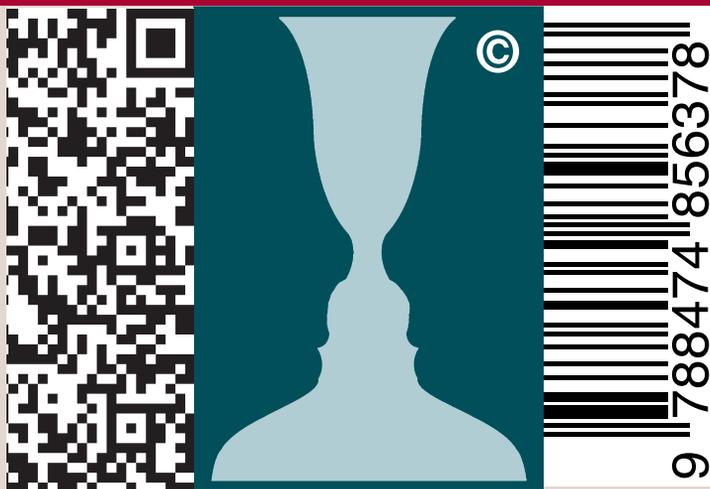


El *copyright* en cuestión

Prólogo de Kirmen Uribe

Francisco Fernández Beltrán, Carlota Planas i Silva, Antonio Muñoz Vico,
Gema Tomás Martínez, Isabel Hernando Collazos, Ion K. Artatxo Aurtenetxe,
Andoni Sagarna, Glòria Pérez-Salmerón, José Antonio Cerdón García,
Fernando Carbajo Cascón, Julio Alonso Arévalo y Andrés Urrutia Badiola

Javier Torres Ripa y José Antonio Gómez Hernández (coords.)



DeustoDigital

Publicaciones

El *copyright* en cuestión

Diálogos sobre propiedad intelectual

Javier Torres Ripa y José Antonio Gómez Hernández (coords.)

El *copyright* en cuestión

Diálogos sobre propiedad intelectual

2011
Universidad de Deusto
Bilbao

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

© Publicaciones de la Universidad de Deusto
Apartado 1 - 48080 Bilbao
e-mail: publicaciones@deusto.es
ISBN: 978-84-9830-301-8

Índice

Presentación

Francisco Fernández Beltrán, Presidente de la Unión de Editoriales
Universitarias Españolas (UNE) 00

Introducción: Diálogos sobre propiedad intelectual

Javier Torres Ripa y José Antonio Gómez Hernández 00

Prólogo: Libros entre diamantes

Kirmen Uribe 00

Parte I

VISIÓN JURÍDICA SOBRE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Los contratos editoriales en la era del acceso: la desintermediación legal

Carlota Planas i Silva 00

Diálogos sobre Propiedad Intelectual. Una defensa convencida de la libertad de creación

Antonio Muñoz Vico 00

Docencia e investigación en el marco de la propiedad intelectual. Normativa española y europea

Gema Tomás Martínez 00

Etnografía y propiedad intelectual. Pinceladas sobre los retos legales planteados

Isabel Hernando Collazos 00

La gestión de conocimiento a través de las licencias <i>Creative Commons</i>: la Real Academia de la Lengua Vasca <i>Ion K. Artatxo Aurtenetxe</i>	00
--	----

Parte II

BIBLIOTECAS, INSTITUCIONES E INDUSTRIAS CULTURALES ANTE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Contenidos digitales y propiedad intelectual. Nuevos retos para la in- dustria editorial <i>Andoni Sagarna</i>	00
--	----

Leer en digital en las nuevas bibliotecas del siglo XXI <i>Glòria Pérez-Salmerón</i>	00
--	----

La propiedad intelectual y los derechos de autor en bibliotecas y cen- tros de información: revistas digitales y acceso abierto, <i>Julio Alonso Arévalo, Fernando Carbajo Cascón y José Antonio Cor- dón García</i>	00
--	----

El libro electrónico: propiedad intelectual, derechos de autor y bibliotecas <i>José Antonio Cordón García, Fernando Carbajo Cascón y Julio Alonso Arévalo</i>	00
--	----

REFLEXIONES FINALES

<i>Ondorio gisa: una visión para el futuro</i> <i>Andrés Urrutia Badiola</i>	00
--	----

Presentación

Francisco Fernández Beltrán

Presidente de la Unión de Editoriales Universitarias Españolas, UNE

A medida que las sociedades evolucionan y se vuelven más complejas, resulta cada vez más imprescindible el papel que los mediadores desempeñan en las mismas. Así, la relación entre los miembros de una sociedad amplia y diversa no puede realizarse ya directamente, sino que requiere del trabajo especializado de personas cuya función principal es la de mediar entre unas y otras, facilitando así la distribución y el intercambio de productos y servicios. Un ejemplo evidente de ello es la notable transformación que ha experimentado en las últimas décadas el conocimiento humano en todos los campos del saber y, en especial, su transmisión a través de la docencia universitaria y de las publicaciones que llevamos a cabo desde los campus y otras entidades científicas.

La edición universitaria, desde su triple misión orteguiana de apoyo a la docencia, difusión de la investigación y promoción de la cultura, supone fundamentalmente una labor de conectividad, de interrelación, al contribuir de la mejor manera posible a que el saber que tienen los autores llegue a la sociedad, al conjunto de la población lectora. Para ello se requiere de la confluencia de un importante número de habilidades técnicas y de un conocimiento especializado en el ámbito de la edición, en el que tienen una importancia creciente todos los aspectos relacionados con la gestión de la propiedad intelectual. El editor, en esa labor de mediación tan necesaria, no sólo ha de velar por la mejor transmisión del saber, sino que también ha de preocuparse por cómo garantizar los derechos que se deriven de esa creación original, tanto para el autor, como legítimo artífice de ese avance para toda la humanidad, como para la propia editorial, que representa una industria con una importante capacidad de generación de riqueza y que necesita para ello del justo retorno de la inversión y del esfuerzo realizado. Por tanto, nos encontramos ante un tema capital para el desarrollo presente y futuro de la edición y, de manera particular, de la edición universitaria, que lejos de ver menguadas sus funciones se ha convertido en una actividad más necesaria que nunca.

Y esa importancia creciente del editor, como figura clave en la mediación entre autores y lectores, lo es especialmente en el caso de la gestión de la propiedad intelectual porque en este caso concreto nos encontramos ante una realidad en pleno proceso de transformación, o de evolución incluso, y en la que, en muchas ocasiones, la capacidad regulatoria del legislador ha ido uno o varios pasos por detrás de las nuevas fronteras abiertas por la tecnología. Como cualquier observador puede comprobar, Internet ha abierto enormes posibilidades para la difusión de las ciencias y las artes, pero al mismo tiempo ha comprometido la capacidad de crecimiento de las industrias de contenidos y ha puesto en jaque la garantía para el libre ejercicio de sus derechos de propiedad intelectual a muchos autores y creadores. Por ello, este libro y el debate que en torno al mismo se ha generado y se generará suponen una aportación muy interesante por la que quisiera felicitar a sus editores, Javier Torres Ripa y José Antonio Gómez Hernández. A nadie se le escapa que las universidades hemos encontrado en Internet un aliado fantástico para poder proyectar la actividad de nuestros campus más allá de nuestras fronteras físicas, pero también que ese nuevo territorio para el intercambio de conocimiento se ha de regular de manera adecuada para que en el mismo puedan satisfacerse y no colisionar los intereses de libreros, bibliotecarios, distribuidores, lectores, las propias universidades, sus alumnos y los propios autores y generadores de contenidos. Es un reto de gran complejidad, que exige un planteamiento supranacional, de ámbito europeo, como se plantea en estas mismas páginas, pero que mientras se resuelve exigirá un trabajo previo de reflexión y análisis en el que este libro será de gran ayuda.

Para las editoriales universitarias, comprometidas desde hace años a través de la Unión de Editoriales Universitarias Españolas (UNE) en la expansión de prácticas de calidad en nuestro ámbito de trabajo, *El copyright en cuestión* representa una aportación fundamental para poder entender el presente y el futuro del libro, así como la gestión de ese intangible tan importante dentro de nuestra industria cultural como es el del concepto de autoría y todo lo que ello representa. En estas páginas se recoge un análisis pormenorizado y variado de la cuestión, que estamos seguros que será una de las piedras angulares para la futura organización y regulación de la cuestión del derecho de copia y de la gestión de la propiedad intelectual en el sector del libro. Por ello, quisiera en nombre de la UNE agradecer la colaboración de la Universidad de Deusto, el Gremio de Editores de Euskadi, la Real Academia Vasca, CEDRO, la Federación de Gremios de Editores de España, el bufete Garrigues y la Universidad del País Vasco, así como de los ponentes y autores de este libro, cuyas aportaciones son de gran ayuda para intentar dilucidar un camino todavía oscuro y por el que todos los editores tenemos que transitar ya y lo tendremos que hacer aún más en el futuro.

Introducción:

Diálogos sobre propiedad intelectual

*Javier Torres Ripa** y *José Antonio Gómez Hernández***

Es evidente que en el marco de la sociedad de la información se ha producido una revolución en las formas de acceso y difusión del conocimiento. Se han multiplicado las facilidades que Internet ofrece para la difusión y el acceso a los contenidos, conformando para el mundo del libro *tradicional* un marco de realidades más amplias que las recogidas hasta ahora en los diferentes ordenamientos jurídicos.

En este aspecto se tiene la sensación de que la realidad ha ido más rápido que la legislación de propiedad intelectual, y de que ésta es de muy compleja aplicación en el contexto digital. Los nuevos problemas y las nuevas oportunidades existentes dan cuerpo a una inquietud jurídica que cobra, cada día, un mayor eco en la sociedad y que, además, genera una preocupación creciente entre los editores, los creadores de originales, las instituciones culturales y los lectores. Tratar de algunas de las dimensiones de la situación es el objetivo de este libro.

Se han multiplicado las plataformas y *webs* donde se alojan los soportes electrónicos, unas veces en ediciones no venales y otras buscando su comercialización, pero en ambos casos intentando su difusión. Los libros electrónicos van ganando terreno para la divulgación científica, y las organizaciones, universidades y entidades científicas que se dedican al progreso y difusión del conocimiento en sus distintas áreas ya no pueden prescindir de esta forma de hacer que se ha implantado entre los científicos, los profesores y los que se están formando para ser profesionales o investigadores. Es en este nuevo campo de proyección que ofrece Internet donde se libra la batalla de respeto de los derechos que corresponden a editores, autores y lectores.

* Javier Torres Ripa es director de Publicaciones de la Universidad de Deusto.

** José Antonio Gómez Hernández es profesor de Biblioteconomía de la Universidad de Murcia.

En lo que se refiere a la edición universitaria hay que decir que, tras haber desarrollado en los últimos años una competente labor de publicación, de calidad bien contrastada, actualmente se encuentra en una encrucijada. Para las editoriales universitarias la reconversión digital del libro ha sido un imperativo asumido, y en el que están a medio camino, pero el cambio de modelo y la situación antes descrita les genera muchas dudas. Mientras que está por definir un nuevo modelo de gestión de derechos, los nuevos hábitos en la difusión y el consumo de los contenidos (inmediato, completo, sin limitaciones, reutilizable) ya se han consolidado en las prácticas de los usuarios.

El desarrollo de la enseñanza y el avance de la ciencia es impensable sin la ayuda que ofrece Internet; compartir conocimientos permite progresar individual o colectivamente, y se ha convertido en algo normal y necesario en el mundo de la gestión del conocimiento. Pero, ¿en qué consiste en este nuevo marco el respeto a los derechos de propiedad intelectual? Por ejemplo, los campus virtuales de las universidades, en los que se ha generalizado la difusión y el acceso a los documentos de aprendizaje, son un punto delicado en la gestión de la propiedad intelectual, pues los autores pueden o no haber dado autorización a este uso de sus materiales.

Aunque el investigador ya se ha acostumbrado al manejo de los soportes digitales y conoce el respeto que debe tener respecto a los derechos de autor, hoy tenemos nuevos y diversos públicos, nuestro *target* es mayor. Se han incorporado *los nativos digitales*, que son mucho más rápidos y que tienen un concepto más fungible de la realidad. Usar y consumir son las claves que se funden en un solo gesto, en un *click*. Pero el aprendizaje requiere tiempo, las pantallas cansan, hay limitaciones a la impresión, hay exigencias de formatos, hay muchas cosas que hacen difícil el cambio de soportes. A veces se deberá trabajar en pantalla, en otras tendrá sentido una edición bajo demanda...

Vamos a intentar contar en esta publicación las oportunidades y las nuevas orientaciones ante el cambio de paradigma. E intentaremos señalar un camino con pistas y buenos hábitos en las distintas visiones en las que nos podamos encontrar: la del profesor, la del estudiante, la del editor, del divulgador, del bibliotecario, y, por supuesto, la perspectiva del autor. Hay distintos intereses y todos ellos tienen una significación en el debate digital. Las siguientes páginas versan sobre esas formas de ver la realidad en la que nos movemos pero con una orientación universitaria y una óptica fundamentalmente jurídica.

Para orientar la reflexión se pidió la colaboración de distintas organizaciones que defienden los intereses de sus asociados en estos momentos cruciales, y con su participación se celebraron en la Biblioteca CRAI de la Universidad de Deusto dos días de encuentros dirigidos a profesionales de

la edición universitaria y bibliotecarios. Según lo explicado el objetivo era analizar la situación actual y los problemas de la regulación jurídica de los derechos de autor, las amenazas e incertidumbres de las nuevas herramientas informáticas, el deseo de visibilidad de la producción editorial... En definitiva, un acercamiento a la propiedad intelectual en la práctica.

Para la organización de estos «Diálogos sobre propiedad intelectual» la Universidad de Deusto contó con el liderazgo de la Unión de Editoriales Universitarias Españolas (UNE), y la colaboración del Gremio de Editores de Euskadi (GEE), Euskaltzaindia/Real Academia de la Lengua Vasca, CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, la Federación de Gremios de Editores de España (FGEE), el bufete Garrigues de Madrid, y la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU).

Este libro recoge la mayor parte de las conferencias de esos días, actualizadas al momento de la edición, y añade, dos nuevos capítulos realizados por los profesores de la Universidad de Salamanca Julio Alonso Arévalo, Fernando Carbajo Cascón y José Antonio Cordón García, que explican las circunstancias de libros electrónicos, revistas científicas digitales y documentos en acceso abierto en el contexto de los servicios y repositorios digitales de las bibliotecas.

La Directora de la Biblioteca Nacional de España (BNE), Glòria Pérez-Salmerón, aseguró que el secreto de las nuevas bibliotecas es la facilidad de acceso. A su juicio, la biblioteca, como institución que conecta la ciudadanía con el conocimiento, debe alinear sus protocolos y estructura a la nueva era digital primando la facilidad de acceso.

En las conclusiones de los *Diálogos*, que están en el origen de este libro, se mostró la necesidad de crear una norma común europea que fuera un marco válido para todos los agentes en esta economía del conocimiento, compatible con los derechos de los autores, los editores y los ciudadanos. Y que permitiera a las editoriales gestionar en el contexto de otra economía importante en la sociedad actual, la «economía de la atención», que implica sencillez, disponibilidad y seguridad.

El Premio Nacional de Narrativa 2010, Kirmen Uribe, aportó su reflexión sobre «El escritor hoy» en un diálogo dirigido por Javier Elzo, sociólogo de la Universidad de Deusto y presidente del *Forum Deusto*. En su reflexión puso de manifiesto las ventajas que ofrece Internet y las redes de información en los procesos creativos del escritor. El lector ha cambiado, su forma de leer también, y Uribe planteó que había que preguntarse ante ello cómo hay que escribir. Las nuevas tecnologías, en opinión de este escritor, también han traído cambios en la forma en que una obra es conocida por el lector: se pueden hacer videopoemas con un móvil y colgarlos en *Youtube*, por ejemplo; los formatos cambian de tal forma que

«el libro de poesía como lo conocemos hoy en día irá desapareciendo, o será para románticos como yo», dijo. Pero esto también forma parte de la evolución de la literatura. Para Uribe, Homero fue el punto de partida de la literatura occidental: «Harold Bloom dice que Homero ordenó lo que sabía, dio su visión del mundo, eligió qué decir y qué silenciar: así comenzó la literatura. Con la imprenta todo se democratizó, y ahora la revolución son las nuevas tecnologías».

