital hasta la reciente reforma del Texto Refundido LPI ha sido el dossier de prensa electrónico o press clipping, tan sencillo de realizar con los comandos de cortar y pegar y con los enlaces profundos³⁹. Con esta práctica podía evitarse la adquisición habitual de la prensa, lo que originaba evidentemente un lucro cesante en quienes veían disminuidas sus ventas de ejemplares impresos, así como las visitas a sus versiones digitales, con la consiguiente minoración de ingresos por publicidad. Al margen de la dificultad que entrañaba la persecución de facto de estas prácticas, nos encontrábamos también con la dificultad de encajar tales conductas en el marco de algún precepto

protector de los derechos de autor. Un sector doctrinal apuntaba que el problema se solucionaría aplicando la regulación sobre las Colecciones de Bases de Datos establecida en el artículo 12 del Texto Refundido LPI donde podrían encajar todas las creaciones multimedia; el citado precepto permitía establecer por el fabricante o editor una prohibición de extraer y/o reutilizar una parte sustancial de la obra. El texto legal permitía en su artículo 31 la realización de una copia en determinados supuestos, pero en ningún caso quedaban amparadas las copias colectivas y lucrativas que suponía el *press clipping*⁴⁰. Por su parte, el artículo 32 establecía que "las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revistas de prensa tendrán la consideración de citas"⁴¹, pero por su propia naturaleza debían ser excluidas del amparo otorgado a esta modalidad, pues según la definición del sector la revista de prensa, que sería la modalidad lícita, consistía en publicar tan sólo de forma aislada lo publicado por otros medios, pero no de forma periódica y constante como realmente ocurre con el *press clipping*. Del mismo modo, tampoco encajaba en el supuesto contemplado por el artículo 33, es decir, considerarlo como un trabajo sobre una cuestión de actualidad, pues no cumplía con los requisitos establecidos en el mismo⁴².

Las denuncias y amenazas de denuncias por este tipo de actividades fueron innumerables, pero la falta de claridad en los preceptos del antiguo Texto Refundido de la LPI hacía prácticamente inviable su persecución de modo eficaz. El conflicto de mayor relieve en España tuvo su origen en el requerimiento, en septiembre de 2003, al periódico electrónico *Periodista Digital* por parte de Prisacom y Mundinteractivos; le conminaban a que cesara en la extracción, almacenamiento y reutilización de las noticias publicadas en sus sites y en sus ediciones impresas -de las que digitalizaba y publicaba las portadas, así como en la realización de enlaces profundos (*deep linking*) a sus noticias para que aparecieran como noticias propias de *Periodista Digital*. Sobre este último supuesto ya había pronunciamientos judiciales y recientes⁴³; a principios de agosto de ese mismo año, por ejemplo, la titular del juzgado de instrucción número 3 de Madrid había ordenado el cierre cautelar de Donkeymania por el uso de los enlaces. El auto judicial ordenaba el cierre cautelar durante seis meses de la web, denunciada por El Derecho por considerar que los enlaces que conducían a ficheros de su base de datos de jurisprudencia y legislación eran ilegales⁴⁴. Los titulares de la web denunciada alegaron que en ningún momento se les había advertido de la ilicitud de los links objeto de la demanda, hecho que a su juicio suponía un cambio radical en el tratamiento jurisprudencial de la cuestión⁴⁵.

Periodista digital, por su parte, defendió en su site la licitud de la actividad⁴⁶ amparándose en la limitación a los derechos de autor que representaba la facultad de "citar" (art. 32 TRLPI) y en el derecho a la información que asistía tanto al medio informador como a sus lectores; aunque cesó en parte de su actividad, continuó con la reproducción de las portadas de ambos periódicos y con la práctica de enlace

profundo. En abril de 2005 Unión Editorial y Mundinteractivos procedieron a interponer la correspondiente demanda. Entendían que no había lugar a ampararse en la "cita" porque la reproducción de noticias se hacía sin añadir comentario ni tratamiento alguno a los textos reproducidos; entendían, así mismo, que el derecho de información no amparaba la utilización de propiedades ajenas en esas condiciones, y que tampoco cabía acogerse a la "excepción de obra divulgada" porque la reproducción de noticias se realizaba a escasos minutos de su aparición en los medios originarios⁴⁷.

En la reciente reforma se ha tratado de solucionar este tipo de situaciones de ambigüedad legal, pero sin satisfacer ni a unos ni a otros⁴⁸, pues ha permitido la continuidad lícita del press clipping siempre que no se manifieste una oposición expresa por parte del medio propietario de los derechos de autor. *El Mundo* publicó en sus medios el día 28 de julio de 2006, justo el día anterior a la entrada en vigor de la reforma del TRLPI, la prohibición expresa de utilizar sus contenidos sin contar previamente con el permiso de la editora: "Esta publicación, como obra colectiva en los términos del artículo 8 de la Ley de Propiedad Intelectual, no puede, ni en todo ni en parte, ser distribuida, reproducida, comunicada públicamente, tratada o en general utilizada por cualquier sistema, forma o medio, sin autorización previa y por escrito del editor. En particular, Unidad Editorial se opone de manera expresa a que la reproducción de sus páginas pueda ser considerada una 'cita' en los términos previstos en el artículo 32.1 párrafo segundo de la Ley de Propiedad Intelectual". Sin embargo, no descartaba los posibles acuerdos económicos con entidades dedicadas al press clipping.

El último conflicto jurídico de cierta relevancia se dirimió ante los tribunales belgas en septiembre de 2006. Varios periódicos de Bélgica habían denunciado a Google News por ofrecer sus textos, fotos y gráficos sin previa autorización. No se trataba de un caso de press clipping, pero el efecto venía a ser el mismo. Los tribunales dieron la razón a los diarios y condenaron a Google a cesar en su actividad⁴⁹.

La otra cuestión que no estaba del todo clara con la aparición de los periódicos digitales fue la relativa a los tipos de relación jurídica posibles entre el periodista y el titular del medio de comunicación. Una primera modalidad entrañaría dependencia laboral, por lo que habría que presumir una cesión automática de cualquier creación intelectual de acuerdo con el artículo 51 del Texto Refundido de la LPI⁵⁰. La segunda modalidad de relación jurídica sería la derivada del ejercicio de la profesión como freelancer, con los consiguientes acuerdos mercantiles puntuales. En el primer supuesto surgían menos problemas de interpretación porque la propia ley remitía a lo acordado en el contrato laboral, previendo unos límites tanto para el autor como para el empresario si los acuerdos no fueran completos. Sin embargo, sí que se planteaban problemas más serios de interpretación en el segundo supuesto, como se pu-

so de manifiesto hasta su resolución definitiva por los tribunales.

El primer proceso de cierta entidad fue el caso *Tasini vs. The New York Times*, que enfrentaba a Jonathan Tasini, Presidente de la National Writers Union, y los más importantes medios norteamericanos⁵¹. El Tribunal Supremo daba la razón al primero y con él a todos los freelancers, desautorizando a los medios de comunicación para la reutilización en versión digital de aquellos trabajos que hubieran sido realizados para la versión impresa. Si un medio deseaba tal reutilización, debía obtener el consentimiento de su autor.

La cuestión debatida principalmente en relación a los derechos de autor en estos casos se centraba en determinar si el periódico o la revista era una obra colectiva o no lo era. Las corrientes doctrinales sobre el tema podían ser reconducidas a dos principalmente. Por un lado, la que defendía que los textos de un periódico son divisibles y no necesitan del resto de la obra para cumplir su objetivo. Por otro lado, la que sostenía que la propiedad intelectual de todo lo publicado corresponde al editor, pues los artículos deben tener la consideración de creaciones singulares que sólo cobran su pleno significado cuando se insertan en la totalidad de la obra. Es decir, se planteaba la cuestión partiendo de las preguntas ¿qué es lo que busca el lector, el artículo concreto o la lectura de un periódico? ¿O las dos cosas?

