

# ***Copyleft: una apuesta por la libre circulación de las ideas.***

*(Dossier crítico sobre copyright, patentes, propiedad intelectual y modelos de gestión del conocimiento)*

Versión 0.1



**Marc Montañés - Enero 2004**

*This work is licensed under the Creative Commons ShareAlike License. To view a copy of this license, visit*

*<http://creativecommons.org/licenses/sa/1.0/>*

*or send a letter to Creative Commons, 559 Nathan Abbott Way, Stanford, California 94305, USA.*



Contenidos :

## 1.- Introducción

## 2.- Textos

*“Vender vino sin botellas: la economía de la mente en la Red Global”, John Perry Barlow*

*“Repensar los derechos de autor. Defensa de la lectura socializada frente a los nuevos peajes de la cultura”, Hervé Le Crosnier*

*“Copyright y maremoto”, Wu Ming 1*

*“Copiar, robar, mandar”, César Rendueles*

*“El copyleft explicado a los niños”, Wu Ming 1*

*“El anillo de oro: Inteligencia colectiva y propiedad intelectual”, Pierre Lévy*

*“Y la información será libre... ¿o no?”, Pedro de las Heras Quirós y Jesus M. González Barahona*

*“216 segundos de mirada: la justificación económica del copyleft”, José Cervera*

*“Introducción a la propiedad intelectual”, Jorge Nonius.*

*“El derecho a leer”, Richard Stallman*

*“Making Copyright Ambidextrous: An Expose of Copyleft”, Maureen O’Sullivan, Teaching Assistant, University of Warwick*

## 3.- Links

## 1.- Introducción

Hay vida más allá del copyright restrictivo. Y ello pese a las amenazas, las persecuciones y las apocalípticas declaraciones de quienes –como la SGAE, la BSA o la RIAA– viven de mercantilizar y explotar toda expresión del pensamiento humano y de convertir en escasos bienes infinitos. A pesar de estos corsarios<sup>1</sup> de la creación ajena, que fomentan la escasez de modo artificial, la era de la abundancia ha llegado al menos al ámbito de la producción intelectual y hay posibilidades reales de estimular la creación, de romper la “brecha digital”, de compartir el conocimiento, la cultura y el arte, de vivir de las creaciones propias, de replantear la industria, y todo ello sin necesidad de cercenar derechos básicos de la ciudadanía ni de endurecer el código penal, ni de criminalizar la cooperación mutua o penalizar la libre circulación del saber.

Los beneficiarios de la restricción del derecho de copia tratan de negarlo, de ocultarlo, de criminalizarlo, pero mal que les pese existe todo un ámbito al que denominaremos “procomún”<sup>2</sup> –recuperando un viejo vocablo castellano que se refiere a aquellos campos cuyo aprovechamiento se realiza de forma comunal–, que ha existido siempre en forma de expresiones de cultura popular y que hoy alcanza todo su apogeo con la cultura digital. Deseamos poner en el centro del debate público el hecho de que estamos cada vez mas inmersos en una economía global cuya base material son bienes que no asumen ninguna forma material. Con esto se están modificando las reglas del juego que han caracterizado a la distribución de los bienes culturales y artísticos en los dos últimos siglos, basada en las leyes de copyright y de patentes. Pensar que el mismo sistema legal ideado para el mundo físico puede imponerse para un entorno fundamentalmente distinto como el ciberespacio es una torpeza de proporciones epocales que ya estamos pagando todos, en forma de leyes injustas, de prácticas empresariales abusivas y de la criminalización de la inmensa mayoría de la población, a la que se considera “pirata” en potencia. Con políticas restrictivas y de beneficio de los poseedores de patentes de corso, no se fomenta la creación, sino que se envenena la convivencia, se secan las fuentes de la innovación y se dificulta la innovación. Eso sí: se engordan las cuentas corrientes de los abogados y de las corporaciones.

La “propiedad intelectual” no es una mercancía como cualquier otra, porque implica siempre una comunidad de continuidad histórica, que da sentido y valor a la obra en cuestión, y porque las ideas no están sujetas al principio de escasez que convierte a las cosas en mercancías. ¿En nombre de qué se puede limitar el acceso a “bienes infinitos”, como melodías, algoritmos, textos, programas de software, etc., cuando nada de ello se “gasta”? Roto el contrato social que justificaba la protección del copyright y las patentes, en el contexto de la imprenta, la restricción de la propiedad vuelve a ser cosa de fuerza bruta, de litigios, de amenazas, de penas. Los abogados de las multinacionales discográficas o editoras y, en general, los defensores de restringir los derechos del público –el mismo público al que amenazan, roban y extorsionan, el mismo público a partir del cual han amasado fortunas inmensas– actúan como si el tiempo pudiera detenerse, como si hubiese que perpetuar la era de la escasez solo para conservar un modelo industrial y cultural ineficiente, desigual y explotador, como si se pudiesen obviar las posibilidades que actualmente tenemos y que nos permiten vivir en una era de la abundancia y de la libertad al menos en el ámbito de lo inmaterial. El modelo del software libre es especialmente revelador: piezas de altísima calidad elaboradas por cerebros conectados por red de los cinco continentes, composición y colaboración en una obra conjunta gracias a un formato infinitamente flexible, etc. El software libre, y todos los ejemplos de cooperación sin mando que podamos imaginar, serían imposibles de hecho y de derecho si triunfasen los modelos propietarios en todos los territorios creativos y existenciales.

Nuestro propósito con estas jornadas (y de rebote con este dossier) es fundamentalmente analítico, pues creemos que el conocimiento debe preceder a la acción y que la acción debe ir siempre ligada a un contexto y un propósito concretos. Pero también queremos que los encuentros sirvan para elaborar colectivamente dispositivos prácticos que permitan la libre circulación de las ideas y defiendan la creación colectiva, demostrando en la práctica que hay posibilidades mucho más eficientes que la restricción de los derechos de copia y que la defensa de la creación colectiva no debe pasar por criminalizar a la ciudadanía entera como potencialmente sospechosa de realizar copias no autorizadas.

Deseamos facilitar las mejores herramientas críticas y analíticas para comprender hasta qué punto han cambiado las nociones de propiedad, valor y posesión, así como la naturaleza misma de la riqueza. Pocas personas son conscientes de este cambio, y casi ninguna de ellas son abogados o tiene cargos públicos. Quienes sí advertimos estos cambios debemos preparar respuestas ante la confusión legal y social que irá estallando a medida que los esfuerzos por proteger las nuevas formas de propiedad con viejos métodos se vuelvan cada vez más vanos y, en consecuencia, más arbitrarios y más brutales.

¿Qué hacer? Puede que haya quien piense que no queda hacer otra cosa más que bailar sobre la tumba del copyright, sin embargo esto solo hace que perder energías y legitimar la batería de medidas represivas, pero es que además el muerto está todavía muy vivo. Se trata, y es uno de los objetivos de los encuentros, de elaborar colectivamente herramientas conceptuales y dispositivos prácticos que permitan simultáneamente una crítica práctica de la propiedad intelectual y la creación colectiva de obras que puedan circular libremente.

Pensamos que permitir que se distorsione la ley y las tecnologías informáticas y de comunicación humana con el único fin de proteger los intereses de los propietarios de copyrights es recompensar a los monopolios y dar por buenas las prácticas

de quienes tienen como único interés lucrarse a costa de todo el mundo, a costa de la producción intelectual y artística. Los propietarios de los derechos, las corporaciones y las sociedades de gestión, con la anuencia de jueces y legisladores, pretenden imponer el peor de los proteccionismos económicos: el que es capaz de empobrecer a su propia sociedad para el beneficio de alguna industria local no eficiente. ¿Por qué deberíamos permitir que se restrinjan libertades fundamentales, arriesgar la libertad de expresión y de publicación, el progreso científico, los derechos del consumidor, el poder compartir cosas y cooperar libremente con otras personas para beneficiar a empresas solo interesadas en su propio lucro? ¿Porque alguien puede hacer en un momento dado una copia ilegal? Parece una excusa demasiado endeble.

Con este dossier de textos tan solo pretendemos ayudar a crear ese marco analítico crítico que nos ayude a desenmarañar la, desde nuestro punto de vista falsa, afirmación de que el copyright restrictivo es lo que permite a los autores vivir de sus ideas y que esto favorece a la sociedad en su conjunto pues estimula la creación.

Os animamos encarecidamente a que leáis el dossier y disfrutéis tanto leyéndolo como nosotros lo hemos hecho construyéndolo.

Un saludo.

## 2.- Textos

# Vender vino sin botellas la economía de la mente en la Red Global

John Perry Barlow

En marzo de 2004 se cumplen diez años desde que este artículo -absolutamente pionero y que fijó las bases para una crítica eficaz a la propiedad intelectual en la era digital- vio la luz en papel, en la revista *Wired* con el título «The Economy of Ideas».<sup>1</sup> Desde entonces ha sido citado y reproducido innumerables veces y se ha convertido en una referencia imprescindible para una crítica cabal a quienes tratan de imponer el viejo modelo de la propiedad intelectual y del copyright a Internet y a toda obra digital. Muchas de sus previsiones han resultado asombrosamente certeras y, pese al tiempo transcurrido, el artículo conserva su vigencia en lo fundamental. Sin embargo, en castellano solo ha aparecido (que sepamos) en un especial de la revista *El Paseante* (nº 27-28), titulado «La revolución digital y sus dilemas», publicado en 1998 y por tanto bastante difícil de encontrar hoy en día. Además, era una traducción incompleta pues, por causas que desconocemos, se publicó con sensibles recortes. Aparte de la de *El Paseante*, no existe ninguna otra traducción castellana en la Red, por lo que, con motivo de los diez años de su publicación en *Wired*, hemos decidido ponerla disponible, revisando la traducción cuidadosamente, corrigiendo algunas erratas y errores de interpretación y traduciendo todos los fragmentos (nada menos que doce párrafos) que no se incluyeron en la traducción original, trabajo este último que hay que agradecer a Raúl Sánchez. También hemos devuelto al texto su estructura original, basándonos en la versión publicada por la EFF.<sup>2</sup> Las notas a pie de páginas son todas de esta edición.



Si la naturaleza ha creado alguna cosa menos susceptible que las demás de ser objeto de propiedad exclusiva, esa es la acción del poder del pensamiento que llamamos idea, algo que un individuo puede poseer de manera exclusiva mientras la tenga guardada. Sin embargo, en el momento en que se divulga, se fuerza a sí misma a convertirse en posesión de todos, y su receptor no puede desposeerse de ella. Su peculiar carácter es también tal que nadie posee menos de ellas porque otros posean el todo. Aquel que recibe una idea mía, recibe instrucción sin mermar la mía, del mismo modo que quien disfruta de mi vela encendida recibe mi luz sin que yo reciba menos. El hecho de que las ideas se puedan difundir libremente de unos a otros por todo el globo, para moral y mutua instrucción de las personas y para la mejora de su condición, parece haber sido concebido de manera peculiar y benevolente por la naturaleza, cuando las hizo, como el fuego, susceptibles de expandirse por el espacio, si ver reducida su densidad en ningún momento y, como el aire, en el que respiramos, nos movemos y se desarrolla nuestro ser físico, incapaz de ser confinadas o poseídas de manera exclusiva. Las invenciones, pues, no pueden ser, por su naturaleza, sujetas a propiedad.

- THOMAS JEFFERSON

En todo el tiempo que llevo recorriendo el ciberespacio, sigue sin haberse resuelto un inmenso interrogante que se halla en la raíz de casi todas las tribulaciones legales, éticas, gubernamentales y sociales que se plantean en el mundo virtual. Me refiero al problema de la propiedad digitalizada.

El acertijo es el siguiente: si nuestra propiedad se puede reproducir infinitamente y distribuir de modo instantáneo por todo el planeta sin coste alguno, sin que lo sepamos, sin que ni siquiera abandone nuestra posesión, ¿cómo podemos protegerla? ¿Cómo se nos va a pagar el trabajo que hagamos con la mente? Y, si no podemos cobrar, ¿qué nos asegurará la continuidad de la creación y la distribución de tal trabajo?

Puesto que carecemos de una solución a lo que constituye un desafío completamente nuevo, y al parecer somos incapaces de retrasar la galopante digitalización de todo lo que no sea obstinadamente físico, estamos navegando hacia el futuro en un barco que se hunde.

Esta nave, el canon acumulado del copyright y la ley de patentes, se creó para transportar formas y métodos de

expresión completamente distintos de la vaporosa carga que ahora se le pide que lleve. Hace aguas por dentro y por fuera.

Los esfuerzos legales para que el viejo barco se mantenga a flote revisten tres formas: una frenética reordenación de las sillas de cubierta, firmes avisos de que si la nave se hunde habrán de enfrentarse a duros castigos criminales y una actitud fría y serena que se desentiende del problema.

La legislación de propiedad intelectual no se puede remendar, adaptar o expandir para que contenga los gases de la expresión digitalizada, de la misma manera que tampoco se puede revisar la ley de bienes inmuebles para que cubra la asignación del espectro de la radiodifusión. (Lo que, de hecho, se parece mucho a lo que se intenta hacer aquí.) Tendremos que desarrollar un conjunto completamente nuevo de métodos acorde con este conjunto enteramente nuevo de circunstancias.

La mayoría de la gente que crea software -programadores, hackers y navegantes de la Red- ya lo sabe. Por desgracia, ni las compañías para las que trabajan ni los abogados que estas compañías contratan tienen la suficiente experiencia directa con bienes inmateriales como para entender por qué son tan problemáticos. Actúan como si se pudiera lograr que las viejas leyes funcionasen, bien mediante una grotesca expansión o por la fuerza. Se equivocan.

La fuente de este acertijo es tan simple como compleja su resolución. La tecnología digital está separando la información del plano físico, donde la ley de propiedad de todo tipo siempre se ha definido con nitidez.

A lo largo de la historia del copyright y las patentes, los pensadores han reivindicado la propiedad no de sus ideas sino de la expresión de las mismas. Las ideas, así como los hechos relativos a los fenómenos del mundo, se consideraban propiedad colectiva de la humanidad. En el caso del copyright se podía reivindicar la franquicia del giro exacto de una frase para transmitir una idea concreta o del orden de exposición de los hechos.

La franquicia se imponía en el preciso momento en que «la palabra se hacía carne» al abandonar la mente de su creador y penetrar en algún objeto físico, ya fuera un libro o cualquier artilugio. La posterior llegada de otros medios de comunicación comerciales distintos del libro no alteró la importancia legal de ese momento. La ley protegía la expresión y con pocas (y recientes) excepciones, expresar equivalía a convertir algo en un hecho.

Proteger la expresión física tenía a su favor la fuerza de la comodidad. El copyright funcionaba bien porque, a pesar de Gutenberg, era difícil hacer un libro. Es más, los libros dejaban a sus contenidos en una condición estática cuya alteración suponía un desafío tan grande como su reproducción. Falsificar o distribuir volúmenes falsificados eran actividades obvias y visibles, era muy fácil pillar a alguien. Por último, a diferencia de palabras o imágenes sin encuadernar, los libros tenían superficies materiales donde se podían incluir avisos de copyright, marcas de editor y etiquetas con el precio.

Aún era más apremiante patentar la conversión de lo mental a lo físico. Hasta hace poco, una patente era o bien una descripción de la forma que había que dar a los materiales para cumplir un determinado propósito, o una descripción de cómo se llevaba a cabo este proceso. En cualquiera de los dos casos, el quid conceptual de la patente era el resultado material. Si alguna limitación material impedía obtener un objeto con sentido, la patente se rechazaba. No se podía patentar una botella Klein ni una pala hecha de seda. Tenía que ser una cosa y la cosa tenía que funcionar.

De este modo, los derechos de la invención y de la autoría se vinculaban a actividades del mundo físico. No se pagaban las ideas sino la capacidad de volcarlas en la realidad. A efectos prácticos, el valor estaba en la transmisión y no en el pensamiento transmitido.

En otras palabras, se protegía la botella y no el vino.

Ahora, a medida que la información entra en el ciberespacio, hogar natural de la mente, estas botellas están desapareciendo. Con la llegada de la digitalización, es posible sustituir todas las formas previas de almacenamiento de información por una meta-botella: patrones complejos -y muy líquidos- de unos y ceros.

Incluso las botellas físico-digitales a las que nos hemos acostumbrado, los disquetes, CD-ROM y otros paquetes distintos de bits plastificados, desaparecerán cuando todos los ordenadores se enchufen a la red global. Si bien puede que Internet nunca incluya todas y cada una de las CPU del planeta, se duplica de año en año y cabe esperar que se convierta en el principal medio de transmisión de información y quizás, con el paso del tiempo, en el único.

Cuando esto ocurra, todos los bienes de la era de la información -todas las expresiones antaño contenidas en

libros, películas, discos o boletines informativos- existirán bien como pensamiento puro o como algo muy parecido al pensamiento: condiciones de voltaje que recorren la Red a la velocidad de la luz y que de hecho se podrían contemplar, como píxeles brillantes o sonidos transmitidos, pero nunca decir que se «poseen» en el antiguo sentido de la palabra.

## THE MEDIA

Always ready with new & better ways of not seeing what's in front of you.



Alguien podría objetar que la información seguirá necesitando algún tipo de manifestación física, como su existencia magnética en los titánicos discos duros de servidores lejanos, pero estas botellas carecen de toda forma macroscópicamente diferenciada o personalmente significativa.

También habrá quien sostenga que hemos estado tratando con expresiones sin embotellar desde la llegada de la radio, y estará en lo cierto. Pero durante casi toda la historia de la difusión audiovisual no ha habido ninguna manera práctica de capturar productos de software del éter electromagnético y reproducirlos con una calidad igual a la que ofrecen los paquetes comerciales. Esto ha cambiado solo recientemente y poco se ha hecho en términos legales o técnicos para abordar el cambio.

Que el consumidor pagara por los productos retransmitidos solía ser un asunto irrelevante. Los consumidores mismos eran el producto. Los medios de difusión sonora se financiaban vendiendo la atención de su público a los anunciantes o bien utilizando al gobierno para que estableciese el pago a través de impuestos o con la quejumbrosa mendicidad de las campañas anuales de recaudación de fondos.

Todos los modelos de apoyo a la difusión audiovisual son defectuosos. Casi sin excepciones, la financiación a través de los anunciantes o del gobierno ha contaminado la pureza de los productos transmitidos. En cualquier caso, el marketing directo está matando paulatinamente el modelo de financiación a través de anunciantes.

Los medios de difusión aportaron otro método para pagar un producto virtual: los derechos de autor que los difusores pagan a los autores de canciones a través de organizaciones como ASCAP y BMI. Pero, como miembro de ASCAP, puedo asegurarles que este no es un modelo que debamos emular. Los métodos de control son totalmente aproximativos. No hay ningún sistema paralelo de contabilidad en el flujo de ingresos. De verdad que no funciona. Se lo aseguro.

En todo caso, sin nuestros antiguos métodos para definir físicamente la expresión de las ideas, y en ausencia de nuevos métodos satisfactorios para la transacción no física, no sabemos cómo asegurar un pago fiable del trabajo mental. Para empeorar aún más las cosas, esto sucede en un momento en que la mente humana está sustituyendo a la luz solar y a los depósitos minerales como fuente principal de riqueza.

Es más, la creciente dificultad para endurecer las leyes existentes en torno al copyright y las patentes está ya poniendo en peligro la fuente última de la propiedad intelectual, el libre intercambio de ideas.

Esto es, cuando los artículos primarios de comercio de una sociedad se parecen tanto al habla que acaban por no distinguirse de ella, y cuando los métodos tradicionales de proteger la propiedad de los artículos se han vuelto ineficaces, intentar solucionar el tema aplicando la ley de modo más amplio y contundente constituirá una amenaza inevitable a la libertad de expresión.

La mayor limitación a las futuras libertades quizás no venga del gobierno sino de los departamentos jurídicos de las empresas, que intentan proteger con la fuerza lo que ya no se puede proteger mediante la eficiencia práctica o el consentimiento social general.

Cuando Jefferson y sus colegas de la Ilustración concibieron el sistema que se convirtió en la ley estadounidense del copyright, su objetivo primordial era asegurar la distribución generalizada del pensamiento, y no el beneficio. El beneficio era el combustible que habría de transportar las ideas a las bibliotecas y las mentes de su nueva república. Las bibliotecas comprarían libros, recompensando así a los autores por su trabajo de reunir unas ideas que, «imposibles de limitar» por otros medios, quedaban de este modo a la libre disposición del público. Pero ¿qué papel desempeñan las bibliotecas si no hay libros? ¿Cómo paga la sociedad la distribución de las ideas si no es cobrando por las ideas mismas?

Viene a complicar aún más la cuestión el hecho de que, junto a las botellas físicas donde ha residido la propiedad intelectual, la tecnología digital también está borrando las jurisdicciones legales del mundo físico y sustituyéndolas por los mares sin límites, y quizás para siempre sin ley, del ciberespacio.

En el ciberespacio no solo no hay límites nacionales o locales que acoten el escenario de un crimen y determinen el método de interponer una acción judicial, sino que tampoco hay claros acuerdos culturales sobre



qué pueda ser un crimen. Las diferencias básicas y no resueltas entre las concepciones culturales de Europa y Asia sobre lo que es propiedad intelectual solo pueden aumentar en una región donde numerosas transacciones se llevan a cabo en ambos hemisferios y, al mismo tiempo, en ninguno.

Las nociones de propiedad, valor y posesión, así como la naturaleza misma de la riqueza, están cambiando de forma más radical que en ningún otro momento desde que los sumerios horadaron la arcilla húmeda por vez primera con escritura cuneiforme y dijeron que era grano almacenado.

Muy pocas personas son conscientes de la magnitud de este cambio, y entre ellas aún menos son abogados o tienen cargos públicos. Quienes sí advierten estos cambios deben preparar respuestas ante la confusión legal y social que estallará a medida que los esfuerzos por proteger las nuevas formas de propiedad con viejos métodos se vuelvan cada vez más vanos y, en consecuencia, más insistentes. De la espada al escrito y al bit

## 1 De la espada al escrito y al bit

Hoy en día, la humanidad parece encaminada a crear una economía mundial cuya base fundamental son bienes que no asumen ninguna forma material. Con esto, quizás estemos eliminando toda conexión predecible entre los creadores y la justa recompensa a la utilidad o el placer que otros puedan encontrar en sus obras.

Sin esa conexión, y sin que se produzca un cambio fundamental en la consciencia para integrar su pérdida, estarnos construyendo nuestro futuro sobre el escándalo, el litigio y la evasión institucionalizada del pago, que sólo se dará como respuesta a la fuerza bruta. Puede que volvamos a los viejos malos tiempos de la propiedad.

En los momentos más oscuros de la historia humana, la posesión y distribución de la propiedad era en gran parte un asunto militar. La «propiedad» era patrimonio exclusivo de quienes contaran con las armas más horribles, ya fueran puños o ejércitos, y la voluntad más férrea de utilizarlas. La propiedad era el derecho divino de los pendencieros.

Al final del primer milenio después de Cristo, la aparición de las clases mercantiles y la aristocracia terrateniente forzó el desarrollo de acuerdos éticos para resolver disputas en torno a la propiedad. En la baja Edad Media, gobernantes ilustrados como Enrique II de Inglaterra empezaron a codificar en cánones esta «ley común» no escrita. Estas leyes eran locales, pero no importaba demasiado porque se dirigían fundamentalmente a los bienes raíces, forma de propiedad que por definición es local. Y que, como implicaba el nombre, era muy real.<sup>3</sup>

Todo siguió igual mientras el origen de la riqueza era la agricultura, pero en los albores de la Revolución Industrial la humanidad empezó a concentrarse en los medios tanto como en los fines. Las herramientas adquirieron un nuevo valor social y, gracias a su propio desarrollo, fue posible reproducirlas y distribuirlas en grandes cantidades.

Para fomentar su invención, la mayoría de los países occidentales desarrolló el copyright y la ley de patentes. Estas leyes tenían como objeto la delicada tarea de introducir las creaciones mentales en el mundo donde se podían utilizar y entrar en la mente de otras personas a la vez que aseguraban a sus inventores una compensación por el valor de su uso. Y, como ya se ha dicho, tanto los sistemas de la ley como los de la práctica que crecieron en torno a esa tarea se basaban en la expresión física.

Puesto que ahora es posible transmitir ideas de una mente a otra sin que se concreten en algo físico, estamos defendiendo que poseemos las ideas mismas y no meramente su expresión. Y, como también es posible crear herramientas útiles que nunca revisten forma física, nos hemos acostumbrado a patentar abstracciones, secuencias de acontecimientos virtuales y fórmulas matemáticas -los bienes menos «reales» que quepa concebir.

En ciertos ámbitos, esto sitúa los derechos de la propiedad en una condición tan ambigua que, de nuevo, la propiedad se adhiere a quienes consiguen formar los mayores ejércitos. La única diferencia es que en esta ocasión los ejércitos se componen de abogados.

Amenazando a sus contrarios con el interminable purgatorio del litigio, frente al que algunos preferirían la muerte, los abogados reclaman toda idea que pueda haber entrado en otro cráneo en el seno del cuerpo colectivo de las empresas a las que sirven. Actúan como si esas ideas surgiesen al margen de todo pensamiento humano previo. Y pretenden que pensar sobre un producto equivalga a manufacturarlo, distribuirlo y venderlo.

Lo que antes se consideraba como un recurso humano común distribuido entre las mentes y las bibliotecas del



mundo, y como un fenómeno de la propia naturaleza, ahora se está acotando y recibiendo títulos de propiedad. Es como si hubiera surgido un nuevo tipo de empresa que se arrogara la propiedad del aire y el agua.

¿Qué se debe hacer? Aunque produzca cierta diversión macabra, bailar sobre la tumba del copyright y la patente no es una solución, sobre todo cuando hay tan poca gente dispuesta a admitir que el ocupante de esta tumba esté siquiera muerto y se trata de mantener a la fuerza lo que ya no se puede mantener por acuerdo popular.

Desesperados porque pierden su resbaladizo asidero, los legalistas intentan prolongarlo con todas sus fuerzas. De hecho, Estados Unidos y otros defensores del GATT están haciendo de la observancia de nuestros moribundos sistemas de protección de la propiedad intelectual una condición para ser miembro del mercado de las naciones. Por ejemplo, a China se le denegará el estatus de nación más favorecida si no llega a un acuerdo para atenerse a un conjunto de principios culturalmente ajenos que ya no se aplican ni siquiera en su país de origen.

En un mundo más perfecto, sería de sabios declarar una moratoria sobre el litigio, la legislación y los tratados internacionales en este ámbito hasta tener una idea clara de los términos y condiciones de la empresa en el ciberespacio. Idealmente, las leyes ratifican el consenso social ya desarrollado. No son tanto el propio contrato social como una serie de memorandos que expresan un propósito colectivo surgido de muchos millones de interacciones humanas.

Los humanos no han habitado el ciberespacio con la suficiente diversidad como para haber desarrollado un contrato social adecuado a las extrañas condiciones nuevas de ese mundo. Las leyes anteriores al consenso suelen servir a los pocos que ya están establecidos y que pueden conseguir que se acepten, y no a la sociedad como un todo.

En la medida en que la ley o bien la práctica social establecida existen en este ámbito, ya han entrado en un peligroso desacuerdo. Las leyes relativas a la reproducción no autorizada de software comercial son claras y severas, pero pocas veces se observan. Es tan difícil hacer cumplir en la práctica las leyes sobre piratería del software, y romperlas tiene ya tal grado de aceptación social, que sólo una escasa minoría parece verse obligada, ya sea por temor o en conciencia, a obedecerlas.

A veces doy conferencias sobre este asunto, y siempre pregunto al auditorio cuántas personas pueden presumir de no tener copias de software no autorizado instalado en sus discos duros. Nunca he visto más del diez por ciento de manos levantadas.

Cuando existe una divergencia tan profunda entre las leyes y la práctica social, no es la sociedad la que se adapta. Tan es así que la práctica actual de las compañías que comercializan el software, que consiste en colgar a unos cuantos chivos expiatorios visibles, resulta tan manifiestamente arbitraria que no puede sino redundar en la merma del respeto a la legislación.

Parte de la generalizada indiferencia popular hacia el copyright del software comercial nace de la incapacidad legislativa de entender las condiciones en las que se introdujo. Pensar que los sistemas legales basados en el mundo físico valdrán para un entorno tan fundamentalmente distinto como es el ciberespacio es una locura que habrán de pagar cara todos los que hagan negocios en el futuro.

Como expondré en la siguiente sección, la propiedad intelectual sin límites es muy distinta de la propiedad física y ya no se puede proteger pasando por alto esta diferencia. Por ejemplo, si seguimos asumiendo que el valor se basa en la escasez, como en el caso de los objetos físicos, crearemos leyes que son precisamente contrarias a la naturaleza de la información, cuyo valor puede aumentar en muchos casos con la difusión.

Las grandes instituciones adversas al riesgo, más propensas a jugar siguiendo las viejas reglas, sufrirán por su apego a lo seguro. Cuantos más abogados, armas y dinero inviertan en proteger sus derechos o en minar los de sus oponentes, más se parecerá la competición comercial a la ceremonia Kwakiutl del Potlach, en la que los adversarios competían destruyendo sus propias posesiones. Su capacidad para producir nueva tecnología se estancará a medida que cada nuevo paso les hunda más en el pozo de brea de la guerra de tribunales.

La fe en la legislación no será una estrategia eficaz para las compañías de alta tecnología. Las leyes se adaptan mediante constantes complementos que obedecen a un ritmo que sólo la geología supera en cuanto a su majestuosidad. La tecnología, por el contrario, avanza mediante brucas sacudidas, como si el equilibrio puntuado de la evolución biológica sufriera una grotesca aceleración. Las condiciones del mundo real seguirán cambiando a un ritmo deslumbrante, mientras que las leyes les seguirán el paso a gran distancia, cada vez más

confundidas. Este desajuste es permanente.

Las prometedoras economías nacerán en un estado de parálisis, como parece haber sucedido con el multimedia, o bien sus propietarios continuarán negándose valiente y testarudamente a entrar bajo ningún concepto en el juego de la propiedad.

En Estados Unidos ya se puede observar el desarrollo de una economía paralela, sobre todo entre empresas pequeñas y dúctiles que protegen sus ideas penetrando en el mercado con más rapidez que sus grandes competidores, cuya protección se basa en el miedo y el litigio.

Quizás quienes forman parte del problema simplemente se acojan a una cuarentena en los tribunales, mientras que los que son parte de la solución crearán una nueva sociedad basada, al principio, en la piratería y el filibusterismo. Cuando el sistema actual de la ley de propiedad intelectual se desplome, como parece inevitable que suceda, puede que no surja en su lugar ninguna estructura legal que la reemplace.

Pero algo ocurrirá. Después de todo, la gente hace negocios. Cuando el dinero deja de tener sentido, los negocios se hacen con trueques. Cuando las sociedades se desarrollan al margen de la ley, desarrollan sus propios códigos, prácticas y sistemas éticos no escritos. Si bien la tecnología puede deshacer la ley, ofrece métodos para restaurar los derechos creativos.

## **2 Una taxonomía de la información**

Tengo la impresión de que lo más productivo que cabe hacer hoy es estudiar con detalle la verdadera naturaleza de lo que intentamos proteger. ¿Qué sabemos realmente sobre la información y sus comportamientos naturales?

¿Cuáles son las características esenciales de la creación ilimitada? ¿En qué se diferencia de formas previas de propiedad? ¿Cuántas de nuestras suposiciones sobre ella se han referido a sus contenedores más que a sus misteriosos contenidos? ¿Cuáles son sus diferentes especies y cómo se presta cada una al control? ¿Qué tecnologías serán útiles para crear nuevas botellas virtuales que sustituyan a las antiguas botellas físicas?

Por supuesto, la información es intangible y difícil de definir por naturaleza. Al igual que otros fenómenos profundos como la luz o la materia, es un ámbito natural de la paradoja. Y así como resulta más fácil comprender la luz a la vez como partícula y onda, puede que una comprensión de la información surja en la congruencia abstracta de sus diversas propiedades, que podemos describir con estos tres enunciados:

- La información es una actividad.
- La información es una forma de vida.
- La información es una relación.

A continuación, analizaré cada uno por separado.

### **2.1 La información es una actividad**

#### **2.1.1 La información es un verbo, no un sustantivo**

Liberada de sus contenedores, la información no es, obviamente, una cosa. De hecho, es algo que ocurre en el campo de la interacción entre mentes, objetos u otras piezas de información.

Gregory Bateson, reflexionando sobre la teoría de la información de Claude Shannon, dijo que «la información es una diferencia que crea una diferencia». Así pues, la información sólo existe realmente en el  $\Delta$ . La creación de esa diferencia es una actividad que ocurre dentro de una relación. La información es una acción que ocupa tiempo más que una presencia que ocupa espacio físico, como los artículos materiales. Es el lanzamiento, no la pelota de béisbol, la danza, no el bailarín.

#### **2.1.2 La información se experimenta, no se posee**

Incluso cuando ha sido encapsulada en alguna forma estática como un libro o un disco duro, la información sigue siendo algo que nos ocurre cuando la descomprimos mentalmente de su código de almacenamiento. Pero, ya se mueva a gigabits por segundo o a palabras por minuto, la decodificación es un proceso que debe

ser ejecutado por y sobre una mente, un proceso que se despliega en el tiempo. Hace unos años se publicó una historieta en el Bulletin of Atomic Scientists que ilustraba este punto a la perfección. En el dibujo, un atracador apunta con su pistola al típico personaje con aspecto de almacenar mucha información en la cabeza. «Deprisa -ordena el bandido- dame todas tus ideas».

### **2.1.3 La información se tiene que mover**

Se dice que los tiburones mueren asfixiados si dejan de nadar, y casi se puede decir lo mismo de la información. La información que no se está moviendo deja de existir y pasa a ser solamente potencial, al menos hasta que se le permite moverse de nuevo. Por eso, la práctica de acumular información, habitual en las burocracias, es un mecanismo especialmente desatinado para los sistemas de valor con base física.

### **2.1.4 La información se transmite por propagación, no por distribución**

El modo en que se difunde la información también se diferencia mucho de la distribución de bienes físicos. Se mueve más como algo propio de la naturaleza que como algo procedente de una fábrica. Se puede concatenar como un dominó o crecer en la típica retícula fractal, como la escarcha que se extiende por una ventana, pero no se puede desplazar como los productos manufacturados salvo en la medida en que estos pueden contenerla. No se limita a avanzar. Deja rastro allí por donde pasa. La distinción económica central entre la información y la propiedad física es que la primera se puede transferir sin que su dueño original deje de poseerla.

## **2.2 La información es una forma de vida**

### **2.2.1 La información quiere ser libre**

Se suele atribuir a Stewart Brand este elegante enunciado de lo obvio, que reconoce tanto el deseo natural de los secretos a ser dichos como el hecho de que, para empezar, los secretos puedan sentir algo similar a un «deseo».

El biólogo y filósofo inglés Richard Dawkins propuso la noción de «memes», modelos autorreplicantes de información que se propagan a sí mismos por las ecologías de la mente, y dijo que eran como formas de vida.

A mi juicio, son formas de vida en todos los aspectos salvo en que no se basan en el átomo de carbono. Se autorreproducen o interactúan con su entorno y se adaptan a él, mutan, persisten. Como cualquier otra forma de vida, evolucionan para ocupar los espacios de posibilidad de sus entornos locales, que en este caso son los sistemas de creencias y las culturas circundantes de sus anfitriones, a saber, nosotros.

En efecto, sociobiólogos como Dawkins consideran plausible el argumento de que las formas de vida basadas en el carbono también sean información, y que, al igual que la gallina es el modo que tiene un huevo de hacer otro huevo, el espectáculo biológico al completo sea el medio que tiene la molécula del ADN para copiar más cuerdas de información exactamente iguales a sí misma.

### **2.2.2 La información se reproduce en las grietas de la posibilidad**

Al igual que las hélices del ADN, las ideas son expansionistas implacables, siempre en búsqueda de nuevas oportunidades para crearse un espacio vital. Y, como ocurre en la naturaleza de base carbónica, los organismos más robustos son extremadamente hábiles para encontrar nuevos lugares donde vivir. Así, de la misma manera que la mosca común se ha introducido en casi todos los ecosistemas del planeta, el meme de la «vida después de la muerte» se hizo un hueco en la mayoría de las mentes, o psicoecologías.

Cuanto más universal sea el eco de una idea, una imagen o una canción, en más mentes se introducirán y permanecerán. Intentar frenar la propagación de un segmento muy potente de información es casi tan difícil como mantener las llamadas «abejas asesinas» al sur de la frontera de Estados Unidos. El intento hace agua por todas partes.

### 2.2.3 La información quiere cambiar

Si las ideas y otros modelos interactivos de información son, en efecto, formas de vida, se puede suponer que evolucionarán constantemente hacia formas mejor adaptadas a su entorno. Y, de hecho, lo hacen sin cesar.

Pero durante mucho tiempo nuestros medios de difusión estáticos, ya fueran tallas en piedra, tinta sobre papel o tinte sobre celuloide, se han resistido tenazmente al impulso evolutivo, subrayando por tanto la capacidad del autor para determinar el producto acabado. Pero, como en la tradición oral, la información digitalizada carece de un «acabado final».

La información digitalizada, libre de las ataduras del empaquetamiento, es un proceso continuo que se parece más a las metamorfoseantes leyendas de la prehistoria que a nada que se pueda envolver con plástico. Desde el Neolítico hasta Gutenberg, la información se transmitía de boca a boca cambiando con cada nueva narración (o canción). Las historias que antaño moldearon nuestro sentido del mundo carecían de versiones autorizadas. Se adaptaban a cualquier cultura donde se contaran.

Puesto que la narración nunca se plasmaba en escritura, el llamado derecho «moral» de los narradores a quedarse con sus cuentos no estaba protegido ni reconocido. Sencillamente, el cuento atravesaba a cada narrador en su camino hacia el siguiente, donde asumía una forma distinta. A medida que regresemos a la información continua, cabe esperar que disminuya la importancia de la autoría. Acaso los creadores tengan que renovar sus vínculos con la humildad.

Pero nuestro sistema de copyright no da cabida a expresiones que no se «fijan» en algún punto ni a expresiones culturales que no tienen un autor o inventor concreto.

Las improvisaciones de jazz, los espectáculos de humoristas, la mímica, los monólogos continuos y las retransmisiones que no han sido grabadas carecen del requisito constitucional de una fijación mediante la «escritura». Si no se les da la forma fija de la publicación, las obras líquidas del futuro se parecerán más a estas formas que se adaptan y cambian continuamente y escapan, por tanto, al alcance del copyright.

La experta en copyright Pamela Samuelson afirma haber asistido el año pasado a una conferencia en la que se discutía la cuestión de si los países occidentales pueden apropiarse legalmente de la música, los diseños y el saber biomédico de los pueblos aborígenes sin compensaciones a su tribu de origen, ya que esa tribu no es su «autora» o «inventora».

### 2.2.4 La información es perecedera

A excepción de los clásicos excepcionales, la mayor parte de la información es como los productos de granja. Su calidad se degrada rápidamente, tanto con el tiempo como con la distancia respecto a la fuente de producción. Pero, incluso aquí, el valor es enormemente subjetivo y condicional. Los papeles de ayer son muy valiosos para el historiador. De hecho, cuanto más viejos, más valiosos son. Por el contrario, un agente del mercado de futuros puede considerar que la noticia de un acontecimiento con más de una hora de vida ha perdido ya toda relevancia.

## 2.3 La información es una relación

### 2.3.1 El significado tiene valor y es exclusivo de cada caso

En la mayoría de los casos, asignamos valor a la información basándonos en su significado. El lugar donde reside la información, el momento sagrado en que la transmisión se convierte en recepción, es un ámbito con muchas características y matices cambiantes que dependen de la relación entre el emisor y el receptor, de la profundidad de su interacción.

Cada relación de este tipo es única. Incluso en casos donde el emisor es un medio de difusión audiovisual y no hay respuesta, el receptor no es nada pasivo. Recibir información es a menudo tan creativo como generarla.

El valor de lo que se envía depende por completo de la medida en que cada destinatario tiene los receptores necesarios: terminología compartida, atención, interés, lenguaje, paradigma para volver significativo aquello que recibe.



La comprensión es un elemento crítico que cada vez se pasa más por alto al intentar convertir la información en una mercancía. Los datos pueden ser cualquier conjunto de hechos, útiles o no, inteligibles o inescrutables, relacionados o irrelevantes. Los ordenadores pueden estar soltando datos nuevos toda la noche sin ayuda humana, y los resultados se pueden poner en venta como información. Puede que lo sean o que no lo sean. Sólo un ser humano puede reconocer el significado que separa la información de los datos.

De hecho, la información, en el sentido económico de la palabra, consiste en datos que han sido pasados por una mente humana concreta y que se han considerado significativos dentro de ese contexto mental. Lo que es información para una persona es un mero dato para otra.

### **2.3.2 La familiaridad tiene más valor que la escasez**

En los artículos físicos existe una correlación directa entre la escasez y el valor. El oro es más valioso que el trigo, aunque no se pueda comer. Si bien no siempre, la condición de la información suele ser justo la contraria. Casi todo el software aumenta su valor a medida que va siendo más común. La familiaridad es un activo importante en el mundo de la información. A menudo puede ocurrir que la mejor manera de aumentar la demanda de un producto sea regalarlo.

Aunque esto no haya sido siempre así en el caso del shareware, software para compartir, se podría argumentar que hay una conexión entre la cantidad de software comercial que se piratea y la cantidad que se vende. El software más pirateado, como el Lotus 1-2-3 o el WordPerfect, se convierte en un estándar y se beneficia de la ley de los rendimientos crecientes, que se basa en la familiaridad.

Respecto a mi propio producto creativo, canciones de rock and roll, no hay ninguna duda de que el grupo para el que las escribo, Grateful Dead, ha aumentado enormemente su popularidad al regalarlas. Desde comienzos de los años setenta venimos dejando que la gente grabe nuestros conciertos, y en vez de reducir la demanda de nuestro producto esto se ha traducido en que ahora tenemos la mayor convocatoria en conciertos de Estados Unidos. Cabe atribuir este resultado, al menos en parte, a la popularidad que generaron aquellas grabaciones piratas.

Cierto es que no recibo derechos de autor por los millones de copias de mis canciones que han sido extraídas de esos conciertos, pero no encuentro ninguna razón para quejarme. El hecho es que nadie más que Grateful Dead puede interpretar una canción de Grateful Dead, así que quien desee tener la experiencia y no un pálido reflejo tendrá que comprar una entrada. En otras palabras, la protección de nuestra propiedad intelectual deriva de que somos su única fuente en tiempo real.

### **2.3.3 La exclusividad tiene valor**

El problema de un modelo que invierte la proporción física escasez/ valor es que a veces el valor de la información obedece en gran medida a su escasez. La posesión exclusiva de ciertos hechos los vuelve más útiles. Si todo el mundo conoce las condiciones que pueden subir el precio de unas acciones, la información carece de valor.

Pero, de nuevo, el factor crítico suele ser el tiempo. No importa si este tipo de información termina siendo omnipresente. Lo que importa es estar entre los primeros que la poseen y actúan a partir de ella. Aunque los secretos potentes por lo general no permanecen secretos, pueden seguir siéndolo durante el tiempo suficiente como para coadyuvar en la causa de sus primeros dueños.

### **2.3.4 El punto de vista y la autoridad tienen valor**

En un mundo de realidades flotantes y mapas contradictorios, las recompensas se otorgarán a aquellos comentaristas cuyos mapas se ajusten más cómodamente al territorio por su capacidad de avanzar resultados predecibles a quienes los utilicen.

En la información estética, ya sea poesía o rock and roll, la gente está dispuesta a comprar el último producto de un artista sin haberlo visto antes, partiendo de que ha tenido una experiencia placentera con su obra previa.

La realidad es un filtro editorial. La gente paga por la autoridad de aquellos editores cuyo punto de vista selectivo parece más ajustado. Y, de nuevo, el punto de vista es un activo que no se puede robar ni duplicar. Tan solo

Esther Dyson ve el mundo como ella lo ve y, de hecho, la bonita suma que percibe por su boletín informativo responde al privilegio de ver el mundo a través de su mirada exclusiva.

### **2.3.5 El tiempo sustituye al espacio**

En el mundo físico, el valor depende mucho de la posesión o de la proximidad espacial. Se posee aquel material que cae dentro de ciertos límites dimensionales, y la capacidad de actuar directa y exclusivamente, y como se quiera, sobre lo que cae dentro de esos límites es el principal valor de la posesión. Por supuesto, también hay una relación entre valor y escasez, una limitación relativa al espacio.

En el mundo virtual, la proximidad en el tiempo es un valor. En general, una información es más valiosa cuanto más cerca pueda situarse el comprador del momento de su expresión; hay una limitación de tiempo. Muchos tipos de información se degradan rápidamente con el tiempo o con la reproducción. Su relevancia se debilita a medida que va cambiando el territorio que delinean. Cuando desaparece el punto donde se produce por vez primera la información, entra ruido y se pierde la amplitud de banda.

### **2.3.6 La protección de la ejecución**

En el pueblo donde nací, no se concede demasiado mérito a nadie simplemente porque tenga ideas. Se le juzga por lo que puedas hacer con ellas. A medida que se aceleran las cosas, la mejor manera de proteger los proyectos que se convierten en objetos físicos es ejecutarlos. O como lo expresara una vez Steve Jobs, «los artistas auténticos ejecutan». El triunfador suele ser quien antes llega al mercado (y con la suficiente fuerza organizativa como para mantener el primer puesto).

Pero, a medida que nos concentramos en el comercio de la información, somos muchos los que pensamos que la originalidad basta en sí misma para transmitir valor, y que merece, con los respaldos legales adecuados, un salario fijo. De hecho, la mejor manera de proteger la propiedad intelectual es actuar en consecuencia. No basta con inventar y patentar, también hay que innovar. Alguien sostiene que inventó el microprocesador antes que Intel. Quizás sea cierto. Pero, si de hecho hubiera empezado a distribuir microprocesadores antes que Intel, su reclamación no parecería tan espuria.

### **2.3.7 La información es su propia recompensa**

Es un tópico decir que el dinero es información. A excepción del kruggerand, la calderilla y los contenidos de los maletines que se suelen asociar a los capos del narcotráfico, la mayor parte del dinero del mundo informatizado está cifrado en unos y ceros. El suministro global de dinero se propaga por la red con fluidez meteorológica. También es evidente que la información se ha vuelto tan fundamental para la creación de la riqueza moderna como antaño lo fueran la posesión de tierras y la luz solar.

Lo que no es tan obvio es hasta qué punto la información está empezando a tener un valor intrínseco, no como un medio para adquirir sino como objeto de la adquisición. Supongo que, de manera menos explícita, esto siempre ha sido así. En la política y en el mundo académico, poder e información siempre han mantenido un vínculo estrecho.

Sin embargo, ahora que la información se compra cada vez más con dinero, vemos que comprar información con otra información es un mero intercambio económico que no precisa la conversión en otra moneda. Esto supone cierto desafío para quienes gustan de tener las cuentas claras, ya que, al margen de la teoría de la información, los tipos de cambio de la información son demasiado escurridizos como para cuantificarlos con cifras decimales.

No obstante, casi todo lo que compra un estadounidense de clase media tiene poco que ver con la supervivencia. Compramos belleza, prestigio, experiencia, educación y todos los oscuros placeres de la posesión. Muchas de estas cosas no sólo se pueden expresar en términos no materiales, sino que además se pueden adquirir por medios no materiales.

Y luego están los inexplicables placeres de la propia información, el deleite de aprender, saber y enseñar. Esa sensación extraña y agradable de que la información entra y sale de uno mismo. Jugar con ideas es un divertimento por el que la gente debe de estar dispuesta a pagar mucho, dado el mercado que tienen los libros y los cursillos. Estaríamos dispuestos a gastar aún más dinero en este tipo de placeres de no haber tantas



oportunidades de pagar las ideas con otras ideas.

Esto explica mucho trabajo «voluntario» colectivo que llena los archivos, los foros y las bases de datos de Internet. Sus habitantes no trabajan de balde, como se suele creer. Se les paga con algo que no es dinero. Es una economía que consiste casi por completo en información. Puede que ésta se convierta en la forma dominante del comercio humano, y si seguimos empeñados en modelar la economía sobre una base estrictamente monetaria quizás nos equivoquemos seriamente.