En las fechas en las que se celebraron estos «Diálogos sobre propiedad intelectual» se pretendía que fueran un punto de inflexión en la actividad editorial, no porque algo iba a cambiar, sino porque fue el momento en que se constató que ya había cambiado. El futuro es ya presente; la revolución digital se ha instalado en la actividad editorial, y muy especialmente en la edición universitaria, y hay que vivir con ella optimizando los recursos para servir mejor a la sociedad.

En el caso de las editoriales universitarias, para convertirse en editoriales digitales, una conclusión fue la necesidad de comenzar por hacer una auditoria de propiedad intelectual, que les permita actualizar y acordar con sus autores los derechos de reproducción y comunicación pública de sus catálogos.

Para llevar a cabo esa regulación se debe tener en cuenta los rasgos de las obras universitarias: forman catálogos de miles de títulos, pero normalmente muy minoritarios, poco rentabilizables y de vida corta, dada la rapidez de transformación del conocimiento científico. Debido a eso, la mayoría de los autores académicos dan más valor a la difusión máxima de sus creaciones que a la remuneración. Son autores que realizan sus trabajos con financiación de sus instituciones públicas, y cuyo prestigio se basa en la visibilización y logro de citas. Por ello, normalmente se puede acordar con estos autores formas de edición y distribución digital en las que prime el acceso abierto. Pero se advirtió también que la legislación española es tan garantista de los derechos de autor que en la práctica se puede hacer muy difícil su gestión, impidiendo la tutela efectiva de los derechos, o favoreciendo prácticas alegales.

Además, las editoriales deben establecer los objetivos de su política de modo coherente con los fines de la universidad, que son el fomento del estudio, el desarrollo de la investigación y la difusión del conocimiento y la cultura. Las editoriales tienen que respetar la decisión del autor sobre su obra, pero su labor parece simplificarse cuando logran la concesión de licencias *Creative Commons*, que facilitan la reproducción y comunicación de obras. Ello ayuda al aumento de la difusión y el impacto de las obras, y pone los contenidos en las formas de acceso y consumo preferidas por una mayoría de lectores: sencillo, económico y usable. Pero, a su vez, conduce a un cambio del modelo de negocio editorial.

La situación actual produce mucha incertidumbre en los agentes de la intermediación del saber: dudan los autores sobre cómo difundir la obra; los editores no saben qué derechos tienen, para cuánto tiempo y para qué formas de comunicación pública, y dudan sobre si primar la comercialización sobre la difusión o al contrario. Además hay muchos problemas tecnológicos (las formas de control de ventas y descargas, la rápida sucesión de dispositivos de lectura y de formatos incompatibles...), e intervienen otros muchos agentes: los bibliotecarios, los librereros, los distribuidores, los propios lectores y los generadores de contenidos.

Ante una situación con tantos elementos involucrados, entendemos que sería de gran ayuda la apuesta antes mencionada para que la propiedad intelectual se integre en una regulación «supranacional» que conjugue derechos de autor y acceso ciudadano a la producción, sin perder de vista a la industria cultural, que no deja de ser industria por ser cultural.

Pero entretanto, hay que ir avanzando: debemos adaptarnos a los cambios que la tecnología ha supuesto, y no podemos esperar a que todo esté perfectamente regulado. Hay que estar en Internet, a pesar de que puedan darse usos irregulares u otros inconvenientes que seguro surgirán. Y nos gustaría que este libro contribuyera a crear un conjunto de buenas prácticas en el uso de materiales y textos para la investigación, la docencia y la difusión de la cultura, fines de la Universidad que compartimos también las editoriales universitarias, las bibliotecas y los docentes en su dimensión tanto de autores como enseñantes y lectores.

Prólogo:

Libros entre diamantes

Kirmen Uribe

«Soy llevado en mi sombra, como un violín en su caja negra» dice en uno de sus poemas el escritor sueco Tomas Tranströmer. Parece que el escritor de hoy es también llevado en su sombra, y esa sombra tiene mucho que ver con la aparición de las nuevas tecnologías.

Esa incertidumbre resulta comprensible cuando las cosas han cambiado tanto en muy pocos años. Todo el sistema literario se ha tambaleado en un breve periodo de tiempo. Recuerdo que en mi primer viaje a Nueva York, en la primavera del 2003, quise visitar una de sus míticas librerías, Gotham Book Mart, en la calle 47. La librería se hallaba nada menos que en la Diamond District de Manhattan, en pleno centro de la ciudad, en una de sus zonas más cotizadas. Aunque la librería original se abrió en la calle 45, sus mejores años los vivió en la 47. Allí se reunía la Finnegans Wake Society, y eran asiduos W. H. Auden, Truman Capote, Woody Allen o Gore Vidal. Era un edificio pequeño de apenas dos plantas rodeada de rascacielos y en la planta baja se ubicaba la librería. En mis siguientes viajes noté que la librería se había movido una calle más abajo, a la 46, como si fuera alejándose poco a poco de las tiendas de diamantes. Al final, cerró. Como cerraron tantas librerías pequeñas en Nueva York. Era la época de la proliferación de las grandes superficies, macro librerías de tres o cuatro pisos cuyas propietarias eran grandes cadenas como Barnes & Noble o Borders. Con el tiempo, me acostumbré a estas grandes superficies. Me gustaba sentarme a leer en la cafetería de la librería de cuatro pisos Barnes & Noble de Union Square y mirar por la ventana. Hace apenas tres años, las ventas de libros electrónicos suponían el 1 % de las ventas de libros en EEUU. Ahora, mismo suponen cerca del 10%. Las grandes librerías han tenido que modificar su espacio y el lugar para la venta de libros electrónicos es cada vez mayor. Incluso, una de aquellas cadenas, Borders, se halla en riesgo de desaparición. Estoy hablando de un periodo de tiempo de

apenas ocho años en los que la industria editorial ha cambiado vertiginosamente.

Sin embargo, no comparto el miedo a las nuevas tecnologías que muestran muchos de mis contemporáneos. Recelan de ellas y de los cambios que han acarreado a la sociedad. Muchos de ellos les dan la espalda. Me recuerda cómo actuaba Resurrección María de Azkue en su diccionario trilingüe euskera-castellano-francés al no querer incorporar palabras como *electricidad*, como si en los hogares vascos no hubiera luz. Las nuevas tecnologías están en nuestro día a día y es inútil negarlas. Ya dijo el teórico ruso Mijaíl Bajtin que la novela es un género que ha ido evolucionando desde Apuleyo. Y siempre ha ido en consonancia con los tiempos, ha querido dar una respuesta a los cambios que se han vivido en la sociedad. El *Quijote*, *Madame Bovary*, *La cartuja de Parma* o *Los hermanos Karamazov* no se pueden entender sin tener en cuenta las épocas en las que fueron escritas. En este mismo sentido, Bajtin afirmaba que es cuando la novela incorpora elementos de la cultura popular cuando realmente toma altura, como en los casos de Cervantes o Dostoiévski.

Los blogs, las redes sociales forman parte ahora de nuestra cultura popular. Son su instrumento. No se puede escribir como si no existiesen. Como si su influencia fuera nula en los lectores. Está cambiando la forma de leer y, en consecuencia, la de escribir. El cine modificó el rumbo de la literatura del siglo xx, y cómo no el periodismo. Y esta nueva herencia pasará a enriquecer el género novelesco. Yo mismo he querido incorporar esta nueva tradición a mi escritura. En la novela *Bilbao-New York-Bilbao* las nuevas tecnologías están muy presentes. Facebook o los mensajes electrónicos son reproducidos en la novela. Pero no solo eso. La estructura de la novela está pensada mediante hipervínculos, los personajes y los temas aparecen y desaparecen, como pantallas de ordenador que se abren y se cierran. Asimismo, su influencia llega a la propia escritura. Ya lo predijo Italo Calvino en sus *Seis propuestas para el próximo milenio*. La literatura ganará en velocidad. La velocidad que se utiliza en las redes sociales. También en la levedad, en la exactitud y en la visibilidad. Las novelas que se escribirán a partir de ahora serán mucho más veloces. Porque es así como leen los nuevos lectores, y es así como escribirán. De todas maneras, he de decir que yo sigo creyendo en el género novelesco como tal. No me quiero alejar de él, ni perderme en la mera experimentación. Las nuevas herencias modificarán un género que, no hay que olvidarlo, lleva muchos siglos con nosotros. Un género que seguirá muy vivo, independientemente del soporte.

Anoto estas reflexiones en la estación de Salamanca mientras espero la salida del tren a Bilbao. Me he dado cuenta que contratar una hora de Internet en la estación cuesta lo mismo que un libro de bolsillo: seis euros.

He pensado que leer respetando los derechos de autor de los escritores no cuesta tanto en realidad, es, más o menos, una hora de Internet. Una hora de navegación por una hora de lectura.

Anuncian la salida del tren. Cierro mi portátil y lo meto en su funda. Camino hacia el vagón. «Soy llevado en mi sombra, como un violín en su caja negra».

Parte I

Visión jurídica sobre
la propiedad intelectual

Los contratos editoriales en la era del acceso: la desintermediación legal

*Carlota Planas i Silva**

1. La Gran Revolución Digital: De la Galaxia Guttenberg a la Galaxia Digital. La Reformulación, reconversión, mutación del editor ante la edición digital

En la actualidad nos encontramos dentro de la espiral de una revolución digital, quizás igual de traumática como cualquier otra revolución pero menos visible, al ser una revolución intangible, de bits.

La revolución es total e integral, afecta a todos los sectores económicos, sociales, incluido el cultural. Desde la música, pasando por el audiovisual (cine, televisión, videojuegos), editorial, teatro... Todo el sector cultural, también, está abducido dentro de este gran centrifugado digital, del cual se espera que salga un nuevo modelo de negocio o reformulación del presente.

Esta revolución digital, con el sistema binario de Internet como gran paradigma, se ha ido gestando de forma progresiva a lo largo de más de dos décadas. Primero, fue la industria del *hardware* con un protagonista clave: IBM; luego se pasó al *software*, con Microsoft de protagonista y a la par entró Linux, es decir, la Sociedad de la Información; en la actualidad, con los buscadores como Google, por un lado, y las plataformas *on line* de distribución como Amazon y Apple, por otro, hemos pasado a la Sociedad del Conocimiento; y, seguramente, no está muy lejana la Sociedad del Entretenimiento.

La industria de contenido es, sin embargo, una tortuga tecnológica, ante el vertiginoso avance de lo digital. El influjo digital en la industria cultural y, muy particularmente en su sistema legal, ha tenido también un

* Abogada, Sabatellini & Associats. Asesora jurídica del Gremio de Editores de Euskadi.

impacto, primero gradual y, ahora, de forma exponencial¹, pero, en cualquier caso, no ha logrado dar una verdadera respuesta.

Ya nadie es indiferente a expresiones como *copyleft*, *Creative Commons* (CC), *General Public License* (GPL), *Peer to Peer*, *file-share*, entre otras, las cuales tienen sus fuentes en la industria informática: *Open Source*, *Open Access*, *Computing Cloud*... La filosofía informática predica compartir los descubrimientos con el resto de programadores para mejorar el producto, suena al estribillo de *Creative Commons* y *copyleft*, creación/producción mancomunada.

La transposición de la cultura informática a la cultura del contenido, ha supuesto *de facto* que el derecho de autor y propiedad intelectual muten el principio que los definía, esto es del *All Rights reserved* a *Some Rights reserved* y, por consiguiente, se expanda el dominio público frente a la propiedad privada intelectual². El contenido cultural se convierte en una *Commodity*, un bien de gran consumo, es decir, se socializa el contenido cultural y, por consiguiente, el acceso a dicho contenido tiene un devenir más propio de «electrodoméstico», enciendo y consumo mercancías culturales, apago y dejo de consumirlas, cuando el consumidor decide: cultura *on/off*³.

La gran baza que tenían, hasta la fecha, tanto editores como autores, era que no había un verdadero reproductor de libros; sin embargo, en la actualidad, con el despegue de Kindle de Amazon que, a su vez es la mayor librería *on line* del mundo, junto con el iPad y las tabletas, el avance a la digitalización del editor es inevitable, aunque no reconocerlo suene más romántico.

A diferencia de las industrias musical, audiovisual... que ya han impactado con la Galaxia Digital, el editor, irreductiblemente, está entrando en ella y, más tarde o más temprano, deberá decir adiós a la Galaxia Gutenberg. Cierto es que, ya en 2001, se había lanzado Wikipedia, en enero en inglés y, en mayo del mismo año, en español, e incluso un año antes el autor Stephen King había publicado en línea *Riding on the Bullet*. De forma que elementos de cambio desde hace casi una década ha habido.

Al editor, la Galaxia Digital no le debe parecer un futurible, meramente especulativo, cuando los saltos generacionales con el empleo de las

¹ Dentro del marketing digital se utiliza la expresión *Fast to Market*. Como curiosidad, Apple tardó 4 años desde que sacó el iPod hasta sacar el iPhone y sólo dos entre el iPhone y iPad. Actualmente ha lanzado de nuevo su iTV. Sin olvidar que entre medio del iPod y el iPhone apareció iTunes.

² Véase Séverine Dusollier, *Estudio Exploratorio sobre el Derecho de Autor y los Derechos Conexos y el Dominio Público*, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), de 7 de mayo de 2010.

³ Seguramente por la propia naturaleza de red, donde los contenidos se perciben por el consumidor, que no lector, como líquidos, intangibles, de consumo ilimitado, impercedero y siempre disponible, se puede hablar de cultura *on/off*.

herramientas y tecnología *on line* son totales. Los lectores de libros electrónicos suben a medida que baja la edad⁴.

2. El desarme legal del editor: sin una categoría y cobertura legal

2.1. *El editor sin categoría legal*

El editor, a diferencia de otros productores de contenidos, que sí tienen un reconocimiento legal con derechos reconocidos directamente a favor del productor en sí, como es el caso del productor audiovisual, fonográfico, bases de datos o la empresa informática⁵, el editor no tiene este reconocimiento, salvo en el caso de la obra colectiva, la cual se interpreta como excepción, pero no tiene un reconocimiento legal como el resto de productores de contenidos, que dimensiona jurídicamente su actividad.

Como se comentará en el siguiente punto, el editor, ante la nueva realidad, debe recobrar o adquirir una posición más propia de productor de contenidos digitales para su reconocimiento legal frente al resto de interlocutores.

2.2. *El editor sin cobertura legal*

El editor dispone del contrato de edición, regulado en la actual Ley de Propiedad Intelectual, aunque dicha regulación está fuera de la realidad digital; en virtud del contrato de edición se ceden los derechos de reproducción y distribución. En la actualidad, como se verá más adelante, se precisan completar los anteriores derechos con el derecho de puesta a disposición al público, comunicación pública y transformación. Además de que no se puede hablar de tiradas, número de copias, ni precio fijo, pues se pasa de lo

⁴ Algo de lo que muchos autores de obras literarias son conscientes, léase por ejemplo a Philip Roth: «La novela tiene 25 años de vida, la lectura de novela va a caer en picado. Leer novelas será una especie de culto minoritario. Vivimos en la era de las pantallas. Las pantallas de los *e-books* van a permitir muchas otras opciones que van más allá que descargarse una novela. Las otras opciones van a ser más espectaculares». *La Vanguardia*, 18 de abril de 2010.

⁵ El productor audiovisual tiene el reconocimiento en el artículo 120 Ley de Propiedad Intelectual; el productor fonográfico, en el artículo 114 de la Ley de Propiedad Intelectual; el productor de base de datos, en el artículo 133 de la Ley de Propiedad Intelectual; la empresa de programación en el artículo 97 de la Ley de Propiedad; es decir, todos ellos se les reconoce *ex lege* su labor productiva con unos derechos de propiedad intelectual. Dicha circunstancia no se puede señalar a favor del editor, salvo como ya se ha expuesto en el caso de obra colectiva y en el caso de obras inéditas.

físico a lo inmaterial, intangible; el territorio digital se desvanece y las modalidades de comercialización binaria eliminan el soporte.

2.3. Sin respuesta legal a corto plazo

La respuesta legal que espera el editor ante esta mutación está pendiente, pues los movimientos del legislador hasta la fecha han sido más bien de escaso o bajo voltaje, tanto a nivel nacional como internacional y comulgan con lo mismo, frente a lo que es la revolución.