El artículo 8 del Texto Refundido LPI consideraba "obra colectiva la creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica que la edita o publica bajo su nombre y está constituida por la reunión de aportaciones de diferentes autores cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma, para la cual haya sido concebida sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada"⁵². Podía afirmarse, por tanto, que un diario, un semanal, etc., podrían tener la consideración de obra colectiva, pero ¿cómo determinar el límite de la cesión de una obra, personal y acabada, que va a formar parte de otra colectiva? La corriente mayoritaria defendía que lo habitual sería determinar en el contrato una cesión amplia que incluyera el entorno electrónico; de no haber pacto expreso, debía entenderse cedida la obra por un periodo de cinco años, para el país donde se realizara la cesión y con el alcance necesario para el desarrollo del negocio del editor, incluyendo también el entorno digital.

2.4. Conflictos originados con las bibliotecas digitales

Desde que se descubriera el atractivo para los internautas de las obras digitalizadas y colgadas en Internet, han sido múltiples los proyectos puestos en marcha para satisfacer esta demanda, pero han sido también numerosas las demandas interpuestas por considerar que no quedaban a salvo los derechos de autor.

El primero de estos proyectos fue el conocido como Biblioteca Universal de Google o Google Books Search⁵³. La compañía del buscador llegó a un acuerdo con las Universidades de Michigan, Harvard y Stanford para crear una base con todos sus fondos bibliográficos; más tarde lo alcanzaría también con la Universidad de Oxford y la Biblioteca Pública de Nueva York, aunque sólo para aquellas obras para las que se hubieran extinguido los derechos de autor; en agosto de 2006 se incorporó la Universidad de California, y en septiembre lo hizo la Universidad Complutense de Madrid⁵⁴.

La polémica en torno a este nuevo servicio comenzó en septiembre de 2005, al conocerse la demanda interpuesta por tres escritores (Daniel Hoffman, Betty Miles y Herbert Mitgang) y el Authors Guild que aseguraba representar a otros ocho mil escritores contra el buscador por vulneración de los derechos de autor. Google trató de frenar las críticas y demandas paralizando temporalmente los trabajos de digitalización y ofreciendo a los autores disconformes la posibilidad de solicitar la eliminación de sus libros si aparecían en el listado⁵⁵. Posteriormente se comprometió, en el caso de que estas obras no fueran aún de dominio público, a ofrecer solamente su título, nombre del autor, datos de edición y un pequeño fragmento, ofreciendo también enlaces de sitios en los que se pudiera adquirir el libro. A partir de marzo de 2006 introdujo dos novedades. Por un lado, comenzó a ofrecer obras no sólo en inglés, como había sucedido hasta el momento, iniciando su servicio en España, Italia, Alemania, Holanda, Austria, Bélgica, Suiza y Francia. Por otro, comenzó a negociar con distintas editoriales y autores para que le permitieran colgar sus libros en la red a cambio de una compensación⁵⁶, que podría consistir en la participación en los ingresos generados por la publicidad, o en un canon establecido según se tratara de simple visualización o descarga para impresión.

Para mayor desconsuelo de los propietarios de derechos de autor, con el nacimiento de Internet el ciudadano no sólo tenía a su alcance los medios tecnológicos para copiar sus creaciones, sino también para divulgarlas de un modo muy eficaz.

La segunda iniciativa, impulsada por Francia en abril de 2005, se denominó Proyecto Gutenberg. Su objetivo se centraba en formar la Biblioteca Digital de Europa, con la pretensión de alcanzar los dos millones de obras digitalizadas en el año 2008 y los seis millones para el año 2010. Iniciada por 19 bibliotecas nacionales europeas, pronto se sumaron al proyecto numerosas editoriales de España, Francia, Alema-

nia, Italia, Polonia y Hungría. La Comisión Europea confirmó en marzo de 2006 que cofinanciaría el proyecto, al que se destinarían unos doscientos cincuenta millones de euros. Como diferencia respecto al proyecto de Google, se trató de resaltar que se respetarían escrupulosamente los derechos de autor, para lo cual se adoptarían criterios normativos exigentes que lo permitieran.

La tercera iniciativa está representada por la Open Content Alliance, impulsada por Yahoo! Aglutina un buen número de empresas del mundo de la cultura, organizaciones sin ánimo de lucro y universidades con el objetivo de digitalizar libros de dominio público y aquellos otros de los que obtengan acuerdos previos con los propietarios de los derechos. Los contenidos -libros, artículos, archivos de audio y vídeo, etc.- estarán disponibles a través de cualquier buscador.

2.5. Conflictos originados en el mundo de la radio digital

Otro de los conflictos que no termina de encontrar una solución pacífica y duradera es el derivado de las emisiones de radio digital. Desde la aprobación de la Digital Millennium Copyright Act, se tenía por cierto que los webcasters deberían satisfacer a las discográficas y a los autores un canon por emitir su música en la Red, pero no se pusieron los pilares para determinar la cuantía.

Cuando en mayo de 2002, las autoridades reguladoras de EE.UU. rechazaron la propuesta de establecerlo sin acuerdo entre los implicados, éstos solicitaron el dictamen de un Panel de arbitraje, el Copyright Arbitration Royalty Panel (CARP), nombrado por la Oficina del Copyright estadounidense. Este Panel recomendó el establecimiento de un canon de 0,14 centavos de dólar -la mitad si se trataba de radios offline que también emitieran por la Red- por cada tema ofrecido. La contrapropuesta de los webcasters, que se rebelaron contra esta solución porque suponía el cierre seguro de las emisoras digitales, fue el sometimiento a las mismas condiciones que el resto de las radios, es decir, alrededor del 3% de sus ingresos brutos. La RIAA, por su parte, en representación de los autores y discográficas, exigía el 15% de la facturación si no se aceptaba la propuesta del Panel. Al final se sometió la decisión al director de la Biblioteca del Congreso de los EE.UU., nombrado a tal efecto por la Oficina del Copyright, que desestimó la Propuesta del Panel y dejaba de nuevo sin resolver el conflicto.

Cuatro años más tarde, en mayo de 2006, los 183 países integrados en la OMPI acordaron excluir el pago de derechos de autor al webcasting de radio y televisión. La cuestión constituía un punto de discordia para los trabajos preparatorios a la asamblea general de la OMPI que se debía celebrar meses más tarde en Ginebra⁵⁷.

3. Hacia una nueva concepción de la propiedad intelectual

Todo lo anterior nos permite apreciar que la reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual no ha sido aislada y casual, sino que estaba enmarcada en una necesidad generalizada del mundo occidental y, en nuestro caso particular, exigida y encauzada por la Directiva comunitaria del año 2001, cuyo plazo de transposición había sido ya incumplido. Una vez más se demuestra que los derechos no suelen permanecer ajenos a los cambios de la realidad, a pesar del interés del racionalismo en mostrárnoslos así desde finales del siglo XVII. En el supuesto que nos ocupa, los derechos más afectados por los cambios sociales son el de propiedad y el derecho a la cultura, aunque no cabe duda que afecta a un buen número de facetas de la libertad del ser humano y valores que impregnan -o deben impregnar- la convivencia social.

Durante estos últimos cinco años hemos asistido a un debate público sobre la propiedad intelectual en el que han participado todos los sectores sociales interesados. Unos con la clara intención de que la reforma supusiera una vuelta al estado de cosas anterior a la aparición de la tecnología digital, causa y origen del terremoto propietario. Otros con la intención de modificar y limitar la concepción privatista y excluyente de este tipo de propiedad, tan propia del liberalismo radical del siglo XIX y de moda otra vez en nuestros tiempos; bajo las banderas de la libertad y la cultura han abogado por la práctica desaparición de la propiedad privada en determinados ámbitos culturales. Y un tercer sector, más ecuánime y prudente -en el sentido estricto del término-, ha tratado de enjuiciar y proponer a lo largo de estos años unos cambios en la concepción de la propiedad intelectual para acomodarla a la nueva realidad tecnológica y sociológica, cambios que apostaban por una sociedad en la que, sin suprimir la propiedad, tuviera más cabida el valor de la solidaridad⁵⁸.

