

Para citar este artículo: Villate, Javier, 2001, "La propiedad intelectual en la nueva era digital". Disponible en el ARCHIVO del Observatorio para la CiberSociedad en <http://www.cibersociedad.net/archivo/articulo.php?art=40>

Uno de los temas que más preocupación ha suscitado entre vuestras aportaciones ha sido el de la propiedad intelectual en el ciberespacio. No quisiera acabar esta asignatura sin contribuir con unas notas críticas sobre el asunto.

La propiedad intelectual se desglosa, generalmente, en tres regulaciones diferentes: los derechos de autor (o *copyright*), las patentes y las marcas comerciales. Algunos incluyen, también, los secretos comerciales. Me voy a referir solamente al primero, a los derechos de autor, con el fin de no hacer excesivamente largo este texto.

Andrew Shapiro ha definido internet como "una gigantesca máquina de copiado"<sup>1</sup>. Muchos autores dicen que internet representa la muerte de los derechos de autor. Todos destacan, una y otra vez, que, con internet y las tecnologías digitales, ha surgido una realidad completamente nueva con la que nunca antes habíamos tratado: por primera vez en la historia, la tecnología permite realizar copias perfectas, idénticas al original, y distribuir las masivamente sin apenas costes económicos. Más aún, permiten modificar los originales con casi total libertad. Esta situación es vivida por los autores y por la industria de los contenidos como una terrible amenaza.

Las respuestas que se han presentado para hacer frente a esta nueva realidad van desde un extremo al otro. Las industrias discográfica, cinematográfica y editorial, así como las asociaciones de autores, artistas y escritores están presionando para que se aprueben leyes que extienden el alcance de los derechos de autor reconocidos en las legislaciones vigentes. Otros propugnan la abolición de los derechos de propiedad intelectual<sup>2</sup>. Mientras tanto, tanto en la Unión Europea como en Estados Unidos se aprueban directivas y leyes que refuerzan los derechos de autor y restringen, severamente en ocasiones, las libertades de los individuos.

¿Qué son los derechos de autor? La concepción norteamericana y la europea

Generalmente, se entiende por derechos de autor aquellos derechos del autor para controlar el uso que se hace de su obra. Pero no existe una idea uniforme sobre el alcance y el contenido concretos de esos derechos. Las tradiciones anglosajona y europea conciben esos derechos de forma distinta. Mientras en el mundo anglosajón predomina una concepción utilitarista de los derechos de autor, en Europa se ha adoptado un enfoque que los concibe como derechos de la persona. Aunque creo que ambas concepciones aportan ideas y propuestas valiosas, no ocultaré mi preferencia por el enfoque utilitarista.

La [Constitución de Estados Unidos](#), en su artículo I, Sección 8, cláusula 8 atribuye al Congreso la facultad de "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". Para mayor abundancia, varias sentencias de la Corte Suprema de aquel país han reafirmado este principio, como lo hizo, por ejemplo, en el 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". Esta ha sido la base conceptual sobre la que se han promulgado las leyes de *copyright* en ese país.

Es muy importante comprender cabalmente lo que dice la Constitución estadounidense. Es el Congreso el que *otorga* unos derechos *limitados* a los autores para promover el bienestar social, permitiendo que aquellos gocen de incentivos para desarrollar su creatividad y ponerla a disposición del público. No se trata, pues, como postula la tradición europea, de que exista un *derecho natural* de los autores a la propiedad de sus obras que la ley deba limitarse a reconocer. En su lugar, 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.

En la jurisprudencia estadounidense la doctrina del "uso legítimo" (*fair use*) ha adquirido un gran desarrollo. Cumple la función de buscar un equilibrio entre los derechos de los autores y los de los ciudadanos. El "uso legítimo" autoriza a los usuarios a utilizar obras con *copyright* siempre que no perjudiquen la explotación económica de las mismas por parte de los autores. Entran dentro del "uso legítimo", por ejemplo, las copias realizadas para uso privado y no comercial. La doctrina del "uso legítimo" toma en consideración cuatro factores: la finalidad y la naturaleza del uso (comercial o no lucrativo), la naturaleza de la obra, la calidad y sustancia de la parte utilizada en relación al conjunto de la obra y el efecto de su uso en el mercado potencial.

Este "uso legítimo", junto al periodo de tiempo limitado de los derechos de autor y la doctrina de la "primera venta"<sup>3</sup> representan limitaciones a los derechos de autor.

J.A.L. Sterling ha resumido las principales diferencias entre los derechos de autor europeos y el *copyright* norteamericano:

1. Se dice que el sistema de *copyright* está fundamentado básicamente en consideraciones económicas, mientras que el sistema de derechos de autor está vinculado a un concepto de derecho de la personalidad.
2. En el sistema de *copyright*, es posible que el autor sea tanto una persona física como jurídica, mientras que en el ámbito de los derechos de autor se entiende que se trata siempre de una actividad surgida de una persona natural.
3. En el sistema de *copyright* el reconocimiento legal de derechos morales del autor ha tenido un lento desarrollo. En cambio, en el sistema de derechos de autor, los derechos morales ocupan una posición preeminente y existe una tradición de alto nivel de protección de tales derechos.
4. La fijación en forma material de la obra es generalmente esencial en el sistema de *copyright*. En el de derechos de autor no es, en cambio, precisa para la protección de la obra.
5. Cuando se trata de obras cinematográficas, en el sistema de *copyright* el propietario inicial del *copyright* puede ser una persona jurídica --por ejemplo, una compañía productora--, pero en el sistema de derechos de autor tienen que ser las personas que han contribuido a la creación de la obra.
6. En el sistema de *copyright* el empresario puede ser el inicial propietario del *copyright*, mientras que en el de derechos de autor, la regla general es que el empleado es el inicial propietario del derecho de autor, aunque pueda este ser cedido, mediante contrato, al empresario.
7. No es normal en el sistema de *copyright* que los contratos contengan previsiones muy detalladas sobre la publicación, mientras que tales regulaciones pormenorizadas son regla en el sistema de derechos de autor.
8. En cuanto a los derechos conexos a los de autor, en Estados Unidos solo los trabajos originales de autor se protegen mediante *copyright*. Los derechos conexos gozan de una protección minorada o incluso, a veces, de ninguna en especial. En el sistema de derechos de autor, en cambio, está generalmente clara la distinción entre derechos de autor en las obras de creación y los derechos conexos o vecinos de los ejecutantes, productores de fonogramas, productores televisivos u otros<sup>4</sup>.