El legislador español en 2006, en la Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), hizo un intento, pero no se fraguó, incluso ahora sigue atascado, por la responsabilidad por parte de los operadores de telecomunicación de asumir el pago de esta explotación global (pues engloba reproducción, distribución y comunicación pública)⁶. Al contrario, el legis-

⁶ La nueva regulación se encamina hacia la persecución de lo ilegal; la Ley de Economía Sostenible, Ley 2/2011, de 4 de marzo de 2011, en su apartado de derechos de autor y propiedad intelectual, conocida como «Ley Sinde», en particular la Disposición Cuadragésima Tercera, consiste en una serie de medidas que afectan a otras normas como la Ley de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico 34/2002, de 11 de julio; Ley de Propiedad Intelectual, Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), de 22 de abril de 1996 n.º 97; así como la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril; y la Ley Reguladora del Contencioso Administrativo, la cual permite a través de un proceso administrativo —mediante la Comisión de Propiedad Intelectual, que debe resolver sobre la vulneración o no de derechos de propiedad intelectual y su posterior validación judicial— el cierre de páginas *web* con contenido de propiedad intelectual sin autorización; dicha norma es una más de las varias y diversas que los distintos países occidentales han ido aprobando con el fin de proteger la Propiedad Intelectual. En la actualidad la gran preocupación no pasa tanto por el derecho sustantivo, sino más bien procesal. Los gobiernos están preocupados por el auge de la socialización del consumo del producto cultural sin pago del correspondiente precio. Véase los modelos que han ido surgiendo en Francia: Ley «Hadopi», una ley aprobada con controversia, recurrida al Constitucional, considerada constitucional y solamente reformada a fin de que solamente un órgano jurisdiccional debiera ser el legitimado para bloquear o restringir el acceso de los usuarios a Internet, con independencia de que éstos hubieran infringido derechos de Propiedad Intelectual, que entró en vigor en 2010. Un año antes, 2009, en Suecia, entraba en vigor la Ley IPREM; en este caso los prestadores de servicios deben facilitar la información de carácter personal que identifica el infractor para entregar a los titulares de derechos con el fin que éstos tengan la posibilidad de iniciar acciones legales contra las violaciones; la eficacia de la ley ha sido probada en el caso de la página *web* Pirate Bay. Previamente, en Estados Unidos, en la Digital Millennium Act de 1998, se establecía ya un mecanismo de aviso y retirada, *notice and take down*, de los contenidos ilícitos en la Red; diez años más tarde se aprueba la Priorizing Resources and Organization for Intellectual Property Act, con el fin de aumentar las sanciones a los infractores de derechos de propiedad intelectual, creándose un organismo de vigilancia de la Propiedad Intelectual, que reporta directamente al presidente de Estados Unidos.

lador dio empuje a los nuevos protagonistas de dicha socialización: las bibliotecas, filmotecas, hemerotecas. El legislador faculta a todas ellas a copiar para preservar dentro del ámbito correspondiente. Al año siguiente, 2007, en la Ley de la Lectura del Libro y las Bibliotecas, el legislador sigue con la nomenclatura analógica (precio fijo, librerías, impresoras) sin regular a fondo la nueva realidad, quizás por desconocimiento o interesadamente.

Ni mencionar tiene que el legislador, en materia fiscal, no reconoce el libro digital como libro y, por consiguiente, no goza del tratamiento fiscal del 4% del IVA, que sí disfrutaban los ejemplares en soporte papel.

2.4. *A la espera de un impulso internacional*

Es más que probable que dichas modificaciones legales vengan al albur del ámbito internacional (de la Unión Europea o mundial)⁷, pues es cierto que las dimensiones de esta instantaneidad es global y, aunque puede que existan legislaciones distintas, paradójicamente la raíz del problema es común y común debe ser la solución.

No debemos olvidar que a Google, Amazon y Apple, por nombrar a unos pocos, no les ha supuesto ningún problema ni las fronteras ni las legislaciones dispares, al contrario, seguramente porque en el caso de Google o Youtube, han partido del principio *Steal and live free* y, han hecho suya la expresión de la tierra quemada, un derecho *de facto*⁸.

El editor no dispone de los instrumentos técnicos-legales para defenderse y posicionarse en esta revolución como editor digital, desvaneciéndose así su avance hacia el nuevo mundo, salvo que se reinvente y reformule su relación con los actores de siempre y con los nuevos mediante, de momento, el único instrumento jurídico: y se «reinventa» la contrata-

⁷ «También es aparatosa, en todo caso, su insuficiencia para abordar la protección de unos derechos que están afectados ahora por un tráfico de escala mundial, a través de las redes, cuando, hasta ahora, tenían una dimensión fundamentalmente territorial, tanto en lo que concierne a su regulación como a su gestión», Santiago Muñoz Machado, *La Regulación de la Red, Poder y Derecho en Internet*, Taurus, Madrid, 2000, p. 198, en la que el autor utiliza la expresión «la regulación mundializada». El presidente francés Nicolás Sarkozy ha anunciado su intención de convocar una reunión del G-20 para debatir la protección de los derechos de autor en Internet; según él se debe pasar a una Internet civilizada que no regulada (20 de enero, 2011, *La Vanguardia*).

⁸ Con la irrupción de Internet, inicialmente las grandes víctimas de la piratería digital fueron la industria de la música, la audiovisual, la de videojuegos y, en la actualidad, la edición de libros (Informe del Observatorio de piratería y hábitos de consumo de contenidos digitales, segundo semestre de 2009).

ción.⁹ Pues, a pesar de los vaivenes digitales, el editor/productor debe seguir siendo el interlocutor que hace posible el producto literario o, mejor dicho, la obra digital en línea, incluso productos más complejos como las obras interactivas y/o las obras multimedia.

3. El editor debe «reinventarse» con una categoría legal que le reconozca a través de una nueva terminología con categoría legal de productor

Ante este panorama, el editor debe «reinventarse» para continuar siendo un actor esencial en la edición, ahora y, cada vez, más digital. Si bien es cierto que el cambio y la mutación no son de un día para otro, no se debe dejar el tema como si el asunto no fuera algo que no tuviera ninguna influencia o impacto en su quehacer.

3.1. El editor como productor de contenidos digitales

Resulta conveniente, dentro de la gran nube tecnológica, emplear una terminología más afín a la nueva realidad al referirse al editor, pues su figura es más próxima a un productor de contenidos, léase productor audiovisual y/o fonográfico. Por ello, creemos más acertado nombrar al editor como productor de contenidos digitales, con el fin de fortalecer su posición en el mercado digital. Más cuando muchos productos digitales tienden a requerir de una entidad productiva que sepa coordinar los distintos aspectos de una producción para obtener un producto.

No debe resultar rara esta nueva categoría, teniendo presente que también el resto de actores están mutando, cambiando o languideciendo: hay actores de siempre (autores, agentes, bibliotecas...) que, a su vez, están mutando; hay otros que están languideciendo (impresores, distribuidores analógicos, librerías...)¹⁰. Y hay nuevos actores ávidos de posicionarse: proveedores de acceso, plataformas de distribución, empresas de digitalización, entre otros.

⁹ En el caso *Jacobsen vs. Katzer*, de 13 de marzo de 2006, US District Court California, no se le reconoce a las licencias *Creative Commons*, protección y cobertura legal dentro la legislación de propiedad intelectual.

¹⁰ En los mercados donde la digitalización ya ha impactado, hay actores que languidecen: es el caso de la cadena de librerías americana Borders que ha tenido que cerrar; se vendían más libros digitales a través de Amazon que en soporte físico, *La Vanguardia* 16 enero de 2011 y 15 de febrero de 2011, respectivamente, en el primero hay el presagio, en la segunda noticia se recoge la confirmación.

3.2. *Del libro digitalizado a las obras digitales*

Estamos ante una obra *on line* que se pone a disposición al público mediante servicios de transmisión de copia temporal y/o permanente, es decir, intangible, líquida, desmaterializada, pero susceptible de identificación e individualizable¹¹, el producto multimedia puede ser y evitar lo que se llama la desintermediación del editor/productor¹².

Reconocer al editor como productor de contenidos digitales no es baladí, teniendo presente que no solamente se tratará de «digitalizar» textos, sino que es y será algo más, y que tiene y tendrá un valor. De forma que la naturaleza de la obra marca y marcará, y modula y modulará, la categoría de editor/productor de contenidos. Incluso dentro de la obra literaria se está hablando de nuevas narratividades literarias, incluso complementadas con obras de naturaleza audiovisual o musical.

4. **Las mutaciones de los actores de siempre y el reposicionamiento del editor como productor digital y sus relaciones contractuales: autores y bibliotecas**

4.1. *La superación del contrato de edición y las nuevas relaciones jurídicas con los autores*

El devenir de la edición digital hace que derechos, que hasta entonces eran secundarios o inexistentes, se conviertan en derechos principales y básicos en el entorno digital. El nuevo medio e, incluso, la naturaleza de la obra, hace que la figura y regulación del contrato de edición — artículo 58 y siguientes de la LPI— quede totalmente superada, pues para

¹¹ De los estándares del ISBN, pasando por ISSN, ISRC, DOI... todos ellos permiten la identificación de la obra.

¹² Léase la entrevista a Carmen Balcells: «Siempre hará falta alguien que publique. Lo que no tiene sentido es que los editores en papel de toda la vida quieran ser ahora los editores de los libros electrónicos, porque es algo que no dominan. Creen que si nacen otros editores específicos les están robando algo suyo, y a mí me da risa, nadie les quita nada en realidad porque hay tan pocos dispositivos que estamos hablando de unas dimensiones minúsculas. Esto no estallará hasta que mejoren los reproductores. Yo he sido pionera vendiendo derechos digitales de nuestros libros a un editor de Pamplona. Si me permite utilizar el nos mayestático: “Nos, lo único que perseguimos son lectores, que es lo que garantiza nuestra vida”», *La Vanguardia*, 22 de abril de 2010. En esta misma línea léase John B. Thompson, *Merchants Of Culture*, Polity Press, 2010, acerca de eliminar los intermediarios para dirigirse directamente al autor y su contenido a través de Internet. En Francia, el *Informe del Observatoire du Livre et de l'écrit Ile-de-France* (MOTif), publicado en octubre de 2009, también pone de manifiesto esta desintermediación.

el nuevo medio digital los derechos que se necesitan no son solamente el derecho de reproducción y distribución, sino que se precisa el derecho de comunicación pública, puesta a disposición al público y transformación. Es decir, en la red se unen todos los derechos de explotación, convirtiéndose en la expresión derechos digitales.

Ello supone mirar, por parte del editor, el pasado y futuro contractual frente a los autores actuales y futuros.

4.2. *Autores con contratos previos: regularización y actualización de la cesión*

Lo primero que tendrá que hacer un editor/productor de contenidos con el catálogo de obras es auditar y revisar los contratos vigentes, con el fin de examinar si el contrato contempla la comercialización de la obra literaria en el entorno digital y su remuneración, duración, territorio y lenguas. Es una dedicación de tiempo pero no es menor, teniendo presente que, de conformidad con la legislación española, las cesiones de derechos se interpretan de forma restrictiva, así como su remuneración; incluso en Estados Unidos, ya se han dado casos sobre cómo se debe interpretar la aplicación de *royalties* en los nuevos soportes tecnológicos, y si la expresión soporte libro alcanzaba a la expresión libro digital, *e-book*¹³.

En este sentido, el editor digital/productor de contenidos deberá acordar con el autor la cesión de los derechos digitales, ya sea mediante anexo al contrato inicial, o bien mediante un nuevo contrato¹⁴, e incluir la correspondiente remuneración a tanto alzado/porcentaje.

En este documento, inicialmente deberán incluirse los derechos afectados por la regularización, los cuales incluyen los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública (puesta a disposición al público). Igualmente deberá expresarse, de forma detallada, las modalidades de explotación, sean sistemas *on line* sin descarga o con descarga, así como las distintas formas de descarga. No es baladí recordar que la cesión incluya la facultad de cesión a terceros, pues pueden existir plataformas propias del editor como de terceros, teniendo presente, también, el tema de la exclusividad.

¹³ Véase *FBT Productions, LLC vs. Aftermath Records*, Nos. 0955817,0956069, 2010 (9th Circuit, Sept. 3, 2010) en relación al tema de la interpretación y aplicación de los *royalties*, y *Random House, Inc. vs. Rosetta Books LLC*, 283 F. 3d, 490 (2d. Circuit, 2002), en relación a la interpretación restrictiva en los contratos de presumir que los derechos digitales no están cedidos.

¹⁴ En todo este apartado solamente se hace referencia al autor y el contrato que tiene el editor con el autor, pero sirve también para el ilustrador, el banco de fotografías...

Finalmente, la expresión «derechos digitales» debe plantearse no solamente como derechos digitales textuales, sino también como derechos digitales en sentido pleno, es decir, para desarrollar obras multimedia, que es por donde se debe reinventar el editor/productor de contenidos digitales. En resumen, enriquecer el texto original, incluyendo sonido, imágenes, audiovisuales, entre otros contenidos. Por ello, el editor deberá tener también presente dicha nueva realidad e incluirla en el contrato, con lo cual también precisará del derecho de transformación.

4.3. *Los autores sin contratos previos: negociación ex novo: cesión vs. licencia*

Con los autores nuevos o autores que firman contratos por cada obra, el editor debe construir el nuevo marco jurídico contractual; como ya se ha dicho, la presente regulación del contrato de edición en la legislación española queda superada por la realidad actual. Si bien es cierto que, para el editor, disponer de unas reglas del juego frente al autor le suponía una seguridad y una garantía para pautar y alcanzar un acuerdo contractual. En la actualidad, los mínimos reconocidos legalmente a favor del editor/productor de contenidos digitales son insuficientes y debe partir de la negociación *ex novo*.

Los autores, partiendo del antiguo principio *All Rights Reserved*, emulan ante el editor el nuevo principio *Some Rights Reserved*, pues no debemos olvidar que la ley los ampara. Es decir, cada formato es un negocio jurídico que debe tener su propio contrato. Así, los autores entienden que el libro electrónico no es lo mismo que el formato *web*, *móvil*, *applets*. Se entienden como compartimentos estancos, cuando en realidad lo único que cambia son los canales/soportes, los cuales son totalmente intercambiables¹⁵. Así las cosas, el editor/productor de contenidos digitales se encuentra ante la figura jurídica de una licencia de explotación limitada.

Los autores predicán contratos de corta duración, lo cual desalienta al editor digital/productor a realizar grandes inversiones en digitalizaciones, promociones... Se territorializa y se limitan las lenguas, sin exclusividad y con periodos de tiempo cortos.... Los autores entienden que sobre los libros editados debe abonarse el 50% y, en el caso de libros nuevos, dependerá de la promoción y anticipo, aunque de entrada debe haber un mínimo

¹⁵ Léase el Rapport Sur le Livre Numérique, conocido también como el «Informe Patiño», julio de 2008, Ministerio de Cultura y Comunicación, en Francia.

de 30%: véase www.acescritores.com, Comisión Nuevas Tecnologías, reunión de 22 de febrero de 2010.

Con el anterior planteamiento, hay un retroceso con respecto de los logros alcanzados en la vigente legislación de propiedad intelectual en España, con respecto del contrato de edición de obra literaria en analógico. Así, el editor digital se puede convertir en una tortuga digital, empleando la terminología al uso, frente a un acceso global, con multitud de soportes que ofrece un mismo proveedor de acceso o plataforma. Seguramente no está en el ánimo del autor desintermediar, o quizás es por la inseguridad e incertidumbre de la misma resolución de la Revolución.

Este posicionamiento conservador de derechos por parte del autor puede ser una posibilidad, pero lo cierto es que, como se ha dicho, la red es la «panadifusión» que engloba en un solo todos los derechos que hasta ahora se habían concebido como explotaciones independientes; es decir, que se incluye la reproducción, distribución, comunicación pública, puesta a disposición al público e incluso, como ya hemos comentado, la transformación.

Sin perjuicio de lo anterior, hay que ser coherentes con la realidad, no todos los autores con sus respectivas obras pueden tener el mismo tratamiento contractual ni digitalizador. No es lo mismo una obra de encargo que una obra generada *mutu proprio* por el autor, ni todas las obras tienen la misma impronta, originalidad y valor¹⁶ ni tampoco el mismo régimen digitalizable.

De entrada, debe entenderse que el editor digital/productor debe tener los derechos propios para operar en el sector digital a través de página *web* propia, de terceros, y con canales, modalidades y soportes de lectura distinta.