Al final de la contienda, ha sido el primer sector el que ha vencido e impuesto su hegemonía sobre el maniatado legislador, consolidando el deslizamiento histórico que ha venido produciéndose en la protección de la propiedad intelectual. Es cierto que las leyes de propiedad intelectual nacieron para proteger a los creadores, pero se trataba de una protección fundamentalmente frente a los impresores y editores; eran los únicos que en aquella época disponían de los medios para copiar de forma generalizada sus obras⁵⁹. Estas leyes, sin embargo, no afectaron en absoluto a los destinatarios de las creaciones; ajenos a las exigencias de esas normas -porque les resultaba del todo imposible poner en peligro el objeto de protección-, continuaron disfrutando en idénticas circunstancias del único derecho que podría resultar afectado, la libertad de acceso a la cultura y a la información.

La razón fundamental y primera como pone de manifiesto, por ejemplo, la Constitución norteamericana- por la que se decidió proteger los derechos de autor cuan-

do aparecieron este tipo de normas no fue la de proteger propiamente la propiedad, sino el fomento y la protección de la cultura; se protegió la propiedad intelectual porque se consideró que era la vía más apropiada y eficaz para conseguir el objetivo principal, pero nada más lejos de la intención del legislador que convertir los derechos de autor en un bien superior al derecho a la cultura⁶⁰. Es decir, se trataba de alentar al creador garantizándole la obtención de algún beneficio a partir de sus obras, y así todos salían ganando con sus creaciones. Pero el individualismo que caracterizó a todo el siglo XIX dio al traste con estas pretensiones de carácter más social y terminó cambiando el objetivo de la ley. De ahí la diferencia, por ejemplo, entre la ley francesa, de 1791, que reconocía y garantizaba los derechos de autor de por vida al creador de la obra y cinco años tras su muerte a sus herederos, y la

regulación española de 1879, que aumentaba el periodo de protección en los herederos hasta ochenta años tras la muerte del creador. Aparece nítido el deslizamiento a un segundo plano de la cultura, que dejaba el papel principal al puro beneficio económico. Si no, ¿cómo es posible que se justifique la titularidad indiscutible de tres generaciones tras la muerte del autor?⁶¹ ¿No supone este hecho un abuso? Hoy en día, una gran parte de los derechos de autor no están en manos de

Mientras que en los países europeos arraigó esta mentalidad egoísta o individualista de la propiedad, mientras que en la ley norteamericana se conservó esa tensión entre la propiedad privada y el bien común.

los creadores, que ya han fallecido, sino en manos de sus herederos, que no sólo no tuvieron nada que ver con la creación, sino que tampoco la utilizan para promover la cultura y el arte, sino que más bien la utilizan para explotar, controlar y dominar la cultura y el arte y todos los beneficios que puedan obtener de ella⁶².

Este deslizamiento del objeto de protección, sin embargo, no alteró nada de lo que afectaba a los destinatarios de las normas. Todos los ciudadanos eran destinatarios de las normas protectoras de la propiedad intelectual, pero, como hemos advertido antes, a quienes de verdad seguían dirigidas era a aquellos que podían contar con los medios para copiar, que no eran todos los ciudadanos. Este control sobre los medios de edición o producción fue lo que permitió durante dos siglos que los ciudadanos tuvieran que pagar por las obras el precio que se les pidiera, no había otra alternativa aunque consideraran abusivo el precio.

Los avances tecnológicos de la segunda mitad del siglo XX supusieron un cambio del entorno que modificó notablemente la posibilidad de control sobre lo creado y la

mentalidad del destinatario de las creaciones, en particular sobre el precio que debían pagar por ellas. La técnica puso al alcance de cualquiera la posibilidad de adquirir a precios razonables los instrumentos para reproducir las creaciones -copiadoras, fotocopadoras, grabadoras, etc.-, lo que hizo que comenzara a verse a todo ciudadano en general como destinatario de esas normas que protegían la propiedad intelectual. Para mayor desconuelo de los propietarios de derechos de autor, con el nacimiento de Internet el ciudadano no sólo tenía a su alcance los medios tecnológicos para copiar sus creaciones, sino también para divulgarlas de un modo muy eficaz.

Durante los quince últimos años hemos asistido a una lucha dialéctica. ¿Se deben o no blindar los derechos de autor hasta el extremo de que la sociedad nada tenga que decir al respecto? El argumento más fuerte de los creadores -y de sus defensores- es que si no se vuelve al estado de cosas anterior, lo más probable es que se deje de crear, pues ya no tendría el aliciente económico⁶³. Sin embargo, lo cierto es que en estos quince últimos años no se ha dejado de crear en ninguno de los campos de la cultura, a pesar de la masificación de las copias; lo que se ha dejado es de obtener los beneficios astronómicos que se obtenían antes. La paralización de la creación es una amenaza que no se cumplirá nunca, y basta dar un repaso a la historia de nuestra cultura occidental para darse cuenta de ello. ¿Cuántos creadores, pensadores, artistas, etc., sin ánimo de lucro nos ha dado la historia? Siempre habría otros Sócrates, Platones, Aristóteles, Crisipos, Zenones, etc., por ejemplo, dispuestos a compartir sus conocimientos con sus conciudadanos; no creo que los pintores rupestres cobraran por sus obras, como harían otros muchos pintores posteriores cuyas obras se admiran ahora en museos; y así en todos los campos. En lo que coincidirían todos estos creadores es en que no tolerarían que otros se enriquecieran con las obras que ellos habían creado para la humanidad. Y esta es la mentalidad que continúa hoy día entre muchos creadores: ceden gratuitamente a los demás su música, sus programas, sus vídeos, etc., pero no para que aparezca alguien y se enriquezca cobrando por lo que él ha cedido gratuitamente, sino para que lo disfrute la generalidad y se le reconozca el mérito y su virtualidad.

En otros casos, la historia nos muestra también que grandes creadores de la pintura, o de la música, o de la literatura, continuaron creando a pesar de la limitada remuneración que obtenían por sus obras. Tenemos los ejemplos de Van Gogh, Miguel Ángel, Zurbarán, Cervantes, Shakespeare, Mozart, Bach, etc. Es más, estos ejemplos reales nos podrían servir para formular al contrario el argumento esgrimido: ¿Hubiera seguido pintando Van Gogh de haber obtenido millones por sus primeras obras? Probablemente no, probablemente hubiera tenido dinero suficiente para comprar toda la bebida que deseaba, sin necesidad de volver a pintar, por lo que podríamos afirmar que hoy disfrutamos de un mayor número de pinturas de Van Gogh gracias a que su remuneración fue justa, pero no desorbitada. Hoy se podría

decir lo mismo: si se les pagara menos a los creadores se podrían ver en la necesidad de tener que crear más para poder vivir más decentemente; como obtienen grandes beneficios, se pueden permitir el lujo de abandonar la creación -artística o cultural- cuando lo estiman oportuno.

Las razones que ofrece a lo largo de su texto la Directiva 2004/48/CE, de 29 de abril de 2004, relativa a las medidas y procedimientos destinados a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual, son varias, pero resulta evidente que priman las referidas al interés económico. Es cierto que alude a la necesidad de promocionar y estimular la innovación y la creación mediante incentivos para sus autores, pero inmediatamente se recurre a otros argumentos que dejan al anterior en un segundo plano: el desarrollo del empleo y la mejora de la competitividad. Todo el razonamiento principal se reduce a que habrá más inversiones por parte de quien tiene medios materiales si se protege la propiedad de los resultados obtenidos. Y a esto nadie puede poner objeción, pero ¿por qué hay que protegerlos durante setenta años más tras la muerte de su creador? Sencillamente, prima el interés económico sobre el interés cultural.