Lo cierto es que muchas de esas diferencias son más teóricas que prácticas. De hecho, aunque se mantienen las discrepancias entre ambas concepciones, también se ha ido dando un proceso de convergencia en algunos aspectos, mientras que las aplicaciones prácticas de enfoques distintos no han dado como resultado divergencias serias.

Los derechos de autor en Europa continental se han desdoblado siempre en derechos morales y derechos patrimoniales<sup>5</sup>. Los primeros incluyen:

- el derecho de publicación: el autor puede escoger cuándo divulgar su trabajo al público;
- el derecho de atribución: el autor tiene el derecho de estar asociado con el trabajo como su autor, y
- el derecho de integridad del trabajo: el autor tiene el derecho de oponerse a cualquier modificación de su trabajo.

En la legislación de Estados Unidos no existe nada parecido a los "derechos morales", pero se han dado algunos movimientos hacia algo parecido a su aceptación.

En cuanto a los derechos patrimoniales podemos distinguir cuatro categorías<sup>6</sup>:

- derecho de reproducción: es el derecho de autorizar o de prohibir la fijación de un trabajo en un medio tangible;
- derecho de transformación: el autor tiene el derecho de autorizar la traducción, adaptación, arreglo o cualquier transformación de su trabajo;
- derecho de distribución: permite al autor controlar la forma en que está disponible su trabajo al público, ya sea por venta, regalo, arrendamiento o préstamo, y
- derecho de comunicación pública: el autor controla la comunicación directa, o la comunicación en ausencia de cualquier medio tangible, de su trabajo al público.

En la legislación española también se contemplan excepciones a los derechos de autor: la copia para uso privado; la reproducción en procedimientos administrativos o judiciales o para uso privado de invidentes; las citas y reseñas de obras ajenas para fines docentes o de investigación; la reproducción de trabajos sobre temas de actualidad difundidos en los medios de comunicación, y la libre reproducción y préstamo que se realiza sin fines de lucro por los museos, bibliotecas, fonotecas, hemerotecas o archivos, de titularidad pública o integrados en instituciones de carácter cultural y científico, siempre que se realice "exclusivamente para fines de investigación". Las mismas instituciones y otras de carácter cultural, científico o educativo sin ánimo de lucro, así como algunas instituciones docentes están autorizadas para reproducir obras sin necesidad de que satisfagan ninguna remuneración<sup>7</sup>.

Si comparamos las excepciones de "uso legítimo" de la jurisprudencia estadounidense y las contempladas por la legislación española --muy similares a las existentes en otros países de Europa continental--, podemos ver la mayor flexibilidad permitida por la doctrina norteamericana, más dinámica y menos rígida que la europea.

La inclusión, en Europa, de los derechos de autor como "derechos de la persona", por simple que parezca a primera vista, es algo que me parece muy controvertido.

La idea misma de los "derechos humanos" --y en algunos casos se ha llegado a incluir los derechos de autor entre ellos-- parte de una concepción naturalista. Son como "derechos naturales" que, en lugar de ser otorgados por Dios, nacen con la persona por el mero hecho de ser tal: de hecho, según la ley española, los derechos de autor nacen del acto mismo de la creación. Esta idea de derechos que nacen con la persona es realmente misteriosa. Una reiterada retórica al respecto nos ha familiarizado con esta idea y, de hecho, la aceptamos como algo también natural. Pero si hay algo que no es "natural" son los derechos. Todos ellos son productos históricos y resultado de la lucha por la dignificación de la vida humana.

Cuando la Constitución española, por ejemplo, dice que "se reconocen y protegen los derechos" está basándose en una presunción naturalista de los derechos, como algo preexistente que el texto constitucional "reconoce". Pero, en realidad, esta retórica oculta el hecho de que son derechos *construidos* por la dinámica social, por las luchas de diferentes sectores sociales como parte de ese esfuerzo por dignificar la existencia humana. En definitiva, son creaciones humanas, creaciones históricas. Si, por ejemplo, tal y como se interpretan los "derechos morales" de autor, estos son inalienables, irrenunciables e imprescriptibles, en realidad no lo son por naturaleza, sino porque así lo han decidido nuestras sociedades. Al ocultar esto, se oscurece la verdadera naturaleza de los derechos en general, y de los derechos de autor, en particular. Podemos decidir que los derechos de autor son derechos de la persona, inalienables, irrenunciables e imprescriptibles, como también podemos decidir que, en la tradición norteamericana, son derechos utilitarios, monopolios otorgados, bajo ciertos límites, a los autores sobre el uso de sus obras para beneficio de la sociedad en general.

Una u otra concepción puede conducir a resultados diferentes. Aunque, como he dicho, tanto la ley y la jurisprudencia de Estados Unidos como la legislación europea conducen, con frecuencia, a resultados similares, sostengo que esto está siendo así, no tanto debido a una supuesta indiferencia teórica, sino por el éxito de la presión legislativa de los intereses de la industria cultural. La concepción utilitarista de los derechos de autor ofrece, en mi opinión, un enfoque más acorde con la realidad de estos derechos y posibilita un mejor equilibrio entre los intereses de los autores y los intereses de la sociedad en general. Así mismo, mientras que la concepción naturalista favorece una concepción dogmática de estos derechos, "que nacen con la persona", la concepción utilitarista nos permite adoptar un enfoque más dinámico que busque nuevos equilibrios en las situaciones nuevas. Y esto es, precisamente, lo que necesitamos en la era de la información digitalizada.

