

# **3. El régimen jurídico de las publicaciones electrónicas: adaptación de la propiedad intelectual al entorno digital**

FERNANDO CARBAJO



### Capítulo 3

#### **El régimen jurídico de las publicaciones electrónicas (Adaptación de la propiedad intelectual al entorno digital: aspectos jurídicos de la creación, producción y difusión de contenidos en la sociedad de la información)** (Fernando Carbajo)

	126
Introducción: El papel del Derecho de Propiedad Intelectual en la protección, difusión, acceso y disponibilidad de contenidos en la sociedad de la información	128
La nueva noción de publicación en la sociedad de la información	133
La adaptación del derecho de Propiedad Intelectual al entorno digital en línea y fuera de línea	135
La adaptación de los derechos exclusivos de Propiedad Intelectual y de sus principales excepciones al entorno digital	135
El papel de los derechos morales en la sociedad de la información	135
El derecho de reproducción	141
El Derecho de distribución	147
El Derecho de comunicación pública: la modalidad de puesta a disposición en línea a la carta	148
El Derecho de transformación	150
La protección jurídica de medidas tecnológicas de protección y de sistemas de información para la gestión de derechos	153
Aspectos contractuales relacionados con la producción, explotación y comercialización o simple difusión de contenidos protegidos	156
La contratación de derechos de propiedad intelectual con fines de elaboración y producción de contenidos y de explotación económica: licencias para la creación-producción de obras multimedia y bases de datos electrónicas; licencias de explotación de contenidos preexistentes	157
Licencias de uso para la comercialización de publicaciones electrónicas	159
Licencias de uso gratuitas y licencias públicas generales	163
Problemas jurídicos de la edición electrónica: la adaptación del derecho editorial a las necesidades de la sociedad de la información	164
Introducción: Sociedad de la información y negocio editorial	164
El contrato de edición de publicaciones electrónicas	166

La edición electrónica de obras o prestaciones editadas anteriormente en formatos tradicionales	173
La difusión de contenidos digitales . Modelos de negocio	176
Modelos para la explotación-difusión de contenidos off line	177
Modelos para la explotación-difusión de contenidos on line	181
Las <i>creative commons public licenses</i> . ¿Copy Right vs. Copy Left?	188
El llamado préstamo virtual por parte de bibliotecas y centros asimilados: entre la disponibilidad a distancia y la consulta in situ	195

## INTRODUCCIÓN: EL PAPEL DEL DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA PROTECCIÓN, DIFUSIÓN, ACCESO Y DISPONIBILIDAD DE CONTENIDOS EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

En el nuevo modelo social y económico que se ha dado en llamar Sociedad de la Información o Sociedad del Conocimiento la propiedad intelectual juega un papel de primer orden.

Dentro del amplísimo y difuso concepto de información se encuentran multitud de creaciones intelectuales (obras literarias, artísticas o científicas) de mayor o menor entidad (originalidad y relevancia intelectual, cultural o científica), así como prestaciones empresariales conexas que sirven de vía de expresión a creaciones intelectuales e incluso a simples informaciones o datos no originales (fonogramas, grabaciones audiovisuales, emisiones de radio y televisión, bases de datos). Creaciones intelectuales y prestaciones empresariales que son de diferente naturaleza (escrita, sonora, audiovisual, plástica...) y que tradicionalmente han sido plasmadas en distintos formatos (obra literaria-libro o revista, obra musical-fonograma, obra audiovisual-videograma, etc.).

Pues bien, estos bienes informacionales que no son simples datos objetivos, sino que responden a procesos de creación intelectual o a procesos de producción industrial resultan protegidos por el simple hecho de su creación o producción a través del Derecho de la Propiedad Intelectual. Este campo del Derecho comprende, de un lado, el Derecho de autor sobre creaciones intelectuales originales (obras) y, de otro lado, los Derechos conexos o afines sobre prestaciones o manifestaciones artísticas personales (interpretaciones y ejecuciones musicales y artísticas) y sobre prestaciones o productos empresariales (fonogramas, grabaciones audiovisuales, emisiones de radio y televisión, bases de datos, etc.) que conforman la llamada industria de la cultura, el ocio, la información.

La protección conferida por el Derecho de la propiedad intelectual se articula a través del reconocimiento de un derecho exclusivo y excluyente del titular de las obras originales (el autor) o de las prestaciones personales (intérprete o ejecutante) y empresariales (productor, fabricante o empresario) que consiste en la facultad de realizar, autorizar y prohibir el uso y explotación de sus creaciones o prestaciones en el mercado. Es decir, sólo el titular de los derechos o un tercero con su consentimiento podrá explotar en el mercado la obra o prestación protegida (*ius utendi*) y ningún tercero podrá usar ni explotar esa obra o prestación sin el consentimiento de los titulares de la propiedad intelectual (*ius prohibendi*).

Este derecho exclusivo se desdobra en un haz de facultades: por un lado las facultades o derechos morales (cfr., el derecho al inédito, el derecho de paternidad, el derecho de integridad de la obra, etc.) que se otorgan al autor (y en menor medida a los intérpretes y ejecutantes) en razón a su actividad creativa o artística (se entiende que la interpretación o ejecución tienen un componente de creatividad intelectual); por otro lado las facultades o derechos patrimoniales o de explotación (cfr., el derecho de reproducción, la distribución, la comunicación pública y la transformación), que se conceden a los autores y a los titulares de derechos afines (que, salvo el caso de los intérpretes o ejecutantes, no gozan de derechos morales al ser sus prestaciones de carácter puramente empresarial o económico sin elementos espirituales propiamente dichos) y confieren la posibilidad de realizar, autorizar y prohibir la explotación de la obra o prestación en el mercado.

De estas facultades patrimoniales, sin duda, la principal y básica es la de reproducción pues casi todo acto de esa naturaleza requiere una reproducción previa de la obra o prestación (este es el motivo de que en los sistemas jurídicos anglosajones se conozca el derecho de propiedad intelectual como *Copyright*). Las facultades de distribución y comunicación al público indican dos formas distintas de explotación de la obra o prestación: la primera supone una forma de explotación material, mediante la puesta a disposición del público de la obra o prestación a través de ejemplares que permiten su acceso y disfrute individualizado; la segunda supone una explotación inmaterial, es decir, un acceso sin ejemplares y a priori de forma colectiva, mediante una comunicación pública sea a través de actos de exposición, declamación, representación escénica o mediante telecomunicación (transmisión y retransmisiones por ondas, cable o satélite).

Aunque la noción «Propiedad Intelectual» hace referencia en origen al derecho de propiedad que se hace recaer sobre creaciones del intelecto humano, el hecho de que las creaciones y manifestaciones intelectuales hayan ido ligadas siempre al desarrollo de las tecnologías (que les sirven como vía o mecanismo de expresión y difusión hacia el público) generó, avanzado el siglo XX, la necesidad de proteger bajo el mismo concepto de propiedad intelectual a las prestaciones empresariales que actúan como soportes para la difusión de las creaciones e incluso para la difusión de datos o informaciones en general que en rigor no constituyen creaciones intelectuales pero que tienen un importante valor en el mundo de la cultura, el ocio y la información. Así pues, aunque no exista el elemento intelectual o espiritual en la producción de un fonograma, de una grabación audiovisual, en una emisión de radio o de televisión, en la fabricación de una base de datos o incluso en meras fotografías o productos editoriales carentes de valor artístico, el legislador, atendiendo al importante papel que esas prestaciones desarrollan para la difusión de la cultura y la información, consideró que debía otorgarles una protección específica similar a la que otorga a los autores sobre sus obras originales. Obviamente, al no existir el elemento creativo no se reconocen derechos morales (con la excepción de las interpretaciones o ejecuciones donde sí se pueda apreciar un elemento creativo, reconociéndose determinadas facultades morales), pero se conceden los mismos derechos de explotación o patrimoniales que tienen los autores sobre sus obras. De esta forma, podemos encontrar una protección cumulativa perfectamente compatible en determinados bienes intelectuales o culturales (por ejemplo, en un disco concurre el derecho de autor del compositor de la obra musical con los derechos conexos o afines del intérprete y del productor de fonogramas).

La historia de la propiedad intelectual es la historia de sus sucesivas adaptaciones a los adelantos de la técnica. Y sin duda, la aparición de la informática y la tecnología digital y su convergencia con los nuevos medios de comunicación telemática, como Internet, constituye uno de los adelantos técnicos más decisivos en la historia de la propiedad intelectual, por cuanto está transformando radicalmente las formas de creación, producción y explotación de las creaciones intelectuales y las prestaciones industriales conexas.

Así es, el panorama consolidado en el último tercio del siglo XX (y por ello, podría decirse hoy día, ya tradicional), se ha visto fuertemente modificado con la aparición y desarrollo de la informática y sobre todo de la tecnología digital y las comunicaciones telemáticas, las cuales, con ayuda de los correspondientes medios y aparatos técnicos de carácter informático y electrónico, no sólo posibilitan nuevas formas de creación y, por tanto, nuevos productos intelectuales (como son los programas de ordenador, las bases de datos electrónicas y las obras o productos multimedia), sino que aportan también nuevos instrumentos y mecanismos para hacer llegar las obras y prestaciones afines al público a dis-

tancia, esto es de manera inmaterial por medios de telecomunicación, pero, a diferencia de lo que venía ocurriendo hasta ahora con la radio y la televisión, de forma individualizada y a petición de cada miembro particular del público, permitiendo algo que no era posible hasta el momento: un disfrute personalizado o individualizado de la obra a partir de una comunicación inmaterial de la misma y a petición del propio interesado; disfrute que puede ser temporal (consulte en pantalla y/o altavoces mientras dure la conexión en línea) o permanente o duradero (en el modelo de descarga de datos en el ordenador usuario), facilitado mediante transmisiones en línea interactivas por redes telemáticas seguidas de reproducciones electrónicas en la memoria interna del ordenador receptor (memoria RAM en el acceso meramente temporal y disco duro en el acceso permanente o duradero mediante descarga) o en soportes externos electrónicos, ópticos (como un CD) o magnéticos (como un disquete), sin perjuicio, además, de reproducciones gráficas mediante impresoras mecánicas o digitales conectadas a la terminal informática receptora.

A ello hay que añadir la invención de nuevos soportes electrónicos para la plasmación tanto de esas nuevas creaciones como de las obras y prestaciones más tradicionales (por ejemplo, e-books o libros electrónicos de obras literarias o científicas), su reproducción y distribución entre el público en nuevos ejemplares magnéticos y electrónicos de mayor capacidad y calidad (disquete, CD, CD-ROM, CD-I, DVD).

En el capítulo de la creación destaca sin duda la fulgurante aparición de las obras y productos multimedia, que conjugan en un solo formato materiales de distinta naturaleza (literaria, musical, audiovisual, programas de ordenador, bases de datos, simples datos o informaciones, etc.). Hasta ahora la mayoría de las obras multimediales están formadas por obras y prestaciones preexistentes en las que la protección por propiedad intelectual ya ha caducado (han transcurrido setenta años tras la muerte del autor o han transcurrido los plazos de duración del derecho exclusivo de los distintos derechos afines implicados). La razón está en que la incorporación a una obra multimedia de la totalidad o de fragmentos de obras y prestaciones preexistentes requiere obtener la autorización de todos los titulares de derechos implicados, que pueden ser muchos y estar muy dispersos, lo cual aumenta considerablemente el coste de creación y producción de estos nuevos productos, al aumentar los llamados costes de transacción o de negociación por la dificultad en encontrar a cada uno de los titulares de derechos implicados (autores o sus herederos, intérpretes o ejecutantes y sus herederos, productores de fonogramas, de grabaciones audiovisuales, entidades de radio y televisión, etc.). Dado que estos nuevos productos multimedia constituyen sin duda el futuro de los contenidos en la Sociedad de la Información, se hace necesario encontrar una solución legal o contractual que permita a los creadores y productores multimedia incorporar obras y prestaciones preexistentes con protección vigente a sus obras o productos multimediales. A la vista de la facultad para encontrar y negociar con cada uno de los titulares de derechos implicados lo lógico es que la negociación se produzca con las entidades de gestión colectiva de los distintos derechos implicados. Pero aún así esta solución puede ser compleja por lo que empiezan a barajarse soluciones más simples como la creación de una «ventanilla única», que consistiría en una sola entidad central que agrupase o representase a las distintas entidades de gestión sectoriales de cara a la negociación de licencias no exclusivas de explotación de derechos con los usuarios interesados.

No menos novedoso y revolucionario es el tema de los soportes digitales. De hecho uno de los efectos más peculiares de la digitalización es el de la progresiva difuminación de los límites o diferencias entre las distintas categorías de obras o creaciones intelectua-

les protegidas por la propiedad intelectual, ya sea porque la tecnología digital permite la expresión de los distintos tipos de obras en un mismo formato (contribuyendo así a difuminar también, en ocasiones, las categorías o formas de divulgación en general, promoviendo su integración), ya porque las modernas técnicas multimedia permitan la integración en un mismo formato de obras de distinta naturaleza de una forma coordinada, permitiendo su disfrute unitario y global por parte del usuario. Finalmente, la convergencia de la informática y la tecnología digital con las telecomunicaciones provoca también un fenómeno de nuevo cuño, el de la convergencia mediática (por ejemplo, Internet, teléfono, radio y televisión digital), surgiendo la posibilidad de disfrutar distintos tipos de obras digitalizadas en un mismo receptor (televisión, ordenador, teléfono) independientemente de la naturaleza típica de la obra (literaria, científica, musical, audiovisual, multimedia...).

Otra de las consecuencias de la tecnología digital y los medios de telecomunicación avanzados es la facilidad que estos nuevos medios aportan para la autoedición de contenidos como alternativa a su edición y/o producción profesionalizada o empresarial. Así es: tanto los creadores de contenidos como otros sujetos, entes o instituciones que habitualmente actúan como depósitos de información, podrán editar digitalmente sus propios contenidos o los contenidos que tengan en depósito, crear bases de datos e incluso productos multimedia sin necesidad de recurrir a la industria especializada, constituyendo ahora una alternativa a la misma.

En cuanto a la difusión y acceso a los contenidos constituye ya un lugar común la afirmación de que Internet se ha erigido en un gigantesco depósito de información que resulta fácilmente accesible por cualquier persona que tenga conexión. Es habitual que el acceso a esa información sea libre (es decir, sin controles previos de acceso) y que tenga carácter gratuito. Eso ha llevado a considerar que la información protegida por propiedad intelectual que se ponga a disposición del público en Internet de forma gratuita y sin control de acceso podrá ser reproducida y difundida libremente a través de la misma Red (cfr. en otros sitios web o a través de otros recursos, como el mail o el ftp) e incluso fuera de la Red mediante su reproducción en soportes electrónicos (CD). Aquí se barajan dos tesis: la de la renuncia de derechos, según la cual todo lo que se pone gratuitamente a disposición del público supone una renuncia de los derechos de propiedad intelectual, y la de la licencia implícita, con la que se quiere indicar que quien pone a disposición del público información protegida de forma gratuita y libre no renuncia a sus derechos pero implícitamente está concediendo una licencia de uso y explotación de la misma, permitiendo su libre utilización dentro y fuera de la Red. Este acceso y disponibilidad de contenidos implica tanto el uso directo de los mismos en otros sitios o recursos (es decir, tomar contenidos ajenos para incluirlos en la página o sitio de un tercero) como la creación de enlaces o links de todo tipo, desde los enlaces normales o de superficie hasta los más complejos enlaces profundos, los enlaces ensamblados o los frames o marcos.

Como vamos a ver estas concepciones acerca del acceso y disponibilidad de contenidos son erróneas. El hecho de que se pongan contenidos a disposición del público de forma libre y gratuita en Internet no supone ni una renuncia de los derechos de propiedad intelectual ni una licencia implícita para la disponibilidad absoluta de los mismos. El autor o titular de los derechos afines sobre esos contenidos conservan sus derechos exclusivos de propiedad intelectual sobre los mismos. El acceso libre y gratuito supone únicamente una licencia implícita de uso para fines estrictamente personales; no se está autorizando tácitamente el uso público o la explotación económica de esos contenidos dentro o fuera de la misma Red, salvo que se indique lo contrario. La utilización no personal de conteni-

dos ajenos, incluso aunque el acceso a los mismos sea libre y gratuito, deberá hacerse previo acuerdo o contrato de licencia con el titular de los mismos, o bien ajustándose a los márgenes dejados por las excepciones a los derechos exclusivos (cfr., derecho de cita, reproducción y préstamo en bibliotecas y otras instituciones, informaciones de actualidad, etc.), las cuales deberán adaptarse a las condiciones creadas por las nuevas tecnologías.

Las facilidades de copia y transmisión en cadena que otorgan las nuevas tecnologías de la información exigen, por tanto, tener muy presente la protección que existe sobre muchos de los contenidos disponibles por el público a través de Internet o de otras infopistas. El acceso y disponibilidad de esos contenidos debe realizarse respetando los derechos e intereses legítimos de los titulares de derechos de propiedad intelectual.

En definitiva, las nuevas tecnologías y los medios de comunicación como Internet multiplican las posibilidades de creación y difusión de obras y prestaciones entre el público para su disfrute de forma más ágil y barata. Pero también amplían considerablemente las posibilidades de uso ilícito de las obras protegidas y el número de los sujetos que pueden ser responsables de usos indebidos.

Así es, las nuevas tecnologías de la información han traído consigo también nuevas y más sofisticadas formas de piratería, al facilitar enormemente la reproducción idéntica de las creaciones y producciones sin merma alguna en su calidad, su incorporación en soportes electrónicos, su transmisión a distancia por distintos medios e incluso la posibilidad de modificar o alterar tales creaciones. Ello hace necesario la creación de nuevos y más eficaces mecanismos de protección para salvaguardar los intereses de los creadores y de la industria y, a la postre, para garantizar el pleno desarrollo de la sociedad de la información. Mecanismos jurídicos que revisen los viejos conceptos y soluciones normativas y también mecanismos tecnológicos, pues, como veremos en su momento, los riesgos generados por las nuevas posibilidades tecnológicas no pueden controlarse únicamente mediante soluciones normativas, sino que será la propia tecnología la que en buena medida tenga que aportar soluciones a los problemas por ella generados; sin perjuicio, claro está, de enlazar en lo posible esas soluciones o medidas tecnológicas (cfr., controles de acceso, medidas anticopia, bloqueo de contenidos, medidas antienlace, marcas de agua, etc.) con el derecho sustantivo o material de la propiedad intelectual y con el derecho de contratos relativos a la propiedad intelectual.

En suma, medidas tecnológicas de protección y fórmulas contractuales van a condicionar decisivamente el alcance (contenido y límites o excepciones) de los derechos de propiedad intelectual en el nuevo entorno digital y van a servir para luchar contra la piratería profesional y el uso indiscriminado de información protegida por el público en general.

Vamos a exponer a continuación el concepto de publicación en la sociedad de la información para después abordar con mayor detenimiento la adaptación de los derechos exclusivos de propiedad intelectual y de sus límites o excepciones legales al nuevo entorno digital. Posteriormente abordaremos un aspecto esencial para el objetivo de este proyecto, como son los parámetros a seguir a la hora de editar contenidos en formato electrónico fuera de línea y/o en línea y los problemas jurídicos que actualmente se plantean. Finalmente analizaremos los distintos modelos de negocio y de difusión de información en general que se emplean en la práctica para poner a disposición del público información protegida, sea de forma material mediante ejemplares electrónicos, sea de forma inmaterial mediante transmisiones telemáticas, abordando con especial intensidad la fórmula de

las licencias de uso en régimen oneroso de pagar por usar (pay per use), las licencias de uso gratuitas implícitas y explícitas y, finalmente, con carácter específico trataremos con mayor detalle el fenómeno relativamente reciente de las Creative Commons Public Licenses o licencias públicas generales, que pueden resultar especialmente indicadas para dar la máxima difusión a los contenidos científicos, y también analizaremos el papel que pueden jugar las bibliotecas y otras instituciones de índole cultural en torno al depósito y a la difusión de información protegida utilizando las tecnologías de la información.

## **LA NUEVA NOCIÓN DE PUBLICACIÓN EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN**

En el campo del derecho de la propiedad intelectual uno de los conceptos básicos es el de «Publicación». Téngase en cuenta que el derecho de autor y los derechos afines nacen por el simple hecho de la creación, manifestación o producción de la obra o prestación, sin necesidad de registro público. Ahora bien, los derechos patrimoniales o derechos de explotación surgen desde que la obra o prestación se ponga a disposición del público por primera vez, esto es, desde que se divulguen. En este sentido, una de las formas más habituales de divulgación es la publicación que se califica jurídicamente como la puesta a disposición del público de la obra o prestación mediante un número de ejemplares de la obra que satisfaga razonablemente sus necesidades de acuerdo con la naturaleza y finalidad de la misma (cfr. art. 4 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, TRLPI).

El concepto de publicación tiene una notable importancia de cara a la protección de la obra o prestación, tanto en el país de publicación como en otros países. A través de los Convenios Internacionales sobre derechos de autor y derechos afines, se considera que una obra o prestación obtendrá protección en terceros países (firmantes del Convenio) desde el momento en que se haga accesible al público en los mismos, lo cual tiene lugar habitualmente mediante la publicación de la obra o prestación (libro, disco, vídeo, etc.).

Este concepto jurídico tradicional de publicación se pone en entredicho ahora con la aparición de las nuevas tecnologías. Por un lado debido al hecho ya mencionado de que los nuevos soportes conllevan o pueden conllevar una difuminación de las categorías tradicionales de obras y prestaciones, de manera que ya no se hablará solo de la publicación de libros o discos sino que, ahora, se podrá hablar de publicar obras literarias, musicales, audiovisuales, programas de ordenador, bases de datos u o productos obras multimedia cuyo soporte será el mismo (CD, CD-ROM...); por otro lado porque las nuevas posibilidades de explotación en línea por redes telemáticas de todo tipo de obras y prestaciones previamente digitalizadas, implica la ausencia de ejemplares, tratándose de una explotación inmaterial más próxima a la comunicación pública.

En mi opinión, rehuyendo problemas puramente nominalistas, las nuevas técnicas y formatos digitales permiten hablar de un concepto amplio de publicación electrónica, distinguiendo al efecto entre publicaciones electrónicas fuera de línea (off line), cuando la obra o prestación digitalizada se plasme en formatos tangibles ópticos o magnéticos (disquete, CD, CD-ROM, etc.), y publicaciones electrónicas en línea (on line), cuando se plasmen en formatos intangibles (memoria interna de un ordenador) para su transmisión en línea por medios telemáticos. Y ello independientemente del tipo de obra o prestación que se ponga a disposición del público: no puede asociarse ya el concepto de publicación exclusivamente con el mundo del libro o del disco.

Como se ha dicho, en este caso la ausencia de ejemplares puede hacer discutible (al menos desde una perspectiva puramente jurídica) la denominación y calificación como «publicación» de las obras y prestaciones digitalizadas puestas a disposición del público en línea por medio de transmisiones telemáticas, pero problemas conceptuales aparte, no cabe duda de que sociológicamente esa nueva forma de explotación y la intervención creciente de las editoriales en la producción y comercialización de ediciones electrónicas en línea, hacen conveniente una ampliación del concepto jurídico de publicación, superando la tradicional y sesgada apreciación de la misma como la difusión de múltiples ejemplares de la obra o prestación entre el público, para dar cabida a un concepto más abstracto y abierto que defina la publicación como la puesta a disposición del público de una obra o prestación del tipo o clase que sea, de forma que cada miembro del público pueda acceder y disfrutar de la misma de manera individualizada; independientemente, entonces, de si es una publicación analógica o digital, puesta a disposición del público mediante ejemplares o mediante transmisiones inmateriales punto a punto o *one to one*.

Publicaciones electrónicas, en suma, que constituyen sin duda el futuro más inmediato y atractivo de la industria de la cultura, el ocio y la información y, sin duda, el activo más importante del denominado comercio electrónico directo o en línea dentro del mercado virtual generado en Internet.

En definitiva, podrá calificarse como publicación una obra literaria (libro electrónico), musical o audiovisual en formato digital, así como programas de ordenador y bases de datos electrónicas incorporadas en soportes o ejemplares electrónicos, del tipo CD, CD-ROM o similares, incluyendo las nuevas obras multimedia. Pero también podrá calificarse como publicación esas mismas obras en formato digital almacenadas en la memoria interna de un ordenador servidor para ser puestas a disposición del público mediante transmisiones en línea, incluyendo las páginas web.

La opción por este concepto amplio de publicación que incluya los diferentes tipos de publicaciones electrónicas significa que podrán solicitarse y obtenerse los códigos estandarizados que sirven para identificar las publicaciones monográficas (ISBN) y las periódicas (ISSN), tanto para las publicaciones electrónicas fuera de línea como para las publicaciones electrónicas en línea. Destaca a estos efectos el esfuerzo de adaptación llevado a cabo en los últimos tiempos por las agencias internacionales de ISBN e ISSN, concediendo códigos para publicaciones electrónicas de distinto tipo<sup>1</sup>. A ello debe sumarse la aparición de nuevos códigos estandarizados de identificación específicos para las publicaciones en formatos digitales, como son el *Internet Standard Work Coode* (ISWC), empleado fundamentalmente en el sector de la música en Internet, y el *Digital Object Identifizier* (DOI)<sup>2</sup>, previsto prioritariamente para las obras literarias y similares publicadas en la Red, siendo su objetivo principal facilitar la identificación de las obras y prestaciones de cara a la mejor gestión electrónica de los derechos exclusivos en el mercado en línea.

Más complejo se torna la obligación de depósito legal que requerirá una reforma de la normativa administrativa específica para dar cabida a las nuevas publicaciones electrónicas fuera de línea y en línea. Realmente el formato electrónico no debería descartar la obligación de formalizar el depósito legal en un organismo público depositario, preceptivo hasta ahora para determinadas publicaciones analógicas como los escritos, estampas, imágenes y composiciones musicales en ejemplares múltiples, con fines de difusión, hechos por procedimientos mecánicos o químicos, comprendiendo, por tanto, libros, folletos, revistas, periódicos, grabados, mapas y planos, carteles, postales, naipes, grabacio-

nes sonoras y producciones cinematográficas. Obligación de depósito que ya no podría recaer sobre el impresor, sino que, a falta de una especificación legal del sujeto obligado en el caso de publicaciones electrónicas, debería ser cumplimentada por el mismo editor.

Resulta ejemplar en este sentido el ordenamiento jurídico francés, cuya Ley de 20 de junio de 1992 relativa al Depósito Legal señala como objeto del depósito legal obligatorio a todos los documentos impresos, gráficos, fotográficos, sonoros, audiovisuales y *multimedias*, *cualquiera que sea su procedimiento técnico de producción, edición o difusión*: incluyendo, por tanto, las publicaciones electrónicas difundidas tanto a través de ejemplares electrónicos como por transmisiones telemáticas.

Habría que estar, entonces, a lo que disponga la legislación de cada país o, cuando menos, las instrucciones o reglamentos de las agencias u organismos nacionales encargados del depósito legal. No obstante, a falta de legislación al respecto, podría recurrirse en la práctica a realizar una edición restringida en formato tradicional a efectos de cumplimentar el depósito legal y emplear posteriormente el número de registro correspondiente también para la publicación electrónica.

Por último, no debe impedirse la posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad Intelectual a las obras y prestaciones en formato electrónico. En este sentido en cada país deben crearse las condiciones necesarias para registrar obras y prestaciones publicadas en formatos electrónicos y crear las debidas cautelas en materia de publicidad para evitar reproducciones ilícitas.

En España, el RD 281/2003 de 7 de marzo por el que se aprueba el Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual, contempla por primera vez la posibilidad de aportar soportes electrónicos para la presentación e inscripción de obras y prestaciones y, en concreto, para páginas electrónicas y multimedia (art. 14 ) exige los siguientes requisitos:

- 1º Descripción por escrito que relacione de forma individualizada cada creación para la que se solicita el registro, identificada con el nombre del fichero informático que la contiene y nombre y apellidos de su autor.
- 2º Requisitos específicos, de conformidad con lo establecido en este artículo, para la identificación y descripción de las obras, actuaciones o producciones contenidas en la página electrónica o multimedia.
- 3º Copia de la página o multimedia en soporte cuyo contenido pueda ser examinado por el registro.
- 4º En su caso, número de depósito legal.

## **LA ADAPTACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL AL ENTORNO DIGITAL EN LÍNEA Y FUERA DE LÍNEA**

En este nuevo contexto económico y sociocultural en general todo parece apuntar a que la viabilidad práctica y el éxito comercial e informativo-cultural de estos novedosos sistemas de creación, producción y presentación de contenidos y de explotación fuera de línea en ejemplares electrónicos o en línea, a distancia y mediante transmisiones telemáticas van a depender en último término del tratamiento otorgado a los derechos de propiedad intelectual implicados en los mismos por las instancias legislativas y judiciales oportu-

nas, tanto nacionales como supranacionales e internacionales. De hecho, puede decirse sin ningún género de dudas que el éxito de los productos y servicios intelectuales electrónicos y, más aún, la culminación feliz de la sociedad de la información depende en buena parte de una rápida y precisa adaptación de los principios, conceptos y derechos tradicionales de propiedad intelectual a la nueva realidad tecnológica, pues sin una adecuada protección de los intereses de autores, editores, intérpretes y productores no será posible la existencia de un espacio de información virtual y de un mercado editorial electrónico con contenidos de calidad.

Si desde su origen el derecho de propiedad intelectual ha servido como instrumento de satisfacción de los intereses de autores, intérpretes, empresarios y público consumidor, tomando como punto de partida la protección en origen, primero de la creación y después de la inversión empresarial en prestaciones afines a aquélla mediante la tipificación de derechos exclusivos, restringidos por una serie de límites acotados legalmente para cohonestar esos intereses primarios con los del público (acceso a la cultura, la educación y la información), ese equilibrio de intereses se hace aún más necesario si cabe en el nuevo contexto conformado por la tecnología digital y las infopistas, por cuanto las enormes posibilidades tecnológicas en orden tanto a la creación y explotación de obras y prestaciones protegidas como al uso ilícito e indiscriminado de las mismas por parte de los usuarios particulares, obligan a una adaptación o, en su caso, redefinición de los derechos y límites tradicionales, así como con carácter general de algunos principios y conceptos básicos de la misma institución de la propiedad intelectual.