Aunque se haya defendido estas ideas durante más de un siglo, ¿es necesario que todo siga igual? ¿Es necesario ignorar los cambios que para la concepción de la propiedad ha supuesto la aparición del entorno digital? El legislador, a instancia de las grandes multinacionales y de las gestoras de derechos de autor ha dicho que sí, que había que volver a la situación anterior por seguridad jurídica, por justicia, etc. Pero la sociedad lo ve de un modo diferente: los adelantos tecnológicos han supuesto tales posibilidades para el desarrollo de la cultura, para el libre acceso a la cultura, que la nueva realidad demanda que se acorte la vida de esos derechos; no que se supriman, pero sí que se limiten temporalmente. Pretender un disfrute tan extenso por los herederos de los derechos de autor apelando a que desde el siglo XIX ha tenido tal regulación es como si se hubiera defendido en el siglo XVI que la esclavitud no podía ser suprimida porque siempre había existido la esclavitud, es decir, una absoluta simpleza. Hubiera sido absurdo prohibir la revolución industrial apelando a que lo tradicional era trabajar sin máquinas, o que dejaría muerta gran parte de la mano de obra -como sucedió-, ¿por qué prohibir ahora la revolución digital? ¿Quizás porque haya que salvar la propiedad privada a toda costa, por encima de cualquier otro derecho?

Esta cuestión nos permite entrar brevemente en el análisis del sentido y fin de la propiedad, que ha ido cambiando a lo largo de la historia según evolucionaba la realidad social y la mentalidad de las personas⁶⁴. Cuando se estudia la realidad histórica y las obras escritas en el curso de los siglos sobre la propiedad, se aprecia de forma clara y nítida que hasta la Modernidad, hasta los pensadores y juristas del siglo XVI, no se defiende la propiedad privada como un derecho inaliena-

ble del ser humano, idea que surge en el ámbito anglosajón y después toma cuerpo en Europa.

La obra de Aristóteles fue de las primeras en mostrarnos razonablemente la institución de la propiedad privada. Entendía que lo natural desde un principio de la existencia del hombre había sido que todo fuera de todos, de modo que cada uno tomaba sin problema lo que le fuera necesario para vivir bien y no perjudicaba a ninguna otra persona. Las razones para que el hombre decidiera instituir la propiedad privada, a juicio de Aristóteles, podían resumirse en tres: cada uno cuida mejor de lo suyo (no deja que se pierdan o se deterioren los bienes), se evitan discordias sociales (sobre quién puede disponer de cada cosa o a quién le corresponde trabajar) y, por último, se obtienen mayores

rendimientos (porque los beneficios redundan principalmente en quien lo trabaja y pone mayor interés en obtenerlos). Las tres razones están en función de otra principal, el mantenimiento de la paz social y la consecución del bien común, más fácil de lograr con esa admisión de la propiedad privada dadas las circunstancias sociales del siglo IV a.C. Como la razón principal es el logro del bien común, si cambiaran las circunstancias, podría venir exigida por ellas la supresión de la propiedad. Por ejemplo, en una etapa de hambre, la autoridad podría obligar a los propietarios a

compartir alimentos con quienes no tuvieran medios, o si se necesitara construir una vía de comunicación, se le podría requisar una porción de terreno a un propietario, etc. Lo que no se podría es desposeer arbitrariamente al agricultor de sus frutos o de una parte de su finca para construirse una villa de recreo el arconte de turno. Existía, por tanto una diferenciación clara entre afirmar "todo es de todos", que implica que las cosas pueden estar repartidas pero si existe una razón podrían convertirse en comunes, y afirmar "nada es de nadie", que implicaría la ausencia de propiedades y la legitimidad de hacer con las cosas lo que se quisiera, pues nadie podría alegar que se le está perjudicando. La primera expresión, más aristotélica, conlleva que todas las personas están implicadas en el cuidado de lo común, de modo que si se causa algún daño, afecta y perjudica a los demás. En cambio, la segunda expresión implica despreocupación, de modo que me podría apropiar de cuanto quisiera sin

El copyleft no pretende la desaparición de los derechos de autor tal como están regulados actualmente, sino que, partiendo de la regulación actual, permite al autor escoger libremente, en uso de la autonomía de la voluntad, la forma en que permitirá el uso de su creación.

importarme los demás, ignorar su cuidado e, incluso, destruir los bienes, puesto que nadie es titular de ellos.

La mentalidad aristotélica, de cuidado de las cosas porque afecta al bien común, permaneció durante toda la Antigüedad y la Edad Media en los pensadores y juristas de relevancia. Si las cosas eran privadas, se debía a que así se lograba una mayor paz social y tranquilidad para todos, pero no podía concebirse la propiedad como un derecho absoluto que permitía la exclusión radical de los demás. Estos juristas hablaban del *ius necessitatis* que asistía a las personas para tomar lo ajeno en caso de necesidad, derecho que podría complementarse -según nuestra mentalidad- con la posibilidad de restringir la propiedad privada en caso de que ello fuera conveniente para el bien común.

Fue, como advertíamos más arriba, la mentalidad moderna -especialmente la contenida en las obras de Hobbes y Locke- la que propuso una nueva concepción de la propiedad. La concibió como un derecho natural del individuo, impregnada del individualismo propio de la época. Se trataba de un derecho excluyente, por lo que ni siquiera la autoridad legítima en la comunidad política podía lícitamente disponer de las propiedades de los ciudadanos sin contar con el consentimiento de éstos. Es cierto que algunos pensadores continuaron haciendo referencias al *ius necessitatis*, pero como recurso completamente retórico⁶⁵.

Pero lo que más llama la atención al comparar las regulaciones norteamericana -de tradición anglosajona- y europea de la propiedad intelectual es precisamente que mientras que en los países europeos arraigó esta mentalidad egoísta o individualista de la propiedad, mientras que en la ley norteamericana se conservó esa tensión entre la propiedad privada y el bien común. Así, mientras que las leyes europeas reconocen, en su mayoría, unas garantías absolutas de los derechos de autor y un catálogo tasado de límites (copia privada, cita, ilustración, etc.), la norteamericana, a pesar de la influencia jurídica de los modernos, no siguió esta tradición⁶⁶, sino que se decantó por el *fair use* o "uso legítimo". Esta concepción implica un equilibrio constante entre los derechos del autor y los de la sociedad, que en caso de conflicto debe ser medido -ponderado- por los jueces en atención a la realidad⁶⁷.

Por ello, no es de extrañar que surjan en este ámbito propuestas como las de Richard Stallman, para quien resulta imprescindible exigir una nueva actitud ética en el entorno digital que supere esa tendencia individualista: el robo es inmoral, por supuesto, pero también lo es a su juicio la propiedad intelectual en los términos en los que se pretende hacer valer por las empresas dedicadas a la explotación del software, del cine y de la música.

Para Stallman, en la "negociación" histórica de los derechos de autor, propia de los

siglos XVII y XVIII, los ciudadanos cedieron la libertad de copiar a cambio de que los autores pusieran sus creaciones al alcance del público. Considera Stallman que en esos momentos se podía considerar un acuerdo muy satisfactorio para la sociedad en general, pues los ciudadanos cedían o renunciaban a una libertad que, en aquella época, no podían ejercer por no contar con los medios tecnológicos adecuados: los lectores de libros no podían hacer copias de ellos fácilmente. Pero ahora, en el siglo XXI, la situación ha cambiado de tal manera que a la sociedad no le queda más remedio que renegociar aquel acuerdo, pues de lo contrario estaría consintiendo una situación injusta. Han cambiado las circunstancias hasta el extremo de que los ciudadanos cuentan cada día que pasa con más medios tecnológicos para lograr una mayor extensión de la cultura y, sin embargo, los propietarios de derechos insisten en fijar unilateralmente los precios de las creaciones.