Consideremos, por ejemplo, las excepciones contempladas en la concepción europea de los derechos de autor y la doctrina del "uso legítimo" de la concepción norteamericana. Las excepciones contempladas en esta última tienen una clara justificación: 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. La aplicación de aquel criterio de "uso legítimo", basado en la Constitución, permite el análisis caso por caso, tomando en consideración los factores e intereses que deben equilibrarse en concreto. Esto mismo permite abordar las situaciones nuevas --como las presentadas en internet-- con una mayor flexibilidad.

Por el contrario, las excepciones de los derechos de autor europeos se incluyen como un catálogo en las leyes, un catálogo fijo e inalterable mientras no se modifiquen las mismas leyes. Es un enfoque más estático y dogmático, pero posiblemente inevitable. Porque ¿cuáles son los criterios que fundamentan esas excepciones? Personalmente no he sido capaz de descubrirlos ni por mí mismo ni por boca de otros. Siendo los derechos de autor, en la concepción europea, un derecho de la persona, las excepciones a los mismos solo podrían proceder de otros derechos de la persona. Por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión

tiene limitaciones claras y bien fundamentadas: son aquellas que vienen dictadas por los conflictos con otros derechos igualmente constitucionales, como el derecho a la intimidad personal, el derecho al honor y el derecho a la propia imagen.

Por ejemplo, ¿por qué deben detenerse los derechos de autor, en cuanto derechos de la persona, en las puertas de las bibliotecas, cuando estas copian y prestan libros sin ánimo de lucro? ¿Cuál es el derecho de la persona que está limitando, en este caso, a los derechos de autor? No conozco la respuesta. ¿Por qué los derechos de autor se detienen cuando uno hace una copia privada para su propio uso? ¿Cuál es el derecho de la persona que está limitando los derechos de autor en este caso? Tampoco conozco la respuesta. Tengo para mí que la concepción europea de los derechos de autor es inconsistente.

No quiero terminar este punto sin llamar la atención sobre las inconsistencias de los legisladores de ambos lados del Atlántico. Una de las expresiones más flagrantes de esas inconsistencias se encuentra en las sucesivas extensiones de los periodos de tiempo en que los derechos de autor siguen en poder de sus titulares.

Fue en la Francia revolucionaria donde surgieron los derechos de autor. En 1791 se promulgó la primera ley de derechos de autor. Según la misma, estos derechos pertenecían en propiedad al autor durante toda su vida y por cinco años más a sus herederos y derechohabientes. Después, las obras de los autores pasaban al dominio público. Desde entonces, ese periodo no ha dejado de aumentar, hasta que, en la actualidad, en Estados Unidos y en Canadá, están vigentes 50 años después de la muerte del autor, y en Europa, hasta 70 años después. ¿Qué sentido tiene esto? ¿A quién se pretende beneficiar? ¿A una persona muerta o a los verdaderos propietarios de los derechos? Porque, he aquí otra inconsistencia, generalmente los derechos no pertenecen, *de facto*, a los autores, sino a las casas discográficas, a los estudios cinematográficos, a los editores, etc. ¿Pero no eran derechos "inalienables, irrenunciables e imprescriptibles"? Algo que es irrenunciable e inalienable no se puede vender ni ceder. Pero los derechos de autor se venden y se ceden, en Europa como en Estados Unidos.

Si hiciéramos una historia de la propiedad intelectual, y de los derechos de autor en particular, comprobaríamos cómo algo que surgió con el fin de incentivar a los autores y a los inventores para promover el conocimiento, la cultura y las artes se ha ido convirtiendo, paulatinamente, en la base de una poderosa industria, en una forma de ejercer poder. Hoy en día, los autores no son los principales beneficiarios de la propiedad intelectual, salvo unos pocos casos que confirman la regla. La mayoría de los autores, artistas, escritores y demás son explotados por la industria de los contenidos. La propiedad intelectual ya no cumple aquella misión de incentivar la creación y es una broma considerarla como un derecho de la persona. En la práctica, los intereses económicos de la industria se han impuesto tanto a la concepción utilitarista como a la naturalista de los derechos de autor y de la propiedad intelectual. En la práctica, como veremos, la propiedad intelectual es utilizada para restringir la libre competencia y la innovación. En su estado actual, los derechos de propiedad intelectual son un estorbo para el desarrollo de la ciencia y de la cultura, para el acceso de los ciudadanos a la información y el conocimiento y se han convertido en una burla trágica de sus primitivos objetivos.

Cada vez que se ha introducido una nueva tecnología, percibida por la industria de los contenidos como una amenaza para sus intereses, esta ha intentado detener el desarrollo tecnológico. Fue el caso de las fotocopiadoras, como lo fue también de los videocasetes, o como lo es ahora el de diferentes tecnologías digitales. El caso más notorio ha sido el de Napster y el software "punto a punto" (*peer-to-peer* o P2P)<sup>8</sup>. Los propietarios de derechos de autor no están utilizando esta institución para promover la cultura y el arte, sino para controlar y dominar la cultura y el arte.

Lo mismo sucede en otras esferas de la propiedad intelectual. Desde sus comienzos en 1876, la AT&T ha venido recogiendo patentes con el fin de asegurar su antiguo monopolio en la telefonía. Esto ralentizó la introducción de la radio en unos 20 años. De forma parecida, General Electric utilizó el control de patentes para retrasar la introducción de las lámparas fluorescentes, que eran una amenaza para las ventas de sus bombillas incandescentes<sup>9</sup>.

También podríamos citar multitud de casos en el sentido contrario. Es bien sabido que Shakespeare no hubiera podido existir en la era de la propiedad intelectual, pues este genio de la cultura basó buena parte de sus dramas en obras de autores que le precedieron. O qué decir, por ejemplo, de cuando la ciudad de Nueva York se convirtió en el centro de la piratería mundial del siglo XIX. *Christmas Carol*, de Charles Dickens, se vendía entonces en la ciudad norteamericana por seis centavos, mientras que en Inglaterra costaba el equivalente de 2,5 dólares. Ahora, Estados Unidos exige a China, Rusia y demás países asiáticos y latinoamericanos que acaben con la piratería.