4.4. *Las bibliotecas*

Las bibliotecas han pasado de tener un papel pasivo a un papel activo en la nueva economía digital, aunque quizás desconocido para el gran público, y ello gracias al caso Google¹⁷, y a sintonizar plenamente con el es-

¹⁶ En este sentido es interesante el *Estudio Explotario... supra* 1 que justifica la existencia de delimitar mejor la originalidad y, por consiguiente, excluir de protección determinadas obras que no tengan dicha originalidad.

¹⁷ Inicialmente, Google empezó con el proyecto Google Books, acuerdo con editoriales y bibliotecas para digitalizar libros de todo tipo; ahora, una vez digitalizados, Google Edition nace con la voluntad de empaquetarlos y incluirlos en un catálogo que los deposita en sus servidores, mediante un sistema abierto que permite la descarga a cualquier tipo de pantalla

píritu de la Revolución Digital sus proclamas: coinciden con las premisas de la nueva economía, acceso perpetuo, liberación de las políticas de DRM, permitir la renovación, migración del formato obsoleto, reformatear, introducir cambios, emulación... Pero a su vez, todas estas proclamas sobrepasan la excepción que la ley actual de propiedad intelectual hace frente a los derechos exclusivos de explotación, favorable a las copias en provecho de las bibliotecas.

No cabe duda que ante el nuevo mundo se pueden formular dos preguntas bien contrapuestas: ¿deben ser las bibliotecas los nuevos actores que fomenten el total desarraigo con el derecho de autor y propiedad intelectual? o ¿son los nuevos valedores del nuevo derecho de autor y propiedad intelectual reformulado?

No debemos olvidar que a las bibliotecas, en la actualidad por ley, ya se les reconoce el derecho a copiar para preservar y, por consiguiente, el máster digitalizado es de su propiedad. En cambio, el editor ante un tercero debe negociarlo; y con las bibliotecas, de entrada, el máster es de propiedad de las bibliotecas.

Es evidente que deben existir, incluso colaborar, bibliotecas y editores en todo lo posible, ahora bien, no debemos olvidar que las funciones de unos y otros en el mercado son muy distintas. El editor busca la máxima explotación a cambio de un beneficio, mientras que las bibliotecas buscan la máxima difusión sin contraprestación económica.

Es por ello que Google buscó a las bibliotecas y se saltó de golpe la cadena —ni autores ni editores— para acceder directamente al contenido, pero para hacer negocio. Google ha entendido que las bibliotecas atesoraban no un cementerio o subproducto creado casi involuntariamente, sino un verdadero producto con gran valor comercial. De forma que la distorsión del mercado estaba y está asegurada¹⁸.

(móvil, tabletas, ordenador, libro electrónico de cualquier naturaleza o incluso televisor). Google y su proyecto de digitalización de contenidos, ha promovido con fervor el concepto, y ahora ya no tan fenómeno novedoso, de las obras huérfanas, *Orphan Works*, obras únicas, inéditas, es decir, privatizar el dominio público. De hecho la última decisión del Juez competente del asunto Google Books, en Nueva Cork, de 22 de marzo de 2011, rechaza la última modificación del acuerdo al haber incluido las Obras Huérfanas, el régimen jurídico del cual debe ser objeto de una intervención del legislador.

¹⁸ Sobre el impacto y distorsión en el mercado del acuerdo Google Books, véase Eric M. Fraser, «Antitrust and Google Books Settlement: The problem of Simultaneity», en *Stanford Technology Law Review*, 2010; el autor sostiene que la ventaja competitiva de Google alcanzada mediante el acuerdo transaccional, impide que en el futuro puedan existir otras empresas que puedan entrar en el mercado en las mismas condiciones que Google lo hizo; además, el resto de competidores, Amazon y Sony, no tienen la ingente cantidad de digitalizaciones de Google. La situación expuesta parece que el Juez Chin, la ha tenido en cuenta en el rechazo al segundo acuerdo enmendado de 22 de marzo de 2011 al hablar de *short-cut*.

Dada esta enorme facilidad de saltarse la cadena, el editor debe preservar sus intereses y derechos ante las bibliotecas, pues al final el mercado puede ir en contra del editor digital/productor por no tener en cuenta la capacidad que pueden tener las bibliotecas frente a las plataformas. Así las cosas, los acuerdos con las bibliotecas deben tener en cuenta la delimitación del usuario, sus usos, fijar número de copias y el uso de éstas, especialmente frente a terceros, así como la propiedad del máster digitalizado, incluyendo los metadatos.

Es evidente que las bibliotecas pueden ser un socio o colaborador, pero también han sentado un precedente que ha tenido un impacto directo en el lado del editor, léase asunto Google. Por consiguiente, el acceso que ha tenido Google lo puede tener cualquier otro tercero, fijando unas tasas uniformes; más eficaz y menos distorsión tendrá el mercado, especialmente cuando lo que se busca es para crear/producir obras digitales multimedia. En este sentido —sirva solamente como puro apunte— quizás se pueden reconvertir las bibliotecas en centros de licencias o, mejor dicho, centros de acceso controlado, a través de constituirse en *One Stop Shop*, término y contenido que desde hace muchos años se emplea doctrinalmente, pero no acaba de cuajar en la realidad del mercado.

En particular, el *One Stop Shop* ejercido por las bibliotecas en relación a las obras en dominio público y obras huérfanas, podría ser interesante, incluso podría suponer un contrabalance a las actuales entidades de gestión que ávidamente legitiman dicha actuación en otras materias culturales, léase música o audiovisual, entre otras.

5. Los nuevos actores: las empresas de digitalización y las librerías digitales

5.1. *Las empresas de digitalización*

La nueva realidad contractual del editor digital pasa, incluso, por un nuevo interlocutor, sustituto del impresor: el digitalizador o conversor de contenidos.

En primer lugar, no todos los contenidos deben ser digitalizados, ni los digitalizados deben serlo de la misma forma. Así, según la obra objeto de digitalización, habrá obras sencillas, normales, difíciles y especiales. El editor digital/productor de contenidos debe tenerlo presente frente a los autores y los autores deben también entenderlo.

La digitalización, que se puede entender con una actividad puramente mecánica y sin ningún valor, sí que entraña un elemento de valor cual es la propia digitalización y la propiedad de la digitalización, así como los metadatos introducidos para identificar y localizar la obra en el cibe-

espacio, entre otros extremos. No debemos olvidar que la gran baza de Google, en Google Books, fue la digitalización.

La digitalización no se trata de disponer del libro en PDF y escanearlo, el proceso es laborioso y, en el futuro, puede deparar nuevas modalidades de obras más multimedia e interactivas. Por ello, es recomendable regular la contratación de dichos servicios mediante un contrato que asegure al editor elementos básicos para su quehacer de comercialización futura de la obra digital.

Dejar constancia contractual de la propiedad inicial y de la resultante, tanto de la digitalización como de los metadatos, es un elemento esencial para que el editor/productor de contenidos pueda libremente disponer físicamente de la digitalización de la obra para una nueva digitalización con terceros. Se puede tildar al editor/productor de contenidos como demasiado cauto, pero es cierto que, dada la inversión que supone la digitalización, es mejor ser precavidos, especialmente cuando el editor tiene un camino a seguir en el mercado¹⁹.

Es de especial importancia que la empresa conversora asuma el respeto y preserve la confidencialidad de lo entregado por el editor/productor de contenidos y el resultado de la conversión, en los formatos solicitados, iPhone, iPad, *epub*, entre otros. De todas maneras aún no hay un formato estándar.

Igualmente, asegurar la custodia, seguridad y propiedad de los ficheros fuente y los originados durante todo el proceso de digitalización, mediante documento contractual es necesario para evitar la pérdida de la inversión.

La dimensión de la digitalización hace que este tipo de empresas ofrezcan a los editores la posibilidad de llegar a acuerdos más amplios que una simple prestación de servicios. Es el caso en Francia, de Numilog, del grupo Hachette, www.numilog.com, en donde se ofrecen acuerdos, tanto para editores como para Bibliotecas, así como para los propios autores, a través de la autopublicación. Si bien es cierto que este último caso, la autopublicación, no tiene la relevancia que en principio se le presumía, pues cualquier autor puede estar en la red sin pagar por ello, a través de los *blogs* personales por ejemplo.

5.2. *Las librerías digitales: el editor como garante del ecosistema creativo*

Para el editor, las plataformas de acceso y/o distribución son el gran caballo de batalla. El editor, para ofrecer el contenido, puede hacerlo a través de su propia página *web*, pero su presencia y el contenido de la misma

¹⁹ En esta misma línea el editor/productor de contenidos debe tener la facultad de seguir el proceso de digitalización y el resultado final. En la misma línea las versiones que se hagan para otro idioma o lengua.

serán limitados. La presencia del editor y su catálogo está en las plataformas de distribución o tiendas *on line*. Hasta ahora, el libro era un soporte físico en papel, no había ninguna tecnología, por consiguiente, el acceso del contenido al público no suponía ningún obstáculo tecnológico.

En la actualidad, si se quiere posicionar un contenido hay que tener acceso a las plataformas y a las tiendas *on line*, cuyo axioma principal es la libertad de precio, absolutamente distinto al principio del precio fijo del libro²⁰, y contratos casi adhesivos, tanto internamente con los titulares de contenidos como externo con los consumidores-lectores y, más aún, compitiendo con las librerías, pues están abiertas las 24 horas del día sin distinción horaria, servicio ininterrumpido.

Los grandes contenedores son entidades totalmente verticalizadas que dominan tanto la parte tecnológica —continente— como de los derechos digitales —contenido—, como ya se ha visto previamente. Es más, si las empresas de telecomunicación se posicionan en el mercado, la verticalización será al 100% y su posición de dominio en el mercado también será relevante.

Prueba de lo anterior es el caso de Sony: el primer *e-book* que sale en el mercado en 2006 es de Sony (E-Reader) pero no tenía ni plataforma, ni libros pues no es ni un editor ni tampoco es un librero, a diferencia de Amazon que un año más tarde, en diciembre de 2007, comercializa su primer lector digital con un fondo de catálogo y novedades en su plataforma. De hecho, tanto Apple con su iPad y Google con su Android, disponen de sus propios *e-books* para sus propias plataformas.

Las prácticas actuales para posicionarse en el mercado como mínimo hay que calificarlas de agresivas. Las librerías digitales tienen unos porcentajes similares para con los editores, la diferencia está en el precio de venta de la obra digital y los descuentos que se practican. Inicialmente se están consolidando dos modelos: a) modelo Amazon y b) modelo Apple.

A) MODELO AMAZON

Amazon paga el 50% del precio de venta al público al editor y vende el libro al precio que desea, generalmente, a pérdidas.

B) MODELO APPLE

Apple paga el 70% del precio de venta al público. En cualquier caso, Apple vende el libro al precio acordado previamente por el editor. Mediante

²⁰ La protección a un actor de siempre, las librerías, desaparece por la tendencia y flujo de las grandes plataformas de distribución y librerías *on line*.

contrato se establece que para las versiones en tapa dura tendrá un precio inferior.

Evidentemente, los modelos descritos suponen aún la coexistencia del modelo analógico con el modelo digital, con una tensión evidente entre el editor, que conserva la edición y la venta analógica, y las librerías digitales, que desean no tener competidor; aún queda por ver cómo se tratará en el futuro el ingreso de publicidad dentro de los portales de las librerías o incluso insertar publicidad en el propio contenido.

La política de Amazon ha sido agresiva en el sentido obligar a los editores a disponer de inmediato de la versión digital simultáneamente a la edición en tapa dura. Así, si alguna editorial se niega a dicha circunstancia, se eliminan en segundos —se lo permite la tecnología— los botones de compra de los libros de la editorial correspondiente. Es decir, están expuestos los libros pero no se pueden comprar²¹. En particular ha ocurrido, entre otros casos, con la editorial Macmillan, donde no sólo se eliminaron los botones de compra de libros digitales sino también los botones de compra de libros en soporte físico.

Dichas prácticas no son buenas pues penalizan a los editores, pero tampoco lo son para los autores y lectores que no pueden tener acceso a las obras, especialmente a los nuevos títulos, distintos de *los best-sellers*.

Por consiguiente, tener un gran expositor como Amazon puede compensar determinados títulos o vender catálogo, como se ha hecho con la música. Ahora bien, si se quiere seguir en el negocio, acuerdos con facilidades para prácticas como las descritas, incluyendo acuerdos de exclusividad a nivel mundial y de larga duración, pueden suponer la asfíxia económica de editores medianos o pequeños, sin perjuicio del difícil control de las liquidaciones, ventas y otras actuaciones comerciales, por ejemplo, anuncios/patrocinios en la página *web* donde está ubicada la obra. Es decir, se puede lograr la desaparición del editor o, como ya se ha catalogado, la desintermediación del editor, evidenciado en el caso Google, el cual se fue directamente al contenido saltándose a los editores. Dicha actuación afecta de forma regresiva al ecosistema creativo actual en donde el editor es un valedor y garante del mismo²².

²¹ Dicha práctica queda perfectamente explicada en www.authorsguild.org/advocacy/articles/how-apple-saved-barnes-noble.html y www.authorsguild.org/advocacy/articles/the-right-battle.html

²² En las recomendaciones del informe de la Autoridad de la Competencia Francesa, Avis n.º 09-A-56, de 18 de diciembre de 2009, *relatif à une demande d'avis du ministre de la Culture et de la Communication portant sur livre numérique*, se recomendaba fomentar el contrato de mandato entre editores y librerías digitales. Véase página 32 del mencionado informe aunque, como apunta el informe, la solución es a una escala superior, es decir, Unión Europea y derecho de la competencia.

5.3. *Los quioscos digitales: servicios de suscripción con control de precios por las plataformas*

La capacidad tecnológica de estas plataformas es tan grande que, una vez lanzado el producto/servicio, su capacidad para crear subproductos es fácil. Así, tanto Apple como Google están ya ofreciendo el nuevo servicio de suscripción a revistas y periódicos. Según el modelo Apple: si Apple trae un nuevo suscriptor a la aplicación, percibe el 30% del importe, durante todo el periodo de suscripción; cuando es el editor quien trae a la aplicación un nuevo suscriptor o ya existente, el editor recibe el 100% de los ingresos; ahora bien, los editores deben garantizar a Apple el mismo precio o menor. A la par, Google ofrece un servicio de suscripción de prensa *on line* One Pass, y Yahoo, Livestand²³.

El mercado de edición digital está consolidando unos canales de distribución globales, es decir, que ofrecen servicios de comercialización a nivel mundial e iguales en todos los países del mundo.

6. En busca del consumidor-lector *mainstream* para amortizar la tecnología

La desaparición de las librerías físicas y la «desintermediación» del editor se pueden entender como un beneficio para el consumidor-lector pero, a la vez, en realidad el consumidor-lector se diluye ante una tienda virtual global que ofrece productos de gran consumo, es decir, una oferta limitada a un público seleccionado y limitado.

Los términos contractuales, en virtud de los cuales se compran los contenidos digitales, toman el modelo de la industria del *software*. Son licencias adhesivas cuyos consumidores-lectores ya no tienen copias físicas. Ahora, el libro *on line* que compran no lo podrán transportar de un sitio *on line/off line*, pero tampoco *on line* a otro sitio a través de lectores digitales, debido a que no existe una interoperabilidad entre todos los lectores digitales, léase Apple y su iPad no es compatible con Kindle ni Android, sin perjuicio, además, de que todos estos artilugios vayan mutando y se precisen de lectores más potentes²⁴. A la vez, no debemos olvi-

²³ En todos ellos existe un tema que no es objeto directo de este artículo, pero igualmente importante: el tema de la propiedad de los datos personales de los usuarios, su acceso y gestión, nuevamente un tema que supera la realidad territorial.

²⁴ «La cultura, como la naturaleza, puede agotarse si no se sabe explotar o se derrocha, y el mercado perdería, entonces, su gallina de los huevos de oro. La diversidad cultural, por tanto, es como la biodiversidad: si se explota en busca de beneficios inmediatos, sin permitir

dar que no todos los contenidos se pueden encontrar en todas las librerías digitales ni menos aún en todos los lectores/libros digitales, pues como ya se ha expuesto, hay una posición restrictiva de carácter vertical, muy propia del sector de *software*. En definitiva, la innovación tecnológica limita la diversidad de lectores y contenidos, pues la inversión tecnológica debe amortizarse.