No obstante, esta consideración no implica que toda producción artística, cultural, científica, etc., deba tener el mismo tratamiento jurídico, sino que éste estará en función del tipo de creación ante la que nos encontremos. Ello lleva a Stallman a distinguir tres tipos de creaciones. Un primer tipo vendría constituido por los trabajos funcionales, como las recetas culinarias, software informático, libros de texto, diccionarios y otras obras de consulta, es decir, todo aquello cuya utilización nos permite realizar bien una tarea. Para estas obras propone una libertad muy amplia, incluyendo la libertad de publicar versiones modificadas del original siempre que se lleven a cabo por personas cualificadas y aporten, por tanto, a los destinatarios una mejora objetiva. En todo caso, siempre debe aparecer con claridad tanto los autores y editores originales como la especificación de cada parte modificada. Así se distribuyen, por ejemplo, los manuales y la documentación del software de GNU.

Un segundo tipo estaría constituido por los trabajos que expresan una posición personal (experiencias u opiniones personales); se encuadrarían aquí los ensayos (literarios, filosóficos, científicos, etc.), memorias, ofertas comerciales, reseñas y comentarios de libros, películas o restaurantes, etc. En este caso no cabe justificación para reclamar una libertad de publicar versiones modificadas, puesto que se trata de algo personal, y no podemos modificar las opiniones de los demás sin contar con ellos. Pero, sin embargo, sí que cabría en este caso plantearse -a juicio de Stallman- la idea de libertad de distribuir copias sin ánimo comercial.

El tercer y último tipo vendría constituido por los trabajos estéticos, trabajos que tienen como valor de uso principal el proporcionar un goce estético en los destinatarios (novelas, obras de teatro, poesía, pinturas, música, cine, etc.), lo que les hace ser apreciados. No son funcionales y, por tanto, no tienen necesidad de ser modificados y mejorados. Toda publicación comercial de estos trabajos debe reportar un beneficio a sus autores, aunque Stallman no se atreve a proporcionar detalles al respecto. Es decir, no entra en la espinosa cuestión de si las discográficas y las produc-

toras cinematográficas gozan de absoluta libertad para establecer unos precios que pueden ser desorbitados o si, en estos caso, los destinatarios pueden intervenir en su producción para lograr su difusión y disfrute a unos precios más razonables⁶⁸.

Ideas como las que acabamos de exponer tendrían mayor aceptación si lográramos despojarnos de una única concepción de la propiedad aplicable de forma idéntica a cualquier objeto, sea material o inmaterial. La propiedad sobre bienes inmateriales, como son las creaciones intelectuales, no es completamente asimilable a la propiedad de los bienes materiales. Nos podríamos extender en numerosas características que diferencian a una y otra propiedad, pero quisiera detenerme en una solamente por ser de gran relevancia: la producción intelectual, sobre la que deseamos que recaiga la propiedad, nunca depende en exclusiva de su autor, sino que en ella está implicada forzosamente la Humanidad. En la producción intelectual se aprecia, de forma indudable, una parte personal e intransferible del autor, que la diferencia de las creaciones de otras personas en las que no se dan esos dones o habilidades o se dan de modo distinto⁶⁹; pero se aprecia también otra parte muy importante, imprescindible, que corresponde a la Humanidad porque de ella hemos aprendido las bases desde las que partimos para construir o crear, porque de ella proceden las sinergias con otras personas que colaboran, que inspiran para la creación, que proporcionan elementos o información imprescindible, etc. Por ello se podría afirmar que la propiedad intelectual recae sobre algo que comienza siendo colectivo -porque se parte de una base común- y acaba, gracias a la genialidad o habilidad de un sujeto individual, constituyendo una obra personal que, sin duda, enriquece el patrimonio de la Humanidad⁷⁰.

Esto fue lo que movió a Lawrence Lessig, profesor de la Universidad de Stanford, a crear en el año 2001 la Organización Creative Commons y proponer una alternativa a la propiedad excluyente mediante la formulación de licencias respetuosas con el copyright. Se trata de licencias que, sin renunciar a la propiedad sobre lo que se crea, sin embargo permiten la abolición de aquellas restricciones innecesarias o excesivas para la cultura y la información por atender exclusivamente a la consecución de unos beneficios lo más elevados posible.

Esta idea ha hecho tanto daño a los argumentos de las sociedades gestoras de derechos de autor que, por si acaso, la Ley de Propiedad Intelectual ha tenido que recoger en varios de sus artículos -art. 25, por ejemplo- que los derechos de autor constituyen unos derechos "irrenunciables". Es decir, una vez que el autor se asocia a una de estas sociedades, pierde el control de gestión de sus creaciones o interpretaciones, de modo que toda utilización pública generará beneficios, aun en contra de su voluntad, que serán recaudados por las sociedades de gestión. Constituye uno de los casos más claros del paternalismo -interesado- del Estado, que considera a los autores tan incapaces de decidir lo que es mejor para ellos que llega al extremo

de prohibirles la renuncia a un derecho⁷¹.

4. Alternativas a la propiedad intelectual excluyente

Dado que uno de los riesgos más temidos por los propietarios de derechos de autor es la copia indiscriminada e ilimitada de las producciones, una de las propuestas para terminar con este riesgo consiste en la utilización de un código por parte de la industria para limitar la reproducción o copia de contenidos. Se trata de los sistemas DRM (Digital Rights Management) que permiten la gestión digital de derechos. Los mecanismos tecnológicos que incorporan estos sistemas restringen los usos según deseos del propietario, de modo que se puede impedir la copia, la impresión, la transmisión, el cambio de formato, etc. ¿Cuál es el peligro de esta alternativa? Que la industria no respetaría límites de ningún tipo y terminaría imponiendo de nuevo sus condiciones, lo que supondría a la larga una limitación del acceso a la cultura y a la información.

Una segunda alternativa vendría constituida por la combinación, según el tipo de obra, del copyright y el copyleft, fomentando la extensión de éste. El copyleft no pretende la desaparición de los derechos de autor tal como están regulados actualmente, sino que, partiendo de la regulación actual, permite al autor escoger libremente, en uso de la autonomía de la voluntad, la forma en que permitirá el uso de su creación (reproducción, distribución, comunicación pública y transformación) por los demás. Conlleva un uso en cierta medida libre del producto, que vincula tanto al licenciatario inmediato como a los sucesivos en los términos que recoge la licencia.

Para ello se han diseñado licencias GNU (de la Free Software Foundation), GPL (General Public Licence), licencias de la Electronic Frontier Foundation, licencias "Creative Commons", "Aire Incondicional", L20m (licencia 20 minutos), etc., que podrían ser alegadas ante los tribunales en caso de incumplimiento, tanto por parte del autor (que adquiere unos compromisos públicos) como por parte de los usuarios (que deben respetar los límites). Estas licencias manifiestan expresamente quién es el autor de la obra y que ésta no infringe derecho alguno. No significa, por tanto, que las obras no tengan copyright, sino que se revocan voluntaria y unilateralmente algunos derechos a favor de terceras personas bajo ciertas condiciones, que no pueden ser ignoradas.

1. Este artículo constituye el fundamento de la conferencia titulada "El uso lícito del material disponible en la Red", impartida con motivo de las Jornadas sobre propiedad intelectual y derechos de autor en Internet, organizada por la Universidad de Cádiz, Cádiz, 15 de mayo de 2006.

2. Algunas medidas jurídicas han paliado en cierto modo el lucro cesante, como ocurre con el canon que grava a los CDs y DVDs vírgenes, que supuso en el año 2004 unos ingresos de 114 millones de euros para la SGAE, cifra nada despreciable.

3. Basta dar un repaso a todo el proceso de discusión en las Cámaras para percibir la lucha de intereses entre unos y otros y cómo los factores externos de presión condicionaron el contenido de los sucesivos textos aprobados. El texto final fue aprobado casi por unanimidad (PSOE, PP, IU, CC y CIU), con las solas abstenciones de PNV y ERC. La reforma entró en vigor el 29 de julio.