### 3 Cobrar en el ciberespacio

Como se relaciona todo lo anterior con las posibles soluciones a la crisis de la propiedad intelectual es algo que apenas he comenzado a pensar. Los paradigmas se distorsionan cuando se contempla la información con ojos atentos, al ver lo poco que tiene que ver con las materias primas que se venden en los mercados de futuros, al imaginar las tambaleantes farsas de jurisprudencia que se amontonarán si seguimos tratándola legalmente como si se les pareciera.

Como ya dije, creo que en algún momento de la próxima década estas actitudes obsoletas se harán añicos y a nosotros, no nos quedará más remedio que incorporarnos a nuevos sistemas que funcionen.

En realidad, no tengo una imagen tan sombría de nuestras perspectivas como podrían suponer hasta ahora los lectores de esta jeremiada. Surgirán soluciones. La naturaleza aborrece el vacío y lo mismo le ocurre al comercio.

Uno de los aspectos de la frontera electrónica que más atractivo me ha resultado siempre -y la razón de que Mitch Kapor y yo eligiésemos esa expresión cuando fundamos la EFF<sup>4</sup>- es el grado de semejanza con el Oeste americano del siglo XIX en su preferencia natural por los mecanismos sociales que surgen de sus propias condiciones, frente a aquellos que se imponen desde el exterior.

Hasta que el Oeste se colonizó y «civilizó» por completo en este siglo, el orden se establecía según un Código del Oeste no escrito, que tenía la fluidez de los buenos modales más que la rigidez de la ley. La ética era más importante que las normas, que en cualquier caso se hacían respetar muy poco.

En mi opinión, la ley, tal y como la entendemos, se desarrolló para proteger los intereses que surgieron en las dos «olas» económicas que con tanta exactitud identificó Alvin Toffler en La tercera ola.<sup>5</sup> La primera ola se basaba en la agricultura y necesitaba la ley para disponer la posesión de la principal fuente de producción, la tierra. En la segunda ola, la manufactura se convirtió en la fuente económica fundamental, y la estructura de la ley moderna creció en torno a las instituciones que necesitaban protección para sus reservas de capital, fuerza humana y maquinaria.

Ambos sistemas económicos necesitaban estabilidad. Sus leyes estaban concebidas para resistir el cambio y asegurar cierta constancia distributiva dentro de un marco social bastante estático. Había que limitar la disponibilidad para preservar la capacidad de predecir, necesaria tanto para la administración de la tierra como para la formación de capital.

En la tercera ola, en la que acabamos de entrar, la información sustituye en gran medida a la tierra, el capital y la maquinaria, y, como detallé antes, donde más a gusto se encuentra la información es en un entorno mucho más fluido y adaptable. Es probable que la tercera ola provoque un cambio fundamental en los propósitos y métodos de la ley, y que su repercusión vaya mucho más allá de los estatutos que rigen la propiedad intelectual.

Puede que el propio «terreno» -la arquitectura de la red- cumpla muchos de los objetivos que en el pasado sólo se podían mantener por imposición legal. Por ejemplo, quizás sea innecesario asegurar constitucionalmente la libertad de expresión en un entorno que trata la censura como si fuera una disfunción y busca la fórmula para transmitir ideas prohibidas esquivando la censura.

Puede que surjan similares mecanismos naturales de equilibrio para nivelar las discontinuidades sociales que antes necesitaban de la mediación legal para solucionarse. En la red, lo más probable es que estas diferencias sean abarcadas por un espectro continuo que conecta tanto como separa.

Y, a pesar de asirse férreamente a la vieja estructura legal, las compañías que comercian con la información quizá vean que, debido a su creciente incapacidad para acercarse con sensatez a cuestiones tecnológicas, los tribunales ya no producirán resultados con la previsión suficiente como para apoyar proyectos a largo plazo.



Cada litigio se convierte en algo parecido a una ruleta rusa, dependiendo de la ignorancia del juez que lo preside.

La «ley» sin codificar o adaptable, aunque sea tan «rápida, holgada e incontrolable» como otras formas emergentes, probablemente esté muy cerca de algo parecido a la justicia. De hecho, ya se puede ver el desarrollo de nuevas prácticas más adecuadas a las condiciones del comercio virtual. Las formas de vida de la información son métodos que evolucionan para proteger su reproducción continua.

Por ejemplo, aunque la letra pequeña del sobre de un disquete comercial plantea puntillosas exigencias a quien lo abre, hay, como digo, poca gente que lea esas condiciones y mucha menos que las cumpla a rajatabla. Y aún así el negocio del software sigue siendo un sector muy sano de la economía de Estados Unidos.

Y esto ¿a qué se debe? A que la gente termina comprando el software que realmente utiliza. Cuando un programa se vuelve fundamental para el propio trabajo, se quiere tener la última versión, el mejor soporte, los manuales actualizados, todos los privilegios vinculados a la posesión. En ausencia de una ley vigente, estas consideraciones prácticas serán cada vez más importantes para cobrar aquello que fácilmente se podría obtener gratis.

Por supuesto que hay quien compra software por respeto a la ética o con la idea abstracta de que no comprarlo contribuiría a que no se fabricara, pero voy a dejar estos motivos de lado. Si bien pienso que el fracaso de la ley desembocará casi con toda certeza en un renacimiento compensador de la ética como modelo organizativo de la sociedad, no tengo espacio para defender aquí esta creencia.

En su lugar diré que, a mi modo de ver y como en el caso antes citado, la compensación por la creación de software se guiará fundamentalmente por consideraciones prácticas, todas ellas inherentes a las verdaderas propiedades de la información digital, dónde reside su valor y cómo puede ser a la vez manipulada y protegida por la tecnología.

Aunque el acertijo sigue siendo un acertijo, empiezo a ver desde dónde pueden venir las soluciones, que en parte consisten en ampliar esas soluciones prácticas que ya están en marcha.

#### **4 La relación y sus herramientas**

Creo que hay una idea básica para comprender el comercio líquido: la economía de la información, en ausencia de objetos, se basará más en la relación que en la posesión.

Un modelo ya existente para la transmisión futura de la propiedad intelectual es la ejecución en tiempo real, un medio que en la actualidad sólo se usa en teatro, música, conferencias y enseñanza. A mi juicio, el concepto de ejecución se ampliará hasta incluir casi toda la economía de la información, desde los culebrones hasta los análisis bursátiles. En estos casos, el intercambio comercial se parecerá más a la venta de entradas para un espectáculo continuo que a la compra de distintos paquetes de lo que se muestra.

El otro modelo, por supuesto, es el de los servicios. Todo el sector profesional médicos, abogados, asesores, arquitectos, etc. está ya cobrando directamente por su propiedad intelectual. ¿Quién necesita el copyright cuando tiene una cuota fija?

De hecho, hasta finales del siglo XVIII este modelo se aplicaba a muchos ámbitos que hoy caen bajo el copyright. Antes de la industrialización de la creación, los escritores, compositores y artistas trabajaban al servicio privado de los patronos. Sin objetos que se puedan distribuir en un mercado de masas, los creadores regresarán a una situación parecida, si bien servirán a muchos patronos en vez de a uno sólo. Ya se puede ver como surgen compañías cuya existencia se basa en apoyar y mejorar el software que crean más que en venderlo por piezas plastificadas o incluirlo en paquetes.

La nueva compañía de Trip Hawkins para la creación y comercialización bajo licencia de herramientas multimedia, 3DO, es un ejemplo de lo estamos tratando. 3DO no pretende producir ningún tipo de software comercial o aparatos para los consumidores. Pretenden, en su lugar, hacer las veces de una especie de órgano de calificación de estándares privados, que mediaría entre los creadores de software y de aparatos informáticos, que serían los titulares de sus licencias. Proporcionarán un punto de comunidad de intereses para las relaciones entre un amplio espectro de entidades.

En todo caso, tanto si uno se considera un proveedor de servicios como si es un ejecutante, la futura protección de la propiedad intelectual dependerá de la propia capacidad de controlar la relación con el mercado, una

relación que con toda probabilidad perdurará y crecerá con el tiempo.

El valor de esa relación residirá en la calidad de la ejecución, la originalidad del punto de vista, las destrezas, su relevancia para el propio mercado y, bajo todo esto, la capacidad de ese mercado para comunicar los servicios creativos de manera ágil, cómoda e interactiva.

## **5 Interacción y protección**

La interacción directa otorgará una gran protección a la propiedad intelectual en el futuro; de hecho, ya la ha dado. Nadie sabe cuántos piratas de software han comprado copias legítimas de un programa después de llamar al editor para pedirle asesoramiento técnico y que éste les haya pedido alguna prueba de compra, pero supongo que la cifra es muy alta.

El mismo tipo de control se podrá ejercer sobre las relaciones de «pregunta y respuesta» entre autoridades (o artistas) y aquellos que soliciten sus destrezas. Boletines informativos, revistas y libros saldrán reforzados por la capacidad de los suscriptores para hacerles preguntas directas a los autores.

La interactividad será un bien facturable incluso sin la autoría. A medida que vaya entrando la gente en la red y obteniendo su información directamente del punto donde se produce, sin que se filtre a través de los centralizados medios de comunicación, intentará desarrollar la misma capacidad interactiva para investigar la realidad que en el pasado sólo la experiencia les suministraba. El acceso directo a estos distantes «ojos y orejas» será mucho más fácil de delimitar que el acceso a paquetes fijos de información almacenada pero fácilmente reproducible.

En la mayoría de los casos, el control se basará en restringir el acceso a la información más reciente y con mayor amplitud de banda. Será cuestión de definir la entrada, el sitio donde se actúa, el actor y la identidad del portador de la entrada, definiciones que, en mi opinión, surgirán de la tecnología, no de la ley. En la mayoría de los casos, la tecnología definidora será la criptografía.

## **6 Cripto-embotellamiento**

La criptografía, como he dicho quizás ya demasiadas veces, es el «material» con el que se construirán las paredes y los límites -y las botellas- del ciberespacio.

Evidentemente, la criptografía o cualquier otro método puramente técnico de protección de la propiedad plantea problemas. Siempre me ha parecido que a mayor seguridad de los artículos, más posibilidad de convertirlos en objeto de deseo. Viniendo de un lugar donde la gente deja puestas las llaves del coche y ni siquiera tiene llaves de su casa, estoy convencido de que el mejor obstáculo contra el crimen es una sociedad con una ética intacta.

Aunque admito que no es éste el tipo de sociedad en que vivimos la mayoría de nosotros, también creo que un exceso de confianza social en la protección con barricadas terminará debilitando la conciencia al hacer de la intrusión y el robo un deporte, y no un crimen. Esto ocurre ya en el ámbito digital, como es evidente en las actividades de los que asaltan sistemas informáticos.

Es más, me atrevería a sostener que los esfuerzos iniciales por proteger el copyright digital mediante la protección de la copia contribuyeron a la situación actual, en la que los usuarios de ordenadores, que en otros sentidos actúan éticamente, no parecen oponer reparos morales al software pirateado.

En vez de cultivar entre los recién informatizados un sentido del respeto hacia el trabajo de sus colegas, la confianza temprana en la protección de la copia abocó en la idea subliminal de que asaltar un paquete de software «concedía» en cierto sentido el derecho a usarlo. Limitados no por la conciencia sino por la destreza técnica, muchos se sintieron libres para hacer todo aquello que les permitiera salirse con la suya. Esto seguirá siendo un riesgo potencial de la codificación del comercio digitalizado.

Más aún, es prudente recordar que la protección contra la copia fue rechazada por casi todos los ámbitos del mercado. Muchos de los próximos esfuerzos para usar los modelos de protección basados en la criptografía probablemente sufrirán el mismo destino. La gente no va a tolerar ciertas cosas que dificultan aún más el uso de los ordenadores sin que haya ningún beneficio para el usuario.

Aun así, la codificación ya ha demostrado cierta utilidad burda. Hace poco se dispararon las nuevas suscripciones a varios servicios de televisión comercial vía satélite después de que desplegaran una mayor

codificación en sus alimentadores. Y esto a pesar de un floreciente comercio casero de chips descodificadores a manos de tipos que parecen destiladores ilegales de alcohol más que expertos en descodificar claves.

Otro problema evidente de la codificación como solución global es que, una vez que algo ha sido descodificado por un mediador autorizado legítimo, puede volverse accesible a la reproducción masiva.

En algunos casos, puede que no sea un problema realizar la reproducción después de descodificar. El valor de muchos artículos de software se degrada con el paso del tiempo. Quizás el único interés real por algunos de estos productos lo tengan aquellos que han comprado las llaves de la inmediatez.

Es más, a medida que el software se vuelva más modular y la distribución avance por la red, comenzará a sufrir una metamorfosis al relacionarse directamente con la base del usuario. Las actualizaciones discontinuas se nivelarán en un proceso constante de adaptación y perfeccionamiento cada vez mayores, en parte debido al hombre y en parte a algoritmos genéticos. Las copias pirateadas de software quizás se vuelvan demasiado estáticas como para serle de algún valor a alguien.

Incluso en casos como los de las imágenes, donde se supone que la información permanece inalterada, el fichero sin encriptar todavía sería susceptible de entretenerse con secuencias de código que continuarían protegiéndolo con arreglo a un amplio abanico de modalidades.

En la mayoría de los esquemas que puedo imaginar, el fichero continuaría «con vida» con un software incrustado permanentemente que podría «sentir» las condiciones del entorno e interactuar por las mismas. Por ejemplo, podría contener código que detectaría el proceso de duplicación y provocaría su autodestrucción.

Otros métodos podrían dotar al fichero de la capacidad de «llamar a casa» a través de la Red hasta localizar a su propietario original. La integridad permanente de algunos ficheros podría requerir su «alimentación» periódica con el dinero digital de su anfitrión (host), que estos harían llegar después a sus autores.

Por supuesto, los ficheros dotados de la capacidad independiente de comunicar con sus dispositivos de origen se parecen inquietantemente al gusano de Internet Morris. Los ficheros «vivos» poseen una cierta cualidad viral. De esta suerte, se plantearían cuestiones graves de vulneración de la privacidad si nuestros ordenadores vinieran equipados con espías digitales.

El núcleo de la cuestión es que la criptografía posibilitará muchas tecnologías de protección que se desarrollarán rápidamente por la obsesiva competición que siempre han sostenido los que hacen los cerrojos y los que los rompen.

Pero la criptografía no se usará solo para hacer cerrojos. También es vital para las firmas digitalizadas y el dinero digital antes mencionado. Ambos serán, a mi juicio, fundamentales para la protección futura de la propiedad intelectual.

Considero que el fracaso generalmente reconocido que ha sufrido el modelo shareware en el ámbito del software tuvo menos que ver con la honestidad que con la simple incomodidad de pagarlo. Si el proceso de pago se puede automatizar, como lo permitirán el dinero y las firmas digitales, los creadores de artículos de software cosecharán unos beneficios mucho más altos.

Es más, se les dispensará de muchos de los costes indirectos que hoy se añaden al marketing, la manufactura, las ventas y la distribución de productos de información, ya sean programas informáticos, libros, CD o películas. Esto reducirá los precios y aumentará la posibilidad del pago no obligatorio.

Pero, naturalmente, hay un problema fundamental en un sistema que exige el pago, a través de la tecnología, por cada acceso a una expresión concreta. Desafía el propósito jeffersoniano original de hacer accesibles para todos las ideas al margen de su situación económica. No me siento cómodo con un modelo que limite la investigación a los ricos.

## 7 Una economía de verbos

Las formas y futuras protecciones de la propiedad intelectual se han vuelto mucho más opacas desde que empezó la Era virtual. No obstante, puedo proponer (o reiterar) unos cuantos enunciados directos que, sinceramente, no creo que resulten demasiado ingenuos dentro de cincuenta años.

- En ausencia de los viejos contenedores, casi todo lo que creemos saber sobre la propiedad intelectual es erróneo. Tendremos que desaprenderlo. Vamos a tener que considerar el fenómeno de la

información como algo nunca visto previamente.

- Las protecciones que desarrollaremos se apoyarán mucho más en la ética y la tecnología que en la ley.
- El cifrado será la base técnica de la mayoría de las protecciones de la propiedad intelectual. (Y, por esta y otras razones, debería volverse más accesible.)
- La economía del futuro se basará en la relación más que en la posesión. Será continua más que secuencial.
- Y, por último, en los años venideros la mayor parte del intercambio humano será virtual más que físico, y no consistirá en materia sino en la materia de la que están hechos los sueños. Nuestros futuros negocios se llevarán a cabo en un mundo hecho de verbos más que de sustantivos.

Ojo Caliente, New Mexico, October 1, 1992

New York, New York, November 6, 1992

Brookline, Massachusetts, November 8, 1992

New York, New York, November 15, 1993

San Francisco, California, November 20, 1993

Pinedale, Wyoming, November 24-30, 1993

New York, New York, December 13-14, 1993

Esta expresión ha vivido y crecido hasta ahora durante el periodo de tiempo y en los lugares detallados más arriba. A pesar de su publicación expresa aquí, espero que continúe evolucionando de forma líquida y, de ser posible, durante muchos años.

Los pensamientos que contiene no me «pertenecen» en exclusiva, sino que se han armado a sí mismos dentro de un campo de interacción que ha existido entre mí y muchas otras personas, a las que quiero expresar mi agradecimiento. Quiero recordar en particular a: Pamela Samuelson, Kevin Kelly, Mitch Kapor, Mike Godwin, Stewart Brand, Mike Holderness, Miram Barlow, Danny Hillis, Trip Hawkins y Alvin Toffler.

No obstante, debo confesar que cuando Wired me envía un cheque a cambio de haber «colgado» temporalmente el artículo en sus páginas, soy el único que lo cobra...

Edición, revisión y notas de esta edición: Miquel Vidal (miquel AT sindominio DOT net)

## Notas al pie

... ideas».<sup>1</sup>

[http://www.wired.com/wired/archive/2.03/economy.ideas\\_pr.html](http://www.wired.com/wired/archive/2.03/economy.ideas_pr.html)

... EFF.<sup>2</sup>

[http://www.eff.org/Publications/John\\_Perry\\_Barlow/HTML/idea\\_economy\\_article.html](http://www.eff.org/Publications/John_Perry_Barlow/HTML/idea_economy_article.html)

... real.<sup>3</sup>

Real estate es el término inglés para «bienes raíces» [N. de la T.]

... EFF<sup>4</sup>

La Electronic Frontier Foundation, fundada tras la famosa caza de hackers de 1990 que describe Sterling en The hacker crackdown, es la decana de los ciberderechos y probablemente el lobby más importante en defensa de los derechos digitales a nivel mundial. [N. del E.]

... ola.<sup>5</sup>

Hay edición castellana del mismo año de su publicación original: La tercera ola, Alvin Toffler, Plaza&Janés, Barcelona, 1980. Esta obra temprana y visionaria fue enormemente influyente en todos los teóricos, emprendedores y «futurólogos» de la sociedad de la información, en los primeros editorialistas de Wired, incluyendo como vemos al propio Barlow. También se dice que inspiró a J. Atkins, uno de los creadores de la música techno y al fundador de AOL para lanzar sus servicios en línea. [N. del E.]

# Repensar los derechos de autor.

## Defensa de la lectura socializada frente a los nuevos peajes de la cultura

Hervé Le Crosnier

¿Repensar los derechos de autor? sí, pero ¿en vistas de qué proyecto social y cultural?: defender la lectura socializada frente a los nuevos peajes de la cultura. Este artículo apareció publicado originalmente en marzo de 2003, en el [número 55](#) de la revista *Archipiélago*, cuya carpeta principal se dedicó a la propiedad intelectual y la libre circulación de ideas.

En un artículo aparecido el 9 de septiembre de 2002 en *Libération*, Nidam Abdi nos incita a repensar los derechos de autor en la era digital.<sup>1</sup>

Loable intención, pero pobres propuestas. El eje general del artículo es el rechazo del canon impuesto sobre las herramientas de copia digital privada, un canon decidido en julio por la comisión Brun-Buisson en el mismo sentido de los anteriores cánones sobre la copia analógica: canon sobre las fotocopiadoras y los productos de copia que permite la existencia del CNL (Centre National des Lettres); canon sobre las cintas de audio y vídeo utilizadas en las actividades de formación, etc. Es evidente que el artículo incita a rechazar la intermediación socializada entre los gestores de los derechos de copia y los individuos que desean disponer de una copia privada, sin que se precise solución alguna para evitarla... ¿acaso no había un increíble pasaje de un jurista que nos asestaba que, «en principio, la remuneración por copia privada no debería permitir la representación de una obra en un marco privado sin el consentimiento de los autores». Nos quedamos estupefactos.

El conjunto del artículo pasa por alto la naturaleza de los derechos de autor y el estatuto particular de las obras literarias y artísticas que se encamina a proteger. Desde el momento en que considera las obras como mercancías tradicionales, «repensar los derechos de autor» se limita a encontrar soluciones técnicas para garantizar el pago por el acto de leer. La invitación final a las «reflexiones» que se están llevando a cabo en los Estados Unidos bajo la égida de Michael Eisner, patrón de Disney, cuyo deseo es hacer obligatorios los dispositivos anti-copia de las herramientas digitales (ordenadores, pero también televisores digitales, PDA, etc.), no hace más que reforzar la idea de que, bajo la confusión de los proyectos, se esconde una clara orientación encaminada a incrementar la mercantilización de la cultura. Una orientación opuesta a los intereses globales de la sociedad.

Desde el primer «Estatuto de la Reina Ana», en 1710, los derechos de autor se conciben como un derecho de equilibrio entre los intereses de la sociedad («animar a los hombres iluminados a componer y a escribir libros útiles», decía el Estatuto) y los de los autores. Estos últimos disponen del monopolio de explotación de sus obras, que no pueden ser editadas o representadas sin su consentimiento. Consentimiento que, en general, se concede a cambio de una retribución, aunque éste no sea siempre el caso, como lo demuestran ciertos movimientos como el actual del software libre. Esta lógica del equilibrio se traduce evidentemente en toda una serie de medidas que permiten asegurar la socialización de la lectura: existencia de un «dominio público» en el que se colocan las obras algunas décadas después de la muerte del autor para garantizar su libre reproducción, constituyendo así un patrimonio global; existencia de un derecho vinculado a la primera compra que permite el préstamo o la donación de libros; derecho de cita, de caricatura; y, por último, derecho de copia privada. En el transcurso de estos últimos años estos derechos se están poniendo en tela de juicio bajo la presión de las grandes empresas y de los grupos de presión, que poseen unos «catálogos de derechos» y pretenden actuar en nombre de los autores. El público crédulo cree defender a Flaubert o al cantante desconocido, pero se ve embarcado en el intento de financiarizar la cultura emprendido por Microsoft, Elsevier, Vivendi-Universal y compañía.

Ésta es la lógica liberal que predomina en numerosas intenciones actuales encaminadas a repensar los derechos de autor. En los principales proyectos, se trata, en realidad, de limitar los derechos de la sociedad en su conjunto, los derechos del lector, los derechos del público, a riesgo de incrementar las desigualdades de acceso a la cultura (véase el debate acerca del préstamo de libros en las bibliotecas o la intención de cobrar las reproducciones en las escuelas) y a riesgo de un empobrecimiento cultural y científico a medio plazo. Pero los cálculos económicos de los grandes accionistas de la cultura, para quienes los «derechos» se confunden con



las carteras de los «derechos de copia» (*copyright*), no alcanzan a contemplar la posibilidad de una sociedad que haya perdido ese equilibrio. Un equilibrio que, desde hace tres siglos, ha sabido provocar una explosión del conocimiento y elevar el nivel cultural a escala global, promoviendo de esta forma una ampliación de la democracia.

Es preciso decirlo bien alto: la difusión cultural es un fenómeno social y no se debe reflexionar en razón de las novedades técnicas, sino con arreglo a un auspiciado devenir social de la lectura. Una «lectura» entendida aquí en su sentido amplio de acceso a las obras (leer, pero también escuchar, asistir a un espectáculo, ver una película o un vídeo). Sí, la técnica cambia y permite que la circulación de las obras sea más fluida: copias idénticas en la era digital, nuevos formatos intercambiables a través de la red, interconexión planetaria... y democratización de los accesos a los dispositivos de lectura gracias a la bajada de los precios y a la disponibilidad que de ellos se tiene en los espacios públicos (colegios, bibliotecas...). No obstante, esas mismas tecnologías de lo digital y de la red permiten así mismo un seguimiento más preciso de los usos que se hacen de las obras y de los hábitos culturales de las personas, lo que no deja de ser un peligro para las libertades individuales. La tecnología es un Jano bifronte, hasta el punto de que invocarla como la razón esencial de una transformación social es un truco de prestidigitación que consiste en correr un tupido velo sobre la realidad económica y las relaciones de poder de las transformaciones propuestas.

¿Qué se pretende cuando se desea «repensar los derechos de autor»? ¿Favorecer la difusión cultural encontrando nuevos y diversos modos de financiar la creación, o bien transformar los bienes culturales en unas mercancías cuyo pago estaría vinculado a cada acto de lectura, según el modelo del peaje?



En la fase precedente, transcurrida durante el siglo XX, la remuneración de los autores tenía lugar en el momento de la industrialización de la obra (impresión de un libro vinculado al «contrato de edición», prensado de discos, etc.). Éste es un modelo que permite unos usos inéditos de las obras, una circulación de la cultura, la constitución de «grupos de lectores». El modelo que permite, por ejemplo, a unos grupos de adolescentes intercambiar su música preferida, para mayor provecho «general» de la industria musical. Quien aporta las obras originales que se copian alcanza la talla de prescriptor musical. Espera, por lo tanto, ser imitado por los demás miembros del grupo,

quienes aportarán a su vez obras nuevas. Este fenómeno provoca un aumento del consumo cultural general y evita, en la medida de lo posible, que las compras se limiten a las músicas consideradas como «esenciales» en un momento dado en el grupo de adolescentes. Sí, los adolescentes se valorizan a través del trabajo creativo de otros, de los autores que abanderan. ¿Y qué? ¿Acaso la obra cultural no desempeña el papel de promover el reconocimiento mutuo y el intercambio social? ¿No es precisamente ésa la razón de que los bienes culturales posean un estatuto diferente, un estatuto garantizado por las reglas de los derechos de autor que favorece el uso de las obras en el ámbito privado? Es cierto que cuando la esfera privada se extiende al planeta en red y el fenómeno de la copia no queda limitado por la capacidad de conocer «*intuite personae*» a quien posee una obra deseada, se suscitan nuevos problemas. Es preciso tratarlos. Pero tratarlos, sobre todo, sin poner en tela de juicio la actividad de lectura socializada tan esencial para la formación cultural, una apuesta por usos posteriores que se traducirán a su vez en la compra de obras en los años venideros. La cultura se alimenta de sus propias prácticas aunque a primera vista éstas fagociten las obras existentes. Esto siempre ha sido así, y así ha de continuar en pos de la expansión y de la democratización del conocimiento.

¿Por qué inquietarse a causa de las tentativas liberales de «repensar los derechos de autor»? Porque el otro aspecto del Jano bifronte de las evoluciones tecnológicas es un conjunto de medios de seguimiento de los usos que permite ponerlos en vereda, estigmatizar a los lectores y, por último, instituir una sociedad de control cultural. Es cierto que estamos asistiendo tan sólo a sus balbuceos. Los Cd's anti-copia ilegibles por el ordenador son todavía inestables, hasta el punto de que los grandes sellos musicales como BGM y Universal Music están dando ahora marcha atrás. Pero la dinámica económica general tiende hacia el pago en el momento del uso, de cada uso, y para ciertos usos precisos y delimitados, previamente descritos por el productor cultural. Todo el conjunto embalado en un fichero XML y guardado en las nuevas bases de datos de certificación que van a constituir el futuro megapoder de la industria cultural o, más bien, de la industria del entretenimiento.

Ahora bien, en la previsión, la organización y el seguimiento de los usos de las obras culturales se esconde un verdadero peligro. El peligro de limitar la innovación, de reducir la capacidad de las obras de unir a los grupos humanos en torno a prácticas sociales de conocimiento y de placer cultural. Porque es el segundo estatuto de la obra literaria y artística el que se olvida en la vulgata actual acerca de los derechos de autor: el objetivo de la

cultura es tejer a los individuos en redes de prácticas comunes. Es esta fabulosa externalidad positiva de la obra de arte la que la hace tan indispensable para las sociedades democráticas.

Sí, es necesario «repensar los derechos de autor», pero en función de proyectos sociales y culturales y no bajo la máscara de la tecnología. Y para ello conviene sacar a la lectura socializada del ámbito de lo no pensado. La lectura socializada que, más allá de las prácticas individuales, lleva a funcionamientos de grupo: en las instituciones sociales (escuelas, bibliotecas), pero también en las redes sociales de los individuos. En ese dominio hay pistas que explorar muy alejadas del guirigay al que se dedican las megacompañías de gestores de bienes culturales.

En este debate, que es preciso convocar en el espacio público, que es preciso «repolitizar», conviene preguntarse por el lugar de la sociedad civil. En calidad de complemento de los derechos políticos, sociales y económicos, ¿cuál es el envite de un derecho a la información, al conocimiento y a la cultura? Y, dentro de este marco, ¿cuál es la posibilidad de existencia del régimen de equilibrio específico de los derechos de autor, es decir, cómo asegurar la retribución equitativa de los autores y de todo el entorno que hace posible la producción y la difusión cultural (la industria cultural, la educación, la edición, las bibliotecas, etc.) sin dañar ese bien público global que es el conocimiento?

*Traducción: Marisa Pérez Colina*

Copyright © 2003 Hervé Le Crosnier

Se permite la copia y la reproducción literal de este artículo en su totalidad y por cualquier medio, siempre y cuando esta nota se preserve.

---

## Notas al pie

... digital.<sup>1</sup> Para facilitar la comprensión del debate, puede consultarse el artículo de Nidam Abdi en <http://www.liberation.fr/page.php?Article=51845>



# Copyright y maremoto

## Wu Ming 1

Actualmente existe un amplio movimiento de protesta y transformación social en gran parte del planeta. Tiene potencialidades *constituyentes* desmesuradas, pero aún no es completamente consciente de ello. Aunque su origen es antiguo, se ha manifestado sólo recientemente, apareciendo en varias ocasiones bajo los reflectores mediáticos y, sin embargo, trabajando día a día lejos de ellos. Está formado por multitudes y por singularidades, por retículas capilares en el territorio. Cabalga las más recientes innovaciones tecnológicas. Le quedan pequeñas las definiciones acuñadas por sus adversarios. Pronto será imparable y la represión nada podrá contra él.



Es lo que el poder económico llama «piratería».

Es el movimiento real que suprime el actual estado de las cosas.

Desde que —no hace más de tres siglos— se impuso la creencia en la propiedad intelectual, los movimientos *underground* y «alternativos» y las vanguardias más radicales la han criticado en nombre del «plagio» creativo, de la estética del *cut-up* y del *sampling*, de la filosofía *do it yourself*. De más moderno a más antiguo se va del hip-hop al punk al proto-surrealista Lautréamont («El plagio es necesario. El progreso lo implica. Toma la frase de un autor, se sirve de sus expresiones, cancela una idea falsa, la sustituye con la idea justa»). Actualmente esta vanguardia es de masas.

Durante decenas de milenios la civilización humana ha prescindido del copyright, del mismo modo que ha prescindido de otros falsos axiomas parecidos, como la «centralidad del mercado» o el «crecimiento ilimitado». Si hubiera existido la propiedad intelectual, la humanidad no habría conocido la epopeya de Gilgamesh, el *Mahabharata* y el *Ramayana*, la *Ilíada* y la *Odisea*, el *Popol Vuh*, la Biblia y el Corán, las leyendas del Graal y del ciclo artúrico, el *Orlando Enamorado* y el *Orlando Furioso*, *Gargantúa y Pantagruel*, todos ellos felices productos de un amplio proceso de conmixión y combinación, reescritura y transformación, es decir, de «plagio», unido a una libre difusión y a exhibiciones en directo (sin la interferencia de los inspectores SIAE).

Hasta hace poco, las empalizadas de las *enclosures* culturales imponían una visión limitada, luego llegó Internet. Ahora la dinamita de los bits por segundo vuela esos recintos y podemos emprender aventuradas excursiones en selvas de signos y claros iluminados por la luna. Cada noche y cada día millones de personas, solas o en colectividad, rodean/violan/rechazan el copyright. Lo hacen apropiándose de las tecnologías digitales de compresión (MP3, Mpeg etc.), distribución (redes telemáticas) y reproducción de datos (masterizadores, escáner). Tecnologías que suprimen la distinción entre «original» y «copia». Usan redes telemáticas *peer-to-peer* (descentradas, «de igual a igual») para compartir los datos de sus propios discos duros. Rodean con astucia cualquier obstáculo técnico o legislativo. Sorprenden en contrapié a las multinacionales del *entertainment* erosionando sus (hasta ahora) excesivos beneficios. Como es natural, causan graves dificultades a los entes que administran los llamados «derechos de autor» (Bernardo Iovene demostró *cómo* los administran en su investigación para la transmisión Rai Report del 4 de octubre de 2001, cuyo texto está disponible en la dirección <http://www.report.rai.it/2liv.asp?s=82>).

No estamos hablando de la «piratería» gestionada por el crimen organizado, sección de capitalismo extralegal no menos desplazada y jadeante que la legal por la extensión de la «piratería» autogestionada y de masas. Hablo de una democratización general del acceso a las artes y a los productos del ingenio, proceso que salta las barreras geográficas y sociales. Digámoslo: barreras *de clase* (¿de veras tengo que desgarnar algún dato sobre los precios de los CD?).

Este proceso está cambiando el aspecto de la industria cultural mundial, pero no se limita a ello. Los «piratas» debilitan al enemigo y amplían los márgenes de maniobra de las corrientes más *políticas* del movimiento: nos referimos a los que producen y difunden el «software libre» (programas «de fuente abierta» libremente modificables por los usuarios), a los que quieren extender a cada vez más sectores de la cultura las licencias «copyleft» (que permiten la reproducción y distribución de las obras a condición de que queden «abiertas»), a los que quieren hacer de «dominio público» fármacos indispensables para la salud, a quien rechaza la apropiación, el registro y la frankensteinización de especies vegetales y secuencias genéticas, etc.

El conflicto entre anti-copyright y copyright expresa en su forma más inmediata la contradicción de base del sistema capitalista: la que se da entre fuerzas productivas y relaciones de producción/propiedad. Al llegar a un cierto nivel, el desarrollo de las primeras pone inevitablemente en crisis a los segundos. Las mismas *corporations* que venden samplers, fotocopadoras, escáneres y masterizadores controlan la industria global del *entertainment*, se descubre dañada por el uso de tales instrumentos. La serpiente se muerde la cola y luego azuza a los diputados para que legislen contra la autofagia.

La consiguiente reacción en cadena de paradojas y episodios grotescos nos permite comprender que ha terminado para siempre una fase de la cultura y que leyes más duras no bastarán para detener una dinámica social ya iniciada y arrolladora. Lo que se está modificando es la relación entre producción y consumo de la cultura, lo que alude a cuestiones aún más amplias: el régimen de propiedad de los productos del intelecto general, el estatuto jurídico y la representación política del «trabajo cognitivo», etc.

De todos modos, el movimiento real se orienta a superar toda la legislación sobre la propiedad intelectual y a reescribirla desde el principio. Ya se han puesto las piedras angulares sobre las que reedificar un *verdadero* «derecho de los autores», que realmente tenga en cuenta cómo funciona la creación, es decir por osmosis, conmixión, contagio, «plagio». A menudo, legisladores y fuerzas del orden tropiezan con esas piedras y se hieren las rodillas.

El *open source* y el *copyleft* se extienden actualmente mucho más allá de la programación del software: las «licencias abiertas» están en todas partes y en tendencia pueden convertirse en el paradigma de un nuevo modo de producción que libere finalmente la cooperación social (ya existente y visiblemente desplegada) del control parasitario, la expropiación y la «renta» a favor de grandes potentados industriales y corporativos.

La potencia del *copyleft* deriva del ser una innovación jurídica desde abajo que supera la mera «piratería», acentuando la *pars construens* del movimiento real. En la práctica, las leyes vigentes sobre el copyright (uniformadas por la Convención de Berna de 1971, prácticamente el Pleistoceno) están siendo *pervertidas* respecto a su función original y, en vez de obstaculizarla, se convierten en *garantía* de la libre circulación. El colectivo Wu Ming —del que formo parte— contribuye a dicho movimiento insertando en sus libros la siguiente locución (sin duda mejorable): «Permitida la reproducción parcial o total de la obra y su difusión por vía telemática a uso personal de los lectores, a condición de que no sea con fines comerciales». Lo que significa que la difusión debe permanecer gratuita... so pena del pago de los derechos correspondientes.

Para quien quiera saber más, la revista [New Scientist](#) ha ofrecido recientemente un excelente cuadro de la situación en un largo artículo publicado a su vez bajo «licencia abierta».

Eliminar una idea falsa, sustituirla con la justa. La vanguardia es un saludable «retorno a lo antiguo»: estamos abandonando la «cultura de masas» de la era industrial (centralizada, estandarizada, unívoca, obsesionada por la atribución del autor, regulada por mil cavilos) para adentrarnos en una dimensión productiva que, a un nivel de desarrollo más alto, presenta no pocas afinidades con la de la cultura *popular* (excéntrica, deforme, horizontal, basada en el «plagio», regulada por el menor número de leyes posible).

Las leyes vigentes sobre el copyright (entre las que se cuenta la amañadísima ley italiana de diciembre de 2000) no tienen en cuenta el «copyleft»: en el momento de legislar, el Parlamento ignoraba por completo su existencia, como han podido confirmar los productores de software libre (equiparados *sic et simpliciter* a los «piratas») en diversos encuentros con diputados.

Como es obvio, dada la actual composición de las Cámaras italianas, no se puede esperar nada más que un diabólico perseverar en el error, la estulticia y la represión. Sus señorías no se dan cuenta de que, bajo la superficie de ese mar en el que ellos sólo ven piratas y barcos de guerra, el fondo se está abriendo. También en la izquierda, los que no quieren agudizar la vista y los oídos, y proponen soluciones fuera de tiempo, de «reformismo» pálido (disminuir el IVA del precio de los CD, etc.), podrían darse cuenta demasiado tarde del maremoto y ser arrollados por la ola.

Traducción: Albertina Rodríguez Martorell

*Copyright © Wu Ming 2002*

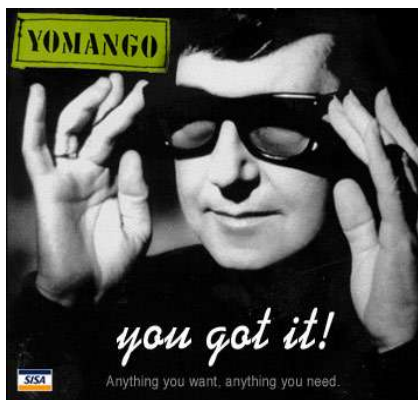
*Se permite la libre reproducción de este texto por cualquier medio siempre y cuando su circulación sea sin ánimo de lucro y esta nota se mantenga*

# Copiar, robar, mandar

César Rendueles

Publicado originalmente en la revista [Archipiélago](#), nº 55, marzo de 2003

El crecimiento de los beneficios derivados de la propiedad intelectual constituye una de las principales componentes de la reorganización del capitalismo mundial de los últimos veinte años. Ya a principios de los años noventa la propiedad intelectual constituía el 30% de las exportaciones de Estados Unidos. Precisamente una de las principales diferencias de la OMC respecto al GATT fue la inclusión del comercio invisible entre sus áreas de competencia y la aceptación de las normas de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. En este sentido al menos, es evidente que la industria del copyright guarda una estrecha relación con el gigantesco desarrollo del capitalismo financiero de las últimas décadas. Pero se puede ir más lejos y afirmar que el comercio intelectual comparte con la especulación financiera e inmobiliaria rasgos formales de eso que la tradición marxista ha llamado "capital ficticio". En principio, la legitimidad del capital ficticio se basa en las expectativas de que será validado por futuras actividades productivas; por ejemplo, en el campo inmobiliario, su razón de ser sería atender las previsiones de la próxima demanda de vivienda. No obstante, en la economía actual es la fuente de beneficios de rentistas y especuladores que sacan provecho de su poder monopolista pero que, recordémoslo, "en principio, no son un elemento integral del capitalismo".<sup>1</sup> Es decir, en los mercados financieros, como en las grandes operaciones inmobiliarias o en el comercio invisible existen royalties que no proceden de la producción sino que constituyen una auténtica usura social. Así, en aquellos medios de comunicación de masas en los que el coste marginal de cada nuevo uso tiende a cero y es posible limitar su acceso, las multinacionales pueden cobrarnos por productos virtualmente gratuitos. Esto marca una diferencia considerable respecto a la industria de la copia tradicional donde por mucho que existan asombrosas economías de escala



cada nuevo uso implica una nueva mercancía con tiempo de trabajo social incorporado. Es como si los mercaderes del copyright, cumpliendo una añeja fantasía infantil, tuvieran en su oficina la máquina de fabricar dinero.

Así, no es raro que la mayor parte de los debates que hoy día existen en torno a la propiedad intelectual se desarrollen en el nivel de los grupos de consumidores que intuyen que la industria del copyright no respeta las reglas del sistema mercantil. El alza artificial de los precios inmobiliarios por obra y gracia de los especuladores se traduce en el hecho de que las familias españolas dedican ya el 50% de su renta a la vivienda. De modo análogo la especulación cultural genera dinero como por arte de magia en la medida en que la sociedad asume como costes los beneficios de los oligopolistas que o bien incrementan el precio de las mercancías en más de un 300% (CD's) o sencillamente están en condiciones de añadir consumidores sin coste adicional (Internet, televisión vía satélite...); todo ello sin dejar de *saquear* las inversiones públicas en tecnología, educación, arte o investigación.<sup>2</sup> En este contexto, la industria lleva más de una década buscando métodos para lograr aprovechar al máximo las potencialidades monopolistas de la propiedad intelectual: técnicamente se han desarrollado distintos métodos que van desde el *pay-per-view* hasta los mecanismos de codificación; en el plano legal se ha tratado de desfigurar la legislación tradicional sobre propiedad intelectual; en el ámbito ideológico (en abierta contradicción con la estrategia anterior) se ha ensalzado el derecho de autor como pilar de la creación no sólo porque Stephen King despierta más simpatías que Random House, sino porque en el sector cultural los autores constituyen uno de los pilares históricos de la diferenciación del producto, un recurso comercial típico de los sectores oligopolistas. Si se acepta discutir en este plano que propone la industria, el debate parece retornar a los *topoi* clásicos sobre propiedad intelectual y derecho de autor que, en términos muy generales, se pueden resumir en tres puntos de vista distintos:

1. Si algo merece el nombre de propiedad es la propiedad intelectual, su legitimidad está fuera de toda duda pues es la creación exclusiva de su autor. Autoría y propiedad intelectual vendrían a ser términos prácticamente sinónimos. Esta tesis suele ir acompañada de la idea (1b) de que la remuneración es el único medio de incentivar la creatividad.

2. La propiedad intelectual no es como las demás, no sólo por su inalienabilidad sino porque guarda una relación intrínseca con la comunidad que le da sentido. Asociada a esta idea suele estar la de aquellos que mantienen (2b) que es imprescindible encontrar un equilibrio entre el uso público de los productos culturales y su explotación comercial.
3. La propiedad intelectual es una farsa que se fundamenta en un mito romántico (el autor) al que la sociedad burguesa ha dado estatuto jurídico. Desde esta posición -mantenida por un confuso magma entre surrealista, postestructuralista y situacionista- se tiende a postular el plagio como máximo momento de resistencia al capital en el ámbito de la cultura.<sup>3</sup>

Es importante notar que 1a) y 2b) no son corolarios de 1) y 2) sino mero anejos contextuales. Así, en mi opinión la única postura sensata es la de 2) si bien de ningún modo comparto 2b). A diferencia de lo que ocurre con las patentes, la creación cultural no se confronta con la cosa misma sino con una comunidad de oyentes que le da sentido. Esto no significa que la idea de autor sea un mito -o al menos que sea un mito peor que la noción místico-keatsiana de una posesión del poeta por parte de las musas-, sino que el concepto de autor, como el de literatura o música, es insignificante al margen de un marco público. De este modo, 2) es compatible con un concepto de autor y de originalidad basados en el manejo y la reelaboración de un conjunto de utensilios heredados cuyo significado se define en contextos retóricos renovables.<sup>4</sup> Lo que sí implica 2) es la necesidad de proteger esa esfera pública de cualquier práctica mercantil que la ponga en peligro. Obviamente esta idea supone una extensión en el ámbito cultural de una tesis que Polanyi ha mantenido respecto al trabajo, la tierra y el dinero. Es preciso ser prudente a la hora de manejar este tipo de argumentos pues es fácil confundir los efectos poco saludables de la mercantilización del arte (una crítica antiburguesa) con las consecuencias de la concentración monopolista (una crítica anticapitalista), como veremos mi razonamiento tiene que ver con este último aspecto por mucho que también simpatice con el primero. Por último, reconozco mi abierta hostilidad hacia las formas más desaforadas de 3). Me parece uno de esos alardes ideológicos que llevan a asumir versiones caricaturizadas de los propios argumentos. Por ejemplo, una de las respuestas más frecuentes a las que uno se enfrenta al abogar por la propiedad colectiva de los medios de producción viene a recordar lo desagradable que resulta compartir el cepillo de dientes o vivir en comunas. Curiosamente, nunca tarda en aparecer un compañero de viaje terriblemente contracultural que proclama la *absoluta necesidad* de compartir el cepillo de dientes y vivir en comunas.

En cualquier caso, lo importante aquí es advertir que las distintas nociones de autor no están asociadas unívocamente a una forma de retribución o de difusión determinada: tal vez el único incentivo del autor sea económico, pero de ahí no se deduce quién tiene que asumir la carga de la retribución. En definitiva, los planos estéticos, laborales y comerciales de la propiedad intelectual no están ligados inextricablemente por conexiones lógicas sino que son el producto de una evolución contingente que admite enormes matices.

## Los límites del derecho de autor

A estas alturas ya debería ser ocioso recordar la estrecha relación que existe entre la aparición de la imprenta, la propiedad intelectual y la noción moderna de autor: "La lucha por hacerse con el derecho a publicar determinado texto suscitó debates novedosos sobre temas como el monopolio y la piratería. La imprenta forzó la definición legal de aquello que pertenecía al dominio público. La propiedad común literaria quedó sujeta a 'procesos de *enclosure*' y el individualismo posesivo comenzó a caracterizar la actitud de los escritores hacia su obra".<sup>5</sup> No obstante, es muy cierto que, como ha señalado D. Saunders, la conciencia de este vínculo a menudo ha llevado a establecer narraciones teleológicas en las que la situación actual se muestra prefigurada en procesos que tuvieron un desarrollo relativamente independiente.<sup>6</sup>

Como es sabido, las primeras ordenaciones legales de la industria de la imprenta aparecieron en la Venecia de finales del siglo XV en forma de monopolios otorgados por la autoridad a ciertos impresores a cambio de lealtad política. Se trata de un modelo muy difundido y que en Francia sólo desapareció tras la Revolución Francesa (por cierto, con resultados económicos catastróficos). De modo análogo, en Inglaterra las primeras leyes que regulaban el copiado estaban muy vinculadas a la censura y al control político. Lo fundamental de esta primera fase legislativa es que en ningún caso se tenía en cuenta los derechos de autor, únicamente se pretendía amparar a editores y libreros frente a la piratería. Así, la primera legislación moderna del copyright, el Estatuto de la Reina Ana de 1710, era una ley de protección de la inversión que trataba la propiedad intelectual desde el punto de vista de las patentes.<sup>7</sup> Para que esto cambiara se tuvo que dar no sólo una transformación del sistema

de mecenazgo tradicional sino, sobre todo, una larga batalla judicial por parte de los escritores que pretendían obtener remuneración de la venta de sus libros.