De manera que la definitiva implantación de la sociedad de la información y de su fenómeno más característico, el comercio electrónico de información protegida, va a depender en buena parte de una protección ponderada de los intereses de autores e industria debidamente cohonestados con los intereses colectivos de acceso a un acervo cultural lo más rico posible; todo ello por medio de la legislación sobre propiedad intelectual y, en su caso, de los principios y normas que regulen los contratos sobre obras y prestaciones protegidas, así como por la reciente normativa sobre comercio electrónico, pues, como decimos, las obras y prestaciones industriales culturales -entre ellas las publicaciones electrónicas- se revelan como uno de los principales objetos de comercialización en el llamado comercio electrónico dirigido fundamentalmente a los consumidores (*bussines to consumer* o B2C): sea el comercio electrónico *off line* o indirecto caracterizado por la oferta y contratación a distancia por medios telemáticos de ejemplares que incorporan copias de obras protegidas distribuidos posteriormente como una mercancía por los cauces de distribución tradicionales, o sea el comercio electrónico *on line* o directo de obras y prestaciones susceptibles de digitalización y transmisión inmaterial en línea por medios telemáticos para su recuperación a distancia por los usuarios que soliciten el servicio.

En suma, la revolución digital exige en estos momentos una adaptación más profunda de la propiedad intelectual, más rápida y eficaz que cualquier reforma anterior, ya que ha ido en aumento y es cada vez más evidente el valor económico de las creaciones intelectuales y de las prestaciones industriales culturales e informativas en general en las economías de mercado de los países desarrollados y en vías de desarrollo, sobre todo en el momento por el que atraviesa actualmente la sociedad de la información, en el que se hace más palpable el valor que adquieren las prestaciones intelectuales en el nuevo comercio electrónico desarrollado en un mercado virtual globalizado.

Ahora bien, esto no debe llevar a pensar en una completa revisión de todas las estructuras conceptuales y normativas de la propiedad intelectual, como podría parecer a prime-

ra vista, sino en adaptaciones puntuales mediante la interpretación o las modificaciones legislativas que, sin perjuicio de que en algún caso puedan resultar realmente complejas, casi siempre podrán incorporarse sin problemas a los conceptos básicos conocidos hasta el momento.

En este sentido, no se puede ignorar que con las nuevas tecnologías, junto a las relaciones de cesión de derechos de explotación económica entre creadores y empresarios de la cultura y el entretenimiento (editores, productores), cobra mucho más interés e importancia el aspecto de la comercialización directa de copias digitales de obras y prestaciones protegidas entre los miembros del público. El control y cesión del uso, como forma de comercialización directa entre los titulares de la propiedad intelectual (originarios, como autores y titulares de derechos afines o derivados, como editores o productores que obtienen el derecho a explotar la obra o prestación mediante una licencia de explotación o un contrato de edición) y cada miembro singular del público (prescindiendo en muchas ocasiones de intermediarios), surge con vigor como nueva forma o modalidad de explotación de las obras y prestaciones afines digitalizadas; de las publicaciones electrónicas en línea y fuera de línea. Y eso ha de dejarse sentir en la elaboración y/o interpretación del derecho material o sustantivo sobre propiedad intelectual y en el derecho de contratos sobre bienes intelectuales.

No menos importante resulta una precisa determinación de los límites a los derechos exclusivos en el nuevo entorno digital, sobre todo por lo que se refiere al entorno en línea, por cuanto -como es sabido- uno de los objetivos básicos del Derecho de propiedad intelectual estriba en establecer un balance o equilibrio adecuado entre la protección de la creación y la inversión y los intereses generales en el acceso a la cultura, la información, la educación y la investigación. Equilibrio que viene motivado en otras ocasiones por simples imperfecciones del mercado como es la imposibilidad material de controlar la copia privada de obras y prestaciones. Y equilibrio, en suma, que las nuevas tecnologías pueden alterar manifiestamente dadas las amplias posibilidades de reproducción, alteración y transmisión de contenidos digitalizados por un lado, y las no menos amplias posibilidades de controlar tecnológicamente esos actos de reproducción, modificación y transmisión no autorizadas por otro lado. Lo cual, por tanto, hace de todo punto imprescindible una redefinición de los límites tradicionales para evitar que puedan servir de soporte legal a comportamientos que puedan perjudicar la creación e inversión en contenidos y, por tanto, el futuro mismo de la sociedad de la información, pero también para evitar una posible superación e incluso abolición fáctica de las excepciones legales a través de las medidas tecnológicas de protección y control del uso de obras y prestaciones procuradas por la misma tecnología digital.

Vamos a exponer de forma sintética los cambios que la tecnología digital y, sobre todo, la explotación en línea de obras y prestaciones digitalizadas, van a producir sobre los derechos de propiedad intelectual y sus límites, para después abordar la protección jurídica que los nuevos instrumentos normativos confieren a las medidas tecnológicas de protección y a los sistemas de información para la gestión de derechos de obras y prestaciones en formato electrónico, finalizando con un análisis de los aspectos contractuales relacionados con la elaboración, producción y comercialización de obras y prestaciones en el nuevo entorno digital, donde cobra especial relevancia, por un lado, el papel que pueden desarrollar las entidades de gestión colectiva de derechos de autor y afines para facilitar los procesos de creación y producción (sobre todo de bases de datos y obras multimedia) y, también, los contratos de licencia de uso como modelo de futuro en la comercialización (mode-

los de negocio) de los derechos de propiedad intelectual directamente entre los usuarios, tanto fuera de línea mediante ejemplares electrónicos, como (sobre todo) mediante transmisiones en línea.

Dado que estos aspectos se encuentran íntimamente relacionados entre sí, será frecuente encontrar referencias a los aspectos contractuales y a las medidas tecnológicas y sistemas de identificación cuando hablemos de la adaptación de los derechos exclusivos y sus límites al entorno digital y viceversa.

Conviene advertir, antes de abordar los distintos aspectos indicados, que esta revisión o adaptación de las legislaciones sobre propiedad intelectual (en España, el Real Decreto 1/1996, de 12 de abril por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, TRLPI) a causa del impacto de las nuevas tecnologías requiere, en lo posible, soluciones normativas que excedan las barreras nacionales para ser acometidas desde instancias internacionales (como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual o la Organización Mundial del Comercio) o, cuando menos, supranacionales o regionales (como la Unión Europea), pues nos enfrentamos ya a una sociedad conectada mundialmente y a un mercado virtual o en línea globalizado (tanto en el comercio fuera de línea como en el comercio en línea, aunque principalmente en éste último) que no conoce fronteras físicas ni políticas y que, para desarrollarse con éxito, no debe encontrarse con ordenamientos jurídicos dispares sino armonizados, al menos en aspectos básicos que resulten de especial importancia para el mismo, evitando así en la medida de lo posible los difíciles problemas relativos a la determinación de la legislación aplicable y -a mayores- de la jurisdicción competente y ejecución de sentencias que han acompañado siempre al tráfico económico internacional.

Es preciso destacar por su importancia, en este sentido, las adaptaciones al Derecho tradicional de la propiedad intelectual llevadas a cabo por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual por medio de la denominada «Agenda Digital», que fructificó en dos Tratados Internacionales, concebidos como arreglos o modificaciones parciales de Tratados clásicos como son el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886, en su versión del Acta de París de 24 de julio de 1971, la Convención Internacional de Roma, de 26 de octubre de 1961, sobre protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productos de fonogramas y los organismos de radiodifusión y el Convenio de Ginebra, de 29 de octubre de 1971, para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas.

Nos referimos al Tratado OMPI sobre Derecho de Autor (TODA o WCT en la terminología inglesa utilizada comúnmente) <sup>3</sup> ; y al Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF o WPPT) <sup>4</sup> , celebrados ambos en Ginebra el 20 de diciembre de 1996.

Tratados que han influido decisivamente en la reforma de las legislaciones sobre propiedad intelectual, destacando la legislación estadounidense y la legislación europea. EE.UU. ha modificado la Copyright Act de 1976 por medio de la U.S. Digital Millennium Copyright Act, de octubre de 1998 <sup>5</sup> . Y la Unión Europea ha aprobado la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo <sup>6</sup> , 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 obliga a los Estados miembros de la Unión Europea a modificar sus legislaciones internas antes del 22 de

diciembre de 2002. Esta Directiva está en proceso de incorporación al Derecho español y para eso se ha elaborado en el seno del Ministerio de Cultura, Educación y Deporte un Borrador de Anteproyecto de Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, con fecha de 23 de enero de 2003, que servirá como texto básico para la próxima adaptación del Derecho español de propiedad intelectual a la sociedad de la información.

Estos instrumentos normativos constituyen las fuentes que nos van a permitir desarrollar la adaptación de los derechos exclusivos y sus excepciones legales a la sociedad de la información, por lo que haremos referencia a algunos de ellos, fundamentalmente a la Directiva comunitaria (DDAS) y a la Ley de Propiedad Intelectual española (TRLPI), así como al Borrador de Anteproyecto de Reforma de la misma (BALR).

## **LA ADAPTACIÓN DE LOS DERECHOS EXCLUSIVOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y DE SUS PRINCIPALES EXCEPCIONES AL ENTORNO DIGITAL**

### **EL PAPEL DE LOS DERECHOS MORALES EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN**

A pesar de ser ignorados por los instrumentos normativos internacionales que persiguen la adaptación de la propiedad intelectual al entorno tecnológico digital, los derechos o facultades morales (art. 14 TRLPI) conservan todo su vigor en la sociedad de la información, e incluso algunos de ellos adquieren una vigencia renovada como instrumentos de control y protección de los autores y también de los intérpretes (titulares también de algunas facultades morales, ex art. 113 TRLPI) frente a determinados comportamientos lesivos para sus intereses que empiezan a cobrar carta de naturaleza en los últimos tiempos ante la generalización de las nuevas tecnologías de la información y la prodigalidad de su utilización por usuarios de todo el mundo. Nos referimos a la facultad del autor de decidir la divulgación de la obra (art. 14.1º TRLPI) y a las facultades de autores e intérpretes de exigir el reconocimiento del nombre sobre la obra o interpretación y el respeto a la integridad de la obra o interpretación (arts. 14.3º y 4º y 113 TRLPI).

Internet es el mayor medio de difusión de información de la historia, promoviendo o procurando novedosas y revolucionarias fórmulas de explotación comercial de esa información. Pero eso no significa que en la Red se concentren únicamente intereses patrimoniales. Precisamente las grandísimas posibilidades de copia y transmisión de información y la interactividad facilitada por la tecnología acrecientan extraordinariamente las posibilidades de difusión y alteración de creaciones intelectuales contra la voluntad de sus creadores, cobrando importante significado las facultades morales de los autores respecto de sus obras y las de los intérpretes sobre sus interpretaciones o ejecuciones artísticas, ya que, en los sistemas continentales, no es posible una clara separación entre los intereses ideales y materiales del autor sobre su obra y puede decirse que también detrás de las facultades morales de divulgación, paternidad e integridad se esconden frecuentemente intereses económicos de los autores y de la industria que ha servido de vía de comunicación a esas creaciones intelectuales.

Una práctica frecuente en Internet es la difusión o puesta a disposición del público por parte de terceras personas, a través de sitios web o de cualesquiera otras aplicaciones de acceso masivo (como los grupos de noticias o Bulletin Boards Systems, listas indiscriminadas de correo electrónico, chats o sistemas P2P de intercambio de archivos),

de obras de terceros (sobre todo musicales y audiovisuales) antes de su divulgación oficial dentro o fuera de la Red. Las facilidades que ofrece la digitalización y la comunicación telemática universal permiten también la divulgación de obras que su autor quiso mantener inéditas sin que el mismo siquiera llegue a conocer esa divulgación. Estas prácticas constituyen una flagrante violación del derecho moral de divulgación, esto es, la facultad del autor de decidir si su obra debe ser divulgada, en qué momento y en qué forma (art. 14.1º TRLPI).

También pueden abundar en la Red atentados contra el derecho de paternidad, ya que pueden divulgarse obras e interpretaciones sin indicar el nombre de su autor e intérprete o con una indicación del nombre no querida por el autor o intérprete, vulnerando la facultad del autor de decidir si la divulgación ha de hacerse bajo su nombre, seudónimo o de forma anónima; incluso cabe la divulgación de obras e interpretaciones bajo el nombre de terceras personas, aprovechando el caos o maraña de información que circula por la Red y la consiguiente dificultad de detectar y contrastar el verdadero origen de cada información (arts. 14.2º y 3º y 113 TRLPI). En este sentido, una forma habitual de violación del derecho de paternidad puede producirse mediante la creación de algunos tipos de hiperenlaces (como los enlaces profundos, enlaces ensamblados o marcos) a través de los cuales se pueden presentar contenidos ajenos, residenciados en el sitio web de un tercero, como si fueran contenidos propios, trasladando al usuario la sensación de que los contenidos enlazados son contenidos del creador del enlace, omitiendo cualquier indicación sobre la dirección del sitio enlazado y sobre la identidad del autor o titular de los contenidos en cuestión.

Finalmente es importante tener muy presente la facultad moral de autores e intérpretes de exigir el respeto a la integridad de sus obras o interpretaciones, ya que pueden ser objeto de constantes manipulaciones, modificaciones y alteraciones gracias a la interactividad inherente a la tecnología digital. Conviene precisar de antemano que la digitalización y almacenamiento en un servidor no constituyen como tal alteraciones o modificaciones en la forma sustancial de la obra, sino únicamente en el formato que les sirve como vía de expresión, perteneciendo por tanto al ámbito de la reproducción. La digitalización, eso sí, facilita posibles alteraciones o modificaciones en la forma de obras e interpretaciones, las cuales pueden producirse en la esfera de la creación y producción de contenidos multimediales con vistas a su explotación entre el público; por ejemplo, puede considerarse un atentado contra la integridad de una obra o interpretación su utilización en un contexto ajeno a las intenciones perseguidas por el autor de la obra, lesionando los legítimos intereses de éste y su reputación (por ejemplo, emplear fragmentos de obras musicales o literarias para acompañar producciones pornográficas sin contar con la autorización de los respectivos autores). Pero esas modificaciones también pueden producirse entre los meros actos de utilización por parte de los usuarios de Internet, adquiriendo relevancia práctica cuando la obra mutilada o modificada exceda la esfera estrictamente privada y se ponga nuevamente a disposición del público perjudicando los legítimos intereses de autores e intérpretes o menoscabando su reputación (arts. 14.4º y 113 TRLPI). Situaciones de esta índole pueden producirse también a través de determinados tipos de enlaces, como los marcos o frames, pero eso no quiere decir que la mera creación de enlaces de este tipo constituya sin más una vulneración de la integridad de la obra enlazada; la integridad se verá afectada cuando el enlace presente la obra en un contexto diferente del original que pueda afectar su significado y perjudicar los legítimos intereses del autor y suponga un menoscabo para su reputación.

La defensa de los legítimos intereses de autores e intérpretes, sintetizada en los derechos morales, se ve reforzada con la posibilidad de implementar medidas tecnológicas de protección y mecanismos de información para la gestión de derechos, posibilitadas gracias a la tecnología digital y cuya trascendencia en el nuevo entorno tecnológico viene reconocida por la específica protección otorgada por los instrumentos normativos internacionales (arts. 11 y 12 TODA, arts. 18 y 19 TOIEF y arts. 6 y 7 DDASI) que acabará traducándose en el ordenamiento interno en la fijación de nuevos ilícitos civiles y, en su caso, penales para el caso de elusión o vulneración de tales medidas y sistemas de información. Las medidas tecnológicas (control de acceso, anticopia, antienlace y bloqueo de contenidos) serán eficaces para preservar la integridad de la obra o interpretación frente a posibles alteraciones no deseadas por parte de los usuarios. Los mecanismos de información para la gestión de derechos ofrecerán información suficiente sobre el titular originario de los derechos y, en su caso, los derechohabientes, además de las posibles condiciones de licencia de la obra o interpretación para su explotación y utilización por parte de sujetos interesados, además de incluir códigos estandarizados de identificación del tipo ISBN, etc.

## EL DERECHO DE REPRODUCCIÓN

Sin duda, el punto básico de referencia en el entorno digital lo constituye el derecho exclusivo de reproducción. La reproducción cobra una importancia decisiva en el entorno digital, por cuanto no es sólo una forma más de explotación de obras y prestaciones, sino que puede decirse que constituye el *modus operandi* de las publicaciones electrónicas y del funcionamiento mismo de La Red.

Así es: aunque la reproducción de una obra o prestación haya sido relacionada siempre con la multiplicación de ejemplares (obtención de copias materiales) destinados a ser distribuidos en el mercado, la aparición de la informática, la tecnología digital y las redes telemáticas viene provocando desde hace unos años una sustancial ampliación del alcance jurídico-técnico del derecho de reproducción y, por ende, del derecho de propiedad intelectual en su totalidad, en varios sentidos:

- a) De una parte por la simple digitalización de la obra o prestación, que constituye el camino previo para realizar un uso o aprovechamiento industrial y particular de la misma, con mayores posibilidades económicas y de disfrute doméstico que las procuradas hasta el momento por las técnicas de reproducción tradicionales (gráficas, mecánicas, etc..)
- b) De otra parte, por la aparición de formatos electrónicos intangibles donde fijar o reproducir una obra o prestación digitalizada, mediante la carga (upload) en la memoria interna de un ordenador, para su comunicación al público a partir de transmisiones en línea sin necesidad de ejemplares.
- c) Por la aparición y generalización de reproducciones meramente provisionales de la obra o prestación plasmada en formato electrónico, sea para la simple percepción de copias digitales de obras y prestaciones incorporadas a soportes magnéticos o electrónicos (disquetes, CDs), sea para la transmisión en línea y recepción y utilización final de obras y prestaciones digitalizadas difundidas a través de redes telemáticas.
- d) Y finalmente, porque la informática y la tecnología digital hacen que la reproducción ya no quede limitada exclusivamente al ámbito de la explotación industrial de una obra o prestación, sino que se extiende también al ámbito meramente particular, a las fijaciones o reproducciones temporales y/o permanentes necesarias para poder

percibir y utilizar una obra o prestación plasmada en un formato electrónico tangible o intangible, facilitando así, a la postre, un control del uso o utilización final de la obra o prestación por parte del titular de los derechos de propiedad intelectual sobre la misma, el cual se manifiesta jurídicamente, cada vez con más frecuencia, mediante nuevas formas de comercialización directa (distintas de la compraventa y alquiler) de las publicaciones electrónicas entre el titular legítimo (originario o cesionario de explotación) y cada consumidor final (licencias de uso), que aparecen acompañadas en los últimos tiempos (sirviendo de refuerzo a las disposiciones contractuales de cesión del uso) de medidas tecnológicas de protección (control de acceso y de copia) procuradas por la misma tecnología digital, enlazando así directamente con la problemática de la copia privada.

El formato electrónico impide una percepción y disfrute directo por parte del ser humano de la obra o prestación plasmada digitalmente. Para ello es imprescindible una reproducción (fijación y lectura electrónica), que puede ser temporal o duradera, de la copia digital de la obra o prestación plasmada en ese formato electrónico en una máquina especialmente habilitada para ello. Reproducción técnica o tecnológica que la mayoría de la doctrina subsume en sentido técnico-jurídico en el concepto legal de reproducción, para procurar al titular de la propiedad intelectual el control absoluto sobre la explotación y uso de la obra o prestación y con la finalidad no declarada de dar cobertura a una práctica comercial (comenzada con los programas de ordenador y bases de datos electrónicas, y ahora, cada vez más, con todo tipo de obras y prestaciones en formato electrónico tangible o intangible) consistente en la cesión únicamente del uso personal de la copia autorizada por el titular o cesionario de los derechos de explotación. Práctica ésta que tiene su razón de ser en las facilidades de reproducción sin merma de calidad alguna en ejemplares materiales o en soportes intangibles y ahora también en las facilidades de transmisión cuasi-instantánea de esas copias electrónicas a un número indeterminado de sujetos mediante transmisiones en línea a través de infovías o en la mera puesta a disposición mediante esas transmisiones en línea únicamente para su percepción en pantalla, que podrían reducir drásticamente la explotación normal de la obra o prestación y perjudicar gravemente los legítimos intereses de su titular o titulares.

En consecuencia, el uso y disfrute de la obra o prestación por cada usuario requerirá la *cesión del derecho de reproducción para uso*, surgiendo desde ese mismo momento la posición de *usuario legítimo*. Además, el control de la reproducción en el ámbito privado, mediante el derecho a autorizar la copia privada para uso personal (cesiones o licencias de uso), constituye al fin y al cabo -la práctica lo ha demostrado- una *nueva forma de explotación comercial de la obra o prestación digitalizada*, distinta de la tradicional venta de ejemplares, a través de cesiones particulares del derecho de reproducción para uso instrumentadas por medio de licencias. Cesiones o concesiones que, además, en cuanto modalidad de explotación, constituyen también nuevas modalidades de distribución, si la cesión va asociada a la transmisión temporal o definitiva de un ejemplar o soporte material electrónico, o de comunicación pública si la cesión se produce por medio de transmisiones en línea a través de redes alámbricas y/o inalámbricas de telecomunicación.

Posiblemente sería factible aplicar el concepto legal de reproducción (fijación de una obra o prestación en cualquier soporte para su comunicación y obtención de copias) a los nuevos actos de reproducción digital. Sin embargo, para evitar equívocos y en un

intento por armonizar las distintas legislaciones de propiedad intelectual (tanto en los ordenamientos de inspiración continental europea como en los de órbita anglosajona) a la vista de la importancia cobrada por la propiedad intelectual en el mercado electrónico globalizado, las instancias legislativas internacionales y supranacionales han decidido precisar el concepto legal de reproducción, dando entrada en el mismo a todo tipo de reproducciones -las analógicas y las reproducciones realizadas mediante medios y técnicas digitales, las permanentes y las temporales- y obligando a los Estados miembros de las respectivas organizaciones internacionales a incorporar las modificaciones propuestas en sus respectivos ordenamientos nacionales.

Así, en las Declaraciones Concertadas que complementan el Tratado OMPI sobre Derecho de Autor de 1996 se dice expresamente que :

*El derecho de reproducción, tal como se establece en el artículo 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital", señalando expresamente «que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del artículo 9 del Convenio de Berna.*

Lo cual da pie para entender incluidas en el mismo las reproducciones digitales en un ejemplar o soporte material electrónico (CD-ROM, DVD) y las reproducciones digitales en un soporte intangible como la memoria interna de un ordenador.

Sin embargo, el nuevo tratado OMPI sobre Derecho de Autor no hace referencia a la posibilidad de que esas reproducciones digitales sean simplemente temporales y no definitivas o, mejor, más o menos duraderas, por lo que la inclusión de las reproducciones provisionales dentro del ius prohibendi de los titulares de la propiedad intelectual quedará finalmente al arbitrio de las diferentes legislaciones nacionales y supranacionales.

Y en este sentido, 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, establece una definición amplia y precisa del derecho de reproducción abarcando también a las reproducciones temporales o provisionales. Su artículo 2 establece que:

*Los Estados miembros concederán el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte de las obras y prestaciones afines (interpretaciones o ejecuciones, fonogramas, producciones audiovisuales, emisiones de radiodifusión) reconocidas por la propia legislación comunitaria.*

No obstante, para evitar que tan amplia protección de la reproducción pueda perjudicar el funcionamiento normal de las infopistas y la propia comercialización de publicaciones electrónicas, el artículo 5.1 de la Directiva establece una excepción genérica al derecho exclusivo de reproducción, disponiendo que:

*Los actos de reproducción provisional que sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico cuya única finalidad consista en facilitar una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario o una utilización lícita de una obra o prestación protegidas, y que no tengan por sí mis-*

*mos una significación económica independiente, estarán exentos del derecho de reproducción contemplado en el artículo 2.*

En consecuencia, puede concluirse que los nuevos instrumentos legislativos confieren un gran alcance al derecho exclusivo de reproducción, abarcando todo tipo de reproducciones permanentes o provisionales que sirvan para permitir una utilización de la obra o prestación digitalizada en el nuevo entorno tecnológico. No obstante, conocido que la reproducción constituye, como dijimos antes, el *modus operandi* de las autopistas de la información como Internet y, en general, del acceso y disfrute de todas las prestaciones digitales, para no perjudicar el funcionamiento normal de la Red, se excluyen del derecho exclusivo de reproducción los actos de reproducción meramente provisionales que:

- a) Sirvan esencialmente para la transmisión de copias digitales de una obra o prestación a través de La Red: como son las reproducciones efímeras de los «routers» o «enrutadores» que sirven para canalizar el tráfico de datos en la red y las reproducciones accesorias realizadas por las memorias «proxy-caché» o memoria tampón de los proveedores de acceso a Internet, que facilitan el acceso sucesivo a páginas y sitios web.
- b) Sirvan para facilitar una utilización lícita de la obra o prestación: entendiendo por utilización lícita la que haga un usuario autorizado previamente por el titular de la propiedad intelectual para utilizar y disfrutar de la obra en pantalla (reproducción en memoria RAM y accesoria en memoria caché local o caché cliente), o bien por una expresa excepción legal al derecho de reproducción.

Ha de tenerse en cuenta, en este sentido, que muchos servicios de la sociedad de la información consisten precisamente en poner a disposición de los usuarios una copia digital de una obra o prestación mediante una transmisión en línea por redes telemáticas para su disfrute meramente provisional en pantalla (o audición en altavoces) durante el tiempo que dure la conexión; disfrute que se produce gracias a una reproducción provisional de la copia digital transmitida en línea en la memoria RAM del ordenador del usuario. En consecuencia, habrá que entender que los usuarios necesitarán la autorización del titular de la propiedad intelectual para acceder a un determinado sitio web o similar donde se pone a su disposición temporalmente una obra o prestación mediante su reproducción en pantalla. Autorización que se articula jurídicamente mediante una licencia de uso que puede ser explícita (concertando un contrato de licencia a distancia por medios electrónicos, o bien mediante una autorización unilateral expresa del titular del servicio para utilizar la obra o prestación mientras dure la conexión) o implícita (cuando se permite el acceso libre a un sitio y la consulta y disfrute de la información que en él se contiene sin hacer ninguna mención explícita sobre la autorización). Entendiendo, por tanto, que una vez autorizado el usuario, todas las reproducciones temporales posteriores necesarias para la utilización de la obra o prestación quedarán excluidas del derecho exclusivo; es decir, que el usuario preautorizado no necesitará volver a requerir autorización del titular del servicio en línea.

Esta nueva concepción del derecho de reproducción plasmada en la Directiva ha sido recogida en el art. 1º del Borrador de Anteproyecto de Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (BALR) que prevé la modificación del art. 18 TRLPI para incluir dentro del derecho exclusivo de reproducción toda fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de

la totalidad o de una parte de la obra, que permita su comunicación y la obtención de copias. Y la excepción genérica recogida en el art. 5.1 DDASI se incluirá en el art. 31.1 TRLPI, según prevé el art. 6º BALR.

Pero el alcance del derecho de reproducción en el entorno digital en línea, está directamente relacionado con la implementación de medios o mecanismos tecnológicos que permitan al titular controlar el acceso a los usuarios al sitio web o similar donde se inserte la publicación electrónica, que impidan realizar copias del contenido del sitio y que incluyan programas de seguimiento y rastreo de posibles usos ilícitos de esos contenidos (cfr. huellas digitales, marcas de agua); esto es, usos que no hayan sido autorizados por el titular del servicio. En esa relación íntima entre derecho de reproducción y mecanismos tecnológicos, que permiten a los titulares de la propiedad intelectual un control más intenso de sus obras y prestaciones por la posibilidad de controlar incluso el uso de las mismas en el ámbito privado (algo que no era posible en el entorno analógico tradicional), se introduce el derecho de contratos, apareciendo nuevas formas negociales que permite a los titulares de la propiedad intelectual (creadores, editores, productores) comercializar directamente las copias digitales de sus obras o prestaciones entre el público mediante transmisiones en línea que serán formalizadas a través de contratos de licencia de uso, que constituyen en el fondo la cesión permanente o provisional del derecho de reproducción a cada cliente o usuario a efectos únicamente del uso personal de una concreta copia digital de una obra o prestación.

Así pues, reproducción, mecanismos tecnológicos de control y licencias de uso constituyen el núcleo de la explotación en línea, por medios telemáticos, como Internet, de las obras y prestaciones en formato digital intangible; es decir, de las denominadas publicaciones electrónicas en línea. Y ello influye decisivamente en el complejo problema de la copia privada en cuanto límite al derecho exclusivo de reproducción.

El límite de copia privada se creó por razones de imperfección del mercado, ante la imposibilidad técnica y jurídica de controlar la copia mediante los instrumentos de reprografía mecánica; creándose como compensación el derecho de autores, editores y productores a obtener una remuneración equitativa gestionada por entidades de gestión colectiva.

Con la tecnología digital los titulares de la propiedad intelectual disponen de medios tecnológicos que les permiten controlar la copia privada, prohibiéndola por completo o autorizando un número limitado de copias a los usuarios legítimos (usuarios que accedan a la obra o prestación de forma legítima mediante la autorización del titular). Por eso se discute la conveniencia y oportunidad de eliminar el límite de copia privada respecto a las obras y prestaciones en formatos electrónicos, o bien de conservarlo obligando a los titulares a permitir un número limitado de copias privadas a favor de los usuarios legítimos.

Hasta el momento, la Comunidad Europea ha prohibido totalmente la copia privada de programas de ordenador (Directiva 91/250/CEE, de 14 de mayo de 1991; cfr. art. 99 a) TRLPI) y de bases de datos electrónicas (Directiva 96/9/CE, de 11 de marzo de 1996; cfr. arts. 34 y 135 TRLPI), seguramente para frenar la creciente piratería de estos productos y potenciar el crecimiento de la industria del tratamiento de la información. Pero parece evidente que esas prohibiciones tendrían poca o nula efectividad sin medidas tecnológicas que controlen el acceso a esas obras e impidan o restrinjan la copia privada.

Por eso, finalmente, el artículo 6.4 de la Directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información, de 22 de mayo de 2001 (DDASI), dispone que los Estados miem-

bros podrán permitir la copia privada de obras y prestaciones en formatos digitales teniendo en cuenta la incorporación o no por parte de los titulares de medidas tecnológicas de control del copiado. Y añade que, en todo caso, no serán efectivas las excepciones tradicionales a los derechos exclusivos, y en concreto, la excepción de copia privada, cuando la explotación de la obra o prestación tenga lugar mediante una puesta a disposición del público a la carta por medios telemáticos regulada por contrato (licencia de uso).

De esta forma, aunque no se dice expresamente, el legislador comunitario presupone una vinculación entre el ejercicio del límite de copia privada y la implementación o no de medidas tecnológicas de control del copiado por parte de los titulares de derechos que explotan la obra o prestación en el mercado.

Habrá que estar por tanto a lo que establezcan las partes en el contrato de licencia. Que realmente es un contrato de adhesión, cuyas condiciones son fijadas unilateralmente por el titular de la propiedad intelectual. De manera, pues, que se deja la prohibición o libertad de copia privada a la voluntad del titular de la propiedad intelectual, entendiéndose que quedará prohibida la copia si se establecen medidas anticopia o de control de copia, autorizando únicamente el acceso mediante la celebración del correspondiente contrato; y que la copia será libre si el titular no establece restricciones técnicas al acceso y copia privada de los contenidos de un determinado sitio web.