La propiedad intelectual, lejos de servir a sus objetivos iniciales, está siendo utilizada para facilitar el control de las grandes compañías sobre la cultura, el arte y la innovación tecnológica. De la misma forma, 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.

De la imprenta de Gutenberg a internet

La institución de los derechos de autor se creó a partir del surgimiento de la imprenta. No se trató de un reconocimiento de un derecho natural preexistente, sino de la respuesta que encontró la sociedad de la época ante el surgimiento de un invento tecnológico que revolucionó la producción y la distribución de información y cultura.

Los derechos de autor se adaptaron relativamente bien a la era de la imprenta por una razón: representaron una regulación de la industria editorial.

Los derechos de autor no suponían restricciones para los lectores de libros. Un lector que no tuviera una imprenta solo podía copiar libros a mano, con pluma y tinta. La arquitectura del espacio físico levantaba una barrera prácticamente insalvable para que los individuos distribuyeran masivamente copias de libros. Quienes sí podían distribuir masivamente copias de libros eran los impresores y los editores, y a es a ellos a quienes se dirigió la institución de los derechos de autor. Los lectores ordinarios de libros no se vieron afectados en lo más mínimo en sus libertades de acceso a la información. Solo aquellos que podían hacer copias masivas vieron sus libertades restringidas. Con otras palabras, la creación de incentivos económicos para los autores exigía que se regularan las libertades de la industria (impresores, editores y escritores), no las de los lectores de libros.

Además, este sistema era fácil de aplicar porque solo había un pequeño número de lugares (las imprentas) donde había que aplicarlo, y porque eso no requería de una lucha contra el público. No había necesidad de imponer penas y castigos a los ciudadanos para disuadirles de hacer algo que, de todas formas, no podían hacer: copias masivas de libros.

La era de la imprenta comenzó a cambiar hace unas décadas, cuando aparecieron las fotocopiadoras y las grabadoras de cintas de audio. Y más recientemente, con el desarrollo de las nuevas tecnologías digitales de la información y de las redes informáticas. Ahora los individuos sí pueden hacer copias masivas y pueden hacerlas, además, sin necesidad de una producción centralizada, como era la imprenta, sino de forma completamente descentralizada: cada ordenador personal es, de hecho, una imprenta. La respuesta de los magnates de la edición, de la música y del cine fue, en cada caso, la misma: trataron de poner fuera de la ley a las fotocopiadoras, después a las grabadoras de cintas de audio, después a los videocasetes y ahora tratan de estigmatizar a los internautas y a sus tecnologías como piratas del siglo XXI.

Pero se han encontrado con un gran problema. Los derechos de autor fueron en sus orígenes, como hemos dicho, una regulación industrial; ahora son una regulación que pretende restringir las libertades de los individuos.

La ley y el código en la regulación de los derechos de copia

Las nuevas leyes sobre derechos de autor

Hay quienes dicen que el ciberespacio no solo ha modificado la tecnología de copiado, sino también el poder de la ley para luchar contra la copia ilegal. Internet y el entorno digital no solo permiten hacer copias idénticas a los originales y distribuirlas masivamente con costes prácticamente nulos, sino que, además, amenazan con imponer una tarea casi imposible a los encargados de velar por el cumplimiento de la ley: localizar y castigar a quienes cometen violaciones sobre los derechos de autor. La amenaza de la tecnología contra los derechos de autor sería máxima, mientras que la protección que la ley puede ofrecer a esos mismos derechos sería mínima.

Esta es la visión de las cosas que ha conseguido imponer la industria de los contenidos y sus grupos de presión. Internet es el reino de la anarquía y de la piratería. Y si no se pone orden, editores, discográficas y estudios cinematográficos no tendrán incentivo alguno para derramar sus contenidos en el ciberespacio. Y si esto no sucede, internet no podrá ser ese fondo inagotable de información y cultura prometido.

Este discurso ha encontrado oídos receptivos. Las grandes compañías discográficas, cinematográficas y editoriales son grupos muy poderosos en todos los países del mundo. Los informes sobre "piratería" y sobre las consiguientes pérdidas multimillonarias de la industria llegan con extrema facilidad a los medios de comunicación y a los despachos de políticos y legisladores. El temor y la ignorancia hacen el resto.

En estos momentos, tanto a nivel internacional, como regional y estatal se han impuesto legislaciones draconianas que respaldan buena parte de las desmedidas pretensiones de la industria. Así ha sucedido en los nuevos tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), en la directiva europea sobre derechos de autor y en la nefasta [Ley de Copyright en el Milenio Digital](#) de Estados Unidos (DMCA).

En 1995, el Departamento de Comercio de Estados Unidos elaboró el llamado Libro Blanco sobre *Propiedad Intelectual y la Infraestructura Nacional de la Información*. Este documento

era un fiel reflejo del diagnóstico de la situación que hacía la industria y de sus propuestas para hacerle frente. Según sus propuestas, ver un libro prestado, prestar una revista, copiar noticias... convertiría a quien lo hiciera a través de las redes informáticas en un delincuente. El Libro Blanco no solo proponía perseguir la distribución de copias ilegales, sino el mismo acto de hacer sin autorización copias privadas para uso personal. Los proveedores de servicios de internet (PSIs) también serían responsables de la comisión de hechos delictivos de sus clientes y estarían obligados a supervisar las actividades sospechosas --casi todas-- de estos. El Libro Blanco eliminaba, de un plumazo, el "uso legítimo" y la privacidad de los internautas<sup>10</sup>. La industria no solo quería controlar todos los usos públicos y comerciales de sus contenidos, sino también todos los usos privados. Y el Libro Blanco aceptó esa pretensión. En concreto, proponía<sup>11</sup>:

1. Dar a los propietarios de derechos de autor un control sobre cada utilización de contenidos protegidos con *copyright* en formato digital, considerando que existe una violación de aquellos derechos siempre que un usuario hiciera copias temporales de contenidos en la memoria RAM de su ordenador;
2. Dar a los propietarios de derechos de autor un control sobre todas las transmisiones de contenidos en formato digital. Para ello habría que enmendar la ley entonces vigente sobre derechos de autor para que toda transmisión digital sea conceptualizada como una distribución de copias al público;
3. Eliminar los derechos de "uso legítimo" siempre que se acceda a un contenido mediante contrato privado;
4. Eliminar los tradicionales derechos de "primera venta" de los consumidores --los derechos que permiten que redistribuyas tu propia copia después de que la hayas adquirido legalmente;
5. Incorporar información de gestión de derechos de autor en las copias digitales de un trabajo con el fin de que los editores puedan registrar cada uno de los usos que una persona haga de las copias digitales, así como rastrear la localización de cada copia existente en la red y lo que se hace con ella en cada momento;
6. Proteger las copias digitales con medidas tecnológicas como la encriptación e ilegalizar cualquier intento de burlar estas medidas;
7. Obligar a los proveedores de servicios de internet a supervisar las actividades de sus clientes, siendo responsables de cortar el servicio a los pillastres, así como de informar de las violaciones de los derechos de autor a las autoridades judiciales;
8. Enseñar a los niños en las escuelas el camino recto del respeto a los derechos de autor.

Estas mismas propuestas fueron enérgicamente defendidas por la delegación norteamericana en las reuniones preparatorias de los nuevos tratados de la OMPI.

Afortunadamente, algunas de estas propuestas fueron modificadas en parte o de forma importante en el proceso congresual de aprobación de la DMCA, en 1998, debido principalmente a las protestas de las compañías de telecomunicaciones y de algunos PSIs. Sin embargo, otras muchas fueron incorporadas en una ley que ha sido, y sigue siendo, enérgicamente criticada por los grupos de defensa de las libertades civiles en internet y muchos expertos en leyes y en internet.

En todo caso, esto es lo que nos espera, porque tanto los tratados de la OMPI como la directiva europea sobre derechos de autor van en la misma dirección.

#### Tecnología para proteger los derechos de autor en el entorno digital

Nuestro viejo conocido Lawrence Lessig se ha ocupado de este tema con su acostumbrada perspicacia. En su opinión,

El código puede, y lo hará cada vez más, desplazar a la ley como defensa principal de la propiedad intelectual en el ciberespacio. Hablamos, pues, de vallas privadas, no de ley pública. [...] No estamos entrando en una época en la que los derechos de autor se encuentren bajo una amenaza mayor que la que sufrían en el espacio real. Más bien estamos entrando en una época en que los derechos de autor podrán gozar del mayor nivel de protección desde los tiempos de Gutenberg<sup>12</sup>.

Para Lessig, la verdadera pregunta a la que ha de responder la ley no es cómo puede contribuir a proteger los derechos de autor en el entorno digital, sino si esa protección no está empezando a ser demasiado grande.

La vieja arquitectura de internet que permitía el libre intercambio de información está a punto de morir, al menos en una parte importante.

Lessig menciona los cambios introducidos en la tecnología de audio digital (DAT). Cuando una máquina se utiliza para copiar un determinado CD, se graba en su memoria un número de serie asociado con ese CD en concreto. Si el usuario intenta copiar la cinta más de un número limitado de veces, la máquina modifica la calidad de sonido de la copia de modo que, a medida que el número de copias aumenta, la calidad va descendiendo. Esta degradación de la calidad del sonido es intencionada. Antes de las DAT, la degradación de la calidad de sonido

era una consecuencia inevitable de las tecnologías de copia. Con la modificación del código, se ha reintroducido una protección que ya existía y que había sido erosionada por el avance tecnológico.

Lessig sigue explicando cómo la tecnología de gestión de derechos de autor o "sistemas de confianza" puede regular lo que el usuario puede hacer con contenidos protegidos por esa tecnología. Estos sistemas pueden hacer que un libro, una canción o un vídeo digitales puedan leerse, escucharse o verse un número limitado de veces o puedan copiarse un número limitado de veces; o pueden impedir que esas copias puedan reproducirse en otro ordenador; o pueden hacer que la calidad de las mismas se vaya deteriorando a medida que se vayan utilizando; o pueden hacer que, para seguir utilizándolas, haya que pagar un precio, etc. Esta regulación a través del código puede ser, como es fácil comprender, mucho más estricta que la regulación a través de la ley.

La cuestión más importante que plantea este nuevo tipo de regulación es la situación en que quedan los derechos de los usuarios. Hemos visto que los derechos de autor se han construido con el trasfondo de la búsqueda de un equilibrio entre los intereses de los autores y los intereses públicos. Hemos visto que las leyes europeas contemplan unas excepciones para el uso de contenidos protegidos por derechos de autor sin necesidad de autorización del propietario de estos. También hemos visto que la Constitución y la jurisprudencia norteamericanas contemplan unos derechos de "uso legítimo". Este equilibrio ha sido el fruto de un largo proceso de "negociación" entre unos y otros intereses, que ha cristalizado en un gran número de normas legales. Todo ello es lo que ha permitido que, por un lado, los autores tengan un incentivo o una recompensa por sus aportaciones creativas al patrimonio cultural y artístico de nuestras sociedades, mientras que, por otro lado, los ciudadanos han podido disfrutar de ese patrimonio bajo unas condiciones que hemos considerado básicamente aceptables. ¿Respetará la regulación por el código esta herencia? Esta es la cuestión clave. Y tenemos fundados temores para pensar en lo peor. Ya hemos abundado en ello. Ahora debemos subrayar que si las leyes permiten que las grandes compañías regulen a través del código lo que los usuarios pueden hacer, con toda probabilidad estaremos a punto de perder el equilibrio que ha venido garantizando el acceso y el uso de los individuos a la información y la cultura. El código privado --apoyado en los contratos de licencia y en leyes públicas que lo autorizan-- puede acabar por mercantilizar, como nunca antes, el acceso a la información y a la cultura, con puestos de peaje a cada paso. El código no tiene por qué buscar el equilibrio mencionado, no tiene por qué contener excepciones ni derechos de "uso legítimo". De hecho, sería extraño que, conocidas las propuestas de legislación que han venido haciendo las grandes compañías de la industria cultural, se detuvieran en su camino para alcanzar el control perfecto del acceso y la distribución de sus productos culturales.