Al mismo tiempo, se estaba produciendo un debate sobre el interés público implícito en la propiedad intelectual con muy diferentes ramificaciones que iban desde la crítica de la mercantilización del arte hasta la censura del carácter inevitablemente monopolista de la producción editorial. Las constituciones burguesas sancionaron la necesidad de salvaguardar el interés público al vincularlo explícitamente a la función difusora de los editores y al incentivo a la creatividad que supone la remuneración del autor. A finales del siglo XVIII, las disposiciones para garantizar el equilibrio entre estos elementos llevaron a situaciones sorprendentes desde el punto de vista actual. Así, algunos estados norteamericanos imponían límites al monopolio del copyright en forma de justiprecios, es decir, que si el propietario del copyright vendía un libro a un precio que superara su inversión en trabajo y gastos más una compensación razonable por el riesgo asumido, entonces los tribunales podían determinar un precio más adecuado.<sup>8</sup> Dejo al lector la tarea de imaginar lo que ocurriría si este mecanismo se aplicase hoy en día a la producción de, por ejemplo, discos compactos.

El último de los principios generales del derecho de autor en hacer su aparición fue el derecho moral, el principio de la propiedad intelectual más vinculado a la categoría estética de autor en sentido romántico.<sup>9</sup> Lo curioso es que en los sistemas modernos de copyright -al menos en los de la Europa continental- se ha dado una completa inversión de la cronología, de modo que el *droit moral* ha pasado a ser el mascarón de proa de la propiedad intelectual, el elemento del que se hace depender la retribución del autor y del difusor.<sup>10</sup>

El resultado de todos estos procesos complejos e interrelacionados es un sistema legal internacional de propiedad intelectual más o menos coherente (a menudo menos que más) con tres planos fundamentales:

1. Un sistema de protección de la inversión de los productores de copias por medio de los derechos conexos. Generalmente, su legitimidad se hace depender de la contribución de los "auxiliares de la creación" a la difusión de las obras.
2. Un sistema de protección del derecho moral y patrimonial del autor.
3. Un sistema de protección del interés público a través de un mecanismo de excepciones que libera la propiedad intelectual en determinadas circunstancias.<sup>11</sup> Es sorprendente lo a menudo que se obvia este elemento fundamental de las legislaciones sobre la propiedad intelectual. Básicamente, hay dos modelos de protección del dominio público: el del derecho europeo basado en un sistema de excepciones bien establecido para, por ejemplo, usos relacionados con la educación, la información o la parodia y un sistema de excepciones abierto como es el *fair use* americano.

Es muy importante recordar hasta qué punto la interpretación diferencial de estos elementos podría haber dado lugar a situaciones muy distintas. Por ejemplo, una sociedad con leyes antimonopolistas estrictas, en la que la remuneración de los autores no dependiera o sólo dependiera parcialmente de la venta de la obra, con grandes inversiones en medios de comunicación públicos y con una interpretación generosa del *fair use* tendría un régimen cultural substancialmente distinto al que hoy existe sin modificar apenas los factores en juego.

Sin embargo el panorama legislativo está cambiando a marchas forzadas a resultas del desarrollo y la concentración de la industria de la copia. Más allá de la persecución de las redes *peer-to-peer* en Internet, se está produciendo un profundo giro legislativo por lo que toca a la propiedad intelectual.<sup>12</sup> Existe una evidente conexión entre los intereses de las multinacionales del copyright y las reformas políticas que se están produciendo en todo el mundo y, muy especialmente, en la Unión Europea. Las leyes de propiedad intelectual se están transformando en un sistema de protección de la inversión extrañamente arcaico en el que el la propiedad misma se concibe como una forma de remuneración del difusor. Una de las más peligrosas consecuencias de este desplazamiento del derecho moral del autor como núcleo normativo del copyright es que (muy postmodernamente) la creación de formas originales deja de ser condición indispensable del reconocimiento de la propiedad intelectual y la propia materialidad se muestra como apropiable. Esto resulta particularmente perspicuo en la legislación *sui generis* sobre bases de datos pero tiene connotaciones mucho más amplias que alcanzan asuntos como las patentes biológicas.<sup>13</sup> Por último, se están produciendo restricciones de los sistemas de excepciones que protegían el interés público de la mercantilización de la cultura.

Por eso situar el debate actual sobre la propiedad intelectual en el plano del derecho de autor tradicional es una maniobra ideológica. Desde el punto de vista ilustrado buena parte del comercio intelectual contemporáneo podría ser considerado simplemente ilegal. Creo que esta transformación supone la sanción legal definitiva de



un régimen de expropiación estructural de un importantísimo ámbito de nuestra vida pública, un régimen que se lleva gestando desde hace décadas a través de un proceso de concentración de los medios de comunicación de masas.

## Oligopolio y oligarquía

Me parece llamativo lo a menudo que las defensas de un régimen de propiedad intelectual más respetuoso con el ámbito público se limitan a tratar formas artísticas y culturales de vanguardia. Es cierto que en los últimos años algunos artistas se han enfrentado a limitaciones en su trabajo a causa del copyright,<sup>14</sup> pero se trata de un asunto tradicional que guarda relación con lo difícil que resulta establecer los límites del plagio y la originalidad.<sup>15</sup> Este culteranismo resulta particularmente curioso si observamos dichas prácticas desde el punto de vista que con enorme valentía nos propone Eric Hobsbawm al señalar la patente ineficacia política del arte contemporáneo.<sup>16</sup> Por supuesto, el caso de las artes plásticas es particularmente sangrante dada la obsesión de sus autores por un imposible activismo artístico-político (preferentemente postmoderno), pero el argumento es perfectamente extensible a la literatura o la música culta. Evidentemente, la única conclusión que cabe sacar de esa esterilidad política del arte actual es que no es arte en ningún sentido razonable. La *posibilidad* (no la necesidad, claro) de resultar políticamente eficaz es un buen indicador de la diferencia entre el arte y la decoración de interiores, entre la literatura y la prosa comercial, esto es, de la existencia de una estructura retórica significativa cuya convencionalidad queda difuminada por su capacidad para transformar las vidas de sus partícipes. Por eso no es exagerado decir que la literatura, las artes plásticas, la música y el cine cultos han pasado a ser actividades privadas que poco tienen que ver con ese universo que a duras penas designamos con la palabra cultura. Para comprender esta transformación basta comparar esas prácticas con la música popular contemporánea. La forma en que millones de personas se sienten incumbidas por la música, el modo en que afecta a su modo de habitar el mundo, nos recuerda la forma en que antes se miraba un cuadro o se leía una novela. De hecho, no es raro que la música juegue un papel decisivo en la educación política de muchos jóvenes. Por eso resultan particularmente irritantes los intentos de elevar la música popular a los altares de la gran cultura. Más bien deberíamos preguntarnos qué clase de mundo es este en el que la más sofisticada expresión artística digna de tal nombre es un concierto de rock.

Esto viene a cuento porque creo que a menudo nos limitamos a denunciar la evidente estafa que caracteriza el mercado cultural actual sin señalar los peores efectos de la capitalización de la industria del copyright. En las discusiones clásicas sobre el dominio público se daba por hecho que no había usura en los intercambios, que las mercancías culturales se vendían a su valor y aún así se planteaba los perjuicios para la esfera pública de ese mercadeo. Y precisamente quienes intentan hoy recuperar dicho debate yerran completamente su objetivo al identificar ese *common* expropiado con alguna tradición literaria o artística. Dentro del capitalismo del copyright uno puede seguir leyendo a Musil o escuchando a Satie (precisamente porque han pasado al ámbito privado), lo que no se puede hacer es leer un periódico o ver la televisión sin escuchar una sarta de mentiras completamente absurda. Es por eso que creo que el auténtico lugar de expresión estética de un mundo tan grotescamente estetizado como el nuestro es la prensa. Sé que resulta extraño pensar que en vez de Virgilio tenemos la CNN pero es la única conclusión que, al menos, hace justicia a Virgilio. Del mismo modo, la única forma de entender tanto a Goya como al Equipo Crónica es compararlos con algún tipo de contrainformación sobre la España del XIX y de la transición respectivamente y no, desde luego, con las ingentes muestras de manierismo pequeñoburgués que se conservan en la Tate Modern.

En realidad, no es crucial para mi argumentación la tesis sobre el estatuto privado del arte contemporáneo o su pasado público. Lo único importante es que se reconozca que la prensa actual dispone de una considerable eficacia política, al margen de si el arte la ha tenido alguna vez o no. Cuando hablo de "prensa" no me refiero a las crónicas de sucesos sino al hecho de que literalmente resulta difícil discernir esas crónicas de un abigarrado conjunto de acontecimientos deportivos, tertulias radiofónicas y películas de Hollywood con los que nos sentimos políticamente concernidos (por supuesto, el rechazo visceral es una forma de vínculo como cualquier otra).

Pues bien, la industria del copyright -toda ella, desde el mercado del libro a las patentes biológicas- ha propiciado una concentración mediática clave para entender las estructuras de poder político en el mundo actual. El derecho de autor es el instrumento legal que ha permitido a algunos medios de comunicación crecer desmesuradamente fagocitando a sus competidores y anulando de paso la presencia pública de las alternativas políticas a la dictadura de los intereses capitalistas. Cuando se discute sobre copyright no hay que olvidar que actualmente en España hay, tirando por lo alto, dos únicas plataformas mediáticas (ampliamente participadas por multinacionales) que controlan la totalidad del mercado de la información. Habría sido imposible llegar a esta



situación si la industria mediática no ofreciera unas plusvalías ridículamente elevadas merced a una legislación del copyright que protege los privilegios de las multinacionales frente a los intereses -económicos, pero también culturales y políticos- de los usuarios. Más aún, este oligopolio mediático ha transformado las relaciones laborales en los medios de comunicación condicionando la calidad de la información y propiciando considerables dosis de (auto)censura.<sup>17</sup> Y esto ocurre en un mundo en el que han desaparecido los antiguos círculos en los que se conformaba la identidad política: los amigos, el sindicato o la familia, así como no pocos colectivos y organizaciones políticas, se han alejado también de una esfera pública en la que sólo la prensa ejerce ya alguna influencia. Uno puede mantener con coherencia -aunque poco convincentemente- que los beneficios derivados de la comercialización cultural son mayores que los perjuicios que supone para el dominio público, puede hacerlo porque desgraciadamente los antiguos argumentos que alertaban sobre el peligro de mercantilizar la cultura han pasado a mejor vida junto con las formas culturales que trataban de defender. Lo que nadie podría negar son los fascinantes efectos que el crecimiento de la industria del copyright y su proceso de concentración han obrado sobre la prensa, esto es, sobre un ámbito crucial en la formación política de las masas. Si cabe calificar de auténtica expropiación esa concentración es porque la prensa es un elemento clave en la consolidación de un panorama político en el que está virtualmente excluida cualquier opción que no acepte como condición previa el sometimiento a una estructura de injusticia inaceptable. El capitalismo del copyright no sólo nos está robando un montón de dinero con cada producto que nos vende sino que, sobre todo, se ha apropiado del único ámbito discursivo cuya eficacia política está fuera de toda duda. Así pues, el peor efecto del sistema de copyright -un efecto al que difícilmente podemos escapar a través de iniciativas tan encomiables como la del copyleft- es que propicia el monopolio de la esfera pública por parte de los grupos de poder económico y político. No creo que sea muy difícil de entender cómo la tendencia a la concentración -una característica crucial de la reproducción ampliada del capital- favorece la complicidad entre el poder político y la prensa. Como respuesta a las posibles objeciones de los fanáticos del individualismo metodológico me gustaría señalar que esta no es tanto una tesis funcionalista como una mera constatación empírica. Resulta relativamente sencillo establecer los mecanismos concretos de conexión entre poder político, poder mediático y poder financiero. A modo de ejemplo y sin entrar en el terreno de los intereses materiales, resulta revelador que el consejero delegado de Antena 3, el ex presidente de Telefónica (uno de los grupos propietarios de Antena 3), el consejero delegado de PRISA y el presidente del gobierno coincidieran en las aulas de un famoso colegio madrileño.

Hasta donde yo consigo entenderlo resulta difícil pensar en una práctica cultural antagonista que no tome como punto de partida una profunda conciencia de esta relación entre el desarrollo económico de la industria de la copia y la formación de plataformas mediáticas que posibilitan la manipulación ideológica a gran escala. El análisis del modo en que la mercantilización de la propiedad intelectual fomenta la consolidación de cauces informativos sesgados en beneficio de los intereses del capital constituye un buen antídoto tanto contra las reflexiones sobre los efectos del copyright en términos únicamente discursivos como contra el espíritu endogámico (por no decir onanista) que preside buena parte de las reflexiones de la izquierda cultural. Por raro que parezca, el único consejo sensato que hoy podría darle Rilke a un adolescente sería que se dedicara a la contrainformación en Internet o en una radio libre y dejara la composición de elegías para sus ratos de ocio.

Copyright © 2003 César Rendueles

*Se otorga permiso para copiar y distribuir este documento completo en cualquier medio si se hace de forma literal y se mantiene esta nota.*

---

## Notas al pie

... capitalismo".<sup>1</sup>

P. Gowan, *La apuesta por la globalización*, Madrid: Akal, 2000, p. 29; véase también D. Harvey, *The Limits to Capital*, Londres: Verso, 1999, cap. 9.4 y cap 11. 6.

... investigación.<sup>2</sup>

A. Callinicos ha subrayado con toda la razón lo ridículo que resulta que se atribuya la revolución informática a la iniciativa privada de unos cuantos emprendedores sin recursos trabajando en un

cochambroso garaje cuando exigió fastuosas cantidades de dinero en investigación básica procedentes del estado (A. Callinicos, *Contra la tercera vía*, Madrid: Crítica, 2002, p. 46).

... cultura.<sup>3</sup>

En H. Schwartz, *La cultura de la copia*. Parecidos sorprendentes, facsímiles insólitos (Madrid: Cátedra, 1998) aparece, entre otras numerosas extravagancias, un repaso ilustrativo de algunas de estas prácticas.

... renovables.<sup>4</sup>

Se trata de una tesis bastante habitual, por lo que toca a la literatura me gusta la versión que plantea Terry Eagleton en *Introducción a la teoría literaria*, México: FCE, 1993.

... obra".<sup>5</sup>

E. L. Einsenstein, *The Printing Press as an Agent of Change*, Cambridge: CUP., 1979, pp 120-21. Véase también L. Febvre y H. J. Martin, *La aparición del libro*, México: Utahe, 1962.

... independiente.<sup>6</sup>

D. Saunders, *Authorship and Copyright*, Nueva York: Routledge, 1992.

... patentes.<sup>7</sup>

Cf. M. Rose, *Authors and owners. The invention of Copyright*, Cambridge: Harvard University Press, 1993, p. 88.

... adecuado.<sup>8</sup>

Cf. Ronald V. Bettig, *Copyrighting Culture. The political Economy of Intellectual Property*, Oxford: Westview Press, 1996, p. 26.

... romántico.<sup>9</sup>

Véase D. Saunders, op. cit. cap. 3.

... difusor.<sup>10</sup>

Las primeras obras de B. Edelman, en especial *La práctica ideológica del derecho: elementos para una crítica marxista del derecho* (Madrid: Tecnos, 1980) tienen especial interés en este sentido ya que incide en cómo esta arquitectura jurídica del derecho de autor se fue adecuando a los cambios tecnológicos.

... circunstancias.<sup>11</sup>

Véase C. Colombert, *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo*, Madrid: UNESCO/CINDOC, 1997, pp. 66-82 y P. Sirinelli, "Excepciones y límites al derecho de autor y los derechos conexos" en [http://www.wipo.org/spa/meetings/1999/wct\\_wppt](http://www.wipo.org/spa/meetings/1999/wct_wppt).

... intelectual.<sup>12</sup>

Véase S. Dussolier, "Derecho de autor y acceso a la información en el ámbito digital" en <http://www.centrodearte.com>.

... biológicas.<sup>13</sup>

De nuevo resulta muy interesante leer las críticas de Edelman al giro legislativo que se produce en los años ochenta, por ejemplo en B. Edelman, *La propriété littéraire et artistique*, París: PUF, 1989.

... copyright.<sup>14</sup>

Véase el artículo de Sven Lütticken, "El arte de robar", *New Left Review* nº 13, marzo/abril, 2002. Respecto al modo en que el mercado del arte ha obligado a falsificar los procesos reales de creación artística véase Ivan Gaskell, "Historia de las imágenes" en P. Burke (ed.), *Formas de hacer historia*, Madrid: Alianza, 1993.

... originalidad.<sup>15</sup>

Cf. A. Lucas, "Le droit d'auteur et l'interdit" en *Critique*, agosto-septiembre, 2002, p. 592.

... contemporáneo.<sup>16</sup>

E. Hobsbawm, *A la zaga. Decadencia y fracaso de las vanguardias del siglo XX*, Madrid: Crítica, 1999.

... (auto)censura.<sup>17</sup>

Los escasos estudios que existen sobre precariedad laboral en los medios de comunicación muestran resultados asombrosos. La mayor parte de los medios trabajan cada vez más con colaboradores a destajo que cobran por pieza y que carecen de mecanismos de presión colectiva que les permita algún grado de control sobre su trabajo.

# El copyleft explicado a los niños

## Para desmontar algunos equívocos

por Wu Ming 1, Il Mucchio selvaggio, número 526, 25 de Marzo de 2003  
Traducción de José Luis Aznarte M.

"Pero... Si cualquiera puede copiar vuestros libros y pasar sin comprarlos, ¿de qué coméis vosotros?" Esta pregunta nos es hecha a menudo, la mayor parte de las veces seguida de la observación siguiente: " El copyright es necesario, ¡hace falta proteger a los autores!"

Este género de afirmaciones revela cuánto humo y cuánta arena ha conseguido arrojar la cultura dominante (basada en el principio de propiedad) y la industria del entretenimiento a los ojos del público. En los medios y en nuestras mentes se perpetúa la ideología confusionista en materia de derechos de autor y propiedad intelectual, pese a que el renacer de los movimientos y la transformación en curso la estén poniendo en crisis. Sólo a parásitos y gorriones conviene hacer creer que "copyright" y "derecho de autor" son la misma cosa, o que exista la contraposición entre "derecho de autor" y "piratería". No es así.



Los libros del colectivo Wu Ming son publicados bajo la siguiente nota: "Está permitida la reproducción total o parcial de esta obra y su difusión telemática siempre y cuando sea para uso personal de los lectores y no con fines comerciales". Esta nota está basada en el concepto de "copyleft", inventado en los años ochenta por el "movimiento por el software libre" de Richard Stallman y compañía, y está siendo aplicado en muchos sectores de la comunicación y la creatividad, de la divulgación científica y de las artes.

"Copyleft" (un denso juego de palabras intraducible) es una filosofía que se traduce en diversos tipos de licencias comerciales, la primera de las cuales fue la GPL [GNU Public License] del software libre, nacida para tutelar a éste último e impedir que nadie (por ejemplo Microsoft) se apropie y privatice los resultados del trabajo de comunidades libres de usuarios y programadores. Para quien no lo sepa, el software libre se caracteriza por tener el "código abierto", lo que lo hace potencialmente controlable, modificable, mejorable y copiable por los usuario.

Si el software libre hubiera sido simplemente de dominio público, antes o después hubiera caído bajo el control de los buitres de la industria. La solución fue revertir el copyright como si de un calcetín se tratase, haciendo que pasase de ser un obstáculo a la libre reproducción a ser la garantía suprema de ésta última. En palabras llanas, si yo pongo copyright sobre mi obra, yo soy su propietario, y éste hecho me otorga poderes suficientes para decir que con dicha obra tú puedes hacer lo que te plazca. Puedes copiarla, difundirla, modificarla etc. Lo que no te está permitido hacer es prohibir que otro haga lo mismo, es decir, no puedes apropiarte de ella e impedir su libre circulación: no puedes poner copyright sobre ella, porque ya hay uno puesto y me pertenece, y además si lo haces te buscas la ruina y te las ves conmigo.

En resumen, un ciudadano normal, que no tiene dinero para comprar un libro de Wu Ming, o que no quiere comprarlo encuadernado, puede tranquilamente fotocopiarlo, escanearlo usando OCR o -solución mucho más cómoda- descargarlo gratis de nuestro sitio web [www.wumingfoundation.com](http://www.wumingfoundation.com). Esta reproducción no es con ánimo de lucro, y por tanto está perfectamente autorizada por nosotros. Ahora bien, si un editor extranjero quiere hacerlo traducir y comercializarlo en su país, o si un productor cinematográfico quiere trasladarlo a la gran pantalla, eso es una reproducción con ánimo de lucro, y por tanto estos señores deberán ponerse en contacto con nosotros y pagarnos una cantidad, porque es justo que nos "lucremos" nosotros también, ya que el libro lo hemos escrito nosotros.

Volviendo a la pregunta inicial: ¿no estamos perdiendo dinero?

La respuesta es simplemente no. Cada vez más experiencias editoriales demuestran que la lógica "copia pirata = copia no vendida" no tiene nada de lógica. Si no fuera así, no se comprendería el hecho de que nuestra novela

Q, descargable gratuitamente desde hace tres años, haya llegado a la duodécima edición y haya superado las doscientas mil copias vendidas.

En realidad, en el ámbito editorial, cuanto más circula una obra, más vende. Otros ejemplos de esto vienen incluso de un país obsesionado con la propiedad intelectual como es EEUUA, y han sido descritos con cristalina precisión por mi colega Wu Ming 2 en un artículo que puede leerse aquí: [http://www.wumingfoundation.com/italiano/Giap/giap2\\_IV.html#copyright1](http://www.wumingfoundation.com/italiano/Giap/giap2_IV.html#copyright1).

Incluso sin incomodar al Massachusetts Institute of Technology, basta con explicar lo que está pasando con nuestros libros. Un usuario X se conecta a nuestro sitio y descarga, digamos, 54. Si lo hace desde el trabajo o la universidad y lo imprime allí, no se gasta un duro. X lo lee, y le gusta. Le gusta de tal manera que decide regalarlo, y por supuesto no puede presentarse en la fiesta de cumpleaños con un tocho de folios A4. Por tanto, se encamina a la librería y lo compra. Una copia "pirateada" = una copia vendida. Hay quien ha descargado nuestro libro y, a continuación de leerlo, lo ha regalado seis o siete veces. Una copia "pirateada" = varias copias vendidas. Incluso aquellos que no tienen dinero para regalos comentan a otros que han leído el libro y que les ha gustado, con lo que tarde o temprano alguien lo comprará o seguirá el proceso anteriormente descrito (descarga-lectura-compra-regalo). Si hay alguien a quien el libro no le gusta, por lo menos no se habrá gastado ni un céntimo.

De este modo, como sucede con el software libre y con el Open Source, se reconcilia la exigencia de una justa recompensa por el trabajo realizado por un autor (o más precisamente por un trabajador del saber) con la salvaguarda de la reproducibilidad de la obra (es decir, de su uso social). Se exalta el derecho de autor reprimiendo al copyright, en la cara de los que creen que son la misma cosa.

Si la mayoría de las editoriales no se han percatado todavía de esta realidad y son conservadoras en materia de copyright es por cuestiones más ideológicas que mercantiles, aunque creemos que no tardarán en abrir sus ojos. El mercado editorial no está en riesgo de extinción como la industria discográfica: son distintas las lógicas, son distintos los soportes, son distintos los circuitos, la forma de consumo también es diferente, y, sobre todo, el mercado editorial no ha perdido todavía la cabeza, no ha reaccionado con redadas en masa, denuncias y procesos a la gran revolución tecnológica que "democratiza" el acceso a los medios de reproducción. Hace unos cuantos años, una grabadora de CDs estaba disponible únicamente para un estudio de grabación, mientras que hoy la tenemos en casa, en nuestro ordenador personal. Por no hablar del peer-to-peer etc. Esto es un cambio irreversible, frente al cual toda la legislación sobre propiedad intelectual se convierte en obsoleta, se queda en estado de putrefacción.

Cuando se inventó el copyright, hace tres siglos, no existía ninguna posibilidad de "copia privada" o de "reproducción sin ánimo de lucro", ya que sólo un editor tenía acceso a la maquinaria tipográfica. Los demás estaban obligados a renunciar al libro si no podían comprarlo. El copyright no era percibido como anti-social, era el arma de un empresario contra otro, no de un empresario contra el público. Hoy la situación ha cambiado drásticamente, el público ya no está obligado a comprar, tiene acceso a la maquinaria (computadores, fotocopadoras, ... ) y el copyright es un arma que dispara contra la multitud.

Quedan muchas cosas que decir, y debemos volver a lo básico: partimos del reconocimiento de la génesis social del saber. Nadie tiene ideas que no hayan sido directa o indirectamente influenciadas por las relaciones sociales que mantiene en las comunidades de las que forma parte, y si la génesis es social, el uso debe permanecer social a su vez. Pero esto es otra larga historia. Espero haberme explicado bien. Para más información: [giap@wumingfoundation.com](mailto:giap@wumingfoundation.com).

# El anillo de oro

## Inteligencia colectiva y propiedad intelectual

Pierre Lévy

Pensar a un tiempo, con los mismos conceptos, la inteligencia colectiva y la economía del conocimiento, tal es el proyecto teórico que sostiene este artículo. Dentro del cuadro general, quisiera sugerir que el capitalismo informacional que se inventa hoy día en la cibercultura se dirige hacia una cierta forma de comunismo, pero un comunismo paradójico, puesto que no excluiría la propiedad privada del principal medio de producción contemporáneo: la idea. El conocimiento humano deviene el principal factor de producción de riquezas, mientras que los servicios e informaciones que engendra, tiende a convertirse en los bienes esenciales cambiados en el mercado. Continuamos y se continuará siempre vendiendo y comprando objetos materiales. Pero las mercancías poderosas se producen a partir de ideas, que vienen ellas mismas de procesos de búsqueda y de desarrollo. Ellas manifiestan estilos estéticos que contribuyen intrínsecamente a su valor: incorporan agenciamientos complejos de competencias entre colaboradores, proveedores, socios y consumidores; cristalizan toda una coordinación compleja. Su coste implica pagos sobre patentes y derechos de autor, gastos de formación, de marketing, de publicidad, de comunicación, etc. La materia se sobrecarga de información. Las cosas son acumuladores de conocimientos. El uso de una información no la destruye, y su cesión no hace que quien la tenía la pierda. Añadamos a esto que la extensión del ciberespacio vuelve todos los signos virtualmente omnipresentes en la red, disminuyendo notablemente su coste de reproducción o de acceso. Desde ese momento, el postulado de la escasez de bienes pierde su pertinencia, lo que cuestiona los fundamentos de las teorías clásicas, y debe animarnos a imaginar nuevas formas de pensar los fenómenos económicos. Es por esto que, sin excluir otras aproximaciones, *propongo aquí afrontar el capitalismo informacional como la forma que toman hoy día los fenómenos cognitivos a escala colectiva*. En esta perspectiva, la economía devendría (con la antropología, la filosofía, la psicología social, la robótica social, la vida artificial, la ecología, la teoría de juegos, etc.) una de las disciplinas concurrentes a la comprensión de la inteligencia colectiva. Entre los hechos que me animan a seguir esta línea de pensamiento quisiera señalar que las empresas de la llamada "nueva economía" obtienen la mayoría de sus rentas de servicios intelectuales, copyrights, licencias y patentes. Su actividad cotidiana consiste en un arriesgado proceso de aprendizaje y de búsqueda colectiva. Su posición es de movilización de redes, de animación de comunidades virtuales y de concurrencia planetaria en el ciberespacio. Por otro lado, las universidades y laboratorios públicos razonan como empresas, registran patentes, venden sus servicios intelectuales, etc. Dicho de otro modo: existen cada vez más semejanzas entre el trabajo en la nueva economía y la actividad de la comunidad científica (que tiende a recuperarse), incluso con el tipo de trabajo creativo tradicionalmente practicado por los ciudadanos de la república de las ciencias y de las artes. Esto no significa, en absoluto, que el mundo del trabajo se transforme en paraíso, sino que el trabajo cambia de naturaleza al hacerse progresivamente más creativo, intelectual, relacional, virtual, problemático... y de este modo, quizá más "difícil".

### El triángulo creador de la economía de la información: ideas, informaciones, moneda

Me gustaría presentar ahora el triángulo creador de lo que parece ser la dinámica común de la inteligencia colectiva y del capitalismo informacional (idea moneda información idea, etc). Recuerdo que parto de esa proposición: *la economía de la información es la medida colectiva, o social, de la inteligencia*. Ahora bien, la inteligencia es *sémios*,<sup>1</sup> producción de signos a partir de signos, lenguaje inscrito en una espiral dialógica y multilógica de creación de sentido, interpretación infinita de constelaciones de signos, ellos mismos producidos por interpretación, deducción, inducción, abducción, derivación, señales, traducción, cálculo, etc. Que el lenguaje, todas las formas de lenguaje y de signos culturales no puedan desplegarse más que en un horizonte social, o colectivo, es algo que no requiere largas demostraciones. El pensamiento colectivo no es otra cosa que la vida de los signos: sus reproducciones, sus mutaciones, sus viajes y sus crecimientos. La esencia del signo es la de llevar sentido, es decir, de suscitar interpretación, de relanzar la semiosis. Pero, bien entendido, el signo no es tal sino en -o para- un espíritu o una inteligencia. La inteligencia colectiva sería entonces el medio del signo, o quizá su sustancia. (Normalmente se indica la cosa de manera más chata, señalando el carácter *convencional* del signo.) A fin de aclarar la dimensión económica de la semiosis (la vida del espíritu) distinguiré tres polos -o dimensiones- del signo, y trataré de desarmar sus articulaciones y sus interacciones.

El signo es, en principio, *idea*. En el plano cognitivo, la idea es una forma, es decir, una cierta estructura de



relaciones. Ella es abstracta: podemos encontrarla, idéntica, en numerosas ocurrencias, circunstancias, ejemplares, traslaciones, copias diferentes. Como el inventor de la idea de idea -Platón- expusiera ya con rigor, la idea es única y estática. Virtualmente una idea (una obra musical, una imagen, un poema, un teorema, un programa informático, etc.) no tiene necesidad, para que la inteligencia colectiva pueda disponer de ella, más que de estar localizable en una dirección Web. Esto no puede impedirnos el pensar la idea como un acontecimiento, puesto que las ideas "aparecen". Pero la invención (o el descubrimiento, o la creación) de una idea, constituye un acontecimiento en la eternidad. La idea pertenece a la memoria.

El signo es también *información*. En el plano cognitivo, la información surge del reencuentro entre una memoria individual (una cierta asociación de ideas) y una idea disponible en la inteligencia colectiva. En un tiempo y en un momento dado, el contacto con una cierta forma significativa reorganiza una memoria individual: la información. La información es tanto más grande cuanto que el "mensaje" (la idea reencontrada) es improbable, es decir, eficaz en la transformación de la imagen que el individuo se hace de su entorno. La misma idea puede producir informaciones muy diferentes, según las circunstancias y los dispositivos individuales de quienes toman contacto con ella. La información representa, así, el movimiento efímero del espíritu, la chispa que nace del choque de las ideas. Si la idea pertenece a la eternidad, la información se relaciona con el instante. Así como la idea corresponde a la memoria, es decir, a la estabilidad (relativa) y a la función acumulativa del espíritu colectivo, la información corresponde a la percepción, es decir, al flujo evanescente de las diferencias que engendran sin fin otras diferencias en la vida del espíritu.

Finalmente el signo es *moneda*. Sabemos ya que la moneda sirve para medir el valor de los bienes económicos, y que funciona igualmente como equivalente general en el cambio. Pero no nos interesa aquí la función cognitiva de la moneda. Señalemos, para empezar, que la moneda es *signo*, signo *convencional*. Su carácter puramente semiótico (o "virtual") se muestra cada vez más abierto al curso de la historia económica (lingotes de oro, moneda acuñada por la ciudad o el reino, moneda fiduciaria, moneda imprimida, moneda sin equivalente material, moneda electrónica...). Indiquemos seguidamente que los signos monetarios pueden servir de traductores entre ideas, entre informaciones, entre ideas e informaciones. Las ideas y las informaciones se venden y se compran, tienen un precio. El dinero puede servir para explotar ideas, la información para orientar las compras y las inversiones, etc. Existen, así, equivalencias y circuitos que transforman las ideas y las informaciones en dinero, y *viceversa*.

¿Qué relaciones unen a la inteligencia y al dinero? ¿En qué constituye la moneda una dimensión de la cognición? Si yo dispongo de una cierta suma de dinero, puedo entonces comprar esto o eso, pero no esto y eso. Debo escoger, o sea, evaluar, jerarquizar los posibles que se me ofrecen. El dinero simboliza un cierto límite. Me obliga a hacer frente a la finitud, pero también, al mismo tiempo, a la cuestión del bien y del mal, de lo mejor y de lo peor; en una palabra: a las problemáticas interdependientes del valor, de la elección y de la libertad. Si nada costara dinero, haríamos cualquier cosa, nada tendría sentido. El sentido no está solamente relacionado con la forma ideal y con la novedad informacional, sino que tiene también la necesidad del precio, del valor, de la elección, de la libertad. Ahora bien, es precisamente a causa de nuestra finitud, de nuestra mortalidad, que las cosas tienen "precio", y que se nos plantea la cuestión de elegir, de lo que vale y de lo que vale menos. El espíritu no es libre sino frente a la muerte. El dinero actualiza en la inteligencia colectiva esta libertad y esta mortalidad. Por la inversión, el dinero figura igualmente en la apertura al futuro y al otro, a la energía fecunda, a la excitación y al riesgo. Líbido económica, dimensión colectiva de la energía psíquica, el dinero se invierte y se gasta. Representa la dimensión corporal, emocional, energética, sexual, mortal, pragmática del pensamiento colectivo, su dimensión de libertad incarnada, su *potencia*. Por esta razón es "tabú", sucio, rechazado, secretamente deseado, abiertamente adorado, objeto de todas las envidias, robos y corrupciones.

No existe inteligencia más que en una circulación continua entre la memoria, la percepción y la acción. Si la idea representa la *memoria* de la inteligencia colectiva, y la información su *percepción* efervescente, móvil y distribuida por todas partes, entonces el dinero tiene lugar como vector de *acción* de la inteligencia colectiva: por él pasa la elección, la evaluación, el compromiso, la finitud y la responsabilidad.

Con la idea, la información y la moneda, tenemos no sólo las tres dimensiones de la cognición colectiva, sino también las del tiempo, que es la vida del espíritu. La idea se mantiene en la eternidad. La información efímera se evapora, inasible, sobre el punto del instante. En cuanto al dinero, representa la transformación, el paso, la bifurcación, la muerte, pérdida, el nacimiento, la fecundidad de lo virtual.

¿Cómo se engendran, las tres dimensiones del signo, mutuamente? La idea atrae al dinero, que sabe que ella le permitirá reproducirse (el capital se aventura en la búsqueda de buenas ideas), puesto que las ideas engendran

dinero.

Sin ideas, sin conocimientos, sin obras, sin imágenes, sin memoria organizada, imposible ganar dinero. El dinero, a su vez, proporciona la energía necesaria (en salarios, por ejemplo) para producir o buscar informaciones, para explotar ideas. La información, para cerrar el círculo, alimenta la eclosión de ideas.

Y si nosotros recorremos el círculo en la otra dirección, descubrimos que las ideas (la memoria) son necesarias para la interpretación de las informaciones. Son ellas quienes dan sentido al flujo informacional que las descompone, las entrecruza y las reorganiza. Las ideas extienden la tela de eternidad sobre la que toman forma todas las figuras del sentido.

El dinero, por su parte, evalúa las ideas: capitales y contratos obtenidos, subvenciones recibidas, rentas engendradas por las patentes y derechos de autor, beneficios adquiridos por la venta de un "producto" -ideal en su esencia- de la inteligencia colectiva. Esta evaluación resulta de una multitud de cosas bajo coacción, de una infinidad de acciones responsables, implicadas, y concretamente encarnadas, del espíritu colectivo. He aquí este famoso "mercado" tan detestado, juez inmanente de las ideas, expresión desnuda del deseo -y escandalosa como deseo- de la inteligencia colectiva.

Finalmente, la información representa el sistema perceptivo de la inteligencia colectiva. Ella origina el dinero, indicando a la energía monetaria sus puntos de aplicaciones posibles: ¿Dónde consumir? ¿Dónde invertir? Y de la ola informacional fecundada por la potencia de la libertad, emergen las ideas, que suben hacia el cielo inteligible de la noosfera como las estrellas de un universo en expansión.

### **La propiedad intelectual y el anillo de la inteligencia colectiva**

Examinemos ahora la cuestión de la propiedad en la economía de la información. Y, para comenzar, la misma información (en el sentido riguroso que he tratado de darle más arriba), ¿puede ser objeto de apropiación? La respuesta, evidentemente es no. La información, al pertenecer al orden del acontecimiento, situado y dado, en contexto, forzosamente indisoluble de una subjetividad, puede, sin duda, cumplir el papel de un servicio remunerado (de formación o de consejo, por ejemplo), pero no de algo de lo que se es dueño, hablando con propiedad. No podemos ser propietarios del momento de un *proceso*. La "disminución de incertidumbre" de la teoría de la comunicación es, por naturaleza, absolutamente transitoria y singular. Yo podría invocar la propiedad de este texto, no de la información que ustedes saquen de él.

Veamos ahora el caso del dinero. La moneda pertenece al Estado, pero también a las personas físicas o morales que la cambian, la acumulan, la invierten, etc. La moneda no funciona como tal *más que* porque su propiedad es *a un tiempo* absolutamente pública y completamente privada, enteramente personal y totalmente circulante, sin olor, reciclable, blanqueable, imponible...

En tanto que la información es inapropiable -por demasiao volátil- y el dinero simultáneamente privado y público, la idea, en lo que a ella se refiere, puede ser *o bien* privada, *o bien* pública. La información no pertenece a nadie; "se produce". El dinero es de todo el mundo y pasa por alguien. La idea viene de alguien y pasa a todo el mundo. Que no venga de alguien sino mediante una conexión en el espacio metapersonal del espíritu, eso es otra historia.

El principal medio de producción, desde la revolución neolítica hasta la revolución industrial, ha sido la tierra. A partir de la revolución industrial eran las instalaciones técnicas, las fábricas, las máquinas (incluidas las máquinas agrícolas) lo que permitía producir en masa los bienes que se vendían en el mercado. Desde hace algunas decenas de años, y probablemente cada vez más en el futuro, los principales medios de producción serán las ideas. De algún modo, las ideas constituyen una suerte de territorio intelectual a partir del cual se producen las principales riquezas, exactamente como la tierra desde hace 10 000 años hasta el fin de la Edad Media. Es más importante hoy día tener un título de propiedad sobre alguna canción de éxito, sobre un software, sobre una molécula o una simiente genéticamente modificada que sobre una parcela de tierra. La vida económica contemporánea enraiza en el mundo de las ideas. Es por esto que el tema de la propiedad intelectual adviene al primer plano de la actualidad. Al final de este artículo esbozaré la tesis según la cual el capitalismo informacional tiende hacia una cierta forma de comunismo. Pero no creo que ese inesperado comunismo pueda fundarse sobre una propiedad colectiva *integral* de las ideas, esto es, de los medios de producción contemporáneos. En efecto, la experiencia histórica muestra, primeramente, que la propiedad intelectual colectiva - o estática - integral y obligatoria de los medios de producción se encuentra casi siempre asociada a la negación de la libertad y de la responsabilidad individual, como libertades políticas. Además, favorece menos



que la propiedad individual el crecimiento y la prosperidad general. Por el contrario, cuando se *escoge libremente*, la propiedad colectiva puede revelarse al mismo tiempo productora y liberadora: monasterios okibutz para la tierra, cooperativas para las fábricas, comunidad científica o software libre para las ideas, etc.

Por otro lado, conviene recordar que la propiedad individual garantizada por la ley es una preciosa *conquista* histórica que no existía en las diferentes formas de "despotismos orientales", y que no está asegurada en los regímenes feudales o totalitarios. La propiedad intelectual es reconocida por las diferentes declaraciones de los derechos del hombre, en las legislaciones de los países más democráticos. Que la protección de la propiedad privada favorece a los propietarios, de ello no duda nadie. ¿Pero las desigualdades asínscribas en el derecho, no son preferibles a una situación en la que la empresa privada, a saber, el nervio de la innovación y de la diversidad de la oferta económica, se desaliente? Compárese la situación de Corea del Norte con la de Corea del Sur.

Interesémonos ahora más particularmente en la propiedad *intelectual*. Patentes y derechos de autor, de los que la definición precisa data tan solo del siglo XVIII, representan grandes *progresos* en la historia del derecho, así como en la historia económica, no solamente porque protegen y alientana los creadores, sino también porque al hacer entrar la idea en el circuito económico, transforman de manera radical la naturaleza misma de la economía. Hoy día apenas comenzamos a comprender la profunda naturaleza de esta transformación.

La propiedad intelectual difiere de otros tipos de propiedad de los medios de producción. En el caso de las ideas, en efecto, la propiedad se ejerce sobre porciones de un territorio indefinidamente extendido, y no sobre un recurso finito -como en el caso de la tierra- o difícilmente extensible, como en el caso de los medios de producción materiales. El mundo de las ideas es infinito. Y jamás será completamente descubierto, descifrado, balizado, conquistado, cartografiado... y apropiado. A la extensión virtualmente infinita de sus objetos posibles, la propiedad intelectual añadeotra característica: su carácter temporal. Tanto patentes como derechos, al cabo de algunas decenas de años, terminan por caer en eso que llamamos "el dominio público". Así, los creadores de ideas no permanecen propietarios (ni ellos ni quienes han comprado sus derechos) más que por un tiempo limitado. Xeros no recibe más derechos de autorsobre el procedimiento de la copia en papel normal. Yo puedo cantar un poema de Víctor Hugo sin pagar derechos a sus herederos. Tarde o temprano, las ideas acaban por reunirse, gracias a la memoria común de la inteligencia colectiva, la herencia de la humanidad. De este modo, las ideas no son apropiadas ni apropiables más que en la zona en la que precisamente el campo intelectual se dilata -con la frontera- sobre este límite de conocido y desconocido, en el que la fuerza de cuestionamiento, la energía creativa y la potencia financiera alcanza su punto más vivo. Podemos representarnos el mundo de las ideas como un plano infinito sobre el que se extiende un anillo. En el interior del anillo: el patrimonio común de la humanidad. En el exterior, la apertura, la trascendencia, la intotalizable totalidad de aquello que aún no ha sido imaginado, demostrado, creado, concebido ni formulado, la llamada,la pregunta, la vida. Ni el interior ni el exterior son apropiados. El anillo móvil, como la albura del árbol, atrae a la savia energética, afectiva, intelectual y financiera. El mundo de las ideas crece gracias a este anillo vivo -la inteligencia colectiva en acto- que se dilata hacia la trascendencia. Es también en este anillo, y únicamente en él, en donde se aplica la propiedad intelectual, atrayendo y redistribuyendo los flujos financieros, canalizando el trabajo y la atención, para mayor beneficio (simbólico y financiero) de quienes personalmente han invertido... pero finalmente en beneficio de todos.

## El abandono voluntario de la propiedad intelectual

El razonamiento siguiente: "Puesto que los signos son digitalizables, esto es, ubicables en la red, pertenecen a todo el mundo", no me parece convincente del todo. La propiedad no sirve únicamente a los intereses de los poderes (aunque también lo hace, por supuesto), también juega un papel esencial en la economía de la inteligencia colectiva. Es bueno que un circuito virtuoso venga a alimentar, a su término,las zonas del espíritu colectivo que produce los mejores frutos. Pero si la finalidad última es la vitalidad de la inteligencia colectiva, la potencia de expansión de su corona de oro, la propiedad intelectual clásica puede, a veces, no constituir la mejor solución. En ciertos casos, una renuncia *voluntaria* a la apropiación de las ideas (de los nombres, de los textos, de las imágenes, de las músicas, de los programas, de los métodos técnicos, etc.) puede permitir a las ideas producir más sentido y acontecimientos en la inteligencia colectiva. Incluso puede ocurrir que un autor, un científico o una información célebre, por ejemplo, se transforme entonces ello mismo en idea, en icono. Esta renuncia voluntaria constituye la regla para los científicos que trabajan en laboratorios públicos sobre asuntos fundamentales. En el mundo del software libre, la no apropiación -debidamente reglamentada- permite, a todos aquellos que lo deseen, mejorar los programas. También el uso en la comunidad de músicos y DJ's que trabajan

a partir de muestras. Igualmente podría citarse el "copyleft", inspirado en el software libre, que se difunde en medios de artistas. Dicho de otro modo: redes de cooperadores pueden decidir -voluntariamente- dejar el producto de su trabajo intelectual en el dominio público, para que eso acelere el proceso de la creación y de la inteligencia colectiva. Pero hay que señalar que estas decisiones, de grupos o de individuos, son *voluntarias*, y que suponen la existencia previa, disponible, garantizada por la ley, de la propiedad intelectual. El caso de Napster es diferente de los que acabamos de evocar, porque ese dispositivo no favorece necesariamente la *creatividad* colectiva, y no viene de una decisión *voluntaria* de los creadores. Las prácticas de mutualización de los recursos informacionales, ciertamente prometen un gran futuro, pero bajo formas probablemente diferentes de las que hemos visto desarrollarse en los últimos años. No soy nada original si digo que será necesario encontrar medios de remunerar a los creadores.

## Comunismo y capitalismo informacional

Si el capitalismo informacional conduce a una cierta forma de comunismo, ello no es, a mi modo de ver, porque renunciaría a la propiedad privada de los medios de producción, es decir, a la *propiedad intelectual*, que deviene hoy día la fuente principal de la riqueza. Mucho menos porque se eliminaría el dinero. ¿Cuáles son entonces los argumentos que me hacen defender la tesis de una aproximación del capitalismo informacional a un cierto ideal de comunismo? Me contento con lanzar aquí algunas pistas con las que concluir este artículo, reservándome guardar estas ideas para desarrollarlas en una obra futura sobre la teoría del capitalismo informacional.

1. Gracias al ciberespacio, los conocimientos que están en el dominio público jamás han estado tan accesibles y utilizables como hoy día, y a un costo tan bajo. Toda idea colgada en cualquier parte de la red es inmediatamente legible en todas partes, y conectable desde cualquier otra. La libertad de expresión, de comunicación y de asociación crecen a ojos vista. La cibercultura favorece el diálogo, la cooperación, los cambios transversales de todo tipo, una suerte de "comunismo de la inteligencia" que perfecciona una inteligencia colectiva en camino, desde el surgimiento del lenguaje.
2. La transparencia del cibermercado nos permite orientar la economía, escogiendo los productos que mejor corresponden a nuestros criterios éticos, ecológicos, políticos y sociales. Esta misma transparencia, nos autoriza igualmente a invertir en empresas que siguen reglas medioambientales, sociales y deontológicas aceptables.  
  
Combinados con el aumento del accionariado popular, y con el juego de bolsa a pequeña escala y en línea, los movimientos convergentes de la inversión socialmente responsable y del consumo consciente, pueden conducir a una verdadera apropiación colectiva de la máquina económica, pero una apropiación que, en vez de negarlas, tendría como base la propiedad individual y la responsabilidad personal.
3. El capitalismo informacional parece dirigirse hacia el establecimiento de reglas de juego según las cuales las más competitivas son precisamente las más cooperativas.
4. Se tiende a preferir la paz democrática a la guerra, a la miseria y a las dictaduras, poco propicias a la prosperidad. Se favorece el reforzamiento de una escala de gobierno mundial que estará probablemente controlado por una forma u otra de cyberdemocracia abierta y participativa.

Es a nosotros a quienes nos toca favorecer las tendencias más positivas, que se abren paso en la cultura contemporánea, según nuestra situación, a nuestra manera personal, con cada uno de nuestros actos.

Publicado originalmente en francés en la revista [Multitudes](#), nº 5, mayo 2001

Traducción: Beñat Baltza

---

## Notas al pie

...sémios,<sup>1</sup>

Sobre el tema de la semiosis y de sus nuevas condiciones en la cibercultura, ver la notable obra de Jean Pierre Balpe: *Contextes de l'art numérique*, publicada en Hermès, Paris, 2000.

# Y la información será libre... ¿o no?

**Pedro de las Heras Quirós y Jesus M. González Barahona**

## **Resumen:**

Las tecnologías de distribución de información están cambiando como no lo habían hecho nunca antes en la historia. Las posibilidades que nos proporcionan estos cambios y los desafíos a los que nos enfrentan son también nuevos en la historia, y tienen una potencia capaz de modificar muchos fundamentos básicos de la sociedad tal y como la hemos conocido durante los dos últimos siglos. En este ensayo tratamos por un lado de exponer la situación actual tal y como la vemos, y por otro, de dar dos visiones alternativas sobre cómo podría ser esta sociedad que nos espera. En ellas no intentamos hacer futurología, sino sólo extrapolar algunas tendencias actuales y llevarlas a lo que a fecha de hoy percibimos como sus extremos. Por supuesto, la realidad que nos encontraremos será bien diferente, y seguro que mucho más impresionante... e increíble.