Es más, si uno examina, por ejemplo, las condiciones de compra de libro digital en la librería FNAC se encontrará con:

1. Los gastos de descarga son a cargo del comprador.
2. El precio y las condiciones de compra se pueden cambiar hasta el momento de la validación del pedido.
3. No hay posibilidad de devolución, es decir, de cambio una vez comprado.
4. Solamente se cambia si el fichero está estropeado y siempre que sea dentro del plazo de 30 días.
5. Se avisa de que el libro digital lleva medidas tecnológicas para controlar el uso privado posterior.
6. No es responsabilidad de FNAC el fallo de la red, suministro eléctrico, virus...

Es decir, nos encontramos ante una licencia limitada y restrictiva, más propia de la industria del *software*; es decir, las políticas de precio y de compra se pueden cambiar en cualquier momento y se puede hacer rastreo digital del uso que hace el comprador del libro digital. No es parte de este artículo hablar de las normas de protección del consumidor y ni de la protección de los datos personales, pero sí es necesario resaltarlos, pues es evidente que es una realidad que, de forma absolutamente anárquica y sin una verdadera consciencia por parte del consumidor, se está tejiendo a su alrededor, además, a nivel mundial. Creemos que la misma agresividad en la política de precios debería favorecer una agresiva política a favor del consumidor que no lector.

Es decir, las empresas tecnológicas serán las mismas a nivel mundial y habrá unos autores de consumo global, el resto de autores se encontrará fragmentado, como también los lectores agrupados por gustos pero no por territorios ni fronteras nacionales, dentro del espacio digital, que no será parcelado por límites de frontera nacional, sino por la tecnología, a su vez. En este sentido, no debemos olvidar el caso reciente de un campeonador digital como Microsoft y su contencioso con Netscape respecto del ejercicio

su reciclaje y renovación, la economía perderá la materia prima de la producción cultural, la amplísima reserva de experiencia humana», Jeremy Rifkin, *La Era del Acceso. La Revolución de la Nueva Economía*, Paidós, Barcelona, 2000, p. 317.

de abuso en la posición de dominio que ejercía Microsoft con su navegador al incluirlo en el sistema operativo Windows²⁵.

7. La mercantilización tecnológica y la nueva medievalización del contenido digital

A nuestro modo de entender, este nuevo mundo en el que ya estamos y esta nueva economía, como todo lo nuevo, se ofrecen con ilusión y esperanza, pero hay que estar atento a esta gran libertad que se proclama, pues se abandona el modelo liberal y se discurre hacia la medievalización de la propiedad creativa, al no existir un garante legal. Según lo expuesto en las líneas de arriba, los «grandes señores tecnológicos» buscan consumos instantáneos con productos cada vez más baratos y de dominio público y, aunque no estén protegidos por la propiedad intelectual, lo están por los contratos que, de forma adhesiva, que aceptan los usuarios y amparan la explotación de contenidos digitales²⁶.

Si así acontece, la verdadera creación y producción de esta otra, con valor, estará en manos de los mecenas, que no patrocinadores, pues los patrocinadores estarán con los proveedores de acceso, es decir, con el producto de consumo buscando el lector *mainstream*. Este contenido con valor solamente será de acceso a aquellos consumidores que estén dispuestos a pagar un precio²⁷. Aún será más radical lo expuesto cuando entren en el negocio las compañías de telecomunicación y operadores de telefonía. Si se sigue la apuesta realizada con el móvil, es decir, nadie en el mundo sin un móvil —si hace falta se regala el móvil—, el mismo esquema se

²⁵ Léanse Álvaro Cuervo García y Francesco D. Sandulli, «Creación Empresarial y Dominio de Mercado: el caso del Departamento de Justicia de los Estados Unidos Contra Microsoft», en *Infraestructuras: Transportes e Industrias de Red*, julio 2003, n.º 808, pp. 217 y ss.; Andrés Font, «Las tensiones en el desarrollo de la Sociedad de la Información», en *Cuadernos/Sociedad de la Información* 2, Fundación Auna, 2003. Como dice este autor en la página 31 del artículo reseñado «...todos los procesos de cambio profundo que ha habido en la historia siempre han generado dos tipos de reacciones: de resistencia por parte de los que se sienten amenazados, y de competencia entre quienes quieren aprovecharlos. Y es aquí donde entra en juego la responsabilidad de los poderes públicos, teniendo en cuenta los intereses legítimos de los primeros, pero no a costa de retrasar el progreso; y ordenando esta competencia, pero no a riesgo de poner en peligro la innovación».

²⁶ A nuestro modo de entender una desviación de la teoría de Lawrence Lessig, *Por una cultura libre: cómo los grandes grupos de comunicación utilizan la tecnología y la ley para clausurar la cultura y controlar la creatividad*, Traficantes de Sueños, Mapas, 2005, Madrid.

²⁷ «Si no se refrenan, las fuerzas comerciales devorarán la esfera cultural, transformándola en fragmentos mercantilizados de entretenimiento comercial, experiencias de vida, división de pago...», Jeremy Rifkin, *La Era del Acceso*, p. 336, Editorial Paidós, Barcelona, 2000.

puede aplicar para los libros digitales, se regalan los *e-books* y se ofrece tarifa plana, la demanda que se genera es total y, en este sentido, también la piratería.

8. Conclusiones: *Live and Let Die*

En la era digital las mutaciones son tan rápidas como la propia transmisión de datos, es decir, instantáneas. El editor digital/productor de contenidos y su entorno han mutado y sus armas legales son inexistentes; los instrumentos que puede y debe emplear son los contractuales.

Esta afrenta puede ser una *pavana* o un *rissorgimiento* para el editor digital/productor de contenidos. La pretendida desintermediación que persigue expulsar al editor actual, no significa que, con dicha expulsión, el autor alcance más poder económico, pues es muy probable que tenga enfrente empresas, cada vez más grandes y, más verticales; por consiguiente, el autor contará con menos poder de negociación y sus derechos pueden verse mermados²⁸.

Creemos que si el editor se reconvierte y sigue las mutaciones propias de la digitalización el horizonte es halagüeño, pues es evidente que su presencia en tanto que interlocutor entre la parte creativa y la parte de comercialización es necesaria. Es más, si atendemos a lo que establecen las autoridades de la competencia, como en el caso de Francia, se habla de que el mercado del libro digital es aún embrionario y que el mercado no está suficientemente desarrollado para hacer una valoración en profundidad del impacto que tiene y tendrá en el futuro²⁹. Lo que sí es evidente es que ni el mercado regresará al pasado ni el futuro será como el actual pre-

²⁸ Podemos hablar de la wiki-economía, como exponen los autores Don Tapscott y Anthony D. Williams en *Wikinomics, La Nueva economía de las multitudes inteligentes*, Paidós, Barcelona, 2009.

²⁹ Autoridad de la Competencia Francia, Opinión, n.º 09-A-56, de 18 de diciembre de 2009, *rélatif à une demande d'avis du Ministre de la Culture et de la Communication portant sur livre numérique*, las recomendaciones con las que se concluye en el mencionado informe es que: a) hay que permitir la innovación; sin embargo, en nuestra modesta opinión, de momento la innovación está en manos de unos pocos, que detentan la tecnología en exclusiva; b) no puede fijarse un precio fijo para el libro digital pues mientras el libro en soporte papel estaba consolidado y necesitaba de una ley de precio fijo, necesario, no es el caso; de todas maneras, en nuestra modesta opinión, el precio fijo viene dado *de facto* por la presencia global de las mismas librerías digitales; c) es cierto que la biodiversidad creativa puede quedar muy mermada, si el editor cada vez más debe someterse a los dictados de los minoristas o mejor dicho librerías digitales; d) las relaciones contractuales entre librerías digitales y editores deben estructurarse en torno al contrato de agencia con el fin de preservar la competencia.

sente, pues la digitalización es un proceso imparabile, como ya se ha visto en el sector musical y se está viendo en el sector audiovisual. La razón, seguramente, es parte de la revolución, que instruye un nuevo tipo de consumo y de consumidores y una premisa *first mover*, y como reza el título de una canción de Paul McCartney and the Wings «Live and Let Die» que resume perfectamente el influjo de la nueva economía.

Diálogos sobre propiedad intelectual

Una defensa convencida de la libertad de creación

*Antonio Muñoz Vico**

1. Introducción

Las relaciones entre el mundo editorial y la propiedad intelectual se remontan a los albores del siglo XVIII. La primera ley de propiedad intelectual aprobada por el Parlamento Británico en 1710, el Estatuto de Ana, surgió precisamente para encauzar los intereses de los gremios de editores y de libreros en la Inglaterra de Jonathan Swift y Daniel Defoe, y conciliarlos con unos derechos de propiedad literaria que, por primera vez, eran reconocidos legalmente a los autores de textos escritos. Según algunos testimonios, Jonathan Swift fue uno de los artífices del texto legal y, días antes de su promulgación, el creador del *Robinson Crusoe* vindicaba, como un imperativo del Derecho natural, la propiedad intelectual del escritor sobre su obra:

Un libro es propiedad de su autor, es el hijo de su invención, el niño mimado de su discernimiento; si el autor vende su propiedad, entonces ésta pasa a ser derecho del comprador; si no, es tan suyo como su mujer y sus hijos. Pero en esta nación cristiana, estos hijos de nuestra razón se esfuman o son retenidos en cautividad, y no hay nada que los redima.¹

La Francia republicana y jacobina surgida de la revolución reconoció la propiedad literaria de los autores sobre sus obras en 1793 y, en España, una Real Orden de 1764 sancionada por Carlos III había estipulado ya, con sorprendente capacidad de anticipación, «que de aquí en adelante no se conceda a nadie privilegio exclusivo para imprimir ningún libro, sino al mismo autor que lo haya compuesto» y «que los privilegios concedidos

* Abogado del Bufete Garrigues de Madrid.

¹ Daniel Defoe, *Review*, 7 de febrero de 1710, citado por Mark Rose en *Authors and owners: the invention of copyright*, Harvard University Press, 1993.

a los autores no se extingan por su muerte, sino que pasen a sus herederos como no sean comunidades o manos muertas, y que a estos herederos se les continúe el privilegio mientras lo soliciten, por la atención que merecen aquellos literatos, que después de haber ilustrado a su patria no dejan más patrimonio a sus familias que el honrado caudal de sus propias obras y el estímulo de imitar su buen ejemplo».² Por fin, en 1813, las Cortes de Cádiz promulgarían un Decreto por el que se instituyó en España «un derecho de propiedad del autor sobre sus obras» cuya duración se prolongaba durante toda la vida del autor más diez años después de su muerte.³

El propósito de este capítulo no es, sin embargo, ahondar en el estudio histórico de la propiedad intelectual, sino reflexionar sobre su adecuación a los nuevos tiempos e ilustrar de forma práctica cuáles son algunos de los problemas reales a los que se enfrentan escritores y editores del siglo XXI. Aunque los cambios tecnológicos han propiciado vaivenes y transformaciones constantes en el proceso de confección, edición y divulgación del libro a lo largo de la historia (la imprenta de tipos móviles dejó paso en el siglo XIX a la linotipia; en el siglo XX se impusieron las máquinas de escribir, los ordenadores, las impresoras, Internet...), la mayoría de los conflictos entre autores y editores que se dilucidan hoy en los tribunales sigue obedeciendo a patrones clásicos: abundan los pleitos entre plagiados y plagiarios, las disputas por la difusión de secuelas no autorizadas, las reclamaciones por contratos abusivos, etc. Conflictos intemporales en los que se han visto implicados escritores y editores de todos los tiempos: la indignación que invadió a Miguel de Cervantes cuando llegó a sus manos el apócrifo *Quijote de Avellaneda* no debió diferir mucho de la que experimentara siglos más tarde Dimitri Nabokov al descubrir cómo la novelista italiana Pia Pera resucitaba en *El Diario de Lo* a la Lolita que su padre, Vladimir Nabokov, había preferido enterrar; o de la del genial y excéntrico J. D. Salinger, que dedicó sus últimos días a combatir en los tribunales la difusión de la secuela de *El guardián entre el centeno* que un escritor sueco —apodado, no sin cierta sorna, «J.D. California»— había publicado bajo el título *Sixty years later: coming through the rye*.

² Novísima Recopilación, Libro VIII, Título XVI, Leyes XXIV y XV. Recogidas en *Códigos Antiguos de España*, p. 1575 y ss. *Vid.*, Jesús A. Martínez Martín, «El Año Cristiano de 1832 y el debate sobre la propiedad intelectual y los derechos de autor en el siglo XIX», en *Cuadernos de Historia Contemporánea* 2007, Vol. Extraordinario, pp. 165-174.

³ Durante la Edad Moderna y hasta la aprobación del Estatuto de Ana en Inglaterra y de otras leyes europeas de propiedad intelectual, las corporaciones de librerías, impresores y editores en los distintos países de Europa basaban sus relaciones en privilegios reales que les eran conferidos por el monarca, y que les otorgaban un monopolio de facto sobre las obras publicadas e impresas por los propios agremiados. Los privilegios no alcanzaban en ningún caso a los autores, que vendían su obra al editor y se desligaban de ella para siempre.

Ha sido la implantación masiva de Internet y el desarrollo de nuevos artefactos digitales de lectura (los *e-Readers*), la reciente proliferación de páginas *web* de enlaces y descarga de libros digitales o iniciativas privadas próximas a la ciencia ficción, como la aspiración de Google de volcar todos los libros del mundo en la Red o —por usar una metáfora muy en boga— «en la nube»,⁴ lo que ha alterado radicalmente los cimientos del negocio editorial y desdibujado al mismo tiempo los contornos de los litigios que los enfrentan en los tribunales.

Pese a todo, las incertidumbres sobre el régimen legal de la propiedad intelectual que inquietan a autores y editores no necesariamente obedecen a los cambios acontecidos en los últimos tiempos. A menudo, el profesional de la edición recurre voluntariosamente a los textos legales para conocer de primera mano sus derechos y obligaciones, pero las leyes (como las resoluciones de los tribunales) suelen encontrarse redactadas de forma oscura y retorcida, y dificultan su comprensión por el ciudadano lego en Derecho. La denuncia que el historiador Tony Judt hacía a propósito del oscurantismo de las ciencias económicas es perfectamente predicable del mundo del Derecho: «la liturgia debe celebrarse en una lengua oscura, que sólo sea accesible para los iniciados. Para todos los demás, basta la fe».

De ahí que el objetivo de este capítulo sea aportar argumentos para esa dialéctica incesante sobre los derechos de autor y exponer de forma sencilla algunas de las cuestiones legales que revisten mayor interés para el editor de este siglo, un editor entre receloso e ilusionado por el viraje al que la tecnología impulsa su profesión y, al mismo tiempo, exasperado por los entresijos legales que lo privan de las ansiadas respuestas. A través de la selección y reseña de sentencias judiciales, y de la explicación de sus fundamentos legales, se busca dar respuestas a esos interrogantes y dotar de seguridad jurídica al devenir de un negocio que atraviesa por una fase de transformaciones sin retorno.

2. Algunas reflexiones para el diálogo

¿Qué bien podría pertenecer a un hombre si la obra de su espíritu, fruto único de su educación, de sus estudios, de sus vigiliadas, de sus tiempos, de sus búsquedas, de sus observaciones, si las horas más bellas, los momentos más hermosos de su vida, si sus pensamientos íntimos, los

⁴ El cofundador de Google, Sergey Brin, defendió personalmente su iniciativa de alojar en la Red una biblioteca global en un persuasivo artículo de opinión publicado en el diario *The New York Times* bajo el título «A Library to Last Forever». El artículo se encuentra accesible en la página *web* de NYT: <http://www.nytimes.com/2009/10/09/opinion/09brin.html>

sentimientos de su corazón, la parte más preciosa de sí mismo, esa que no perece y que lo inmortaliza, no le pertenece?

Denis Diderot. *Carta sobre el comercio de libros*, 1763.