4. Vid. Carpintero, F., *Una introducción a la Ciencia Jurídica*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 209-226. Vid. también, Domingo, R. y otros, *Principios de Derecho Global. Aforismos jurídicos comentados*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 89.

5. Cfr. Megías Quirós, J.J., "Balance del año 2000: de eEurope al proyecto Info XXI", en RCE nº 12, 2001, pp. 58-86.

6. Debido a los procesos legales, Scour perdió la confianza de los inversores, que no intuían un buen final a esos conflictos. En diciembre fue adquirida en subasta por CenterSpan por nueve millones de dólares, aunque también Liquid Audio y Listen.com trataron de hacerse con ella.

7. Edward Felten, profesor de la Universidad de Princeton, pudo, no sin ciertas dificultades legales, publicar una parte de los resultados del estudio sobre los fallos de seguridad en los diseños de la SDMI. Ésta había ofrecido, en septiembre de 2000, diez mil dólares por romper las marcas de agua de sus primeros prototipos de seguridad. Felten y su equipo consiguieron el objetivo meses más tarde, pero no quisieron aceptar los 10.000 dólares porque, de haberlo hecho, se hubieran obligado a mantener el secreto sobre los detalles técnicos y resultados de su investigación. Cuando en abril decidió publicar sus resultados, se encontró con la advertencia por parte de la RIAA de que podría estar vulnerando la DMCA y podía encontrarse con una demanda. Tras una consulta del investigador a la asesoría jurídica de la Electronic Frontier Foundation (EFF), llevó el caso a los tribunales a fin de conseguir una autorización judicial para la publicación de las investigaciones científicas sin que pudiera ser alegada la DMCA para exigirle responsabilidades. El juez federal dio la razón a la RIAA, con gran enfado de la comunidad investigadora.

8. La industria discográfica comenzó a defenderse también con armas tecnológicas. De forma anónima, apareció un software gratuito (Media Enforce) que hacía las veces de ciberpolicía al permitir la obtención de los datos de los infractores: nombre, dirección IP, canción copiada, fecha y hora de la realización. Permitía elaborar listas de "usuarios piratas", pero no podía hacerse uso de ellas por constituir una vulneración de la privacidad. En España la SGAE utilizó una "araña" desarrollada por Simedia; exploraba la Red automáticamente y buscaba información sobre intercambios para almacenarla en una base de datos.

9. Aimster ofrecería el mismo servicio que Napster, pero para usuarios limitados y con archivos musicales a compartir controlados.

10. Universal Music inició un servicio de prueba gratuito en el que unos 5.000 usuarios podían seleccionar canciones de un catálogo que contenía más de 20.000 temas, no para almacenarlas en su disco duro, sino para reproducirlas por el sistema de *streaming*. También se interesó en este servicio la discográfica Sony Music Entertainment.

11. La reacción de los usuarios fue inmediata, comenzaron las protestas -el acuerdo incluía la posibilidad del cobro de un pequeño canon- y un descenso en conexiones. Sus usuarios emigraron a otros ser-

vicios similares, como Songspy.

12. Fue el caso de Edel Music, que representaba entre otros a Roxette.

13. Al final tuvo que pagar unos 175 millones de dólares, sumadas todas las indemnizaciones. MP3.com desdobló su servicio en dos versiones, una gratuita y otra de pago. La primera utilizaría la publicidad como medio de generar ingresos y limitaría la cantidad de música descargable. La segunda se realizaría mediante suscripción a un precio razonablemente asequible, y para hacerla atractiva incluiría servicios adicionales, como vídeos musicales exclusivos para suscriptores, conciertos, charlas con artistas, etc. Universal fue demandada, más tarde, por un grupo de editores y compositores por distribuir sin autorización sus producciones a través de Internet. La indemnización solicitada por la distribución a través de Framclub.com se elevaba a 150.000 dólares por canción; solicitaban también la destrucción de todas las copias o almacenamientos realizados sin su consentimiento.

14. Más tarde firmaba otro acuerdo con Amplified, compañía B2B proveedora de servicios de comunicación *online*, por el que añadía el catálogo de ésta con un contenido de más de 15.000 canciones de otros 1.000 artistas.

15. Además de escuchar fragmentos de canciones *online*, permitía a los usuarios comprar CDs diseñados a su gusto, eligiendo las piezas deseadas entre los 100.000 CDs con que contaba su tienda virtual.

16. La Audiencia Provincial de Barcelona dio la razón a la discográfica tras el verano de 2002 y se decretó el cierre del portal. Weblisten volvió a reabrirlo tras retirar del catálogo los temas propiedad de Horus. Weblisten había convertido a mp3 varias canciones propiedad de Horus sin su permiso, y las había colgado en su web para su descarga a cambio de un precio.

17. Otro problema que quisieron atajar por esta vía fue la de la licitud del envío promocional entre amigos de canciones con derechos de autor, que podrían ser escuchadas una sola vez. La compañía Softflock.com contaba con un novedoso *software* que permitía a los usuarios enviar a sus amigos una canción en mp3 para una audición única, invitando a su adquisición al pretender ejecutar de nuevo el fichero. Eso sí, no se limitaba el número de veces que podía ser enviado el fichero.

18. El WPPT actualizaba la Convención de Roma, adoptada en 1961, sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión y el WCT modernizaba la Convención de Berna para la protección de obras literarias y artísticas, adoptada en 1886 y revisada en 1971.

19. Sería complementada con la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a las medidas y procedimientos destinados a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual.

20. Entre las funciones mejoradas se contaba con mensajería instantánea, reproductor de canciones, foro para conversaciones y un botón para facilitar la compra de música en CDNow.com, un sitio de Bertelsmann.

21. En este sentido, la Asociación de Música en Internet (AMI) hizo público en marzo un comunicado sobre el riesgo real de que las discográficas estuvieran haciendo un uso indebido de las licencias que poseían a fin de impedir que las más pequeñas pudieran incorporarse a la distribución *online*. Según esta asociación, las grandes discográficas hacían una interpretación *sui generis* de los derechos de autor que les permitía controlar el mercado conforme a sus intereses.

22. Finalizado con éxito el acoso a Napster por parte de la RIAA, a mediados del año 2002 comenzó la persecución del resto de los sitios que facilitaban el intercambio. Las primeras acciones fueron encamina-

das contra AudioGalaxy (después lo haría con Morpheus, Kazaa, Grokster, Mp3-board y Aimster), inicialmente mediante exigencias de cese de su actividad; ante la negativa de ésta a impedir el intercambio sin control de su licitud, decidió iniciar la demanda judicial. A los pocos meses AudioGalaxy llegaba a un acuerdo con la RIAA por el que se comprometía a impedir el intercambio que no respetara los derechos de autor y a satisfacer una indemnización.

23. Napster fue adquirida por Roxio, que en agosto de 2003 intentó combinar las suscripciones con la venta de canciones sueltas en mp3, al igual que hicieran meses antes iTunes (Apple) y MusicMatch. El precio establecido por Roxio por los servicios fue de 99 centavos por canción o 9,95 dólares por álbum o por una suscripción mensual sin límite de descargas.

24. Un mes más tarde RealNetworks llegó a un acuerdo con AOL Time Warner, Sony e IBM para plantar cara a Microsoft en la lucha por el desarrollo de estándares para los sistemas de protección de derechos de autor. Su proyecto, con el nombre de XMCL, acrónimo de Extensible Media Commerce Language, permitiría en teoría la transmisión a través de Internet de películas o música protegidas por los derechos de autor y se convertiría en el *software* utilizado por MusicNet.