Esta es la solución que se prevé introducir en el ordenamiento español si atendemos a lo dispuesto en el art. 64º BALR que introduciría un nuevo art. 173 en el TRLPI donde se aborda la relación entre el ejercicio de las excepciones legales y la utilización de medidas tecnológicas, viniendo a decir que si los titulares de derechos incorpora medidas anticopia quedará sin efecto la excepción de copia privada y, en consecuencia, con ello, la remuneración equitativa o compensatoria.

En definitiva, el titular de la propiedad intelectual tendrá derecho a realizar, prohibir o autorizar por medio del derecho exclusivo de reproducción en el entorno digital:

- a) La digitalización de una obra o prestación anteriormente en cualquier formato analógico.
- b) La incorporación de la copia digital de la obra o prestación a un formato o ejemplar electrónico.
- c) La incorporación, carga o almacenamiento de la copia digital de la obra o prestación a la memoria interna de un ordenador.
- d) La incorporación de una obra o prestación a una base de datos electrónica.
- e) La reproducción provisional de una copia digital de la obra o prestación en la memoria RAM del ordenador de un usuario para su percepción y disfrute mientras dure la conexión en línea.
- f) La descarga o reproducción permanente de una copia digital de la obra o prestación en el disco duro del ordenador de un usuario o en un soporte externo (CD, disquete) para su percepción y disfrute en cualquier momento por el usuario.

Los actos de digitalización, carga o almacenamiento e incorporación a base de datos electrónicas requieren una licencia de explotación (o contrato de edición) que será concedida al editor o productor correspondiente para que proceda a la maquetación, producción y comercialización de la publicación electrónica.

La autorización de las reproducciones provisionales o permanentes necesarias para la percepción y utilización de la obra o prestación por los usuarios finales tendrá lugar

mediante una licencia de uso que constituye realmente una cesión parcial del derecho de reproducción para mero o simple uso; licencia de uso que se concertará normalmente entre el editor o productor que hubiera adquirido las facultades de explotación de la obra o prestación y cada usuario final interesado en hacerse con una copia digital de la obra o prestación.

## EL DERECHO DE DISTRIBUCIÓN

Cuando la obra o prestación digitalizada se plasme o incorpore a un ejemplar electrónico, su puesta a disposición del público tendrá lugar por los medios tradicionales de distribución de ejemplares (venta, alquiler, préstamo), produciéndose el agotamiento del derecho a controlar la distribución con la primera venta u otra forma de transmisión de la propiedad del ejemplar en el territorio de la Unión Europea (art. 19 TRLPI). Esto es, producida la venta de un ejemplar que contenga una copia de la obra o prestación, el titular de la propiedad intelectual no podrá controlar el precio y otras condiciones de las reventas sucesivas del mismo ejemplar, facilitándose así la libre circulación de mercancías en el mercado común europeo.

Sin embargo, con la comercialización de programas de ordenador y bases de datos electrónicas ha surgido una nueva fórmula de comercialización que consiste en la concesión de licencias de uso sobre la copia digital incorporada al ejemplar electrónico. Se vende o se transmite por otro medio la propiedad del ejemplar, pero sólo se concede una licencia de uso sobre la copia incorporada al mismo, lo cual no agota el derecho de distribución (sólo se agota con la venta u otra transferencia de la propiedad) y permite al titular, por tanto, controlar la explotación de la misma en todo momento.

Estas licencias de uso se articulan en la práctica mediante las denominadas licencias shrink wrap o paquetizadas, que consisten en entender prestado el consentimiento del usuario a la licencia (que no venta) por un acto concluyente como es romper el precinto del paquete donde se incluye el disco, disquete, etc. con una copia del programa o base de datos y con las condiciones generales del contrato de licencia. Aunque las legislaciones no suelen contemplar esta nueva fórmula, la misma se admite de forma generalizada en la práctica, amparándose en el principio general de la autonomía de la voluntad o libertad contractual que permite a los sujetos privados pactar cuanto estimen conveniente en el contrato siempre que no afecte al orden público, a la moral o a las costumbres. Su fundamento está, nuevamente, en la necesidad de reproducir el programa o la base de datos para su percepción y utilización, aprovechándose de ello el titular de la propiedad intelectual para ceder el derecho de reproducción a cada usuario con fines exclusivamente de mero uso privado, impidiendo así la cesión ulterior de ese uso a un tercero sin su consentimiento y controlando también la copia privada.

Esta fórmula, generalizada como decimos en sector del software y bases de datos, y reconocida ampliamente en la práctica, es susceptible de generalizarse para todo tipo de publicaciones electrónicas, esto es, para todo tipo de obras y prestaciones plasmadas en ejemplares electrónicos, con especial intensidad sin duda en el campo de las obras multimedia. Eso sí, debidamente acompañadas de mecanismos que impidan o restrinjan la copia privada.

Es por eso que las licencias de uso acabarán por dejar sin aplicación otras modalidades de distribución como son el alquiler y el préstamo público, ya que la facilidad de

copia y transmisión hace que estas modalidades se conviertan en un peligro potencial para los intereses de los titulares de la propiedad intelectual. No obstante, el problema del préstamo público debe ponerse en relación con la excepción de préstamo libre contenida en el art. 37 TRLPI, cuya adaptación al nuevo entorno digital resulta muy polémica y problemática, como veremos en el último punto de este trabajo.

## EL DERECHO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA: LA MODALIDAD DE PUESTA A DISPOSICIÓN EN LÍNEA A LA CARTA

El derecho de comunicación pública (art. 20 TRLPI) cobra una especial relevancia en el entorno digital en línea. Después de muchas discusiones sobre el carácter que se debía atribuir a los actos de explotación en línea mediante transmisiones telemáticas de obras y prestaciones digitalizadas, las instancias legislativas internacionales han optado por considerar la transmisión en línea como un acto o modalidad más de comunicación al público, frente a otras posturas que abogaban por una modificación del derecho de distribución para permitir distribuciones inmateriales, es decir, sin ejemplares.

Los Tratados OMPI de 1996 optaron por conservar la distinción entre distribución y comunicación pública, basada en la explotación material de la primera y la explotación inmaterial de la segunda, y crearon dentro del derecho exclusivo de comunicación al público un nuevo derecho o facultad de poner a disposición del público obras y prestaciones conexas, ya sea por medios alámbricos o inalámbricos, de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellas desde el lugar y en momento que cada uno de ellos elija (cfr., a la carta; art. 8 TODA y arts. 10 y 14 TOIEF).

En la misma línea, el artículo 3 de la Directiva comunitaria sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información dispone que los Estados miembros establecerán a favor de los autores y titulares de derechos conexos el derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras y prestaciones, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.

Se conciben así las transmisiones en línea a la carta como una nueva modalidad de comunicación al público, lo cual constituye de hecho una modificación de los caracteres principales de este derecho, por cuanto:

- a) Frente a las modalidades tradicionales de comunicación al público (representación escénica, exhibición, radiodifusión, etc.), donde la comunicación tiene lugar de forma simultánea mediante un solo acto a una pluralidad indeterminada de personas que pueden estar en un mismo local o en sitios muy diferentes (comunicación punto a multipunto), la transmisión en línea consiste en actos de comunicación a distancia punto a punto que no tienen lugar de forma simultánea, sino sucesiva, ya que cada miembro del público puede acceder al sitio origen de la transmisión desde el lugar que elija y en el momento que lo desee.
- b) Se amplía el concepto de público, pues ya no se exige el acceso simultáneo, bastando con la simple posibilidad de que un conjunto indeterminado de personas tengan la posibilidad de acceder a un sitio web o similar y recibir una transmisión o comunicación de una obra o prestación; se trata así de un público potencial.

Así lo ha considerado también el Borrador de Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual para la incorporación al ordenamiento español de la DDASI, cuyo art. 3º prevé la modificación del art. 20 TRLPI para añadir un nuevo apartado i) en el que se incluya como modalidad de comunicación al público los actos de puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.

En consecuencia, los actos de transmisión en línea de una obra o prestación digitalizada a través de redes telemáticas como Internet, podrán ser realizados, prohibidos o autorizados por los titulares de la propiedad intelectual, al ser considerados actos de comunicación al público. También quedarán bajo el control de los titulares de la propiedad intelectual, los actos de transmisión en línea que tengan lugar en redes cerradas de comunicación (Intranets), ya que no son actos de comunicación en un ámbito puramente doméstico.

De modo que los servicios en línea de información o las publicaciones electrónicas en línea, etc. necesitarán contar con la expresa autorización del titular de la propiedad intelectual, que consistirá en la cesión del derecho de comunicación al público en la modalidad de transmisión en línea, junto con el derecho de reproducción para la inclusión, carga o almacenamiento de la obra o prestación en la memoria interna de un ordenador servidor (desde donde se presta el servicio de transmisión), así como el derecho de reproducción para permitir al titular del servicio de transmisión autorizar a los usuarios la realización de reproducciones provisionales (memoria RAM) para la percepción y utilización en pantalla de la copia digital de la obra o prestación, o la realización de reproducciones permanentes en el disco duro del ordenador receptor o en un soporte externo de grabación (disquete, CD).

Autorizaciones éstas que -como vimos- se articulan mediante licencias de uso que consisten realmente en cesiones del derecho de reproducción para mero uso. Y autorizaciones que pueden tener lugar mediante contratos de licencia en línea, conocidas en el entorno digital en línea como licencias web wrap, clic wrap o clic mouse y que se perfeccionan con la prestación del consentimiento por el usuario aceptando las condiciones generales impuestas por el titular del servicio mediante la pulsación del botón de aceptación en la pantalla de su ordenador o equipo informático. O bien pueden darse unilateralmente por el titular del servicio, de forma expresa, haciendo constar la posibilidad de acceder al sitio en línea y reproducir provisional o permanentemente la información contenida en el mismo, o de forma tácita, cuando no se implementan mecanismos de control de acceso ni de control de copia, resultando el acceso y reproducción libres en cuanto consentidos mediante una licencia implícita de uso, eso sí, siempre que el uso se limite al terreno privado y no se haga una explotación económica de esos contenidos.

La puesta a disposición de una obra o prestación electrónica a la carta por medios telemáticos no constituye un acto de distribución de un producto, sino un acto de comunicación al público que se configura como la prestación de un servicio. Un servicio de transmisión que lleva consigo un resultado cierto, como es el de permitir o autorizar la reproducción de la obra o prestación de forma provisional y/o permanente para permitir su percepción y utilización temporal o duradera. Al no tratarse de una distribución, puesto que no hay ejemplares, no se produce el agotamiento, pues en puridad no hay un acto de venta de un producto, sino la prestación de un servicio con un resultado cierto. Así cada acto de transmisión en línea es un servicio que requiere el consentimiento

to expreso del titular de la propiedad intelectual. De tal forma, el destinatario de una obra o prestación transmitida en línea, no está comprando una copia digital de esa obra o prestación, sino que resulta autorizado a reproducirla provisional o permanentemente como consecuencia del servicio de transmisión concertado. En consecuencia, el destinatario no podrá por su parte realizar una nueva transmisión de la misma sin contar con el consentimiento expreso del titular de la propiedad intelectual (en este caso, el titular del servicio, editor o productor, autorizado a su vez por el autor o sus derechohabientes o por los titulares del derecho conexo).

En clara correspondencia con la calificación de los actos de transmisión en línea de publicaciones electrónicas como actos de comunicación al público y no como actos de distribución, se encuentra la imposibilidad de hacer efectivo en el entorno digital en línea el límite o excepción a favor de bibliotecas, archivos, museos y centros públicos similares para realizar préstamos públicos de las obras o prestaciones mediante transmisiones en línea (ex art. 37 TRLPI). Es decir, las denominadas bibliotecas o mediatecas virtuales no podrán realizar préstamos en línea de sus fondos digitalizados sin contar con el consentimiento expreso de los titulares de la propiedad intelectual. El límite al derecho de distribución en su modalidad de préstamo ya no será operativo.

El razonamiento es muy sencillo. Si los actos de transmisión en línea no son actos de distribución, sino de comunicación al público, no podrá hablarse ya de préstamo en línea, sino de transmisión en línea gratuita por parte de los centros públicos a sus usuarios que al quedar fuera del límite al derecho de distribución tendrán que ser autorizadas por los titulares de la propiedad intelectual. Defender lo contrario, alegando una interpretación extensiva del límite a favor de bibliotecas, adaptándolo a las llamadas bibliotecas virtuales, supondría un atentado contra la explotación normal de obras y prestaciones en la Red por parte de sus legítimos titulares y, en consecuencia, significaría un claro comportamiento de competencia desleal amparado en una excepción legal, violando la denominada prueba de las tres fases (art. 40 bis TRLPI), que constituye un límite a la aplicación de las excepciones legales cuando las mismas impidan la explotación normal de la obra o prestación y perjudiquen injustificadamente los legítimos intereses de los titulares de la propiedad intelectual.

A estos efectos -como se expondrá posteriormente con mayor detalle- el art. 5.3 c) DDASI sólo permite a los Estados miembros de la Unión Europea incluir en sus ordenamientos una excepción al derecho de reproducción y de comunicación al público que permita a las bibliotecas y otros centros similares la digitalización (reproducción) de obras y prestaciones con fines de investigación y su puesta a disposición dentro del establecimiento donde se sitúe la biblioteca, archivo, etc. Esto es una consulta en el sitio (on site) con fines de investigación. El art. 13º BALR prevé la modificación del art. 37 TRLPI para incluir un apartado c) permitiendo esas actividades sin necesidad de contar con la autorización de los titulares de la propiedad intelectual.

## EL DERECHO DE TRANSFORMACIÓN

La multimedia y la interactividad hombre-máquina, que constituyen uno de los rasgos característicos de la tecnología digital y de la sociedad de la información, favorecen la creación y producción de nuevos contenidos mucho más versátiles y dinámicos que se convierten en objeto preferente del comercio electrónico directo. Pero también pueden poner en peligro seriamente la integridad de obras e interpretaciones preexistentes

(estuvieran plasmadas en formato analógico o digital) así como la correcta identificación de las mismas y de sus titulares.

Como indicamos anteriormente, estos factores ponen de relieve la trascendencia en el entorno digital de determinadas facultades morales de autores e intérpretes, pero también la importancia creciente del derecho de transformación (art. 21 TRLPI), que en la práctica (al constituir siempre la transformación una alteración de la obra original) puede considerarse un trasunto patrimonial del derecho moral de integridad (arts. 14.4º y 113 TRLPI). Aspectos ambos lamentablemente olvidados en el proceso de adaptación del sistema de la propiedad intelectual o de construcción del copyright digital en la sociedad de la información.

El derecho exclusivo de transformación consiste en la facultad del titular o derechohabiente de autorizar o prohibir la adaptación o cualquier otra modificación de la obra en su forma de la que derive una obra diferente (art. 21 TRLPI). Por lo tanto, este derecho y las facultades morales reconocidas legalmente servirán para prohibir y perseguir cualesquiera modificaciones, alteraciones o mutilaciones de la obra realizadas sin el consentimiento del titular o derechohabiente. Algo que con la conectividad que permiten las autopistas de la información puede convertirse en un serio problema si se parte de la accesibilidad de cualquier usuario medio a los mecanismos necesarios para interactuar con la información y transformarla a su antojo para luego ponerla a disposición de los usuarios de la Red de forma indiscriminada.

Ahora bien, el derecho de transformación, en cuanto derecho patrimonial y, por tanto, esencialmente transmisible, servirá a su titular para autorizar cualquier adaptación, alteración o modificación de su obra para dar lugar a otra obra (obra derivada o compuesta, arts. 9 y 11 TRLPI). En este sentido, la íntima relación que existe entre este derecho y la facultad moral de respeto a la integridad de la obra (art. 14. 4 TRLPI) no puede dejar al cesionario del derecho de transformación al arbitrio o capricho del cedente, autor de la obra original, cuando las modificaciones practicadas en su obra no resulten de su agrado, salvo en supuestos especialmente graves en que la adaptación resulte objetivamente lesiva para la obra y para los legítimos intereses del autor. Esta precisión resulta decisiva para abordar el principal problema ligado al derecho de transformación en el nuevo entorno tecnológico: la elaboración de productos multimedia.

Las obras o productos multimedia constituyen parte importante de los contenidos de la sociedad de la información pues contienen un valor añadido sobre el resto de obras y prestaciones digitalizadas, ya que permiten el uso y disfrute interactivo de contenidos diferentes integrados entre sí y, por tanto, de informaciones más elaboradas y completas sobre temas concretos o sobre un amplio abanico de materias. Se hace preciso, desde una perspectiva político-jurídica, impulsar la creación intelectual y la inversión empresarial en la elaboración y producción de estos contenidos para el mejor y más eficiente desarrollo de la sociedad de la información. Y para eso debe partirse de un régimen jurídico claro que remueva los posibles obstáculos para la consecución de ese objetivo.

Las obras multimedia, cuando puedan considerarse creaciones originales por la selección y disposición de sus contenidos (por analogía con las colecciones o bases de datos, ex art. 12.1 TRLPI), constituyen obras compuestas o derivadas construidas a partir de obras o fragmentos de obras preexistentes que, para su incorporación, necesitarán en todo caso la debida autorización de los titulares o derechohabientes.

Autorización que se expresará mediante la oportuna cesión del derecho de transformación (art. 21.1 TRLPI) y también mediante la autorización de la explotación de los resultados obtenidos por la transformación en cualquier forma y, en especial, mediante su reproducción, distribución, comunicación pública o nueva transformación (art. 21.2 TRLPI).

La transformación tendrá que ajustarse a las condiciones establecidas en el contrato de licencia, pues de lo contrario podrían generarse importantes problemas con las facultades morales (inalienables e irrenunciables) de los autores o intérpretes de las obras o interpretaciones preexistentes para exigir el respeto a la integridad de la obra o interpretación. Para el caso de que la transformación se ajuste razonablemente al resultado pactado en el contrato y aún así el autor o intérprete hiciera valer sus facultades morales por no estar de acuerdo con el resultado final, habrá que tener presente el límite genérico al ejercicio de derechos subjetivos que suponen la buena fe y el abuso de derecho (art. 7 CC).

En relación con lo expuesto, sin duda el principal problema con que se encuentran los productos de bases de datos y obras multimedia reside en la gestión de licencias sobre obras y prestaciones preexistentes. Ya sea por el elevado número de licencias a gestionar, ya por la dificultad en localizar a los titulares o derechohabientes (por ejemplo herederos), ya por la negativa de determinados titulares o derechohabientes a incorporar sus obras o prestaciones a productos multimedia. Es por eso que hasta el momento la mayoría de bases de datos y productos multimedia se elaboran con contenidos cuya protección ha caducado y se encuentran en el dominio público a disposición de cualquiera que quiera utilizarlos. Pero una sociedad de la información con contenidos de calidad requiere la incorporación de contenidos actuales y es por eso que uno de los principales debates de política-jurídica en esta materia se sitúa precisamente en la necesidad de elaborar mecanismos de gestión colectiva de licencias, a través de sistemas de ventanilla única, que agilicen la tramitación y concesión de licencias de explotación de contenidos. En este sentido, es preciso también advertir que en un mundo de contenidos digitales la identificación de las obras y prestaciones, de sus titulares y, en su caso, de las condiciones de licencia puede agilizarse considerablemente recurriendo a las posibilidades ofrecidas por la tecnología digital para incorporar toda esa información a cada copia digital de una obra o prestación. Sistemas de información para la gestión de derechos que han sido contemplados junto a las medidas tecnológicas de protección en los Tratados OMPI de 1996 y también en la Directiva comunitaria de 2001.

Por lo que respecta a las transformaciones o alteraciones que tengan lugar en el ámbito privado o doméstico, no podrá hacerse valer el derecho de transformación en tanto en cuanto éste está pensado únicamente para los actos de explotación de la obra, lo que requiere su puesta a disposición del público. Ahora bien, si la alteración realizada en el ámbito privado se pone a disposición del público mediante actos de comunicación al público, como pueden ser transmisiones en línea a partir de su inserción en una página web o similar, sí que podrá invocarse una lesión del derecho de transformación, al hacerse una explotación pública (aun gratuita) de la obra transformada sin el consentimiento del titular para realizar esa transformación.

En estos casos podría alegarse también una infracción del derecho moral a la integridad de la obra. Realmente, el derecho de transformación no deja de ser la manifestación patrimonial de la facultad moral o personalísima de exigir el respeto a la integridad de la obra.

Sin embargo los actos de transformación o alteración o modificación de la obra y la puesta a disposición del público de la obra transformada podrían justificarse posiblemente cuando se realicen con fines de parodia, caricatura o pastiche, siempre y cuando esa transformación no implique riesgo de confusión con la obra transformada ni infiera un daño a la obra original o a su autor, en aquellos ordenamientos donde se contemple la excepción legal correspondiente (cfr. art. 39 TRLPI).

## **LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN Y DE SISTEMAS DE INFORMACIÓN PARA LA GESTIÓN DE DERECHOS**

Como se ha dicho ya, uno de los rasgos más relevantes de la incidencia de la tecnología digital en la protección de las obras y prestaciones estriba en la posibilidad de implementar medidas tecnológicas de protección, como sistemas de control de acceso, medidas anticopia, huellas digitales o marcas de agua, y sistemas de identificación digital de las obras y prestaciones en formato electrónico, que servirán para identificar la obra y a los titulares de la propiedad intelectual, para facilitar la gestión de licencias y para detectar posibles usos ilícitos de las mismas.

Las medidas tecnológicas van a condicionar el ejercicio de los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública y transformación en el entorno digital, permitiendo un control de la obra o prestación en el ámbito privado y, en consecuencia, la comercialización de las mismas directamente entre el público mediante licencias de uso (cesiones del derecho de reproducción para uso), facilitando el control de la copia privada y permitiendo un seguimiento de usos ilícitos de las obras y prestaciones tanto en el ámbito privado como en el ámbito comercial o de explotación (por ejemplo, impidiendo la alteración de las obras en formatos digitales o, en su caso, detectando posibles alteraciones no autorizadas y puestas a disposición del público).

Por su parte, los sistemas de identificación permitirán una mejor gestión de la concesión de licencias de uso entre el público y la concesión de licencias de explotación a terceros interesados en la edición de una obra o prestación o en la inserción de esa obra o prestación junto con otras en una obra multimedia o en una base de datos electrónica. No se puede desconocer a estos efectos que uno de los principales problemas de la creación de productos multimedia consiste precisamente en la dificultad de localizar a cada uno de los titulares de derechos de propiedad intelectual sobre las obras que se quieren incorporar a la multimedia y la gestión de las oportunas licencias por las que se cedan los derechos de reproducción, transformación y comunicación pública para la posterior explotación de la obra resultante (multimedia o base de datos).

Surge así un nuevo sector económico, los fabricantes y prestadores de servicios de medidas tecnológicas y de identificación, a los que recurrirán creadores, editores y productores para garantizar la protección e identificación de sus obras y prestaciones con vistas a su explotación en el entorno digital, celebrando los oportunos contratos de cesión o licencia de uso de tales mecanismos para una obra o prestación concreta o para el conjunto de las obras o prestaciones de un autor, editor o productor.

Atendida la importancia de estos sistemas de protección e identificación en el nuevo entorno tecnológico, no puede desconocerse tampoco la habitualidad con que esas medi-

das o sistemas son salvados o «crakeados» por piratas informáticos especializados para poner posteriormente la obra a disposición del público libre de la protección y los signos de identificación implementados por los legítimos titulares de la propiedad intelectual, lo cual favorece la falsificación y la piratería a lo largo y ancho de La Red, con el consecuente perjuicio para la normal explotación en línea de la obra o prestación por parte de los legítimos titulares de la propiedad intelectual.

Por eso, una de las prioridades de las instancias legislativas internacionales ha sido precisamente la de establecer una protección de nuevo cuño dentro del sistema de la propiedad intelectual contra los actos de elusión de las medidas tecnológicas de control y de los sistemas de identificación digital de las obras y prestaciones en formato digital.

Los artículos 11 y 12 del Tratado OMPI sobre derechos de autor (TODA) y 18 y 19 del Tratado OMPI sobre intérpretes, ejecutantes y fonogramas imponen a los Estados firmantes la obligación de incorporar en sus ordenamientos una protección específica para las medidas tecnológicas y para los sistemas o códigos de información para la gestión de derechos de propiedad intelectual. Medidas éstas que han sido incorporadas ya a la legislación USA por medio de la DMCA. Y también en el ordenamiento jurídico comunitario, en los artículos 6 y 7 de la Directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información. Los respectivos ordenamientos nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea tendrán que adaptar sus ordenamientos para incorporar esta nueva protección de medidas tecnológicas de protección y sistemas de identificación o información para la gestión de derechos.

Cada Estado debe establecer una protección jurídica adecuada, de índole civil y en su caso también penal, contra la elusión de medidas tecnológicas efectivas utilizadas por los titulares de derechos de autor y de derechos afines para restringir actos no autorizados expresamente por ellos. Entendiendo por medida de protección, en términos muy amplios, la aplicación de mecanismos de control de acceso (encriptación, password...), de mecanismos que impidan la manipulación digital o cualquier transformación de una obra o prestación (codificación, aleatorización...), o de mecanismos de control del copiado (mecanismos anticopia o que permiten un número determinado de copias). En concreto, se trata de prohibir y, en su caso, perseguir y sancionar, actos de elusión de medidas de protección (control de acceso, mecanismos anticopia, etc.), cometidos a sabiendas por una persona, que la permitan realizar un acto de explotación o simple uso de la obra o prestación prohibido por el titular de la propiedad intelectual y no autorizado por la Ley como límite o excepción a los derechos exclusivos. Y también se trata de prohibir, perseguir y sancionar la fabricación, importación, distribución por cualquier medio o forma, publicidad para la distribución o la simple posesión con fines comerciales de cualquier dispositivo, producto o componente, así como la prestación de servicios que sirvan para eludir la protección conferida a obras y prestaciones digitales por mecanismos o medidas tecnológicas adecuadas y eficaces. Con lo cual puede decirse que la vulneración de medidas tecnológicas de protección va a constituir un nuevo tipo de infracción de derechos de propiedad intelectual, se haga con fines lucrativos o con fines de mero uso privado, siempre que no estén autorizadas por los titulares de derechos o excepcionalmente por la Ley.

También debe establecerse en cada ordenamiento nacional una protección adecuada y eficaz contra cualquier persona que, con conocimiento de causa, suprima o altere toda información (sobre la obra o prestación, su titular o titulares, códigos de identificación estandarizados, condiciones de licencia, etc.) que sirva para la gestión electrónica de dere-

chos, o bien distribuya, importe para su distribución, emita por radiodifusión, transmita en línea o ponga a disposición del público en general por cualquier medio obras o prestaciones en las que se haya suprimido o alterado sin autorización la información para la gestión de derechos, sabiendo o teniendo motivos razonables para saber que al hacerlo inducen, permiten, facilitan o encubren una violación de los derechos de autor o de los derechos afines.

Sin duda, la protección de estas medidas tecnológicas y sistemas de información constituye el último eslabón en la protección de los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital, sirviendo así como refuerzo a la protección de los derechos exclusivos y a las condiciones fijadas contractualmente. Y sirviendo en definitiva a otorgar seguridad jurídica suficiente a los nuevos sistemas de gestión de derechos de propiedad intelectual en el entorno tecnológico digital.

En el ordenamiento jurídico español se prevé la incorporación de normativa para proteger las medidas tecnológicas y los sistemas de identificación para la gestión de derechos en la futura reforma del TRLPI. Así el art. 62º BALR prevé la introducción en el TRLPI de un nuevo Título VI dentro del Libro III, que incluirá los arts. 172 a 175, donde se establece la protección jurídica de las medidas tecnológicas y de los sistemas de identificación y también la relación entre las medidas tecnológicas y las excepciones legales a los derechos de propiedad intelectual.

Da la sensación de que esta protección específica de medidas tecnológicas y mecanismos de información vendría a consagrar un nuevo derecho exclusivo para los titulares y derechohabientes que las hubieran incorporado a sus obras y prestaciones digitalizadas. El derecho a prohibir o autorizar la elusión o alteración de esas medidas de protección y sistemas de información, cuya vulneración habilitaría -como sucede con los derechos morales y patrimoniales- para el ejercicio de las acciones -civiles y penales- en defensa de los derechos de propiedad intelectual (*cf.* arts. 138-143 TRLPI). Y ello al margen de que de esa elusión o alteración se deriven o no -por parte de quien la realice- actos ilícitos de explotación de la obra o prestación protegida. Y es que de la redacción otorgada por el legislador comunitario a los actos elusivos de medidas tecnológicas (arts. 6.1 y 2 DDASI), se desprende claramente que el acto ilícito se asocia al simple hecho de vulnerar las medidas tecnológicas o de fabricar o distribuir los dispositivos (contramedidas) para eludirlas, independientemente de si posteriormente se producen o no actos de utilización o explotación de las obras o prestaciones protegidas por las medidas ya eludidas (*cf.* difundir la obra sin la protección tecnológica). En el caso de la información para la gestión de derechos se piensa más en la difusión de obras y prestaciones en las que se haya suprimido o alterado la información electrónica (art. 7.1 b. DDASI), pero se considera ilícita sin más, también, la simple supresión o alteración de esa información al margen de cualquier consideración sobre su finalidad (art. 7.1 a. DDASI).

La vulneración o alteración de medidas tecnológicas o información para la gestión de derechos constituirá, por tanto, en el futuro *copyright digital* un acto ilícito que, según los casos, tendrá naturaleza civil o penal. En este sentido, podría entenderse que cuando la vulneración de medidas o la supresión o alteración de información persiga solamente fines de estricta utilización privada la represión debería tener exclusivamente carácter civil (arts. 138-141), mientras que si el comportamiento ilícito consiste en la vulneración o alteración para difundir libremente la obra o prestación (piénsese en las actividades habituales de los *crackers*), o bien en la fabricación, distribución, venta o alquiler de dispositivos para eludir

medidas y suprimir o alterar información, la represión más lógica sería la penal -máxime si esos comportamientos responden a fines lucrativos o comerciales- atendiendo al grave perjuicio causado a los legítimos intereses de los titulares de la propiedad intelectual (arts. 143 TRLPI y arts. 270-272 CP).

La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, otorga una nueva redacción al art. 270.3 CP disponiendo que será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y de multa de doce a veinticuatro meses quien fabrique, importe, ponga en circulación o tenga cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo (una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio).