## **Pasado y presente**

### **El software libre: origen y situación actual**

La legislación sobre patentes y derechos de copia ha marcado el desarrollo de la tecnología informática. Hasta finales de los años sesenta el software era libre. El código fuente de los programas se distribuía sin trabas entre los compradores de ordenadores como parte del servicio que recibían, para que los utilizaran libremente y sin coste adicional. En esa época, en las universidades fluía el código fuente de manera natural.

A principios de los setenta el panorama cambió drásticamente. La venta de software sin fuentes y sin permiso de redistribución ha marcado los últimos treinta años, situando entre las primeras del mundo por capitalización a empresas cuya fuente de ingresos casi exclusiva proviene de la venta de copias de software propietario. Y el caso de la industria del software no es aislado. La legislación sobre derechos de copia se ha utilizado durante varios siglos no sólo para permitir el proteccionismo en ella, sino también en otras industrias más "clásicas" (en las cuales, de hecho, tiene su origen el modelo), como la discográfica, la del vídeo y la editorial. En general, podría decirse que hasta la fecha el sector las industrias de la información ha tratado de impedir, con éxito, el flujo libre de información, con el argumento de que de esa forma la sociedad dispondrá de más y mejor información.

Por otro lado, cada vez son más voces las que reclaman una revisión de la legislación sobre patentes y derechos de copia. La posibilidad de intercambiar datos con coste prácticamente nulo gracias a Internet es en gran parte la razón que está guiando este proceso de revisión que afecta a uno de los principales sectores económicos de las sociedades desarrolladas.

En el sector informático, la situación está cambiando gracias al software libre. Cabe situar el origen de este proceso de liberación a principios de los años ochenta, cuando Richard M. Stallman emprende el proyecto GNU. El esfuerzo pionero y visionario de Stallman y el trabajo simultáneo y continuado de muchos programadores, ha permitido que a finales de los años noventa el fenómeno del software libre adquiera consistencia y sea considerado con interés por empresas y usuarios. Puede marcarse como hito histórico la liberación del código fuente del navegador de Netscape, en 1998. Desde ese momento el software libre ha irrumpido en grandes sectores la industria informática: fabricantes de Hardware como Intel, Cisco o Sony utilizan software libre sobre sus procesadores. Dell, Compaq e IBM distribuyen GNU/Linux con sus equipos. Nuevas compañías cuya fuente de ingresos depende del éxito del software libre, como Red Hat o VA Linux, han conseguido en el Nasdaq una financiación que hace sólo un año habría sido simplemente increíble.

Aún así, está por ver si existe un modelo económico viable que posibilite que una parte importante del software desarrollado por la industria se distribuya como software libre. Los próximos años nos mostrarán si somos o no capaces de encontrar este modelo.

## No sólo el software quiere ser libre

La distribución digital de información (audio, vídeo, libros, software) está alterando la industria tradicional. Internet ha hecho posible que cualquier persona pueda intercambiar fácilmente información digitalizada con el resto de internautas. La experiencia durante este último año con programas como Napster, que actúa como directorio de grabaciones audio en formato MP3, ha alarmado tanto a la industria del sector que ya ha emprendido acciones legales contra la empresa que lo distribuye. Cualquiera puede grabar en el disco duro de su casa una canción de un CD en un fichero en formato MP3, y a través de Napster informar de la disponibilidad de ese fichero al resto del mundo. Unos minutos después alguien puede estar escuchando esa canción a miles de kilómetros. A juzgar por el número creciente de usuarios de Napster, y salvo que pensemos que los ciudadanos no saben lo que quieren, es un hecho que son muchos los que no consideran moralmente reprobable utilizar estas herramientas.

De manera simultánea a esta tendencia, la industria está tratando de emplear un buen número de métodos técnicos y legales para impedir este proceso liberalizador: libros electrónicos intransferibles que permiten sólo un cierto número de lecturas, códigos de protección en DVDs, nueva legislación como UCITA en EE.UU., o aplicación estricta de la existente, como la persecución parapolicial que realiza la BSA o la detención del programador noruego del caso DeCSS-DVD.

Todos los sectores de la industria de la información se ven afectados. Hace tan solo unas semanas Stephen King publicó un libro electrónico con protección anticopia que en breves horas se convirtió en el libro más distribuido en un corto espacio de tiempo de la historia de la humanidad. A los pocos días ya circulan por la red copias desprotegidas del libro.

Es notable, y como mínimo un hecho sobre el que merece la pena reflexionar, que a las primeras de cambio, en cuanto los medios técnicos lo han permitido, los ciudadanos opten en masa por copiar y dejarse copiar información, aun a sabiendas de que, por ahora, es ilegal. Y esto cuando la sociedad tiene (al menos teóricamente) una experiencia acumulada de cientos de años con la legislación de derechos de copia en el sector del libro, y de casi un siglo en los sectores de grabaciones musicales e imagen.

Podría decirse que las personas tienen una tendencia natural a compartir la información. Sólo la imposibilidad técnica y las medidas coercitivas han hecho posible que hasta ahora esta tendencia no haya podido expresarse en toda su magnitud. Y por lo tanto, la sociedad tampoco ha podido experimentar nunca con las posibilidades que proporciona el libre flujo de información (salvo en sectores concretos, y de forma parcial, como por ejemplo en el campo científico). Del enfrentamiento de estas dos fuerzas contrapuestas -por un lado las presiones para limitar el uso y distribución de la información, por otro las tendencias a usar y redistribuir información sin trabas- dependerá el futuro del software libre en particular, del acceso a la información en general, y posiblemente del mismo modelo de sociedad hacia el que nos dirigimos.

## ¿Qué futuro nos espera?

### 2010: El fin de la propiedad intelectual

Año 2010. El coste de duplicación de la información ha sido prácticamente cero desde hace una década. Desde 2005 casi todos los países desarrollados incorporaron legislación para permitir el acceso gratuito y de calidad de todos sus ciudadanos a la Red. Hacia 2008 casi la mitad de la población mundial dispone de este tipo de acceso, y gracias a los programas de coordinación internacional se espera una cobertura del 85% de los habitantes del planeta para 2015. Junto con estas medidas, la iniciativa privada y la pública han conseguido mejorar y simplificar enormemente los medios de publicación de contenidos en la Red, hasta el punto de que cualquier persona con acceso puede hacer pública, en buenas condiciones, cualquier tipo de información (desde una novela que haya escrito, o un ensayo económico o político, o una obra musical, o un escenario de realidad virtual, o un programa de asistencia al aprendizaje). La producción de información de calidad (comparable a la que a finales del siglo XX era redistribuida por editoriales de libros, estudios de cine o productoras de música) se duplica cada seis meses desde principios de siglo, y está llevando a un florecimiento de la cultura y la ciencia que deja muy atrás al impacto del Renacimiento o la Ilustración.

¿Cómo ha sido posible esta situación, si la legislación internacional ya no permite cobrar derechos de autor ni derechos por patentes? Sin duda, el impacto mayor lo han tenido las decisiones legales de primeros de siglo. Comenzaron con tímidos movimientos de algunos países limitando los monopolios de explotación de las

patentes relacionadas con la información y la biología. Continuaron con las decisiones de algunos pequeños estados de retirarse (o no incorporarse) a los tratados internacionales que limitaban el libre flujo de la información entre los ciudadanos (en aquella época llamadas ``leyes de propiedad intelectual"). Al principio, las presiones que tuvieron que soportar (incluidas amenazas de separación de la Red, bloqueo de intercambios de bienes culturales, etc.) fueron enormes. Pero poco a poco, estas presiones se mostraron absolutamente inoperantes frente al desarrollo de la propia Red, y a la enorme ventaja competitiva de estos estados en el mercado global de conocimientos, cultura y tecnologías de la información.

Hacia 2005, la situación para zonas económicas como la Unión Europea era claramente insostenible. Por un lado, las limitaciones al flujo libre de información les impedían mantener sus propios sectores de generación de información. Sus propios ciudadanos preferían cada vez más utilizar (y producir, mediante agentes interpuestos) información en las zonas libres. Muchos contenidos se desarrollaban cada vez más en el antiguamente llamado tercer mundo, que se estaba sumando más y más a las áreas que no controlaban el flujo de información. En 2006, la Unión Europea fue la primera zona económica del mundo desarrollado que sometió a referéndum popular su legislación sobre control del flujo de información. Tras una enconada campaña, triunfó claramente la propuesta de eliminar masivamente estos controles. Hacia 2008, el resto del mundo desarrollado se vio forzado a realizar referendos similares, o simplemente a abolir esa legislación.

En el campo informático, podemos afirmar que el software libre ha permitido durante la década que termina que los centros de educación y las industrias locales de muchas regiones del mundo puedan producir programas de tecnología punta, no quedándose descolgados de los desarrollos más interesantes de esta época. Aunque sea difícil de comprender hoy día, conviene recordar que a finales del siglo XX muchos de estos países prácticamente tenían vedada la participación en la industria informática más que como compradores, al no tener una industria fuerte de software propietario (el modelo imperante en esos momentos).

El hecho de que grandes proyectos de software como GNOME o la distribución Debian de GNU/Linux contasen con numerosos desarrolladores en países de Europa o Sudamérica planteó al principio de la década del 2000 interesantes reflexiones de cara al futuro. Diez años después podemos afirmar que este hecho modificó la balanza tecnológica en el sector del software, equilibrando la situación que hasta hace poco era favorable a los intereses de los EE.UU.

Durante estos últimos años han surgido nuevas formas de generar recursos para hacer posible la creación de contenidos, aunque muchas de ellas tampoco son tan nuevas. En el campo del software libre ya habían emergido a finales del siglo pasado modelos de financiación alternativos, generalmente basados en la prestación de servicios alrededor del software desarrollado, o bien en el cobro por desarrollos específicos.

La pasada década ha demostrado que eran falsos los supuestos que manejaban las industrias audiovisual y del libro para justificar el proteccionismo que les garantizaba la legislación de derechos de copia. Durante estos años no ha cesado la producción de contenidos artísticos y técnicos (desde música hasta películas y libros electrónicos) como se quería hacer creer. Antes al contrario, entre el 2000 y el 2010 hemos podido conocer nuevos artistas y la variedad de contenidos ha sido superior a la que estábamos acostumbrados en el pasado siglo. Los nuevos mecanismos de financiación que se han ido descubriendo han hecho aflorar un mayor número de tendencias. Hemos asistido a la desaparición de los fenómenos de masas del siglo XX, provocados y controlados férreamente por la industria de contenidos, y a la vez hemos sido testigos de otros nuevos, emergidos del gusto de los ciudadanos. Hemos tenido, en resumen, la oportunidad de elegir libremente a quién subvencionábamos para que produjera nuestras melodías preferidas, dirigiese y/o interpretase las películas que más nos gustaban, o escribiese los libros y el software que necesitamos.

A finales de la década, la economía mundial continúa creciendo, gracias a los nuevos servicios demandados por esta sociedad de la información libre. Por primera vez en la historia, más de la mitad de la población mundial participa de este crecimiento, ya que las posibilidades de ofrecer servicios de información competitivos desde cualquier parte del mundo cada vez es más real. Los países desarrollados aún tienen cierta ventaja competitiva, debido a su mejor infraestructura de comunicaciones, pero las diferencias están reduciéndose rápidamente, ya que todos están interesados en que esta nueva sociedad de productores-consumidores de información se extienda lo más rápidamente posible a todo el planeta.

Y los cambios no han hecho más que empezar...



## 2010: La propiedad sobre todo

Mientras la sociedad seguía preocupada por la economía "tradicional" de los bienes tangibles, la legislación sobre control de la información se desarrollaba a sus espaldas. Ingentes campañas de publicidad modelaban el pensamiento de los individuos del mundo desarrollado, y estas ideas eran después exportadas al resto del planeta. Algunos países trataron de oponerse a estos cambios, por ejemplo no reconociendo patentes sobre tecnologías básicas para la cura de enfermedades. Pero la oposición combinada de los gobiernos de los países desarrollados y de las grandes "nuevas" empresas que tenían en la venta de derechos sobre la información su principal negocio hicieron que la presión sobre estos estados fuera difícil de aguantar.

Hacia 2005, prácticamente todos los estados se habían adherido (de grado o debido a fuertes presiones) a los nuevos tratados sobre propiedad intelectual. Estos tratados eran una simple extensión a la información digital de los medios pensados para la información impresa varios siglos atrás. Pero la enorme diferencia entre las nuevas tecnologías y las disponibles dos siglos antes marcaban numerosas amenazas. Con la nueva legislación, los productores de información pueden disponer exactamente qué puede hacer un cliente con ella después de habérsela "alquilado". Por ejemplo, los libros electrónicos personales con control de número de lecturas hicieron posible que la información se vendiese para un sólo usuario, y que se le cobrase a éste según el número de veces que consultara la obra "vendida". El acceso a información pública, muy dificultado por la legislación sobre responsabilidad del proveedor de información, desapareció prácticamente a partir de 2007 (incluidas instituciones como las bibliotecas públicas, que no pudieron sobrevivir a las leyes que les obligaban a pagar a los productores de información por cada lector que usaba su información). Los recientes rumores relativos a la posible prohibición de la edición en papel de libros, agravarán aún más la situación, al crear en la sociedad una dependencia total de los libros electrónicos.

Mientras que el precio de acceso a la Red se ha reducido hasta ser despreciable, incluso para los habitantes de los países menos desarrollados, el coste de acceso a la información no ha hecho más que crecer en la última década. Una nueva clase social, constituida por los que pueden pagarse el acceso a información de calidad, está emergiendo como la nueva clase dirigente. Y cada vez más, la única posibilidad de entrar en ella es precisamente participar en la producción de información (normalmente como asalariado de alguno de los grandes productores de información para la Red). A pesar de las tendencias de principios de siglo, la producción de información cada vez está más concentrada, y la inmensa mayoría de la gente que participa en la Red lo hace sólo como consumidor de información "de pago". Sólo la información que es considerada como generador potencial de ingresos es interesante para los productores que controlan la información que se pone en la Red. La situación empeora por momentos, pues las sociedades generales de autores están presionando a los gobiernos para que sólo sus asociados puedan crear y publicar obras literarias, audiovisuales y software. Se habla de un carné de autor, que restringirá aún más las posibilidades de tener una sociedad libre. En países como España, donde ya el siglo pasado se permitió que estas sociedades cobrasen dinero por cada cinta virgen de vídeo o cada fotocopia vendida, se da como segura la aprobación de la nueva legislación.

Aunque las estadísticas difundidas por los medios oficiales indican que la producción de información de calidad es cada vez mayor, lo cierto es que se han reducido drásticamente tanto la producción de información bruta como la diversidad de esta información. Los costes de producción de una película, un programa de ordenador, o una música, cada vez son en una mayor parte costes de comercialización (hay que convencer al consumidor que pague por "echar un vistazo"). Capas sociales completas no reciben ya una instrucción adecuada porque no pueden pagar más que información limitada o de baja calidad. Muchas obras no llegan nunca al público porque no encuentran un canal de comercialización adecuado.

Los productores de información piden mayores controles contra el mercado ilegal de información, que hacia el año 2008 superó (por volumen económico estimado) a los de armas y a los de estupefacientes. La población reclusa por delitos relacionados con la difusión ilegal de información en la Unión Europea superó del 50% de la población reclusa total en el año 2009. Muchos de los famosos escritores, directores de cine y programadores que en el 2007 firmaron el *Manifiesto mundial en favor de un sistema de publicación de contenidos libre* y comenzaron a publicar de manera independiente, fueron perseguidos, y permanecen hoy día ocultos, publicando bajo seudónimo en el mercado ilegal. Muchos intentaron luego volver a publicar a través del sistema, pero ninguno de ellos lo consiguió, al figurar sus nombres en las listas negras de autores prohibidos.

Los recursos que los estados y las empresas productoras de información dedican a la persecución de este mercado son desde hace tiempo mayores que los dedicados a educación y sanidad, a pesar de las constantes campañas de concienciación. Uno de los últimos desarrollos en este campo permitirá controlar en tiempo real



toda la información visual y de sonido reproducida por un equipo. Se espera que todos los equipos con capacidad de reproducción de la información incluyan uno de estos dispositivos para el 2012, y ya está implantada a nivel mundial la legislación que declarará ilegal en 2014 la posesión y uso de cualquier aparato reproductor que no disponga de este dispositivo, que se activa únicamente tras la identificación individual por métodos genéticos. Con él se hará por fin imposible la consulta ilegal de información por individuos que no hayan pagado por el acceso a ella.

Los expertos en economía siguen prediciendo un despegue de la economía mundial, tras los cinco años de depresión en que está sumergido el planeta después de unos años de crecimiento de principio del siglo. Pero por ahora (y a pesar de la depresión) únicamente se ha experimentado un enorme crecimiento de riqueza entre las empresas de producción de información, que siguen con grandes expectativas de crecimiento, y ya acumulan casi toda la capitalización de las bolsas mundiales de valores, en detrimento de los sectores productivos "tradicionales", que han quedado en la práctica fuera de estos mercados.

En este año, 2010, sólo un 20% de la población mundial tiene acceso a la Red, y por primera vez desde que existe, este año se espera que este número disminuya, ya que muchos abonados no pueden pagar las tasas privadas mínimas de acceso a la información.

### Algunas referencias

¿Son estos escenarios futuristas realmente posibles? ¿Están las cosas hoy realmente como las contamos? Desde luego, el lector tendrá su propio criterio al respecto. En caso de que quiera contrastarlo con lo que ya está ocurriendo, le proponemos aquí algunas referencias que quizá le interese consultar.

- Derechos de autor: Cerca de 300 escritores franceses se dirigen a la ministra de cultura para que sea impuesto en las bibliotecas públicas un canon por préstamo de libros de unas 75 ptas. por cada préstamo: <http://www.el-mundo.es/diario/cultura/7N0107.html>
- Los libros comprados en tiendas como eMatter sólo se pueden leer en tu PC: [http://www1.fatbrain.com/ematter/support/faq\\_023.asp](http://www1.fatbrain.com/ematter/support/faq_023.asp)
- Content Guard: Tecnología Xerox para evitar que los documentos se puedan copiar, y realizar un seguimiento del uso de la obra a través de Internet: <http://www.contentguard.com/overview/technology.htm>
- Curso del MIT 'Ethics and Law on the Electronic Frontier'. Incluye referencias a artículos y libros sobre la información, libertad de expresión en la red, propiedad intelectual, patentes de software, control de contenidos: <http://www-swiss.ai.mit.edu/6095>
- Grupo de trabajo Electronic Book Exchange: las industrias del sector de la publicación electrónica persiguen una especificación técnica para implementar protección de copyright y distribución de libros electrónicos: <http://www.ebxwg.com/>
- Anuncios de tecnologías para protección de contenidos digitales: <http://www.wired.com/news/news/technology/story/21533.html>
- La ley UCITA se va aprobando en varios estados de EE.UU. Esta ley está diseñada por las empresas de software propietario y prohíbe, entre otras muchas cosas, que se revenda el software usado, o que se haga ingeniería inversa. Permitirá por lo tanto que las empresas puedan utilizar sin miedo a ser descubiertos formatos de ficheros y protocolos secretos: <http://www.badsoftware.com/>  
<http://www.4cite.org/> <http://www.gnu.org/philosophy/ucita.html>
- La industria cinematográfica de EE.UU. persigue a un ciudadano noruego de 15 años por desarrollar software que permite reproducir DVDs: <http://www.eff.org/IP/Video>
- La industria discográfica denuncia a Napster: <http://www.mp3newswire.net/stories/napster.html>  
<http://www.napster.org>
- La industria discográfica denuncia a mp3.com: distribuidores de música en formato mp3 a través de Internet: <http://www.mp3.com/news/546.html>

- Red Hat: primera empresa de software libre que cotiza en bolsa:  
<http://barrapunto.com/articles/99/07/16/1741238.shtml>
- Netscape libera el código fuente del navegador Navigator:  
<http://home.netscape.com/newsref/pr/newsrelease558.html>

Copyright ©2001 Pedro de las Heras Quirós y Jesús M. González Barahona.  
Se otorga permiso para copiar y distribuir este documento completo en cualquier medio si se hace de forma literal y se mantiene esta nota.



# 216 segundos de mirada: la justificación económica del *copyleft*

José Cervera

En la Biblioteca de Babel lo valioso son los ojos que te miran.

Cuando los libros sobran lo que falta son mentes que los lean y entiendan. Cuando la información intoxica por exceso lo escaso es una mente que la mire y comprenda. Lo escaso es valioso. Luego la moneda del futuro es la atención.

Tanto tienes, tanto vales; el proverbio siempre se ha cumplido con certidumbre. Hoy la atención manda. Seas periódico internacional o weblog, nodo corporativo o diario íntimo, cibertienda o publicidad, el principal problema de cualquier presencia en Internet es conseguir atraer unas migajas de atención.

Hagamos un cálculo absurdo; 600 millones de navegantes que usan la web media hora al día (generoso); 5.000 millones de páginas web en la Red (probablemente conservador; la cifra puede ser 100 veces mayor), una rápida división... cada página web publicada hoy en el planeta toca a 3,6 minutos de ojo humano al día. 216 segundos de mirada.

Es cierto que el número de navegantes crece, si bien no al ritmo que antaño se creyó. Y también es cierto que el uso de la Red crece, sobre todo debido al avance de las conexiones de banda ancha (con auténtica tarifa plana).

Pero hay un límite absoluto al número de tiempo de ojo disponible para repartir. Cuando todos los seres humanos naveguemos 24 horas al día, se habrá alcanzado el máximo absoluto de atención disponible; el crecimiento será demográfico y marginal. La navegación que hagan robots y mecanismos automáticos es irrelevante en este mercado, ya que en última instancia el valor se genera cuando un humano mira. Googlebot es un visitante habitual de cualquier web; pero nadie te paga por las visitas de un robot.

Las páginas disponibles en la Red jamás dejarán de multiplicarse. Luego la atención disponible por página tenderá a disminuir, de forma irreversible. El ojo humano será un recurso cada vez más escaso, hasta que Internet se parezca a la Biblioteca de Babel: vastos pasillos repletos de libros y completamente vacíos de gente. Billones de páginas web clamando en soledad, gritando 'Que alguien me lea'. Por tanto el poderoso será quien sea capaz de atraer atención. El valor lo tendrá quien pueda conseguir más que su cuota mensual de ojo humano, quien atraiga público a su página por encima de la media. Con toda la humanidad convertida en medios de comunicación, con cada empresa y marca comercial transformada en una imagen en una infinita estantería de imágenes semejantes cualquiera que supere su media de visibilidad será rico.

En estas condiciones el concepto de *copyright* es una forma de suicidio económico, ya que por definición intenta reducir (controlar) el número de copias de un trabajo disponibles, limitando por tanto su capacidad de atraer atención.

El 'copyright' es en esencia el control de la duplicación de un material. Se prohíbe hacer una copia de la expresión material de una idea, al objeto de controlar la difusión de esta idea. Al principio, con fines directamente de censura; luego, como mecanismo de obtención de compensación económica. Como las ideas son volátiles es imposible cobrarlas; pero sí que se puede vender la materialización de una idea. Siempre que se prohíba su duplicación incontrolada.

El mecanismo ha funcionado razonablemente bien. Las tecnologías de copia disponibles han permitido que el nivel de copia ilegal se mantuviese bajo control. El hecho de que se trataba de expresiones materiales de ideas permitía en la práctica un grado de cumplimiento de las normas dentro del cual se estableció un equilibrio económico. El progresivo reforzamiento de las leyes que controlaban el 'copyright' permitió levantar imperios empresariales basados en el concepto.

Y entonces llegó la digitalización y la Red, y las ideas se liberaron de su prisión de materia. Desde el momento en que una idea carece de expresión material sólo es controlable mediante leyes, no físicamente. La copia se convierte en algo prácticamente imposible de controlar sin un grado de control de la actividad humana habitual inaceptable. El coste de copia, en términos económicos, de calidad y de riesgo, disminuye de forma drástica

hasta aproximarse a cero. El autor/editor carece de mecanismos que lo impidan. El 'copyright' se hace impráctico.

Pero lo peor que puede decirse de este mecanismo no es que sea irrealizable; es que es contraproducente para los autores y editores. Está en contra de sus intereses en la nueva ecología de la información, en la cual la principal divisa es la atención. Intentando reducir el número de copias en circulación de sus trabajos lo único que consiguen es perder cotización en el mercado de la atención. Y con ello dinero.

El nuevo mercado de la atención es como un ecosistema: el objetivo es que los memes se reproduzcan cuanto más mejor, de manera que ocupen un nicho ecológico razonable y consigan suficiente atención como para alimentarse. Cualquier forma de restricción es autodestructiva, pues va en contra del interés fundamental del creador de los memes en cuestión: acaparar tanta atención como sea capaz.

El 'copyleft' no es más que un mecanismo para aumentar el valor de la información permitiendo hacer copias de la misma; animando, incluso, a hacerlo. La única condición es mantener el reconocimiento de autoría; la marca que permite al autor recibir por vía indirecta la recompensa por su trabajo, es decir, la atención que merece.

Así dos conceptos que han estado entreverados hasta la confusión en la historia económica se separan nítidamente; por una parte el derecho de Autor y por otra el derecho de copia. La expresión material de las ideas que era la única manera de diseminarlas obligó a mezclarlos, puesto que la única forma que tenía el autor para recibir una recompensa por su trabajo era mediante un impuesto a la copia.

Hoy limitar, vía cobro, el número de copias de una información sólo daña al autor, que pierde una vía fundamental de generar la única divisa de libre circulación en la Red: Atención.

En otras palabras: el *copyleft* no es generoso. Es una cuestión de supervivencia, de adaptación. Hemos pasado de una ecología de la información escasa a una de la información sobreabundante, y las reglas cambian. No se puede mantener la economía de la información en el nuevo ecosistema con las viejas reglas. Hay que encontrar nuevas vías. Y cualquier cosa que ayude a superar los 216 segundos de ojo humano, incluyendo la multidifusión de millones de copias, te hará rico.

# Introducción a la propiedad intelectual

Jorge Nonius.

versión 0.95, 20 de abril 2002

## Resumen

Este artículo presenta a los usuarios de Debian GNU de habla hispana una síntesis muy apretada del Derecho español sobre propiedad intelectual. El contenido es necesariamente general y no se entra en detalles, aunque muchas veces es en ellos donde se encuentra la clave de la cuestión. Pero una descripción general puede resultar útil justo para desechar los detalles no importantes y localizar los que sí lo son.

El artículo abarca toda la materia contenida en la ley española de propiedad intelectual y se considera de interés ya que por las redes circulan muchos tipos de obras, y no sólo software. Se presenta como algo dado, sobre lo que no se discute, de modo que el lector no encontrará los notables debates que sustentan los preceptos legales explicados. La exposición se pliega a la sistemática de la LPI y aún a su misma expresión literal. Se completa el trabajo con tres apéndices. En versiones ulteriores se irán añadiendo las cuestiones relacionadas con las redes, apenas tratadas ahora, y otras que los lectores interesados puedan sugerir.

Aunque el artículo se refiere al Derecho español, lo cierto es que las normas sobre propiedad intelectual están muy "internacionalizadas", gracias a varios tratados firmados por la mayoría de países. Particularmente es así en la Unión Europea, en donde algunos asuntos clave, como la distribución de obras por ejemplo, disponen hoy día de una regulación uniforme (ver apartado 12). Esto sugiere que el presente trabajo puede interesar al lector no español o con conflictos legales no localizados en España.

El terreno de las leyes es muy apropiado para la valoración y la opinión, y se fundamenta -quíerese o no- en criterios políticos. En este artículo se procura una exposición del contenido de las leyes y se utilizan interpretaciones estándar, sin comentarios salvo contados casos.

© 2001, Jorge Nonius. La versión más actualizada se encuentra disponible en <http://www.laespiral.org/xml/>. Este artículo puede ser copiado y distribuido en las condiciones de la licencia GNU para documentación libre, GFDL (<http://www.gnu.org/copyleft/fdl.html>). Para ponerse en contacto con el autor: [jnonius@terra.es](mailto:jnonius@terra.es)

[Nota de La Espiral: El autor, que firma con seudónimo, es usuario de Debian GNU y Licenciado en Derecho.]

## Introducción

En España se llama propiedad intelectual al conjunto de facultades reconocidas por la LPI a los escritores, pintores, compositores, programadores, actores, instrumentistas, productores, etc; facultades originadas al crear éstos una obra o realizar actuaciones o producciones generadas por el intelecto. La propiedad intelectual comprende varios derechos, unos personales (como los derechos morales) y otros económicos (como los derechos de explotación). Debe distinguirse de la propiedad industrial, que son los derechos de los inventores sobre sus inventos -concretados en una patente-, y los de las empresas sobre sus marcas y rótulos comerciales, topografía de semiconductores, etc. También debe distinguirse la propiedad intelectual de los derechos de imagen (véase 1.1)

Una primera división, dentro ya de la propiedad intelectual, separa los derechos de autor de los derechos afines. Se distingue siempre entre autor de una obra (p. ej. un programa de ordenador, un ballet) e intérprete de la obra (p. ej. la actuación de un bailarín). Los derechos del autor sobre su obra no son idénticos a los derechos de los intérpretes sobre su actuación (v. 2.1). Todos son derechos de propiedad intelectual, y las reglas no son muy distintas, pero no son idénticas. Por un lado están los "derechos de autor" y por otro los "derechos afines".

Se llaman afines (o "conexos", o "vecinos", o también "otros derechos de propiedad intelectual") a los derechos de los artistas intérpretes, ejecutantes, productores de grabaciones, de entidades de radiodifusión, de fabricantes de bases de datos, realizadores de meras fotografías y divulgadores de obras inéditas en dominio público o editores de obras no protegidas. O sea: son afines los derechos de todos aquellos que desarrollan una

actividad análoga a la de los autores (creación original), pero no completamente asimilada a la actividad de creación original generada por el intelecto. Es una distinción no pacífica, por razones comprensibles dada su sutilidad. En el presente texto se prefiere a todas las demás la denominación derechos afines, referida pues a las facultades que disfrutaban los que no son estrictamente autores. Se insistirá en esta distinción continuamente. Se ha llegado a denominar a estos objetos de los que surgen derechos afines "cuasi-obras".

Llamaremos titular a quien por alguna causa disfruta de algún derecho de propiedad intelectual: por ser autor de una obra o porque éste cedió el derecho a otra persona por contrato, por testamento, etc. A veces se dice también "derechohabiente" para designar al titular que no lo es originariamente. P. ej. las compañías de discos son titulares de los derechos de explotación de obras musicales que no han compuesto: el compositor es el autor o titular originario y la productora de discos la titular derivada o derechohabiente.

Se llama obra al objeto intelectual sobre el que recaen los derechos de autor: obra literaria, artística o científica, original y plasmada en cualquier medio o soporte. Ejemplos: libros, folletos, discursos, explicaciones de clase y conferencias; piezas musicales; obras dramáticas, coreografías y pantomimas; obras audiovisuales (largometrajes, videoclips); esculturas, pinturas, grabados, dibujos y cómics; proyectos y obras de arquitectura e ingeniería; gráficos, mapas, diseños científicos; fotografías y análogos; programas de ordenador y bases de datos.

No es necesario etiquetar una obra como literaria, artística o científica. Éstos son en general simples indicativos legales, sin apenas trascendencia práctica. Ciertas obras tienen reglas especiales, que se irán citando ordenadamente. Para las obras que no entren en esas definiciones especiales se hablará de obra en general.

No todas las obras del intelecto están protegidas por la LPI. Las obras no protegidas por la LPI son: 1º Las obras no originales, 2º Las llamadas obras excluidas, y 3º -con importantes matices- las obras en dominio público [Ojo: la divulgación de obras inéditas que estén en dominio público y la edición de obras no protegidas son actos protegidos, y hacen surgir derechos afines, a favor del divulgador y del editor, respectivamente. Véanse los apartados 3 y 10.5].

### **La propiedad intelectual y otras propiedades inmateriales. La propiedad industrial: Patentes, modelos de utilidad. Marcas. Los derechos de imagen**

Repetimos: Propiedad intelectual es el conjunto de facultades que se reconoce por ley a quien crea una obra o realiza determinadas actuaciones o producciones, que se considera generadas por el intelecto. La propiedad intelectual siempre ha sido considerada una "propiedad especial", porque poco tiene que ver con la propiedad de un terreno o de una motocicleta. Se parece lejanamente a la propiedad de títulos valores (acciones, cheques), está más cerca de la propiedad industrial (patentes, marcas). Pero en Derecho español y en otros muchos, la propiedad intelectual y la propiedad industrial son cosas distintas. Entre nosotros es inexacto hablar de patentes como si fuera una forma de propiedad intelectual.

La propiedad industrial comprende los derechos que tienen los inventores sobre sus inventos, los empresarios sobre sus marcas y rótulos comerciales, los ingenieros sobre topografía de semiconductores, etc. Es una propiedad "incorporal" o "inmaterial", como la propiedad intelectual, pero se regula en leyes distintas de la LPI y de acuerdo con reglas y mecanismos diferentes.

Patente es un documento que oficialmente certifica la protección legal a un invento nuevo de aplicación industrial. Una subclase de patente es el modelo de utilidad, "invento menor" consistente en dar a un objeto ya inventado una mejora o ventaja apreciable. No tienen que ver directamente con la propiedad intelectual, igual que las marcas comerciales. A las patentes y a las marcas se les llama propiedad industrial. Este artículo no trata de la propiedad industrial sino de los derechos de autor y afines (propiedad intelectual).

Pero una obra protegida por la LPI puede ser también objeto de protección como invento patentado (es decir, protegido por la Ley de Patentes como propiedad industrial), o puede llevar una marca, protegida por la Ley de Marcas, también propiedad industrial. Ambas vías de protección de derechos -la que garantiza la Ley de Propiedad Intelectual (LPI) por un lado y la que garantizan la Ley de Patentes y la de Marcas por otra- son independientes, compatibles y acumulables. Los programas de ordenador ¡por el momento! no son patentables según el Derecho español, sólo quedan protegidos por la LPI, a menos que formen parte de un invento patentado. La Ley de Marcas vigente hasta hace poco era de 1988, pero en diciembre 2001 se ha promulgado otra nueva (véase en el Apéndice B al final la relación de leyes citadas). Artículo 3 LPI.



La Ley de Propiedad Intelectual española es de 1987, pero el texto original ha sufrido desde entonces no menos de seis tandas de modificaciones, casi todas exigidas por las Directivas de la UE. Actualmente está pendiente otra modificación más, exigida por una Directiva publicada el 22 de junio 2001.

El último pariente cercano de la propiedad intelectual que vamos a citar es el derecho de imagen, que se rige por una Ley de 1982. Debemos distinguir los derechos de imagen de los de propiedad intelectual; como premisa metodológica diremos que unos y otros no tienen nada que ver (v. apartado 9.1).

## **Derechos de autor y derechos afines**

Ya se dijo que las leyes distinguen siempre entre el autor de una obra (p. ej. una película) y sus intérpretes (p. ej. los actores). Los derechos del autor sobre su obra no son los mismos, ni tienen el mismo régimen legal, que los derechos de los intérpretes sobre su actuación. Ambos son derechos de propiedad intelectual, y no es que las reglas sean completamente distintas. En realidad se parecen mucho, pero no son iguales, por cuestión de principios sobre los que no entraremos hasta el apartado 10.

Hay casos en que resulta fácil distinguir entre autor e intérprete, pero hay otros muchos en que esto es prácticamente imposible. El dilema se agrava por la aparición de medios de reproducción fácil, potente y barata, y de modos de expresión en donde la creatividad del usuario de una obra ajena, quien la usa para modificarla o para originar una obra nueva distinta, puede llegar a ser más importante que la propia obra originaria. Por otro lado, hay obras que sólo se aprecian por la calidad de determinadas interpretaciones. Y a su vez, las obras plásticas no precisan de intérprete alguno, mientras que las musicales no son realmente música hasta que se ejecutan o interpretan. Unas obras parece que simplemente se disfrutan (una novela, al ser leída) mientras otras son más utilitarias (un programa de ordenador, al hacerlo correr en una máquina).

De todos modos, y en lo que se refiere a la propiedad intelectual, una cosa son los "derechos de autor" y otra distinta los "derechos afines". Insistimos en que esta distinción es básica y será utilizada continuamente en este artículo. Ahondamos a continuación en ella un poco más (2.1). También aclararemos algunas reglas sobre los autores menores de edad y los autores asalariados (2.2). Introduciremos las nociones de autoría atribuida a una persona jurídica y de obra colectiva (2.3) y distinguiremos entre titulares originarios y derivados (2.4).

## **Autores y afines al autor**

La Ley llama "autor" sólo a las personas naturales. Las personas jurídicas se equiparan en ocasiones a los autores, pero no se les reconoce la cualidad de autor casi nunca, al menos en la LPI española. La única excepción está en el caso de los programas de ordenador, como veremos en 8.2. También hay un supuesto de interpretación difícil, que trataremos enseguida: el de las llamadas obras colectivas (2.3).

Por lo tanto, sólo en los casos tasados por la Ley pueden las personas jurídicas beneficiarse de la protección que se otorga a los autores. Sin embargo, lo cierto es que, bajo las figuras de entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, de productoras, de editoriales, de empresas fabricantes de software, etc, hay muchas posibilidades de que una persona jurídica sea titular de derechos de propiedad intelectual, gracias a los contratos y licencias de cesión de derechos.

Llamaremos autor por tanto a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica. Se presume que el autor es quien como tal figura en la obra con su nombre, firma o signo que lo identifique. Nunca puede exigirse a un autor el compromiso de no crear obras en el futuro. Artículos 5, 6 y 43.4 LPI.

Nos referiremos con la expresión "afines" tanto a las personas como a sus derechos de propiedad intelectual, parecidos pero distintos de los derechos de autor. Consiste en el conjunto de facultades que tienen los artistas intérpretes, los ejecutantes, los productores, etc, sobre sus actuaciones y producciones. Éstas son: las actuaciones dramáticas y las interpretaciones musicales en el caso de los artistas intérpretes o de los ejecutantes; las grabaciones fonográficas y videográficas (audiovisuales) en el caso de los productores; los programas en el caso de las televisiones y emisoras de radio; etc. Cualquiera que use una cámara o tome una secuencia de vídeo tiene derechos de propiedad intelectual sobre las "meras" fotografías y las grabaciones audiovisuales, respectivamente. Los fabricantes de bases de datos tiene derechos sobre ellas (¡jojo, no sobre los datos mismos!); y las editoriales sobre determinadas ediciones de obras en dominio público hasta entonces inéditas o de obras no protegidas. Todo esto será explicado más delante, apartado 10. Por ahora basta tener en cuenta la distinción entre autores y afines, aunque los tendremos en cuenta continuamente, pero el centro de

gravedad de la protección legal de la propiedad intelectual está en los autores de obras, sin duda alguna, no en los afines.

### **Autores menores de edad y asalariados**

Los autores o artistas menores de edad son por supuesto considerados titulares de sus derechos de propiedad intelectual. O sea: quedan protegidos como los de los mayores de edad. Sin embargo, sólo los menores de 18 años y mayores de 16 que vivan independientemente -de acuerdo con sus padres o tutores- pueden ceder por sí mismos sus derechos de explotación; los demás menores necesitan, para ceder sus derechos, la autorización de quien les tenga a su cargo. Artículo 44 LPI.

Se entiende que el trabajador asalariado que crea una obra original (p. ej. un programa de ordenador) durante y con motivo de su relación laboral con un empresario, cede a éste en exclusiva sus derechos de explotación sobre la obra, salvo pacto escrito en contra. El empresario no obstante no puede utilizar o explotar la obra con fines distintos de los de su actividad empresarial habitual. Ya veremos que en el caso particular de los programas de ordenador hay algunas normas especiales más.

Hay una regla similar para los artistas intérpretes y los ejecutantes que actúan cumpliendo un contrato de trabajo o de servicios: salvo pacto en contra se entiende que ceden al empresario organizador los derechos de reproducción y de comunicación pública sobre su actuación, aunque no los de remuneración compensatoria por copia privada (v. apartado 10.1). Artículos 51, 97.4 y 110 LPI.

### **Personas jurídicas autoras. Obras colectivas. Programas de ordenador**

Frente a las personas físicas o naturales, se llama personas jurídicas a las asociaciones, sociedades mercantiles, fundaciones, sindicatos, etc. Ya hemos dicho que la Ley nunca las considera "autoras" de las obras, salvo la notable excepción de los programas de ordenador.

En el ámbito de la propiedad intelectual encontramos que frecuentemente son personas jurídicas las editoriales, las productoras cinematográficas y discográficas; mientras que las entidades de RTV lo son siempre por exigencia legal. Es muy habitual que los fabricantes de software sean personas jurídicas. Sólo en los casos expresamente tasados por la Ley, que enseguida expondremos, se benefician de la protección otorgada a los autores, ya sea porque aparecen como cesionarias de los derechos de éstos, o porque se les reconoce la titularidad de derechos afines, lo que es más común. Artículos 5.2, 98.2. Disp. Trans. 2ª LPI.

Un concepto muy difícil de definir es el de obra colectiva, aunque es un tipo de obra muy habitual hoy día. La LPI dice que es la obra generada por iniciativa y coordinación de una persona (natural o jurídica), quien la edita y divulga bajo su nombre. La obra colectiva está constituida por aportaciones de diferentes personas, resultando una creación única y autónoma, sin atribución de partes o cuotas a cada aportador, y sin que uno solo de ellos pueda atribuirse derechos sobre el conjunto de la obra. Es trascendental en la práctica, y difícil, distinguir entre obra colectiva y lo que se llama obra en colaboración. Ésta nace del trabajo de varios coautores y permite la explotación separada e independiente de cada aportación. Después definiremos con precisión este concepto (apartado 3.3). Artículo 8 LPI.

Es relevante el caso de los programas de ordenador, el único en que expresamente se atribuye por la LPI la posible autoría a una persona jurídica. Veremos más adelante que el software constituye, por este y otros motivos, un tipo de obra muy particular dentro del campo de los derechos de autor. Es singular, p. ej., el diseño de los límites de los derechos, sustancialmente distintos a los de las demás obras. Los programas de ordenador incluso cuentan con una protección criminal específica. Todo esto se expone en otros lugares de este artículo (apartados 8.2 y 11.7), y se dedica por entero al software la "Introducción a las licencias de software libre" publicado por La Espiral.

### **Derechohabiente o titular de los derechos. Titulares originarios y derivados**

Derechohabiente es literalmente "el que tiene el derecho". Se aplica a quien por alguna razón o título (de ahí el sinónimo "titular") tiene algún derecho de propiedad intelectual: bien porque es autor de una obra (pero en este caso hablamos simplemente de autor), o porque éste le cedió el derecho por contrato, o a su muerte por testamento, etc. Suele utilizarse el término "derechohabiente" para designar a los titulares que no son autores o

afines, es decir: a quienes no son titulares originarios de los derechos. Se puede decir también "propietario" de los derechos, pero no suele usarse ni es correcto. Preferimos decir "titular" , que aquí significa lo mismo que derechohabiente y resulta menos pedante.

## **Obras y actos protegidos. Tipos**

Obra es el objeto de los derechos de autor, sea obra literaria, artística o científica, desde el momento de su creación, si queda expresada en cualquier medio o soporte (actualmente existente o que pueda existir en el futuro) y si es original. Ésta es la definición legal de obra protegible, y si falta alguno de estos elementos entonces no se reconoce en absoluto la existencia de una obra protegible. Algo no expresado (p.ej. una idea) no es una obra, ni tampoco lo es una expresión no original, aunque enseguida veremos que hay ciertos grados de originalidad que la LPI protege, simplemente porque la originalidad absoluta parece una cualidad imposible. Es dudoso además que la LPI no proteja, aun sin quererlo, las ideas fundamentales de un programa de ordenador.

Ya hemos citado muchos ejemplos de obras (libros, canciones, coreografías, obras audiovisuales, esculturas, pinturas, cómics; proyectos y obras de arquitectura; gráficos; programas de ordenador y bases de datos, artículo 10 LPI). Pero ya sabemos que hay derechos de propiedad intelectual que no recaen sobre obras sino sobre actuaciones (como las de los músicos en los conciertos, de actores en las representaciones teatrales o en el cine), sobre grabaciones (discos, videos), emisiones de RTV (programas radiofónicos y televisivos), la fabricación de bases de datos, las llamadas meras fotografías, y algunas producciones editoriales. Recordemos que quienes realizan estos actos o producen tales objetos no son llamados autores sino "afines" , y tienen además subdenominaciones propias: artistas intérpretes, ejecutantes, productores, etc. Sus derechos sobre tales actos u objetos no son llamados "derechos de autor" sino "derechos afines" ; y ya hemos dicho que esta última es la denominación que usaremos. Véase el apartado 10, por entero dedicado a los afines.

No obstante, insistimos una vez más en que lo mismo los derechos de autor sobre su obra como los derechos afines sobre una actuación o producción son derechos de propiedad intelectual. La diferencia práctica más importante se halla en la duración o plazo durante el cual pueden disfrutarse (v. apartado 6).

Las obras pueden clasificarse según varios criterios:

1. Por la autonomía de la obra tenemos obras independientes y obras dependientes (3.2).
2. Por el número de autores y su forma de cooperar tenemos obras individuales, obras en colaboración y obras colectivas. Esto ya fue introducido antes. Las obras en colaboración se examinan en 3.3.
3. Por su originalidad tenemos obras estrictamente originales frente a obras derivadas y obras compuestas (3.4).

## **Originalidad de la obra**

Ya hemos dicho que la originalidad es una condición necesaria para que la obra quede protegida por la LPI. Sin embargo es difícil decir si una obra es o no original. En realidad hay varios grados indeterminados de originalidad, y el límite en todo caso es el plagio, prohibido por la Ley y castigado con prisión en situaciones muy graves.

En efecto, hay supuestos en que se protege obras no exactamente originales. Después veremos los casos de las obras derivadas y de las obras compuestas. También queda para después el estudio de las citas y del plagio. Los títulos de las obras también se protegen como parte de ellas, si son originales. Artículo 10.1 LPI.

## **Obras no protegidas**

Nos referimos ahora a las obras no protegidas por las normas de propiedad intelectual. Esta falta de protección legal, o de no reconocimiento de que sobre ellas puedan existir derechos de propiedad intelectual, deriva de la falta de originalidad en algunos casos y de razones de política legislativa en otros, razones que se entenderán enseguida y que parecen muy comprensibles.

Primero, no están protegidas por la Ley las obras no originales, esto ya lo sabemos. Segundo, tampoco lo están ciertas obras que, aun pudiendo ser originales, y la mayor parte de las veces lo son, la Ley excluye expresamente de la protección. Son las llamadas obras excluidas, que veremos enseguida.

Tercero, tampoco quedan protegidas las obras cuyos derechos están ya en dominio público, porque expiró el plazo de protección. Sin embargo son actos protegidos, y generan derechos de propiedad intelectual: a) La divulgación de obras inéditas que estén en dominio público; b) La edición de obras no protegidas. Decimos que estos son actos protegidos, y hacen surgir unos derechos afines a favor del divulgador y del editor respectivamente (estos casos son tratados en 10.5). Artículos 129 y 130 LPI.

### **Obras excluidas o exclusiones.-**

Son supuestos en los que la LPI no permite, ni siquiera a los autores materiales, reivindicar la propiedad intelectual en favor de nadie. Son las disposiciones legales y reglamentarias, de sus proyectos; de las sentencias y autos de jueces y tribunales; y en general de la producción escrita propia de los organismos públicos y sus traducciones oficiales. No debe confundirse obra excluida con obra no protegida. Las primeras son un caso particular de las segundas. Recordemos que otras obras no protegidas son las obras no originales, y en cierto modo las obras en dominio público, como veremos en el apartado 6.5. Artículo 13 LPI.