¿Qué hacemos con los derechos de autor?

Richard Stallman ha sido el primer y principal promotor del software libre, creador del sistema operativo GNU/Linux y fundador de la [Free Software Foundation](#). Esta ha sido la primera organización que se ha ocupado de los temas públicos de la propiedad intelectual. Tiene fama de purista, intransigente y extremista. Aunque hay algunas expresiones y actitudes suyas que encajan en esas calificaciones, yo creo que en general son críticas injustas. Su pensamiento es sólido, sus críticas son acertadas y sus propuestas no son en absoluto extremistas. Su insistencia en la necesidad de adoptar una postura ética ante el tema de la propiedad intelectual desconcierta e incomoda a muchos, pero es consistente. Si para algunos --para la mayoría-- el robo es algo inmoral, para Stallman, la propiedad intelectual es también algo inmoral. En su opinión, roba a los ciudadanos libertades que le pertenecen. Él critica, acertadamente en mi opinión, que los derechos de autor sean considerados poco menos que unos derechos naturales, pero considera que la libertad de copiar es algo natural en la persona humana. Sin embargo, las libertades son también, como los derechos, una construcción social.

Stallman se ha ocupado, casi en exclusiva, de la propiedad intelectual del software. Pero sus reflexiones sirven, muchas veces, para otros ámbitos.

Stallman parte de la concepción de los derechos de autor incorporada en la Constitución de Estados Unidos. No cree que exista un derecho natural o intrínseco a la propiedad de las obras intelectuales. Explica cómo los derechos de autor, tal como están codificados en los textos legales, son una construcción social, un producto o acuerdo social acerca de la mejor forma para promover la cultura en beneficio de la sociedad en general. Con otras palabras, son un medio para alcanzar un bien público. Sostiene Stallman que la actual institución de los derechos de autor ha tenido sentido durante la época de la imprenta, por las razones que ya hemos apuntado en este texto. En particular, considera que en toda negociación alguien cede algo a cambio de un beneficio. En la "negociación" histórica de los derechos de autor, los ciudadanos cedieron su libertad de copiar a cambio de que los autores pusieran sus creaciones disponibles al público. Stallman considera que este fue un buen trato, porque los ciudadanos cedieron una libertad que, en aquella época, no podían ejercer. Los lectores de libros no podían hacer copias de libros fácilmente.

Pero ahora la situación ha cambiado y la sociedad puede querer renegociar el acuerdo. De hecho, en la práctica, está diciendo que quiere renegociar el acuerdo. La mayor parte de la gente hace copias "ilegales" de contenidos si puede hacerlo y, además, no considera que esté haciendo algo inmoral. Regular los derechos de copia en la actualidad, tal y como están codificados, supondría interferir severamente en las libertades de los individuos, a diferencia de lo que sucedía en la era de la imprenta, en la que solo se regulaba las libertades de los industriales y de los autores.

Stallman considera que las personas debemos tener derecho a usar, copiar y distribuir software libremente, porque eso es bueno para todos, beneficia a la sociedad en general. No solo extiende el uso de software, sino que extiende, también, el espíritu de cooperación que toda sociedad necesita. Pero, en contra de lo que muchos piensan, Stallman no está en favor de abolir los derechos de autor en todos los ámbitos.

Varias sentencias judiciales de Estados Unidos han considerado que el software es una "obra literaria" y, como tal, puede estar sujeta a regulación de *copyright*. Uno puede preguntarse qué hay de literario en el código fuente y en el código objeto de un programa de software, algo que le pueda comparar a un poema de Bertolt Brecht, a una obra de Shakespeare, a una novela de Kafka o a un artículo de cualquier periodista. Todas estas obras literarias pueden cumplir varias funciones, siendo las más destacadas la información y el goce estético. Pero el código fuente y el código objeto de un programa informático no contienen información -- como no sea para los propios programadores-- ni procuran un goce estético.

En un famoso discurso pronunciado en octubre de 1986 en el Real Instituto de Tecnología de Estocolmo<sup>13</sup>, Stallman se hace eco de la analogía entre el software y las matemáticas, y recuerda que nadie puede poseer una fórmula matemática. Pero al creador del software libre le parece mejor comparar el software con las recetas culinarias. Ambos son instrucciones para hacer una tarea. Las diferencias radican en que una receta es ejecutada por una persona, mientras que un programa de software es ejecutado por una máquina. Nadie puede tener derechos de propiedad intelectual sobre una receta culinaria.

En ese mismo discurso, Stallman propuso a su audiencia que imaginaran un bocadillo que cualquiera pudiera comer y, no obstante, nunca acabaría de consumirse. Tú podrías comer ese bocadillo, pero también podría hacerlo otra persona y otra y otra más, y el bocadillo siempre sería el mismo, no se consumiría ni perdería sus cualidades nutritivas. Pues bien, lo mejor que podríamos hacer con ese bocadillo sería llevarlo por todos los rincones del mundo donde hubiera personas hambrientas; llevarlo a tantas bocas como fuera posible, de forma que alimentara al mayor número de personas posible. No deberíamos ponerle un precio, porque entonces la gente no podía comerlo y el bocadillo se derrocharía.

El software, según Stallman, es como este mágico bocadillo pero mejor, porque puede estar en muchos lugares a la vez, utilizado por diferentes personas a la vez. Es como si el bocadillo estuviera alimentando a todo el mundo en cualquier parte, al mismo tiempo y para siempre. ¿Qué pensaríamos si alguien saltara y dijera que eso es ilegal o inmoral porque solo él puede decidir qué se puede hacer con el bocadillo mágico?