Como podrá apreciarse el Código Penal no discrimina comportamientos elusivos de las medidas tecnológicas. Entendemos, no obstante, que el ilícito penal deberá limitarse a los casos más graves o que más perjuicios pueden causar a los derechohabientes, como son la fabricación, distribución, difusión o tenencia (entiendo que debería limitarse a la tenencia con fines comerciales, ajustándose al tenor de la Directiva) de mecanismos de elusión de medidas de protección de obras y prestaciones protegidas. El ilícito civil quedaría circunscrito, entonces, a la tenencia de dispositivos y/o a los actos de elusión consciente de las medidas tecnológicas de protección con la simple intención de acceder y utilizar la obra o prestación por el infractor.

## **ASPECTOS CONTRACTUALES RELACIONADOS CON LA PRODUCCIÓN, EXPLOTACIÓN Y COMERCIALIZACIÓN O SIMPLE DIFUSIÓN DE CONTENIDOS PROTEGIDOS**

Uno de los principales problemas que se plantean en el nuevo entorno digital es el de la gestión de los derechos de propiedad intelectual. Gestión que tiene dos aspectos diferenciados, ambos de notable importancia. Uno es el de la concesión de licencias para la creación o producción de obras o productos multimedia y bases de datos electrónicas y para la explotación en general de contenidos por parte de editores, productores o cualesquiera empresarios que deseen desarrollar actividades relacionadas con los derechos de propiedad intelectual (por ejemplo, plataformas de comercialización de contenidos en Internet, como servicios de descarga de música, libros electrónicos, vídeo bajo demanda, etc.). El otro es el de la comercialización de las obras y prestaciones en formato electrónico directamente entre el público aprovechando las nuevas formas de explotación en línea. Finalmente aparecen nuevas fórmulas de difusión de contenidos que parten de modelos de licencia pública general o global y que no buscan la explotación económica de los contenidos sino la más amplia difusión de la información con el fin de estimular la creación en común, perfeccionando contenidos originales, y compartir los resultados en pos del progreso, la cultura, la ciencia y la investigación; me refiero a las llamadas *Creative Commons Public Licenses*.

Sin embargo, a pesar de la importancia creciente adquirida en los últimos tiempos por las nuevas fórmulas contractuales de creación, explotación y difusión-explotación, aprove-

chando las oportunidades brindadas por la tecnología, los aspectos contractuales han sido, sin duda, y a pesar de su importancia en la práctica, los grandes olvidados en el proceso de adaptación del derecho de la propiedad intelectual a la sociedad de la información. Más aún cuando una de las características de las tecnologías de la información es, precisamente, la de facilitar la contratación mediante nuevas técnicas, acercar los titulares y derechohabientes a los usuarios finales (prescindiendo de intermediarios) y permitir a los titulares extender sus facultades exclusivas al ámbito privado.

No obstante, la falta de adaptación normativa de los aspectos contractuales al nuevo entorno tecnológico y socioeconómico puede suplirse mediante la interpretación de las normas existentes y partiendo en todo caso del principio general de autonomía de la voluntad en la contratación (art. 1255 CC), que permite a los sujetos de derecho (personas físicas y jurídicas) crear nuevas fórmulas negociales y adaptar los negocios jurídicos existentes a sus necesidades específicas y a sus respectivos intereses. Surgen así nuevos tipos de negocios jurídicos como las licencias de uso que predominan en el comercio electrónico en línea y las licencias públicas generales abiertas a todos los usuarios como mecanismo jurídico para la difusión amplia de contenidos de forma gratuita en la Red.

#### LA CONTRATACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL CON FINES DE ELABORACIÓN Y PRODUCCIÓN DE CONTENIDOS Y DE EXPLOTACIÓN ECONÓMICA: LICENCIAS PARA LA CREACIÓN-PRODUCCIÓN DE OBRAS MULTIMEDIA Y BASES DE DATOS ELECTRÓNICAS; LICENCIAS DE EXPLOTACIÓN DE CONTENIDOS PREEXISTENTES

Las licencias de explotación de obras y prestaciones intelectuales son un aspecto fundamental de la producción y explotación industrial de contenidos en la sociedad de la información por parte de la industria de contenidos. Inciden sobremanera en la construcción de una sociedad de la información con contenidos de calidad y por tanto influyen también en la producción de bienes intelectuales dirigidos a su explotación masiva a través del comercio electrónico directo.

En vía de principio es preciso distinguir entre las licencias solicitadas para la creación y producción de contenidos específicos, como pueden ser las bases de datos electrónicas y las obras o producciones multimedia, y las licencias solicitadas para la explotación económico-comercial de contenidos preexistentes sin manipulación alguna más allá de su posible digitalización y almacenamiento en un equipo servidor, como pueden ser los servicios de descarga de música en línea, de libros o boletines electrónicos, de obras audiovisuales o de cualesquiera otros contenidos.

Como se apuntó en un momento anterior, la creación de bases de datos y de contenidos multimedia a partir de obras y prestaciones preexistentes requiere la autorización de los titulares de la propiedad intelectual, que se manifiesta en la forma de licencia de explotación por la que se ceden uno, varios o todos los derechos patrimoniales. Las bases de datos originales y, sobre todo, las obras multimedia constituyen obras derivadas (art. 11 TRLPI), requiriendo por tanto su creación la previa cesión del derecho de transformación (art. 21 TRLPI) sobre las obras «ensambladas», así como la cesión de las restantes facultades de explotación sobre la obra transformada integrada en la derivada.

El problema reside en la gestión de las licencias en aquellos productos formados por un número importante de obras o prestaciones preexistentes, ante la imposibilidad del

interesado de dirigirse a cada uno de los posibles titulares o derechohabientes para recabar su autorización. A ello se añaden eventuales negativas de los titulares a autorizar la inclusión de su obra o prestación junto a otra u otras en nuevos contenidos multimedia, lo cual puede suponer un importante freno para la producción de contenidos multimediales de calidad en la sociedad de la información.

La solución definitiva aún no se ha establecido positivamente, barajándose hasta el momento diferentes opciones que van desde la determinación de un régimen de licencias obligatorias (que permitiría la utilización de cualquier obra o prestación prescindiendo de la autorización de los titulares y derechohabientes a cambio de una remuneración previamente establecida, lo que equivale a sustituir el pleno control sobre las facultades de explotación por un mero derecho de remuneración) gestionadas obligatoriamente por las entidades de gestión sectoriales, hasta la institucionalización de un sistema de «ventanilla única» en el que los distintos repertorios de las entidades de gestión sectoriales se integrarían en un solo catálogo gestionado por una entidad centralizada que actuaría, bien como un simple intermediario entre los usuarios interesados en la utilización económica de las obras y prestaciones de su catálogo y los titulares y derechohabientes de las mismas (directamente o a través de sus respectivas entidades sectoriales), bien como un organismo de decisión y atribución directo, otorgando licencias de explotación a los interesados sin necesidad de consultar previamente a los titulares y derechohabientes (*one-stop-shopping*).

En el momento actual, salvo que se tenga contacto directo con los titulares de contenidos (algo factible únicamente en aquellos supuestos donde la base de datos o la multimedia piense integrarse con contenidos muy concretos), lo más coherente es ponerse en contacto con las entidades de gestión pertinentes (en función de los contenidos que se quieran incorporar a la base de datos o a la obra multimedia) para solicitar e intentar recabar las autorizaciones necesarias para su inclusión en la base de datos o en la obra multimedia.

A estos efectos algunas entidades de gestión (como por ejemplo CEDRO) han incluido ya en los contratos-tipo de gestión con sus asociados (autores y editores) la atribución a la entidad de la gestión de sus derechos para su inclusión en bases de datos electrónicas, lo que significa que los creadores-productores de bases de datos ya no tendrán que dirigirse a cada uno de los titulares de derechos, bastando con que negocien la concesión de licencias no exclusivas con las entidades de gestión.

En cualquier caso, cuando los contenidos en cuestión no se encuentren en el catálogo de la entidad de gestión o cuando el autor o editor no hayan concedido la gestión de los mismos con vistas a su inclusión en bases de datos, los interesados pueden solicitar la mediación de la entidad de gestión para la negociación con los titulares.

La negociación con las entidades de gestión adquiere así una importancia especial cuando se trata de crear bases de datos de contenidos científicos, como puede ser, a modo de ejemplo, la creación de una base de datos en línea con los contenidos de revistas científicas editadas anteriormente en formato papel. La ingente cantidad de materiales y, por lo tanto, de titulares de derechos, haría prácticamente imposible la negociación individualizada de licencias no exclusivas, por lo que la negociación con la entidad de gestión correspondiente (en este caso sería CEDRO) facilitaría enormemente la gestación de esa base de datos, máxime cuando -como decimos- es ya habitual que los titulares de derechos cedan a la entidad la facultad de gestionar la inclusión de contenidos en bases de datos electrónicas.

Por lo que se refiere a la explotación económica de contenidos propiamente dicha, es preciso advertir de antemano que son los titulares de la propiedad intelectual (derechos de autor o derechos conexos) quienes pueden decidir en último término si autorizan y cómo autorizan la reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de sus obras o prestaciones.

Cada titular de derechos de autor o de derechos afines es quien tiene la facultad de decidir la autorización de la explotación de sus creaciones o prestaciones mediante la oportuna licencia de explotación o, en su caso, contrato de edición (al que dedicamos un epígrafe específico más adelante).

Cuando un tercero se halle interesado en la explotación electrónica de obras y prestaciones que ya han sido producidas y explotadas por otra vía más tradicional (cfr., en forma de libro, revista, fonograma, videograma, etc.), el titular de derechos podrá optar por retener la gestión de sus derechos y negociar personal y directamente con los interesados (concediendo licencias de explotación exclusivas o no exclusivas o, en su caso, celebrando contratos de edición), o bien por conceder la gestión de sus derechos con mayor o menor amplitud a una entidad de gestión colectiva, para que sea ésta quien realice las autorizaciones pertinentes mediante licencias de explotación no exclusivas a petición de los interesados.

En esta línea, un titular puede impedir la explotación de sus obras o prestaciones mediante servicios de acceso y descarga a través de Internet, ya sea no concediendo las pertinentes autorizaciones que le sean solicitadas directamente, ya sea excluyendo esa utilización del contrato de gestión con la entidad colectiva correspondiente (caso que hubiera cedido la gestión de sus derechos a una entidad de ese tipo).

Cuestión distinta es que esa negativa sistemática impida la explotación de otros derechos asociados (*por ejemplo*, el de los autores o intérpretes respecto a un fonograma) o sirva para la creación de plataformas propias o compartidas de explotación en exclusiva de esos derechos. Comportamientos que podrían ser constitutivos de prácticas colusorias (art. 1 LDC), abusos de posición dominante (art. 6 LDC) o de conductas desleales (art. 7 LDC) lesivos para la libre competencia, dada la estrecha relación que se produce entre los derechos exclusivos de propiedad intelectual y la normativa reguladora de la libre competencia en el mercado.

No obstante, para resolver los problemas de concesión de licencias no exclusivas sobre obras o prestaciones no incluidas en el catálogo de la entidad de gestión (ni tampoco excluidas expresamente), para servicios globales de explotación de obras y prestaciones de una misma categoría, las entidades de gestión recurren frecuentemente a las llamadas «licencias generales», mediante las cuales la entidad exime de responsabilidad al licenciataria por posibles demandas provenientes de titulares no incluidos en el catálogo de la entidad y por tanto excluidos del ámbito de la autorización, asumiendo la entidad licenciante la posible indemnización a que pudiera ser condenado el licenciataria demandado por un titular ajeno a aquella.

## LICENCIAS DE USO PARA LA COMERCIALIZACIÓN DE PUBLICACIONES ELECTRÓNICAS

El hecho de que con los nuevos formatos electrónicos sea necesario reproducir la copia digital tangible (CD) o intangible (transmisión en línea) de una obra o prestación para poder acceder a la misma, utilizarla y disfrutarla, motivó por parte de la industria

la generación de un nuevo modelo de negocio o de explotación de los contenidos protegidos más favorables para sus intereses que los tradicionales de compraventa y alquiler de ejemplares.

Me refiero al modelo conocido como licencias de uso que se concreta, en los modelos de corte oneroso, en un sistema de *pay per use* o pagar por usar, limitándose drásticamente las facultades del usuario sobre la copia de la obra o prestación. Como se ha apuntado anteriormente, la licencia de uso consiste en la cesión por parte del titular de la propiedad intelectual al usuario final del derecho de reproducción a los únicos efectos de que pueda acceder y usar la copia digital de la obra o prestación contenida en un ejemplar electrónico (CD-ROM) o transmitida en línea por medios telemáticos sea para su disfrute temporal (reproducción en memoria RAM) o duradero (descarga en memoria interna del ordenador usuario). El usuario no adquiere así la propiedad de la copia digital de la obra o prestación, sino sólo el derecho de uso de la misma. Caso de que la copia digital aparezca incorporada a un ejemplar electrónico (CD), el usuario adquiere la propiedad sobre ese soporte (cuyo valor es insignificante al margen de la copia de la obra que incorpora), pero no la propiedad sobre la copia incorporada, de la cual sólo tiene el derecho de uso personal o privado en los términos fijados en el contrato.

De esta manera no se produce el agotamiento y el titular de la propiedad intelectual podrá controlar cualquier uso posterior que el usuario pueda hacer fuera de su ámbito estrictamente personal. De esta manera se pone un freno al riesgo de reproducciones y transmisiones en cadena propio de la generalización de las nuevas tecnologías entre todo el público. Lógicamente, estos sistemas o modelos de negocio sólo serán verdaderamente eficaces si las copias digitales comercializadas, tanto en línea como fuera de línea, cuentan con medidas tecnológicas de control y sistemas de identificación eficaces que impidan la copia privada y, en caso de violación, el seguimiento de los usos ilegítimos de tales copias.

Hasta el momento este modelo se ha generalizado para la comercialización de programas de ordenador y bases de datos electrónicas, pero en el futuro inmediato será el modelo más habitual en la comercialización de todo tipo de obras y prestaciones en formato digital, sobre todo en la comercialización en línea, donde se puede decir que constituye ya el modelo habitual a pesar de que vulgarmente se siga hablando de la venta de contenidos a través de Internet, cuando realmente se producen transmisiones en línea que permiten el uso temporal o duradero de copias digitales de obras y prestaciones, quedando impedida la difusión pública posterior de esos contenidos por parte de los usuarios legítimos.

Cuando el modelo de licencia de uso se practica sobre copias digitales de obras y prestaciones incorporadas a ejemplares electrónicos estaremos ante licencias del tipo *shrink wrap* o licencias *paquetizadas*, en las que el contrato de licencia de uso se entiende perfeccionado no por una declaración de voluntad del adquirente, sino por lo que se llama un «comportamiento concluyente» que consiste en la apertura del paquete precitando que envuelve el soporte material y que contiene un documento con los términos de la licencia. Para ello es necesario incluir advertencias en el exterior de ese paquete en el sentido de que su apertura conlleva la aceptación automática de los términos de la licencia. No obstante, cuando se ejecute la copia incorporada al soporte en el equipo informático correspondiente se reproducirán en la pantalla del mismo todos los términos de la licencia y será necesaria su aceptación para continuar con la insta-

lación. En estos casos nos encontramos ante una nueva modalidad de distribución que no implica el agotamiento del derecho, con los beneficios que eso conlleva para los titulares en lo que atañe al control de los usos posteriores de las copias de sus obras o prestaciones incorporadas a los ejemplares.

El modelo de licencia de uso se torna más habitual y, sin duda, más trascendental (pues en el ámbito fuera de línea, la mayoría de los titulares de derechos siguen optando por la fórmula de la compraventa y del alquiler) en tanto en cuanto este modelo tiende a convertirse en el sistema o esquema de contrato más típico dentro del comercio electrónico directo entre empresarios y consumidores, desplazando a la compraventa. De hecho, la relación directa entre propiedad intelectual y comercio electrónico se produce en la fase de comercialización de copias digitales de obras y prestaciones directamente a través de la Red, en los procesos de contratación a distancia por medios electrónicos que se han dado a conocer como comercio electrónico directo o en línea.

Las obras y prestaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual se erigen en el principal objeto o activo del comercio electrónico directo; constituyen el principal objeto de contratación en Internet. Aunque realmente el objeto de contratación no es la obra o prestación como tal, sino una copia digital de la misma servida directamente en línea para su uso y disfrute por el usuario solicitante. Más aún, lo que verdaderamente se contrata es la facultad de acceder y usar una copia digital concreta de una obra o prestación.

La necesidad de reproducir para acceder y utilizar la copia digitalizada de la obra o prestación sirve como disculpa técnica a los titulares para extender el campo de influencia de los derechos exclusivos al ámbito privado, permitiéndoles controlar el uso mismo que de esa copia hace el usuario, claro está con la necesaria ayuda de medidas tecnológicas de control de acceso y control del copiado. Algo que estaba vedado en el entorno analógico ante la imposibilidad material de controlar técnicamente el uso de las obras y prestaciones por los usuarios privados; actos que sin embargo causan un daño importante a los legítimos intereses económicos de los titulares, arbitrándose como compensación el sistema de remuneración equitativa.

De esta forma, en Internet, en el comercio electrónico en línea, en lugar de vender copias digitales de una obra o prestación, se presta un servicio por el que se autoriza el acceso y utilización de una copia digital de la obra o prestación durante un periodo determinado o indeterminado de tiempo, ya sea permitiendo únicamente el acceso y consulta en línea (reproducción en memoria RAM mientras dure la conexión autorizada previamente), ya sea autorizando la descarga de una o varias copias en el disco duro del equipo receptor y/o en un soporte externo (CD-R, DVD-R).

El contrato de licencia de uso tiene una causa y un objeto distinto al tradicional contrato de compraventa. En concreto, se contrata la cesión del derecho de reproducción sobre una copia concreta a efectos de uso privado temporal o duradero, encontrándonos así ante licencias de uso *click wrap* o *web clic* y usuarios legítimos o autorizados.

Estamos ante un contrato atípico (no regulado por la Ley) y *sui generis*, que nace y se desarrolla desde la perspectiva puramente contractual al amparo del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) y desde el punto de vista de la propiedad intelectual como expresión de las facultades de comunicación al público y reproducción de los titulares y derechohabientes sobre sus obras y prestaciones (arts. 18 y 20 TRLPI). En

rigor, el objeto del contrato de licencia de uso no es la obra o prestación como tal, sino los derechos de propiedad intelectual sobre una copia digital de la misma (*the license is the product*). Y la causa del contrato reside en la puesta a disposición del usuario de una copia concreta de una obra o prestación para su uso, gratuito u oneroso, por un tiempo determinado o indeterminado.

En suma, tratamos sobre la contratación electrónica de derechos de propiedad intelectual que se produce a través de un servicio en línea (un servicio de la sociedad de la información) que consiste, precisamente, en transmisiones en línea seguidas de la concesión de licencias de uso (rectius, cesión de derechos de reproducción para uso privado) temporales o duraderas, sobre una copia de la obra o prestación. La licencia de uso irá acompañada normalmente de medidas tecnológicas, estableciendo el contrato el derecho a utilizar la única copia que se pone a disposición impidiendo la copia privada o permitiendo un número limitado de copias. Si no se establecen medidas tecnológicas de control del copiado se aplicará la excepción del art. 31.2 TRLPI y el usuario podrá realizar copias para uso privado a partir de la primera copia autorizada o comercializada por la licencia de uso. Por lo demás, esa doble circunstancia de prestación de un servicio de transmisión y de licencia de uso determina la exclusión a todos los efectos de las nociones tradicionales de venta o transmisión de la propiedad y de agotamiento del derecho de distribución.

Cuando la puesta a disposición del público de contenidos se produce en plataformas de acceso abierto y gratuito (contenidos abiertos), donde los fines comerciales, de existir, son indirectos, obteniendo ingresos por la vía de la publicidad comercial, no existe una renuncia de derechos, como podría pensarse, sino que (precisamente por queda incluida la facultad de uso en el derecho exclusivo de reproducción) los titulares o derechohabientes responsables del sitio estarían autorizando implícitamente a los usuarios para reproducir sus contenidos a efectos de acceso y utilización privada (licencia implícita), encontrando plena aplicación el límite o excepción de copia privada para reproducir esos contenidos con fines de uso privado siempre y cuando a esos contenidos abiertos no se superponga una medida anticopia.

En el plano puramente contractual nos encontramos ante contratos atípicos que por ser celebrados a distancia y por medios electrónicos y estar dirigidos principalmente a los consumidores (comercio electrónico directo B2C) deberán cumplir las exigencias generales previstas por la legislación sobre comercio electrónico, principalmente en materia de información precontractual y postcontractual, así como sobre el momento y lugar de perfección del contrato.

Para finalizar, mencionar solamente que este modelo de las licencias de uso constituye un sistema nuevo de comercialización de derechos de propiedad intelectual en Internet que puede seguir esquemas individualizados (un titular o derechohabiente implementa su propio servicio de explotación en línea), plurales (varios titulares o derechohabientes juntan sus fuerzas en una filial común para explotar conjuntamente sus respectivas obras y prestaciones) o colectivos (las entidades de gestión crean plataformas de comercialización de derechos exclusivos sobre obras y prestaciones de su catálogo con la autorización de los titulares) y que, sin duda, junto con la utilización de medidas tecnológicas de control marcarán el devenir futuro (ya presente) del derecho de la propiedad intelectual en el nuevo entorno tecnológico y socioeconómico que

conocemos como sociedad del conocimiento en el que la información se convierte en objeto principal de comercio e industria.

## LICENCIAS DE USO GRATUITAS Y LICENCIAS PÚBLICAS GENERALES

Junto a los negocios jurídicos onerosos que visten jurídicamente los modelos de negocio de pago en la explotación de contenidos protegidos dentro y fuera de la Red, aparece como uno de los fenómenos más característicos de Internet, en cuanto paradigma de la nueva era de la información, sistemas o modelos de licencias dirigidas unas a permitir el acceso y uso libre y gratuito de la información por parte del público y otras más amplias cuyo objetivo es el de compartir conocimientos y estimular la creación en común así como la difusión de la cultura y la ciencia en general entre el público, permitiendo a priori y de forma unilateral a cada miembro del público, no sólo el acceso y uso a la información, sino la plena difusión de esos contenidos sea mediante técnicas de distribución de ejemplares o sea mediante comunicaciones al público, incluyendo, como no, la transmisión en línea o puesta a disposición telemática y el webcasting y también, finalmente, la transformación de la obra para crear obras derivadas a partir de la original y la inclusión en obras colectivas; ello siempre bajo la condición de no hacer un uso comercial de la obra original, de transmitir bajo el mismo régimen de licencia pública general las obras derivadas y de respetar en todo caso la autoría sobre el contenido original o primigenio.

Estos modelos de licencias de uso gratuitas, implícitas y expresas, y sobre todo de licencias públicas generales (*creative commons public licenses*) constituyen la contrapartida a los modelos de negocio en sentido estricto, es decir a las fórmulas jurídicas que sustentan la explotación económica de los contenidos digitales fuera de línea y sobre todo en línea. Las CCPL son sin duda el máximo exponente del movimiento de copyleft que surge como respuesta al tradicional copyright para promover la difusión amplia y gratuita de contenidos en la Red frente a la expansión del mercado virtual basado en un comercio electrónico de derechos de propiedad intelectual, aunque sin oponerse frontalmente al mismo. Se trata, en suma, de evitar que todos los conocimientos acaben siendo pasto del mercado y su acceso sólo sea posible previo pago, lo cual no significa una renuncia a fórmulas alternativas de explotación de los contenidos difundidos bajo fórmulas de creative commons (explotación en papel, en CD, etc.).

Naturalmente estos tipos de licencias de uso gratuitas y de licencias públicas generales al no buscar la explotación económica no constituyen servicios de la sociedad de la información (salvo que se obtengan beneficios indirectos por publicidad u otras circunstancias) y, en principio, no deben respetar las exigencias de la legislación sobre comercio electrónico sobre los contratos en línea. Sin embargo, sí que deben tener presentes los fundamentos del derecho de propiedad intelectual, pues estas licencias no suponen ni mucho menos una renuncia a tales derechos, sino que parten y se fundamentan en los mismos, realizando simplemente una amplia autorización de uso y explotación a quien lo desee siempre que se sometan a una serie de restricciones establecidas en la licencia.

Me remito a la explicación detallada que de este tipo de licencias se hará más adelante en el epígrafe relativo a los modelos de difusión y explotación de contenidos.

# PROBLEMAS JURÍDICOS DE LA EDICIÓN ELECTRÓNICA: LA ADAPTACIÓN DEL DERECHO EDITORIAL A LAS NECESIDADES DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

## INTRODUCCIÓN: SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y NEGOCIO EDITORIAL

La actividad editorial tradicional consiste en la explotación de una obra o prestación mediante su reproducción en múltiples ejemplares con vistas a su posterior distribución entre el público, con lo cual la noción básica de edición enlaza directamente con la noción de publicación (cfr. arts 4 y 58 TRLPI).

La digitalización cobra una especial relevancia en el sector editorial, aportando nuevas posibilidades creativas e industriales y una mayor calidad al proceso productivo y comercial, así como nuevas fórmulas de explotación de los productos editoriales entre el público.

Principalmente, la tecnología digital permite el desarrollo de nuevas ediciones en un único formato electrónico de obras y prestaciones de diferentes clases plasmadas anteriormente en formatos analógicos. También hace posible la agrupación en una base de datos electrónica de gran cantidad de obras y prestaciones dispersas anteriormente en formatos analógicos e, incluso, permite volcar en una sola base de datos todos los contenidos editados en formato papel (u otro formato analógico) y pertenecientes a una misma revista o línea editorial. Más aún, la tecnología digital permite aunar en un mismo formato electrónico y de manera perfectamente coordinada obras de distinta naturaleza para formar una nueva obra, producto editorial o publicación multimedia. E incluso ofrece una nueva forma de explotación inmaterial, sin necesidad de ejemplares, por medio de transmisiones en línea a la carta e individualizadas (one to one) a través de redes telemáticas.

De hecho, dentro del mundo editorial, la generalización de los formatos electrónicos, la creciente fabricación de bases de datos electrónicas recopilando contenidos dispersos o volcando los contenidos de revistas científicas o cualquier otro tipo de contenidos, el uso cada vez más intenso de las técnicas multimediales en la creación y producción, así como las nuevas formas de explotación en línea nos permiten hablar en términos generales de publicaciones electrónicas, distinguiendo al efecto entre *productos editoriales* y *servicios editoriales* en función de si la explotación tiene lugar mediante la distribución de ejemplares electrónicos de la obra o prestación o a través del suministro de contenidos mediante transmisiones en línea por redes telemáticas, independientemente del contenido real de cada producto o servicio que puede ir desde las clásicas obras literarias o científicas hasta obras musicales, audiovisuales, fotográficas, programas de ordenador, bases de datos, obras multimedia, fonogramas o grabaciones audiovisuales; permitiendo en este sentido una ampliación del propio campo de actuación de la industria editorial -que se convierte así en uno de los sectores más representativos de la llamada *industria de contenidos*- impulsada precisamente por la generalización de las técnicas de composición y producción digitales que permiten aunar en un único formato electrónico con mayor capacidad y calidad todo tipo de obras, prestaciones e informaciones en general, que antes se plasmaban en distintos formatos analógicos en función de la clase concreta de obra y/o prestación de que se tratase.

El desarrollo de los nuevos formatos, soportes y técnicas de comunicación digital frente a los formatos, soportes y comunicaciones analógicas tradicionales, así como la progresiva implementación de redes alámbricas e inalámbricas de banda ancha de comunicación digital,

y la anunciada y ya perceptible convergencia de estas autopistas de la información con medios de comunicación tradicionales como la radio y la televisión, contribuyen de forma decisiva al pleno desarrollo de la llamada sociedad de la información, donde el conocimiento vertido en los productos intelectuales, como las publicaciones electrónicas, se convierte en una de las principales prestaciones reclamadas por los ciudadanos y, en clara correspondencia con esa demanda masiva por parte del gran público, en uno de los más importantes activos industriales del comercio electrónico.

Entre otras muchas influencias industriales, la revolución tecnológica digital ha deparado un importante vuelco en la industria de la edición y del tratamiento de la información, encontrándonos actualmente, cada vez con mayor frecuencia, junto a los productos editoriales habituales incorporados a formatos analógicos (texto e imágenes impresos en papel, fonogramas y videogramas) para su distribución entre el público, con nuevos productos editoriales caracterizados por su formato electrónico y en ocasiones multimedial (combinación de texto con archivos sonoros, voz *en off* o musicales, y visuales, animados o inanimados), el hipertexto y la interactividad con el lector o usuario (*hypertext and multimedia publishing systems*), incorporados a nuevos soportes materiales electrónicos para su distribución entre el público o bien a soportes intangibles electrónicos para su explotación comercial a distancia mediante transmisiones electrónicas en línea (*on line publishing and retrieval systems*).

De hecho, cada vez son más frecuentes las llamadas empresas virtuales y, en concreto, las editoriales virtuales que única y exclusivamente producen y ofrecen publicaciones electrónicas en línea por medios telemáticos abiertos como Internet. Aunque es más habitual apreciar una conversión gradual de las editoriales tradicionales al nuevo entorno tecnológico digital produciendo y comercializando por medios electrónicos (contratación en línea), en un primer paso, publicaciones electrónicas junto a las publicaciones analógicas convencionales para su posterior distribución como mercancías por los canales tradicionales (explotación comercial *off line*), para incorporarse en una fase ulterior al nuevo mercado en línea que se está generando en Internet ofreciendo publicaciones electrónicas de todo tipo (con contenido diverso) de forma inmaterial mediante transmisiones en línea directas (explotación *on line*).

Nos encontramos hoy día, por tanto, con un acceso progresivo de la industria editorial al llamado comercio electrónico, tanto en el nivel de producción como en el de comercialización, siguiendo un modelo de negocio que empieza a imponerse en una sociedad conectada mundialmente como sería alternativa al negocio editorial y de distribución tradicional. Para poder obtener cuota de mercado en esta nueva forma de comercio, la industria editorial -al igual que el resto de sectores industriales que quieran obtener una presencia relevante en el denominado mercado digital- deben realizar un importante esfuerzo financiero y estratégico para convertirse en lo que se ha dado en llamar negocio electrónico o *e-business*, lo cual requiere, desde el punto de vista tecnológico, adoptar rápidamente las fórmulas de gestión proporcionadas por las tecnologías de la información, y desde el punto de vista jurídico, adaptarse a las nuevas fórmulas comerciales de negociación y contratación respetando con rigurosa pulcritud los derechos exclusivos de terceros que se vean implicados en los nuevos productos y formas de explotación comercial, como sucede en el caso de la industria editorial con los derechos de autor y otros derechos de propiedad intelectual (derechos conexos o afines, que pueden resultar importantes en ediciones musicales y audiovisuales y en el caso de creaciones multimedia) sobre las obras y prestaciones que deseen explotarse con las nuevas fórmulas tecnológicas. Ello lleva consigo de manera especialmente significativa *la puntual adaptación de los contratos de edición a las nuevas*

*posibilidades de explotación y la gestión racional de licencias para la creación de productos multimedia y bases de datos electrónicas*, partiendo de las soluciones normativas apuntadas ya por las instancias legislativas internacionales (Tratados OMPI 1996), supranacionales (Directiva CE de 22 de mayo de 2001) o nacionales (Digital Millenium Copyright Act USA de 1998) respecto al alcance y límites de los derechos exclusivos de propiedad intelectual.