### **Artes aplicadas.-**

Este término carece de definición en la LPI. Se atribuye a la joyería, diseño de interiores, artesanía y oficios análogos. Las joyas y demás se consideran casi despectivamente como productos, y sus creadores no son considerados normalmente autores, aunque desde luego cualquier obra artística que sea creación intelectual de su autor queda protegida por la LPI, así lo dice ésta expresamente. La dificultad radica en que se reconozca formalmente que determinada joya, diseño o pieza de artesanía, es una obra original y por ello sea objeto de propiedad intelectual. Artículo 10.1.e LPI.

### **Obra independiente**

Entiende la LPI por obra independiente aquella que constituye una "creación autónoma" , aunque se publique con otras conjuntamente. Se distingue de la obra compuesta en que ésta queda formada por varias obras independientes preexistentes, y de la obra publicada por entregas en que cada fascículo es obra dependiente o fragmentaria, o sea: no autónoma. Artículos 8 y 9.2 LPI.

### **Obra en colaboración**

Es el resultado unitario del trabajo de varios autores en el que es posible separar las aportaciones de cada cual y de explotarlas independientemente. Los coautores pueden pactar lo contrario; si no llegan a un acuerdo, el límite a la explotación separada está en no perjudicar la explotación común. Para divulgar y modificar la obra es preciso el consentimiento de todos los coautores. Los derechos de autor pertenecen a cada coautor en la proporción que entre ellos pacten; en otro caso, se aplican las reglas del Código Civil sobre la comunidad de bienes. Artículo 7 LPI.

Veamos algunos ejemplos de obras que normalmente surgen como obras en colaboración.

### **Obra audiovisual**

La definición legal dice: Es la creación expresada mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonido, destinada a ser mostrada mediante proyectores o cualquier otro medio de comunicación pública, sea cual fuere el soporte (celuloide, cinta magnética, DVD...). Por supuesto, la definición incluye las obras cinematográficas, ya sean argumentales, documentales o cualquier otra.

Las obras audiovisuales suelen ser obras en colaboración, fruto de la aportación de varios autores (por lo tanto co-autores), cada uno con sus propios derechos sobre su aportación:

1. El director-realizador
2. El autor del argumento, adaptación, guión o diálogos
3. El compositor de la música

Estas obras se crean mediante contratos de producción, que pueden incluir la cesión en exclusiva al productor

de los derechos de comunicación pública, reproducción y distribución, doblaje y subtitulado, derechos que en otro caso corresponderían a los tres coautores citados. No obstante, el alquiler de soportes de obras cinematográficas (vídeos) y la radiodifusión requieren autorización especial y expresa de los coautores.

La adaptación de novelas u obras de teatro al cine implica, salvo que se pacte otra cosa, que los derechos de explotación de la película corresponden al productor. El novelista o el dramaturgo conservan sus derechos sobre su obra original, y sólo pueden autorizar nuevas adaptaciones transcurridos 15 años.

Si algún autor (p. ej. el compositor de la música que entrega la partitura con retraso o sin terminar) incumple sus compromisos por causa injustificada o por fuerza mayor, el productor puede utilizar lo ya aportado aunque esté incompleto. La destrucción del soporte original de una obra audiovisual está prohibida por la LPI, pero esta prohibición es demasiado amplia para resultar efectiva.

La cesión al productor de los derechos de los coautores es remunerada por aquél conforme a lo pactado en el contrato de producción, en el que debe quedar expresadas en partidas diferentes las cesiones de derechos que se acuerden, pues en otro caso en la remuneración se entenderán incluidas las correspondientes a los derechos de reproducción, distribución y alquiler, comunicación pública, doblaje y subtitulado [estas formas de explotación serán tratadas en el apartado 7]. Los productores deben liquidar los derechos al menos anualmente a los autores cuando éstos se las requieran. Los derechos sobre un porcentaje sobre taquilla (salvo el supuesto en que las películas se exporten, que tienen un régimen distinto por la dificultad de cobro que se genera) y de las remuneraciones equivalentes, son irrenunciables y no pueden cederse [Ojo: No pueden cederse los derechos pero sí las cantidades cobradas], excepto a los herederos. Estas remuneraciones no se generan en el caso de obras audiovisuales publicitarias. Artículos 86 a 93 y Disp. Ad. 4ª LPI.

No debe confundirse obra audiovisual con grabación audiovisual. Artículos 120 a 125 LPI.

Productor de la obra audiovisual es quien financia y promueve la creación audiovisual, generada por los coautores (director-realizador, guionista y compositor de la música, como ya sabemos). El productor es a menudo una empresa, una persona jurídica. Volveremos sobre las obras audiovisuales más adelante, al tratar las grabaciones (10.4). Obsérvese que la obra audiovisual no es generalmente considerada obra colectiva, sino obra en colaboración.

### **Obra derivada**

Es la que se obtiene de otra obra anterior preexistente. Es el caso de las traducciones, adaptaciones, revisiones y anotaciones, compendios, resúmenes o arreglos musicales. Hablaremos de obra derivada ante cualquier transformación de una obra anterior. La Ley reconoce los derechos de los dos autores; el de la obra originaria y el de la derivada. El colmo de la obra derivada es el plagio, pero éste naturalmente está prohibido (ver después el apartado 9.7). Artículo 11 LPI.

Por supuesto, un programa de ordenador obtenido mediante la modificación de un programa anterior es una obra derivada.

### **Obra compuesta**

Se dice que una obra es compuesta si se obtiene de la incorporación de una o varias obras preexistentes, sin la intervención de los autores originarios. Queda protegida por la LPI sólo si hay autorización de los titulares de las obras preexistentes y se respetan sus derechos. De modo que el autor de la obra compuesta tiene derechos sólo sobre la composición, no sobre las obras que la componen.

Una antología, un compendio o la distribución Debian GNU/Linux Potato, son todas obras compuestas. Una obra compuesta es una modalidad de obra derivada. Artículo 9.1 LPI.

## **Colección.-**

Al reunir una persona un conjunto de obras ajenas, tal que la selección y disposición suponen creaciones intelectuales, el conjunto es entonces protegido como obra autónoma, diferente de las componentes. Una antología es por tanto una forma de colección; y ésta es a su vez una forma de obra compuesta, además de ser obra derivada. La ley protege también las obras que no toman obras independientes y completas ajenas, sino sólo algunos de sus elementos o datos. Hablaremos de colecciones para referirnos a antologías de cualquier tipo.

Los derechos sobre la colección no extinguen los de los autores de las obras originarias. Pero las antologías se consideran obras originales, aunque derivadas. Las bases de datos se consideran colecciones. Enseguida trataremos de ellas. Artículo 12 LPI.

## **Colecciones escogida y completa.-**

Son colecciones consistentes en la recopilación total ( "obras completas" ) o parcial ( "obra escogida" ) de las obras de un mismo autor. Si son de diferentes autores ha de considerarse antología, o sea: colección.

El autor puede acometer una colección escogida o completa en cualquier momento, aunque haya cedido sus derechos de explotación. Artículo 22 LPI.

## **Bases de datos.-**

Es hoy día uno de los tipos de colección más difundido por el uso masivo de programas de ordenador y máquinas que permiten crearlas y mantenerlas, pero lo que sigue no se aplica sólo a las bases de datos electrónicas. La protección de los derechos de los autores y fabricantes de bases de datos es una de las materias armonizadas por la Unión Europea, así que cuanto se expone a continuación se aplica en cualquier Estado miembro.

La originalidad de una base de datos se encuentra en la selección, disposición y accesibilidad de los datos, no en su forma de expresión. Los jueces no admiten que una base de datos sea original por la utilización de criterios triviales (alfabético, cronológico, domiciliar, tamaño); sino que se exige un mínimo de complejidad en la selección, exigencia que no deja de resultar "borrosa" .

Las bases de datos son pues colecciones de obras, datos u otros objetos independientes, dispuestos con cierto sistema o método y accesibles individualmente por cualquier medio. Las bases de datos más interesantes son desde luego las que usan medios informáticos, pero estos medios no tienen que ver en principio con las bases de datos en sí. De hecho se protegen también las bases de datos no informáticas, siempre que sean originales en cuanto a su estructura, forma de expresión, selección o disposición del contenido. No se protegen los datos mismos, que pueden tener protección por otro motivo o título legal, ni tampoco se protege el sistema o motor informático si lo hay -se protegerá como programa de ordenador, no como parte de la base de datos. La regulación que se expone a continuación no afecta a la propiedad industrial (patentes y marcas), a las reglas sobre libre competencia, sobre secretos, sobre protección de datos personales, tesoros nacionales o acceso a documentos públicos. Artículos 12 y 40ter LPI.

Las bases de datos pueden ser comunicadas públicamente de muchas formas: acceso directo, emisión, transmisión por cable, vía satélite, véase más adelante. Y por lo tanto corresponde a su autor el derecho exclusivo a autorizarlo o prohibirlo (art. 20.2.j LPI). Además, el acceso a una obra protegida que esté incorporada a una base de datos se considera comunicación pública de la obra (art. 20.2.i). Una reordenación de una base de datos se dice que es una transformación de la base (art. 21.1.II).

Las bases de datos, como los programas de ordenador según veremos en su momento, pueden tener usuarios legítimos e ilegítimos. Los primeros son los que pueden acceder libremente a los datos. Y no necesitan autorización del autor de la base ya divulgada para reproducir su contenido si (artículo 34 LPI):

1. Se destina a uso privado en bases no electrónicas
2. Se destina al uso ilustrativo en la enseñanza o en la investigación científica, siempre que se indique la fuente
3. Se destina a fines de seguridad pública o en procedimientos administrativos o judiciales.

No quedan protegidos sólo los derechos del autor de la base de datos, sino también los del fabricante de la base



para compensar la inversión económica efectuada. Esta protección es parecida a la de los productores de grabaciones, y consiste en un derecho tan extraño que la Ley lo llama "protección sui generis para los fabricantes de bases de datos". El fabricante (no el autor) puede prohibir la reutilización de todo o de una parte sustancial del contenido de una base de datos, facultad ésta que puede cederse a otra persona.

También está prohibido el "uso anormal" de una base de datos o el uso que produzca un perjuicio injustificado al fabricante.

Se llama extracción a la transferencia permanente o temporal a otro soporte de todo o parte del contenido de una base de datos. Se llama reutilización a la puesta a disposición del público de una extracción, mediante venta, alquiler o transmisión de copias [véase más adelante cuanto se dice sobre la distribución de obras, apartado 7.1.5], art. 133 LPI.

Los usuarios legítimos de una base de datos pueden extraer y reutilizar partes no sustanciales de su contenido, pero no explotarla anormal o perjudicialmente para el fabricante, para sus autores o los de los contenidos. Estas facultades y prohibiciones no pueden excluirse ni siquiera por contrato.

Por su parte, el usuario legítimo puede realizar extracciones o reutilizaciones sustanciales, lo mismo que antes: a) Para fines privados en las bases de datos no electrónicas; b) Para ilustración científica o educativa; y c) Por motivos de seguridad pública o por la tramitación de procedimientos administrativos o judiciales.

Esto no significa que pueda perjudicarse injustificadamente a los titulares de derechos de propiedad intelectual sobre la base de datos; ni a los titulares de derechos sobre los datos, si tales datos son obras protegidas por la LPI, o son datos personales, afectan a la intimidad, etc. Artículos 134 y 135 LPI.

La duración del derecho sui generis es de 15 años contados desde el 1 de enero siguiente a la fecha de terminación de la fabricación de la base de datos. En el supuesto de bases de datos ya divulgadas se cuenta desde el 1 de enero siguiente a la fecha de divulgación. Una modificación sustancial de una base de datos generada por una nueva inversión sustancial puede significar la aparición de una base de datos nueva, en cuyo caso se iniciaría otro plazo de 15 años para ella. Artículo 136 LPI.

## **Soporte de la obra**

Es el material en que se plasma o que contiene a la obra, no es la obra. Un cuadro o pintura no es sólo un bastidor y una tela coloreada con acrílico, una escultura no es sólo un trozo de mármol esculpido o madera tallada, ni una película es sólo una cinta de material fotosensible. A la tela con óleo, al mármol, al celuloide, se les llama soporte de la obra; la obra es la creación intelectual contenida en ese soporte.

[Advertencia probablemente superflua: El significado de soporte al que nos referimos nada tiene que ver con el utilizado constantemente en informática de "servicio de apoyo"]

Los derechos sobre la obra (derechos inmateriales, de propiedad intelectual) son distintos e independientes de los derechos sobre el soporte (derechos materiales, de propiedad común).

La cesión de derechos de propiedad intelectual normalmente no incluye la cesión de los derechos sobre el soporte. Viceversa y más importante: ser dueño del soporte no significa ser titular de los derechos sobre la obra que incorpora. Justamente así ocurre con los programas de ordenador.

Sin embargo, el propietario de un original de una obra plástica o de una fotografía, tiene derecho a exponerla públicamente aunque no haya sido divulgada, excepto por reserva expresa del autor. Esa exposición pública de todos modos no puede perjudicar el honor ni la reputación del autor. Artículos 3.1º y 56 LPI.

Es preciso acotar con precisión estos últimos conceptos.

## **Artista plástico y artes plásticas**

Se llama artista plástico o artista visual al autor de una obra de arte plástica, como los pintores, escultores, etc. Dicho de otro modo, son artes plásticas aquellas cuya forma de expresión se realiza mediante soportes tales como pinturas, dibujos, esculturas, etc. En realidad, la más moderna denominación de "artes visuales" engloba a la artes plásticas, pero incluye además la fotografía, el video, presentaciones por ordenador y redes, etc. No es una expresión propia de la LPI, ni su uso en el campo de la propiedad intelectual está muy extendido. En este artículo no haremos uso de la expresión "artes visuales". Los artistas plásticos (pintores, escultores, dibujantes) son autores.

Una facultad característica de los artistas plásticos, apenas conocida y mucho menos practicada, es el llamado derecho de participación en reventa, que se trata en el apartado 7.3.

## **Divulgación de las obras y de los actos protegidos**

Divulgar una obra es expresarla de modo que se haga accesible al público por primera vez en cualquier forma. Ejemplos: comunicar públicamente una obra de teatro en su estreno; fijar (grabar) una canción, reproduciéndola haciendo copias que se distribuyen por venta, alquiler, préstamo o gratuitamente; colgar un HOWTO en un servidor web....

La divulgación sólo es lícita si la realiza el autor, sus sucesores o con su consentimiento; si no, es ilícita y no tiene todos los efectos que la LPI prevé. Es preferible hablar de divulgación lícita e ilícita, según sea el caso. Una forma muy importante de divulgación es la publicación, que trataremos inmediatamente. Artículo 4 LPI.

La divulgación es facultad exclusiva y personalísima del autor, y puede tener lugar con el propio nombre, o bien ser anónima o seudónima. En caso de obra en colaboración, hace falta el consentimiento de todos los coautores para decidir la divulgación.

La fecha de divulgación es importante porque en varios casos es a partir de ese momento cuando comienzan a transcurrir los plazos de duración de los derechos de propiedad intelectual (ver apartado 6). Artículos 4, 7 y 8 LPI.

## **Publicación**

Publicación es en el sentido estricto de la LPI una forma de divulgación, tal vez la más importante por ser el medio normal de explotación de la mayoría de los tipos de obras. Publicación es la expresión de una obra que la hace accesible al público mediante ejemplares o copias. Es desde luego la forma normal de divulgación de las obras literarias.

La publicación puede ser lícita o ilícita, dado que es facultad irrenunciable del autor el decidir publicar o no su obra. De todos modos, la Ley exige -para hablar de publicación- que haya ejemplares suficientes para satisfacer la demanda. Esto quiere decir que una tirada de digamos 10 ejemplares no puede tenerse generalmente por auténtica publicación, ni tampoco una edición restringida a un círculo muy pequeño. Artículo 4 LPI.

## **Componentes de la propiedad intelectual**

Tenemos que distinguir de nuevo entre autores y afines. Los derechos del autor comprenden los derechos morales, o facultades personalísimas sobre sus obras (5.1); el derecho a explotarlas en cualquier forma y obtener remuneración por ello (7.1); el derecho a ser remunerado por la utilización de sus obras (7.2 a 7.4); y el derecho a autorizar o prohibir su uso, divulgación, explotación, etc (7.5). Dos modalidades de explotación, la reventa de obras de artes plásticas y la copia privada, tienen remuneraciones especiales (7.3 y 7.4 respectivamente).

Los demás sujetos de derechos de propiedad intelectual, o sea: los afines, carecen de derechos morales, con la excepción de los artistas intérpretes y los ejecutantes, que tienen algunos derechos morales, aunque diferentes a los de los autores. Pero todos los afines tienen derechos de explotación, que se estudian en el apartado 10).

## Derecho moral

Con este concepto algo contradictorio se designa un contenido característico de la propiedad intelectual en los derechos continentales. Se dice que el derecho moral es personalísimo e irrenunciable; sólo es transmisible a otras personas en casos muy contados. El derecho moral no puede cederse en vida, al menos esto parece deducirse del texto de la LPI. El derecho moral está formado por varias facultades, garantizadas todas al autor:

1. Decidir si su obra ha de divulgarse y en qué forma (v. apartado 4);
2. Decidir si la obra aparecerá con su nombre, bajo seudónimo o anónimamente (ver apartado 6.4);
3. Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra, y el respeto a su integridad, sin deformaciones, modificaciones o atentados que perjudiquen el interés del autor o su reputación;
4. Modificar la obra en cualquier momento, aunque respetando los derechos adquiridos por otras personas y las exigencias del Patrimonio Cultural (v. más adelante el apartado 7.1.4 sobre modificación de las obras);
5. Retirar su obra por cambio de convicciones, o derecho de retirada o de arrepentimiento. Puede aparejar una indemnización a quien perjudique la retirada, normalmente el explotador de la obra. Si después el autor decide reemprender la explotación de la obra, quien antes venía haciéndolo tiene preferencia sobre cualquier otra persona para reanudarla;
6. Acceder al ejemplar único o raro de la obra que se halle en poder de otra persona, aunque si a ésta se le produce perjuicio habrá de indemnizarlo también;
7. Vimos ya en 3.4.1 que el autor tiene siempre derecho a publicar su obra en colección escogida o completa.

A la muerte del autor la persona por él expresamente designada o sus herederos tienen derecho sin límite de tiempo a exigir el reconocimiento de la autoría de la obra, y el respeto a su integridad, sin deformaciones, modificaciones o atentados que perjudiquen la reputación del autor. Si la obra no fue divulgada, pueden estas personas decidir si se divulga o no y en qué forma, pero esto sólo pueden decidirlo en los 70 años siguientes a la muerte del autor. Si no hay persona designada ni herederos, estas facultades corresponden al Estado, a la Comunidad Autónoma, a las Corporaciones Locales o a las instituciones públicas culturales. Artículos 14 a 16 LPI.

Para los afines los derechos morales reconocidos son muchos menos. En realidad, sólo los artistas intérpretes y los ejecutantes tienen garantizado por la LPI el derecho al reconocimiento de su nombre en sus interpretaciones y ejecuciones, y a oponerse mientras vivan, y sus herederos durante 20 años desde la muerte, a deformaciones, mutilaciones o atentados sobre su actuación que lesionen su prestigio o reputación. Además, los actores tienen el derecho exclusivo de autorizar su doblaje en la propia lengua utilizada durante la interpretación. Pero esto es todo, así que no se les reconoce el derecho (moral) de decidir la divulgación ni el de modificación de actuaciones, si es que tal cosa es posible.

Los demás afines no tienen reconocidos en la Ley derechos morales sobre sus producciones. Artículo 113 LPI.

## Derechos patrimoniales

Obviamente suelen ser los más relevantes. Se trata de los derechos de remuneración, de explotación y de autorizar y/o prohibir la explotación, uso, divulgación y puesta a disposición de las obras. Merecen un apartado entero (el 7), pero antes ha de explicarse una circunstancia determinante de todos ellos: su limitación en el tiempo, lo que distingue a la propiedad intelectual de la mayoría de propiedades comunes.

### Duración de los derechos. Obras en dominio público

Los derechos de propiedad intelectual nacen con la simple creación de la obra. No es preciso anunciar ni registrar una obra del intelecto que sea original para que a su autor se le reconozca por la ley sus derechos de autoría. Pero, a diferencia de otras muchas propiedades, la propiedad intelectual no dura indefinidamente, sino que sólo se disfruta por un tiempo y después se extingue. Se dice que desde entonces la obra o la producción ha pasado al dominio público.

Todo esto es característico e importante, así que lo repetimos, dicho de otro modo: Los derechos de propiedad intelectual nacen con la simple creación de la obra, y se extinguen transcurrido un plazo. Enseguida veremos en

qué plazo. Antes, dos aclaraciones: Primera, cuando decimos que los derechos de propiedad intelectual nacen con la creación de la obra no queremos ocultar que, normalmente, no pueden disfrutarse estos derechos hasta que la obra es divulgada, ni puede esperarse frutos económicos notables más que si la divulgación obtiene superventas. Segunda, no es nada simple definir qué es para la ley "creación" de una obra. De hecho, las presentes notas no contienen tal definición, puesto que la ley tampoco lo hace. Artículo 1 LPI.

Cuando la obra ha sido creada nacen los derechos de propiedad intelectual, que duran toda la vida del autor más un plazo después de su muerte. Hay varios plazos, según qué tipo de obra sea, como vamos a ver; pero todos ellos se cuentan desde el 1 de enero del año siguiente al de la muerte de quien origina la obra, realiza la producción, la actuación, etc. Hay casos particulares, que se explican en otros apartados, como la obra colectiva (2.4), las obras en colaboración (3.3), las publicaciones por partes o entregas (6.3) y las obras anónimas y seudónimas (6.4). Artículos 26 y 30 LPI.

### **Duración de los derechos de autor**

El derecho moral de los autores dura toda su vida. Sólo dos de las siete facultades del derecho moral duran después indefinidamente sin límite de tiempo: exigir el reconocimiento de la autoría; y exigir la integridad de la obra. El resto de las facultades se extingue con la muerte del autor, salvo la divulgación de las obras inéditas durante su vida, que puede ser decidida póstumamente por los herederos o personas especialmente designadas por el autor, durante los 70 años siguientes a su fallecimiento. Artículo 15 LPI.

Los derechos de explotación de los autores duran también toda la vida del autor y 70 años más. Artículo 26 LPI.

### **Duración de los derechos afines**

Los derechos de los afines tienen las siguientes duraciones:

1. Las dos únicas facultades del derecho moral reconocidas a los artistas intérpretes y ejecutantes duran toda la vida del artista y 20 años más. Los derechos de explotación de los artistas intérpretes y de los ejecutantes tienen una duración de 50 años contados desde la actuación, y también desde la divulgación de una grabación de su actuación (arts. 112 y 113 LPI).
2. Los derechos de explotación correspondientes a los productores de fonogramas y grabaciones audiovisuales duran 50 años desde el 1 de enero siguiente al año de la grabación. Si el fonograma se divulga lícitamente el cómputo se inicia el año de divulgación, normalmente por publicación en soporte CD, vía Internet, comunicación pública vía satélite, etc. Arts. 119 y 125 LPI.
3. Los derechos de las entidades de radiodifusión sobre sus programas duran 50 años, computados desde el día 1 de enero del año siguiente al de la realización por vez primera de una emisión o transmisión. Artículo 127 LPI.
4. Los derechos de los realizadores de meras fotografías (véase la distinción con obra fotográfica en 10.4) duran 25 años desde que se hizo la foto, art. 128 LPI.
5. Los derechos reconocidos a quienes publican obras inéditas que estén en dominio público duran 25 años, computados desde el día 1 de enero del año siguiente al de la divulgación lícita de la obra. Los derechos reconocidos a quienes editan obras no protegidas duran también 25 años, computados desde el día 1 de enero del año siguiente al de la publicación. Artículo 130 LPI.
6. La duración del derecho sui generis de los fabricantes de bases de datos es de 15 años contados desde el 1 de enero siguiente a la fecha de terminación de la fabricación de la base de datos. En el caso de bases de datos ya divulgadas, desde el 1 de enero siguiente a la fecha de divulgación. Una modificación importante o sustancial de una base de datos, fruto de una nueva inversión, puede implicar la aparición de una base de datos nueva, con lo que se iniciaría otro plazo de 15 años. Artículo 136 LPI.

### **Duración de los derechos de las obras publicadas por partes o entregas**

La duración de los derechos sobre estas obras, publicadas en fascículos y similares que no constituyan obra independiente, se computa desde la divulgación de cada entrega. Artículo 29 LPI.

## **Duración de los derechos sobre las obras anónimas y seudónimas**

Los derechos sobre la obra divulgada lícitamente en forma anónima se atribuyen al editor o empresario que divulga mientras el autor no revele su identidad. Los derechos de explotación duran 70 años desde la divulgación, aunque si se conociera la identidad del autor antes de que transcurran, entonces los derechos, atribuidos a un autor ya identificado, durarán hasta su muerte y 70 años más, como cabía esperar. Si la divulgación fue ilícita, los 70 años se cuentan desde la creación de la obra, salvo identificación del autor.

Lo mismo se aplica a la obra seudónima. Artículos 6 y 27 LPI.

## **Paso al dominio público**

Ya se ha dicho que cuando los derechos de explotación se extinguen por transcurso del plazo, la obra, actuación o producción pasa al dominio público. Esto significa que desde ese momento puede ser utilizada por cualquiera siempre que respete la autoría y la integridad de la obra (v. el apartado 5.1 sobre el derecho moral).

Si la obra no fue divulgada durante el plazo de protección, si es inédita, y la divulgación se produce cuando está ya en dominio público, los derechos de explotación corresponden al divulgador, aunque sólo respecto de esa divulgación. V. también los apartados 3.1.1 sobre obras no protegidas, y 10.5 sobre edición de obras inéditas en dominio público y obras no protegidas.

El que una obra pase al dominio público tiene el efecto, ante todo, de que la obra puede ser usada, explotada libremente, etc, como hemos dicho. El Estado no puede cobrar por ello tasas o cánones a quien utilice obras en dominio público, ni tampoco las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales ni los particulares. Artículo 129 y Disposiciones transitorias 5ª y 7ª LPI.

## **Explotación de la obra o actuación**

Explotar una obra, actuación, producción audiovisual o editorial, es difundirla en cualquier forma con obtención de beneficio. Es un concepto muy amplio, abarca todas las modalidades posibles de ganar utilidad con una obra o una actuación protegidas por la LPI. Son especialmente importantes, porque suponen la mayoría de los supuestos, las siguientes, que se explican después en detalle: fijación, reproducción, comunicación pública, transformación y distribución.

Los principales beneficiarios de la explotación son en principio los autores de las obras o los artistas que realizan una actuación, o sea: los que hemos dado en llamar titulares originarios de derechos de propiedad intelectual. Pero suele resultar inasequible a los autores obtener su remuneración directamente del usuario; por eso normalmente los derechos de explotación se ceden a empresarios especializados, tales como editores, productores, etc, que son lo que se ocupan directamente de la explotación y rinden cuentas a los autores, deduciéndoles la remuneración de la inversión efectiva. Artículo 17 LPI.

Como ya anunciamos en 5.2, vamos a distinguir entre derechos de explotación, de remuneración y de autorizar o prohibir la explotación o utilización de la obra por terceros.

## **Derechos de explotación**

Los derechos o facultades de explotación forman, junto con el derecho moral y los otros derechos de remuneración (véase 7.3 y 7.4), el contenido de la propiedad intelectual, como ya hemos dicho antes. Los derechos de explotación son el conjunto de facultades de su titular de, con carácter exclusivo, autorizar o prohibir la reproducción de la obra o actuación, es decir: copiarla, fijarla o grabarla, distribuirla, comunicarla públicamente o transformarla.

Quien no sea el titular ha de obtener autorización de éste para explotarla, salvo en contados casos, que veremos en el apartado 8 sobre los límites de los derechos. Al titular le corresponde la facultad de explotar la obra o actuación, con los medios presentes o futuros. Los ejemplos legales citados (reproducción, distribución, etc) son sólo algunas de las modalidades de explotación posibles. Cualquier modalidad de explotación corresponde siempre y en exclusiva al titular, mientras no la ceda o transmita a una tercera persona. Cada modalidad de explotación es independiente una de otra. Recordemos que normalmente esta explotación no la realizan los autores por sí mismos, sino que han de ceder sus derechos a empresarios con capacidad

económica y profesional (galeristas, editores, productores, fabricantes, etc).

Los artistas intérpretes y los ejecutantes, los productores de grabaciones, las entidades de radiodifusión, y demás titulares de derechos afines, también disfrutan de derechos de explotación. En este apartado 7 sólo tratamos de los garantizados a los autores; para los afines, véase el apartado 10.

Ya sabemos que los derechos de explotación están sujetos a plazo y transcurrido éste los derechos se extinguen y pasan al dominio público. Entretanto, estos derechos de explotación pueden transmitirse o cederse por su titular a otras personas, como veremos en el apartado 9. Hay normas especiales para la explotación de obras cinematográficas y audiovisuales (apartado 3.3.1), para los programas de ordenador (véase el apartado 8.2 y la "Introducción a las licencias de software libre" publicada en La Espiral) y para las bases de datos (apartado 3.4.1). Artículos 17 a 23 LPI.

### **Fijación y grabación de obras**

Fijación es el estampado de hechos, actos u obras en un soporte, como una grabación en vídeo de un largometraje, o en un CD de una pieza musical, la fotografía de una escultura, etc. Es un requisito previo a la reproducción u obtención de copias, de la que debe distinguirse netamente. Una forma fijación es la grabación, p. ej. de sonidos en una cinta magnética). Artículos 18, 106 y 107, 120 y 121, y 126.a y 126.b LPI.

Grabación es una clase de fijación, concretamente de un plano o secuencia de imágenes o de sonidos. Las grabaciones de sonidos se llaman fonogramas, las que portan imagen con sonido se llaman grabaciones audiovisuales, y podemos llamar videogramas a las que únicamente fijan imágenes. Las grabaciones en sí mismas no son "obras" protegidas, pero como tales fijaciones sí reciben protección. Los titulares de los derechos (afines) sobre la grabación son los productores. Los derechos afines sobre las grabaciones se tratan en el apartado 10.4.

### **Reproducción y copia**

Reproducción es la fijación de una obra en un medio o soporte que permita su comunicación y la obtención de copias. Más fácil: reproducir es hacer copias. Al ejemplar mismo obtenido se le llama también "reproducción". Entendida como actividad, es una de las principales formas de explotación de ciertos tipos de obras. Por lo tanto, es exclusivo del titular el derecho a autorizarla o prohibirla. Pero este derecho exclusivo tiene sus límites y puede ser cedido a terceras personas, p. ej. mediante el contrato de edición, el contrato de producción de obras y de grabaciones audiovisuales, la licencia de software, etc. V. también el apartado 7.4 sobre copia privada. Artículo 18 LPI.

Copia es una palabra que puede aplicarse tanto un objeto, el ejemplar o soporte que reproduce o replica una obra; como un acto, el de obtener una reproducción del original o a partir de otra copia.

La copia puede hacerse sin consentimiento del autor sólo en casos tasados:

1. Si la obra no se ha divulgado todavía, sólo puede obtenerse una copia excepcionalmente (v. apartados 5.1 sobre el derecho moral y 6.5 sobre obras en dominio público).
2. Si la obra ya ha sido divulgada, la copia es lícita sólo cuando un ejemplar ha de constar en un expediente administrativo o judicial; ó si es para uso privado del copista y sin fin de lucro (v. 7.4 sobre copia privada); o si la copia está destinada al uso de invidentes sin fin de lucro.

Hay otras limitaciones que se examinan en el apartado 8. Fuera de los supuestos permitidos por la LPI, y a menos que tengamos el consentimiento del autor o de sus derechohabientes, la obtención de copias es ilícita, y veremos en el apartado 11 cómo se protege el autor contra esto. Artículos 31 y 37 LPI.

### **Comunicación pública**

Es el acto por el que una pluralidad de personas accede a la obra sin distribución de ejemplares. No se considera pública la comunicación restringida al ámbito doméstico que no esté integrada o conectada a red de difusión alguna. Las consecuencias prácticas de lo que se acaba de decir son importantes, así que habremos de remacharlo.

Ejemplos de actos de comunicación pública son las representaciones escénicas, las disertaciones y



conferencias, los conciertos..., realizados por cualquier medio o procedimiento. También es comunicación pública la exhibición de películas y vídeos, incluidos los sistemas comunitarios, que no son considerados por los tribunales como "estrictamente domésticos". Es comunicación pública asimismo la emisión por RTV; la emisión por satélite o transmisión por cable, y las retransmisiones -que son las emisiones o transmisiones hechas por una RTV distinta de la de origen, véase más abajo; la emisión, transmisión o retransmisión en pantalla gigante; las exposiciones; el acceso público a bases de datos protegidas por derecho de autor; etc. Internet es por supuesto un canal apto para la comunicación pública.

La comunicación pública implica muchas veces el acto de la divulgación, es decir, siempre que sea la primera comunicación pública. Pero recordemos que sólo es lícita si se produce con consentimiento del autor o de los titulares del derecho de divulgación. Como acto de divulgación, la posibilidad de comunicación pública es un derecho irrenunciable del autor, pero también constituye una forma de explotación de la obra, de modo que los derechos que lleva aparejados, y singularmente el de ser remunerada, sí son transmisibles a otras personas.

Es comunicación pública el acceso a obras incorporadas a bases de datos, incluso a bases no protegidas. Artículo 20 LPI.

### **Emisión.-**

Es la producción de señales de RTV portadoras de programas, destinadas a ser recibidas por el público. La LPI la considera un acto de comunicación pública. La emisión por cable, fibra óptica o procedimiento análogo se denomina transmisión. Es decir, transmisión es para la LPI una emisión por cable. También es emisión la exhibición de programas en pantalla gigante o en salas abiertas al público.

La emisión es una modalidad de explotación de las obras, que por tanto sólo puede realizarse con autorización de los autores y titulares de los derechos.

Téngase en cuenta que las entidades de RTV tienen derechos de propiedad intelectual sobre sus emisiones y transmisiones pero no necesariamente sobre las obras que forman el programa, que son algo muy distinto.

La radiodifusión al público de emisiones pertenecientes a otra entidad de RTV se llama retransmisión, aunque para la legislación de telecomunicaciones los conceptos no tengan exactamente el mismo significado que acabamos de ver. Artículo 20.2 LPI.

### **Radiodifusión y retransmisión.-**

La palabra "radiodifusión" se usa en la LPI tanto para la radio como para la televisión, por onda terrestre, satélite o cable. Es por tanto prácticamente lo mismo que "radiotelevisión", abreviadamente RTV.

Los actos de RTV pueden producirse como simple emisión de ondas sin cable, como transmisión alámbrica, como retransmisión de programas de otras entidades de RTV, etc. Todos estos casos suponen actos de comunicación pública. Además, recuérdese que los propios programas mismos están protegidos por la LPI.

Retransmisión, ya lo hemos dicho también, es la emisión o transmisión de una obra, emitida con anterioridad, pero ahora por entidad de RTV distinta de la de origen. Dicho de otro modo, es la emisión por una RTV de programas ajenos. Supone casi siempre la realización de un acto de comunicación pública. Debe ser autorizada por la RTV de origen, sea cual sea el procedimiento técnico que utilice la RTV retransmisora.

La re-transmisión por cable tiene un régimen especial. Si tiene lugar dentro del territorio de la Unión Europea, se aplican las siguientes reglas:

1. Los derechos de los titulares sólo pueden ser ejercidos por las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual.
2. Los titulares pueden reclamar sus derechos a las entidades de gestión dentro de los tres años siguientes a la retransmisión.
3. Si no hay acuerdo entre el titular de los derechos y la empresa de retransmisión por cable, puede intervenir la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual (v. apartado 11.4.1).
4. La autorización de emisión, radiodifusión por satélite o transmisión inicial en territorio español de una obra protegida, se presume que incluye, salvo pacto en contrario, la limitación para el titular de no ejercer individualmente sus derechos para la retransmisión por cable, es decir: ha de hacerlo a través de una entidad autorizada de gestión de derechos.

[Los puntos anteriores no son aplicables a las entidades de radiodifusión respecto de sus propias emisiones, radiodifusiones vía satélite y transmisiones.] Artículos 20.2.f, 20.4 y 126.1.c LPI.

### **Comunicación via satélite.-**

La comunicación vía satélite de obras, actuaciones y producciones protegidas por la LPI tiene un régimen especial, consecuencia de la complejidad de los sistemas técnicos y de su organización.

La emisión al público vía satélite de una obra o actuación es un acto de comunicación pública de esa obra o actuación. Se considera realizado por la entidad de RTV responsable del control de las señales portadoras de programas, no por la empresa que controla el satélite. Se considera también que, si un programa se emite al satélite desde fuera de la Unión Europea, en un país donde no se proteja análogamente a los autores, artistas y productores europeos, entonces el responsable de la comunicación pública es la entidad de RTV de la Unión Europea que encargó la emisión. La autorización para emitir una obra incluye el hacerlo vía satélite.

Hay más reglas, pero no podemos exponerlas sin alargar mucho estas explicaciones. En versiones futuras tal vez haya oportunidad de tratarlas. Artículo 20.3 LPI.

### **Transmisión. Comunicación por cable.-**

Transmisión es para la LPI la emisión por cable, fibra óptica y dispositivos análogos. Se opone a la emisión sin hilo o inalámbrica. La autorización de la emisión de una obra incluye la de transmitirla dentro del territorio determinado en el contrato. Es una forma de comunicación pública, una subespecie de emisión. Artículos 20.2.e y 36.1 LPI.

Ya hemos dicho que se llama "retransmisión por cable" a la retransmisión simultánea, inalterada e íntegra de emisiones o transmisiones de programas de RTV. Artículo 20.2.f y 20.4 LPI.

El límite de los derechos de propiedad intelectual en cuanto a esta forma de comunicación pública se encuentra en que la autorización para emitir una obra incluye hacerlo por cable, o sea: transmitirla. Artículo 36.1 LPI.

### **Modificación de las obras**

Modificar una obra es facultad personal, exclusiva y absoluta del autor, como ya vimos al exponer el derecho moral, aunque debe respetar los derechos adquiridos por otras personas sobre la obra originaria.

La modificación que supone la aparición de una obra diferente de la original se llama transformación. Los ejemplos prototípicos son la traducción, la adaptación y la revisión. La obra transformada es obra derivada, no completamente original pues.

El autor puede oponerse a cualquier modificación de su obra, sobre todo si va a perjudicar sus intereses o su reputación. La misma oposición pueden ejercer los herederos del autor, sin límite de tiempo, o también el Estado y demás entes públicos, como ya vimos en 5.1.

Cuando la modificación lleva a una transformación, resulta la posibilidad de explotar la obra transformada, también derecho exclusivo del autor (no para los afines). Este derecho puede cederse a otras personas. La transformación exige un tratamiento específico, de todos modos, que acometemos a continuación. Artículo 14.4º y .5º LPI.

### **Transformación de la obra.-**

Es cualquier modificación de la que surge una obra que se dice "derivada" de la primitiva, y diferente de ésta. Es una forma de explotación de la obra originaria, y corresponde por ello y en exclusiva al autor consentir o autorizar la transformación y la explotación de la obra nueva.

La Ley protege tanto los derechos del autor de la obra primitiva como los del autor de la obra derivada. Artículos 11.5, 21 y 39 LPI.

### **Traducción.-**

Además de garantizar los derechos sobre la obra en versión original, la Ley protege también al autor de una traducción, o sea al traductor. En este caso tendremos a dos autores: el de (p. ej.) la novela en la lengua original y el de la traducción a otra lengua. Una traducción es una transformación de la obra preexistente, es una obra derivada, y no puede perjudicar los derechos del autor de la originaria. El autor de la obra originaria, además, puede prohibir la traducción y/o su explotación. Artículos 11.1º y 21 LPI.

### **Doblaje.-**

Es una forma de traducción. La LPI protege la obra en versión original y también la versión doblada, que pueden ser de autores diferentes. Se trata del mismo régimen que el de las traducciones.

Ya sabemos que los actores tienen el derecho exclusivo a autorizar el doblaje de su voz a la misma lengua usada durante la interpretación o rodaje. Artículos 11.1º, 21 y 113 LPI.

### **Adaptación.-**

Repetimos que, además de protegerse la obra original, la Ley protege también una adaptación, por ejemplo de una novela al cine. De nuevo tenemos a dos autores, el de la novela y el del guión de la película. Naturalmente, de nuevo se aplica el mismo régimen que el de las traducciones. Recordemos lo ya expuesto en 3.4 sobre obras derivadas. Artículos 11.1º y 21 LPI.

### **Parodia.-**

Aunque hay otros significados, la LPI le atribuye el común de "imitación burlesca". Se considera que la parodia es una transformación de obra preexistente que no necesita autorización de su autor, siempre que ya hubiera sido divulgada, no haya confusión entre ellas y no se perjudique a la obra parodiada ni a su autor. Artículo 39 LPI.

### **Distribución de las obras**

Distribución es para la LPI la puesta a disposición del público del original o de copias de la obra, por venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma. Es la forma que tiene el público de acceder al soporte de la obra. Debe distinguirse distribución de comunicación pública, pues ésta se da sólo si el acceso a la obra se produce sin distribución de ejemplares, p. ej. una pieza de música en un concierto. La distribución se produce normalmente mediante copias, y podemos intuir que esto exige antes haber reproducido el original.

La distribución, como modalidad de explotación de la obra, es facultad originaria y exclusiva de los autores, artistas intérpretes, etc. Este derecho exclusivo puede cederse a otras personas, que es lo que normalmente ocurre. Cuando la distribución se hace por venta (p. ej.: de una copia de una película) en territorio de la Unión Europea, el derecho se extingue tras la primera venta, siempre que las sucesivas reventas de esa copia tengan lugar dentro de la UE; si no, el derecho es de nuevo exigible por el titular; en el ejemplo, por el productor de la película. Artículo 19 LPI.

El derecho de distribución, como los demás derechos de explotación, no es ilimitado (v. el apartado 8) ni indefinido en el tiempo (v. el apartado 6). Obsérvese que la primera distribución presupone publicación, y por tanto presupone también divulgación.

### **Préstamo.-**

Es la forma de distribución consistente en poner a disposición del público originales o copias de una obra, por tiempo limitado y sin lucro para el prestamista, siempre que se produzca en establecimientos abiertos al público. La definición no incluye los casos de exposiciones, consulta in situ (en el propio lugar en que se encuentra el ejemplar, sin llevárselo a casa), ni las comunicaciones públicas de grabaciones. Si el prestamista cobra alguna cantidad, debe destinarla exclusivamente a cubrir el coste del préstamo, pues en otro caso se trataría de alquiler. Artículo 19.4 LPI.

## **Alquiler.-**

Es la forma de distribución consistente en la puesta a disposición del público de originales o copias de una obra por tiempo limitado y mediante precio (cuota, bono, etc). No se incluye, igual que en el préstamo, las consultas in situ (lectura, audición o visionado en la misma biblioteca, videoteca, fonoteca, videoclubs, tiendas), ni las comunicaciones públicas de fonogramas o grabaciones audiovisuales. Artículo 19.3 y 19.5 LPI.

## **Derechos de remuneración**

Se llama generalmente remuneración por derechos de propiedad intelectual a lo que se paga a una autor, a un músico, a un productor, por causa de la cesión de sus derechos de explotación sobre la obra, actuación o grabación o por poder acceder a ellas.

Pero es esencial no confundir -lo que no siempre es fácil- la remuneración por derechos intelectuales con los pagos por servicios prestados, por ejemplo con el encargo de escribir una pieza de teatro, de actuar, grabar o producir. La remuneración de que tratamos aquí es la contrapartida a dejar de percibir directamente del público o del usuario de la obra lo que éstos pagan por acceder a ella.

La cadena de remuneraciones va desde el autor hasta el destinatario final de la obra pasando por los intérpretes (si los hay), los empresarios, fabricantes de soportes, distribuidores y minoristas. Como puede imaginarse, las relaciones contractuales pueden llegar a ser complicadas. Para aclararse puede ser útil agrupar los distintos tipos de remuneraciones así:

- Remuneraciones por cesión de derechos de explotación, que son las que estamos viendo ahora
- Remuneración por reventa de obra de arte plástica (apartado 7.3)
- Remuneración compensatoria por copia privada (apartado 7.4)
- Remuneración por utilización, acceso o puesta a disposición del público de la obra o actuación

El derecho a la remuneración por explotación es irrenunciable. Si es en dinero, se considera salario, y es embargable por encima de los mínimos. Artículos 46, 47 y 53 a 55 LPI.

## **Derecho de participación en reventa de obras plásticas**

El vendedor de una obra de arte plástica (pintura, escultura, etc) está obligado a pagar al autor el 3% del precio recibido en la venta, siempre que sea superior a 1785 euros (300.000 pta). Estas cuantías y porcentajes pueden ser revisados en las Leyes anuales de Presupuestos del Estado. La obligación sólo recae en las ventas de carácter comercial, como la pública subasta, venta en galerías, tiendas, etc). Tampoco se aplica a la venta de obras de artes aplicadas, como artesanía y joyería.

El derecho de participación tiene la finalidad de que el artista plástico se beneficie de las revalorizaciones de su obra, ya que por su ejercicio éste recibe un porcentaje del precio de reventa. Es un derecho irrenunciable y sólo se transmite a los herederos. Se extingue a los 70 años de la muerte del artista.

Obsérvese que el porcentaje ha de pagarse cada vez que se venda la obra, en cada reventa. El vendedor debe notificarlo al autor y pagarle. Los subastadores y galeristas, o las entidades de gestión de derechos, deben custodiar el porcentaje. Si no se les reclama antes de 3 años desde la reventa, deben ingresarlo en el Fondo de Ayuda a las Bellas Artes, administrado por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte mediante una cuenta corriente abierta en el Banco de España. Los fines del Fondo, como se deduce de su nombre, son impulsar la creatividad en las artes plásticas. En Francia se llama a este derecho "droit de suite", o derecho de seguimiento o persecución. Artículo 24, Disp. Ad. 2ª LPI.

Este derecho carece de aplicación práctica efectiva, e incluso hay movimientos para su desaparición.

## **Copia privada. Remuneración compensatoria**

[Advertencia para los usuarios de software: Lo que sigue no es aplicable a las copias de programas de ordenador, v. apartado 8.2 y el artículo "Introducción a las licencias de software libre" publicado en La Espiral. Tampoco a las bases de datos (apartado 3.4.1). Ambos tipos de obras tienen en cuanto a la copia privada un régimen diferente del de las demás obras]

Es lícito en Derecho español copiar una obra para uso privado del copista, y siempre que no haya ánimo de lucro. El Gobierno puede determinar qué copias no son para uso privado. De todos modos, la expresión misma "copia privada" no siempre es utilizada correctamente.

Aunque sea lícita, la copia privada produce una merma en los legítimos derechos de los autores o intérpretes de las obras o actuaciones copiadas lícitamente, quienes deberían haber podido vender un ejemplar más de la obra. Por eso, en 1992 se instauró un complejo sistema, simplificado en 1994, destinada a remunerar a los titulares de derechos de propiedad intelectual por las copias privadas que se hacen de sus obras o actuaciones.

Como controlar la realización de copias privadas no es factible, se obliga a los fabricantes e importadores de aparatos y materiales de reproducción (fotocopiadoras, cintas, CD grabables, etc) al pago de esa remuneración equitativa. La Ley responsabiliza del pago a los distribuidores de los equipos y materiales, mayoristas o minoristas.

Los deudores de la remuneración son quienes fabrican o importan a España, para distribución comercial o para su propio uso, cualquier equipo, aparato y material apto para reproducir libros, publicaciones, fonogramas y videogramas. Los acreedores son los autores de libros, publicaciones, obras grabadas en fonogramas o videogramas, y los artistas intérpretes y ejecutantes cuyas actuaciones hayan sido grabadas. Pero sólo pueden recibir la remuneración si están asociados de algún modo con una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual (como la SGAE o CEDRO).

No detallaremos el procedimiento de determinación de la remuneración, también llamada compensatoria, que se gestiona bajo la vigilancia del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Sólo las entidades de gestión pueden cobrar la remuneración; no pueden hacerlo directa ni individualmente los autores, artistas intérpretes, ejecutantes, editores o productores. Los deudores deben liquidar periódicamente a las entidades de gestión esta remuneración, conforme las ventas o adquisiciones que vayan haciendo de equipos y materiales de copia. En las facturas debe figurar el concepto "remuneración por copia privada"; si no, se entiende no pagada. Artículo 25, Disp. Ad. 3ª LPI y RD 1434/1992.