25. Las inevitables disputas sobre derechos de autor hicieron que sólo estuviera disponible en EE.UU.

26. Algunos autores, No Doubt, Dixie Chicks y Dr. Dre, por ejemplo, solicitaron la retirada inmediata de la comercialización *online* de sus temas por no estar de acuerdo con la distribución de los ingresos: a los artistas correspondía la cantidad de 0,023 dólares por cada una de sus canciones descargadas por los usuarios, mientras que las discográficas y las plataformas se repartían el 91% del total abonado. Press-Play justificó esta distribución subrayando el coste de la inversión y prometía estudiar una compensación cuando se hubieran amortizado las inversiones. En los contratos firmados hasta el momento se estipulaba que las canciones no podían ser distribuidas en formato diferente al disco. En los contratos actuales se suele añadir una cláusula que permite comercializar la música en la Red.

27. El servicio ofrecería películas para descargar y ver sin restricción de tiempo. El usuario tardaría unos 45 minutos en descargar cada película, encriptada con la tecnología de InterTrust y con el *software* de Microsoft y RealNetworks para su visualización.

28. Así se reflejaba en el análisis realizado por la compañía NPD Group, que estimaba en 1,4 millones los hogares norteamericanos que habían borrado sus archivos musicales ilegales, y que la tasa de descarga ilegal había disminuido en un 11% desde que comenzaran las denuncias masivas.

29. Tal como indicó Libertaddigital.com, que tuvo acceso a las actuaciones, admitida la demanda por la juez, la Policía Judicial obtuvo la autorización para investigar qué ordenador había sido utilizado para la descarga, pero no consiguió una orden de registro del domicilio; la juez instructora consideró que un registro de tal naturaleza atentaba -no existían razones suficientes- contra el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio. Tras la detención e interrogatorio de uno de los miembros de la familia, finalmente la juez ordenó el archivo de las diligencias a finales de junio por resultar "infructuosas las gestiones practicadas para conseguir identificar al autor o los autores del hecho".

30. Cfr. Megías Quirós, J.J., "Sociedad de la Información", en RCE nº 27, 2002, pp. 87-91. Cfr. también Sánchez González M^o P., "Derechos del autor de una obra en el entorno digital", en *Revista de Derecho Privado*, nº 14, 2005.

31. Aunque no han tenido hasta el momento una gran difusión, la comercialización a partir de octubre de 2006 del Sony Reader, con gran capacidad de almacenamiento, hace pensar que el mercado de los ebooks logre un mayor desarrollo en el futuro.

32. Seguía el mismo criterio del Tribunal Supremo norteamericano en el caso de los artículos periodísti-

cos de los *freelancers*, a quienes el Tribunal había reconocido el derecho a vender por separado los dos tipos de ediciones.

33. Esta compañía, que había interpuesto la demanda contra el programador, prefirió intervenir en su favor debido al movimiento popular de apoyo hacia Sklyarov, que recibió también la ayuda de la EFF.

34. Esta ley establece en una de sus cláusulas la prohibición de eludir las medidas tecnológicas utilizadas por los titulares de derechos para proteger su creación, de modo que cualquier actividad que facilite la desprotección de archivos debía ser considerada ilegal.

35. Dimitry Sklyarov y Alexander Katalov, presidente de ElcomSoft, se declararon inocentes ante un tribunal federal de California del cargo de conspiración y de los cuatro cargos de tráfico de tecnología ilegal.

36. A pesar de todas las quejas contra la Digital Millennium Copyright Act por perjudicar la libertad de expresión e impedir un desarrollo adecuado de los negocios de distribución digital de música, las autoridades norteamericanas creyeron innecesaria su modificación.

37. Uno de ellos fue el de Matt Pavlovich, acusado de hacer accesible el DeCSS a otros usuarios. Su defensa alegó la falta de jurisdicción del tribunal californiano que pretendía juzgarlo por tener su domicilio en Indiana. Pero sus alegaciones fueron desestimadas por un Tribunal de Apelación de California al entender que el procesado, si bien no era residente californiano, sí que había violado las leyes de secretos comerciales vigentes en este Estado; venía a decir que los conflictos sobre el contenido protegido por la DMCA habían de plantearse en los tribunales federales y no en los estatales, y que los primeros siempre eran competentes para conocer estos asuntos. El caso Pavlovich se diferenciaba del de Sklyarov en que la acción se había desarrollado en territorio estadounidense. Sin embargo, el caso más llamativo fue el de Vasily Gorshkov, atraído por el FBI a EE.UU. con una falsa oferta de trabajo con intención de someterle a juicio. Se le acusaba de falsificación de identidad, acceso a ordenadores de compañías norteamericanas con ánimo de fraude, violación de la privacidad, etc., y fue condenado en octubre de 2002 a tres años de prisión y multa de 690.000 euros.

38. Cfr. Megías Quirós, J.J., "Sociedad de la Información", en RCE nº 27, 2002, pp. 77-87.

39. También, aunque de menor importancia, han sido conflictivas las ediciones digitales corporativas en intranets, pues se adquiere un solo ejemplar que se digitaliza y se pone a disposición de todos los empleados de la empresa; las limitaciones del horario de trabajo y la necesidad de contar con los medios tecnológicos suficientes para ello no permitieron un desarrollo masivo de esta modalidad.

40. Antiguo artículo 31. Reproducción sin autorización. 1. Las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor y sin perjuicio en lo pertinente, de lo dispuesto en el artículo 34 de esta Ley, en los siguientes casos: 1º Como consecuencia o para constancia en un procedimiento judicial o administrativo. 2º Para uso privado del copista, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 25 y 99a de esta Ley, y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa. 3º Para uso privado de invidentes, siempre que la reproducción se efectúe mediante el sistema Braille u otro procedimiento específico y que las copias no sean objeto de utilización lucrativa.

41. Antiguo artículo 32. Citas y reseñas. Es lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter plástico, fotográfico figurativo o análogo, siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. Tal utilización sólo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada. Las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revistas de prensa tendrán la consideración de citas.

42. Artículo 33. Trabajos sobre temas de actualidad. 1. Los trabajos y artículos sobre temas de actualidad difundidos por los medios de comunicación social podrán ser reproducidos, distribuidos y comunicados públicamente por cualesquiera otros de la misma clase, citando la fuente y el autor si el trabajo apareció con firma y siempre que no se hubiese hecho constar en origen la reserva de derechos. Todo ello sin perjuicio del derecho del autor a percibir la remuneración acordada o, en defecto de acuerdo, la que se estime equitativa. Cuando se trate de colaboraciones literarias será necesaria, en todo caso, la oportuna autorización del autor.

43. Cfr. Megías Quirós, J.J., "Sociedad de la Información", en RCE nº 44, 2003, pp. 72-76.

44. Posteriormente se sumaron a la demanda la Asociación Fonográfica y Videográfica Española (AFYVE) y la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA).

45. Se refería a la demanda contra "ajoderse.com", caso en el que el juez estimaba necesaria la comunicación y advertencia previa de ilegalidad. La interpretación judicial quedó recogida en el auto de 7 de marzo de 2003 (Juzgado nº 9 de Barcelona). La defensa alegó también que Donkeymania funcionaba como un foro en el que los internautas publicaban información y enlaces sin que los gestores pudieran tener conocimiento al cien por cien de su legalidad, de modo que hubiera sido precisa una previa notificación por quien se considerara perjudicado en alguno de sus derechos. Lo cierto es que el portal cerró en el plazo fijado por la juez, y con él lo hicieron otros portales similares, unos por solidaridad y otros por temor a sufrir las mismas consecuencias.

46. El enriquecimiento para uno y el perjuicio para los otros era manifiesto, aunque de difícil cuantificación. *Periodista digital* obtenía sus ingresos por la publicidad contenida, mientras que para *El País* y *El Mundo*, podía suponer una pérdida de suscriptores en sus versiones electrónicas -se copiaban los contenidos de pago- o de adquisiciones de sus ediciones impresas.

47. En la demanda se exigía el cese inmediato de la práctica ilegal, el borrado de toda la hemeroteca construida a partir de noticias ajenas y la indemnización por daños materiales y morales por importe de 3.204.050 euros.