## **EL CONTRATO DE EDICIÓN DE PUBLICACIONES ELECTRÓNICAS**

Todo contrato de edición supone la cesión por parte del autor o sus derechohabientes (o del titular del derecho afín) al editor de los derechos de reproducción y de distribución sobre la obra (o prestación) con vistas a su comercialización masiva entre el público (art. 58 TRLPI). Regla que, sin embargo, resulta insuficiente para acoger la nueva realidad editorial conformada por las ediciones electrónicas fuera de línea y en línea.

Las ediciones electrónicas exigen nuevas formas o modalidades de reproducción digital, la incorporación de la copia ya digitalizada a nuevos soportes tangibles (disquete, CD, CD-ROM, DVD, CD-I) o intangibles (memoria interna de un ordenador para la transmisión en línea de la copia digital) y la realización de reproducciones provisionales (memoria RAM) o permanentes (descarga electrónica o *download*) por los usuarios para poder percibir y utilizar la obra o prestación.

La tecnología digital permite también a la industria optar por nuevas modalidades de distribución de publicaciones electrónicas *off line* distintas de la venta tradicional de ejemplares (las licencias de uso paquetizadas o *shrink wrap*). Y, por último, en el caso de las publicaciones electrónicas *on line*, requieren la realización de actos de transmisión en línea a la carta calificados jurídicamente como una nueva modalidad de comunicación pública. Sin perjuicio, además, de la concurrencia de actos de transformación de la obra cuando se incorpore a una publicación multimedia o a una base de datos electrónica y que requieren contar con la autorización previa de los titulares de derechos afectados, sea directamente o sea a través de la intervención de una entidad de gestión.

Pues bien, cuando la negociación para la obtención de derechos de explotación con vistas a la producción de una edición electrónica se produzca directamente con el titular o titulares de los derechos de propiedad intelectual, cada uno de los actos mencionados tendrán que hacerse constar expresamente en el contrato de edición para que el editor pueda llevar a cabo una edición electrónica fuera de línea y/o en línea de la obra o prestación, sin trabas ni posibles impugnaciones del contrato posteriores por los titulares de la propiedad intelectual.

Recuérdese, no obstante, lo dicho en un momento anterior en el sentido de la conveniencia (si no necesidad) de gestionar la obtención de las licencias para incorporar una obra o prestación a una base o a una multimedia a través de las entidades de gestión correspondientes. En este caso no será preciso celebrar un contrato de edición como tal. El contrato de edición se prevé cuando la cesión de derechos de explotación se produzca por medio de una negociación bilateral y directa entre el editor y el titular o titulares de los derechos. Pero si la negociación se produce con una entidad de gestión la cesión de derechos de explotación tiene lugar de acuerdo con las formalidades y condiciones previstas de antemano por dicha entidad. Cuando el solicitante obtenga la licencia oportuna podrá proceder a la incorporación de los contenidos a la base o a la multimedia sin mayores formalidades.

Lo habitual es que sean el creador o creadores de la base de datos o de la obra multimedia quienes soliciten y en su caso obtengan las oportunas licencias de las entidades de gestión para poder crear la base o la multimedia. Y una vez terminada ésta negocien con un editor para su edición y explotación en el mercado.

No obstante, es habitual que la creación y producción de bases de datos electrónicas y obras o productos multimedia se produzca en el seno de personas jurídicas, por personal laboral cualificado, estando en estos casos habitualmente ante supuestos de obra colectiva (art. 8 TRLPI) donde la propiedad intelectual corresponderá a la persona (por ejemplo, el editor, incluso aunque sea una persona jurídica, como una sociedad, asociación o fundación o incluso una persona jurídica pública) que coordine, edite y divulgue bajo su nombre esa obra formada por aportaciones de distintas personas. Pues bien, en estos casos, para ahorrar costes de transacción lo habitual es que el editor o productor negocie con entidades de gestión a fin de conseguir las licencias oportunas para utilizar contenidos preexistentes a los efectos de crear, producir (editar) y explotar la base de datos o multimedia.

Vamos a centrarnos aquí en el contenido del contrato de edición, pensando en la edición electrónica de contenidos monográficos. La creación y producción (edición) de bases de datos y obras multimedia se registrará generalmente (salvo contacto directo con cada uno de los titulares de derechos afectados, pensando en bases de datos y obras multimedia con contenidos muy concretos) por lo expuesto anteriormente en relación con los aspectos contractuales de las licencias de explotación cuando se habló de la adaptación del derecho de propiedad intelectual al entorno digital.

*Cuando la edición electrónica planificada sea fuera de línea*, en el contrato habrá de mencionarse la cesión por parte del autor o sus derechohabientes o del titular del derecho afín al editor, del derecho de reproducción electrónica o digital de la obra o prestación a efectos de su digitalización (salvo que fuera entregada ya en formato digital) y a efectos de su incorporación a uno o varios soportes electrónicos que deberán mencionarse expresamente (cfr., disquete, CD, CD-ROM). Asimismo deberá cederse el derecho de distribución en la modalidad o modalidades previstas para la comercialización de la obra o prestación: compraventa o alquiler de ejemplares o, en su caso, licencia de uso. Conviene hacer constar siempre la modalidad para evitar equívocos posteriores, sobre todo en el caso de las licencias de uso, ya que se trata de una nueva modalidad aceptada cada vez más en la práctica pero no contemplada expresamente en la Ley. Finalmente, cuando se planee la distribución de ejemplares electrónicos mediante licencias de uso (habitual en el caso de programas de ordenador, bases de datos electrónicas y obras multimedia), conviene incluir en el contrato de edición la cesión por el autor al editor del derecho de reproducción para el uso o utilización personal de la obra o prestación, a efectos de su posterior cesión por el editor a cada uno de los usuarios (recuérdese que la licencia de uso se configura jurídicamente como la cesión limitada del derecho de reproducción a efectos de uso personal).

Cuando la edición electrónica planificada sea en línea, el contrato de edición deberá contener la cesión del derecho de reproducción en la misma forma vista en el párrafo anterior y la cesión del derecho de comunicación al público en su modalidad de transmisión en línea por redes telemáticas como Internet, a fin de permitir al editor realizar su explotación en línea. No es necesario incluir el derecho de distribución en ninguna de sus modalidades ya que no existen ejemplares a distribuir, decayendo así en este nuevo tipo de edición electrónica uno de los pilares básicos del concepto básico de contrato de edición y de publicación. Habrá que incluir expresamente también la cesión del derecho de reproducción para

procurar el uso o utilización privada de la obra o prestación, pues no se olvide que la explotación en línea se concibe como un servicio de transmisión que lleva aparejada una licencia de uso implícita (caso que no se diga nada para el acceso y copia) o explícita (caso que se obligue al usuario a celebrar un contrato de licencia en línea, del tipo *web wrap* o *mouse clic*, para poder acceder, visualizar y en su caso copiar el contenido a distancia por medios telemáticos).

Cuando se piense incorporar una obra o prestación determinada en el conjunto de una obra multimedia, junto con otras obras, prestaciones, datos o informaciones en general, el contrato de edición deberá contener la cesión del derecho de transformación de la obra de que se trate, especificando el modo en que se va a producir la misma, es decir, el modo en que se va a integrar la obra en el conjunto de la base de datos o de la obra multimedia, explicando también cual será la forma final de ésta última.

Sea cual fuere el tipo de explotación por el que se opte, conviene detallar en el contrato de edición la forma de explotación prevista. Esto es, si la distribución de ejemplares va ser gratuita u onerosa, en régimen de venta o de licencia de uso. O si la explotación en línea va a consistir en permitir el acceso y consulta (reproducción provisional en memoria RAM) y/o, en su caso, la descarga electrónica (reproducción o copia permanente en disco duro o en un soporte electrónico externo como un disquete) y si se va a hacer de forma gratuita u onerosa (a cambio de un precio).

Por último, aunque no sea necesario, no estaría de más señalar que corren de cuenta exclusiva del editor la creación o contratación del sitio web u otro sitio en línea donde se vaya a incorporar la obra o prestación digitalizada, así como la contratación o fabricación de medidas tecnológicas de protección (control de acceso, anticopia, marcas de agua) y de sistemas o códigos de información para la gestión de derechos (por ejemplo, DOI).

Pues bien, previendo la traslación del sector editorial hacia las nuevas publicaciones electrónicas en línea y fuera de línea, muchos editores están optando en la práctica por hacerse con el conjunto de los derechos de explotación de una obra o prestación, sin especificar la modalidad, para proceder después a realizar una explotación global de la obra o prestación en todos los formatos posibles, es decir, en cualquier soporte, incluyendo soportes intangibles (no físicos) para hacer accesible la obra o prestación mediante transmisión en línea a través de Internet.

Así, surgen nuevos modelos de cláusulas contractuales, que pueden sintetizarse de la siguiente manera:

1. El autor cede al editor los derechos de explotación económica de la obra, y en especial los derechos a divulgar y/o publicar, reproducir, distribuir, comunicar públicamente y transformar la misma, en cualquier medio o soporte, escrito, gráfico, fonográfico, audiovisual, informático, digital, magnético, óptico o telemático.
2. La obra podrá presentarse en formato digital o electrónico que puede ser: a) off line, en cualquier tipo de soporte físico electrónico, como disquete, CD, CD-ROM, CD-I, Minidisc, Laserdisc, o cualquier otro conocido o por conocer; b) on line, sin soporte material, a través de redes digitales telemáticas.
3. El editor queda facultado para la explotación digital o electrónica de la obra, que comprende las operaciones de digitalización, almacenamiento en base de datos, incorporación a producción multimedia, incorporación a soporte físico óptico o magnético e incorporación a sitio en línea para su transmisión telemática.

Como podrá apreciarse, no se hace referencia explícita a las modalidades específicas de los distintos derechos de explotación cedidos, lo cual atenta contra lo dispuesto en algunas legislaciones (como la española) que exigen la mención en el contrato de las modalidades de explotación previstas respecto a cada derecho cedido (art. 43.1 TRLPI). No obstante, para evitar lagunas contractuales, la propia Ley española recoge una norma de integración contractual entendiendo que si no se mencionan las modalidades de explotación cedidas por el titular de la propiedad intelectual al editor, la cesión quedará limitada a aquella o aquellas modalidades que se deduzcan necesariamente del propio contrato y que sean indispensables para cumplir la finalidad del mismo; lo cual podrá deducirse de la forma de explotación de la obra o prestación prevista en el contrato (art. 43.2 TRLPI), si es que ésta se menciona expresamente. Por ejemplo, aunque no se especifique nada, si se hace constar que se ceden los derechos patrimoniales de la obra o prestación para la explotación en línea de la misma, habrá que entender que se ceden, como mínimo, el derecho de reproducción en su modalidad de reproducción digital para la explotación económica (a efectos de la producción o edición como tal) y para mero uso (a efectos de comercialización en línea), y el derecho de comunicación al público en su modalidad de transmisión en línea.

Pero, claro está, esa integración contractual sólo tendrá sentido cuando se deduzca claramente la finalidad última de la cesión de derechos. Así, si no se menciona la intención de las partes de incluir una obra en una producción multimedia y la manera concreta en que se integrará en la misma, no parece correcto admitir como válido el contrato donde únicamente conste la cesión genérica, sin precisión alguna, del derecho de transformación.

En definitiva, a la vista del impacto económico que la explotación digital, sea off line, o sea on line, puede tener para los legítimos intereses económicos de los titulares de la propiedad intelectual y para los propios editores, para evitar equívocos es recomendable que los contratos de edición por los que el titular de la propiedad intelectual cede al editor los derechos de explotación de la obra o prestación modifiquen su contenido clásico y habitual cuando ambas partes acuerden la cesión de derechos para una edición electrónica y, en su caso, para una publicación multimedia.

Para ello deberán incluir no sólo ya la cesión amplia (en sus distintas modalidades) de los derechos de reproducción y de distribución, sino, también, en su caso, la cesión del derecho de comunicación pública y del derecho de transformación cuando sea necesario (por ejemplo, para la inclusión de la obra o una parte de la misma en una obra multimedia o en una base de datos). Y además, deberán constar expresamente las modalidades concretas de explotación dentro de cada derecho propias de los productos o publicaciones electrónicas, tales como la digitalización, la carga o reproducción electrónica (*upload*) de la obra o prestación en un soporte tangible o intangible para su explotación y la reproducción temporal (memoria RAM) o permanente (disco duro) necesaria para su simple uso, por lo que respecta -todo ello- al derecho exclusivo de reproducción; en su caso, la incorporación a una obra multimedia a una base de datos respecto al derecho de transformación; la compraventa, alquiler y licencias de uso como fórmulas de distribución de ejemplares, y la transmisión en línea a la carta, temporal (percepción en pantalla y utilización y disfrute de la obra o prestación sólo durante la conexión) o definitiva (descarga electrónica o *download* y, en su caso, copia impresa de la obra o prestación) como modalidades de comunicación pública.

A modo de ejemplo de cláusulas contractuales que reflejen de forma sintética pero precisa una cesión amplia de los derechos de explotación para la edición y comercialización de publicaciones electrónicas fuera de línea y en línea podrían servir las siguientes:

1. El autor cede al editor los derechos exclusivos de reproducción, distribución y comunicación al público con vistas a la digitalización de la obra y su incorporación posterior a ejemplares electrónicos del tipo CD-ROM u otro análogo para su distribución en el mercado en las modalidades de venta, alquiler, préstamo y licencias de uso y/o a su incorporación a la memoria interna de un ordenador servidor para su comunicación al público mediante transmisiones en línea a la carta, instrumentadas para su comercialización mediante licencias de uso.
2. El autor cede también el derecho de reproducción electrónica temporal en memoria RAM de los equipos receptores y la descarga o reproducción electrónica permanente o duradera en soportes electrónicos tangibles o intangibles, a efectos de que el cesionario pueda autorizar a los usuarios legítimos el uso temporal, duradero o permanente de una copia digitalizada de la obra mediante la correspondiente licencia.
3. El autor cede el derecho de transformación para la traducción de la obra y su incorporación a una base de datos electrónica o a una obra multimedia en las condiciones que se establezcan con el editor llegado el momento de la incorporación, mediante un anexo a este contrato.

Otra posibilidad, más exhaustiva, sería la siguiente:

- 1) El autor cede al editor, en exclusiva, todos los derechos de explotación sobre la obra (reproducción, distribución, comunicación pública y transformación).
- 2) Dentro de la cesión definida en la cláusula anterior, el editor podrá realizar o autorizar durante la vigencia de este contrato las siguientes operaciones:
  - i) La reproducción de la obra por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, comprendiendo entre ellos el formato impreso tradicional y cualquier formato digital, que incluirá todo sistema de almacenamiento y retirada de información. Se incluye expresamente en la cesión del derecho a reproducir la obra, la facultad de autorizar a terceros para la reproducción total o parcial, permanente o provisional de la obra en cualquiera de los soportes mencionados anteriormente, sea directamente desde el producto editorial, o sea a través de cualquier sistema de transmisión telemática desde un centro servidor, mediante la reproducción temporal en memoria RAM o similar para visualizar y utilizar en pantalla la obra, o bien mediante su descarga o «download» en la memoria interna del equipo receptor del usuario o en un soporte óptico o magnético externo introducido en el mismo.
  - ii) La distribución de copias físicas de la obra en soportes electrónicos magnéticos, ópticos o magneto-ópticos, como disquetes, CD, CD-ROM, DVD, CD-I o similares, a través de todos los canales de distribución, sean tradicionales (mayoristas y/o minoristas) o novedosos (como la comercialización a través de Internet), mediante su venta, alquiler, préstamo o cesión del derecho de uso, sea gratuita u onerosamente.
  - iii) La comunicación pública de la obra mediante su transmisión en línea a la carta por medios telemáticos abiertos o cerrados (Internet, Intranets), de manera que cada miembro del público pueda acceder a la misma, sin necesidad de ejemplares, desde el lugar y en el momento que libremente elija, independientemente del medio elegido, existente en la actualidad o por crear en el futuro.
  - iv) La transformación de la obra con vistas a su posible incorporación a bases de datos electrónicas, o bien con miras a su incorporación junto con otras obras, prestaciones o materiales complementarios a una obra o producción multimedia, pudiendo incorporar el editor o un tercero con su autorización, en especial, programas de ordenador, como otros elementos de naturaleza gráfica, sonora, visual o audiovisual, comprometiéndose el editor a poner en conocimiento del autor pun-

tualmente las modificaciones, alteraciones o incorporaciones de su obra a una base de datos concreta o a una obra multimedia específica, a fin de que el autor pueda ejercitar en caso de disconformidad los derechos morales que legalmente le correspondan.

- v) También se cede el derecho de transformación a fin de traducir la obra a todas y cada una de las lenguas extranjeras en las que el editor desee explotar la obra, autorizando el autor al editor para designar a su libre elección a las personas encargadas de realizar la traducción que corresponda, corriendo de su cuenta todos los gastos que de la misma puedan derivarse.

Cuanto más precisa sea la redacción de los contratos, en función de la finalidad última de los mismos (edición fuera de línea, en modalidad de venta o de licencia de uso; edición fuera de línea, inclusión en una producción multimedia en línea o fuera de línea) menos problemas se plantearán en la práctica entre titulares de derechos y editores.

Problemas que es necesario solventar de antemano para que no afecten a la normal explotación de la obra o prestación en formato electrónico y la consiguiente inversión necesaria para su producción. Piénsese por ejemplo, en un editor que no obtenga la cesión de los derechos necesarios para realizar ediciones electrónicas y vea cómo el titular de la propiedad intelectual o sus derechohabientes deciden ceder esos derechos a otro editor o bien proceder a explotar por sí mismos sus obras o prestaciones en formatos electrónicos.

Por lo que respecta al resto del contenido de los contratos de edición para la producción y comercialización de publicaciones electrónicas fuera de línea y en línea, parece que habrá que estar a la voluntad de las partes y a lo expresamente previsto en la Ley, sin perder de vista la necesidad de adaptar las disposiciones contractuales y legales del contrato de edición a las nuevas formas de edición y publicación en línea que prescinden de un elemento esencial de la edición tradicional como es la fabricación y distribución de ejemplares. En este sentido, parece que el contenido mínimo de un contrato de edición sufriría alguna modificación cuando se tratase de una edición en línea, como también deberían adaptarse las obligaciones legales impuestas al editor, mientras que en principio no deberían presentar alteraciones las obligaciones legales del autor.

Ninguna variación debería contener el contrato respecto a su formalización por escrito y sobre la necesidad de expresar en el mismo si la cesión de derechos tiene carácter exclusivo o no, su ámbito territorial y el plazo en que el autor debe entregar el original de su obra al editor. Sin embargo, al faltar ejemplares en la edición en línea, carecen de sentido las estipulaciones necesarias sobre el número máximo y mínimo de ejemplares de cada edición (lo que no impide que se pacten varias ediciones en línea, que realmente serían nuevas versiones, se entiende que corregidas y ampliadas, de la primera), sobre la forma de distribución de los ejemplares y el número de ellos reservado al autor o a la crítica y promoción de la obra, ni sobre el plazo para la puesta en circulación de los ejemplares. Estipulaciones éstas que deberán adaptarse contractualmente a las singulares características de la edición en línea, sustituyendo las referencias al número de ejemplares, forma de distribución y plazo de puesta en circulación de los mismos por una mención expresa al sitio o sitios web (u otros sitios en línea) en los que se va a poner la obra o prestación a disposición del público, la forma en que se va a proceder a la explotación de la obra (mediante licencias de uso retribuidas o accesos gratuitos), y la duración mínima o máxima de la permanencia de la obra o prestación en el sitio o el número de accesos y/o descargas mínimo o máximo convenido para mantener la obra en el sitio, a efectos de impedir al editor interrumpir la explotación en línea arbitrariamente.

De la misma manera habrán de modificarse las estipulaciones relativas a las obligaciones del editor de una publicación en línea, cuando resulte necesario por el formato intangible y la explotación inmaterial de la misma. Así, el editor deberá reproducir la obra en la forma convenida (digitalización, maquetación y carga en el servidor), sin introducir ninguna modificación que el autor no haya consentido y haciendo constar en el sitio en línea donde se ponga la obra a disposición del público el nombre, firma o signo que identifique al autor (aprovechando para ello, en su caso, los nuevos sistemas de identificación e información electrónica para la gestión de derechos), deberá también someter al autor las pruebas de tirada (más correctamente, sería hablar de puesta a disposición del público en línea) y asegurar a la obra una explotación (en línea) continua y una difusión comercial (promoción y publicidad) conforme a los usos habituales en el sector profesional de la edición.

El resto de derechos y obligaciones de las partes, así como las posibilidades de resolución y causas de extinción tendrán que interpretarse de la misma manera expuesta para el contenido mínimo y obligaciones del editor, en el sentido de adaptarlas en lo posible a una edición en línea, o bien de ignorarlas por resultar innecesarias debido a la inexistencia de ejemplares (cfr. derechos del autor en casos de venta en saldo y destrucción de la edición y control de tirada).

Especial incidencia puede tener la problemática de la remuneración en el campo de la edición de publicaciones electrónicas, ya que, a diferencia de lo que ocurría con los formatos tradicionales, la tecnología digital permite una rebaja sustancial en los costes de fabricación o producción y en los costes de comercialización (sobre todo en las explotaciones en línea donde se puede eliminar por completo a los intermediarios, comercializando la obra o prestación el editor directamente entre el público), además de un mayor control del acceso y uso de las obras y prestaciones por parte del público. Por eso, en el terreno jurídico deberá optarse normalmente por una remuneración proporcional en los ingresos de la explotación (que por lo demás se configura generalmente en la Ley como el principio general en esta materia), y en el terreno meramente económico tendrán que revisarse al alza los porcentajes pactados habitualmente entre editores y autores, beneficiando también a autores (y titulares de derechos afines) de la importante rebaja de costes mencionada y de las más amplias posibilidades de difusión conferidas por la extensión universal de las redes telemáticas como Internet, para evitar así posibles acciones judiciales de revisión de contratos.

No obstante, las reglas de la (en principio excepcional) remuneración a tanto alzado podrán seguir teniendo una importante aplicación práctica en torno a las publicaciones electrónicas cuando el objeto de la transmisión de derechos sea una obra o parte de una obra (o prestación) dirigida a incorporarse junto con otras obras o prestaciones en un producto multimedia o en una base de datos electrónica, ya sea porque tengan carácter accesorio respecto de la actividad o del objeto material a los que se destinen, ya porque la obra utilizada con otras no constituya un elemento esencial de la creación intelectual en la que se integre, o ya porque atendida la modalidad de explotación, exista dificultad grave en la determinación de los ingresos o su comprobación sea imposible o de un coste desproporcionado con la eventual retribución. En términos genéricos, podría decirse que procedería la remuneración a tanto alzado cuando la inclusión de una obra o prestación en una producción multimedia o en una base de datos electrónica fuera accesorio y no esencial respecto al conjunto de la obra o producto en el que se integra y, atendiendo a la forma de explotación (comercialización), no fuera posible su acceso y disfrute (recuperación) individualizado por parte de los usuarios con fines de conservación a cambio de un precio fija-

do de antemano por el titular de los derechos sobre el producto multimedia o sobre la base de datos (comercialización individualizada mediante reproducción temporal para visualización o audición en pantalla y/o altavoces, y descarga o reproducción electrónica permanente en el equipo informático receptor de cada usuario).

## **LA EDICIÓN ELECTRÓNICA DE OBRAS O PRESTACIONES EDITADAS ANTERIORMENTE EN FORMATOS TRADICIONALES**

Uno de los principales problemas prácticos que se plantean actualmente consiste en las numerosas iniciativas para editar en formatos electrónicos fuera de línea y/o en línea obras y prestaciones que ya habían sido editadas con anterioridad por el mismo editor en formatos tradicionales (libro, cinta de vídeo, etc.), aprovechando la cesión de derechos realizada para la edición primitiva por el autor, sus derechohabientes o titular del derecho afín y, por tanto, sin proceder a recabar una nueva cesión de derechos para la nueva edición mediante la celebración de un nuevo contrato de edición o la inclusión de un anexo en el anterior.

¿Podrá el editor de una obra o prestación preexistente publicada en formato analógico producir y explotar o autorizar a un tercero la producción y explotación de una edición electrónica en línea o fuera de línea de esa misma obra o prestación fundándose en las estipulaciones del contrato de edición vigente sin modificar para nada el mismo y sin contar con ninguna autorización adicional del autor o titular de una prestación afín? ¿o será necesario revisar las estipulaciones del contrato de edición a fin de contar con el expreso consentimiento del autor o titular del derecho afín para realizar o autorizar los actos necesarios para explotar la publicación electrónica no contemplados expresamente en el mismo?

En algunos círculos se sostiene que, con vistas a fomentar los nuevos productos y servicios editoriales en beneficio no sólo de la industria sino también del desarrollo mismo de los contenidos en la sociedad de la información, la normativa sobre cesión de derechos de explotación en un contrato de edición debe interpretarse en términos lo suficientemente amplios como para dar cabida en los mismos, sin necesidad de revisiones o actualizaciones convencionales del contenido clásico del contrato, a las nuevas formas de edición electrónica en línea y fuera de línea. Desde esta perspectiva, la cesión de los derechos de reproducción y distribución inherentes al concepto clásico de edición se extendería a todos los formatos y a todas las modalidades de reproducción y distribución necesarias para la producción y posterior comercialización en masa de la obra o prestación independientemente de su formato analógico o digital. Esto es, en virtud de un contrato de edición sobre una obra o prestación nueva o preexistente el editor estaría facultado para realizar o autorizar a un tercero las reproducciones electrónicas necesarias, primero, para la conversión digital de la obra o prestación -si no tuviera ya ese formato-, y después, para la explotación comercial de las mismas tanto mediante la producción masiva y comercialización de ejemplares electrónicos (explotación fuera de línea), como a través de transmisiones en línea telemáticas (explotación en línea), incluyendo normalmente la inclusión de la obra o prestación digitalizada a una base de datos electrónica para su explotación colectiva junto con otras obras o prestaciones de la misma clase, sin necesidad de contar con un nuevo consentimiento del autor o titular del derecho afín (consentimiento, dicen, que se entendería implícito ya en la cesión de los derechos de reproducción y distribución mediante el contrato de edición).

Sin embargo, no debería olvidarse que las ventajas económicas ligadas a las publicaciones electrónicas (reducción de costes y mayores posibilidades de difusión) no se pueden liberar de los imperativos jurídicos asociados a la protección de los derechos del autor, presente de forma notable por constituir sin duda uno de sus principales fines- en la legislación sobre propiedad intelectual. Además, no puede olvidarse que en las publicaciones electrónicas en línea varía de manera importante el contenido del contrato de edición típico, ya que la nueva actividad editorial de explotación en línea requiere necesariamente una cesión de un derecho poco o nada frecuente hasta ahora en el campo de la edición: el derecho de comunicación al público en su modalidad de transmisión en línea, que adquiere una relevancia trascendental con vistas al mercado editorial en línea que poco a poco emerge en autopistas de la información como Internet. Como tampoco puede olvidarse que la inclusión de obras preexistentes en bases de datos y producciones multimedia no puede pasar sin el consentimiento expreso del titular de la propiedad intelectual mediante la cesión del derecho de transformación; y ello, además, porque la inclusión en la multimedia puede afectar al derecho moral a exigir el respeto a la integridad de la obra, integridad que sin duda se ve fuertemente modificada con su inserción en una obra multimedia.

Por ello, parece que las editoriales tendrán que pensar detenidamente la decisión de publicar en formatos electrónicos obras o prestaciones anteriores sobre las que hubiesen obtenido los «derechos de edición» y, como consecuencia de ello, la imperiosa necesidad de celebrar nuevos contratos que tengan la amplitud y la claridad suficientes para abarcar las diversas posibilidades de explotación ofrecidas por las nuevas tecnologías, o bien, mediante anexos a los contratos existentes, de concertar cesiones complementarias que pueden negociarse directamente con los autores o titulares de derechos afines o posteriormente, caso que hubieran fallecido o desaparecido en el caso de personas jurídicas, con sus legítimos derechohabientes, sin perjuicio de que se implementen mecanismos o sistemas de gestión colectiva automatizada de licencias por entidades de gestión o por asociaciones de creadores, productores o artistas, que actuarían bajo mandato de los respectivos autores o sus derechohabientes.

El problema aquí expuesto ha sido tratado en diversas sentencias de países extranjeros, solucionándose en todas ellas en el sentido de que el editor de contenidos preexistentes deberá recabar nuevamente el consentimiento de los titulares de derechos de autor o derechos afines para proceder a la producción y explotación de ediciones digitales en línea y/o fuera de línea de los mismos contenidos (cfr. caso *Tasini v. New York Times* en EE.UU; caso *Progrès* en Francia, *Station Central* en Bélgica, *Volkskrant* en Holanda...).

También puede darse en la práctica el caso contrario, esto es, que el titular de la propiedad intelectual que había cedido a un editor la explotación de su obra o prestación en formato tradicional, decida ceder a un tercero o explotar por sí mismo esa misma obra en formato electrónico sin contar con el consentimiento del primer editor. ¿Puede el autor o titular del derecho afín emprender por sí mismo o ceder a un tercero la reproducción digital, la distribución de ejemplares electrónicos y la transmisión en línea de la obra o prestación cedida anteriormente a otro editor o productor para su explotación o edición tradicional sin contar con la expresa autorización de este último?

En una primera aproximación al problema, consecuente con las soluciones expuestas anteriormente para el caso contrario, parece que si en el primer contrato de edición o licencia de explotación no se hubieran cedido expresamente los derechos y modalidades necesarios para llevar a cabo los actos de explotación de la obra o prestación en formatos electrónicos, el autor o titular

del derecho conexo aparecería perfectamente legitimado para explotar por sí mismo (autoedición) o autorizar a un tercero para llevar a cabo una explotación digital de esa misma obra o prestación mediante ejemplares electrónicos y/o a través de servicios de transmisión en línea.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo austríaco en el denominado «caso Bayer», en el que el escritor Konrad Bayer decidió autorizar la inclusión en un sitio web y consiguiente difusión o explotación en línea de algunas de sus obras sin contar con la autorización de la editorial a la que había cedido previamente la explotación de sus obras completas en el año 1984, demandando ésta al escritor por incumplimiento de contrato. El mencionado Tribunal, en sentencia de 12 de agosto de 1998, entiende que en el contrato de edición de las obras completas fechado en 1984 no podía considerarse incluida -ni siquiera de forma implícita- la explotación en línea a través de redes telemáticas como Internet de las obras cedidas, por lo que el autor cedente era muy libre de realizar por sí mismo o autorizar a un tercero la explotación de sus obras mediante transmisiones en línea. En la misma línea se ha pronunciado una sentencia del Segundo Circuito de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos, de 8 de mayo de 2002, en el Caso Random House c. Roseta Books, en el que un autor cede los derechos de explotación para la edición de su obra en formato analógico a un editor (Random House) y autoriza paralelamente a otro editor (Roseta Books) la edición electrónica de las mismas obras o prestaciones sobre la base de que los derechos de explotación on line no fueron objeto de cesión en el primer contrato.