### **Derecho a autorizar y prohibir la explotación o utilización de la obra. Introducción a las licencias de software**

Los titulares de derechos de propiedad intelectual tienen derecho exclusivo a autorizar o prohibir el acceso, la utilización o la explotación de las obras o producciones de las que son beneficiarios. Esto en realidad ya lo hemos visto, y no hace falta insistir ahora. Sin embargo, también sabemos que difícilmente una obra o producción protegidas van a poder ser conocidas o utilizadas por el público, ni podrán producir fruto para el titular, si éste no autoriza su acceso o su explotación.

Autorización es una declaración voluntaria del titular de derechos de propiedad intelectual para que otra persona pueda ejercer alguna de las facultades de explotación de la obra, actuación o producción: reproducirla, distribuirla, comunicarla públicamente, transformarla, incluso simplemente acceder a ella. Hay casos en que, excepcionalmente, no es necesaria la autorización, supuestos que hemos llamado límites de los derechos de explotación, y que expondremos en el apartado 8.

Es habitual en muchos ámbitos, y singularmente en el de los programas de ordenador, la utilización de "licencias". Licencia es prácticamente lo mismo que autorización. La LPI no distingue claramente entre ambas. Suele incluir las condiciones de distribución de una obra o producción, objeto de derechos de propiedad intelectual. Sin embargo, es la fórmula que, procedente del derecho anglosajón, se viene utilizando para el uso del software. La importancia de este asunto merece que le dediquemos un apartado especial, el 8.2, además de todo el artículo "Introducción a las licencias de software libre".

Licencia contractual es la autorización no transmisible dada por un titular de derechos de propiedad intelectual a favor de otra persona para, por una sola vez, reproducir, comunicar públicamente o distribuir las obras o producciones protegidas. Se llama "contractual" porque la autorización se incluye en un contrato o pacto. No es una denominación muy expresiva ni correcta, proviene de las normas de propiedad industrial (marcas y patentes) y de la práctica comercial; pero la Ley la usa, aunque sin definirla.

Es habitual también en el mercado de programas de ordenador que los autores y fabricantes de programas "licencien" al comprador para su uso. Lo mismo ocurre con los vídeos ("... El titular del copyright ha licenciado el film para su uso exclusivamente doméstico..."). Trataremos estos asuntos en los apartados 8.2 y 10.4, y con

más detalle en el artículo "Introducción a las licencias de software libre" . Artículos 107.3, 109.1, 115, 117.1, 121, 123.1 y 126.1.b y .e LPI.

La facultad de autorizar, p. ej. la publicación de un vídeo, incluye también la facultad de prohibirla; es la expresión negativa de un mismo fenómeno: la titularidad de derechos de propiedad intelectual. Volveremos sobre esto al tratar la cesión de los derechos en el apartado 9.

## Límites de los derechos de propiedad intelectual

No existen los derechos absolutos ni ilimitados. Los de propiedad intelectual tampoco lo son. En efecto, los autores y demás titulares de derechos de propiedad intelectual no siempre tienen la facultad de prohibir la utilización de sus obras o producciones, ni de exigir remuneración a cambio. A tales casos se les llama "límites" de los derechos de propiedad intelectual. Estos límites no son lo mismo que las exclusiones que examinamos en el apartado 3.1.1, en las que ni siquiera puede hablarse de derechos; pues no es que estén limitados, es que no existen, no son reconocidos por la LPI. Como excepciones que son a la explotación normal de las obras y actuaciones, los límites se interpretan siempre restrictivamente, de modo que no se perjudique de forma injustificada a los autores y demás titulares.

Los límites son los siguientes, expuestos ahora ordenadamente, aunque algunos han salido ya en apartados anteriores:

1. El primer límite es el temporal, la duración de los derechos, pues tienen un tope en el tiempo, están protegidos sólo durante un plazo, transcurrido el cual los derechos se extinguen. Esto ya lo vimos en el apartado 6 y no lo repetiremos.
2. Los límites propiamente dichos, que son de muy diverso tipo, y que agruparemos así:
  - Supuestos de reproducción de obras por terceros sin necesidad de autorización del titular de los derechos:
    1. De obras ya divulgadas cuando la reproducción ha de constar en un expediente administrativo o judicial, o sea consecuencia de éstos; o copias privadas para uso del copista o de invidentes, sin ánimo de lucro (v. 7.4 - copia privada).
    2. Reproducción de obras realizada por museos, bibliotecas, fonotecas, hemerotecas y archivos, con fines de investigación.
    3. Citas y reseñas para usos docentes, de investigación o de información de actualidad (v. a continuación 8.1)
    4. Las obras situadas permanentemente en vías públicas, calles, plazas, etc, que pueden reproducirse libremente mediante fotografía, video y análogos.
  - Límites del derecho de comunicación pública: Además de los ya vistos antes, tenemos la ejecución pública de obras musicales durante actos oficiales y religiosos, para la que no se precisa autorización del compositor o su titular siempre que el público no pague entrada ni se remunere a los artistas ejecutantes.
  - Ya conocemos desde 4.1 el derecho-a-la-no-divulgación de la obra. Es un derecho absoluto del autor, pero sus herederos, aunque también pueden ejercerlo, tienen un (impreciso) límite: si la no-divulgación vulnera el derecho colectivo de todos los ciudadanos al acceso a la cultura o a la promoción de la ciencia o la investigación que benefician el interés general (art. 34 Constitución española), entonces el juez puede ordenar las medidas adecuadas, a petición de las instituciones públicas o de particulares con interés legítimo.
3. La ley incluye también como límite del derecho exclusivo del autor a autorizar transformaciones de su obra, la llamada parodia, que ya se explicó en 7.1.4, lo mismo que los casos particulares de límites sobre derechos de explotación de bases de datos (3.4.1) y de programas de ordenador (8.2). Artículos 31 a 40bis y 132 LPI.

## Citas y reseñas

Se llama cita al fragmento de una obra ajena que se incluye en la obra propia a título de análisis, comentario o juicio crítico y con fines de docencia o investigación. Para no generar derechos a favor del autor de la obra citada es necesario que la obra ajena esté ya divulgada y que la cita no exceda de lo que justifique su finalidad. La cita ha de indicar la fuente: el autor, el título de la obra y la fecha de divulgación, que es normalmente la que se señala junto al símbolo de copyright ©.





Las reseñas tienen la misma consideración que las citas. Son recopilaciones periódicas en forma de revista de prensa, o espacios de un periódico destinados a reproducir artículos relevantes aparecidos en otros periódicos. Aunque se rigen por lo dicho para las citas, no debe entenderse que la LPI permita el abuso, p. ej. si la reseña alcanza a sustituir al periódico o revista.

En el caso de reseñas de temas de actualidad, los trabajos y artículos difundidos por un medio de comunicación social pueden ser reproducidos, distribuidos y comunicados públicamente por los demás medios, citando la fuente y el autor. Pero si el primer medio se reserva los derechos indicándolo con el símbolo ©, el autor ha de ser remunerado. La definición de "temas de actualidad" no incluye las colaboraciones literarias, por lo que para reproducirlas hace falta autorización del autor.

Sin embargo, en ese caso no tienen consideración de colaboración literaria las conferencias, discursos, informes ante tribunales y similares, que se hayan pronunciado en público y hayan sido reproducidos, publicados o comunicados públicamente por otros medios con fin exclusivamente informativo. Pero por contra los discursos parlamentarios o de plenos de las corporaciones públicas pueden reproducirse en cualquier circunstancia. Asunto distinto es que el autor de los discursos desee publicarlos en colección, ya que entonces esta colección sí es obra protegida.

Para terminar, cualquier obra vista u oída en informativos puede ser reproducida, distribuida y comunicada públicamente, pero con finalidad exclusivamente informativa. Artículo 32 LPI.

### **Introducción a los límites de los derechos de autor sobre los programas de ordenador**

Para la LPI, un programa es una secuencia de instrucciones utilizables en un sistema informático para una tarea determinada, cualquiera que sea la forma de expresión y fijación o el soporte. Se incluye en la definición la documentación preparatoria, la documentación técnica y los manuales de uso. Sólo se protegen los programas originales, es decir, la creación intelectual propia del autor; pero también se protege las versiones sucesivas y los programas derivados. Por contra, no son protegidos por la LPI los programas informáticos creados con el fin de ocasionar fallos en los sistemas (virus, gusanos, caballos de Troya, bombas lógicas). No se protegen teóricamente las ideas ni los principios en que se basa el programa o sus interfaces.

Es autor del programa quien o quienes lo hayan creado, incluso una empresa. En este caso la duración de los derechos es de 70 años desde la divulgación lícita, o desde la creación si no se hubiera divulgado, recuérdese lo dicho en 2.3 sobre las personas jurídicas. Los programas de ordenador colectivos -muy habituales en el software cerrado- son la única excepción recogida en la LPI a la regla general de no calificar de "autor" a las personas jurídicas. Por tanto se trata de una excepción muy notable.

Si el programa es obra colectiva, se considera autor -salvo pacto distinto- a la persona natural o jurídica que lo edite y divulgue bajo su nombre; pero también puede ser obra en colaboración, que es cosa diferente como ya sabemos. Si el autor es asalariado y crea el programa como resultado de su trabajo en la empresa, o siguiendo instrucciones del empresario, entonces los derechos de explotación corresponden a éste -también salvo pacto en contra.

Son derechos exclusivos del autor, como en los demás tipos de obras, los de reproducción; adaptación, traducción o cualquier transformación y sus reproducciones; y la distribución pública incluido el alquiler. Las cesiones de derechos se presumen no exclusivas, intransferibles y personales. Dentro de la Unión Europea, la 1ª venta de una copia del programa agota o extingue el derecho de distribución de esa copia, pero no el derecho de alquiler de esa copia o su reproducción.

Los límites de los derechos de autor de software son diferentes de los de las demás obras. Remitimos al lector a cuanto se expone en el artículo sobre licencias de software libre que ya hemos referido muchas veces. Antes de tratar los límites, debe tenerse en cuenta el concepto de usuario legítimo, o persona que tiene autorización o licencia para utilizar el programa, otorgada por el titular de los derechos.

Los límites son los siguientes: 1º No hace falta autorización del autor del programa para que el usuario legítimo pueda hacer una copia de seguridad, transformarlo o corregirlo por razón de sus necesidades. 2º El usuario legítimo puede estudiar el funcionamiento del programa informático durante el trabajo; y por razones de interoperabilidad con otros programas puede también reproducir los códigos, sin abusar, defraudar ni perjudicar al autor del programa. En cualquier caso, debe tratarse siempre de una explotación normal del software. El cesionario o licenciataria puede hacer versiones sucesivas o programas derivados, posibilidad que sin embargo no es efectiva mientras no se disponga del código fuente.

En consecuencia, téngase muy presente que es ilegal distribuir copias de programas de ordenador a sabiendas de su ilicitud, incluso simplemente "tener" copias con fines comerciales. Es ilegal neutralizar sin autorización los dispositivos de protección del programa, aunque el usuario legítimo puede hacerlo en caso de necesidad.

En lo demás, los programas de ordenador se protegen como el resto de las obras intelectuales. Los programas de ordenador no son patentables, aunque hay movimientos para abrir esta posibilidad, hoy por hoy inexistente. Desde luego es inexacto hablar de software propietario o cerrado como "software patentado", aunque ciertamente los efectos de las normas sobre propiedad intelectual no son muy distintos a los de una patente. Artículos 95 a 104 LPI.

### **Cesión de los derechos de propiedad intelectual**

Llamamos cesión al negocio (contrato, testamento, licencia, autorización) que transfiere todos o parte de los derechos de propiedad intelectual de una persona a otra. Llamaremos "1ª cesión" a la realizada por un titular originario a favor de otra persona, llamada titular derivado o derechohabiente. Las cesiones ulteriores se llaman "2ª cesión", "3ª cesión", y sucesivamente. Al que cede se le llama cedente y al que recibe la cesión cesionario.

Las cesiones no pueden nunca abarcar todos los derechos sobre una obra. Para empezar, el derecho moral no puede cederse, salvo por muerte del autor y sólo en parte (v. apartado 5.1). Las cesiones afectan sobre todo a los derechos de explotación y pueden ser exclusivas o no exclusivas (v. 9.1 sobre cesión en exclusiva), aunque siempre con limitaciones. Por ejemplo, una cesión no impide al autor la publicación de sus obras en colección completa o escogida. Tampoco puede cederse el derecho de explotación sobre el conjunto de las obras futuras de un autor, aunque sí de alguna obra futura, como en el encargo de una obra musical. Artículos 22 y 43 LPI.

Las cesiones se interpretan estrictamente y siempre a favor del cedente. Esto significa que se cede sólo lo que expresamente se dice por escrito que se cede, por un plazo y para un territorio determinados. Si la cesión no se celebra por escrito a pesar de exigirlo el cedente, éste puede resolver el contrato; si no se mencionan las modalidades de explotación, la cesión se entiende limitada a las necesarias e indispensables para su finalidad; si no se expresa el territorio, se entiende que el ámbito del contrato se restringe al país en que se firmó. Si no se menciona la duración de la cesión, se entiende válida sólo durante 5 años. Una cesión no puede alcanzar nunca a medios o técnicas de uso y difusión inexistentes cuando se celebra el contrato. Estas formas de explotación futuras quedan siempre reservadas al autor.

La cesión puede ser gratuita, pero normalmente es onerosa, o sea: con precio, que llamamos remuneración. Normalmente se distingue entre derecho de explotación, derecho a autorizar y prohibir el uso y explotación por terceros, y derecho de remuneración, todas como facultades distintas. Artículo 45 LPI.

Las cesiones distintas de la 1ª no se permiten si ésta fue no exclusiva, salvo disolución o cambio de titularidad de la empresa cesionaria. Si la 1ª cesión fue en exclusiva, las subsiguientes precisan del consentimiento expreso del cedente; y si no se obtiene el consentimiento, responden todos los cesionarios solidariamente frente al cedente que no consintió. Solidariamente significa que puede exigirse de uno solo de los cesionarios todas las responsabilidades, y éste después habrá de repercutir al resto de los cesionarios la cuota que les corresponda. Una de las formas más importantes de cesión es la cesión en exclusiva. Artículo 50 LPI.

### **Cesión en exclusiva y no exclusiva**

El significado común es el de "compromiso de no ceder derechos más que a un determinado medio de comunicación para difundir algún acto". Pero en la LPI significa algo distinto. Es una modalidad de cesión de derechos de explotación, por oposición a la cesión no exclusiva.

Mediante la cesión en exclusiva el titular cedente traspa al cesionario alguna o algunas de las facultades sobre determinadas modalidades de explotación de obras o actuaciones, con exclusión de otra persona incluido

el propio cedente, que no podrá emprender la explotación por sí mismo. Salvo pacto en contra, supone también para el cesionario la posibilidad de dar autorizaciones no exclusivas a terceros. Pero el cesionario queda obligado a pagar al cedente una remuneración equitativa y a poner los medios necesarios para la explotación pactada. La exclusiva puede a su vez cederse, con consentimiento expreso del primer cedente; y si no se obtiene, todos los cesionarios responden solidariamente, como hemos visto antes.

La cesión no exclusiva supone que puede celebrarse en concurrencia con otras personas (es decir, cesionarios) incluido el propio cedente, quienes a su vez no pueden ceder lo que reciben. Artículos 48 a 50 LPI.

Todo lo dicho se refiere a la cesión de los derechos de explotación de propiedad intelectual, y nada tiene que ver con las "exclusivas" dadas a los medios de comunicación sobre acontecimientos personales, sociales o deportivos, que se rigen principalmente por la Ley orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de protección al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

### **Licencia y licencia contractual [recordatorio]**

Ya vimos en 7.5 que una licencia es prácticamente lo mismo que una autorización. La LPI no distingue claramente entre ambas. Suele incluir las condiciones de distribución de una obra o producción, objeto de derechos de propiedad intelectual, pero puede limitarse a la simple licencia de uso.

Recordemos que con el extraño nombre de "licencia contractual" se denomina la autorización no transmisible dada por un titular de derechos de propiedad intelectual a favor de otra persona para, por una sola vez, reproducir, comunicar públicamente o distribuir las obras o producciones protegidas. Se llama "contractual" porque la autorización se incluye en un contrato o pacto. Artículos 107.3, 109.1, 115, 117.1, 121, 123.1 y 126.1.b y .e LPI.

### **Publicaciones periódicas**

Son obviamente los diarios y revistas de cualquier clase, incluidas las científicas y literarias. Lo característico de estos medios en el régimen de propiedad intelectual, y por eso lo tratamos aquí, es que, si contienen artículos de actualidad, los derechos de sus autores tienen reglas especiales sobre la cesión de los derechos de propiedad intelectual sobre ellas. Los autores conservan el derecho a explotarlos independientemente mientras no se perjudique al periódico o revista. Si los originales enviados al editor no se publican en 1 mes (diarios) ó 6 meses (restantes revistas), el autor puede disponer de ellos libremente. La reserva de derechos debe hacerse constar con el símbolo ©. Pero los artículos literarios no tienen estas limitaciones. Véase el apartado 8.1 sobre reseñas periodísticas. Artículos 32 a 34, 52 y 59.3 LPI.

### **El contrato de edición**

Es un negocio bilateral por el que el autor, u otro titular, cede a un editor los derechos de reproducción de la obra y distribución de copias o ejemplares. El autor es el cedente y el editor es el cesionario, quien ha de remunerar al autor por la transmisión de estos derechos. No puede pactarse con arreglo a este contrato la cesión de derechos de obras futuras, ni los encargos de obras, ni las obras publicadas en periódicos salvo las colaboraciones literarias. Por contra, el pago de un encargo puede considerarse como anticipo a cuenta de los derechos del autor en el contrato de edición que se firme más tarde, una vez el encargo se realice y la obra vaya a editarse. Los contratos de edición de música impresa tienen algunas especialidades que se exponen después.

El contrato de edición ha de celebrarse por escrito, y se considera nulo si en él no se menciona el número máximo y mínimo de ejemplares de que consta la edición y la remuneración a favor del autor.

También debe expresarse dos plazos: el de entrega del original por el autor al editor, y el de puesta en circulación de los ejemplares, como máximo 2 años desde la entrega del original. Es muy conveniente además dejar expresado por escrito si la cesión es o no exclusiva, su ámbito territorial, la forma de distribución y el número de ejemplares reservados al autor, a la crítica y a la promoción. En caso de edición de libros conviene también determinar las lenguas a que se puede traducir. La regulación en la LPI de este contrato es muy amplia y no podemos detallarla aquí. Sólo añadiremos algunas notas. Artículos 58-73 LPI.

La tirada o número de ejemplares de que consta una edición puede y debe someterse a control, pues de ello depende la remuneración que ha de pagar el editor al autor. El control puede hacerse de dos formas,

alternativas y excluyentes: 1ª El editor declara de cuántos ejemplares consta la edición, y el impresor cuántas copias ha imprimido y cuándo las entregó. El autor puede entonces hacer comprobaciones durante 2 años, contados desde la puesta en circulación de los ejemplares. 2ª Alternativamente, y por pacto entre el autor y el editor, puede numerarse cada ejemplar. Artículo 72 LPI.

El contrato de edición musical es una especie del contrato de edición, su objeto es ceder los derechos de reproducción y distribución de la partitura y además el derecho de comunicación pública, o derecho a ejecutar públicamente la música. Las reglas generales son las mismas del contrato de edición, aunque no es necesario determinar la tirada. El plazo máximo para la distribución de ejemplares es de 5 años, en lugar de 2 como en los libros. No debe confundirse la edición musical con la ejecución musical. Artículo 71 LPI.

## **Los contratos de representación teatral y ejecución musical**

Una representación teatral es comunicación pública de obra dramática, facultad del autor del texto. Mediante el contrato de representación teatral el autor cede esta forma de explotación, normalmente a un empresario de teatro, quien no sólo puede sino también debe representar la pieza, en plazo cierto o determinado número de representaciones ó funciones. Si la cesión es exclusiva, el plazo máximo es de 5 años. La primera, o única, representación debe tener lugar antes de 2 años desde la entrega por el autor del libro o guión. Si no se determina el plazo, se entiende que es de 1 año; para el caso de representaciones escénicas se entiende que el plazo es el de la temporada si no se pacta otro. También salvo pacto en contrario, la cesión del derecho de comunicación pública se entiende restringido a teatros, salas o recintos con pago de entrada.

Si la comunicación pública se produce mediante RTV el autor no puede rescindir el contrato por suspensión de representaciones durante más de 1 año, lo que sí es posible en las demás formas de comunicación pública, como son p. ej. las representaciones en vivo. Si se trata de obra de estreno y el público rechaza claramente la obra, el contrato puede extinguirse. Este tipo de reglas están destinadas a proteger al empresario teatral o musical, y no es irrazonable, pero también es cierto que perjudica el desarrollo de la creación dramática, que necesita siempre tiempo para imponerse en los gustos del público, o para que éste la rechace incontestablemente.

El contrato de ejecución musical tiene una regulación casi idéntica. Obviamente, sirve para ceder el derecho de comunicación pública de obras musicales, si no se ha hecho antes mediante un contrato de edición musical. Artículos 74-85 LPI.

Una síntesis de los derechos de propiedad intelectual de los artistas escénicos se encuentra a continuación, apartado 10.1.

## **Los derechos afines**

[NOTA: Hemos incluido este apartado sólo por razones sistemáticas, pues en realidad lo esencial de los derechos afines ha quedado ya explicado en los apartados anteriores. Pero es importante retener la diferencia sustancial existente entre derechos de autor y derechos afines, unos y otros de propiedad intelectual pero con un contenido no idéntico. Son muchas las similitudes y reglas comunes, y también hay diferencias de bulto. Principalmente en la duración de los derechos (v. apartado 6.2). Exponer al completo las reglas sobre los afines, aun de forma sintética como hemos hecho hasta ahora, alargaría inútilmente el trabajo, pues se trataría casi de una repetición. Sin embargo, quedan unos pocos detalles, y a ello vamos.]

## **Artistas intérpretes y ejecutantes**

Ya sabemos que artista intérprete es la persona que representa, canta, lee, recita o interpreta en cualquier forma una obra, propia o ajena: actores, cantantes, instrumentistas, bailarines. Ahora el objeto protegido es la actuación. Queda claro que "Romeo y Julieta" es obra de Shakespeare (autor) y que los actores que la representan no son autores, sino intérpretes (afines). Lógicamente, los cantautores son ambas cosas: autores e intérpretes de sus canciones, y por tanto tienen derechos, distintos, sobre sus obras y sobre sus actuaciones. En general, lo se aplica a todo autor que ejecute o interprete sus propias obras.

Artista intérprete y artista ejecutante son legalmente lo mismo: titulares afines. Son sujetos titulares de este mismo tipo de derechos los directores de escena, los directores de orquesta, quien hace música silbando, los

payasos y clowns, los artistas de marionetas, etc, todos ellos titulares exclusivos en principio de los derechos sobre sus actuaciones. Pero no son considerados así los locutores. ¿Y los figurantes y comparsas? La LPI no los excluye, el Derecho Laboral los considera artistas, pero no se les suele tener en cuenta; tampoco los extras y especialistas. Pero sí son afines desde luego los actores secundarios o de reparto, en sus múltiples variedades.

Un caso más peliagudo es el del personal técnico y auxiliar que colabora en la producción de espectáculos. El RD de 1 de agosto de 1985, de relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos, los excluye de la protección otorgada por la LPI.

Los ensayos son considerados actuación protegible. Así que sin autorización no pueden grabarse, ni mucho menos distribuirse la grabación.

La necesidad de protección legal de los intérpretes y ejecutantes surge a mediados del s. XX con la aparición de los nuevos medios de reproducción y tratamiento de sonido e imagen, lo que hace durable la hasta entonces efímera actuación del artista: fonogramas, cinematógrafo, radiodifusión, TV y magnetoscopio. Más tarde, las comunicaciones vía satélite, la difusión mediante redes de ordenadores, etc, ha ampliado universalmente las formas de difusión y la misma economía de las artes escénicas. La ley francesa de derechos de autor de 1985, en la que se inspiró la española, llamaba a estos afines "trabajadores de la creación". La primera convención internacional para la protección de los derechos de propiedad intelectual de los afines es la de Roma de 1961, aprobada con gran oposición de los autores y de la doctrina jurídica recalcitrante.

En fin, recordemos que los artistas y ejecutantes tienen derecho exclusivo a autorizar o prohibir la fijación y grabación de sus actuaciones, interpretaciones y ejecuciones y la reproducción de sus actuaciones (artículos 18, 106 y 107, 120 y 121, y 126.a y 126.b LPI). Son los únicos afines que disfrutan de derechos morales, art. 113 LPI.

### **Productores de fonogramas, videogramas, grabaciones audiovisuales**

La ley llama productor a la persona que tiene la iniciativa y responsabilidad de realizar por primera vez la grabación. Por supuesto puede ser tanto una empresa como una persona individual. Al productor corresponden los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública y distribución, incluidas la importación y exportación de las copias con fines comerciales. Estos derechos pueden cederse a otra persona. Es necesario advertir, porque no es obvio, que si los sonidos o imágenes grabadas son obra protegida, los derechos del productor no se extienden necesariamente a ésta, sólo recaen sobre la grabación en sí. Artículos 114-119 y 120 a 125 LPI.

### **Entidades de radiodifusión. Programas de RTV frente a obras radiofónica y televisiva**

El término radiotelevisión incluye a las radios y televisiones, públicas o privadas. En este artículo lo hemos abreviado "RTV". Su papel en la propiedad intelectual es doble: 1º A través de estas entidades se produce la comunicación pública de obras, actuaciones, grabaciones o fotografías; por tanto, las radios y las TVs han de pagar (remunerar) a los titulares de derechos de propiedad intelectual por esa modalidad de explotación. 2º Estas entidades tienen el derecho exclusivo de autorizar la grabación de sus programas, incluso de imágenes aisladas y su reproducción; la retransmisión y exhibición por terceros en pantallas abiertas al público de sus programas; y su distribución en copias.

Estas entidades, y sólo ellas, pueden grabar la obra ajena que vayan a emitir (no para transmitir por cable), con el exclusivo objeto de hacer la comunicación pública por una sola vez, llamadas "grabaciones efímeras". Es decir: el autor o titular de derechos de propiedad intelectual de la obra o actuación que se va a emitir puede oponerse a nuevas comunicaciones públicas, o bien autorizarlas si se llega a un acuerdo sobre la remuneración. Artículos 84, 126 y 36.3 LPI.

Obra radiofónica es un tipo de obra audiovisual, carente de imágenes, o sea: sólo audio; destinada a su emisión por radiodifusión. Debe distinguirse del "programa radiofónico", que puede contener una obra radiofónica (p. ej. una telenovela) o no (p. ej. un informativo) (art. 94 LPI). Salvadas las distancias, lo mismo puede decirse de la obra televisiva, simplemente añadiendo el contenido visual.

## **La mera fotografía frente a la obra fotográfica**

Hay que distinguir entre la solemne "obra fotográfica" y la humilde "mera fotografía". Aparentemente, obra fotográfica es la de los fotógrafos profesionales con pretensiones artísticas (dicho esto en el mejor sentido posible); mientras que las que hacemos los demás en nuestros viajes, reuniones de amigos, etc, son meras fotografías. Esta diferencia tan sutil -aunque intuitivamente clara- da a las "obras" fotográficas una protección de mayor duración que la de las meras fotografías. Quien realiza una obra fotográfica es autor, quien toma una mera fotografía es realizador, o sea: un afín y no un autor. Los derechos sobre las fotos hechas durante la producción de una grabación audiovisual corresponden al productor de la grabación, no al fotógrafo que las toma. Artículos 10.h, 124 y 128 LPI.

## **Edición de obras inéditas en dominio público y de obras no protegidas**

Supongamos un caso de obra inédita en dominio público: p. ej. una sinfonía recién descubierta de Mozart. E imaginemos que tenemos la partitura, editada en 1998 por la editorial XXX. ¿Podemos fotocopiarla libremente y vender las fotocopias sin infringir la ley? A primera vista se diría que sí, se trata de una obra en dominio público, Mozart murió hace más de dos siglos... Pero la respuesta es NO. ¿Por qué? Porque no estamos fotocopando la sinfonía, sino una edición moderna, reciente, de la sinfonía, y sobre esa edición la editorial XXX tiene derechos (afines) sobre esa concreta edición. No tiene derechos de autor exactamente, pues está claro que la editorial no compuso la pieza de música. Pero la editorial tiene la facultad exclusiva de permitir su copia.

Supongamos ahora un caso de obra no protegida, por ejemplo el texto del Estatuto de los Trabajadores. Y supongamos también que la editorial YYY lo publica en forma de libro, lo que por cierto es muy habitual, pues los textos legales se consultan casi siempre no directamente en su publicación oficial (que es la del Boletín Oficial) sino en ediciones privadas comerciales. ¿Podemos fotocopiar la edición del Estatuto preparada por YYY y vender las copias? La respuesta vuelve a ser NO. El Estatuto de los Trabajadores es una ley, y el texto de las leyes no es obra protegida por la LPI; pero la edición hecha por YYY sí es una producción protegida, la editorial tiene el derecho de propiedad intelectual (afín) sobre esa concreta edición, igual que en el ejemplo anterior.

Confiamos en que estos dos ejemplos basten para entender a qué se refiere la LPI, y el presente apartado, cuando se refiere al surgimiento de derechos de propiedad intelectual sobre obras inéditas en dominio público y obras no protegidas. Artículo 129 LPI.

## **Derechos de los fabricantes de bases de datos**

El derecho sui generis de los fabricantes de bases de datos, que es claramente un derecho afín, lo tratamos ya en el apartado 3.4.1, así que no lo repetimos. No debe olvidarse que una cosa son los datos, otra distinta la base de datos y otra también distinta su fabricación. Si los datos son obras protegidas, tendremos al autor del dato-obra; al autor de la base; y finalmente al fabricante, que es quien la financia y no es autor, sino afín.

## **Protección de los derechos de propiedad intelectual**

Para ser tenidos como tales, los derechos y las libertades de las personas se establecen siempre, normalmente expresadas en disposiciones con rango de ley, mediante dos normas, : 1ª La que los declara formalmente existentes; y 2ª La que regula su correspondiente mecanismo de garantía. Los apartados anteriores se han ocupado de las normas declarativas de los derechos de propiedad. El presente apartado se ocupa de las garantías, de muy variado tipo pero que acaban todas siendo expresión de la coerción estatal. Si alguien realiza un acto que la ley tipifica como "infracción" de los derechos de autor, entonces se activa el mecanismo de garantía correspondiente al derecho "agredido". Estos mecanismos de garantía son necesarios para la efectividad o realidad del derecho, pues la mera declaración no suele ser suficiente.

Como podía esperarse, la LPI no sólo declara cuáles son los derechos de propiedad intelectual, sino que además establece los mecanismos que garantizan el respeto de esos derechos. En otro caso, todo cuanto hemos visto hasta ahora sería letra muerta. Ni que decir tiene que este artículo NO trata de otros derechos implicados en la guerra que se libra entre autores, piratas, pseudopiratas, copistas, editores, distribuidores, usuarios, consumidores, NI de las libertades públicas y derechos fundamentales sobre acceso a la cultura, también implicados. Pero un cuadro completo de cuanto acontece en esa guerra exigiría examinarlos también, y



esto queda fuera de nuestras posibilidades. Puede verse un apunte sobre una de las batallas, la del software libre, en nuestro artículo "Introducción a las licencias de software libre" .

Las medidas de protección de los derechos de propiedad intelectual son muchas y variadas, se encuentran en los artículos 138 a 159 LPI:

1. Tal vez actualmente la medida más eficaz es la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual por las llamadas entidades de gestión (11.1).
2. Medidas provisionales tipificadas, que ordena el juez cuando hay indicios suficientes de infracción (plagio, copia ilegítima, etc). Por ejemplo, el cese inmediato de las actividades ilícitas, el secuestro de copias ilegales, el precinto de equipos de reproducción, la inutilización de matrices, y otras medidas que no detallaremos aquí. Las medidas cautelares pueden ser incluso preventivas, cuando aun no ha habido infracción pero es razonable pensar que se va a producir o es inminente (11.2).
3. Indemnización a los perjudicados por los daños materiales y morales producidos por el infractor, e incautación de los beneficios indebidos. Para acudir al Juez no hace falta Abogado ni Procurador, salvo algunas excepciones. Esta es una materia muy técnica, en la que no podemos entrar. Pero si queremos dejar constancia de su eventual trascendencia. En el ámbito de los programas de ordenador la regulación legal es especialmente intensa, de hecho hay medidas específicamente diseñadas para evitar la explotación ilegal de programas. Véase el artículo sobre licencias de software libre.
4. Los símbolos © y (p) advierten de la reserva de derechos. Más detalles en 11.3.
5. La Unión Europea ha declarado [enero 1999] la prohibición de la comercialización de mercancías piratas, y garantiza la intervención de las aduanas para impedirla. Véase también el apartado 11.4.2 sobre la Comisión interministerial antipiratería.
6. El Registro de la Propiedad Intelectual protege los derechos inscritos (apartado 11.5).
7. Para los casos graves de infracción se prevé penas de prisión de hasta 2 años, y en supuestos muy graves (beneficios cuantiosos, daños especiales) de hasta 4 años, véase el apartado 11.7.

Como siempre, se va a exponer ahora todo esto con algo más de detalle, pero sin llegar hasta el fondo ni entrar en los problemas verdaderamente abstrusos que pueden plantearse. Incluiremos las funciones gubernamentales y administrativas dirigidas a la protección de los derechos de propiedad intelectual.

### **Las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual**

Las entidades de gestión de derechos son organizaciones sin ánimo de lucro (?) autorizadas para representar los intereses de los titulares de derechos de propiedad intelectual. Sirven para la gestión colectiva de estos derechos, facilitando a los autores, etc, un sistema más eficaz de recaudación de derechos y persecución de explotaciones ilícitas.

Así ha ocurrido en los ámbitos de las obras literarias y audiovisuales, en menor medida con otro tipo de obras, y por cierto en el caso de los autores y fabricantes de software no hay propiamente entidades de gestión autorizadas. En este artículo nos alejaremos del punto de vista, muy común en el ámbito del software libre, según el cual las entidades de gestión son unos entes leoninos, y que la propiedad intelectual debería simplemente no existir. A esto se puede oponer dos argumentos: Primero, el software es sólo un tipo muy concreto de obras protegidas, con unos requerimientos particulares, con su propia y relativamente breve historia, que tratamos como merece en otro artículo. El Manifiesto GNU, una de las mejores piezas sobre derechos de autor que puede encontrarse para comprender el movimiento del software libre, se basa precisamente en el reconocimiento y garantía legales del copyright, y nada hay en él que directamente se dirija contra la propiedad intelectual, su diatriba es otra. Segundo, la LPI está diseñada pensando en el autor individual, al que protege de las corporaciones editoriales frente a abusos de posición dominante. Sus apartados sobre programas de ordenador también, pero aquí las circunstancias son diferentes a la de los escritores o músicos. En fin, este artículo quiere ser descriptivo de lo que hay, no de lo que nos gustaría que hubiera.

La protección del autor individual es la finalidad original de las entidades de gestión, para lo que deben organizar un sistema que garantice la eficacia de sus operaciones. Pero el requisito más importantes es que han de obtener autorización de la Administración para actuar (v. 11.4.1 Ministerio de Educación, Cultura y Deporte). Sin tal autorización las entidades de gestión no pueden disponer de las considerables prerrogativas que la Ley les otorga. La autorización puede ser retirada a la entidad de gestión por el Ministerio si no cumple sus cometidos, como el de aceptar la gestión de los derechos de propiedad intelectual que les encomienden los titulares (véase más abajo), repartir equitativamente entre ellos las cantidades recaudadas, y promocionar las artes con los remanentes.

Tras la extinción en 1987 del monopolio legal que ostentaba la SGAE desde 1941, actualmente existen en España ocho entidades de gestión: Sociedad General de Autores y Editores (SGAE), Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP), Centro Español de Derechos Reprográficos (CEDRO), Asociación para la Gestión de Derechos Intelectuales [productores de fonogramas y videoclips] (AGEDI), Asociación de Artistas Intérpretes o Ejecutantes [músicos] (AIE), Entidad de Gestión de Derechos de Autor de Productores Audiovisuales (EGEDA), Asociación de Actores, Intérpretes, Sociedad de Gestión de España [actores] (AISGE), y por último DAMA, entidad de gestión de Derechos de Autor de los Medios Audiovisuales. Ya hemos dicho que los fabricantes de software utilizan también la vía asociativa para defender sus intereses, pero no en forma de entidad de gestión.

Las prerrogativas de las entidades de gestión son variadas. En primer lugar, son las únicas entidades autorizadas para la recaudación de las remuneraciones originadas por:

- La retransmisión por cable, salvo sobre los los derechos de las entidades de radiodifusión sobre sus programas.
- La remuneración compensatoria por copia privada
- alquiler y porcentaje de taquilla o compensatorio de obras audiovisuales y de fonogramas
- El alquiler y la exhibición pública de obras audiovisuales
- La remuneración a artistas intérpretes y ejecutantes y a productores por la comunicación pública de fonogramas y grabaciones audiovisuales

Las entidades de gestión son organizaciones sometidas al control de la Administración. Ésta tiene las siguientes funciones: comprueba el cumplimiento de sus fines y obligaciones, inspecciona su actuación, audita las cuentas, y participa en las reuniones de sus órganos de gobierno. A las entidades de gestión corresponde comunicar a la Administración los cambios en sus órganos de gobierno y de representación, las revisiones de las tarifas y contratos generales, y presentarle las cuentas anuales. La organización administrativa se expone más adelante en los apartados 11.4 a 11.6. Artículos 147 a 159 y 90.7 LPI.

Las entidades de gestión, una vez autorizadas, están legitimadas en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales. Artículo 150 LPI.

### **Medidas que pueden adoptar los jueces ante las infracciones**

Sólo vamos a citarlas. En primer lugar tenemos las acciones y medidas cautelares urgentes: El titular de los derechos, entre otras posibilidades, puede pedir el cese de la actividad ilícita del infractor y exigir la indemnización de los daños materiales y morales causados. También puede solicitar previamente la adopción de medidas cautelares de protección urgente, que veremos después. Artículo 138 LPI.

El cese de la actividad ilícita puede consistir en:

- La suspensión de la explotación infractora.
- La prohibición al infractor de reanudarla.
- La retirada del comercio de los ejemplares ilícitos y su destrucción.
- La inutilización y, en caso necesario, la destrucción de los moldes, planchas, matrices, negativos y demás elementos destinados exclusivamente a la reproducción de ejemplares ilícitos y de los instrumentos cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización, no autorizadas, de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador.
- La remoción o el precinto de los aparatos utilizados en la comunicación pública no autorizada.

El infractor a su vez puede pedir que la destrucción o inutilización de los ejemplares y material, si son

susceptibles de otras utilidades, se efectúe sólo en la medida necesaria para impedir la explotación ilícita. El titular del derecho infringido puede pedir la entrega de los referidos ejemplares y material a precio de coste y a cuenta de su correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Todo lo anterior no se aplica a los ejemplares adquiridos de buena fe para uso personal (art. 139 LPI).

La indemnización tiene reglas especiales: El perjudicado puede optar entre el beneficio que hubiera obtenido presumiblemente, de no mediar la utilización ilícita, y la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación. En caso de daño moral procede también indemnización, aunque no se hubiera probado la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atiende a las circunstancias de la infracción, a la gravedad de la lesión y al grado de difusión ilícita de la obra.

La acción o posibilidad de reclamar los daños y perjuicios prescribe (desaparece) a los cinco años desde que el legitimado para reclamar pudo hacerlo. Artículo 140 LPI.

Las medidas cautelares (o sea: las adoptadas provisionalmente por el juez mientras dura el pleito y hasta que dicta sentencia) se fijan tanto si hay infracción efectiva o como si sólo hay temor racional y fundado de que va a producirse de modo inminente. Pueden consistir tales medidas en todas las que, según las circunstancias, fuesen necesarias para la protección urgente de tales derechos, y en especial:

1. La intervención y el depósito de los ingresos obtenidos por la actividad ilícita de que se trate o, si es el caso, la consignación o depósito de las cantidades debidas en concepto de remuneración.
2. La suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública.
3. El secuestro de los ejemplares producidos o utilizados y el del material empleado exclusivamente para la reproducción o comunicación pública. En el caso de los programas de ordenador, se puede acordar el secuestro de los instrumentos que sirven para facilitar la supresión o neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa.
4. El embargo de los equipos, aparatos y materiales que sirven para copiar. Artículo 141 LPI.

## **Símbolos © y (p)**

El símbolo © representa la palabra inglesa copyright, que indica la persona que tiene reservados los derechos de explotación de la obra protegida, con indicación del lugar y del año de divulgación. Tiene valor de simple advertencia, pues no por incluir mi nombre con el símbolo en una obra soy el titular de los derechos de autor.

Análogamente, el símbolo (p) sirve para indicar y advertir del año de publicación de fonogramas, con el nombre del productor o titular y el año de publicación. Artículo 146 LPI.

## **Funciones del Gobierno**

En este apartado vamos simplemente a insertar una lista, obtenida del rastreo por la LPI de cuanto parece importante y resulta encontrarse en manos del Gobierno de España. Sus funciones son marginales, en momentos de normalidad. Pero pueden llegar a tener efectos insospechados si se ejercen desviada o abusivamente:

1. El Gobierno puede restringir la protección de los derechos de propiedad intelectual de los extranjeros no ciudadanos de la Unión Europea, si en sus países no se trata a los españoles de forma equivalente (v. apartado 12).
2. Determina qué casos han de ser considerados de copia privada, y qué equipos y materiales de reproducción no generan remuneración compensatoria (v. apartado 7.4 sobre copia privada). De modo que la solución del reciente debate sobre el canon de los CD grabables está en manos del Gobierno.
3. Promulga los reglamentos de desarrollo de la legislación de propiedad intelectual, mediante Decretos de distinta importancia y actualidad, pues muchas de estas funciones gubernamentales son ahora competencia de las Comunidades Autónomas: venta, distribución y exhibición pública de material audiovisual; de difusión de películas en vídeo; etc. También es el Gobierno el responsable de los reglamentos del Registro de la Propiedad Intelectual (por ahora hay dos en vigor, de 1991 y 1993), de las condiciones de la remuneración por reventa de obras de artes plásticas y por copia privada (reglamentos de 1992 y 1994), etc.
4. Dirige el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, departamento encargado de los asuntos de propiedad intelectual en la Administración General del Estado español. Artículos 24, 25, 155, 157 y

## **Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. La Comisión Mediadora y Arbitral**

Tampoco hay una lista oficial de funciones para el MECD, y como para el Gobierno, hay que rastrear en la LPI por aquí y allá para obtener la siguiente:

- Lleva transitoriamente el Registro de la Propiedad Intelectual, con arreglo al reglamento de 1991, hasta que entren en funcionamiento todos los Registros Territoriales de las Comunidades Autónomas. Actualmente sólo funcionan los Registros de Cataluña, Galicia, Extremadura, Andalucía y pronto algún otro. Véase más adelante el apartado 11.6 sobre las Comunidades Autónomas.
- Comparte también con las Comunidades Autónomas la vigilancia de las entidades de gestión, otorgando o revocando las autorizaciones que aquéllas necesitan para actuar.
- Encuadra en su organización a la Comisión Mediadora y Arbitral, que resuelve los conflictos entre las entidades de gestión y los usuarios de los repertorios (v. más abajo).
- Supervisa el sistema de remuneración compensatoria por copia privada y las cuantías de la remuneración.
- Dicta las disposiciones de funcionamiento del sistema legal de propiedad intelectual, a partir de lo que determine el Gobierno, aunque la entrada en escena de las Comunidades Autónomas ha vaciado en parte esta función ministerial.

El Ministerio se denomina "de Educación, Cultura y Deporte" desde abril de 2000. Tiene bajo su dependencia como órgano directivo en materia de propiedad intelectual a la Secretaría de Estado de Cultura.

La Comisión Mediadora y Arbitral de propiedad intelectual fue creada en 1987 para resolver determinados conflictos entre las entidades de gestión y los usuarios de sus repertorios: autorizaciones no exclusivas, tarifas, contratos generales y alquiler de grabaciones.

La Comisión se encuadra en el MECD, aunque no en la estructura administrativa ni jerárquica ministerial. Está compuesta por siete árbitros como máximo, dos designados por la entidad de gestión y otros dos por el usuario o RTV afectada; los tres restantes son árbitros neutrales y permanentes, por no más de tres años, renovables.

La Comisión media en las negociaciones para autorizar la distribución por cable de una emisión de radio. Puede presentar propuestas a las partes, eventualmente vinculantes. La Comisión también arbitra, previo compromiso de las partes, en los conflictos suscitados por autorizaciones no exclusivas, tarifas y contratos generales, o fijando una cantidad sustitutoria de la tarifa general por falta de acuerdo entre la entidad de gestión y el usuario. También es función de la Comisión fijar la remuneración equitativa por cesión anterior al 1 de julio de 1994 del derecho de alquiler de fonogramas y grabaciones audiovisuales. Artículos 158 y 90.2 LPI.

## **La Comisión Interministerial Antipiratería**

Fue creada en el año 2000. Su nombre oficial es "Comisión Interministerial para actuar contra las actividades vulneradoras de los derechos de propiedad intelectual e industrial", pero nuestra denominación es más corta y expresiva, y exacta porque el Decreto de creación utiliza la palabra "piratería" como sinónimo de actividad vulneradora. Pero esto es incorrecto, de modo que nuestro rótulo es además denunciante de un craso error. Veremos en el apartado 11.7.3 que las actividades que se llaman comúnmente piratas son muy variadas y no todas deben calificarse de pirateo. Por otra parte, los derechos protegidos por la Comisión no son únicamente los de propiedad intelectual, sino también los de propiedad industrial (patentes y marcas, etc).

La Comisión pretende ser un "marco estable de coordinación de las diversas políticas públicas destinadas a actuar contra estas actividades [vulneradoras de derechos de propiedad intelectual e industrial]". La vulneración, dice el preámbulo del Decreto, no afecta sólo a tales derechos, sino nocivamente al mercado, a los consumidores, a las empresas, a la sociedad y al Estado. Dice también que "si las empresas no rentabilizan sus inversiones y sus actividades de investigación y desarrollo, la creatividad y la innovación se paralizan y el volumen de empleo desciende" [Este tipo de argumentos no es válido muchas veces. Véase el artículo sobre las licencias de software libre publicado en La Espiral, en el que se trata un poco más el asunto, verdaderamente importante. Los argumentos de Microsoft contra el software libre son justamente éstos. Fuera del ámbito de los programas de ordenador y del pirateo estrictamente entendido, también hay numerosos supuestos en los que, al amparo de los derechos de propiedad intelectual sobre (p. ej.) edición de obras inéditas en dominio público, se

producen abusos tales que manifiestamente frenan la creatividad, la innovación y la misma libertad de expresión e información. Si fuera cierto, el argumento sería digno de atención, pero lo encontramos muy lejos no ya de haber sido demostrado, sino simplemente constatado. Esto no quiere decir que, como tantas veces, el argumento no se sustente en razonamientos lógicamente correctos. Ocurre que la finalidad expresada, en sí razonable, sirve a propósitos parciales. P. ej., no conocemos ninguna Comisión interministerial para el uso de Software y Documentación Libre].

La función genérica de la Comisión es la de "estudio y coordinación" de las medidas de reacción administrativa frente a la piratería. Queda adscrita a la Secretaría de Estado de Cultura. Estudia, propone directrices, sigue y controla su aplicación por los órganos competentes y coordina las operaciones, difunde e informa a la sociedad de todo ello.

La forman el Secretario de Estado de Cultura, a quien suple en vicepresidencia el Subsecretario de Industria y Energía [actualmente debe entenderse al Subsecretario de Ciencia y Tecnología]; y son vocales: El Director General de la Guardia Civil, el D.G. de Policía, el Vicepresidente del Instituto Nacional de Consumo, el D.G. de Relaciones Económicas Internacionales, el D.G. de Relaciones con la Administración de Justicia, un D.G. del Ministerio de Economía y otro de la Agencia Tributaria, el Presidente del Instituto de Investigación y Tecnología Agraria y Alimentaria, el director de la Oficina Española de Patentes y Marcas, y un D.G. de la Secretaría de Estado de Comunicaciones. La secretaría, con voz y voto, es llevada por un D.G. de la S.E. de Cultura.