Cuando se cumplen tres siglos de la aprobación de la primera ley de propiedad intelectual de la que existen vestigios documentados en Occidente, el Estatuto otorgado por la reina Ana Estuardo de Inglaterra en 1710, no está de más echar la vista atrás y recordar cuáles son los valores que subyacen tras el reconocimiento histórico de los derechos de autor. Las definiciones convencionales de la propiedad intelectual tienden a resaltar dos de sus cometidos básicos: a) el de servir como incentivo a la creación literaria, artística y científica, y b) el de remunerar a los creadores de obras originales por su trabajo intelectual. En este sentido, la propiedad intelectual sería aquel conjunto de derechos —económicos y morales— que la Ley confiere de forma exclusiva al autor de una obra original en reconocimiento del mérito que supone la creación de una obra única, distinta en su concepción y en su forma de expresión de todas las demás. La ley premia la originalidad creativa, y lo hace otorgando al autor una capacidad de decisión sobre su obra prácticamente ilimitada. Sólo a él corresponde decidir el destino que va a dar a su creación: si decide divulgarla o relegarla al inédito, rentabilizarla, destruirla o regalarla y, en el caso de que opte por comerciar con ella, si lo hace por sí mismo o cede sus derechos a otros individuos o empresas que cuentan con los medios adecuados y con la capacidad técnica, organizativa y financiera adecuada para explotarlos en el mercado (los editores, en el terreno de las letras; las productoras de cine o de televisión y las discográficas, en el ámbito de las artes audiovisuales y musicales, etc.).

Sin embargo, hay una faceta de la propiedad intelectual en la que no siempre se repara con la suficiente profundidad, y que tiene mucho que ver con la libertad individual del autor, del autor entendido como ciudadano libre, crítico con la sociedad en la que vive y en la que se expresa, e independiente de influjos ideológicos o artísticos externos. Pese a que en los últimos tiempos se haya favorecido desde ciertos sectores sociales la idea de que la propiedad intelectual ha quedado desfasada, y de que una nueva retahíla de normas que garanticen el acceso universal y gratuito de todos los ciudadanos a la cultura ha de ser promulgada sin demora, el sistema de derechos de autor, razonablemente modulado y adaptado a los tiempos que corren, sigue teniendo plena vigencia en la sociedad del siglo XXI.

Conviene recordar que la propiedad intelectual es una institución moderna, que se enmarca históricamente en el ideario liberal y racionalista de la Ilustración. Desde su institucionalización en el siglo XVIII, la propiedad intelectual se ha definido esencialmente por oposición a la idea del mecenazgo, a la concepción del artista como individuo protegido y sometido al influjo

ideológico, religioso o político de una casta o de una entidad protectora (el mecenas, la Iglesia, el Estado) y adscrito por necesidad a convencionalismos estéticos impuestos por sus valedores. Por lo tanto, en su concepción originaria, la propiedad intelectual nunca pretendió ser una institución proteccionista, sino todo lo contrario: la proverbial frase de Diderot «laissez faire la librairie, laissez faire l'auteur» (*Carta sobre el comercio de libros*, de 1763), encarna a la perfección esa voluntad liberalizadora que se encuentra en el origen mismo del derecho de autor. La aprobación de las leyes de propiedad intelectual debe ser entendida, pues, como una conquista del individuo, por cuanto persigue una finalidad revolucionaria: desligar al autor de los lazos que tradicionalmente lo ataban a gremios e instituciones públicas o privadas, eclesiales o laicas, políticas o artísticas, y dotarlo de una divisa, sus derechos, con la cual poder negociar, trabajar y ganarse la vida en la todavía incipiente sociedad industrial. Mediante la propiedad intelectual se devuelve al autor su dignidad, su independencia de criterio, su libertad y su capacidad crítica y creadora. Se le concede la posibilidad de ganarse la vida con más o menos fortuna y porvenir, guiándose por su propio criterio estético, y dedicarse profesionalmente a aquella actividad que mejor sabe hacer. El éxito vendrá determinado por su propio esfuerzo y por el favor del público. Y transcurrido un cierto tiempo, los derechos de propiedad intelectual expiran y la obra pasa a ingresar en ese acervo de conocimiento común que se ha denominado el «dominio público», retornando de ese modo a la sociedad que aseguró al autor las condiciones adecuadas para el desarrollo de su trabajo, en una suerte de *quid pro quo* que beneficia al individuo imaginativo, pero también a la comunidad en la que se integra. El reconocimiento de la propiedad intelectual supone, en fin, un acontecimiento trascendental en la historia moderna, que sirvió para reparar el agravio hacia el trabajo intelectual que había persistido a lo largo de los años y que la sensibilidad dieciochesca consideró intolerable e incompatible con una sociedad moderna y civilizada.⁵ Sin duda,

⁵ En España, pese al reconocimiento de ciertos derechos a los autores desde finales del s. XVIII y, de forma más rotunda, a principios del XIX, la primera Ley de Propiedad Intelectual debatida en las Cortes con vocación de regular de forma exhaustiva y sistemática los derechos de autor no sería promulgada hasta el 10 de enero de 1879, bajo el reinado Alfonso XII (con un siglo de retraso respecto de los países de nuestro entorno cultural). Como afirma Jesús A. Martínez en su obra *Historia de la Edición en España (1836-1936)*, la aprobación de la ley coincide en el tiempo con una etapa de profesionalización de los escritores —que conciben la literatura como un oficio y no ya sólo como una vocación desinteresada—, pero también de renovación de la crítica política y social de la que Larra había sido un exponente fundamental a principios de siglo: «Desde finales del siglo XIX la configuración de un mercado literario de nuevo cuño estaba en relación también con la valoración social del escritor [...] la nueva dimensión de los escritores aparecía ligada a la profesionalización, con una generación que trata de diferenciarse de la actitud clientelar respecto al poder con que en el siglo XIX se había relacionado a los escritores».

en los próximos años deberá reflexionarse ampliamente sobre el papel que corresponde a la propiedad intelectual trescientos años después de su nacimiento y cómo se conjuga la remuneración del trabajo intelectual con el acceso a la cultura en condiciones razonables y satisfactorias para el conjunto de la sociedad; pero las propuestas que propugnan la abolición de la propiedad intelectual o sugieren que sea el Estado el que pague al autor un estipendio a cambio de la difusión gratuita de su obra, entrañan una peligrosa regresión de la libertad de creación que debe ser descartada por principio, ya que representa una *contradictio in terminis* con el significado histórico de la propiedad intelectual.

3. La propiedad intelectual reconoce al autor de una obra original. Pero ¿qué entiende la ley por «originalidad»?

Son muchas las sentencias de los tribunales que han ido perfilando el concepto de «originalidad» desde un punto de vista jurídico. Si, como se ha dicho, la propiedad intelectual persigue incentivar la creación original, si únicamente se protegen aquellas obras que por su concepción o su factura destacan entre el común de las manifestaciones expresivas de la sociedad, entonces será necesario delinear esa frontera imaginaria que separa lo original de lo anodino, la «obra» de la creación insustancial, repetitiva y carente de ese rasgo tan valorado por nuestras sociedades a lo largo de la historia, esa combinación de gusto, ingenio y trabajo intelectual que se conoce como originalidad.

Tradicionalmente, la doctrina académica ha partido de la definición de «originalidad» registrada por el *Diccionario de la Real Academia Española* para distinguir entre una forma de originalidad «subjetiva» («la que resulta de la inventiva de su autor») y otra «objetiva» («que tiene, en sí o en sus obras y comportamiento, carácter de novedad»).⁶ Según los cánones doctrinales, la originalidad subjetiva se predica de aquellas obras que dejan traslucir en su forma de expresión la personalidad del autor, su talento singular, de forma que si dos autores llegasen al mismo resultado por azar, sin haber tenido acceso previo a la obra del otro, no habría infracción de los derechos de propiedad intelectual, puesto que las dos obras serían creaciones personales, independientes y auténticas de cada uno de

⁶ Para quienes no se hallan familiarizados con el mundo del derecho puede resultar sorprendente la influencia y el peso que la doctrina académica, esto es, la opinión de los estudiosos del Derecho, catedráticos y profesores de Universidad, ejerce sobre los jueces en los tribunales. El «argumento de autoridad» (la cita de los autores doctrinales más influyentes) puede resultar decisivo en el foro para inclinar el criterio del juez de un lado o del contrario.

sus autores y, en cuanto tales, dignas de protección. La obra intelectual será original, por tanto, cuando no sea una copia o un plagio de la obra de otro autor. Así lo entendió ya en 1936 el célebre magistrado estadounidense Learned Hand, para quien «si por algún tipo de magia, un hombre sin saberlo compusiera de nuevo la *Oda a una urna griega* de Keats, sería también autor, y si la registrara, otros deberían abstenerse de copiar ese poema, aunque podrían por supuesto copiar el de Keats [que ya entonces había caído en el dominio público]». ⁷ Por supuesto, la dificultad que entrañaría probar que se ha llegado a la misma solución creativa de forma espontánea e independiente sería tal que difícilmente podría eludirse la responsabilidad por infracción de propiedad intelectual.

Una de las melodías más sonadas y conocidas del pop universal, «My Sweet Lord» de George Harryson, incluida en su primer álbum en solitario «All Things Must Pass» (1971), resultó ser una recreación exacta y en apariencia inconsciente de un single anterior del grupo The Chiffons, «He's so fine», que había sido compuesto en 1962 por Ronald Mack. Lo extraordinario del caso es que George Harrison fue condenado por «plagio inconsciente», provocado —según se consiguió atestiguar en el proceso— por un ataque de «criptomnesia», una alteración de la memoria que impide reconocer los recuerdos como tales, de manera que se presentan a la conciencia racional como ideas o pensamientos propios. ⁸

La originalidad objetiva, por el contrario, presupone necesariamente la presencia en la obra de «un elemento objetivamente novedoso», en el sentido de innovador, distinto, que no existiera ya en el acervo cultural de la sociedad. Esto es, no basta la mera expresión de la subjetividad del autor en la obra, sino que sería necesaria una evolución de algún modo innovadora para poder reconocer al autor derechos sobre su obra.

Frente a las rígidas categorías de la dogmática doctrinal, cuya utilidad en la práctica es relativa, la jurisprudencia ha venido decantándose por una u otra forma de originalidad dependiendo del caso concreto, y parece contemplarlas más como recursos complementarios que como conceptos contrapuestos. Piénsese que lo que hace que una novela, un poema o una ilustración sean «novedosos» (o lo que es lo mismo, «objetivamente» originales) es precisamente la habilidad narrativa y estilística del autor, su solvencia técnica o artística, que dejarán impreso en la obra el sello personal del autor, su particular sensibilidad frente a la de los demás. ¿Y acaso no era eso lo que se denominaba originalidad «subjetiva»? Quienes critican la visión subjetiva de la originalidad sostienen que, en un mundo en el

⁷ Sheldon vs. Metro Goldwyn Pictures Corp., 81 F.2d 49 (2d Cir. 1936).

⁸ Bright Tunes Music vs. Harrisongs Music 420 F. Supp. 177 (S.D.N.Y. 1976).

que la mayor parte de las manifestaciones creativas son *producidas* (y no ya *creadas*) por equipos de trabajo integrados en grupos empresariales (y formados por empleados, *free-lances*, creativos, etc.), valiéndose además para ello de sofisticadas herramientas tecnológicas, seguir definiendo la originalidad como la «expresión de la subjetividad del autor» puede carecer de sentido. Ciertamente, nuestra sociedad otorga un enorme valor al diseño de productos utilitarios fabricados en serie y de forma masiva, y en los que no será posible encontrar esa huella subjetiva del autor y, en principio, nada impide que su originalidad (objetiva, si se quiere) les permita beneficiarse del amparo de la propiedad intelectual. Pero lo cierto es que ya existe una rama del Derecho que se ocupa de proteger el diseño industrial, y cuyos principios nada tienen que ver con los que rigen el derecho de autor (un Derecho pensado para mitigar el desequilibrio existente en una relación jurídica que vincula a una parte esencialmente débil, el autor, con una empresa —editorial, discográfica, audiovisual, etc.—). En realidad, el concepto de originalidad objetiva, entendido como «innovación», forma parte de una filosofía más utilitarista, que se adecua mejor al ámbito de las artes aplicadas o industriales (la arquitectura, la ingeniería, el diseño, la publicidad, etc.), donde la novedad puede resultar necesaria por exigencias del mercado, de la técnica o de la combinación de ambas, la mercadotecnia.

Como ha declarado con acierto el Tribunal Supremo español, en la literatura y las artes «lo relevante es la forma original de la expresión, no tanto si la idea o los datos expuestos son conocidos o novedosos»;⁹ o si

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo español de 26 de noviembre de 2003. Esta jurisprudencia del Tribunal Supremo es recogida, entre otras, por la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 28 de septiembre de 2007, que resolvió a favor del autor de un texto literario sobre los mercados medievales, que había sido utilizado por una empresa de eventos gastronómicos en su página *web* sin haber recabado el preceptivo consentimiento. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de septiembre de 2005 advierte de un cambio de tendencia del criterio subjetivo de originalidad hacia un criterio más objetivo: «si bien tradicionalmente imperó la concepción de originalidad subjetiva por parecer criterio aceptable para las obras clásicas (literatura, música, pintura, escultura,...) ya que la creación implica cierta altura creativa, hoy día, sin embargo, debido a que los avances técnicos permiten una aportación mínima del autor (hay obras en las que no se advierte un mínimo rastro de la personalidad de su autor) y unido al reconocimiento del autor de derechos de exclusiva, la tendencia es hacia la idea objetiva de originalidad, que precisa una novedad en la forma de expresión de la idea. Esta concepción objetiva permite destacar el factor de reconocibilidad o diferenciación de la obra, imprescindible para atribuir un derecho de exclusiva, lo que requiere, al fin, que la originalidad tenga una relevancia mínima, pues no resulta adecuado conceder derechos de exclusivas a creaciones que constituyen parte del patrimonio cultural común de la sociedad». Pero a mi juicio esa tendencia no es tal. Como reconoce la propia sentencia, lo que sucede es que el parámetro de originalidad que ha de aplicarse a la literatura y a las obras artísticas no puede ser el mismo

guiendo a la Audiencia Provincial de Barcelona, «la originalidad concurre cuando la forma elegida por el creador incorpora una especificidad tal que permite considerarla una realidad singular o diferente por la impresión que produce».¹⁰ Y es que, como señala con agudeza el novelista Javier Marías, la historia de la literatura no es algo «progresivo y en cierto sentido parecido a la ciencia, cuyos hallazgos van siendo arrumbados o eliminados a medida que son superados o que se demuestra la parcialidad, insuficiencia o inexactitud de cada uno de ellos». Esto es, no puede esperarse de la literatura una evolución clara y lineal en cuanto a estilos o técnicas narrativas: «(L)a literatura funciona más bien de la manera opuesta: nada de lo que se le agrega borra o anula nada de lo ya escrito, sino que, por así decir, se pone a su lado y convive con ello. Lo más antiguo y lo más nuevo respiran al unísono [...]. Es necesario, claro está, que lo viejo aún aliente pese al tiempo transcurrido desde su creación o aparición: desde luego hay obras que se borran y anulan [...] languidecen y mueren por su escaso brío o porque —precisamente— aspiraban en su nacimiento a ser “modernas” u “originales”, lo cual les facilita luego el pronto envejecimiento, o, como también se dice, quedar demasiado ‘fechadas’ [...]. Algo de eso sentimos incluso con las narraciones de los más grandes autores contemporáneos: con Kafka, con Faulkner, con Borges en ocasiones, casi siempre con Joyce. De puro innovadores, de puro arriesgados, de puro voluntaristas, de puro distintos o de puro ambiciosos, pueden resultarnos, en ocasiones, levemente anticuados o, si se prefiere, tan sólo ‘fechados’».¹¹

Otro concepto jurídico del que se vale la jurisprudencia para valorar si una obra goza o no de originalidad es el de «altura creativa». En principio, parece obvio que no cualquier escrito merece el calificativo de «obra literaria», digna de protección por el derecho de autor. Pero ¿dónde situar esa dosis mínima de creatividad? ¿Cuándo reviste una obra la suficiente altura creativa? Por supuesto que esta noción jurídica nada tiene que ver con la maestría o la idiosincrasia que revelan unas pocas obras a lo largo de la historia de la literatura: sería absurdo equiparar la idea de altura creativa a novelas como *Moby Dick* de Melville, *Ulises* de Joyce o *Rayuela* de Cortázar, por citar sólo tres ejemplos de obras innovadoras y rupturistas. Sólo unos pocos rompen con los moldes de la tradición y definen nuevas corrientes literarias en las que, con el tiempo, pasarán a integrarse una mul-

que se emplee para medir la originalidad de las llamadas «artes aplicadas», porque el fundamento de la protección es radicalmente distinto: en un caso se trata de proteger y fomentar la creatividad personal del individuo, mientras que en el segundo caso los intereses en juego son eminentemente empresariales.

¹⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de marzo de 2000.