Esta interpretación puede resultar excesivamente comprensiva y permisiva para con los intereses de los creadores y titulares de derechos afines pero netamente restrictiva con los intereses económicos de editores y productores, por lo que no parece conveniente pronunciarse de una manera unívoca y tajante a favor de las facultades del autor o titular del derecho afín de realizar o autorizar a un tercer editor o productor la explotación electrónica no contemplada ni deducida siquiera implícitamente en el primer contrato de edición o licencia de explotación. Así, aunque la Jurisprudencia indicada se ha mostrado a favor de tales prácticas partiendo de la distinta naturaleza de los derechos y modalidades de explotación objeto de la cesión en uno y otro caso, esta actuación por parte de los titulares originarios de la propiedad intelectual podría constituir, en casos concretos, una actuación de mala fe y un abuso de derecho que podría combatirse recurriendo a los principios generales del ordenamiento jurídico (cfr. art. 7 Código Civil).

Además, la composición de intereses plasmada en cada contrato y la estructura competitiva del mercado editorial y de explotación de obras y prestaciones en general recomienda estar y pasar por la lógica del caso concreto; reunir y analizar todas las circunstancias (económicas, temporales, etc.) concurrentes en cada caso concreto y decidir en consecuencia. Quiere decirse con ello que si la explotación en formatos electrónicos en línea o fuera de línea por parte del propio titular de la propiedad intelectual o de un tercero autorizado de obras o prestaciones cedidas y explotadas anteriormente por un editor o productor en formatos analógicos tradicionales, perjudicase o fuese susceptible de perjudicar la explotación normal de la obra o prestación y los legítimos intereses económicos del primer editor o productor, el autor o titular del derecho conexo no debería poder explotar por sí mismo o mediante cesión a un tercero esa misma obra o prestación en formatos electrónicos sin contar con la autorización previa del editor o productor original, máxime cuando la explotación electrónica (sobre todo en línea) es susceptible de llegar a un número mucho mayor de posibles usuarios y en condiciones económicas más ventajosas, además de aumentar considerablemente el riesgo de piratería doméstica (reproducciones y trans-

misiones en línea masivas), perjudicando o cuando menos arriesgando significativamente la explotación normal de la obra o prestación comercializada anteriormente en formatos analógicos tradicionales.

En este sentido, la implicación de varios o de todos los derechos de explotación tipificados en los procesos de producción o edición y explotación o publicación de obras o prestaciones en formatos electrónicos, hace que por parte de la industria se incluyan cada vez con más frecuencia en los contratos de edición o licencias de explotación, a modo casi de condición general, cláusulas por las que el autor o titular del derecho conexo cede al editor o productor todo tipo de explotación sobre la obra o prestación, o lo que es lo mismo, todos los derechos de explotación de la obra o prestación en sus distintas modalidades, lo cual tampoco es aconsejable salvo que se especifiquen claramente las distintas modalidades de explotación incluidas dentro de cada derecho objeto de la cesión.

En definitiva, de lo expuesto podrá deducirse la importancia de los aspectos contractuales para la realización de ediciones electrónicas, sean fuera de línea o en línea. Antes de proceder a la maquetación de contenidos, su ejecución y explotación, será preciso contar con las autorizaciones pertinentes por parte de los titulares de la propiedad intelectual, ajustando los contratos de edición al proyecto editorial concreto y buscando un equilibrio entre el respeto a los derechos de los titulares de la propiedad intelectual y las legítimas expectativas económicas del editor.

Una vez lista la publicación electrónica será preciso tener en cuenta los aspectos relativos a la solicitud del código de identificación (ISNB, ISSN), del depósito legal y, en el caso de contenidos nuevos, del registro de la propiedad intelectual. Para evitar reiteraciones nos remitimos a lo expuesto anteriormente cuando tratamos del concepto de las publicaciones electrónicas.

## **LA DIFUSIÓN DE CONTENIDOS DIGITALES. MODELOS DE NEGOCIO**

Una vez expuestas las premisas a tener en cuenta para la creación, producción y explotación de contenidos en formato digital, debemos centrarnos en los modos de difusión y/o explotación económica de los mismos, pensando fundamentalmente en contenidos científicos. Para ello es preciso tener muy presentes las indicaciones efectuadas ya en relación con los aspectos contractuales asociados a la adaptación del derecho de la propiedad intelectual al entorno digital incluyendo el contrato de edición electrónica.

Los modos de difusión o explotación de contenidos en formato digital variarán en función del formato fuera de línea o en línea de los mismos. Esto es, en función de si los contenidos se incorporan a formatos electrónicos tangibles (ejemplares electrónicos) para ser distribuidos entre el público o si se incorporan a formatos electrónicos intangibles (memoria interna de un equipo servidor) para ser difundidos en línea mediante transmisiones telemáticas. Habrá que distinguir también entre contenidos monográficos (libros electrónicos) y contenidos periódicos (revistas electrónicas). Y también conviene tener presente la posibilidad de difundir o explotar íntegramente los contenidos o hacerlo por partes (por ejemplo por capítulos); optar por sistemas gratuitos o remunerados, de pago único o modelos de suscripción. Finalmente deberá tenerse presente la opción por el simple acceso y consulta en pantalla o la descarga de contenidos, sin perjuicio de iniciativas mixtas. Y, final-

mente, no puede obviarse la opción por una difusión gratuita de contenidos con la intención de facilitar ampliamente el acceso, uso, difusión por cualquier medio e incluso la transformación de contenidos, según el modelo conocido como *Creative Commons License*.

En cualquier caso, debemos tener en cuenta y coordinar los aspectos tecnológicos con los modelos de difusión y modelos económicos disponibles, así como con los negocios jurídicos necesarios para su ejecución.

Dado que pensamos prioritariamente en contenidos científicos de naturaleza básicamente escrita, debemos pensar en los modelos de difusión y negocio más idóneos para la explotación de contenidos digitales monográficos, periódicos (revistas electrónicas) y también bases de datos que incluyan contenidos preexistentes o nuevos.

## **MODELOS PARA LA EXPLOTACIÓN-DIFUSIÓN DE CONTENIDOS OFF LINE**

Los contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual incorporados a soportes digitales tangibles, esto es, ejemplares electrónicos, del tipo CD, CD-ROM, DVD, disquete, o cualesquiera otros similares, conocidos o que puedan inventarse y generalizarse en el futuro se explotarán normalmente siguiendo los cauces habituales de la distribución, es decir, mediante la compraventa de ejemplares en el mercado. No obstante, pueden surgir diversas variantes dentro de la compraventa o bien puede optarse por modelos de negocio diferentes, en función, básicamente, de los contenidos que desean explotarse.

Centrándonos en los contenidos científicos, la explotación *off line* o fuera de línea mediante la distribución de copias digitales de obras o prestaciones incorporadas a ejemplares electrónicos será habitual en contenidos de tipo monográfico (tesis doctorales u otros trabajos de investigación, obras colectivas o en colaboración sobre temas de estudio mono o interdisciplinar, etc.). También podrá utilizarse para las publicaciones de tipo periódico, como son las revistas científicas con salida trimestral, semestral, anual, etc., aunque esta posibilidad será menos frecuente ante las mayores perspectivas que ofrece la publicación *on line* para este tipo de contenidos periódicos y renovables. La publicación fuera de línea puede y suele emplearse también para bases de datos de contenidos científicos o técnicos (artículos doctrinales, datos empíricos, legislación, jurisprudencia, etc.), aunque es palpable en los últimos años la migración de este sector hacia el terreno en línea, pensando en las mayores posibilidades que ofrece ante la constante renovación de contenidos que requiere una base de datos. Sí que puede emplearse la explotación fuera de línea para obras y productos multimedia.

Entre las distintas modalidades que ofrecen los modelos de negocio de distribución de ejemplares, cuentan las siguientes:

- ❑ La venta o compraventa de ejemplares: sin duda es la forma más tradicional de explotación de contenidos incorporados a todo tipo de ejemplares, sean en formato analógico o digital. Como ya se indicó la primera puesta en circulación de un ejemplar conteniendo una copia de la obra o prestación agota el derecho del titular de la propiedad intelectual a controlar las reventas sucesivas que se puedan hacer del mismo en el mercado único europeo (art. 19.2 TRLPI); con ello se facilita e impulsa la libre circulación de mercancías en el Mercado Interior de la Unión Europea permitiendo incluso las importaciones paralelas, favoreciéndose la libre formación de precios y mayores posibilidades de elección de los consumidores. El adquirente de un

ejemplar que incorpore la copia de la obra o prestación, adquiere realmente la propiedad sobre el soporte y la copia en cuestión (pudiendo enajenarla posteriormente, regalarla o destruirla si así lo desea), pero no tendrá por ese solo título de propietario del soporte, ningún derecho de explotación sobre la obra o prestación en cuestión (art. 56.1 TRLPI). Sólo podrá revender o regalar (donar) el soporte y la copia a un tercero, pero no podrá alquilarlo ni darlo en préstamo público sin el expreso consentimiento del titular de la propiedad intelectual (cfr. art. 19.2 TRLPI *a sensu contrario*). El problema de la venta de ejemplares es la necesidad de recurrir a redes de distribución por parte del editor o productor que explota la obra o prestación en el mercado, dejándose en el camino buena parte del beneficio final obtenido por la venta final del producto entre los miembros del público. Sin embargo no pueden ignorarse las posibilidades que confieren las nuevas tecnologías y, en concreto, la aplicación de las mismas en operaciones de comercio electrónico. Son cada vez más habituales las operaciones de comercio electrónico indirecto o fuera de línea que afectan a contenidos protegidos por propiedad intelectual. De esta manera, el titular de los derechos puede anunciar y ofertar la venta de ejemplares que contienen copias digitales de contenidos protegidos permitiendo la compra de los mismos por el público a través de Internet, mediante la creación e implementación de plataformas de comercio o contratación electrónica. En estos casos, el contrato se produce directamente entre el titular de derechos y el miembro del público interesado a distancia y por medios electrónicos, con la particularidad de que al tratarse de un ejemplar la entrega del mismo se produce a posteriori a través de los cauces de distribución ordinarios (correo postal, mensajería, servicio de transportes, etc.). El pago del ejemplar puede hacerse de forma anticipada (a través de tarjeta de crédito, dando la Ley una respuesta eficaz a los posibles fraudes que pudieran producirse en el art. 46 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista de 15 de enero de 1996) o bien contrarreembolso, una vez recibido el pedido. La contratación electrónica tiene la ventaja de que reduce considerablemente los gastos en intermediación, que prácticamente se ven reducidos a los costos del transporte, los cuales en muchas ocasiones se repercuten en el precio a abonar por el comprador. La contratación electrónica deberá cumplir con los requisitos (sobre todo de información precontractual y postcontractual) establecidos con carácter general en la normativa sobre comercio electrónico (la Ley 34/2002, de 11 de julio, sobre servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, especialmente arts. 23 y ss.). Como se ha dicho, la venta será el modelo más habitual para la comercialización de contenidos monográficos, pues se considera menos interesante para contenidos periódicos y bases de datos si se compara con las posibilidades que la tecnología on line permite de cara a la renovación y consulta de contenidos.

- ❑ El alquiler de ejemplares: otro modelo de negocio de explotación fuera de línea es el alquiler de ejemplares (art. 19.3 TRLPI), aunque no tiene mucha incidencia en el sector de contenidos literarios en general y científicos en particular, centrándose en el mercado del vídeo. Además parece un sector condenado a la extinción cuando se disponga del ancho de banda necesario para explotar plenamente la modalidad de vídeo bajo demanda o a la carta mediante transmisiones en línea.
- ❑ El préstamo de ejemplares: pensando en que los contenidos científicos pueden tener origen habitualmente en entes e instituciones de carácter cultural, científico o educativo, no puede menospreciarse la fórmula de préstamo para dar a conocer sus resultados. El préstamo público constituye una forma o modalidad de distribución comprendida expresamente en el art. 19.4 TRLPI, según el cual se entiende por préstamo la puesta a disposición de los originales y copias de una obra (o prestación) para

su uso por tiempo limitado sin beneficio económico o comercial directo ni indirecto, siempre que se lleve a cabo a través de establecimientos accesibles al público; no existirá beneficio económico comercial cuando el préstamo dé lugar al pago de una cantidad que no exceda de lo necesario para cubrir sus gastos de funcionamiento; la consulta in situ (dentro de la institución prestamista) de ejemplares de las obras y prestaciones queda también excluida del concepto jurídico de préstamo. Así pues, en principio, el préstamo público de ejemplares de obras y prestaciones quedaría dentro de las facultades del derecho exclusivo de los titulares de derechos de autor y derechos afines. Sin embargo, como reconocimiento al papel que la propiedad intelectual debe jugar en la promoción de la cultura, la información, la ciencia y el conocimiento, el art. 37 TRLPI establece una amplísima excepción o limitación al derecho exclusivo de préstamo que prácticamente le deja sin efecto. Según el apartado 2 del citado art. 37 TRLPI, los museos, archivos, bibliotecas, hemerotecas, fonotecas o filmotecas de titularidad pública o privada o que pertenezcan a entidades de interés general de carácter cultural, científico o educativo sin ánimo de lucro, o a instituciones docentes integradas en el sistema educativo español, no precisarán autorización de los titulares de los derechos ni les satisfarán remuneración por los préstamos que realicen. Puede decirse, en suma, que el préstamo no constituye como tal un modelo de negocio, pero puede ser empleado por instituciones de carácter cultural, científico y educativo para difundir los ejemplares de obras y prestaciones que tengan entre sus fondos. No obstante, puede valorarse la posibilidad de que las publicaciones promovidas directamente en el seno de instituciones científicas, educativas o culturales sean puestas a disposición del público de forma gratuita y temporal (que es la esencia del préstamo) a través de sus propias bibliotecas o centros similares, al tiempo que se opta por fórmulas comerciales (venta o licencia de uso) o renunciando a la explotación comercial de esos contenidos.

- Licencias de uso: como se ha dicho en diferentes momentos anteriormente, las licencias de uso suponen un nuevo modelo de negocio desarrollado por la industria de los programas de ordenador y de las bases de datos incorporados a ejemplares electrónicos, que consiste en separar el soporte y la copia de contenidos protegidos incorporados al mismo. Así, mediante este modelo, el titular de derechos (directamente o a través de un vendedor intermediario) vende al usuario final el ejemplar o soporte tangible (cuyo valor real es prácticamente cero sin la copia aneja), pero no incluye en la venta la copia digital o electrónica de la obra o prestación que es lo que confiere verdadero valor al negocio, sino que concede una licencia de uso personal e intransferible (salvo que se disponga otra cosa). Licencia de uso que consiste realmente en la cesión limitada del derecho de reproducción de esa copia digital para fines de simple acceso, uso y disfrute privado por parte del usuario autorizado expresamente o, en su caso, de su círculo familiar y de amistades, a cambio de un precio (modelo de pagar por usar o *pay per use*). Eso implica la celebración de un contrato de licencia de uso entre el titular de los derechos y el usuario. Contrato cuya perfección (encuentro de la oferta y de la aceptación) puede hacerse depender de un comportamiento concluyente, como es el hecho de romper el precinto del paquete donde se contiene el ejemplar con la copia y las condiciones generales (por eso se habla de licencias *paquetizadas* o *shrink wrap*). Se entiende que una vez roto el paquete el usuario acepta las condiciones de la licencia contenida en el mismo, por eso es importante destacar de alguna manera este hecho en el envoltorio para dar la oportuna información a los consumidores. La licencia de uso (cesión del derecho de reproducción para uso) puede limitarse a la reproducción de la copia digital en la memoria RAM o memoria de trabajo del ordenador usuario para disfrutarla mientras se produce la lectura de la copia incor-

porada al soporte, o bien puede ser más amplia y permitir la descarga del contenido en el disco duro del ordenador, permitiendo o no copias posteriores en soportes externos. Existen ejemplares que sólo permiten la visualización en pantalla (o audición en su caso), pero no la descarga y tampoco (ni siquiera) la impresión de contenidos. Otros, sin embargo, permitirán la descarga de contenidos, es decir, la realización de al menos una copia en el disco duro de un ordenador usuario, sin perjuicio de que incluyan medidas anticopia que impidan reproducciones posteriores en otros ordenadores o en soportes externos, evitando así la copia y transmisión en cadena de contenidos, tan perjudicial para su explotación normal y para los legítimos intereses de los titulares de la propiedad intelectual. Este sistema es el habitual en el sector del software y de las bases de datos, así como en algunos productos multimedia de calidad. Sin embargo genera importantes problemas relacionados con los derechos (sobre todo el derecho de información) de los consumidores y usuarios, pues muchos piensan realmente que están comprando la copia, a pesar de las indicaciones y advertencias contenidas en el paquete y en la misma copia al ser ejecutada en el ordenador usuario. Para solventar estos problemas así como los costes de la distribución de los ejemplares, los titulares pueden recurrir nuevamente al comercio electrónico indirecto o fuera de línea. Mediante un contrato electrónico a distancia se puede celebrar el contrato de compraventa del soporte y, lo más importante, el contrato de licencia de uso sobre la copia de los contenidos incorporados a los mismos, indicando previamente al usuario contratante las condiciones generales por las que se va a regir el negocio. Si éste acepta el contrato (pulsando el clic y pagando, en su caso, el precio, salvo que se pacte el contra reembolso), celebrará un contrato de licencia de uso en línea (contrato *clic wrap* o *web clic*), recibiendo luego el ejemplar electrónico correspondiente mediante los cauces de distribución habituales. Nuevamente, en este caso, deberá respetarse la normativa sobre comercio electrónico. Los beneficios de la licencia de uso frente a la tradicional compraventa estriban en el mayor control que los titulares de derechos van a tener sobre el uso que de su obra o prestación hagan los usuarios particulares, buscando impedir la reventa de contenidos y la copia masiva y en cadena de los mismos. A cambio, el titular de derechos ofrecerá otros servicios o ventajas anejas, como puede ser la renovación de contenidos o la distribución gratuita de mejoras en el producto, asistencia técnica, etc. Se trata en suma de fidelizar al cliente: de procurar que el usuario no cambie de producto, que no se desprenda del mismo y se haga con las sucesivas versiones o actualizaciones del mismo. Por eso este sistema es habitual en el sector de los programas de ordenador y de las bases de datos electrónicas, donde se reciben nuevos ejemplares con datos renovados previa entrega (en muchas ocasiones) de los ejemplares antiguos. Al no venderse la copia el adquirente del ejemplar podrá revender éste pero no la copia incorporada, sobre la que tiene no la propiedad sino un derecho de uso personal e intransferible, por lo que la venta del primero no tiene sentido. El problema reside en la falta de cultura jurídica de la gran mayoría del público al respecto, que al suscribir la licencia pensará normalmente que adquiere la propiedad sobre el conjunto y que, por tanto, podrá disponer libremente, también, del ejemplar sobre la copia, lo cual puede dar lugar a demandas por parte de los titulares de derechos al exceder los límites de lo permitido en el contrato. En cuanto a las medidas tecnológicas, será habitual que los ejemplares de obras y prestaciones distribuidos mediante licencias de uso vayan acompañados de medidas tecnológicas anticopia, apareciendo totalmente bloqueado el contenido que sólo podrá visualizarse en pantalla, permitiendo a lo sumo la impresión de la totalidad o parte de los contenidos. Aunque también podrá permitirse la descarga y la realización, por tanto, de una o varias copias adicionales. Lógicamente, la posibilidad de no realizar copias o de realizar una o varias debería sentirse en el precio de la licencia.

No obstante, la implementación de medidas anticopia o similares no es algo inherente y exclusivo de la licencia de uso, sino que pueden incorporarse también a ejemplares distribuidos en régimen de compraventa. No se trata con estas medidas de impedir las reventas posteriores del producto (eso sólo lo consigue el compromiso contractual de licencia de uso), sino de impedir la copia en cadena que procuran con inusitada facilidad las nuevas tecnologías. La violación de estas medidas conllevará las sanciones civiles y penales previstas en el ordenamiento, tal y como se indicó en un momento anterior.

- ❑ Ejemplares no venales: donación y licencias de uso gratuitas: aunque en rigor no pueda hablarse como tal de modelo de negocio, al no existir ingresos por la distribución de ejemplares con los contenidos, los titulares de derechos pueden optar en determinadas ocasiones (para promocionar su imagen, ofertas comerciales, etc.) por distribuir los ejemplares con copias de contenidos protegidos mediante el regalo o donación de ejemplares o bien recurriendo al sistema de licencias de uso gratuitas, para evitar la venta posterior de los contenidos por parte de los adquirentes de los ejemplares gratuitos. No parece que estos modelos sean empleados en la distribución de contenidos científicos, aunque puede optarse por los mismos para la promoción de nuevos contenidos; sobre todo de contenidos periódicos, sirviendo de reclamo para la contratación de los sucesivos.

## MODELOS PARA LA EXPLOTACIÓN-DIFUSIÓN DE CONTENIDOS ON LINE

Como se ha indicado ya, desde la perspectiva del derecho de la propiedad intelectual, la difusión o explotación en línea de contenidos protegidos implica, primero, la digitalización de los mismos (las obras y prestaciones objeto del derecho de autor y de los derechos afines son bienes inmateriales susceptibles de digitalización, lo que hace que se conviertan en el principal bien demandado por los usuarios en la Red), después su almacenamiento en un equipo servidor y la creación de una plataforma web o similar para su puesta a disposición del público, produciéndose la explotación mediante transmisiones en línea a la carga, esto es, previa petición de los usuarios (aunque pueden darse otras modalidades, como el envío de información mediante boletines on line, si bien la suscripción a los mismos requerirá normalmente la solicitud previa del usuario, pues de lo contrario nos situaríamos en la órbita del *spam* o comunicaciones comerciales no solicitadas), incluyéndose finalmente una reproducción electrónica en la memoria interna del equipo usuario o receptor, sea con carácter temporal (reproducción en memoria RAM mientras dure la conexión), sea con carácter permanente o más o menos duradero (en el disco duro del ordenador receptor y/o en un soporte externo).

A estos efectos, podemos encontrar varias opciones de difusión de contenidos y modelos de negocio en la explotación en línea, permitiendo unos solamente el acceso y disfrute de los contenidos en pantalla y/o altavoces, incluyendo en su caso la posibilidad de impresión de algunos materiales; facilitando otros la descarga de contenidos con carácter permanente, determinado únicamente por la propia obsolescencia de la copia o del contenido en cuestión; pero también caben fórmulas mixtas de visualización en pantalla y/o descarga, sea de la totalidad o de parte de los contenidos; y más aún, existen modelos que permiten la descarga plena de contenidos, si bien las copias digitales descargadas están sometidas a una fecha de caducidad, quedando inutilizables o autodestruyéndose pasado un tiempo determinado (copias evanescentes pues se desvanecen o destruyen pasado un tiempo desde su descarga). Finalmente, son cada vez más comunes modelos amplios de

licencia que no se limitan a reconocer la facultad de uso personal, sino que permiten también la libre reproducción, difusión y transformación de contenidos, en coherencia con los movimientos ya clásicos de Internet que defienden el hecho de compartir contenidos como la mejor manera de promover la creación, el progreso, la cultura y la ciencia.

Pero el sistema creciente de *Creative Commons* no implica como tal un desconocimiento de los derechos de propiedad intelectual. Es decir, la supuesta confrontación entre *copyright* (derecho a la copia y otras formas de explotación) y *copyleft* (libre realización de copias y otros actos de explotación), no es del todo cierta. Antes bien, como vamos a demostrar más tarde, son sistemas perfectamente compatibles. Se trata únicamente de la decisión libre de los titulares de derechos por explotar económicamente sus obras y prestaciones o por compartirlas con el resto de la sociedad, sin perjuicio de la posibilidad de optar por fórmulas mixtas.

En este sentido, aunque existan movimientos contrarios a la defensa de los derechos de propiedad intelectual proponiendo la apertura de los mismos para promover así el conocimiento y el progreso, no puede ignorarse que la propiedad intelectual juega un papel muy importante en el sistema de economía de mercado y, en particular, en el mercado virtual generado en torno a Internet. De hecho, los derechos de propiedad intelectual se han convertido en el principal objeto del comercio electrónico directo o en línea, en el que tanto la contratación como la ejecución del contrato (entrega de la prestación y el pago) tienen lugar a distancia por medios electrónicos íntegramente. La explotación de contenidos en línea se ha convertido en un medio de explotación de cualesquiera contenidos independientemente de su naturaleza y de su carácter monográfico o periódico. En particular, resulta especialmente hábil para contenidos renovables, como son bases de datos, revistas o boletines de información periódica, periódicos, etc. Por eso, no puede ni debe forzarse a los titulares de derechos a inclinarse por fórmulas de *copyleft* (compartir sus creaciones y prestaciones), sino que en todo caso debe defenderse la opción del *copyright*, es decir, de defender la existencia de derechos sobre sus obras y prestaciones, lo cual no impide que posteriormente cada titular de derechos pueda tomar la libre decisión de liberar sus creaciones poniéndolas a disposición del público para que cada miembro del mismo haga con ellas lo que desee siempre dentro de los parámetros marcados por una *General Public License* o por una *Creative Common License*. Insisto, *copyright* y *copyleft* no son incompatibles, sino perfectamente complementarios, basándose el segundo necesariamente en la existencia del primero.

- ¿Venta on line o licencia de uso onerosa? Es importante destacar respecto a la explotación en línea que aunque resulte frecuente oír hablar de la venta de contenidos digitalizados mediante su distribución en línea, en rigor jurídico no estamos ante una distribución (pues no hay ejemplares) ni tampoco el modelo de negocio es el de la compraventa. Antes bien, en la explotación en línea estamos ante un modelo de explotación inmaterial, por lo que nos encontramos ante un servicio de transmisión de contenidos seguido de reproducciones temporales o más o menos duraderas; no hay distribución sino comunicación al público y reproducción; no hay un producto, sino un servicio de transmisión y de reproducción para ver en pantalla y/o, en su caso, descarga de contenidos; en consecuencia, no hay agotamiento del derecho de distribución: la copia o copias obtenidas por el usuario con motivo de la descarga no le habilitan para disponer de ellas libremente, transmitiéndolas a terceros mediante soportes o por una transmisión «one to one» (por ejemplo a través del correo electrónico o del ftp); cada reutilización que un usuario particular quiera hacer del contenido descargado deberá contar con la expresa autorización del titular de la propie-

dad intelectual. Así la venta deja paso al modelo de la licencia de uso, incluso aunque nada se indique al respecto en la plataforma de comercialización. En el comercio electrónico directo sobre copias digitales de obras y prestaciones protegidas el contrato no será de compraventa sino que será un contrato de licencia de uso que podrá abarcar distintas modalidades. Dado que en el entorno digital para usar hay que reproducir, las distintas modalidades de negocio «on line» dependerán del carácter de la reproducción o reproducciones permitidas por el titular: así habrá modelos de negocio que consistan en el simple acceso en línea y uso y disfrute de información en pantalla, consistiendo la licencia en una transmisión en línea seguida de un reproducción temporal (modelo éste que puede ser ocasional o responder a modelos de suscripción, lo cual es más habitual); otros modelos consistirán en la descarga de contenidos, sea total o parcial (por ejemplo, capítulos de obras monográficas o artículos de una revista electrónica); caben modelos mixtos de consulta en línea y descarga; y todo ello sin perjuicio de la posibilidad de impresión de todos o parte de los contenidos visualizados en pantalla o descargados en disco duro. El titular de los derechos puede optar por un modelo de explotación mediante licencias de uso onerosas, de pago único o de suscripción, o bien por una difusión gratuita de contenidos entre el público, buscando rendimientos económicos de forma indirecta por cauces alternativos (publicidad, como ocurre con numerosos periódicos y boletines electrónicos de información) o renunciando por completo al lucro. En estos modelos de difusión gratuito, el contenido de la licencia puede ser de estricto uso personal, es decir se permite reproducir temporal o duraderamente para acceder y usar los contenidos protegidos, o bien se puede optar por una licencia amplia de carácter público (*Creative Commons Public License*) que no se limita a permitir el uso y disfrute de los contenidos, sino que consiente también expresamente todo tipo de reproducciones, distribución, comunicación pública e incluso transformación de los contenidos protegidos siempre que se haga dentro de los parámetros establecidos en la licencia.