Puede convocarse a sus reuniones a representantes de organizaciones internacionales, de otras Administraciones públicas, de entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual y de agentes de la propiedad industrial, y de cualquier otra entidad dedicada a la protección de estos derechos.

Cuenta con dos grupos de trabajo, uno para propiedad intelectual y otro para propiedad industrial.

## **El Registro de la Propiedad Intelectual**

Los derechos de propiedad intelectual nacen desde la creación de la obra o realización de los actos protegidos, como ya sabemos. No es preciso por lo tanto ninguna inscripción registral para el nacimiento de los derechos de autor o afines. Pero la inscripción se presume cierta, quien alegue que no lo es debe probarlo, y quien tiene algo inscrito a su nombre no necesita probar que es suyo. Esto es la quintaesencia del asunto.

El Registro es público teóricamente, porque las limitaciones de acceso son efectivas: no se permite conocer la identidad del autor de obras anónimas o seudónimas, ni las claves de funcionamiento de los programas de ordenador, p. ej.. El Registro tiene un diseño descentralizado desde 1993, con un Registro Central de información en el MECD, una Comisión de Coordinación multiterritorial, y los Registros Territoriales autonómicos. Éstos registros territoriales son los órganos importantes, pues efectúan las inscripciones y llevan directamente el registro. Por ahora sólo funcionan que sepamos los Registros de Cataluña, Galicia, Extremadura y Andalucía. Para el resto de territorios sigue en funcionamiento el antiguo Registro del Ministerio, con la organización y procedimiento de 1991. Artículos 144 y 145 LPI.

## **Funciones de las comunidades autónomas**

Ejecutan la legislación del Estado, con importantes matices efectuados por el Tribunal Constitucional acerca de las potestades administrativas sobre las entidades de gestión, que no podemos tratar aquí por su carácter excesivamente técnico y escasa utilidad ahora para nosotros.

De todos modos, la única función relevante al público es la de llevar el Registro Territorial de la Propiedad Intelectual, aunque muchas comunidades no lo tienen todavía en funcionamiento efectivo como hemos dicho antes. Por eso sigue transitoriamente en funcionamiento el Registro del MECD.

Ya dijimos al tratar las entidades de gestión que la Comunidad Autónoma comparte con el Estado la función de tutela de las entidades de gestión. Vigila el cumplimiento de sus funciones y obligaciones e inspecciona su actuación, auditando las cuentas y participando en los órganos de gobierno, etc. Pero en realidad, estas funciones son realizadas actualmente todavía por el Estado en su mayor parte. Artículo 154 LPI.

## Los delitos contra la propiedad intelectual

Están descritos (los juristas decimos "tipificados" ) en los artículos 270 a 272 del Código Penal. Vamos a ser muy esquemáticos porque, aunque hay grandes temas aquí, lo esencial son los textos legales, con todas sus imperfecciones, carencias y sobreentendidos. Para disponer de información básica pero completa sería necesario relacionar la opinión de los tribunales sobre qué es o no delito contra la propiedad intelectual. Ello queda fuera de esta Introducción, al menos en la presente versión.

### Delitos

El CP describe tres delitos básicos y dos cualificados, en que incurre (art. 270 CP):

1. Quien con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduce, plagia, distribuye o comunica públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación, ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.
2. Quien intencionadamente importa, exporta o almacena ejemplares de dichas obras o producciones o ejecuciones sin la referida autorización.
3. Quien fabrica, pone en circulación o tiene (?) 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.

Las cualificaciones están en el art. 271 CP:

1. Que el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica
2. Que el daño causado revista especial gravedad.

### Penas

A los anteriores delitos corresponden correlativamente las siguientes penas: A los delitos básicos se impone prisión de 6 meses a 2 años ó multa entre 6 y 24 meses. Para los delitos cualificados, prisión de 1 a 2 años ó multa entre 8 y 24 meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido entre 2 y 5 años.

Además de las penas anteriores, se prevé que el juez pueda decretar el cierre temporal (máximo de 5 años) o definitivo de la industria o establecimiento del condenado. Artículo 271 CP

La extensión de la responsabilidad civil [es decir: patrimonial o económica] derivada de estos delitos se rige por las normas de la LPI y LEC sobre cese de la actividad ilícita e indemnización por daños y perjuicios.

Las sentencias condenatorias pueden ser publicadas a costa del infractor en un periódico oficial si así lo decreta el juez. Artículo 272 CP

### Piratería

Distingamos entre piraterías, porque se abusa de esta palabra: a) Piratería estrictamente entendida es la copia no autorizada y explotada comercialmente de una obra protegida; así como la falsificación de copias; b) También tenemos la piratería anterior combinada con elementos engañosos o con mejoras triviales sobre el producto original. Hoy por hoy se aplica sobre todo al mercado ilegal de dos o tres tipos de obras: audiovisuales, musicales y software.

Ya sabemos que la copia privada de programas de ordenador carentes de licencia libre es ilegal, pero no es piratería. Si no hay fin de lucro la ilicitud sigue existiendo (copias entre amigos, copias docentes), pero no es correcto llamar a esto piratería. Un Reglamento del Consejo de la UE de 1999 prohíbe la comercialización de mercancías piratas y la intervención de las aduanas para impedirla. Aunque no es muy detallado, parte de una definición de piratería demasiado amplia, que de interpretarse literalmente produciría una verdadera persecución ciudadana. No queremos decir con esto que las medidas antipiratería sean inadmisibles. Véase lo ya expuesto sobre la Comisión interministerial antipiratería.



Otra variante de piratería es el otorgamiento de licencias por quien no puede expedirlas. Pero el artículo 102 LPI se ocupa casi exclusivamente de las copias ilegales de programas de ordenador, mientras que el CP (art. 270) sólo castiga las copias realizadas con ánimo de lucro y en perjuicio de terceros. Otras infracciones tanto o más graves no figuran tipificadas expresamente como tales. Conclusión: El uso del término "piratería" por las leyes y los antipiratas es arbitrario, y debe analizarse minuciosamente, lo que no podemos hacer en el presente artículo, al menos hasta una versión ulterior.

## **Plagio**

Plagiar es copiar lo esencial de obras ajenas presentándolas como propias. Está prohibido por la Ley, y en casos muy graves se castiga con prisión, como acabamos de ver. Por cierto, el plagio de bases de datos se llama "extracción con reutilización sin autorización", nada menos.

## **Ámbito territorial de protección de los derechos de propiedad intelectual**

Podemos decir que el conjunto de reglas que hemos expuesto forman un sistema internacional-europeo-español porque, si bien extraído directamente de la LPI, se decanta en buena parte de los Tratados internacionales de los que España es parte -junto con la gran mayoría de Estados. Además, las materias armonizadas mediante Directivas de la Comunidad Europea son también de amplio alcance. Algunos asuntos como el alquiler y el préstamo, el régimen de las bases de datos, los programas de ordenador, la duración de los derechos, la comunicación pública mediante satélite o cable, son hoy de tratamiento uniforme en todos los Estados miembros de la UE. Desde luego, una parte de la regulación sigue siendo de aplicación exclusivamente en España.

Para determinar las condiciones de protección de los derechos de propiedad intelectual según sea la nacionalidad de sus titulares es preciso examinar en modo descendente los llamados reenvíos, o llamadas de unas normas a otras para determinar cuál es la aplicable. Esta es una materia un tanto abtrusa, y no sabemos cómo evitar su aridez. En primer lugar, el artículo 10.4 del Código Civil dice que los derechos de propiedad intelectual se protegen en territorio español atendiendo a las siguientes disposiciones, y por este orden: 1º Por los tratados internacionales, 2º Por la ley española.

La ley española es naturalmente la LPI, que por su parte añade las siguientes reglas: Primero, el derecho moral se protege sin excepción a favor de cualquier persona y cualquiera que sea su nacionalidad.

Segundo, los derechos de explotación se reconocen, además de a favor de los autores españoles, de los siguientes extranjeros y supuestos:

1. A favor de los ciudadanos de la Unión Europea en materias armonizadas [ya las hemos citado antes: duración de los derechos, difusión por satélite y transmisión por cable, programas de ordenador, bases de datos; préstamo y alquiler de obras y soportes].
2. A favor de ciudadanos de otros países que residan habitualmente en España, pero según lo que digan los tratados internacionales y siempre que los autores españoles en aquel país sean protegidos de modo análogo. Los refugiados, sin embargo, son equiparados siempre a los españoles en materia de LPI.
3. También se reconocen los derechos de explotación de los demás extranjeros, es decir, los que no viven en España habitualmente, sólo por las obras publicadas en España por primera vez ó a los 30 días de haberse publicado por primera vez en el extranjero, y con la misma salvedad de trato del número 2 anterior. En caso de ciudadanos no nacionales de la Unión Europea, y siempre que el país no haya firmado el Convenio de Berna de 1886 (muy pocos países no han firmado este Tratado), la duración de los derechos será la de su ley nacional, pero no podrá superar la de la Ley española, que ya sabemos transcurre con la vida del autor y en los 70 años siguientes a su muerte.

Para los autores de obras audiovisuales las reglas son las mismas, con una especialidad: El derecho de remuneración por exhibición en sala, bien por porcentaje de taquilla, bien por tarifa de la entidad de gestión de derechos de autor, se garantiza a españoles y extranjeros sin distinción. Pero este derecho se gestiona necesaria y exclusivamente por las entidades de gestión autorizadas, y si el Gobierno español considera que algún país no trata a los autores españoles como a sus nacionales, puede decidir el destino de estas recaudaciones para fines de interés cultural y no pagar a esos autores extranjeros. Artículo 160 LPI.

Los derechos de los artistas intérpretes y de los ejecutantes, ciudadanos de la UE, se protegen siempre

cualquiera que sea el lugar de la actuación. Los de nacionales de terceros países también reciben protección si son residentes habituales en España, o si la interpretación o ejecución se realiza en España, o si ésta se graba o emite por una RTV conforme a la ley española. Pero a los extranjeros de terceros países se les aplica preferentemente los convenios internacionales que existan; si no, se les trata como a nacionales españoles. Los plazos de duración de los derechos serán los que resulten de los tratados. En todo caso prevalece la ley personal extranjera. A su vez, ésta no puede superar los plazos de duración de derechos previstos en la ley española. Artículo 161 LPI.

Los demás derechos afines se garantizan sin diferencia de trato entre españoles y ciudadanos de la Unión Europea. Es un régimen de reenvío análogo al de las obras audiovisuales. Artículo 162 LPI. Los derechos de la entidades de radiodifusión se protegen en la LPI sin distinción de nacionalidad dentro de la Unión Europea. Las RTV de terceros países se regirán por los tratados internacionales existentes, pero la duración de los derechos se regirá por la ley extranjera, que en todo caso no podrá superar la duración prevista en España de 50 años, igual que antes. Artículo 163 LPI.

El "derecho sui generis" asiste a los fabricantes de bases de datos de la Unión Europea o residentes habituales en ella. A los fabricantes no individuales (personas jurídicas), además de tener el domicilio social en la Unión Europea, se exige que estén vinculados de forma efectiva a la economía de un Estado miembro. Artículo 164 LPI.

## **Apéndices**

### **Apéndice A - Abreviaturas utilizadas**

- CC - Código civil
- CE - Constitución española
- CP - Código penal
- Disp. Ad. - Disposición adicional
- Disp. Trans. - Disposición transitoria
- LEC - Ley de enjuiciamiento civil
- LPI - Ley de propiedad intelectual
- MEDC - Ministerio de Educación, Cultura y Deporte
- RD - Real Decreto
- RTV - Radiotelevisión
- UE - Unión Europea

### **Apéndice B - Leyes, reglamentos, tratados internacionales**

Disposiciones españolas:

- La LPI vigente está recogida en el texto refundido de 1996, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril, publicado en el BOE núm. 97 de 22 de abril. Las últimas reformas se produjeron en marzo de 1998 y enero de 2000. Está en perspectiva una nueva modificación, por obra de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento y Consejo, 22 de mayo, publicada el 22 de junio 2001, sobre armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información.
- Ley orgánica, de protección al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, 1/1982 de 5 de mayo.
- Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, 26/1984 de 19 de julio.
- Ley de patentes, 11/1986 de 20 de marzo.
- Ley de protección de las topografías de los semiconductores, 11/1988 de 3 de mayo.
- Ley de marcas, 17/2001 de 7 de diciembre.
- El Código penal español (CP) es el aprobado por la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, BOE 281 de 24 de noviembre.
- Ley de enjuiciamiento civil, 1/2000 de 7 de enero.
- Real Decreto 1584/1991 de 18 de octubre, que aprueba el Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual. Es el que viene aplicándose hasta que se encuentre totalmente en funcionamiento

el sistema de registro diseñado por el Real Decreto 733/1993 de 14 de mayo, que aprueba el nuevo Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual. Varias comunidades autónomas tienen reglamentos derivados de su organización específica.

- RD 479/1989 de 5 de mayo, que regula la composición y el procedimiento de actuación de la Comisión Arbitral de la Propiedad Intelectual.
- RD 1434/1992 de 27 de noviembre, que desarrolla los artículos 24, 25 y 140 de la Ley de Propiedad Intelectual, en la versión dada por la Ley 20/1992 de 7 de julio. Trata la remuneración compensatoria por copia privada. Fue modificado por el RD 325/1994 de 25 de febrero (BOE núm. 63 de 15 de marzo). El gravamen o canon sobre los videos y cintas, CD grabables, etc, se regula aquí.
- RD 114/2000 de 28 de enero (BOE 33 de 8 de febrero), de la Comisión Interministerial para actuar contra las actividades vulneradoras de los derechos de propiedad intelectual e industrial (Comisión antipiratería).
- Reglamento del Consejo de la UE que prohíbe la comercialización de mercancías piratas y la intervención de las aduanas para impedirla, Rgl.(CE) 241/1999 de 25 de enero, DOCE 2.2.1999 L 27.

Convenios internacionales:

- Convenio de 14 de julio de 1967 que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.
- Convenio de Berna de 9 de septiembre de 1886 para la protección de las obras literarias y artísticas, revisado en París el 24 de julio de 1971.
- Convención Universal de Ginebra de 6 de septiembre de 1952 sobre Derecho de Autor, revisada en París el 24 de julio de 1971.
- Convenio de 29 de octubre de 1971 para la protección de los productores contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas.
- Acuerdo europeo de 15 de diciembre de 1958 sobre intercambio de programas por medio de filmes de televisión.
- Acuerdo europeo de 22 de julio de 1960 para la protección de las emisiones de televisión.
- Convención internacional de 26 de octubre de 1961 sobre protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión.

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) con sede en Ginebra, y la Organización Mundial del Comercio (OMC) son foros generadores de importantes documentos y acuerdos internacionales en materia de derechos de propiedad intelectual.

## Apéndice C - Referencias

El presente artículo se extrae directamente del texto de la LPI, en su mayor parte. No obstante, se incluye a continuación una nota sobre ciertos materiales no utilizados, relativamente recientes, no destinados necesariamente a los profesionales del Derecho.

Dos textos que no se han podido consultar pero de los que hay buenas referencias son GOLDSTEIN, P., "El copyright en la sociedad de la información", trad. esp. L. Llobregat Hurtado, Alicante, 1999; y SHERMAN, B.; BENTLY, L., "The making of modern intellectual property law", Cambridge, 1999.

Para las obras audiovisuales puede consultarse GONZÁLEZ GONZALO, "La propiedad intelectual sobre la obra audiovisual", 2001. Para un asunto que apenas se ha tratado en este artículo, véase ERDOZAIN LÓPEZ, J.C., "Las retransmisiones por cable y el concepto de público en el Derecho de autor", ed. Aranzadi, 1997.

# El derecho a leer

Richard Stallman(\*)

Extraído de *La ruta hacia Tycho, una recopilación de artículos sobre los antecedentes de la Revolución Lunar, publicado en Luna City, en el año 2096.*



( El camino hacia Tycho comenzó para Dan Halbert en la Facultad, cuando Lissa Lenz le pidió que le dejara su ordenador. El suyo se había averiado, y si no se lo dejaba alguien no podría terminar el proyecto semestral. Ella no se habría atrevido a pedirselo a nadie, excepto a Dan. Esto situó a Dan ante un dilema. Tenía que ayudarle, pero si le prestaba su ordenador, ella podría leer sus libros. Además de poder ir a prisión durante muchos años por dejar que alguien leyese sus libros, la misma idea de hacerlo le escandalizó al principio. Igual que a todo el mundo, le habían enseñado desde el parvulario que compartir los libros era repugnante y equivocado, algo que sólo haría un pirata. Y era muy probable que la SPA *Software Protection Authority*, Autoridad para la Protección del Software) les cogiese. Dan había aprendido en su clase de software que cada libro tenía un chivato de copyright que informaba a la Central de Licencias de quién, dónde y cuándo lo leía. (Esta información se utilizaba para coger a piratas de la lectura, pero también para vender perfiles de intereses personales a comerciantes.) La próxima vez que su ordenador se conectase a la red, la Central de Licencias sería informada. Él, como dueño de un ordenador, podría recibir el castigo más severo, por no tomar medidas para prevenir el delito.

Por supuesto, podría ser que Lissa no quisiera leer sus libros. Podría querer el ordenador sólo para escribir su proyecto. Pero Dan sabía que ella era de una familia de clase media, y que a duras penas podía pagar la matrícula, y menos aún las cuotas de lectura. Puede que leer los libros de Dan fuese para ella la única forma de terminar los estudios. Sabía lo que era eso: él mismo había tenido que pedir un préstamo para poder pagar los artículos de investigación que leía. (El 10% de los ingresos por ese concepto iba a parar a los investigadores que habían escrito los artículos. Como Dan pretendía dedicarse a la investigación, tenía esperanzas de que algún día sus propios artículos, si eran citados frecuentemente, le proporcionarían el dinero necesario para pagar el préstamo.)

Más tarde Dan supo que había habido un tiempo en el que cualquiera podía ir a una biblioteca y leer artículos de revistas especializadas, e incluso libros, sin tener que pagar. Había estudiantes independientes que leían miles de páginas sin tener becas de biblioteca del Gobierno. Pero en los años noventa tanto los editores de revistas sin ánimo de lucro como los comerciales habían comenzado a cobrar cuotas por el acceso a sus publicaciones. Hacia el año 2047 las bibliotecas que ofrecían acceso libre a la literatura académica eran un recuerdo lejano.

Naturalmente había formas de engañar a SPA y a la central de Licencias.

Eran, por supuesto, ilegales. Dan había tenido un compañero en la clase de software, Frank Martucci, que había conseguido una herramienta legal de depuración y la había utilizado para saltarse el código del chivato de copyright cuando leía libros. Pero se lo había contado a demasiados amigos, y uno de ellos le delató a la SPA para obtener una recompensa (los estudiantes muy endeudados eran fácilmente tentados por la traición). En 2047 Frank estaba en la cárcel, no por practicar la piratería de la lectura, sino por poseer un depurador.

Dan supo más tarde que hubo un tiempo en el que cualquiera podía poseer herramientas de depuración. Incluso había herramientas de depuración libres, disponibles en CD, o en la red. Pero los usuarios normales comenzaron a utilizarlas para saltarse los chivatos de copyright, y llegó un momento en que un juez estimó que éste se había convertido en el principal uso de los depuradores. Esto provocó que pasasen a ser ilegales, y se encarcelara a quienes los desarrollaban. Naturalmente, los programadores aún necesitaban herramientas de depuración, pero en el año 2047 los vendedores de depuradores sólo distribuían copias numeradas, y únicamente a programadores con licencia oficial, y que hubiesen depositado la fianza preceptiva para cubrir posibles responsabilidades penales. El depurador que utilizó Dan en la clase de software estaba detrás de un cortafuegos especial para que sólo lo pudiese utilizar en los ejercicios de clase. También era posible saltarse los chivatos de copyright si se instalaba un kernel modificado. Más adelante, Dan supo que habían existido kernels libres, incluso sistemas operativos completos libres, hacia el fin del siglo anterior. Pero no sólo eran ilegales, como los depuradores, sino que no se podían instalar sin saber la contraseña del superusuario del sistema. Y ni el FBI ni el Servicio de Atención de Microsoft iban a decírtela.

Dan acabó por concluir que no podía dejarle el ordenador a Lissa. Pero tampoco podía *negarse* a ayudarle, porque estaba enamorado de ella. Le encantaba hablar con ella. Y el que le hubiera escogido a él para pedir ayuda podía significar que ella también le quería.

Dan resolvió el dilema haciendo algo aún más inimaginable: le dejó el ordenador, y le dijo su contraseña. De esta forma, si Lissa leía sus libros, la Central de Licencias creería que era él quién los estaba leyendo. Aunque era un delito, la SPA no podría detectarlo automáticamente. Sólo se darían cuenta si Lissa se lo decía.

Por supuesto, si la facultad supiese alguna vez que le había dicho a Lissa su propia contraseña, sería el final para ambos como estudiantes, independientemente de para qué la hubiese utilizado ella. La política de la Facultad era que cualquier interferencia con los medios que se usaban para realizar seguimientos del uso de los ordenadores por parte de los estudiantes era motivo suficiente para tomar medidas disciplinarias. No importaba si se había causado algún daño: la ofensa consistía en haber dificultado el seguimiento por parte de los administradores. Asumían que esto significaba que estabas haciendo alguna otra cosa prohibida y no necesitaban saber qué era.

Los estudiantes no solían ser expulsados por eso. Al menos no directamente. Se les prohibía el acceso al sistema de ordenadores de la Facultad, por lo que inevitablemente suspendían todas las asignaturas.

Posteriormente Dan supo que este tipo de política universitaria comenzó en la década de los ochenta del siglo pasado, cuando los estudiantes universitarios empezaron a utilizar masivamente los ordenadores. Anteriormente, las Universidades mantenían una política disciplinaria diferente: castigaban las actividades que eran dañinas, no aquéllas que eran simplemente sospechosas.

Lissa no delató a Dan a la SPA. La decisión de Dan de ayudarle les condujo al matrimonio, y también a cuestionarse las enseñanzas que habían recibido de pequeños sobre la piratería. La pareja comenzó a leer sobre la historia del copyright, sobre la Unión Soviética y sus restricciones para copiar, e incluso la Constitución original de los Estados Unidos. Se trasladaron a Luna City, donde encontraron a otros que también se habían apartado del largo brazo de la SPA. Cuando la sublevación de Tycho comenzó en 2062, el derecho universal a la lectura se convirtió en uno de sus objetivos principales.

**Nota del autor:** El derecho a la lectura es una batalla que se libra en nuestros días. Aunque pueden pasar 50 años hasta que nuestra forma de vida actual se suma en la oscuridad, muchas de las leyes y prácticas descritas en este relato han sido propuestas, ya sea por el gobierno de Clinton, en EEUU, o por las editoriales.

Sólo hay una excepción: la idea de que el FBI y Microsoft tengan (y oculten) la contraseña de administración de los ordenadores. Ésta es una extrapolación de las propuestas sobre el chip Clipper y otras propuestas similares de custodia de clave (key-escrow) del gobierno de Clinton, y de una tendencia que se mantiene desde hace tiempo: los sistemas informáticos se preparan, cada vez más, para dar a operadores remotos control sobre la gente que realmente utiliza los sistemas.

La SPA, que en realidad son las siglas de Software Publisher's Association (Asociación de Editores de Software), no es hoy día, oficialmente, una fuerza policial. Sin embargo, oficiosamente, actúa como tal. Invita a la gente a informar sobre sus compañeros y amigos. Al igual que el gobierno de Clinton, promueve una política de responsabilidad colectiva, en la que los dueños de ordenadores deben hacer cumplir activamente las leyes de copyright, si no quieren ser castigados.

La SPA está amenazando a pequeños proveedores de Internet, exigiéndoles que permitan a la SPA espiar a todos los usuarios.

Muchos proveedores se rinden cuando les amenazan, porque no pueden permitirse litigar en los tribunales. (Atlanta Journal-Constitution, 1 de octubre de 1996, D3.) Al menos un proveedor, Community ConneXion de Oakland, California, rechazó la exigencia y actualmente ha sido demandado. Se dice que la SPA ha abandonado este pleito recientemente, aunque piensan continuar la campaña por otras vías.

Las políticas de seguridad descritas en el relato no son imaginarias. Por ejemplo, un ordenador en una de las Universidades de la zona de Chicago muestra en la pantalla el siguiente mensaje cuando se entra en el sistema (las comillas están en el original en inglés): *"Este sistema sólo puede utilizarse por usuarios autorizados. Las actividades de los individuos que utilicen este sistema informático sin autorización o para usos no autorizados pueden ser seguidas y registradas por el personal a cargo del sistema. Durante el seguimiento de individuos que estén usando el sistema inadecuadamente, o durante el mantenimiento del sistema, pueden ser seguidas también las actividades de usuarios autorizados. Cualquiera que use este sistema consiente expresamente ese*

*seguimiento y es advertido de que si dicho seguimiento revela evidencias de actividad ilegal o violaciones de las ordenanzas de la Universidad, el personal a cargo del sistema puede proporcionar las pruebas fruto de dicho seguimiento a las autoridades universitarias y/o a los agentes de la ley."*

Esta es una aproximación interesante a la Cuarta Enmienda de la Constitución de EEUU: presiona a todo el mundo, por adelantado, para que ceda en sus derechos.

Copyright (C) 1996 Richard Stallman.

Se permite la copia literal siempre que se incluya esta nota. Este artículo apareció en el número de febrero de 1997 de Communications of the ACM (volumen 40, número 2). Traducido del original en inglés por Pedro de las Heras Quirós y Jesús M. González Barahona

-----  
(\*)Richard M. Stallman es el fundador del proyecto para el desarrollo del sistema operativo libre GNU (*GNU's Not Unix*, o sea, "GNU No es Unix") y de la Free Software Foundation, que financia y difunde el proyecto GNU. GNU se refiere tanto al desarrollo del sistema operativo completo --que incluye el *kernel* (núcleo del sistema) Linux, que es como se suele denominar por extensión a todo el sistema operativo-- como al proyecto cooperativo para desarrollarlo. El proyecto GNU nació en 1983 como una lucha para recuperar el espíritu de cooperación antimerkantil que había a principios de los años setenta en las comunidades de *hackers* y eliminar los obstáculos que ya por entonces --mediados de los años ochenta-- imponían los fabricantes de software propietario. El objetivo de GNU es promover el desarrollo y uso de *free software*, construyendo un sistema operativo completo *totalmente libre* que elimine la necesidad de usar software propietario. *Libre* significa aquí el derecho al uso, a la copia, a la redistribución y a disponer de las fuentes para modificar cualquier programa, sin ninguna otra restricción más que la de que nadie se apropie legalmente de esas mejoras, ni de que nadie pueda impedir que otr@s las disfruten. A ese derecho --que protege el uso libre en vez de la propiedad-- se le denomina *copyleft*, y está plasmado legalmente en la GPL (General Public License). (N. de la Ed.)



# Making Copyright Ambidextrous: An Expose of Copyleft

Maureen O'Sullivan, Teaching Assistant, University of Warwick

This Article is based on a revised and updated chapter from an LL.M Thesis, submitted at the University of Warwick, September 2001.

This is a **refereed** article published on: 6 December 2002

---

**Citation:** O'Sullivan M, 'Making Copyright Ambidextrous: An Expose of Copyleft', *The Journal of Information, Law and Technology (JILT)* 2002 (3) <<http://elj.warwick.ac.uk/jilt/02-3/osullivan.html>>

---

## Abstract

The phenomenon of free or open source software (OSS) has garnered increasing attention in the legal field over the past number of years. It provides a paradigmatically different model of software development and marketing than proprietary software, which has traditionally been protected by copyright, and latterly, also by patent law. Licensing styles of free or OSS vary greatly from the very permissive, where users can privatise their modifications, to the quite restrictive, where programmers are obliged to contribute any changes they make to a communal software pool, which forms a species of expanding virtual commons. Examples of the former include BSD Unix licences and of the latter the GNU General Public Licence (GNU GPL), well known for being the licence used for the Linux operating system. This Article distinguishes between free software and OSS, discusses free and OSS licensing, comparing a BSD licence with the GNU GPL in order to illustrate the varying parameters which different programmers put in place to protect their programs. It also analyses the efficacy of the GNU GPL both from strictly legal and broader socio-legal perspectives. It concludes that this licence has facilitated an efficacious and productive management of what could otherwise have turned into an obsolete and deficient commons.

**Keywords:** Free software; open source software (OSS); copyleft; GNU General Public Licence; Linux.

## 1. Introduction

Free or open source software (OSS) has become widely used in the last few years, along with the expansion of the Internet. This Article gives a brief history of the development of free or OSS, seeking to clarify their differences, which are primarily of a philosophical nature. It then describes the attractions of this software and discusses different licensing regimes currently in use, focusing on the most popular licence of all: the GNU General Public Licence (GNU GPL). It analyses legal and socio-legal issues relating to the GNU GPL and charts the increase in its use among free or OSS programmers.

## 2. History of Free Software and Open Source Software

When operating systems such as Unix were first developed, it was normal practice for programmers to share the source code with few restrictions. The American telephone company, AT&T developed Unix and originally gave it away almost for free because it was only allowed to profit from the telephone network and not from any software which it developed<sup>1</sup>. Computer researchers, particularly at the University of California at Berkeley, had added features to Unix and fixed bugs since its inception<sup>2</sup>, and their version of Unix became known as BSD Unix, which was freely distributed for non-commercial purposes. When AT&T's monopoly was broken up in the early 1980s, it was able to profit from its version of Unix. As its price rose, its source code, or the 'crown jewels' of the operating system, was no longer available to be modified and instead was kept secret by the company. The trend towards privatising software became popular during this period.

Richard Stallman is an eminent hacker<sup>3</sup>, who claims that:

---

1 Naughton, J (1999), *A Brief History of the Future*, London: Weidenfeld & Nicolson, pp.174-175.

2 <[http://www.salon.com/tech/feature/1999/11/06/open\\_source/print.html](http://www.salon.com/tech/feature/1999/11/06/open_source/print.html)>, (visited April 10<sup>th</sup>, 2000).

3 The term 'hacker' was originally used to describe computer enthusiasts who pooled ideas and code in order to find solutions to programming problems. Hackers built much of the Internet, the Unix and Linux operating systems and the

‘[s]haring of software ... is as old as computers, just as sharing of recipes is as old as cooking ... [w]e did not call our software ‘free software’, because that term did not yet exist, but that is what it was’<sup>4</sup>.

He resigned from his job at Massachusetts Institute of Technology Artificial Intelligence Laboratory (MIT) when this institute privatised its software and he started developing a non-proprietary, Unix-compatible operating system, known as ‘GNU’, a recursive acronym for ‘GNU’s Not Unix!’<sup>5</sup>.

Subsequently, he founded the Free Software Foundation (FSF), a software charity whose mission is the development of software with accessible source code<sup>6</sup>, which Stallman terms ‘free software’<sup>7</sup>. He believes that programming freedom includes being able to run the program for any purpose; having the liberty to modify the program, which necessitates access to the source code; being permitted to redistribute copies either for a fee or gratis; and being able to distribute modified versions of the program so that other hackers can benefit from the additions<sup>8</sup>.

Some time after Stallman started developing GNU, a hacker called Linus Torvalds was taking a course in Unix at Helsinki University and he developed a kernel<sup>9</sup>, which he named Linux. GNU’s kernel, ‘Hurd’, was incomplete and Linux lacked programs so the latter was tweaked to fit the former and the Xfree Consortium graphical windowing system was added. Linux is a new operating system, which used no Unix code in its creation<sup>10</sup>. It was built incrementally and the official Linux 1.0 was ripe for release in March 1994. Some US academics argue that the product should be known as GNU/Linux<sup>11</sup> and at one stage there was an attempt by the FSF to rename ‘Linux’ as ‘Lignux’<sup>12</sup>.

---

World Wide Web. In the early 1980s ‘hacker’ came to denote programmers who broke security code of protected software. Hackers then coined a new term ‘cracker’ both to retain their identity and to distinguish themselves from those engaged primarily in breaking rather than building code. This Article uses the term ‘hacker’ in its original sense: that is of a computer programmer who wishes to have access to source code in order to build upon it.

4 Stallman, R M (1999), ‘The GNU Operating System and the Free Software Movement’, in *Open Sources*, Sebastopol, CA: O’Reilly, pp.53-70, p.53.

5 The ‘G’ is pronounced.

6 *Wired*, <[http://www.wired.com/wired/archive/1.01/stallman\\_pr.html](http://www.wired.com/wired/archive/1.01/stallman_pr.html)>, (visited January 25<sup>th</sup>, 2000).

7 ‘Free software’ should be distinguished from other software with which, due to similar terminology, it may easily become confused. ‘Freeware’ is proprietary software for which no charge is made but whose source code is not available, an example being the Adobe Acrobat Reader. ‘Shareware’ is similar to ‘freeware’ except for the fact that it is distributed only for a limited period. Software in the public domain is not copyrighted. Some commercial software may be classified as ‘free software’: this will depend on its licensing terms, Schmitz, P E and Castiaux, S (2002), ‘Pooling Open Source Software: An IDA Feasibility Study’, Unisys, June 2002, p.35.

8 Stallman, in *Open Sources*, pp.53-70, p.56.

9 A kernel is the core of the operating system without which the programs will not run.

10 Torvalds, L (?), ‘The Linux Edge’, in *Open Sources*, pp.101-111, p.102.

11 Professors Lawrence Lessig, David MacGowan and Yochai Benkler have all adopted this term in the following works: Lessig, L (2001), *The Future of Ideas*, New York: Random House, p.54, although Lessig also uses ‘Linux’ interchangeably with ‘GNU/Linux’ in his book; MacGowan, D., ‘Legal Implications of Open-Source Software’, *Social Science Research Network Electronic Paper Collection*: <[http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract\\_id=243237](http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=243237)>, p.2, (visited February 9<sup>th</sup>, 2002); Benkler, Y (forthcoming) ‘Coase’s Penguin, or, Linux and The Nature of the Firm’, 112, *Yale L.J.*, Winter 2002-03, v.04.3 August 2002, p.3. Commercial distributors such as Red Hat and SuSE refer to this operating system as ‘Linux’ but there is also a non-commercial distribution, called Debian GNU/Linux, which adheres to philosophical rather than a commercial creed in its approach to software: <<http://www.debian.org/News/1997/997115>>, (visited November 25<sup>th</sup>, 2002). The author uses the term ‘Linux’ throughout this Article.

12 Browne, C B (?), ‘Linux and Decentralized Development’, *First Monday*, <[http://www.firstmonday.org/issues/issue3\\_3/browne/index.html](http://www.firstmonday.org/issues/issue3_3/browne/index.html)>, (visited September 9<sup>th</sup>, 2000).

The attention paid by hackers to semantics has had a significant effect on what was first denominated the ‘free software’ movement. In 1998, some hackers decided to coin a new phrase for ‘free software’ and renamed it ‘open source software’<sup>13</sup>, believing that this would be more receptive toward commercial firms, which had begun to show an interest in adding to this software. Not everyone in the free software camp followed suit, however. Stallman describes the focus of open source as being about how to make high quality software but as far as he is concerned, the freedom to use and modify software is more important<sup>14</sup>. This is neatly expressed in the following quote: ‘Free Software is a political philosophy; Open Source is a development methodology’<sup>15</sup>. For Stallman, the battle begins and ends with the fight to keep source code free: itself a lofty aim. NASA, an enthusiastic Linux user has declared ‘software is not software without its source code’<sup>16</sup>.

According to a leading voice in the open source software movement, Eric Raymond, open source advocates are also concerned about rights and freedom but only when they judge it to be appropriate. They do not reject Stallman’s ideals but believe that his rhetoric and tactics will lead to failure in the commercial world<sup>17</sup>. The term ‘free software’, while always painstakingly defined by Stallman as ‘free as in speech, not as in beer’, has been deemed both imprecise and antagonistic towards the corporate world. ‘Open source’ thus seeks to avoid ambiguity<sup>18</sup>. The war of words rages on and an initiator of the coinage of the new term, Bruce Perens, now believes that the FSF’s efforts have been eclipsed, despite his best efforts<sup>19</sup>.

Regardless of whether one refers to this software as ‘free’ or ‘open source’<sup>20</sup>, it is becoming increasingly ubiquitous and is challenging the hegemony of proprietary software in some fields, while it dominates in others. Its mode of development is ideally suited to the infrastructure of the Internet and, indeed, Linux, as with other OSS, is created largely by a loose, international community of hackers. The expansion of the Net has facilitated the growth of other OSS such as Apache, which has captured 61% of the Web server market; the Practical Evaluation and Reporting Language (Perl), used to write Web based applications and known as the ‘duct tape’ of the Internet; and a popular email server product called Sendmail, which routes over 80% of all Internet email messages. The domain name system is almost entirely dependent on the OSS program, Berkeley Internet Name Daemon (BIND), which allows users to seek textual rather than numeric addresses, for example: <<http://www.altavista.com>><sup>21</sup>. FSF core development tools such as compilers and debuggers pervade the software industry and the World Wide Web software was distributed free of restrictions. Yahoo!, the Net’s largest website, is built around a free Unix version, FreeBSD, Apache, and Perl.<sup>22</sup> In a world without OSS, the Internet would virtually grind to a halt. Lessig endeavours to capture this software’s ubiquity when quoting an engineer acquaintance of his who exclaimed:

‘[T]he ‘ah-ha’ for Open Source Software came to me when I realized, ‘wait, open source is the

13 Raymond, E S (2001), *The Cathedral and the Bazaar*, 2<sup>nd</sup> ed., Sebastopol, CA: O’Reilly, p.71, (hereinafter Raymond, *Cathedral and the Bazaar*, 2<sup>nd</sup> ed., 2001).

14 <[http://www.linuxworld.com/linuxworld/linuxworldtoday/f\\_lwt-indepth7\\_p.html](http://www.linuxworld.com/linuxworld/linuxworldtoday/f_lwt-indepth7_p.html)>, (visited March 10<sup>th</sup>, 2000).

15 <<http://www.linux-mag.com/cgi-bin/printer.pl?issue=1999-07&article=stallman>>, (visited March 9<sup>th</sup>, 2000).

16 Young, R (?), ‘Giving It Away’, in *Open Sources*, pp.113-125, p.120.

17 <<http://www.tuxedo.org/~esr/writings/shut-up-and-show-them.html>>, (visited July 21<sup>st</sup>, 2000).

18 Raymond (1999), *The Cathedral and the Bazaar*, Sebastopol, CA: O’Reilly, pp.82-85 (hereinafter Raymond, *Cathedral and the Bazaar*, 1999).

19 <<http://slashdot.org/articles/99/02/18/0927202.shtml>>, (January 23<sup>rd</sup>, 2000).

20 The author refers to free and open source software as OSS throughout the rest of this Article, unless a distinction is necessary.

21 Raymond (1999), *The Cathedral and the Bazaar*, pp.212-213.

22 <<http://www.netaction.org/articles/freesoft.html>>, (visited January 23<sup>rd</sup>, 2000).

Internet’<sup>23</sup>.

The manner in which free or open source software is developed greatly simplifies onerous tasks such as debugging and this speeds up the pace of releases. It also leads to more robust software because it is meticulously reviewed. In fact, Linux has achieved an almost mythical reputation for never crashing<sup>24</sup>, distinguishing it from less reliable proprietary software, which does not have the benefits of such widespread peer review<sup>25</sup>. Raymond believes that when an essential product is being tested, ‘the more testers the merrier’ should be the motto. In order for such review to take place, source code is best kept open<sup>26</sup>.

### 3. Licensing Largesse

Hackers generally choose not to place unlicensed software in the public domain, with a few exceptions, such as the World Wide Web (WWW), whose inventor, Tim Berners-Lee’s principal concern was to disseminate his invention and he believed that copyright restrictions would interfere with this aim. Most hackers, however, wish to retain some non-exclusionary form of intellectual property right over their work. What normally distinguishes commercial and OSS licences is ‘the presence or absence of certain licence terms’<sup>27</sup> rather than the presence or absence of a licence.

Free Unix versions have never been placed in the public domain but are released to the public under very generous licensing terms. BSD-style licenses are considered to be the most liberal, in the sense that BSD code can be included in proprietary programs. This licensing style includes licences, all with similar conditions, such as X-type licenses, BSD and modified BSD (also known as old and new BSD licences) and the Apache software licence, to name but a few.

In contrast, the GNU GPL, which is used to license the Linux operating system, is a species of licensing denominated ‘copyleft’, often found both in the free and OSS camps, and this term includes some other licences of lesser repute<sup>28</sup>. Unlike its mirror image copyright, which reserves all rights, copyleft jokingly promises to reverse all rights. The principal copyleft licence, the GNU GPL, was devised by Stallman. Torvalds did not originally choose the GNU GPL to license Linux but after a short period decided it was the most suitable as the one he had originally selected allowed the user very little freedom.

The Open Source Definition is a set of guidelines for OSS licences drawn up by the Open Source Initiative, a non-profit corporation. This corporation provides an OSI Certified Open Source Software certification mark, which can be used if the chosen licence is OSD compliant<sup>29</sup>. Both BSD licences and

---

23 Lessig, L (1999), ‘Open Code and Open Societies: Values of Internet Governance’, Sibley Lecture, University of Georgia, Athens, Georgia, February 16<sup>th</sup>, 1999.

24 Lee, B (1999), ‘Linux and the Law Office’, [November 1999] 12 *Utah Bar Journal* 15, p.15. Linux has been compared elsewhere to Australian Airline Qantas, which allegedly has never crashed and has been dubbed ‘the Qantas of the Software Realm’, O’Sullivan, M (2002), ‘The Linux Operating System: A Socio-Legal Study’, unpublished LL.M thesis, University of Warwick, 2002, p.31.

25 <<http://www.zdnet.com/filters/printerfriendly/0,6061,2436920-2,00.html>>, (visited February 17<sup>th</sup>, 2000).

26 <<http://www.computerworld.com/home/features.nsf/All/980713id2>>, (visited January 27<sup>th</sup>, 2000).

27 Gomulkiewicz, R W (1999), ‘How Copyleft uses Licence Rights to Succeed in the Open Source Software Revolution and the Implications for Article 2B’, [Spring 1999] *Houston Law Review* 179, p.186.

28 Examples of other copyleft licences are the GNU Lesser General Public Licence (GNU LGPL), and the licence of Guile, both of which are described as weak copyleft licences:

<<http://www.gnu.org/philosophy/license-list.html>>, (visited November 26<sup>th</sup>, 2002).

29 <<http://www.opensource.org/>>, (visited November 26<sup>th</sup>, 2002).

the GNU GPL conform to the OSD but of all the licences covered by this definition, these are the two most diametrically opposed due to the differing philosophies and commercial foci of their proponents. According to some surveys, they are also the two most commonly used licensing styles<sup>30</sup>.

### 3.1. Laissez-Faire Licensing, Bsd-Style

BSD licences provide for the release of university-developed software, the source code of which is not kept secret. The researcher and institution must be acknowledged and copyright notices maintained, which is a species of moral right to the software. Permission must be obtained should anyone wish to use the author's name to endorse derivative works, which protects against false attribution. A rather unpopular provision, which still survives in old BSD licences but which has been removed in newer ones, was the onerous requirement that the authorship of the software be acknowledged in advertising material. Use of older licences is now discouraged. The code may be modified but the original developers do not usually accept contributions from the public and forking<sup>31</sup> of the code base is permitted<sup>32</sup>. Thus, BSD Unix can be used to create proprietary derivative works of which the source code is not made available. This provision has promoted the proliferation of BSD Unix in the building of the Internet<sup>33</sup>, and this style of licence governs other open source products such as BIND, Apache and Sendmail<sup>34</sup>. As is common practice, the licence also contains a disclaimer of warranty, which does not practically distinguish it from commercial software. A typical new BSD licence is now reproduced.

Copyright © 1998 <SOMEONE>  
All rights reserved.

Redistribution and use in source and binary forms, with or without modification, are permitted provided that the following conditions are met:

1. Redistributions of source code must retain the above copyright notice, this list of conditions and the following disclaimer.
2. Redistributions in binary form must reproduce the above copyright notice, this list of conditions and the following disclaimer in the documentation and/or other materials provided with the distribution.

---

30 Two of the most popular OSS websites, Sourceforge.net and Freshmeat.net, have recently found that out of 24,000 and 25,000 projects each was tracking, they found that up to 73% used the GNU GPL, the LGPL was used in up to 10% and BSD licenses were used in up to 7%: <<http://www.osopinion.com/perl/printer/17201/>>, (visited June 11<sup>th</sup>, 2002).

31 Forking has been described as the 'development of ever so-slight (or possibly not-so-slight) differences between versions or distributions of a program', <<http://www.msnbc.com/news/384680.asp>>, (visited March 21<sup>st</sup>, 2000). Unix, which originally pledged the cross-platform portability now enjoyed by Linux, fell prey to the desire by vendors to distinguish their products, Raymond (1999), *Cathedral and the Bazaar*, pp 183-184. Proprietary licensing terms did not allow access to the innovation and Microsoft was then able to encroach on a fragmented, Unix market. Forking is generally avoided within open source communities as it is believed that this leads to unnecessary duplication of effort. Raymond (1999), *Cathedral and the Bazaar*, pp.105-106. When source code is available, on the other hand, all vendors can adapt the innovation and ensure interoperability with other versions: <<http://www.ecommercetimes.com/news/articles/991202-7.shtml>>, (visited June 5<sup>th</sup>, 2000). Commercial firms involved in Linux's development are working to maintain interoperability. An IBM spokesperson has said 'the potential is there for forking, and that's why ... we're supporting all the major distributors, rather than just one distributor', <[http://www.linuxworld.com/linuxworld/lw-2000-02/f\\_lw-02-fork.html](http://www.linuxworld.com/linuxworld/lw-2000-02/f_lw-02-fork.html)>, (visited March 2<sup>nd</sup>, 2000).

32 <<http://www.opensource.org/halloween/halloween1.html>>, (visited February 13<sup>th</sup>, 2000).

33 <<http://www.hecker.org/writings/setting-up-shop.html>>, (visited March 17<sup>th</sup>, 2000).

34 O'Reilly, T (?), 'The Open Source Revolution', *Release 1.0*, <<http://www.edventure.com/release1/1198.html>>, (visited August 4<sup>th</sup>, 2000).



3. The name of the author may not be used to endorse or promote products derived from this software without specific prior written permission.

THIS SOFTWARE IS PROVIDED BY THE AUTHOR 'AS IS' AND ANY EXPRESS OR IMPLIED WARRANTIES, INCLUDING, BUT NOT LIMITED TO, THE IMPLIED WARRANTIES OF MERCHANTABILITY AND FITNESS FOR A PARTICULAR PURPOSE ARE DISCLAIMED. IN NO EVENT SHALL THE AUTHOR BE LIABLE FOR ANY DIRECT, INDIRECT, INCIDENTAL, SPECIAL, EXEMPLARY, OR CONSEQUENTIAL DAMAGES (INCLUDING, BUT NOT LIMITED TO, PROCUREMENT OF SUBSTITUTE GOODS OR SERVICES; LOSS OF USE, DATA, OR PROFITS; OR BUSINESS INTERRUPTION) HOWEVER CAUSED AND ON ANY THEORY OF LIABILITY WHETHER IN CONTRACT, STRICT LIABILITY, OR TORT (INCLUDING NEGLIGENCE OR OTHERWISE) ARISING IN ANY WAY OUT OF THE USE OF THIS SOFTWARE, EVEN IF ADVISED OF THE POSSIBILITY OF SUCH DAMAGE<sup>35</sup>.

BSD Unix, like Linux, is an open-access commons: with a difference. Whereas software is not prone to depletion from overuse, if code used in derivative works is never contributed back to the community, the software commons may be prone to obsolescence and could thereby be rendered useless, if its development team discontinue its maintenance. In an interview with *Infoworld*, Bob Young, a former CEO of Linux's biggest vendor, the company Red Hat, was asked whether Linux companies, which bundled proprietary software with the free operating system were likely to succeed in the market, to which he made the following reply:

'Our perception is that the reason that Slackware and Debian are the second and third most popular versions of Linux behind Red Hat is because they're also delivering the same control benefit to users. The problem with other, smaller commercial Linux vendors is they look at Linux and they see...[g]reat technology, but a broken economic model. So...they take Linux and surround it with proprietary tools...[F]rom a support and bug tracking issue, you've effectively just bought another proprietary binary-only OS'<sup>36</sup>.