Bien, Stallman ha hecho aquí dos presupuestos. Uno, ha adoptado el punto de vista, no de un propietario individual, sino de la humanidad en su conjunto. Dos, ha hecho ciencia-ficción. Tal vez podemos quedarnos con lo primero y bromear con lo segundo.

El software es una herramienta para la ejecución de una tarea. No es una obra literaria. No ofrece información al público, ni tampoco le procura un goce estético. Stallman cree que el software no debería tener propietarios, cree que debería ser libre. Más en concreto, cree que el software debería poder ser utilizado con cuatro libertades básicas:

- libertad para copiar el programa y darlo a tus amigos
- libertad para modificar el programa como desees, para adaptarlo mejor a tus necesidades. Para que esta libertad sea efectiva, el usuario debe tener acceso al código fuente, porque modificar el programa sin disponer del código fuente es algo extremadamente difícil
- libertad para redistribuir copias, tanto gratis como por un precio
- libertad para distribuir versiones modificadas del programa, de tal manera que cualquier persona pueda beneficiarse de las mejoras

Con el fin de garantizar y preservar estas libertades, Stallman ideó el sistema de *copyleft*. El *copyleft* usa la ley de *copyright*, pero le da la vuelta para que sirva a un fin justamente contrario al original. En lugar de ser un medio de privatizar el software, el *copyleft* se transforma en un medio de mantener libre el software. La idea central del *copyleft* es que se otorga a todo el mundo libertad para usar, copiar, modificar y distribuir el programa y versiones modificadas del mismo, pero no se le da permiso para introducir restricciones propias. Quien quiera distribuir un programa con *copyleft* debe hacerlo bajo las condiciones estipuladas en la licencia de *copyleft*, así el software seguirá siendo libre.

Pero Stallman reconoce que no todos los productos intelectuales tienen las mismas características que el software. Señala que las situaciones en las que nos podemos encontrar son muy distintas. En un extremo tenemos la venta comercial de copias (de cualquier producto intelectual); en el otro extremo tenemos las copias hechas en privado. En medio hay

multitud de situaciones diferentes: las emisiones de radio y televisión, la publicación en un sitio web, la distribución de copias en el seno de una organización o corporación, etc. Stallman sugiere que distingamos entre actividades que son más privadas, más cruciales para nuestras libertades individuales, y aquellas otras actividades que son más públicas y comerciales. Y sugiere que son estas últimas las más adecuadas para proporcionar algún tipo de ingreso o remuneración a los autores. Las actividades más privadas quedarían libres de restricciones.

Pero la distinción entre lo público y lo privado no siempre es nítida y muchas veces solo podemos distinguir un *continuum* confuso. Con el fin de ayudar a establecer esa línea divisoria, Stallman propone distinguir tres tipos de trabajo intelectual, pudiendo cada uno de los cuales buscar su propia línea divisoria. Esa categorización diferencia entre trabajos funcionales, trabajos que expresan una posición personal y trabajos fundamentalmente estéticos.

Son *trabajos funcionales* las recetas culinarias, el software informático, los libros de texto, los diccionarios y otras obras de consulta, todo lo que se usa para hacer bien una tarea. Para los trabajos funcionales la gente necesita una libertad muy amplia, incluyendo la libertad de publicar versiones modificadas. Lógicamente, esto debe incluir la exigencia de las acreditaciones de los autores y editores originales. Si alguien tiene una mejora que proponer en un diccionario, un libro de texto, un manual de instrucciones, una receta culinaria o un programa informático, debería tener libertad para hacer la modificación y publicar su versión mejorada --de forma gratuita o con precio--, dejando claro siempre quiénes son los autores y editores originales y de cada parte modificada. Es así como se están distribuyendo, por ejemplo, los manuales y la documentación del software de GNU.

Los *trabajos que expresan una posición personal* expresan experiencias u opiniones personales. Son de este tipo los ensayos (literarios, filosóficos, científicos, etc.), las ofertas comerciales, las memorias, las reseñas y comentarios de libros, películas o restaurantes, etc. En fin, todo aquello que dice lo que uno piensa o quiere o desea. Hacer copias modificadas de estos trabajos carece de sentido moral y de utilidad. No hay razón para que la gente deba tener libertad para publicar versiones modificadas de estos tipos de trabajos. En este caso, podemos considerar la idea de que la libertad de distribuir copias solo debe aplicarse en algunas situaciones; por ejemplo, limitadas a la distribución no comercial.

Por último, los *trabajos estéticos* tienen como valor de uso principal proporcionar un goce estético, lo que les hace ser apreciados. Son las novelas, las obras de teatro, los poemas, las pinturas, la música, el cine, etc. No son funcionales y, por tanto, la gente no tiene necesidad de modificarlos y mejorarlos. Pero su distribución podría regularse siguiendo el ejemplo de la música: se permiten los arreglos y la reproducción de una canción, pero hay que pagar por hacerlo, aunque no es necesario pedir permiso. Quizás las publicaciones comerciales de estos trabajos, sean modificadas o no, si van a ganar dinero con ello podrían tener que pagar alguna tasa. Pero Stallman no se atreve a proporcionar detalles al respecto.

Por último, junto a estas propuestas generales, Stallman apoya firmemente la reducción de la duración de los derechos de autor. No es de recibo que estos derechos duren toda la vida del autor y 50 ó 70 años más. La mayoría de los libros que se publican dejan de distribuirse al cabo de unos pocos años. No hay razón para que los derechos de autor se extiendan por más tiempo. Diez años serían suficientes. Tal vez el *copyright* de las películas deba durar más, unos 20 años, por ejemplo. Para el software, tres años sería un plazo adecuado: en ese tiempo es normal que se haya publicado una nueva versión. Mientras el software no sea libre, este sería un compromiso aceptable para Stallman. Sería conveniente, no obstante, que existiera una ley que obligara a depositar el código fuente de todo programa de software en alguna institución o entidad que hiciera de registro, de forma que, al cabo de esos tres años, el código sería hecho público.