- Tipos y condiciones de las licencias de uso onerosas: la licencia de uso es el modelo típico de la comercialización o explotación de contenidos en Internet u otras infopistas. No se produce la venta de contenidos, sino la concesión de licencias de uso que permiten al usuario reproducir una copia digital intangible de los contenidos transmitida en línea a la carta con fines de mero uso personal o privado; sea con carácter meramente temporal (reproducir para usar y disfrutar mientras se esté conectado con el sitio de origen de la información), o sea con carácter más o menos duradero (descarga de copias digitales de contenidos con carácter permanente o sometidas a término cierto). Esto es, nos encontramos con un nuevo sistema de comercialización de contenidos en régimen de *pay per use* o pagar por usar, sea por tiempo limitado y determinado o sea por tiempo indeterminado. Existen varios ejemplos de explotación restringida a la consulta y/o audición en pantalla, como ocurre con los videojuegos en red, con algunas bases de datos que no permiten la descarga de contenidos, con algunos periódicos o boletines de información que no admiten la descarga aunque sí la impresión y con obras y productos multimedia donde normalmente los contenidos están totalmente bloqueados para la realización total o parcial de copias. Es posible, también, establecer servicios de acceso limitado a los contenidos para su consulta con la intención de formarse una opinión de cara a una posible solicitud de descarga o envío posterior (vía email) de esos mismos contenidos. En cuanto al modelo de descarga, es habitual en contenidos de tipo monográfico (libros electrónicos, películas, documentales, etc.) y también en la explotación del negocio de la música (descarga de canciones), así como de fotografías, litogra-

fías, etc. Es muy habitual también en algunos sectores combinar el acceso y consulta en pantalla con la descarga no de la totalidad de los contenidos sino de parte de los mismos, lo que ocurre con la mayoría de bases de datos y con algunos periódicos electrónicos. Es más, algunos servicios permiten la descarga de contenidos pero no por tiempo indeterminado (es decir, descarga para disfrute permanente marcado únicamente por la propia obsolescencia de la copia) sino por tiempo limitado, al incorporar a la copia digital descargada en el ordenador usuario un pequeño dispositivo informático que provocará su inutilización o incluso su destrucción automática cuando pase un tiempo predeterminado, de manera que el usuario podrá utilizar esa copia todas las veces que desee hasta que no se produzca su caducidad y desaparición. Otros modelos consisten en permitir el acceso para consulta y selección de contenidos (generalmente a bases de datos) que, después de abonar el precio indicado, en lugar de permitir su descarga directa en la misma página o sitio (tecnología de arrastre o *pull media*), serán enviados (tecnología de empuje o *push media*) por el titular del servicio a la dirección de correo electrónico indicada por el usuario solicitante de la copia digital. A estos fines, el titular de los derechos de explotación podrá establecer un precio para el acceso y uso limitado en pantalla y/o altavoces cuando el servicio consista únicamente en ese acceso limitado (se puede limitar al tiempo de conexión o puede fijarse un tiempo máximo de conexión, tras el cual habrá que pagar el precio nuevamente). En los servicios mixtos de acceso y consulta y descarga, podrá establecerse un precio para el acceso y consulta limitado y otro precio para la descarga de contenidos, el cual puede variar en función del tipo de contenido seleccionado. También puede fijarse un acceso gratuito, estableciendo un precio solamente para la descarga de los contenidos seleccionados en la consulta. Lo mismo puede decirse cuando no se permita la descarga pero sí la impresión de algunos contenidos, exigiéndose un precio para ello. Incluso el modelo de negocio puede consistir en establecer precios de descarga de contenidos por números concretos de revistas electrónicas o por capítulos de obras monográficas o, más aún, por contenidos concretos como puede ser el artículo de una revista, una determinada fotografía, etc. Los servicios en línea que consisten en la puesta a disposición de contenidos protegidos a cambio de un precio pueden girar en torno a la fijación de un precio determinado para cada acceso y/o consulta, o bien pueden optar por modelos de suscripción. El modelo de suscripción se perfila en los últimos tiempos como el modelo de futuro en la explotación on line de determinados contenidos. Así ocurre con determinadas bases de datos (legislación, jurisprudencia, bibliografía, etc.) donde el usuario paga un precio para la suscripción a la base de datos en línea, recibiendo a cambio un «password» o código de acceso, con el cual podrá acceder al servicio cuando y como quiera para consultar y utilizar los contenidos de la base. Este modelo de suscripción suele incluir además la posibilidad para el usuario de imprimir y, en su caso, descargar todos o parte de los contenidos de la base. El mismo modelo de suscripción es cada vez más habitual en la explotación comercial de periódicos u otros boletines electrónicos de información, así como en revistas electrónicas. Realmente puede decirse que estos periódicos, boletines y revistas constituyen gigantescas bases de datos, por lo que nos remitimos a lo dicho antes. No obstante, en estos periódicos, boletines y revistas puede combinarse el modelo básico de suscripción con el pago independiente para la descarga de algunos contenidos que se consideren especialmente valiosos y que justifiquen el pago de cantidades adicionales para su uso y disfrute. Pero no queda ahí el recurso al modelo de suscripción, pues sin duda es el modelo de futuro para el mercado de la música; las llamadas *gramolas virtuales*, que consistirán en gigantescas bases de datos con

música de todo tipo donde el usuario accederá pagando una cantidad periódica que le permitirá disfrutar de la música mientras permanezca conectado, o le permitirá descargar con ese único precio de abono todas las canciones que quiera, o bien podrá cobijar un modelo mixto en el que el usuario pagará la cuota de abono para el acceso y disfrute mientras dure la conexión pagando adicionalmente la descarga (y por tanto la copia) de todos o de algunos de los contenidos de la base. Es también el modelo de futuro en la explotación del audiovisual, donde se prevé que, con el ancho de banda necesario, los servicios de *video on demand* en el mercado en línea (servicios de *pay per view*) desplacen al sector tradicional del alquiler del vídeo en el mercado fuera de línea. Es en este sector donde podrán implementarse servicios que permitan la descarga de contenidos para su uso durante un tiempo determinado, mediante la incorporación de tecnologías que permitan la desaparición, destrucción o inutilización de la copia transcurrido un determinado tiempo. Todos estos modelos de explotación mediante licencia de uso son válidos tanto para licencias de uso personalizadas como para licencias de uso colectivas, donde el usuario es una entidad o institución (persona jurídica privada o pública) que suscribe un contrato de licencia con el titular de derechos para permitir el acceso a sus contenidos por parte de todos o parte de los miembros de la entidad o institución (Universidad, despacho de abogados, etc.). La licencia suele establecer cuántos miembros de esa institución o entidad podrán acceder simultáneamente al servicio, el tiempo máximo de conexión de cada uno, etc., y dará un código de acceso colectivo a todos los miembros de la misma. Por supuesto el acceso y uso colectivo deberán plasmarse en el precio que la institución o entidad deberá abonar por el servicio. Caso de que el servicio discrimine algunos contenidos de cara a su descarga, es posible que la licencia de uso colectiva se haga cargo del precio de descarga de algunos de esos contenidos específicos, o bien podrá excluirlos debiendo cada usuario concreto abonar el precio de descarga por su cuenta y puntualmente. En cualquier caso es preciso insistir en que en todos estos modelos de explotación en línea el usuario legítimo sólo podrá reproducir temporal, duradera o permanentemente el contenido recibido mediante una transmisión en línea a la carta con fines de uso privado, con lo cual queda descartada de antemano la venta posterior de esos materiales (no hay venta de las copias obtenidas en disco duro o soporte externo y por tanto no hay agotamiento del derecho de distribución que pudiera permitir una explotación posterior mediante la venta de ejemplares) y también el uso de ese mismo contenido con fines de explotación o de difusión incluso gratuita en otros sitios de la Red. Si la copia digital recibida en línea y descargada no lleva medidas anticopia se entiende que el usuario podrá realizar copias privadas de ese contenido, pero en ningún caso podrá poner a disposición ese contenido al público en otro sitio de Internet o similar, ni, por supuesto, realizar copias en ejemplares para revenderlos o simplemente regalarlos en el mercado. Cada transmisión en línea requiere autorización del titular porque no se agota en ningún caso el derecho de comunicación al público con la primera transmisión recibida por el usuario o destinatario de un servicio de transmisión y descarga. Por supuesto no hay agotamiento del derecho de comunicación al público, pero es que, de antemano, tampoco hay distribución ni venta como modalidad de ésta, por lo que el destinatario de la copia objeto de descarga no puede incorporarla a ejemplares electrónicos para su posterior venta o distribución no venal, ni alquiler ni tampoco préstamo público sin consentimiento del titular de derechos. El titular no compra una copia de los contenidos, sino que mediante contrato *on line* recibe una licencia de uso que le permite usar el contenido sólo para uso y disfrute personal, sin perjuicio de las excepciones a los derechos exclusivos que pudieran invocarse (cfr.,

derecho de cita, informaciones de actualidad, copia privada en caso de que no se implementen medidas tecnológicas anticopiado, etc.). La no implementación de medidas tecnológicas permitirá la realización de copias privadas, pero éstas en ningún caso podrán salir del círculo privado del copista, entendido como círculo familiar o de amistad pero siempre en sentido restringido. Así, por ejemplo, no podrá invocarse copia privada cuando el copista realiza 20 ó 30 copias en CD para regalarlas entre sus conocidos, ni tampoco cuando a partir de la copia realizada en su disco duro envía multitud de correos electrónicos a sus conocidos incorporando una copia de la obra o prestación que tiene almacenada en su disco duro.

- ❑ Licencias de uso gratuitas implícitas: es común también que los titulares de derechos opten por la difusión gratuita de información a través de la Red. En este sentido, desde los EE.UU se ha difundido la creencia de que toda la información de acceso gratuito disponible en Internet es objeto de una licencia implícita por parte de su titular o titulares que permiten a cualquier sujeto que acceda a la misma disponer libremente de ella dentro y fuera de la Red. Según esto, todo lo que resulta de acceso libre y gratuito en la Red podría emplearse no sólo para uso personal, sino en la elaboración de nuevos contenidos e incluso incorporarla a otros sitios o plataformas de acceso restringido incluso bajo precio sin necesidad de contar con la autorización expresa de los titulares de derechos, que ya habrían dado su consentimiento implícito. Esta concepción es inexacta pues parte de una absoluta desconsideración apriorística de los derechos de propiedad intelectual de los creadores y titulares de derechos afines. Es perfectamente lícito difundir gratuitamente los contenidos propios (para la difusión de contenidos ajenos se necesita en todo caso contar con la autorización pertinente, incluso aunque se piense en una difusión gratuita), sea con intenciones meramente altruistas o sea con fines de promoción personal, profesional o empresarial. Pero eso no significa ni una renuncia de derechos ni tampoco una licencia implícita para que cualquiera pueda realizar actos de explotación de esos contenidos. Cuando se ponen contenidos de acceso y uso gratuito en un sitio de Internet sin hacer ninguna indicación sobre los términos de acceso, utilización y disposición de esa información, debe entenderse -partiendo en todo caso del necesario respeto a los derechos de propiedad intelectual que nacen por el simple hecho de la creación- que el titular está concediendo de forma implícita o tácita una licencia de uso a cada uno de los titulares que accedan al sitio y a la información disponible en el mismo. Pero es una licencia de uso de alcance meramente personal o privado, nunca una licencia de explotación. El titular de derechos que permite el acceso libre y gratuito a la página web o similar y a sus contenidos concede implícitamente a cada usuario la facultad de reproducir temporal (RAM) o permanentemente (descarga en disco duro) única y exclusivamente para uso personal o privado (de alcance familiar o de amistad). Si el usuario desea difundir al público esa información, sea con fines directos o indirectos (ingresos por publicidad) de lucro o sea incluso sin fin lucrativo alguno, deberá recabar el consentimiento expreso del titular de la información (por contacto personal directo o enviando un mensaje a la dirección de correo que figure en la web de origen). Y esto es así también para el caso de establecimiento de enlaces. Así es: existen varios tipos de enlaces, muchos de los cuales permiten una utilización de contenidos ajenos en la propia página o sitio web. Estos enlaces que conectan con contenidos ajenos normalmente suponen un acto de reproducción electrónica y de comunicación al público y , por tanto, requieren la autorización del titular de la página. En los enlaces normales o de superficie no se produce ningún uso por parte de quien enlaza que se limita a reenviar a los usuarios de su sitio web, pero realmente ni reproduce ni comunica al público. No ocurre lo mismo

en el caso de enlaces profundos (a páginas interiores de otro sitio), de enlaces ensamblados (figurando en un sitio la página de otro sitio como si fuera un contenido propio), y los conocidos «frames» o marcos, donde el creador del enlace sí que reproduce y comunica al público haciendo creer generalmente a sus propios usuarios que los contenidos enlazados por estos sistemas son sus propios contenidos cuando realmente no es así. El creador del enlace estaría cometiendo un acto ilícito, salvo que pudiera ampararse en alguna de las excepciones legales a los derechos exclusivos (básicamente derecho de cita ex art. 32 TRLPI o informaciones de actualidad ex art. 33 TRLPI). Sin perjuicio de que puedan ejercitarse las acciones oportunas en defensa de los derechos de propiedad intelectual, el titular de los sitios y contenidos enlazados puede implementar medidas antienlace que impidan el establecimiento de determinados enlaces por parte de terceros sin su consentimiento previo.

- Licencias de uso gratuitas expresas: junto a las licencias de uso implícitas, cada vez es más frecuente encontrar sitios web que ponen a disposición del público el propio sitio web como continente (que es una obra protegida si es original, aunque lo sea de carácter meramente instrumental, ya que su principal función es servir de instrumento o medio de difusión de otros contenidos y datos) y el contenido incorporado y disponible en ese sitio web de forma gratuita pero especificando las condiciones de acceso, utilización y, en su caso, disposición (incluyendo la creación de enlaces) del web y de sus contenidos. Esto se hace normalmente mediante un espacio identificado como «Condiciones de uso» y que es accesible mediante un enlace dentro del mismo sitio en línea, aunque también puede optarse por redactar una licencia de uso donde se indican las condiciones de acceso y utilización de la información, así como, en su caso, las posibilidades de disposición de las misma. En tal caso no estamos en rigor ante una licencia implícita, sino ante una licencia gratuita explícita o expresa, pues el titular de los derechos de manera explícita o expresa autoriza a los usuarios para acceder y usar para uso privado y, en su caso, les autoriza a realizar otros comportamientos que exceden del ámbito privado (por ejemplo, disponer de la información a través de enlaces tipo marco, incluir la totalidad o parte de la información junto a otras obras o datos en otros sitios de Internet, distribuir la obra entre el público a través de ejemplares de forma gratuita, etc., con la única obligación de citar la fuente...). En estos casos nos encontramos con modelos de difusión de contenidos que exceden de la fórmula estricta de licencia de uso, y que consisten en modelos amplísimos de licencia pública que permiten diferentes actos de explotación del contenido siempre que se respeten ciertos parámetros mínimos. Es el modelo ya mencionado de la Creative Commons License que estudiamos a continuación. En estos modelos de licencia de uso expresa o explícita, al igual que sucede con la licencia de uso implícita, en rigor no nos encontramos con una declaración de voluntades bilateral, fórmula típica del acuerdo de voluntades en que consiste el contrato. En este tipo de licencias encontramos la declaración de voluntad unilateral del titular de los derechos (titular del web y de sus contenidos) expresando su voluntad de permitir el acceso, uso y, en su caso, disponibilidad de esa información si se cumplen las condiciones expuestas en el mismo sitio. El usuario no acepta expresamente esa licencia, sino que se entiende que el simple acceso al sitio y la utilización y, en su caso, disposición de sus materiales supone la aceptación tácita o implícita por parte de cada usuario de las condiciones de la licencia. Si el usuario se excede de los usos permitidos (por ejemplo, difunde a través de otro web la información disponible en el primero cuando éste lo prohíbe expresamente; crea marcos sin consentimiento, etc.), podrá ser perseguido por el titular o titulares de derechos alegando

infracción de los derechos exclusivos de propiedad intelectual al excederse de los términos de la licencia. Así pues, la licencia se perfecciona mediante el encuentro o convergencia de una declaración unilateral del titular de derechos y un comportamiento concluyente del usuario particular que accede y usa esa información. Esta fórmula es común para la licencia implícita (donde se presume la voluntad unilateral del titular de derechos de dejar acceder para usar) y para la explícita. Por supuesto, el titular del sitio y de la información puede optar por una fórmula de licencia de uso gratuita y expresa previa autorización. Es el caso de sitios de Internet donde para acceder se exige el previo registro del usuario a lo que sigue la concesión de un password que le legitima para acceder a la información del sitio y usarla o, en su caso, disponer de ella con las condiciones establecidas en la licencia. Esta fórmula de acceso restringido puede ser útil para determinados sitios donde se quiere poner a disposición del público determinada información pero controlando la identidad de quienes acceden y disponen de la misma y está pensada para círculos cerrados y más o menos selectivos de usuarios.

## **LAS CREATIVE COMMONS PUBLIC LICENSES: ¿COPYRIGHT FRENTE A COPYLEFT?**

Hemos dicho que los modelos de licencia gratuita y expresa no se limitan a situaciones de licencia de uso (es decir, autorizar el acceso para simple uso privado), sino que pueden ir más allá autorizando a cada miembro del público que accede a la información a realizar todo tipo de actos de utilización, difusión y modificación de la creación original, siempre que se haga dentro de los límites o de los parámetros fijados en la licencia.

Nos adentramos así en el terreno del *Copyleft*, defendido con vigor y pasión tanto por los representantes de las tendencias libertarias dentro de la Red, como por muchos creadores (más o menos reconocidos) y por importantes grupos científicos y culturales, en cuanto modelo que permite compartir conocimientos y la creación en común en pos del progreso y el conocimiento.

Sin duda las fórmulas del *Copyleft* suponen un espaldarazo para la difusión libre de información y, con ello, para promover la cultura, la ciencia y la información entre toda la sociedad o, al menos, entre los sectores de la sociedad interesados en determinado tipo de información. Son fórmulas, en suma, que se revelan ciertamente idóneas para difundir los resultados de investigaciones científicas de todo tipo.

Pero, como se ha dicho antes, contrariamente a lo que se cree por un amplio sector de los defensores de este modelo, el *copyleft* no supone una contraposición al copyright o derecho de propiedad intelectual, sino que se fundamenta y parte de la existencia de derechos previos sobre las creaciones intelectuales y sobre las prestaciones industriales anexas.

A este respecto parece obvio que las fórmulas del *copyleft* afectan casi exclusivamente a los derechos de autor y no a los derechos afines (salvo el derecho de intérpretes y ejecutantes) toda vez que éstos constituyen el arma defensiva de la industria cultural para conseguir un rendimiento económico a sus prestaciones empresariales.

La expresión *copyleft* constituye un juego de palabras intraducible que pretende reflejar una oposición o confrontación con el *copyright*. Algunos de sus seguidores defienden que

supone el principio del fin del derecho de propiedad intelectual, pero no es ni mucho menos así. Con este concepto se quiere sobre todo defender la necesidad de compartir la creación sin renunciar a la misma ni desde un plano personal (moral) ni, tampoco, necesariamente, desde un plano económico. Frente a la idea tradicional del *copyright* de que la defensa de los intereses personales y patrimoniales de los creadores constituye la base necesaria del fomento de la creación a favor de la cultura y la ciencia, el *copyleft* opone que la creación se defiende mejor compartiéndola con los demás, dando pie a su perfeccionamiento y a un acceso y uso igualitario por todos los miembros de la sociedad, aludiendo además al efecto reflejo beneficioso que eso puede tener para el creador, tanto desde un plano de imagen y promoción personal como desde un plano puramente económico.

Realmente la idea del *copyleft* surge en torno a las comunidades de «software libre», como oposición a las prácticas abusivas y oportunistas de la gran industria informática. Puede decirse que con el *copyleft* se permite la copia, distribución, comunicación e incluso la transformación libre de la creación intelectual pero manteniendo siempre el reconocimiento a la paternidad del autor original.

El ejemplo más evidente es el del programa de ordenador-sistema operativo Linux, santo y seña de la *Free Software Foundation* <sup>7</sup>. Cualquier usuario que acceda a este programa de ordenador puede copiarlo libremente sin restricción alguna, distribuirlo por cualquier medio, difundirlo a través de la Red o por otros medios de comunicación al público y, finalmente, puede transformar el programa original con la intención de mejorarlo, esto es, puede crear una obra derivada (cfr. art. 11 TRLPI). Pero ello, siempre que se respete la paternidad del autor original, que se haga un uso no comercial de la creación y que si se transforma la obra se ponga a disposición del público en los mismos términos, alentando así el efecto dominó favorecedor de la creación colectiva o en común y el aprovechamiento de la creación intelectual sucesiva por toda la humanidad.

Realmente, el fenómeno del *copyleft* comprende dos posibles variantes que permiten la libre utilización, difusión y transformación de contenidos protegidos sin renunciar a la paternidad del original.

Una primera variante es la renuncia de derechos exclusivos patrimoniales sobre la obra. Una segunda consiste en mantener los derechos exclusivos sobre la creación original concediendo públicamente una amplísima licencia de uso, disposición y alteración de la misma a cualquier usuario que lo desee.

En el primer caso estamos ante la renuncia de derechos de autor y su consiguiente caída en el dominio público. El art. 41 TRLPI establece que la extinción de los derechos de explotación (por transcurso del tiempo de protección y caducidad de ésta; recuérdese, toda la vida del autor y setenta años tras su muerte) determinará su paso al dominio público, con el resultado o consecuencia de que las obras de dominio público podrán ser utilizadas por cualquiera, siempre que se respete la autoría y la integridad de la obra, ex art. 14,3º y 4º TRLPI. No se contempla, entonces, la renuncia de derechos patrimoniales y se exige el respeto a la paternidad y a la integridad de la obra, aspecto este último que puede perjudicar el espíritu del *copyleft* en aras a la transformación y constante mejora de la obra original.

Aunque no se contemple la renuncia expresa de derechos patrimoniales, ésta es una premisa básica del derecho. Es decir, todo titular de derechos patrimoniales puede renun-

ciar libremente a los mismos, cayendo en el dominio público y siendo aprovechables por todos. De hecho, la Ley de Propiedad Intelectual especifica claramente que los derechos o facultades morales del autor (e intérprete) son inalienables e irrenunciables (cfr., art. 14 TRLPI) y, sin embargo, no hace ninguna declaración similar respecto a los derechos patrimoniales (cfr., art. 17 TRLPI). El problema se sitúa, por tanto, en el debido respeto a la integridad de la obra, ex arts. 14,4º y 41 TRLPI. Sin embargo, este problema puede entenderse superado de hecho, por cuanto si el autor renuncia por completo a los derechos sobre su obra lo más lógico es que renuncie también a perseguir cualesquiera modificaciones que pudieran hacerse de la misma. No obstante, no se puede afirmar esta conclusión con absoluta contundencia, siendo además un problema que dependerá de cada legislación. En las legislaciones anglosajonas (la cultura del *copyright*) donde apenas se contemplan derechos morales es un problema inexistente, pero no se puede decir lo mismo en las legislaciones de tradición continental europea.

La segunda fórmula y, sin duda, el modelo de difusión más habitual y principal impulsor del *copyleft* es el de la licencia pública general. En este supuesto, el autor original retiene los derechos morales y patrimoniales sobre su obra pero hace una declaración unilateral concediendo una licencia de acceso, uso, disposición y transformación de la misma a cualquier miembro interesado del público.

Es el sistema, como se ha dicho, seguido en la comunidad de software libre, donde se ha desarrollado bajo el cobijo de la *Free Software Foundation* el sistema de licencia conocido como *General Public License* (GPL), el cual, partiendo de un programa de ordenador original, permite al público en general acceder al mismo, utilizarlo sin restricciones, realizar todas las copias que quiera, distribuirlo o comunicarlo al público por cualquier medio o formato e incluso modificarlo. Ello, eso sí, respetando siempre el nombre o paternidad del autor originario, siempre que no se realice una explotación económica lucrativa y poniendo a disposición en su caso los resultados de la transformación de la creación original bajo el mismo sistema de licencia pública general.

Pues bien, este sistema creado por y para el software en respuesta a la gran industria que acumula riqueza, poder e influencia gracias a los derechos exclusivos sobre los programas (sobre todo sistemas operativos), se ha extendido hace algunos años al resto de creaciones intelectuales gracias a un sistema muy similar de licencia pública que se ha dado en llamar *Creative Commons Public License* (CCPL), patrocinado desde la *Creative Commons Foundation* nacida bajo los auspicios del *Center for the Public Domain*<sup>8</sup> en los entornos de Harvard y Standford.

Este tipo de licencia pública nace para fomentar la creación y el disfrute común o colectivo de creaciones distintas de los programas de ordenador (aunque también sirve para estos), relacionadas con el mundo de la obra literaria en términos muy amplios, la música, el sector audiovisual, fotografías o incluso las propias páginas web, métodos educativos, etc., y resulta de particular estímulo y eficacia para la elaboración y difusión de contenidos científicos.

Según el *Creative Commons Legal Code*<sup>9</sup>, traducido al español por los abogados del Bufete Almeida <sup>10</sup>, el concedente de la CCPL concede, de conformidad con los términos y las condiciones expresados en la misma, y durante toda la vigencia de los derechos de propiedad intelectual sobre la obra, una licencia de ámbito mundial, sin derecho de remuneración, no exclusiva e indefinida para ejercitar los siguientes derechos sobre la obra:

- ❑ Reproducir la obra e incorporarla en una o más obras colectivas y para reproducir la obra incorporada en obras colectivas.
- Crear y reproducir obras derivadas.
- ❑ Distribuir copias o grabaciones de la obra, exhibirla o comunicarla públicamente, incluida la transmisión digital de audio, incluso incorporada a obras colectivas.
  - ❑ Distribuir copias o grabaciones de la obra, exhibirla o comunicarla públicamente, incluyendo por medio de una obra derivada de transmisión digital de audio.

Estos derechos se pueden ejercitar en todos los medios y formatos conocidos o por conocer. Los derechos mencionados incluyen el derecho a efectuar las modificaciones que sean precisas técnicamente para el ejercicio de los derechos en otros formatos y medios. Todos los derechos no cedidos expresamente por el licenciante quedan reservados.

Pero la cesión pública de derechos no es absoluta, sino que está limitada por las siguientes restricciones:

- ❑ El usuario que quiera difundir la obra entre el público mediante distribución o comunicación al público podrá hacerlo solamente bajo los términos expresados en la licencia pública general, debiendo incluir una copia de la misma o una referencia y/o enlace al URL. Además no podrá imponer nuevas condiciones a la licencia ni alterar los términos de ésta. No se puede difundir la obra sin las medidas tecnológicas necesarias para controlar el acceso o uso de la obra de una manera contraria a los términos de la licencia. Lo anterior se aplica a una obra incorporada a una obra colectiva, pero no implica que ésta última tenga que estar sujeta a los términos de la licencia. Pero si se crea una obra colectiva el usuario deberá retirar previo aviso del licenciante cualquier referencia al mismo o al autor original, y lo mismo se aplica para una obra derivada.
- ❑ El usuario que realice una obra derivada y quiera difundir la misma entre el público sólo podrá hacerlo bajo los mismos términos y condiciones de la licencia sobre la obra original o de una versión más moderna de la misma, incluyendo una copia o referencia URL de dicha licencia, quedando sujeta en lo demás a las mismas restricciones y condiciones expuestas en el párrafo anterior.
- ❑ El usuario no podrá ejercer los derechos objeto de la licencia pública general de manera que pretenda principalmente o se dirija hacia la obtención de un beneficio mercantil o a una remuneración monetaria privada. El intercambio de la obra por otras obras protegidas por la propiedad intelectual mediante sistemas de intercambio de archivos no se considerará una manera de uso dirigida hacia el beneficio mercantil o la remuneración privada, siempre que no se produzca ningún pago en relación con el intercambio.
- ❑ El usuario que difunda la obra por cualquier medio debe mantener intactos todos los avisos sobre la propiedad intelectual de la obra y reconocer la paternidad sobre la obra del autor original, indicando su nombre o pseudónimo, el título de la obra (si son facilitados) y el URL que en su caso facilite el licenciante para ser vinculado a la obra, a menos que dicho URL no se refiera al aviso sobre propiedad intelectual o sobre la licencia de la obra. En el caso de la obra derivada o colectiva deberá incluirse un aviso que mencione el uso de la obra original en la obra derivada.
- ❑ El licenciante se reserva el derecho exclusivo a percibir, sea individualmente o a través de una entidad de gestión colectiva, los derechos de comunicación pública, incluyendo la digital (y dentro de esta el *webcasting*), si dicha comunicación se encuentra dirigida hacia la obtención de un beneficio mercantil o una remuneración monetaria privada. También se reserva los derechos de remuneración, individuales o por entidades de gestión, de cual-

quier grabación para versiones (musicales) con vistas a su distribución o comunicación al público.

- ❑ Cuando la obra suponga una grabación de sonido, el licenciante se reserva el derecho exclusivo a percibir, sea individualmente o a través de una entidad de gestión, los derechos de comunicación pública digital (por ejemplo *webcasting*) si está dirigida hacia la obtención de un beneficio mercantil o remuneración monetaria privada.

Las licencias públicas generales *creative commons* contienen por lo demás cláusulas de exclusión de responsabilidad sobre la obra y sobre cualesquiera daños que pudieran producirse como consecuencia del uso de la obra. Las licencias son perpetuas, durante toda la vigencia de los derechos de propiedad intelectual de la obra, terminando la licencia para un usuario concreto en caso de incumplimiento por su parte de los términos de la misma.

Cada vez que un usuario distribuya o comunique públicamente la obra original, una obra derivada o una obra colectiva en las que esté la obra original sometida a licencia pública, el licenciante concede al nuevo cesionario una licencia sobre la obra en las mismas condiciones y términos que los establecidos para el usuario que se encargó de difundirla a terceros.

A pesar de la amplitud de términos de la licencia, el licenciante se reserva el derecho a divulgar la obra en condiciones distintas a las de la licencia general o a retirar la obra en cualquier momento, siempre que con ello no pretenda dar por concluida la licencia general sobre la obra original o cualquier otra licencia general concedida sobre una obra derivada.

Si alguno de los términos de la licencia general resultare inválido o inaplicable según la Ley vigente en cada país, ello no afectará al resto de los términos de la licencia. La licencia pública general constituye el acuerdo completo entre las partes con respecto a la obra licenciada, no cabiendo ningún tipo de interpretaciones, acuerdos o términos con respecto a la obra que no se encuentren expresamente identificados en la licencia, no quedando obligado el licenciante por posibles condiciones que puedan ser añadidas por un usuario concreto. La licencia no se podrá modificar sin el acuerdo por escrito entre el licenciante y el usuario concreto que lo requiera.

De todo lo expuesto podrá apreciarse que la confrontación y la pretendida polaridad entre *copyright* y *copyleft* se encuentra muy lejos de la realidad.

La modalidad de renuncia de derechos conlleva la existencia previa de esos derechos, por lo que se reconoce de antemano la existencia del *copyright* sobre la obra original, el cual nace - recordemos - por el simple hecho de la creación, sin necesidad de inscripción en un registro público, que sólo sirve a efectos declarativos como medio de prueba de la autoría o en su caso de la cesión de derechos a un tercero.

La licencia pública del tipo GPL y CCPL parte también de la existencia del *copyright*, de la existencia de derechos morales (paternidad) y patrimoniales sobre la obra, los cuales se ceden con carácter no exclusivo al público con el alcance y las restricciones antes indicados. El hecho de que la cesión sea no exclusiva permite al creador de la obra original y a los sucesivos creadores de las obras derivadas realizar explotaciones comerciales de sus obras por cualesquiera medios (formatos analógicos, como el papel, o digitales, como los ejemplares electrónicos).

La cuestión reside, pues, en que mientras el *copyright* parece basar toda su potencialidad en la explotación económica absoluta de la creación intelectual bajo la fórmula de *todos los derechos reservados* (*all rights reserved*), con vistas a su explotación directa por

el creador o de su cesión a terceros (editores, productores) bajo fórmulas de licencias de explotación, exclusivas o no, durante un tiempo determinado, el *copyleft* parte de la cesión pública, amplia e indefinida, pero no exclusiva, de los derechos patrimoniales o de explotación sobre la obra, respetando la paternidad de la misma y sin renunciar a su explotación alternativa directamente por el autor o mediante la cesión (necesariamente no exclusiva en este caso) a un tercero editor o productor, generalmente pensando en otros formatos alternativos a la transmisión en línea a través de Internet (por ejemplo, libro electrónico en línea-libro en formato papel, obra musical en línea-obra musical en CD). Es decir, se opta por una fórmula alternativa de algunos derechos reservados (*some rights reserved*).