Despite BSD Unix's repute, Microsoft has acknowledged that Linux is impinging on its market and will eventually dominate it entirely<sup>37</sup>.

Brian Behlendorf, one of the founding members of Apache, uses a BSD-style licence but acknowledges that companies who use their software need to reinvest in order to help Apache grow<sup>38</sup>. However, this is done on a voluntary basis and does not compel any contribution from any firm, which uses the code. On the other hand, the GNU GPL seeks a more specific contribution and does not make this optional.

### 3.2. Gnu Gpl: Creating A Contributory Commons

In order to avoid sharing the fruits of his toil with those unwilling to do likewise, Torvalds originally released Linux under a licence which permitted redistribution, on condition that the source code was provided free of cost. Copyright notices had to be preserved, although there was a fair use provision, which allowed for the reproduction of 'small partial excerpts' without any copyright acknowledgement. However, Torvalds prohibited the charging of any sum, even if only intended to

35 <<http://www.xfree86.org/3.3.6/COPYRIGHT2.html>>, (visited November 20<sup>th</sup>, 2002).

36 <<http://www.infoworld.com/cgi-bin/displayStory.pl?interviews/990315young.htm>>, (visited January 23<sup>rd</sup>, 2000).

37 <<http://www.opensource.org/halloween/halloween1.html>>, (visited February 13<sup>th</sup>, 2000).

38 O'Reilly Network (2001), 'Shared Source vs. Open Source: Panel Discussion', August 9<sup>th</sup>, 2001:

<<http://www.wysiwyg.com/41/http://linux.oreillynet.com/1pt/a/1135>>, (visited November 23<sup>rd</sup>, 2002).

cover ‘handling’ costs, such as the inclusion of copies with the kernel<sup>39</sup>. This term was unduly restrictive and could have hindered the breadth of Linux’s user base.

Torvalds finally chose the GNU GPL because it allowed redistribution while obliging users to contribute any modifications they had made back to the software commons. This facilitates the creation of a special type of commons, unparalleled in the physical world, referred to by Raymond as the ‘inverse commons’<sup>40</sup> and by Rose as the ‘comedy of the commons’<sup>41</sup>: that is, a commons, which grows and expands with use rather than shrinking or wearing out.

The GNU GPL allows modification and sale of the product but such derivative works must be donated to the open source software pool. This helps to avoid forking and has facilitated the growth of firms, which sell open source software. Furthermore, the source code of any such works must be provided for free. If GPL-ed code is used together with a proprietary code, the source code of the latter must also be revealed. The licence has thus been described as ‘a virus subverting the proprietary ‘host’ program to create more GPL-ed code’<sup>42</sup>. It has been said that:

‘There are users who say that ... the GPL ‘excludes’ some proprietary software developers who ‘need to be brought into the free software community’ ... Their decision to make software proprietary is a decision to stay out of our community. Being in our community means joining in cooperation with us; we cannot ‘bring them into our community’ if they don’t want to join. What we can do is offer them an inducement to join. The GNU GPL is designed to make an inducement from our existing software: ‘If you will make your software free, you can use this code’<sup>43</sup>.

Of note is the aforementioned fact that Linux is proving to be more successful than BSD Unix which has endeavoured to maximise the freedom of commercial firms not obliged to release the source of BSD Unix-derived works. Lessig describes the GNU GPL as ‘Stallman’s real genius’ and says that it is a licence, which uses ‘the power of copyright to guarantee that what was produced under GPL not be removed from the commons’<sup>44</sup>. The licence is reproduced in Appendix A.

### 3.3. Quasi-Constitutional Facets of the GNU GPL

The GNU GPL is a rather loquacious licence, which includes an aspirational preamble closely resembling that of many constitutions and laden with moral prescription. Whereas constitutions often profess to take their cue from a heavenly body, the GNU GPL hones in on a devilish icon to be eschewed at all costs: that being the archetypal proprietary software licence. This licence presents potential signatories with an all-or-nothing proposition: acceptance of the terms has a knock-on effect for any future generation of assignees.

Open source society’s consciousness, according to Raymond, did not begin to stir until the early 1990s

---

39 Moody, G (2001), *Rebel Code*, London: Penguin, 2001, p.44.

40 Raymond (1999), *Cathedral and the Bazaar*, pp.149-151.

41 Rose, C M (1986), ‘The Comedy of the Commons: Custom, Commerce, and Inherently Public Property’, [Summer 1986]

53 *University of Chicago Law Review* 711.

42 Young, R and Goldman Rohm, W (1999), *Under The Radar*, USA: Coriolis, 1999, p.77.

43 <<http://www.ee.ethz.ch/~slist/ault/msg00218.html>>, (visited July 22<sup>nd</sup>, 2000).

44 Lessig (1999), ‘Open Code and Open Societies: Values of Internet Governance’, Sibley Lecture, University of Georgia, Athens, Georgia, February 16<sup>th</sup>, 1999.

and Stallman played an important role in raising its cultural awareness<sup>45</sup>. One of the reasons for the writing of this ‘constitution’ arose from the demonisation of hackers, which served as a catalyst for a type of declaration of independence from the proprietary software world and all that it engendered<sup>46</sup>. The Preamble holds as its ideal the freedom of its users and ‘territory’ from colonisation. It is an assertion of the sovereignty of open source participants against those who refuse to reveal their source code and appears to operate within a defined on-line territory.

Raymond expresses his concept of the community in language analogous to that of a state, albeit a virtual one. Open source territory is not cyberspace: on the contrary, it exists in ‘the space of all programs’<sup>47</sup>. He quotes the words of a hacker, Fare Rideau, who says that hackers own:

‘programming projects which carry with them inter-social bonds’<sup>48</sup>.

Programming space is akin to a software commons and projects constitute the ‘property rights’ in this arena. It is an unusual form of territory, however, in that entry is unrestricted and one may partake of any of its fruits, at no cost. The only prohibited acts, the forbidden apples as it were of this realm, are to exclude others from accessing and modifying one’s own contribution, to feign authorship of another’s program or, indeed, to attribute wrongfully to another the authorship of one’s own work – Biblical-style prohibitions whose violation could well result in e-exile. In addition to its quasi-constitutional status, copyleft also purports to rely on copyright law to enforce its strictures.

### 3.4. The GNU GPL’s Multidimensional Legal Protection

At the beginning of the licence, readers are advised that while copying and distribution of the text is not prohibited, the licence, unlike its subject matter, may not be modified.

The first three paragraphs of the Preamble of the GNU GPL explain the purpose of the licence and indicate that some responsibilities are expected in return for privileges granted.

Paragraph 4 of the Preamble informs users that the distribution of copies of the program entails an obligation to convey all rights received to transferees, including information regarding the licensing terms, a condition which is reiterated constantly throughout the body of the text.

The fifth paragraph pledges the dual protection of copyright and contract, and copying, distribution and modification of the software are permitted. The first clause of this paragraph relating to copyright is rather ill-phrased, in that it does not make clear in whom the copyright is supposed to vest. What may be intended is to provide an assurance that the software owner genuinely possesses the copyright in order to allay concerns that its use and modification will infringe someone else’s rights. Much of the

---

45 Moody, G (2001), *Rebel Code*, London: Penguin, pp.145-146.

46 Raymond is an advocate of OSS rather than free software and supports commercialisation over ideology. However, he believes that the GNU GPL facilitates this aim rather than mitigating against it, saying, for example ‘To pragmatists, the GPL is important as a tool, rather than as an end in itself’, Raymond (1999), *Cathedral and the Bazaar*, 2<sup>nd</sup> ed., p.70; elsewhere he talks about Microsoft’s efforts to discredit the GNU GPL and comments ‘thankfully they’ve failed’ and shows his support for the GNU GPL: <<http://www.zdnet.com/filters/printerfriendly/0,6061,5105560-92,00.html>>, (visited April 14<sup>th</sup>, 2002). However, he supports the right of each software developer to choose among different licences and would oppose any efforts to mandate free or open source licensing: <[http://linuxtoday.com/news\\_story.php3?ltsn=2--1-08-17-016-20-OP-CY](http://linuxtoday.com/news_story.php3?ltsn=2--1-08-17-016-20-OP-CY)>, (visited November 24<sup>th</sup>, 2002).

47 Raymond (1999), *Cathedral and the Bazaar*, p.94.

48 *Id.*, p.96.

copyright in derivative works belongs to the FSF, having been assigned by the authors of modifications. However, if such an assignment is not performed, the author of the derivative work may seek to claim an independent copyright but the GNU GPL was designed to protect against such action. If someone were to copyright a derivative work under the misapprehension that the software lay in the public domain, perhaps due to a failure to receive a copy of the licence, the GPL would not be violated but there would be a copyright infringement. This is due to the fact that a lack of awareness of extant copyright is no defence to a breach: copyright therefore purports to operate as a backup of the licence. McGowan points out that a fair use defence may be mounted to a charge of infringement if users copy code in order to make the program compatible with their own<sup>49</sup>. The GNU GPL presents the reader with a certain ambiguity in this regard: in the Preamble, paragraph 4 it pledges to allow users to pass on all their rights and in paragraph 5 states that rights are protected both under copyright law and the licence itself. It does not state whether use of the code encompasses all the fair use rights a user would have under copyright law or whether copyleft endeavours to abrogate exceptions to the strictures of copyright.

The next paragraph of the Preamble, like BSD licences, disclaims all warranties for the software, which is justified on the basis that its cost is minimal. This may fall foul of the law in certain European countries, however. 1999 saw the founding, in Germany, of the Institute for Legal Questions of Open Source Software, which is a forum where lawyers can discuss issues such as the GNU GPL's enforceability in German law. It was concluded that this term would not be upheld, especially if the software was for sale<sup>50</sup>. Another term in this section is that modified software must be identified as such, in order to guard the original developer's reputation. This is a protection against false attribution which, given the significance of reputation in the open source community, is of primary importance.

Paragraph 7 highlights the threat that patents pose for free software and advises that any re-distributors of the software who obtain patents must license it for everyone's unhindered use or refrain from licensing it at all.

Following the Preamble, the terms of the licence are listed. Section 0 states that the licence may be applied to works other than software and it is especially suitable for creations of an academic nature from which the author is unlikely to benefit economically but may nonetheless wish to earn reputation.

The first section permits literal copying but copyright notices and warranty disclaimers must be maintained, although additional charges can be made for the provision of a warranty. Licensees are entitled to charge when transferring a copy of the software and there is a reiteration of the requirement to distribute the licence when doing so.

Section 2 permits the modification and distribution of the software but new licensees must be informed, by way of notices, of any changes made. Derivative works must be licensed in their entirety and no charge may be made for these works. Section 2, paragraph 2 has provoked some controversy because if a GPL-ed program contains parts which are not based on OSS but which are included in a derivative work, copyright claims may not be made in relation to these independently created works. This proviso is to ensure the maintenance of the copyleft inclusionary boundaries but obligates the surrender of proprietary rights to any additional code. A difficulty with the implementation of this section is that even under US copyright law, what constitutes a derivative work may be the subject of uncertainty.

---

49 McGowan, D (?), 'Legal Implications of Open Source Software', *Social Science Research Network Electronic Paper Collection*: <[http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract\\_id=243237](http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=243237)>, (visited February 9<sup>th</sup>, 2002).

50 <<http://www.gnu.org/brave-gnu-world/issue-15.en.htm>>, (visited March 1<sup>st</sup>, 2001).

Furthermore, there appear to be inconsistencies between what the FSF classify as a derivative work and how such a work is defined under copyright<sup>51</sup>. Haynes criticises this provision, claiming that:

‘even the open source movement exploits and is hindered by copyright... users of open source risk losing their own copyrights ... [t]hey lose the benefits of the intellectual property system designed to protect their investment’<sup>52</sup>. However, he misses the point that investment costs are greatly reduced by being able to use free code and that by becoming part of the free or open source community, bug-tracking and peer review are both available free of cost.

Users are not prohibited, under section 3, from distributing the program in object code, provided that the source code is made available or an undertaking is given to provide the source code, presumably on request. If the re-distributor has only received the program in object code, information as to where to obtain the source code must be imparted.

The fourth section provides that third party rights are not invalidated if the original licensee breaks the terms of the licence, providing that these are adhered to. If the contractual aspect of copyleft is not upheld, any claims for redress hinge on copyright, which vests automatically in the original creator. This shows a subversive use of copyright, which allows the general public to benefit from a relaxation of its stringent rules, while ensuring that no one takes advantage of this freedom to exclude others. However, the present penalty for copyright infringement would not necessarily entail an obligation to reveal the source code of any modifications to the wronged party nor to hand over possession of any derivative works, so copyright law as it stands is not an ideal solution to deal with violators of the licence. Moreover, on a global scale, it is possible that an individual or organisation’s copyright will not be recognised uniformly throughout the world. It is likely, however, that any such code along with its developer, would be rejected by the community and any such modification would have to be maintained in isolation, thereby losing the benefits of peer review and bug-tracking. This would only directly affect violators who are members of an OSS group but negative publicity associated with non-conformity to OSS community norms may deter offences of this nature.

Section 5 informs licensees that by accepting the terms of the licence, they are bound by it. A potentially controversial issue which arises is the manner of distribution, especially if the licence is in shrink-wrap or click-wrap form. Such licences have been upheld in the US in *ProCD, Inc. v. Zeidenberg*<sup>53</sup> and *Hotmail Corp. v. Van\$ Money Pie Inc*<sup>54</sup> respectively but licensees must be aware of the existence of the contract for it to bind them<sup>55</sup>. These licences have become enshrined in legislation in the US by virtue of the Uniform Computer Information Transaction Act (UCITA), 1999 (Amended 2000, 2001), with some provisos<sup>56</sup>. Assent to any terms must occur after the user has had a chance to review them and payment must follow any such review. The right to reject the contract must be cost free but if the user does so, he or she rescinds the right to use the software. To date a version of this Act has been passed in a number of states and will eventually be considered by all.

51 Asay, M (2002), ‘A Funny Thing Happened on the Way to the Market: Linux, the General Public License, and a New Model for Software Innovation’, April, 2002, <[http://www.linuxdevices.com/articles/](http://www.linuxdevices.com/articles/AT4528760742.html)> AT4528760742.html, (visited August 29<sup>th</sup>, 2002).

52 Haynes, M A (1999), ‘Black Holes of Innovation in the Software Arts’, [Spring 1999] *Berkeley Technology Law Journal* 567, p.573.

53 86 F. 3d 1447, 1449 (7<sup>th</sup> Cir. 1996).

54 1998 WL 388389 (N.D.Cal.).

55 *Specht v. Netscape Corp.* 2001 WL 755396, 150F.Supp. 2d. 585 (SDNY, July 5, 2001), aff’d – F.3d – (2d Cir., Oct. 1, 2002); *Ticketmaster Corp. v. Tickets.Com, Inc.*, 54 U.S.P.Q.2d (BNA) 1344 (C.D. Cal. 2000).

56 Uniform Computer Information Transactions Act, 1999 (Amended 2000, 2001), sections 206 & 209.



The next section of the GNU GPL asserts that redistribution entails the receipt of a licence from the original licensor to copy or modify the program and that further restrictions cannot be imposed. The user is not responsible for enforcing the compliance of third parties under this section so a violation by a licensee does not make the licensor liable for any damages.

Should any part of the GNU GPL be struck down, Section 7 of the licence provides that the balance of the section should apply, thereby preserving its overall spirit.

The eighth section stipulates that a geographical region may be excluded from receiving the software if its use there is inhibited by patents or copyrights.

Under Section 9, the FSF reserves the right to alter the licence in order to address new circumstances which may arise. The advantage of this provision is that the licence can be adapted quickly to evolving technology and, in fact, the current GNU GPL is version 2 of the original licence. However, individuals are presently free to use any version of the GNU GPL they choose.

Despite the fact that the GNU GPL is over a decade old, it has yet to make its court debut due to an apparent universal compliance, once reminded of its terms, by all who have attempted to breach the licence. This suggests that whereas its legal validity is untested in the US and has been deemed to be of partial applicability only in some EU states, such as Germany<sup>57</sup>, its socio-legal status is well established and merits examination.

### 3.5 GNU GPL: A Socio-Legal Analysis

Professor Moglen, who is the FSF's general legal counsel, says that approximately twelve times a year, a GNU GPL violation of FSF copyrighted software comes to his attention<sup>58</sup>. To date, no recourse to the courts has been made: instead his method of dealing with these infringements is to contact the licensees, inform them of their contravention and compliance is invariably attained. This is a clear example of practices in close-knit communities whereby reports of any rule infractions are made by watchful neighbours, in this case hackers, and dealt with swiftly and informally.

Moglen comments:

‘[N]o large American software company has engaged in a public controversy with us over the enforceability of the GPL ... some might conclude ‘that means...there’s something about the GPL [that] is not enforceable’, I would turn that proposition around ... there have been no such controversies because nobody thinks they’re going to win them’<sup>59</sup>.

There are some echoes in this description of *Lex Mercatoria* or the Law Merchant in that its rules were based on ‘good faith’; the law did not play a part in ensuring compliance; and

---

<sup>57</sup> Metzger, A and Jaeger, T (?), opine that some of the clauses of the GNU GPL do not conform to German copyright law. For instance, the copyright holder would retain the right to integrity to his or her code under Section 14 of the Copyright Act and furthermore, the exclusion of warranty and liability would not be upheld: ‘Open Source Software and German Copyright Law’,

<[http://www.ifross.de/ifross\\_html/publikation.html](http://www.ifross.de/ifross_html/publikation.html)>, (visited November 24<sup>th</sup>, 2002).

<sup>58</sup> <<http://www.linuxdevices.com/articles/AT8211036539.html>>, (visited August 21<sup>st</sup>, 2002).

<sup>59</sup> Moody, *op. cit.*, p.313.



‘[r]eciprocity and the threat of business sanctions compelled performance’<sup>60</sup>.

The equivalence of business sanctions in the open source world involves the threat of damage to a firm’s reputation and co-operative behaviour is achieved, if not voluntarily, through the shunning and flaming of offenders. The law may, however, have created expectations regarding likely outcomes of disputes where custom has not been observed. The GNU GPL adds an extra dimension to such chastisement: the possibility of a lengthy and costly court case, together with negative publicity, which would likely ensue.

Intimation of imminent legal action, which often does not materialise may be a prelude to negotiation and settlement rather than a court hearing. This practice has been described in the family law arena as ‘bargaining in the shadow of the law’<sup>61</sup>. In such scenarios, by the time the case reaches the courts, frequently the only matter remaining to be resolved is formalisation of the agreement by means of a court order. Similarly, when Moglen contacts offenders, the GNU GPL reinforces his words, should any appeals to respect hacker customs be disregarded. This suggests that the processes at play in ensuring compliance with the terms of the GNU GPL exhibit features of legal pluralism, which, to borrow from open source terminology, is law in a ‘forked’ state. If one remedy is not effective, then another may be and there are several *quasi*-legal forks from which one can elect. Palmer and Roberts describe this selection as an evolving phenomenon of a ‘pick-and-mix’ approach to dispute resolution, aimed at performing this task with greater skill<sup>62</sup>.

Clark and Economides argue:

‘we have to recognize that the practice of law is a social activity encompassing a multitude of tasks which are only partially guided by formal legal rules ... and that many of these ‘legal’ tasks can be and increasingly are executed by individuals working in organizations which are not subject to the guardianship and control of the legal profession’<sup>63</sup>.

Nonetheless, Moglen believes there is an urgency to test the cognisability of the GNU GPL in the courts<sup>64</sup>, presumably to enshrine informal hacker customs in the common law.

### 3.6 If It Ain’t Broke, Why Fix It?

It is not entirely clear why Moglen, who has almost single-handedly cowed large corporations into compliance without even so much as a writ, deems litigation to be desirable, given that his present method of enforcement has proved to be 100% effective to date. If enforced by the courts decisively, however, this would undoubtedly bring great relief to those interested in maintaining the vivacity of free and OSS and reduce some of the time involved in informal policing. Raymond, although claiming the following view to be a minority position within the hacker community, says he believes that:

60 Trakman, L E (1983), *The Law Merchant: The Evolution of Commercial Law*, Littleton, Colorado: Fred B. Rothman & Co. p.10.

61 Mnookin, R H and Kornhauser, L (1978), ‘Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce’, [1978] 88 *Yale Law Journal* 950.

62 Palmer, M, and Roberts, S (1998), *Dispute Processes*, London: Butterworths, p.224.

63 Clark, A, Economides, K (1998), ‘Computers, Expert Systems, and Legal Processes: Toward a Sociological Understanding of Computers in Legal Practice,’ in Narayanan, A and Bennun, M (1998), *Law, Computer Science and Artificial Intelligence*, England: Intellect, 1998, pp.3-32, p.21.

64 Moody, *op. cit.*, p. 313.

‘the GPL is much more important as an implicit social contract than as a legal document’.

However, he considers that:

‘most hackers don’t trust the superiority of open-source development to want to give up using force of law to make it happen’<sup>65</sup>.

Moody speculates that if the GNU GPL is not upheld in court, the open source world would be severely affected<sup>66</sup>, so perhaps it would be better for the community if prospective court appearances were held in a state of suspended animation. Furthermore, litigating the GNU GPL, even if successful, may well undermine hacker confidence in their own customs and convert their community from a *gemeinschaft* into a *gesellschaft* society by relying on extraneous, impersonal legal processes over which they have no control.

The idea of the superiority of law as a means of regulating conduct appears to be firmly entrenched in open source quarters. However, in the analogous proprietary software world, legal measures against ‘piracy’, which is the nearest thing to a GNU GPL violation in the open source sphere, have proved hopelessly inept at containing this practice. A 1998 Price Waterhouse Report, commissioned by the Business Software Alliance estimated that over 40% of European business software was illegally copied<sup>67</sup>. Curiously, they deem the alleged US average of 27% to be a manageable rate<sup>68</sup> and thus have no expectation of attaining a level of compliance comparable to that achieved by the as yet judicially untested GNU GPL, despite intensive lobbying for increasingly punitive laws by which they hope to protect their intellectual property.

Law is often described ‘in terms of legislature, rules, courts and enforcement agencies’, the legislature is perceived to be the ‘ultimately authoritative’ source of law<sup>69</sup>, and its rules uniquely ascertain the result of disputes<sup>70</sup>. An unfortunate outcome of this type of system is that compromise is not encouraged, as it requires judges to determine rather than mediate issues before them. Parnell describes a judicial district of southern Mexico, in which inhabitants can choose between social rules and court processes which both co-exist for the resolution of certain disputes<sup>71</sup>. A counsellor in this region states that:

‘once a dispute reaches the district court ... there is no ‘forgive me’’<sup>72</sup>,

indicating that the court process has the effect of polarising the respective positions and that compromise is more likely to be achieved by means of social rules.

---

65 In e-mail correspondence with the author, February 18<sup>th</sup>, 2001.

66 Moody, *op. cit.*, pp.312-313.

67 Since that report, the piracy rate has allegedly declined further: a 1999 Global Software Piracy Report conducted by the International Planning and Research Corporation for the BSA and Software & Information Industry Association in May 2000 claims that this rate now stands at 36%.

68 Price Waterhouse Economic Report: ‘Contribution of the Packaged Software Industry to the European Economies’, p.28.

69 Roberts, S (1979), *Order and Dispute*, Harmondsworth: Penguin, 1979, p.18.

70 *Id.*, p.19.

71 Parnell, P (1978), ‘Village or State? Competitive Legal Systems in a Mexican Judicial District’, in Nader L and Todd, H F Jr. (eds.), *The Disputing Process – Law in Ten Societies*, New York: Columbia University, pp.315-350, p.316.

72 *Id.*, p.326.

In any case, if the courts are not favourable to the ideology of the GNU GPL, it may not be upheld. Lessig says that:

‘[t]he law prefers opaque to transparent code; it constructs incentives to hide code rather than to make its functionality obvious ... [o]ur law creates an incentive to enclose as much of an intellectual commons as possible. It works against publicity and transparency and helps to produce, in effect, a massive secret government’<sup>73</sup>.

Given such a climate, litigating the GNU GPL may prove to be too much of a gamble and the enforcement of this type of law is more likely to be assured if first enshrined in statute, which is not entirely improbable, given that its ethos has come to the attention of a number of prominent bodies around the world<sup>74</sup>.

### 3.7 GNU GPL: Acquiring a Lex Mercatoria-Style Force of its Own?

The GNU GPL’s doctrine is gaining ground, certainly in OSS camps<sup>75</sup>. The traditional software paradigm of software as a product is becoming less popular and its value is increasingly to be found in the services that are provided as adjuncts. Copyleft provides a better software distributive model than the proprietary one in that it ensures that a source code commons remains available. Philippe Queau, who is the director of the Information and Informatics Division of UNESCO says that the organisation is aiming to promote the public domain over privatisation, that copyleft can help this endeavour in that it encourages authors’ recognition rather than monetary reward, and that UNESCO is proposing that copyleft be made a positive right<sup>76</sup>. Copyleft does not, in fact, rule out monetary reward but, rather, indulges authorial reputation by permitting more participation in collaborative projects, while at the same time allowing the sale, but not the enclosure, of the software.

In 2000, there was a proposal in France of a law, which would have made the use of software:

‘of which the use and modification are free and for which the source code is available’<sup>77</sup>,

---

73 Lessig, L (1999), *Code and Other Laws of Cyberspace*, USA: Basic Books, p.225.

74 Codifying the GNU GPL would remove the ongoing uncertainty about whether it will be upheld, if and when it is litigated. It would also reduce some of the work involved in its informal policing. Such a legislative move would require resolution of some of the ambiguities of the GNU GPL already highlighted in this Article and modification of some of its terms may be necessary.

75 According to a study conducted by the EU group, the Interchange of Data between Administrations (IDA), the GNU GPL is described as ‘the most popular OSS licence’ and it indicates that ‘[a] lot of software that was not initially part of the GNU project is today distributed under GPL’, an example being the Linux kernel, Schmitz, P E and Castiaux, S (2002), ‘Pooling Open Source Software’, An IDA Feasibility Study, Interchange of Data between Administrations, European Commission, DG Enterprise, June 2002, p.42. Wheeler reports that an Internet site, Freshmeat.net, which maintains the Web’s largest index of Unix and cross-platform open source software, recently announced that out of over 25,000 software packages it tracks, nearly 72% are licensed using the GNU GPL; the next most popular licences being the LGPL and then BSD licences. Moreover, Sourceforge.net, the Web’s largest repository of open source code and applications, has said that the GNU GPL covers 73% of the almost 24,000 open source projects it hosts and consistent with Freshmeat.net’s findings, the next most popular licence was the LGPL with 10% and BSD licences at 7 %. Wheeler also says that many high profile projects have made an effort to become compatible with the GNU GPL, including the Python language and the vim text editor. Mozilla is currently trying to resolve incompatibilities between its older licences and the GNU GPL. Rather than having to re-licence software at a later date, Wheeler believes that it is actually easier to choose the GNU GPL from the outset:

<<http://www.osopinion.com/perl/printer/17201/>>, (visited June 11<sup>th</sup>, 2002).

76 <<http://www.britannica.com/bcom/magazine/article/0,5744,228432,00.html>>, (visited June 20<sup>th</sup>, 2000).

77 <<http://www.gnu.org/brave-gnu-world/issue-12.en.htm>>, (visited March 1<sup>st</sup>, 2001).

mandatory throughout French public organisations. An Agency of Free Software was set up in order to study appropriate licensing schemes<sup>78</sup>. However, the idea was not ultimately adopted as it was perceived to pose a threat to competition. Subsequent, more limited proposals suggest making source code available solely to the government<sup>79</sup>.

Argentina has considered a number of bills, which would make it mandatory for all government offices to use open source software<sup>80</sup>. Stringent penalties for piracy of computer programs were introduced in 1998, after which a 45 day period of grace was granted during which time violators had an opportunity to emend their status. At the expiry of this time, Software Legal, the Argentine equivalent of the BSA, zealously targeted persistent offenders at which juncture less than half chose to comply. Among repeat reprobates looming rather large on the piracy blacklist are government departments such as tourism and social security who are tiring somewhat of being tarred with the piracy brush. Their consideration of open source has not gladdened the hearts of Software Legal, however, which now has cause to fret over the fact that their chances of competing may be curtailed<sup>81</sup>. Other Latin American countries such as Peru are also seriously considering promulgating the use of OSS in government administration<sup>82</sup> but are being challenged by representatives from Microsoft who are not especially thrilled at this prospect.

The German Bundestag has deliberated OSS, arriving at a unanimous vote:

‘OSS should be used and promoted throughout the administration’.

Of particular concern is the fact that despite present EU limitations on the granting of software patents, any future relaxation of this stance might result in a chilling effect on any further development of free software. Another focus was on the need to keep encryption methods open to ensure security<sup>83</sup>, as when source code is not accessible, the existence of ‘back doors’ or deliberately collocated software holes which facilitates monitoring, is impossible to ascertain.

A more significant development has occurred in the European Community where the Information Society Directorate General of the European Commission has set up a Working Group on what is referred to as ‘libre software’<sup>84</sup>, meaning both free and open source software. The remit of this group is to study the libre software phenomenon and to draw up a set of proposals for the Community<sup>85</sup>, which has been published as a work in progress<sup>86</sup>. The group is critical of liberal US policy on the granting of patents, which it opines will hinder the development of proprietary as well as OSS, and may lead to a plethora of inadvertent intellectual property infringements<sup>87</sup>. As such, it advocates that software patenting should be resisted to ensure that it does not become a weapon against OSS development<sup>88</sup>.

---

78 *Id.*

79 <<http://www.gnu.org/brave-gnu-world/issue-17.en.htm>>, (visited February 2<sup>nd</sup>, 2001).

80 The most recent of these is called ‘Proyecto de Ley 1416-D-02 and is currently being considered by the Committee of Education, Science and Technology.

81 *Wired*, <<http://www.wired.com/news/print/0,1294,43529,00.htm>>, (visited May 4<sup>th</sup>, 2001).

82 *Wired*, <<http://www.wired.com/news/business/0,1367,51902,00.html>>, (visited November 1<sup>st</sup>, 2002).

83 Troles, E., of the Ministry of the Interior, Germany, speaking at the Interchange of Data between Administrations (IDA) Symposium on use of Open Source Software in EU public administrations.

84 The word ‘libre’ was chosen as in French and Spanish, this word unambiguously means ‘free’ and does not encapsulate any notions of ‘gratis’.

85 <[http://europa.eu.int/ISPO/topics/eifs/free\\_software.htm](http://europa.eu.int/ISPO/topics/eifs/free_software.htm)>, (visited March 27<sup>th</sup>, 2001).

86 ‘Free Software/Open Source: Information Society Opportunities for Europe?’, April 2000, Version 1.2 (work in progress), <<http://europa.eu.int>>, (visited March 27<sup>th</sup>, 2001).

87 *Id.*, p.21.

88 *Id.*, p.26.

The group perceived this software as:

‘both a great opportunity and an important resource’ ,

and advised that the recommendations should not be understood as helping open source software, but rather how best:

‘to help Europe to benefit from open source software’<sup>89</sup>.

The IDA (Interchange of Data between Administrations), a body set up to facilitate OSS use throughout the EU recently commissioned a report entitled ‘Pooling Open Source Software’<sup>90</sup>, although such software may be released under a different licence, and not the GNU GPL. This is an Esperanto-type endeavour to develop a climate of sharing bespoke software, which is used more often in the EU than OSS, and when not shared, is much more costly.

A factor likely to follow hot on the heels of any such measure is new legislation, of which the spirit of the GNU GPL should be at the core. This kaleidoscopic socio-legal subterfuge may well be incorporated into European law and elsewhere in some form in the future. If governments begin to adopt OSS, after some time they will wish to ensure that they too profit from any modifications they make. Of prime importance will be the close tailoring of any such law to hackers’ customary rules<sup>91</sup>. If this is not carried out effectively, there lurks the possibility that the open source commons will be destroyed.

The growing prominence of OSS is inextricably entwined with the Internet’s expansion. In this new medium, protecting software as a product poses an inordinate juxtaposition with the type of coverage actually necessary. The pace of Linux’s market penetration is likely to continue and, far from being ‘hackerware’, this operating system has gained mainstream respect.

Hackers gleefully quote Gandhi when postulating on their future fate.

‘First they ignore you. Then they laugh at you. Then they fight you. Then you win’<sup>92</sup>.

#### 4. Conclusion

Open source software may be licensed in a number of different ways. Users may be permitted to do whatever they want with the code, a few minor restrictions aside, or they may be able to participate in a less selfish way by being obliged to contribute back to the software commons the source code of any

---

<sup>89</sup> *Id.*, p.25.

<sup>90</sup> Schmitz, P E and Castiaux, S (2002), ‘Pooling Open Source Software’, An IDA Feasibility Study, Interchange of Data between Administrations, European Commission, DG Enterprise, June 2002.

<sup>91</sup> In order to encourage the growth of a contributory commons, and hackers certainly seem to have opted for this route, legislators would be well advised to bear in mind the differences between the Unix and Linux histories. While the former fragmented and lost its market share, the latter, younger but wiser, has sought to avoid these mistakes by a careful consideration of licensing terms. If this is not protected, there is a danger that the expanding, contributory commons could be converted into an open access – and exit – commons where takers abound but givers are in short supply. Hackers in the OSS camp have chosen the GNU GPL for practical rather than ideological reasons and it is likely that they would oppose such a move. However, if the GNU GPL is not upheld in court, they may change their minds if they find their customs being violated by proprietary software companies privatising their software with impunity and giving nothing back for what they have taken.

<sup>92</sup> <<http://www.techreview.com/articles/jan99/mann.htm>>, (visited November 20<sup>th</sup>, 1999).

modifications they have made. Without some onus on users to give something back for what they get, it is unlikely that a robust software commons will continue to flourish indefinitely. The GNU GPL, which is the licence most often used in this realm, has been central to OSS's success. Any legislation drafted and implemented by governments considering the use of this software should be based on this licence. Governments should be guided by what has worked for a dozen years in the open source realm and not attempt to place too many or too few restrictions on this resource unless they are prepared to play dice with its survival. They have chosen to move away to an extent from proprietary models of software and should be open to consider new or unfamiliar forms of intellectual property protection which have a proven track record in open source terrain.

## Appendix A

GNU GENERAL PUBLIC LICENCE

Version 2, June 1991

Copyright © 1989, 1991 Free Software Foundation,  
59 Temple Place, Suite 330, Boston, MA 02111-1307 USA

Everyone is permitted to copy and distribute verbatim copies of this licence document, but changing it is not allowed.

### Preamble

The licences for most software are designed to take away your freedom to share and change it. By contrast, the GNU General Public Licence is intended to guarantee your freedom to share and change free software – to make sure the software is free for all its users. This General Public Licence applies to most of the Free Software Foundation's software and to any other program whose authors commit to using it. (Some other Free Software Foundation software is covered by the GNU Library General Public Licence instead.) You can apply it to your programs, too.

When we speak of free software, we are referring to freedom, not price. Our General Public Licences are designed to make sure that you have the freedom to distribute copies of free software (and charge for this service if you wish), that you receive source code or can get it if you want it, that you can change the software or use pieces of it in new free programs; and that you know you can do these things.

To protect your rights, we need to make restrictions that forbid anyone to deny you these rights or to ask you to surrender the rights. These restrictions translate to certain responsibilities for you if you distribute copies of the software, or if you modify it.

For example, if you distribute copies of such a program, whether gratis or for a fee, you must give the recipients all the rights that you have. You must make sure that they, too, receive or can get the source code. Any you must show them these terms so they know their rights.

We protect your rights with two steps: (1) copyright the software, and (2) offer you this licence which gives you legal permission to copy, distribute and/or modify the software.

Also, for each author's protection and ours, we want to make certain that everyone understands that





there is no warranty for this free software. If the software is modified by someone else and passed on, we want its recipients to know that what they have is not the original, so that any problems introduced by others will not reflect on the original authors' reputations.

Finally, any free program is threatened constantly by software patents. We wish to avoid the danger that redistributors of a free program will individually obtain patent licenses, in effect making the program proprietary. To prevent this, we have made it clear that any patent must be licensed for everyone's free use or not licensed at all.

The precise terms and conditions for copying, distribution and modification follow.

#### GNU GENERAL PUBLIC LICENCE TERMS AND CONDITIONS FOR COPYING, DISTRIBUTION AND MODIFICATION

0. This Licence applies to any program or other work which contains a notice placed by the copyright holder saying it may be distributed under the terms of this General Public Licence. The 'Program', below, refers to any such program or work, and a 'work based on the Program' means either the Program or any derivative work under copyright law: that is to say, a work containing the Program or a portion of it, either verbatim or with modifications and/or translated into another language. (Hereinafter, translation is included without limitation in the term 'modification'.) Each licensee is addressed as 'you'.

Activities other than copying, distribution and modification are not covered by this Licence; they are outside its scope. The act of running the Program is not restricted, and the output from the Program is covered only if its contents constitute a work based on the Program (independent of having been made by running the Program). Whether that is true depends on what the Program does.

1. You may copy and distribute verbatim copies of the Program's source code as you receive it, in any medium, provided that you conspicuously and appropriately publish on each copy an appropriate copyright notice and disclaimer of warranty; keep intact all the notices that refer to this Licence and to the absence of any warranty; and give any other recipients of the Program a copy of this Licence along with the Program.

You may charge a fee for the physical act of transferring a copy, and you may at your option offer warranty protection in exchange for a fee.

2. You may modify your copy or copies of the Program or any portion of it, thus forming a work based on the Program, and copy and distribute such modifications or work under the terms of Section 1 above, provided that you also meet all of these conditions:

(a) You must cause the modified files to carry prominent notices stating that you changed the files and the date of any change.

(b) You must cause any work that you distribute or publish, that in whole or in part contains or is derived from the Program or any part thereof, to be licensed as a whole at no charge to all third parties under the terms of this Licence.

(c) If the modified program normally reads commands interactively when run, you must cause it,



when started running for such interactive use in the most ordinary way, to print or display an announcement including an appropriate copyright notice and a notice that there is no warranty (or else, saying that you provide a warranty) and that users may redistribute the program under these conditions, and telling the user how to view a copy of this Licence. (Exception: if the Program itself is interactive but does not normally print such an announcement, your work based on the Program is not required to print an announcement.)

These requirements apply to the modified work as a whole. If identifiable sections of that work are not derived from the Program, and can be reasonably considered independent and separate works in themselves, then this Licence, and its terms, do not apply to those sections when you distribute them as separate works. But when you distribute the same sections as part of a whole which is a work based on the Program, the distribution of the whole must be on the terms of this Licence, whose permissions for others licensees extend to the entire whole, and thus to each and every part regardless of who wrote it.

Thus, it is not the intent of this section to claim rights or contest your rights to work written entirely by you; rather, the intent is to exercise the right to control the distribution of derivative or collective works based on the Program.

In addition, mere aggregation of another work not based on the Program with the Program (or with a work based on the Program) on a volume of a storage or distribution medium does not bring the other work under the scope of this Licence.

3. You may copy and distribute the Program (or a work based on it, under Section 2) in object code or executable form under the terms of Sections 1 and 2 above provided that you also do one of the following:

- (a) Accompany it with the complete corresponding machine-readable source code, which must be distributed under the terms of Sections 1 and 2 above on a medium customarily used for software interchange; or,
- (b) Accompany it with a written offer, valid for at least three years, to give any third party, for a charge no more than your cost of physically performing source distribution, a complete machine-readable copy of the corresponding source code, to be distributed under the terms of Sections 1 and 2 above on a medium customarily used for software interchange; or,
- (c) Accompany it with the information you received as to the offer to distribute corresponding source code. (This alternative is allowed only for non-commercial distribution and only if you received the program in object code or executable form with such an offer, in accord with Subsection (b) above.)

The source code for a work means the preferred form of the work for making modifications to it. For an executable work, complete source code means all the source code for all modules it contains, plus any associated interface definition files, plus the scripts used to control compilation and installation of the executable. However, as a special exception, the source code distributed need not include anything that is normally distributed (in either source or binary form) with the major components (compiler, kernel, and so on) of the operating system on which the executable runs, unless that component itself accompanies the executable.

If distribution of executable or object code is made by offering access to copy from a designated place,



then offering equivalent access to copy the source code from the same place counts as distribution of the source code, even though third parties are not compelled to copy the source along with the object code.

4. You may not copy, modify, sublicense, or distribute the Program except as expressly provided under this Licence. Any attempt otherwise to copy, modify, sublicense or distribute the Program is void, and will automatically terminate your rights under this Licence. However, parties who have received copies, or rights, from you under this Licence will not have their licences terminated so long as such parties remain in full compliance.

5. You are not required to accept this Licence, since you have not signed it. However, nothing else grants you permission to modify or distribute the Program or its derivative works. These actions are prohibited by law if you do not accept this Licence. Therefore, by modifying or distributing the Program (or any work based on the Program), you indicate your acceptance of this Licence to do so, and all its terms and conditions for copying, distributing or modifying the Program or works based on it.

6. Each time you redistribute the Program (or any work based on the Program), the recipient automatically receives a licence from the original licensor to copy, distribute or modify the Program subject to these terms and conditions. You may not impose any further restrictions on the recipients' exercise of the rights granted herein. You are not responsible for enforcing compliance by third parties to this Licence.

7. If, as a consequence of a court judgment or allegation of patent infringement or for any other reason (not limited to patent issues), conditions are imposed on you (whether by court order, agreement or otherwise) that contradict the conditions of this Licence, they do not excuse you from the conditions of this Licence. If you cannot distribute so as to satisfy simultaneously your obligations under this Licence and any other pertinent obligations, then as a consequence you may not distribute the Program at all. For example, if a patent license would not permit royalty-free redistribution of the Program by all those who receive copies directly or indirectly through you, then the only way you could satisfy both it and this Licence would be to refrain entirely from distribution of the Program.

If any portion of this section is held invalid or unenforceable under any particular circumstance, the balance of the section is intended to apply and the section as a whole is intended to apply in other circumstances.

It is not the purpose of this section to induce you to infringe any patents or other property right claims or to contest validity of any such claims; this section has the sole purpose of protecting the integrity of the free software distribution system, which is implemented by public licence practices. Many people have made generous contributions to the wide range of software distributed through that system in reliance on consistent application of that system; it is up to the author/donor to decide if he or she is willing to distribute software through any other system and a licence cannot impose that choice.

This section is intended to make thoroughly clear what is believed to be a consequence of the rest of this Licence.

8. If the distribution and/or use of the Program is restricted in certain countries either by patents or copyrighted interfaces, the original copyright holder who places the Program under this Licence may

add an explicit geographical distribution limitation excluding those countries, so that distribution is permitted only in or among countries not thus excluded. In such case, this Licence incorporates the limitation as if written in the body of this Licence.

9. The Free Software Foundation may publish revised and/or new versions of the General Public Licence from time to time. Such new versions will be similar in spirit to the present version, but may differ in detail to address new problems or concerns.

Each version is given a distinguishing version number. If the Program specifies a version number of this Licence which applies to it and ‘any later version’, you have the option of following the terms and conditions either of that version or of any later version published by the Free Software Foundation. If the Program does not specify a version number of this Licence, you may choose any version ever published by the Free Software Foundation.

10. If you wish to incorporate parts of the Program into other free programs whose distribution conditions are different, write to the author to ask for permission. For software which is copyrighted by the Free Software Foundation, write to the Free Software Foundation; we sometimes make exceptions for this. Our decision will be guided by the two goals of preserving the free status of all derivatives of our free software and of promoting the sharing and reuse of software generally.

#### NO WARRANTY

11. BECAUSE THE PROGRAM IS LICENSED FREE OF CHARGE, THERE IS NO WARRANTY FOR THE PROGRAM, TO THE EXTENT PERMITTED BY APPLICABLE LAW. EXCEPT WHEN OTHERWISE STATED IN WRITING THE COPYRIGHT HOLDERS AND/OR OTHER PARTIES PROVIDE THE PROGRAM ‘AS IS’ WITHOUT WARRANTY OF ANY KIND, EITHER EXPRESSED OR IMPLIED, INCLUDING, BUT NOT LIMITED TO, THE IMPLIED WARRANTIES OF MERCHANTABILITY AND FITNESS FOR A PARTICULAR PURPOSE. THE ENTIRE RISK AS TO THE QUALITY AND PERFORMANCE OF THE PROGRAM IS WITH YOU. SHOULD THE PROGRAM PROVE DEFECTIVE, YOU ASSUME THE COST OF ALL NECESSARY SERVICING, REPAIR OR CORRECTION.

12. IN NO EVENT UNLESS REQUIRED BY APPLICABLE LAW OR AGREED TO IN WRITING WILL ANY COPYRIGHT HOLDER, OR ANY OTHER PARTY WHO MAY MODIFY AND/OR REDISTRIBUTE THE PROGRAM AS PERMITTED ABOVE, BE LIABLE TO YOU FOR DAMAGES, INCLUDING ANY GENERAL, SPECIAL, INCIDENTAL OR CONSEQUENTIAL DAMAGES ARISING OUT OF THE USE OR INABILITY TO USE THE PROGRAM (INCLUDING BUT NOT LIMITED TO LOSS OF DATA OR DATA BEING RENDERED INACCURATE OR LOSSES SUSTAINED BY YOU OR THIRD PARTIES OR A FAILURE OF THE PROGRAM TO OPERATE WITH ANY OTHER PROGRAMS), EVEN IF SUCH HOLDER OR OTHER PARTY HAS BEEN ADVISED OF THE POSSIBILITY OF SUCH DAMAGES.

#### END OF TERMS AND CONDITIONS

#### How to Apply These Terms to Your New Programs

If you develop a new program, and you want it to be of the greatest possible use to the public, the best way to achieve this is to make it free software which everyone can redistribute and change under these terms.

To do so, attach the following notices to the program. It is safest to attach them to the start of each source file to most effectively convey the exclusion of warranty; and each file should have at least the ‘copyright’ line and a pointer to where the full notice is found.

<one line to give the program’s name and a brief idea of what it does.>



Copyright © 19yy <name of author>

This program is free software; you can redistribute it and/or modify it under the terms of the GNU General Public Licence as published by the Free Software Foundation; either version 2 of the Licence, or (at your option) any later version.

**This program is distributed in the hope that it will be useful, but WITHOUT ANY WARRANTY; without even the implied warranty of MERCHANTABILITY or FITNESS FOR A PARTICULAR PURPOSE. See the GNU General Public Licence for more details.**

You should have received a copy of the GNU General Public Licence along with this program; if not, write to the Free Software Foundation, Inc., 59 Temple Place, Suite 330, Boston, MA 02111-1307 USA

Also add information on how to contact you by electronic and paper mail.

If the program is interactive, make it output a short notice like this when it starts in an interactive mode:

Gnomovision version 69, Copyright © 19yy name of author

Gnomovision comes with ABSOLUTELY NO WARRANTY; for details type ‘show w’.

This is free software, and you are welcome to redistribute it under certain conditions; type ‘show c’ for details.

The hypothetical command ‘show w’ and ‘show c’ should show the appropriate parts of the General Public Licence. Of course, the commands you use may be called something other than ‘show w’ and ‘show c’; they could even be mouse-clicks or menu items—whatever suits your program.

You should also get your employer (if you work as a programmer) or your school, if any, to sign a ‘copyright disclaimer’ for the program, if necessary. Here is a sample; alter the names:

Yoyodyne, Inc., hereby disclaims all copyright interest in the program ‘Gnomovision’ (which makes passes at compilers) written by James Hacker.

<signature of Ty Coon>, 1 April 1989

Ty Coon, President of Vice

This General Public Licence does not permit incorporating your program into proprietary programs. If your program is a subroutine library, you may consider it more useful to permit linking proprietary applications with the library. If this is what you want to do, use the GNU Library General Public Licence instead of this Licence.

### 3.- Links

Creative Commons

<http://www.creativecommons.org/>

Página jornadas Copyleft

<http://copyleft.sindominio.net/>

GNU

<http://www.gnu.org/copyleft/copyleft.es.html>

Biblioweb de Sindominio

<http://www.sindominio.net/biblioweb/>

X-Evian

<http://www.e-oss.net/x-evian/>