¹¹ «Odiar “El Gatopardo”», Babelia, *El País*, 12 de marzo de 2011.

titud de autores que definirán a su vez a una nueva tradición (Eugenio D'ors afirmaba con ironía que «todo lo que no es tradición es plagio»). Pero el Tribunal Supremo español ha optado por rebajar la exigencia de originalidad y altura creativa hasta límites insospechados, llegando a considerar que textos tan banales como los anuncios de ofertas de empleo publicados en periódicos¹² o el folleto de instrucciones de una mampara de baño son obras literarias protegidas por el derecho de autor (!). Esta última sentencia, de la que fue ponente el magistrado Almagro Nosete, justifica con decepcionante laconismo la necesidad de conceder derechos de autor al creador de las instrucciones de una mampara de baño: «la verdad es que cualquiera que sea el valor literario del folleto, entendido como calidad noble del arte de la expresión por medio de la palabra, lo que la Ley protege es la creación original de una composición del lenguaje escrito, de modo que en el caso tal característica se da».¹³ La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid revocada por esta otra del Tribunal Supremo había defendido en segunda instancia que un folleto de instrucciones no es una obra literaria, artística o científica y que, por lo tanto, no debería gozar de la exclusividad otorgada por la propiedad intelectual.

Al margen del mayor o menor acierto de la jurisprudencia al extender la protección de los derechos de autor a combinaciones de palabras cuya originalidad es altamente cuestionable, el principio subyacente es que cuanto mayor sea la libertad de creación de la que goza el autor, mayor será también la exigencia de altura creativa. En el terreno de la literatura y de las *artes puras* (convengamos, aunque sólo sea a efectos prácticos, que éstas integran la música y una concepción muy amplia de las artes plásticas y audiovisuales) en las que la creatividad no se encuentra en principio

¹² Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2002. En este caso, el periódico *La Vanguardia* acusaba a una publicación de ofertas de empleo de haber plagiado sus anuncios por palabras. Frente al criterio mantenido por la Audiencia Provincial de Barcelona, que había desechado la idea de que los anuncios por palabras tuvieran originalidad de cualquier tipo, el Tribunal Supremo sostuvo la siguiente argumentación:

No se puede aceptar que dichos anuncios de ofertas laborales recogidos de una publicación por otra, ya sea *per se* o como integrantes de un *totum*, deban quedar sin el amparo lógico de toda propiedad intelectual, por no tener tal naturaleza. Y ello no es asumible, desde el instante mismo que dichos anuncios conocidos con la denominación de «ofertas de empleo o trabajo», suponen lisa y llanamente una actividad creativa con cargas de originalidad, que no puede encasillarse en cláusulas de estilo o usos tipográficos.

No hay que olvidar en ese aspecto, que un ofrecimiento de un puesto de trabajo, con la carga socio-económica que supone, precisa una actividad intelectual de cierto calado para hacer atractiva la oferta y con el fin de obtener un éxito que redundaría a favor, tanto del oferente como del futuro solicitante, así como del medio en el que se plasma la misma, que tiene, por ello, el derecho a ser protegido en su afán creador.

¹³ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1996.

constreñida por circunstancias ajenas a la creación, la exigencia de altura creativa será mayor (así sucede habitualmente en los casos de reclamaciones por plagio de obras de ficción); mientras que en el caso de las *artes aplicadas* o *utilitarias* esa necesidad creativa podrá relativizarse, dentro eso sí de un cierto grado de originalidad.

La Audiencia Provincial de Madrid ha avalado esta tesis al declarar que la «originalidad requiere un mínimo nivel de singularidad y novedad, de altura creativa suficiente» (aunando de este modo las facetas subjetiva y objetiva de originalidad), pero «sin olvidar que el Tribunal Supremo ha relativizado este requisito por exigencias de protección en el mercado de productos o servicios que incorporan creaciones de escaso nivel».¹⁴ El test de originalidad, ese termómetro judicial que mide los niveles de ingenio creativo, dependerá, en definitiva, del tipo de obra de que se trate, y deberá diferenciarse en la medida de lo posible entre literatura y artes puras y artes aplicadas.¹⁵ En la reflexión del Tribunal Supremo a la que se refería la Audiencia Provincial de Madrid, se detecta ya el reconocimiento de que las múltiples posibilidades creativas que se dan en la práctica (más aún en un siglo en el que las nuevas tecnologías se presentan no sólo como plataforma de difusión de contenidos sino como materia misma de la creación) obligan a utilizar las categorías jurídicas de forma flexible, dando cabida a expresiones literarias y artísticas que de un modo u otro (subjetiva u objetivamente, si se quiere) resulten originales, y sin perder de vista en ningún momento la finalidad comercial y económica de las artes y de las manifestaciones creativas, y la importancia que revisten como activos económicos en el mercado del entretenimiento, en la publicidad y en tantos otros sectores socio-económicos.

De cualquier manera, la sorprendente riqueza de las manifestaciones creativas seguirá planteando interrogantes insolubles en épocas venideras: ¿ha de proteger la propiedad intelectual el tiburón de Damien Hirst que se conserva en formol en un estante de vidrio bajo el ambicioso título de «La

¹⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de enero de 2008.

¹⁵ Esta opinión no es unánimemente compartida por los tribunales. La sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Madrid, de 24 de junio de 2009, descarta la aplicación de la originalidad subjetiva, tras apreciar una tendencia a utilizar el criterio objetivo de originalidad. La confusión reinante es, pues, innegable: «La concepción subjetiva de la originalidad plantea problemas para la protección de la obra, ya que las obras a las que hoy se les reconoce como merecedoras de protección, no lo estarían según esta concepción, al carecer de este requisito, ya que en pocas obras se percibe en algún extremo la personalidad de su autor. Además según esta concepción subjetiva no estaríamos en presencia de una infracción de derecho de autor cuando se realizara una obra igual a otra ya existente de distinto autor, siempre que aquél no hubiera usado el modelo constituido por la preexistente. Ante los problemas que plantea dicha concepción, en la doctrina se ha venido abogando por la preeminencia de la concepción de originalidad entendida como novedad objetiva».

imposibilidad física de la muerte en la mente de alguien vivo»? ¿O al autor conceptual de una obra de arte cuya ejecución material —altamente devaluada en una época que otorga todo el mérito al concepto— se deja íntegramente a la pericia de subalternos, empleados de museos, carpinteros e incluso jardineros (como en el caso del «Puppy» de Jeff Koons, que de forma tan florida y colorista recibe a los visitantes del museo Guggenheim de Bilbao)? La originalidad habrá de ser apreciada caso por caso, y los parámetros jurídicos sentados por la jurisprudencia no pueden prescindir de la opinión fundada de expertos o críticos siempre que sea posible, pues lo cierto es que dejar en manos de jueces y de juristas la decisión sobre lo que deba ser el «arte» o la «literatura» puede ser tan arriesgado como incongruente.

4. **¿Pueden escritores o editores reclamar la protección de una idea original?**

La originalidad que protege la propiedad intelectual se refiere siempre a obras que hayan sido «expresadas por cualquier medio o soporte tangible o intangible» (según la dicción literal de la ley), pero nunca a las ideas que, por regla general, no pueden ser objeto de apropiación. La propiedad intelectual no protege las ideas —ya sean brillantes y originalísimas o anodinas e insustanciales— sino su materialización en una obra concreta. Así lo expresó ya una jurisprudencia del Tribunal Supremo español fraguada allá por el año 1900, bajo el reinado de María Cristina de Habsburgo, y concebida veinte años después de la entrada en vigor de la primera Ley de Propiedad Intelectual española.¹⁶

Para que las ideas constituyan propiedad privativa a que se apliquen las disposiciones legales reguladoras del dominio, precisa que se hayan manifestado en alguna de las formas de que hace expresión la ley [...], sin que fuera de ella puedan constituir materia de apropiación, tanto por carencia de precepto legal que lo disponga, cuanto porque la naturaleza y conexiones de la inteligencia humana impiden que el mero pensamiento, no contenido dentro de los moldes expresados en la ley sobre propiedad intelectual, tenga que ser atribuido exclusivamente a un solo individuo con las condiciones y de la manera necesaria para constituir, en la esfera coercitiva del derecho, objeto apropiable que lo pueda ser consiguientemente de reivindicación o de indemnización.

En el contexto editorial, la desprotección de las ideas se traduce en que, en principio, dos libros que versen sobre la misma temática o que compartan estilo, trama y argumento, serán perfectamente compatibles y

¹⁶ Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1900 y de 18 de noviembre de 1903.

lícitos desde un punto de vista legal y gozarán ambos de la protección del Derecho, siempre, eso sí, que sean originales y que no existan coincidencias sustanciales en la forma en que hayan sido expresados (esto es, que no haya habido plagio). Decía Christopher Booker que la narrativa universal se reduce a siete argumentos básicos que condensan todas las historias posibles y que se replican una y otra vez con más o menos variaciones.¹⁷ La novela negra, las de abogados, las historias de fantasmas, etc., repiten hasta la saciedad personajes tipo, argucias y desenlaces, y a nadie se le ocurre poner en duda que apropiarse de esos arquetipos sea lícito y, más aún, imprescindible para la creación literaria. Así lo han venido interpretando los tribunales a ambos lados del Atlántico desde los orígenes mismos de la propiedad intelectual. En la jurisprudencia estadounidense es recurrente la fórmula retórica según la cual «*ideas are free as the air*» (cuyos orígenes se sitúan en las primeras resoluciones gremiales recaídas en Inglaterra antes incluso de la promulgación del Estatuto de Ana).¹⁸

Uno de los casos que sirvió para apuntalar este principio en el ámbito literario fue el que enfrentó a Grace A. Fendler, una joven profesora neoyorquina, con el audaz y enérgico productor teatral de Broadway, Oliver Morosco, en el Manhattan de principios del siglo XX. En 1911, Morosco había producido y estrenado en varios teatros de Nueva York *The Bird of Paradise*, de Richard Walton Tully. Un año más tarde, Grace A. Fendler llevaría a Morosco y a Tully ante los tribunales de Nueva York alegando que habían plagiado su drama *In Hawaii*, una historia de amor entre una princesa hawaiana y un intrépido y atractivo médico extranjero.¹⁹ El caso fue cubierto por *The New York Times*, que publicó una minuciosa crónica bajo el titular «*He stole my play, says woman autor*». Paul N. Turner, abogado de Grace Fendler, esgrimió en el memorándum una ácida y persuasiva defensa de los derechos de su cliente:

El autor de una composición literaria se encuentra también vinculado por el mandamiento ‘No robarás’. En el caso en cuestión, dos autores podrían ser igualmente originales utilizando como personaje a una princesa hawaiana. Nada tendría de especial que los dos le otorgaran el papel protagonista de sus obras. Incluso, aunque hubo muchas dinastías, no parecería inverosímil atribuir al azar el que ambos hubie-

¹⁷ Christopher Booker, *Seven basic plots: Why we tell stories?*, Continuum Publishing, 2004.

¹⁸ *Vid.*, entre otras, *International News Service vs. Associated Press*, 248 U.S. 215, 250 (1918).

¹⁹ La noticia original, publicada el 17 de febrero de 1912, se encuentra accesible en la hemeroteca digital de *The New York Times*: <http://query.nytimes.com/mem/archive-free/pdf?res=F70A13F63C5813738DDDAE0994DA405B828DF1D3>

ran elegido a una princesa de la dinastía Kamehameha. Pero cuando además la princesa es la última de su raza, empezamos a notar que nos aproximamos a los límites naturales de la coincidencia. Si los dos autores van todavía más lejos y hacen que sus princesas renuncien a la corona (sobre todo cuando se trata de una renuncia puramente ficticia, pues no se sabe de ninguna princesa hawaiana que hiciera tal cosa) no parece descabellado pensar que uno de esos autores se ha apropiado de la idea del otro. Y si seguimos adelante y reparamos en que las dos princesas se enamoran de un médico advenedizo que está pasando una temporada en Hawái en busca de un remedio contra la lepra, y que ambas seducen a su médico mediante danzas nativas y sesiones de surf, y que al menos dos de los actos teatrales son representados con un mismo decorado, sería necesaria una prueba muy contundente para desbaratar la convicción de que uno de los autores se ha apropiado de los materiales del otro.

Aunque el tribunal de Mahattan sucumbió a tan demoledora argumentación y otorgó la razón a Grace Fendler en primera instancia, el incombustible Morosco recurrió ante la corte de apelación del Estado de Nueva York, que en 1930 dictó una sentencia por la que desestimaba categóricamente la acusación de plagio. El tribunal de apelación no vio más que una mera asociación de ideas entre ambas obras: «Puede haber propiedad literaria en una determinada combinación de ideas o en la forma en que esas ideas son incorporadas, pero no la hay en las ideas. Las ideas, se ha admitido siempre, incluso por la Stationer's Company,²⁰ son libres como el aire. Si a uno casualmente se le ocurre una idea y la lanza al patrimonio común, debería contentarse con ver cómo aquellos de sus compatriotas menos aventajados consiguen prosperar gracias a ellas».²¹ Tras el proceso judicial, Morosco y Walton Tully pudieron licenciar los derechos para su

²⁰ La Stationer's Company (Compañía de Impresores y Libreros de Inglaterra) fue la institución gremial que, desde mediados del s. xv, se encargó de promulgar y hacer cumplir reglamentaciones corporativas sobre los privilegios de impresión de editores e impresores hasta la aprobación del Estatuto de Ana en 1710. Esta facultad reguladora le fue reconocida en 1557 mediante un privilegio real sobre sus publicaciones, que le permitió mantener el monopolio sobre la industria editorial. Como explica Jesús A. Martínez Martín (*vid.*, nota 2), hasta la promulgación del Estatuto de Ana, «(l)a Stationer's Company, corporación de libreros e impresores de Londres, tenía el monopolio sobre los *copyrights* y la perpetuidad de su propiedad sobre los títulos registrados ante la corporación. Su actividad funcionaba como un monopolio pues no se podía editar una obra que ya hubiera sido publicada por alguno de sus agremiados». La Stationer's Company creó un registro donde sus miembros debían inscribir sus libros para poder reclamar los privilegios de impresión y de distribución, e instituyó órganos de resolución de conflictos que dictaban sus propias resoluciones. De ahí la referencia que hace el juez del caso Fendler vs. Morosco a esta corporación.

²¹ Fendler vs. Morosco, 171 N.E. 56, 58 (N.Y., 1930).

adaptación cinematográfica, y el drama fue llevado a la gran pantalla por King Vidor en 1932 (más tarde sería estrenado en español como *Ave del Paraíso*).

En cualquier caso, la desprotección de las ideas literarias no es absoluta.²² Los derechos exclusivos del autor a autorizar u oponerse a la reproducción y transformación de su obra y el derecho moral a preservar su integridad, combinados, quizás, con las posibilidades que ofrece la legislación de competencia desleal, consiguen que el titular de los derechos pueda impedir eficazmente la publicación de secuelas u obras no autorizadas que, sin plagiar o reproducir fragmentos concretos de la obra, se apropien de ideas sustanciales tales como personajes o tramas más o menos reconocibles (piénsese en la utilización no autorizada de personajes tan célebres como Lolita, Escarlata O'Hara o Holden Caulfield, por ejemplo, en secuelas u obras posteriores — todos ellos objeto de distintos procedimientos por presunta transgresión de la propiedad intelectual de sus creadores —). La protección otorgada por la propiedad intelectual al autor para atajar modificaciones o alteraciones de la obra original (y de sus personajes u otros elementos ficticios) puede alcanzar en la práctica a ideas más o menos elaboradas contenidas en la obra originaria.

La idea del silencio: el caso «John Cage»

Un caso que bordea el absurdo, pero que puede servir para comprender la tensión latente entre los conceptos jurídicos de obra e idea, originalidad y altura creativa, es el que enfrentó en el año 2002 a la editorial musical «Peters Edition» con el compositor y productor británico Mike Batt, a propósito de la pieza de música contemporánea de John Cage, *4'33"*. Aunque las partes transaron el litigio de forma amistosa y no llegó a dictarse sentencia, el caso merece ser reseñado por su carácter insólito y por las reflexiones que suscita acerca del alcance de la propiedad intelectual y de la protección de las formas más radicales de creatividad.