48. Hubo cierta polémica a cuenta de la reforma de esta cuestión, pues todo parecía apuntar a que sería prohibido según las últimas propuestas recogidas en los proyectos de reforma, pero no fue así.

49. Además, se le imponía una multa y la obligación de publicar íntegramente la sentencia en la página principal del servicio Google News. Los directivos del buscador se negaron a la publicación por considerarla desproporcionada tal medida. Hoy se experimenta con el sistema ACAP, de reconocimiento de derechos de autor, para que los buscadores no tengan problemas al identificar el material encontrado como libre o sujeto a derechos de autor.

50. El artículo 51 regula la transmisión de los derechos del autor asalariado, estableciendo lo siguiente: "1. La transmisión al empresario de los derechos de explotación de la obra creada en virtud de una relación laboral se regirá por lo pactado en el contrato, debiendo éste realizarse por escrito. 2. A falta de pacto escrito, se presumirá que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral. 3. En ningún caso podrá el empresario utilizar la obra o disponer de ella para un sentido o fines diferentes de los que se derivan de lo establecido en los dos apartados anteriores".

51. Recogido en el artículo de Nafría, I., "Los freelance vencen en los tribunales a los grandes medios de EE.UU.", en www.baquia.com/com/20010626/art00009, de 26 de junio de 2001.

52. Y añade que "salvo pacto en contrario, los derechos sobre la obra colectiva corresponderán a la per-

sona que la edite y divulgue bajo su nombre".

53. El Proyecto pretendía alcanzar la digitalización de quince millones de obras, con la posibilidad de descargar en formato pdf el texto íntegro de aquellos libros que carecieran de derechos de autor.

54. El acuerdo alcanzado entre Google y la UCM afectaba solamente a un 10% de los fondos bibliográficos, formado por aquellas obras libres de derechos de autor.

55. El grupo editorial La Martiniere -al que pertenecen la editorial francesa Le Seuil, la suiza Delachaux et Niestlé y la norteamericana Abrams- también presentó una demanda en junio de 2006 ante el Tribunal de Gran Instancia de París contra Google por no respetar los derechos de autor sobre sus publicaciones. El Sindicato Nacional de la Edición se sumó a la demanda y exigía que los permisos para la digitalización fueran solicitados a los propietarios de derechos con carácter previo.

56. Esta posibilidad ya era ofrecida por Amazon.com, aunque limitada a las obras de la editorial Random House.

57. En el año 2005 ya había intentado EE.UU. introducir una propuesta para establecer el canon, pero había sido rechazada.

58. Vid., por ejemplo, García Sanz, R.M., *El derecho de autor en Internet*, Colex, Madrid, 2005. Propone en esta obra abandonar la idea de que todo siguiera como hasta ahora, pues desde que surgió el entorno digital, se produjo un cambio radical de las circunstancias que no podía ser ignorado. Debería primar la libertad de acceso a la información y aprovechar las nuevas posibilidades que ofrecen los adelantos tecnológicos y la propia Red, que favorecen la libertad de todos, usuarios, autores y editores. Estos cambios justifican, a su juicio, que las creaciones deban pasar con mayor celeridad al dominio público, y que se compense de alguna manera ese acortamiento. Pero, sin duda, ya no habría por qué mantener artificialmente -con el uso de la fuerza- todos los beneficios que los propietarios de los derechos de autor han venido disfrutando durante estos últimos años porque, dadas las circunstancias, la sociedad no tenía más remedio que aceptarlo.

59. Es cierto que también tomaban en consideración el daño que podía originar el plagio de las obras o de las ideas por parte de los pseudocreadores, pero este daño no podía acercarse, ni por asomo, al que producía, por ejemplo, una edición barata de un libro de éxito sin permiso de su autor y su editor.

60. Constitución de EE.UU., artículo I, Sección 8, cláusula 8, el Congreso puede "promover el progreso de la ciencia y las artes útiles, garantizando por un tiempo limitado a los autores y a los inventores un derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos". La Corte Suprema lo ha reafirmado en varias de sus sentencias (v.gr. caso Fox Films vs. Doyal: "el único interés de los Estados Unidos y el objetivo principal por el que se otorga el monopolio [del *copyright*] consiste en los beneficios generales obtenidos por el público gracias al trabajo de los autores").

61. ¿Cómo se explica, si no, que en los países de tradición europea se reconozca a los herederos la propiedad intelectual de sus causahabientes 70 años tras su muerte, y en los países de tradición anglosajona durante 50 años?

62. Piénsese, por ejemplo, en lo ocurrido con la paloma de la paz de Picasso y el escudo de la Universidad de Málaga. La Universidad había incluido esa paloma en concreto porque así se establecía una relación más entre el arte malagueño, a través de una de sus figuras más representativas universalmente, y la universidad malagueña. Los herederos de Picasso hicieron ver a las autoridades universitarias que o pagaban por ello o se quitaba la paloma. Y se quitó la paloma del escudo, naturalmente.

63. Vid. una buena crítica a esta posición en Bravo Bueno, D., *Copia este libro*, Dmem, s.l., 2005 (dis-

ponible en formato pdf en la Red), pp. 15-72.

64. Vid. Megías Quirós, J.J., *Derecho natural y propiedad en la historia: una relación inestable*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 1994.

65. Fue el caso de Samuel Pufendorf, por ejemplo, como puso de manifiesto Carpintero, F., en "Samuel Pufendorf y la teoría de la cualidad moral en la Modernidad", en *Iustitia* nº 1, 1997, pp. 361-383. Vid. también Rodríguez Puerto, M.J., "El utilitarismo tímido de Samuel Pufendorf", en *Persona y Derecho* nº 39, 1998, pp. 287-338.

66. Afirma Javier Villate que "El *copyright* estadounidense es, más bien, una negociación entre los autores y la sociedad, por la cual esta última concede a los primeros un monopolio temporal y limitado para controlar y explotar sus obras, con la esperanza de que así florezca la cultura y el arte". J. Villate, "La propiedad intelectual en la nueva era digital", p. 2 (artículo disponible en la Red).

67. "Son permitidos aquellos usos de las obras que (a) no perjudiquen el mercado potencial del autor o (b) sean necesarias para el progreso de la cultura y del arte. La Constitución y las leyes norteamericanas no ofrecen un catálogo de usos legítimos, sino un criterio para su establecimiento. De este último se ocupan los jueces, la jurisprudencia" (Javier Villate, op. cit., p. 5). Permite el estudio caso por caso, de modo que todos los cambios sociales pueden suponer una revisión de las decisiones anteriores.

68. Para una crítica más detallada de las propuestas de Stallman, cfr. Villate, J., op. cit., pp. 11-14.

69. Mozart y Bach fueron grandes creadores, pero en sus composiciones se aprecian diferencias de estilo, de gustos, de calidad, etc. La diferencia entre ellos y el común de los mortales a la hora de componer suele ser abismal, lo que pone de manifiesto la importancia del ingrediente personal en la creación.

70. Los escritores no sólo se sirven de las letras ya inventadas, sino también de sus vivencias con los demás y, posiblemente, de historias verdaderas que ellos adornan y las ponen a disposición de un público que admira su arte de escribir y de narrar. De igual modo, qué sería de un músico que tuviera que crear sin notas, sin pentagramas, sin instrumentos, etc. Se crea a partir de algo, y ese algo lo ha puesto la humanidad a su disposición o, al menos, no se lo ha negado.

71. ¿Qué intereses están detrás de esta concepción y en qué lugar queda la libertad? Algo que es irrenunciable e inalienable no se puede vender ni ceder, pero los derechos de autor se venden y se ceden. No es extraño que, por ello, J. Villate afirme que "los derechos de autor, en lugar de incentivar a los verdaderos autores, que apenas se benefician de los mismos, están siendo utilizados para restringir las libertades de los individuos y permitir el mantenimiento del control de las grandes compañías sobre la creación y la distribución de libros, revistas, literatura, música, cine, *software* y demás" (op. cit., p. 6).