#### Derechos de autor e incentivos económicos

Toda la problemática expuesta en torno a los derechos de autor en la era digital sugiere la necesidad de repensar la propiedad intelectual. El hecho de que estemos hablando de unos productos intelectuales compuestos de bits, de unos y ceros, intangibles, susceptibles de ser copiados masivamente y con la misma calidad que los originales, distribuidos y transmitidos por una red global... todo eso debería obligarnos a pensar que un sistema ideado para una realidad completamente diferente puede haber dejado de ser adecuado. Esa realidad diferente, ya lo hemos reiterado aquí en muchas ocasiones, era de la productos tangibles, cuya posibilidad de ser copiados estaba reducida a unos pocos editores, cuya distribución estaba concentrada en puntos muy localizados y cuyo acceso era siempre de unidades discretas y diferenciadas. Ese "mundo" ha desaparecido en el ciberespacio.

Lo que está en cuestión es la institución misma de la propiedad intelectual. Más aún cuando, como hemos argumentado, su función original ha sido completamente pervertida. No solo necesitamos un nuevo "contrato social" que establezca un nuevo equilibrio entre las libertades de los ciudadanos y los derechos de los autores, sino que, además, estos últimos y la industria de los contenidos están obligados a buscar nuevos modelos de negocio.

Las casas discográficas, los estudios cinematográficos y las editoriales siguen empeñados en aplicar el viejo esquema del espacio físico al nuevo ciberespacio. Para ello se están sirviendo de nuevas leyes y nuevas tecnologías anticopia y de gestión de derechos de autor. Así, esperan poder seguir cobrando al consumidor por cada acto de compra, en lugares de compra controlados y distribuyendo unidades discretas de productos controladas e identificadas. Todo ello bien supervisado por software de vigilancia y por proveedores de servicios y por policía y por lo que haga falta. Debemos preguntarnos si es este el mundo que queremos construir en el ciberespacio y si es consistente con nuestros principios de acceso a la cultura.

Un enfoque más adecuado parece que puede ser separar, en términos generales, los derechos de autor de la remuneración de los autores. No es algo nuevo. Antes del surgimiento de la imprenta y de los derechos de autor, los autores no tenían, lógicamente, estos derechos y obtenían sus ingresos de otras fuentes. Hoy, además, los internautas muestran muy poca inclinación a pagar por los contenidos y no parecen estar muy dispuestos a dejar de copiar estos de la forma que sea, más aún cuando nuevas tecnologías convierten esta operación en algo nada costoso. La industria de los contenidos, y los legisladores, deben optar. Pueden elegir una vía que les llevará, ineluctablemente, a enfrentarse, no con empresas rivales que piratean sus productos, sino con sus propios clientes potenciales y con su electorado, convirtiendo a unos y otros en sospechosos y presuntos delincuentes. O pueden elegir un camino que permita un acceso más libre a la cultura y nuevas formas por las que la sociedad remunera a sus artistas, escritores y trabajadores intelectuales.

Internet sigue siendo un medio joven aún, en el que se están generando constantemente nuevas iniciativas, nuevas tecnologías, nuevas oportunidades para hacer las cosas de otro modo. Separar los derechos de autor de la remuneración de los autores significa seguir experimentando nuevos modelos de negocio<sup>14</sup>. Los internautas pueden no estar dispuestos a pagar por los contenidos, pero sí parecen proclives a valorar servicios de valor añadido que, en cada caso, pueden adoptar formas distintas.

## Notas

<sup>1</sup> Andrew L. Shapiro, *The Control Revolution*, PublicAffairs, Nueva York, 1999, p. 79

<sup>2</sup> Un fuerte argumento contra la propiedad intelectual es sostenido por Brian Martin, *Information liberation: challenging the corruptions of information power*, Freedom Press, Londres, 1998. Puede descargarse libremente el capítulo 3 en [http://danny.oz.au/free-software/advocacy/against\\_IP.html](http://danny.oz.au/free-software/advocacy/against_IP.html).

<sup>3</sup> Según esta doctrina, los derechos de autor sobre un ejemplar (copia) de su obra expiran a partir de la venta del mismo. De esta forma, una persona que haya comprado un libro, por ejemplo, tiene derecho a regalarlo, prestarlo, revenderlo, etc., y el autor no puede impedírselo ni recibir compensación económica por ello.

<sup>4</sup> Citado en Santiago Muñoz Machado, *La regulación de la red: Poder y derecho en Internet*, Taurus, Madrid, 2000, pp. 206-207.

<sup>5</sup> Olivier Hance, *Leyes y negocios en Internet*, McGraw-Hill Interamericana Editores, México D.F., 1996, pp. 88-90.

<sup>6</sup> Íbidem, pp. 88-90.

<sup>7</sup> Santiago Muñoz Machado, op. cit., p. 197-198.

<sup>8</sup> Véanse mis artículos "Napster, Gnutella... y la tercera revolución de Internet", en red.ando, 5/07/2000, <http://enredando.com/cas/enredantes/enredantes79.html>, y "Napster y Bertelsmann buscan el futuro", en red.ando, 23/11/2000, <http://enredando.com/cas/enredantes/enredantes87.html>.

<sup>9</sup> Brian Martin, op. cit.

<sup>10</sup> Véase el excelente estudio de Pamela Samuelson, "The Copyright Grab", Wired 4.01, enero 1996, [http://www.wired.com/wired/archive/4.01/white.paper\\_pr.html](http://www.wired.com/wired/archive/4.01/white.paper_pr.html).

<sup>11</sup> Íbidem.

<sup>12</sup> Lawrence Lessig, *El código y otras leyes del ciberespacio*, Grupo Santillana de Ediciones, Madrid, 2001, pp. 229-262.

<sup>13</sup> Richard Stallman, "Speech in Sweden", 30/10/1986, <http://www.fsf.org/philosophy/stallman-kth.html>. Muchos textos de Stallman se encuentran en el sitio web de la Free Software Foundation (<http://www.fsf.org>) y en el de GNU (<http://www.gnu.org>). Algunos de ellos están traducidos al español.

<sup>14</sup> Véanse los artículos citados en la nota 8.