De hecho, los defensores a ultranza del *copyleft* defienden que la enorme difusión que se consigue gracias a las fórmulas de licencia general pública revierten finalmente en la eventual explotación económica que el autor pueda hacer de esa misma obra por cauces alternativos; y también al aumentar el prestigio y renombre del autor revertirá sobre creaciones futuras.

En suma, frente a la estructura propia del derecho exclusivo típico y tradicional del *copyright*, positiva (*ius utendi*) y negativa (*ius prohibendi*), según la cual nadie podrá utilizar la obra sin el previo consentimiento del titular de derechos sobre la misma, el *copyleft* propone permitir expresamente la posibilidad de usar la obra a cualquier tercero interesado mediante una autorización unilateral, previa, general y no exclusiva del titular de los derechos, sin perjuicio de que éste pueda optar por otras fórmulas no exclusivas de explotación alternativa. Frente a la prohibición de copia (y otros usos) sin autorización, surge, como respuesta de un medio que cree en el conocimiento compartido y la colaboración global, la copia libre autorizada de antemano y sometida a una serie de condiciones mínimas.

Pero insisto nuevamente en que la opción por el *copyleft* no conlleva un desvalor del *copyright*. Este se mantiene como primera opción. Dependerá de la voluntad del autor la concesión de licencias públicas generales o no, o bien de optar por fórmulas mixtas de licencia pública no exclusiva y licencia de explotación no exclusiva.

La defensa y fulgurante eclosión del *copyleft* y de las licencias públicas generales no debe ir en detrimento del *copyright* y de la libre decisión de cada creador de optar exclusivamente por fórmulas de explotación económica, de modelo de negocio en sentido estricto. Tan lícita es una como otra. El público no debería castigar a quien opte exclusivamente por la explotación económica, pues está en su derecho y no pueden perderse de vista las legítimas expectativas económicas del autor sobre sus obras, ya que éstas pueden resultar su único medio de vida y aunque no fuera así el autor no tiene por qué renunciar a los beneficios que le puede proporcionar su creatividad. Los autores pueden optar por fórmulas de licencia y experimentar con creaciones en tiempo real (la llamada bitácora o *blog*), pidiendo la opinión y la colaboración del público y permitiendo la libre difusión y modificación de su obra. Pero son muy libres de no hacerlo y mantenerse en los modelos tradicionales.

Para finalizar quiero y debo poner de manifiesto un aspecto fundamental en la creación y difusión de contenidos bajo fórmulas de licencias públicas *creative commons*.

Este tipo de modelo de difusión de contenidos es idóneo para la difusión o explotación directa de contenidos propios por parte de autores individuales o incluso, también, en los

casos de autoría plural, como son las obras en colaboración (art. 7 TRLPI) y las colectivas (art. 8 TRLPI). Fruto de esa licencia pueden surgir obras compuestas y derivadas (arts. 9 y 11 TRLPI). Pero el problema se plantea cuando quien pretende optar por el sistema de licencia pública general no es el autor o autores de *motu proprio*, sino terceros cuya función es la de maquetar, producir y difundir-explotar contenidos ajenos. Podemos pensar en editoriales o en productores de determinados productos culturales, en sitios de Internet dedicados a la difusión de información selectiva o general, pero también en instituciones públicas (Universidades a través de sus servicios de publicaciones, Ministerios, etc.) o privadas (centros privados de investigación, universidades privadas, centros de formación, etc.) que entre sus actividades cuentan las de difusión de contenidos culturales, artísticos, científicos y técnicos, sea de sus propios investigadores o creadores o sea de terceros ajenos a la organización con los que llegan a un acuerdo previo de explotación.

En estos casos, para que estas instituciones puedan difundir contenidos en régimen de licencia pública general deben contar con la expresa autorización previa de los titulares de los derechos afectados. Autorización que puede concederse a través de contratos de edición o de cualquier tipo de licencias de explotación, donde se señale expresamente la intención del editor, productor, webmaster o cesionario en general de distribuir y/o comunicar al público la obra en forma de licencia pública general, indicando el medio o medios a través de los cuales pretende llevarlo a cabo.

En esa licencia o contrato de edición (obviamente se requiere el consentimiento expreso de cada titular permitiendo esa forma de difusión, por lo que considero que no bastaría aquí una licencia obtenida de una entidad de gestión según sus tarifas y procedimientos habituales, salvo que ésta hubiera actuado como intermediario directo en la operación) debe indicarse que se ceden todos los derechos patrimoniales del autor, en sus distintas modalidades, especificando que se va a hacer un uso no lucrativo de los mismos por parte del cesionario y de los posteriores licenciarios miembros del público, permitiendo expresamente la creación de obras derivadas y colectivas a partir de la original. Y, por supuesto, esa cesión amplia realizada por el autor al cesionario o derechohabiente podrá tener carácter gratuito o ser remunerada; en tal caso lo más lógico es que la remuneración consista en un tanto alzado al no poder establecerse un porcentaje por falta la explotación económica posterior.

Llegados a este punto se plantea un nuevo problema. ¿Podrían las bibliotecas e instituciones similares, como fonotecas, hemerotecas, archivos, museos, etc., públicas o privadas, y de instituciones científicas, culturales o docentes, proceder a la digitalización de sus fondos para ofrecerlos al público mediante un servicio de acceso, consulta y/o descarga telemática en las condiciones referidas de una licencia pública general del tipo *creative common*?

Es esta una posibilidad barajada desde algunos de estos centros que, amparados en su función de promoción cultural y científica, consideran que su labor consiste en hacer llegar al público sus fondos de todas las maneras posibles. A estos fines, desde hace algunos años surgió un movimiento que pretendía equiparar los servicios de puesta a disposición en línea de forma gratuita de los fondos de bibliotecas, fonotecas, archivos etc., con el préstamo público tradicional, el cual, como es sabido, se excluye del derecho exclusivo de distribución mediante una excepción legal expresa (cfr. art. 37.2 TRLPI).

Comenzó a hablarse a este respecto de «mediotecas virtuales» y de «préstamos virtuales». Sin embargo, como vamos a demostrar a continuación, desde el punto de vista

estrictamente jurídico resulta imposible hablar de préstamo virtual y, además, si éste fuera admitido (realmente sería una comunicación pública gratuita), con ello se estaría creando un servicio paralelo que haría la competencia desleal a los servicios de difusión de contenidos de pago, que constituyen la base del comercio electrónico directo o en línea, frustrando la normal explotación de las obras y prestaciones en línea y los legítimos intereses económicos de los titulares de derechos. Con lo cual, como vamos a ver, si las bibliotecas y centros similares quieren implementar servicios de puesta a disposición a distancia de obras y prestaciones, sea con condiciones muy amplias del tipo de la licencia pública general o con condiciones más restringidas de una simple licencia de uso para consulta en pantalla y/o descarga de todo o parte de la obra, deberán recabar las oportunas licencias de los titulares de derechos o de las entidades de gestión que tengan entre sus competencias la concesión de licencias en ese sentido. De lo contrario, ese tipo de servicios sólo podrán incluir obras y prestaciones en las que la protección haya caducado y que se encuentren por tanto en el dominio público.

### **EL LLAMADO PRÉSTAMO VIRTUAL POR PARTE DE BIBLIOTECAS Y CENTROS ASIMILADOS: ENTRE LA DISPONIBILIDAD A DISTANCIA Y LA CONSULTA «IN SITU»**

Como es sabido, el complejo y sutil equilibrio de intereses que caracteriza el sistema de la propiedad intelectual se ha tornado aún más frágil tras el advenimiento de la nueva era digital, que ha supuesto una auténtica revolución en el terreno de la propiedad intelectual al permitir nuevas formas de creación, expresión, producción, difusión y comercialización de las obras y prestaciones protegidas. Además, con la eclosión, generalización y consolidación de las nuevas tecnologías y la aparición del fenómeno socioeconómico que conocemos hoy como Sociedad de la Información, se ha producido una creciente confrontación de los intereses en juego en el sistema de la propiedad intelectual: los de los creadores y la industria de la cultura, por un lado, y los intereses generales en torno a la libertad de expresión y el acceso a la cultura y a la información, por el otro; representados respectiva y principalmente por entidades de gestión colectiva, asociaciones de autores y de sectores industriales, por una parte, y por asociaciones de consumidores y usuarios u otros grupos de presión en defensa del acceso público y masivo a la cultura, la ciencia, la información y el simple ocio, por la otra. El incremento del grado de confrontación se ha debido en parte a una mayor reivindicación y defensa de los intereses de autores e industria cultural frente a las utilidades masivas de sus creaciones y prestaciones por parte del público aprovechándose del espectacular avance de las nuevas tecnologías en mecanismos de copia y transmisión de contenidos; y, por otra parte, a la reacción del público consumidor frente a un creciente proceso de «mercantilización» de la cultura por parte de los propios creadores y, sobre todo, de la industria del sector, que se aprovechan de la mayor demanda de bienes culturales provocada precisamente por la difusión de las nuevas tecnologías y por la posibilidad que éstas ofrecen a los titulares de derechos para explotar masivamente sus creaciones y prestaciones a través de redes telemáticas de comunicación como Internet implementado además mecanismos tecnológicos de control de acceso y copia de las mismas.

En un mundo donde el acceso a la información y a la cultura se convierten en un valor de primer orden, parece evidente que no puede dejarse su protección, promoción y difusión al albur del mercado. Si la cultura, la ciencia y la información se comercializan al máximo, ha de tenerse en cuenta que no todo el mundo tendrá la capacidad ni los medios suficientes para acceder a la misma, lo cual obstaculiza uno de los objetivos básicos del

Estado Social y Democrático de Derecho como es el de la igualdad de oportunidades y la promoción activa de la cultura y la información por los poderes públicos. Ahora bien, facilitar al máximo el acceso a materiales protegidos puede provocar el efecto contrario, esto es, la absoluta desconsideración de los derechos de propiedad intelectual por parte del gran público que tiene fácil acceso a mecanismos de reproducción digital y de transmisión y de difusión telemática a cualquier parte del mundo incluso de forma anónima, provocando un efecto de copia masiva en cadena como demuestran las polémicas plataformas P2P. Así pues, se hacen necesarias normativas específicas que busquen y encuentren el adecuado equilibrio entre la protección de los intereses privados que se dan cita en la generación de esos bienes culturales o informacionales y de los intereses generales en conseguir un acceso adecuado, colectivo y equilibrado a los mismos.

En este contexto debemos analizar el concepto y régimen jurídico aplicable a las actividades de reproducción digital y el llamado préstamo virtual que llevan a cabo las denominadas *mediotecas virtuales*. Y en particular el alcance que deba atribuirse a la excepción de reproducción y préstamo público prevista en el art. 37 TRLPI para el entorno digital.

La tecnología digital provoca una desidentificación entre la obra o prestación y su soporte tradicional (por ejemplo, obra literaria-libro; obra musical y fonograma-disco), de manera que los mismos soportes digitales tangibles (CD, CD-ROM, DVD...) o intangibles (archivo electrónico almacenado en el disco duro de un equipo informático), sirven para representar todo tipo de información susceptible de ser digitalizada. Por ello, al igual que la industria tiende a diversificarse convirtiéndose en empresas plurimediatas, las bibliotecas y el resto de instituciones culturales tienden también a convertirse en depósitos de almacenamiento de información de distinta naturaleza. De ahí esa noción evolutiva de *medioteca*.

Actualmente, las técnicas de reproducción y los modernos servicios de teledocumentación aportados por la tecnología digital, permiten la digitalización masiva de los fondos de bibliotecas y otros centros de documentación, educativos o culturales públicos o privados, y la puesta a disposición y acceso a distancia a esos fondos mediante transmisiones en línea desde un ordenador-servidor al ordenador o equipo receptor del usuario (*bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas y museos.....mediotecas virtuales*). Esto ha llevado en más de una ocasión a asimilar esa actividad de puesta a disposición on line de los recursos de bibliotecas y otros centros culturales con el préstamo de ejemplares como modalidad de distribución de obras y prestaciones, apareciendo así una modalidad de préstamo inmaterial *on line* junto al tradicional préstamo *off line* de ejemplares.

A estos efectos, durante un tiempo se llegó a proponer la aplicación *mutatis mutandis* del límite o excepción de libre reproducción y préstamo previsto en el art. 37 TRLPI a la actividad digital desarrollada por bibliotecas y otras instituciones culturales. Sin embargo, pronto surgieron las primeras reservas: menos en la aplicación de la excepción al derecho de reproducción (art. 37.1 TRLPI), contemplándose la posibilidad de una extensión de la misma a las reproducciones digitales de los materiales de las instituciones beneficiarias realizadas exclusivamente para fines de investigación y sin fines de lucro o comerciales directos o indirectos; muchas más en relación con la excepción prevista para el préstamo público (art. 37.2 TRLPI), por cuanto la aplicación analógica de ésta al entorno de las denominadas *mediotecas virtuales*, es decir, al denominado préstamo virtual, choca con importantes e insalvables obstáculos conceptuales y de política jurídica.

Parece que la redacción actual del art. 37.1 TRLPI serviría para dar cobertura suficiente a las instituciones beneficiarias para realizar reproducciones digitales con fines de investigación y no lucrativos, tanto para fines internos (mejora de los servicios de archivo, depósito y conservación de información) como externos (procurar copias analógicas y/o digitales a los usuarios-investigadores), si bien las facilidades de copia y transmisión de los materiales digitales llevarían implícito en sí mismo el reproche de antijuricidad recogido en la prueba de las tres fases como límite último a la aplicación de las excepciones al derecho exclusivo, pues parece evidente que la facilitación de reproducciones digitales en formato disquete, CD o similar por las instituciones culturales a sus usuarios genera siquiera potencialmente un importante riesgo de copia y transmisión en cadena que perjudicaría claramente la normal explotación de la obra o prestación y los legítimos intereses de sus titulares, por lo que debería estar expresamente autorizado por los titulares de derechos.

Por su parte, el art. 37.2 TRLPI recoge una excepción legal al préstamo público en cuanto acto típico de distribución de obras y prestaciones que queda dentro del derecho exclusivo de distribución de autores y titulares de derechos afines, lo cual implica la puesta a disposición de la obra o prestación a través de ejemplares. Sin embargo, en el mal llamado préstamo on line la puesta a disposición del público gratuita de obras y prestaciones por parte de entidades que realizan labores culturales, educativas y científicas no constituye técnicamente una actividad de préstamo, ya que no se produce una cesión gratuita del uso de ejemplares de una obra o prestación por tiempo limitado. Realmente estaríamos ante un acto de explotación mixto de obras y prestaciones que consiste en una digitalización previa del material protegido y en el almacenamiento en un equipo informático servidor para su posterior puesta a disposición del público mediante una transmisión en línea temporal y gratuita o semi-gratuita por medio de redes telemáticas. Es decir, no nos situamos en el terreno de la distribución mediante préstamo de ejemplares, sino en el plano de la reproducción digital (digitalización y almacenamiento o *uploading*) y del nuevo derecho de puesta a disposición del público en cuanto modalidad del derecho de comunicación al público.

En suma, cuando se habla de *préstamo en línea* a distancia realmente nos estamos situando en la órbita de los actos de reproducción y de comunicación pública en el plano técnico o jurídico-formal, a pesar de que desde una perspectiva económico-social o jurídico-material se pueda apreciar la razón de ser de la idea genérica de préstamo. En consecuencia, tales actividades de préstamo on line, o mejor, de puesta a disposición en línea gratuita de materiales protegidos por parte de bibliotecas y centros similares, quedarían fuera del alcance de la excepción del art. 37.2 TRLPI y sujetas, por tanto, a la expresa autorización de los titulares y derechohabientes, resultando intolerable una aplicación analógica que en la práctica conduciría a una interpretación extensiva de la excepción incluso más allá de su campo de actuación natural (el derecho de distribución). Sería necesaria la celebración de contratos de licencia entre las bibliotecas o centros similares y los titulares de derechos (o con las entidades de gestión colectiva) que autorizaran un uso colectivo (mayor o menor) de las obras y prestaciones por parte del público usuario de estos centros a cambio de una remuneración preestablecida en función de diferentes parámetros.

Ante esta situación determinados colectivos representantes de los intereses de bibliotecas, archivos y otras instituciones insistieron desde muy pronto en la necesidad de una reforma legal que -por la vía de las excepciones al derecho de propiedad intelectual- permitiera a estas entidades valerse de las nuevas tecnologías de la información para desarrollar sus actividades a distancia fuera de sus establecimientos e instalaciones.

Reclamación esta que difícilmente podría ser atendida desde un plano de racionalidad político-jurídica y jurídico-técnica, pues permitir libremente el préstamo a distancia en línea, esto es, la puesta a disposición en línea o transmisión gratuita de los fondos digitalizados de bibliotecas, archivos, museos y otras instituciones culturales pondría claramente en serio peligro (por las facilidades de copia y transmisión que las nuevas tecnologías ponen al alcance del público en general) el normal desarrollo de la explotación de las obras y prestaciones protegidas causando un perjuicio injustificado a los legítimos intereses de los titulares de derechos (art. 40 bis TRLPI, ex art. 13 ADPIC). Una disposición legal en ese sentido no sólo rompería el inestable equilibrio entre derechos exclusivos y excepciones característico del derecho de propiedad intelectual, sino que vendría también a consagrar un servicio o actividad claramente desleal con las actividades de explotación económica de los titulares y derechohabientes. Cuestión distinta sería permitir a estas instituciones prevalerse de las posibilidades conferidas por las nuevas tecnologías para facilitar el acceso y consulta de sus fondos y materiales exclusivamente por medios digitales pero dentro del mismo establecimiento o local de la institución.

En la Directiva 2001/29/CE (DDASI) el legislador comunitario ofrece una solución que, con la vista puesta siempre en la barrera preventiva que constituye la prueba de las tres fases, intenta cohesionar los beneficios asociados a las nuevas tecnologías de la información en las tareas propias de las instituciones culturales con el escrupuloso respeto a los derechos e intereses de los titulares de derechos de propiedad intelectual, autorizando a los Estados miembros a establecer en sus ordenamientos internos excepciones a los derechos de reproducción y de comunicación al público que faciliten el acceso de las instituciones difusoras de la cultura a las nuevas tecnologías de la información sin dañar los intereses de los titulares de derechos.

Así, de una parte, el art. 5.2 c) DDASI permite a los Estados miembros establecer excepciones o limitaciones en relación con los actos específicos de reproducción efectuados por bibliotecas, centros de enseñanza, archivos o museos accesibles al público que no tengan intención de obtener un beneficio económico o comercial directo o indirecto. Habrá que entender que la excepción comprende tanto reproducciones analógicas como reproducciones digitales (incluyendo la digitalización de fondos analógicos y su almacenamiento en servidores informáticos para su archivo, consulta y recuperación), ya que la noción de reproducción ofrecida por el art. 2 DDASI es común para todas las modalidades de reproducción.

De otra parte, el art. 5.3. n) DDASI permite a los Estados miembros establecer una nueva excepción a los derechos de reproducción y comunicación al público (pensando en la modalidad de puesta a disposición a la carta) para que las bibliotecas, archivos, centros de enseñanza o museos abiertos al público que no tengan intención de obtener un beneficio económico o comercial directo o indirecto puedan comunicar o poner a disposición de personas concretas del público (se entiende que sus usuarios), a efectos de investigación o de estudio personal, las obras y prestaciones que figuren en sus colecciones, únicamente a través de terminales especializados instalados en los locales de sus establecimientos (es decir, consulta *in situ*) y sólo en los casos en que esas obras y prestaciones no sean objeto de condiciones de adquisición o de licencia.

Nos encontramos, pues, por una parte, con una excepción al derecho de reproducción para permitir actos de reproducción digital en bibliotecas y centros análogos en la que no se delimita su alcance preciso, lo cual puede dar lugar a diferentes interpretaciones. Si par-

timos del tenor literal del vigente art. 37.1 TRLPI podría defenderse que las bibliotecas e instituciones similares podrían realizar reproducciones digitales de sus fondos y materiales tanto con fines internos de depósito, archivo y conservación, como para ponerlas a disposición de sus usuarios sea por medio de copias analógicas (impresión y reprografía), sea a través de soportes tangibles digitales (CD, disquete, DVD, etc.), siempre que lo hicieran sin ánimo de lucro y con fines de investigación.

Ahora bien, entiendo que así como las reproducciones internas podrían admitirse sin problemas para potenciar y mejorar los servicios propios de estas instituciones y las reproducciones analógicas (fotocopias) sobre materiales previamente digitalizados podrían admitirse en función de las características concretas del servicio, el ofrecimiento de reproducciones digitales en soportes tangibles electrónicos chocaría frontalmente con las condiciones previstas en la prueba de las tres fases, determinando así su antijuridicidad. Debería tenerse en cuenta, además, que si el art. 5.2 n) DDASI sólo permite la puesta a disposición en línea de contenidos protegidos en terminales especializados situados en los locales de la institución cultural, podría deducirse la intención del legislador de no incluir en el ámbito de la excepción al derecho de reproducción el ofrecimiento a los usuarios de reproducciones digitales para ser enviadas mediante fax o correo electrónico. Sustenta además esta interpretación la indicación contenida en el Cdo. nº 40 del Preámbulo de la DDASI en el sentido de que la excepción al derecho de reproducción a favor de determinados establecimientos «no debe aplicarse a las utilizaciones realizadas en el contexto de la entrega en línea de obras o prestaciones protegidas».

No obstante, ante las muchas dudas suscitadas, el legislador nacional que decida incorporar esta excepción al ordenamiento interno debería precisar las condiciones de la misma para evitar interpretaciones demasiado amplias susceptibles de perjudicar de manera clara los intereses de los titulares de derechos. En este sentido, el art. 13º BALR contempla una modificación del art. 37 TRLPI, indicando en su apartado a) que las instituciones mencionadas en el mismo podrán llevar a cabo sin autorización del titular de los derechos la reproducción, sin finalidad lucrativa, para fines de conservación o investigación, siempre que éstos le fueran reconocidos como propios a la institución en su normativa correspondiente, sin incluir precisiones de ningún tipo sobre el alcance que pueda darse a la reproducción digital, por lo que debería corregirse antes de su definitiva aprobación.

Por otra parte se establece una excepción al derecho de comunicación al público en su modalidad de puesta a disposición en línea (*on demand*), con la particularidad de que la puesta a disposición autorizada se puede producir únicamente en una red de difusión interna que conecte un ordenador servidor con los terminales individuales colocados en el propio establecimiento (esto es, una Intranet) para su consulta exclusivamente *in situ* o en sala. En el caso de una Intranet no puede alegarse que estemos dentro de un ámbito estrictamente doméstico, toda vez que la Intranet supone en todo caso que la comunicación interna está integrada o conectada a una red de difusión, en el sentido apuntado por el art. 20.1, II in fine TRLPI. Naturalmente, como se adelantó antes, la realización de este tipo de actividad no requiere solamente una excepción al derecho de comunicación al público sino también una excepción al derecho de reproducción, ya que la puesta a disposición en línea para consulta en sala requiere previamente una digitalización de los materiales protegidos (caso que su formato original no sea digital), su posterior almacenamiento en un ordenador o equipo informático servidor y, finalmente, una reproducción electrónica provisional en la memoria RAM de cada terminal para permitir la visualización y/o

audición en que consiste la consulta en sala. En esta línea, el art. 13º BALR añade un inciso final en el apartado a) del art. 37 TRLPI para indicar que será lícita (es decir, quedará incluida dentro de la excepción de reproducción para bibliotecas y otras instituciones análogas) la reproducción necesaria para llevar a cabo la comunicación o puesta a disposición para consulta a la que se refiere el apartado c), que incluye dentro de la excepción la comunicación o puesta a disposición a personas concretas del público, mediante red cerrada interna y a través de terminales especializados instalados en los locales de los propios establecimientos destinados a tal fin, de las obras ya divulgadas que figuren en sus propias colecciones, siempre y cuando la utilización sea a los exclusivos efectos de investigación y las obras afectadas no sean objeto de condiciones de adquisición o de licencia.

Ahora bien, el art. 5.2 n) DDASI indica en su inciso final que las instituciones beneficiarias de esta excepción a los derechos de reproducción y de comunicación al público sólo podrán poner a disposición del público las obras y prestaciones «que no sean objeto de condiciones de adquisición o de licencia»; circunstancia ésta última que restringe sustancialmente el alcance de la excepción, que tendrá que limitarse prácticamente a obras y prestaciones que no se encuentren a disposición del público en los cauces ordinarios de distribución-adquisición o de comercialización en línea. Téngase en cuenta que si se impide la digitalización y puesta a disposición del público de obras y prestaciones que sean objeto de adquisición y licencia realmente se está impidiendo utilizar por las bibliotecas y los otros centros de difusión de la cultura, todos los materiales protegidos plasmados en soportes tangibles (ejemplares analógicos o digitales) que estén a la venta en el mercado (no descatalogados) o que se comercialicen a través de las fórmulas de licencias de uso del tipo shrink wrap o paquetizadas (como sucede habitualmente con los programas de ordenador, las bases de datos electrónicas y cada vez más con las obras y productos multimedia), así como todos los materiales que se comercialicen en línea a través de Internet u otras infopistas mediante el sistema de las licencias de uso clic wrap. Eso significa que sólo quedarían dentro de la excepción de consulta in situ en instituciones culturales las obras y prestaciones protegidas que formen parte del fondo de las mismas que ya no estuvieran en el mercado en régimen de venta o de licencia, los materiales descatalogados y aquellos en que hubiera caducado la protección por transcurso del plazo de protección.

Puede decirse, para concluir, que en la relación de tensión mantenida en este punto entre los partidarios del acceso a la cultura y los del respeto de los derechos de propiedad han vencido claramente estos últimos. Sin duda, por la imperiosa necesidad sentida por el legislador comunitario de fomentar el crecimiento y consolidación de una sociedad de la información y un comercio electrónico de calidad, para lo cual se hace imprescindible la protección rigurosa de los derechos de propiedad intelectual frente al riesgo palpable de reproducción y puesta a disposición mediante ejemplares o en línea de las obras y prestaciones digitalizadas.

En definitiva, fuera del caso mencionado de consulta in situ, cualquier iniciativa por parte de bibliotecas, archivos, etc., es decir, por parte de las llamadas mediotecas virtuales de poner a disposición del público en línea y a distancia (fuera de su establecimiento) sus catálogos o fondos digitalizados, tendrá que hacerse previa obtención de las oportunas licencias de explotación de los titulares y derechohabientes. Licencias que, obviamente, ante la imposibilidad de ser gestionadas directamente con cada uno de los titulares y derechohabientes afectados, parece lo más lógico que se tramiten directamente ante la entidad o entidades de gestión pertinentes.

Sin embargo, si una biblioteca u otro centro similar de los mencionados en el art. 37 TRLPI quisiera optar por difundir sus fondos a través de un modelo de licencia pública general, sólo podría hacerlo recabando la autorización directamente de cada uno de los titulares de derechos afectados, dado que ese tipo de licencias comprende la cesión no exclusiva de todos los derechos patrimoniales, incluido el de transformación, y no parece razonable que tan amplia autorización pueda ser concedida sin más por una entidad de gestión, sin perjuicio de que ésta pueda actuar de intermediario en la negociación.

En definitiva, ese tipo de iniciativas por parte de bibliotecas, archivos, etc., sólo podrá hacerse efectiva con la amplitud que requiere un servicio de este tipo sobre los fondos digitalizados de las mismas en que haya caducado la protección por derechos de autor y/o por derechos afines, es decir, que se encuentren ya en el dominio público. Aunque en estos casos pueden producirse problemas con el debido respeto que el uso de las obras en dominio público debe guardar al derecho de paternidad y sobre todo de integridad de la obra, de manera que será difícil que los usuarios puedan alterar las obras originales creando obras derivadas que supongan una alteración de la estructura original de la obra, pues aunque haya fallecido el autor el ejercicio de los derechos morales de paternidad e integridad podrá ser ejercitado (es decir, exigir su debido respeto) por sus herederos legítimos (y los herederos posteriores de éstos) o por la persona natural o jurídica (por ejemplo, una fundación) a la que el autor hubiera confiado expresamente esa labor por disposición de última voluntad (testamento) (cfr. art. 15.1 TRLPI).

En definitiva, se antoja difícil que las bibliotecas e instituciones similares puedan difundir sus fondos en régimen de licencia pública general si no es con el consentimiento expreso de los titulares de derechos o de sus derechohabientes. Las peculiaridades de la licencia pública general, sobre todo en lo que respecta a la transformación de la obra original para crear obras derivadas o incluirla en obras colectivas, exige una renuncia expresa y consciente de los derechos de autor por parte del creador o derechohabiente de la obra o bien la concesión de una licencia pública general por el mismo autor o su permiso para que un tercero ofrezca sus obras al público bajo ese tipo de licencia.

---

<sup>1</sup> Véase, a estos efectos, la información disponible en los sitios ISBN (en línea). <<http://www.isbn.org>> (Consulta: 6 de septiembre de 2004) e ISSN (en línea). <<http://www.issn.org>> (Consulta: 6 de septiembre de 2004).

<sup>2</sup> *Digital Object Identifier* (en línea) <<http://www.doi.org>> (Consulta: 6 de septiembre de 2004).

<sup>3</sup> Tratado OMPI sobre Derecho de autor (en línea) <<http://www.ompi.int/treaties/ip/copyright/index-es.html>> (Consulta: 6 de septiembre de 2004).

<sup>4</sup> Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF o WPPT) (en línea) <<http://www.ompi.int/treaties/ip/performances/index-es.html>> (Consulta: 6 de septiembre de 2004).

<sup>5</sup> *U.S. Digital Millenium Copyright Act* (en línea) <<http://www.loc.gov/copyright>> (Consulta: 6 de septiembre de 2004).

<sup>6</sup> 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 (en línea)

<[http://europa.eu.int/eur-lex/es/lif/reg/es\\_register\\_1720.html](http://europa.eu.int/eur-lex/es/lif/reg/es_register_1720.html)> (Consulta: 6 de septiembre de 2004).

<sup>7</sup> *Free Software Foundation* (en línea) <<http://www.gnu.org/>> (Consulta: 6 de septiembre de 2004).

<sup>8</sup> *Center for the Public Domain* (en línea) <<http://www.centerforthepublicdomain.org/>> (Consulta: 6 de septiembre de 2004).

<sup>9</sup> *Creative Commons* (en línea) <<http://www.creativecommons.org>> (Consulta: 6 de septiembre de 2004).

<sup>10</sup> *Bufete Almeida* (en línea) <<http://www.bufetealmeida.com/ccd.htm>> (Consulta: 6 de septiembre de 2004).