4'33" es una composición experimental de vanguardia que se caracteriza por instrumentar cuatro minutos y treinta y tres segundos de silencio. En la partitura original, compuesta por Cage en 1952, los pen-

²² El profesor Sánchez Arísti abunda sobre esta cuestión en su ensayo «Las ideas como objeto protegible por la propiedad intelectual», en *Pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, n.º 4, enero-abril de 2000, pp. 25 y ss., http://www.uclm.es/postgrado.derecho/_02/web/materiales/civil/Protecciideas.pdf

tagramas están en blanco, con algunas notaciones temporales y el imperativo «táctet» (silencio) impreso sobre el papel.²³ Medio siglo después de su estreno en Nueva York (la pieza fue «interpretada» por primera vez por el pianista David Tudor el 29 de agosto de 1952), Mike Batt incluiría en su álbum «Classical Graffiti» (2002) una pista vacía titulada «Un minuto de silencio» con la que, según argumentó más tarde, pretendía separar los dos estilos musicales confrontados en el disco (una primera parte creada a base de arreglos acústicos frente a otra segunda más eléctrica y rockera). Batt tuvo además la ocurrencia de atribuirse la autoría del tema junto a John Cage (los dos apellidos aparecían separados por un guión en la carátula del disco: «Batt-Cage»), en un claro guiño a la extravagancia creativa de Cage. Contra todo pronóstico, Peters Edition interpuso una demanda frente a Mike Batts por infracción de propiedad intelectual. El abogado de la editorial defendía que «el concepto de una pieza de silencio ininterrumpido —especialmente cuando se atribuye en coautoría a Mike Batt y John Cage—, constituye por sí mismo un concepto artístico valioso sobre el que existe propiedad intelectual». El litigio fue zanjado de forma amistosa en las escalinatas del palacio de justicia, en Londres, con Batt y el abogado de Peters Edition estrechándose la mano ante las cámaras mientras aquél entregaba a éste un cheque nominativo de seis cifras destinado a la Fundación John Cage. Tras haber escenificado el armisticio, un Mike Batt visiblemente perplejo reconocía a la prensa que se alegraba de haber solventado la disputa extrajudicialmente: «Este ha sido un pleito entre caballeros sobre un asunto extremadamente serio», afirmó con gravedad. Pero ¿tenía Peters Edition argumentos sólidos para demandar con éxito a Mike Batt? Probablemente no. El «concepto de una pieza de silencio», como lo denominaba el representante de Peters Edition, no es más que una idea; una idea que por lo demás ni siquiera fue concebida por primera vez por John Cage²⁴ y, ¿puede el silencio quedar *ex-*

²³ Como explica Robert P. Morgan, en su obra *La música del siglo xx* (Ed. Akal Música, 1994), «Cage condujo la indeterminación y la desintencionalidad hasta sus últimas consecuencias. La partitura de esta pieza está exclusivamente formada por tres números romanos, cada uno de ellos seguido por una duración numérica específica (entre los tres suman los cuatro minutos treinta y tres segundos que dan nombre a la obra) y por la palabra “táctet”, que señala que el intérprete o intérpretes (4'33" puede ser “tocada” por cualquier número de instrumentos) deben permanecer en silencio. La pieza, en otras palabras, está basada en el silencio».

²⁴ Al parecer, compositores como Alphonse Allais (*Funeral March for the Obsequies of Deaf Man*) o Erwin Schulhoff (*«In Futurum» from Fünf Pittoresken*) se habrían adelantado a Cage en su extravagante idea de musicar el silencio. Vid. «The Philosophy of Music» (*Stanford Encyclopedia of Philosophy*).

presado sobre un soporte? ¿Tiene algún sentido reclamar un monopolio sobre el silencio?²⁵

La protección de tramas, argumentos y personajes: acusaciones de plagio contra Dan Brown, autor de El Código da Vinci

La pugna entre escritores y editoriales por la autoría de una idea original es mucho más frecuente en las reclamaciones por plagio. Un ejemplo que atrajo poderosamente la atención de los medios, y que fue enjuiciado por la *High Court of Justice* del Reino Unido, fue el proceso incoado en el año 2006 por los historiadores Michael Baigent y Richard Leigh frente a Random House, por las similitudes existentes entre su libro *El enigma sagrado* y *El Código da Vinci* de Dan Brown. Baigent y Leigh aseguraban que el *best seller* de Brown replicaba la «arquitectura» de su libro y que existían similitudes incontestables entre ambos. Publicado por primera vez en 1982 bajo el título original de *Holy Blood, Holy Grail, El enigma sagrado* abraza la hipótesis de que Jesucristo contrajo matrimonio con María Magdalena, y que de la unión de ambos habría descendido toda la dinastía del linaje de David. Esta dinastía llegaría a convertirse en la línea sucesoria de los reyes merovingios de Francia, que finalmente pasaría a la clandestinidad y sería protegida por una orden secreta conocida como el Priorato de Sión. *El Código da Vinci* acoge esta estrambótica trama y la vincula a Leonardo da Vinci, a quien presenta como uno de los miembros del Priorato de Sión, que habría dejado ocultos en sus obras acertijos y anagramas en clave que explicarían los secretos más recónditos del cristianismo y la significación última del Santo Grial. Ambas obras comparan por tanto, siquiera sea parcialmente, la misma hipótesis.

Durante el interrogatorio, Dan Brown reconoció que su mujer, Blythe Brown, y él mismo habían consultado *El enigma sagrado* entre varias otras docenas de referencias históricas y de ficción para documentarse y alimentar la trama de *El Código da Vinci*. Concedió también a los demandantes que había tomado el nombre de un anagrama de *El enigma sagrado* para bautizar a uno de sus personajes (lo que justificó como un guiño literario a los demandantes). Pero para entonces —aseguró— ya había escrito la si-

²⁵ John Cage, no obstante, mantuvo en vida que «en esta nueva música sólo tienen efectividad los sonidos, tanto aquellos que están escritos en la música como lo que no» (P. Moran, *op. cit.*). El centro de gravedad de la pieza de Cage se encuentra no ya en la música escrita sobre el pentagrama, sino en los sonidos registrados en el momento de la grabación o de la interpretación de su pieza: el crepitar de la madera de los instrumentos, la respiración de los intérpretes, los carraspeos del público, el fragor de la ciudad en el exterior del auditorio, etc.

nopsis del *Código da Vinci*, y el libro de Baigent y Leigh no había sido ni mucho menos una fuente crucial en su escritura. El magistrado encargado de emitir el fallo, Mr. Justice Peter Smith, dictó una sentencia de setenta y un páginas en la que desestimó la acusación de plagio y declaró que «no hay una arquitectura o estructura en *El enigma sagrado* tal y como pretenden hacer ver los demandantes, y Dan Brown no infringió esa pretendida arquitectura ni reprodujo sustancialmente fragmentos de *El enigma sagrado* cuando escribió *El Código da Vinci*, aunque está claro que lo utilizó como base para escribir determinados fragmentos». Es decir, lo que el Juez corroboró es que existían similitudes entre ambas obras, que ambas compartían una misma idea, y que, de un modo u otro, el escritor de *El Código da Vinci* se había basado en *El enigma sagrado* para crear su particular «enigma». Pero todo esto no fue suficiente para apreciar la existencia de plagio: «incluso si la trama principal de *El enigma sagrado* hubiera sido copiada, ésta es demasiado genérica o reviste un nivel de abstracción de tal punto que no puede ser protegida por el Derecho de propiedad intelectual. Por lo tanto, no existe conculcación de los derechos de propiedad intelectual de los demandantes, ni por copia textual ni por coincidencias sustanciales con la temática central». El juez desestimó la demanda y condenó a los demandantes a unas costas de alrededor de dos millones de libras esterlinas.

5. Obras literarias: recreaciones y secuelas, tradición y vanguardia

«Los buenos artistas copian, los grandes roban».
Pablo Picasso

«A good composer does not imitate; he steals».
Igor Stravinsky

«Immature poets imitate; mature poets steal».
T.S. Eliot

Los usos «derivativos» de obras ajenas son extraordinariamente frecuentes en literatura. Las alusiones o los guiños literarios, las citas, las parodias, recreaciones y secuelas, pueden llevar consigo, sin embargo, un riesgo implícito y más o menos acusado de plagio o de infracción de la propiedad intelectual del autor de la obra original. Borges ironizaba sobre las técnicas narrativas «intertextuales» en su cuento *Pierre Menard, autor del Quijote*. El Pierre Menard de Borges, novelista ficticio pero prolífico, reproducía palabra por palabra dos capítulos enteros de la primera parte de *El Quijote* (capítulos noveno y trigésimo octavo, para ser

exactos) y un fragmento del capítulo veintidós, pero en ningún caso «plagiaba» (nadie lo entendía así) por la sencilla razón de que carecía de la intención de hacerlo. El narrador del relato lo expresaba con una convicción ferviente y candorosa, sin dejar traslucir un ápice de reproche: «No quería componer otro Quijote —lo cual es fácil— sino *El Quijote*. Inútil agregar que no encaró nunca una transcripción mecánica del original; no se proponía copiarlo. Su admirable ambición era producir unas páginas que coincidieran —palabra por palabra y línea por línea— con las de Miguel de Cervantes».²⁶ El propósito sincero de Menard era reescribir *El Quijote* desde su propia subjetividad, ubicándolo en un tiempo y en un contexto diferentes; el de Borges, mostrar su escepticismo y su más descarnada incredulidad ante la lógica de la apropiación intertextual y la consigna del «todo vale». La intertextualidad (ese ardid narrativo que el filósofo francés Gérard Genette definía como «la presencia efectiva de un texto en otro») arraiga en la literatura del siglo XX y encumbra determinadas formas de *collage*, polifonías textuales, apropiaciones y recreaciones de lenguajes ajenos, que consiente y considera irrenunciables. Pero el arte de la apropiación (o *appropriation art*, en inglés) no ha quedado suspendido o fosilizado en el tiempo como una reliquia del pasado; no es ni mucho menos un anacronismo asociado necesariamente a una época o a una determinada corriente artística, sino que ha sabido readaptarse y es invocado hoy por artistas y literatos como un recurso creativo legítimo, que no les puede ser arrebatado sin más por el Derecho. Escritores y artistas apelan a la legitimidad de determinadas formas de *appropriation art* para defender la incorporación a sus obras de porciones o fragmentos en bruto de la realidad (¿y qué son el arte y la literatura, sino una faceta más de realidad?), que son reutilizados sin pasar por un filtro de ficción o de recreación: no se trata de manipular, de alterar o de parafrasear la realidad, sino de mostrarla tal cual es en un nuevo contexto para conseguir un efecto preciso. El escritor David Shields recoge en *Reality Hunger: A Manifesto* (2010) esa demanda literaria tan vigente y perentoria, y vindica el arte de la apropiación en la literatura del s. XXI a través de un alegato meditado, rotundo y desbordante de ingenio: su propio ensayo se nutre de citas constantes de autores de distintas épocas, cuya identidad es sólo revelada en un apéndice final del libro que, según reconoce el propio autor, sólo accedió a incorporar tras la contumaz insistencia de los abogados de la editorial:

Este libro contiene cientos de citas cuya autoría no aparece revelada en el cuerpo del texto. Mi propósito es recuperar la libertad que escritores desde Montaigne a Burroughs dieron por supuesta y que hoy hemos

²⁶ Jorge Luis Borges, *Ficciones*, «Pierre Menard, autor de El Quijote» (1944).

perdido. Tu incertidumbre sobre la procedencia de las palabras que acabas de leer no responde a una errata sino a un rasgo distintivo. Uno de los temas centrales de *Reality Hunger* es la apropiación y el plagio y el significado de esos términos. Difícilmente puedo tratar el asunto en profundidad sin comprometerme con él. Sería como escribir un libro sobre mentiras y no poder mentir. O escribir un libro sobre la destrucción del capitalismo y no poder publicarlo porque pudiera perjudicar a la industria editorial. Sin embargo, los abogados de Random House decidieron que era necesario que proporcionara una lista con las citas que he utilizado [...].²⁷

Esa avidez de realidad a la que se refiere David Shields se traduce en una necesidad inaplazable de flexibilizar las leyes de propiedad intelectual para legitimar determinados usos literarios. Los juristas no pueden permanecer impassibles ante unas leyes que entorpecen o asfixian la creatividad. Pero ¿dónde trazar esa línea divisoria entre las licencias poéticas o literarias, la transgresión de las reglas del estilo o de la pura elegancia y el fraude a los derechos de autor? ¿Cómo pueden la ley y los jueces arbitrar disputas eminentemente literarias? ¿Hasta qué punto tiene derecho un escritor a apropiarse de obras ajenas para crear un material propio? Sin duda, como bien señala el académico Francisco Rico, una de las claves se encuentra en que, mientras que «la intertextualidad (o, con palabras menos malsonantes, el común denominador de la alusión, la cita, la recreación, la parodia) se produce para ser reconocida y gustada; el plagio se propone pasar inadvertido». Desde un punto de vista estrictamente jurídico, la usurpación de la autoría intelectual supone el quebrantamiento de uno de los derechos morales más básicos garantizados por la propiedad intelectual, el derecho a ser reconocido como autor (o «derecho a la *paternidad*», en terminología legal). Y la reutilización o modificación no autorizada a través de secuelas o pseudo-parodias puede dar lugar a la infracción de los derechos exclusivos a autorizar la *reproducción* de la obra y su *transformación* (generalmente en manos de los editores) pero también del derecho moral e inalienable del autor a preservar la integridad de su obra.

La clave reside, por lo tanto, en definir unas reglas claras y precisas, que ofrezcan al escritor —y a su editor— la certidumbre necesaria para desarrollar su trabajo sin interferencias excesivas, a través de unos criterios judiciales que juzguen con benevolencia aquellos usos que sean socialmente aceptados en cada época. Veamos de qué técnicas se vale el Derecho para insuflar oxígeno en el pulmón de la creatividad...

²⁷ David Shields, *Reality Hunger: A Manifesto*, Hamish Hamilton (2010).

5.1. *Los límites a la propiedad intelectual y la doctrina del fair use*

No cabe duda, pues, de que el sistema de derechos de autor genera, por su propia configuración, cierta tensión entre la protección conferida a las obras ya existentes (esas que, según David Shields, configuran la «realidad cultural» de una comunidad definida en una época concreta) y la reutilización de esas mismas obras (o de fragmentos, personajes y elementos que se asocian a ellas de forma inmediata y casi inconsciente), para la elaboración de otras nuevas. El mecanismo legal que garantiza el equilibrio entre el monopolio concedido al autor sobre su obra y la libre utilización de la misma por terceros, se articula a través de los denominados sistemas de límites a los derechos exclusivos del autor, que, efectivamente, limitan o constriñen el control que el autor ejerce sobre su obra hasta que su propiedad intelectual se desvanece en el dominio público.

Esos límites o excepciones encuentran su razón de ser en el respeto a un conjunto de derechos fundamentales e intereses generales que no pueden ser soslayados por el legislador, y entre los que se encuentran el propio derecho a la creación literaria y artística (pues, insisto, también la creación artística derivada merece el reconocimiento y la tutela del Derecho cuando se acomoda a determinadas pautas legales), el acceso a la cultura, el derecho a la información, a la libertad de expresión y de crítica, etc.; derechos que se hallan en el origen mismo de cada uno de esos límites y que los justifican. Pero ¿hasta qué punto amparan esos límites al autor de creaciones derivativas, aparentemente cruciales para el desarrollo de las artes y, en general, para fomentar la expresión y la creación libres en un siglo marcado por lo digital y por el recurso al *copy & paste*?

Si se analiza la regulación actual en la Europa continental y en los países de tradición anglosajona se aprecia de inmediato una importante diferencia de concepto: en el sistema continental la legislación en materia de derechos de autor procura encontrar ese equilibrio mediante el recurso a listados cerrados de excepciones a los derechos de autor. En la Unión Europea, la Directiva comunitaria aprobada con este propósito incluye una enumeración exhaustiva de límites y excepciones cuya adopción por los Estados miembros es facultativa, pero que les impide excederse o llevar a cabo interpretaciones generosas que vayan más allá de lo estrictamente estipulado.²⁸ En los ordenamientos anglosajones, en cambio, ese necesario

²⁸ Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, transpuesta al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 23/2006, de 7 de julio.

equilibrio entre *copyright*, creatividad y libertad de expresión se consigue a través de la doctrina del *fair use*, una figura jurídica extraordinariamente plástica que se basa en la resolución casuística de las controversias por parte de jueces y tribunales: éstos deberán asegurarse en cada caso de que la utilización no autorizada de la obra anterior responde a un uso razonable e inofensivo para los intereses económicos de su titular, atendiendo a una serie de factores pautados en la ley y a la finalidad esencial de la propiedad intelectual: el fomento de la creatividad y el desarrollo de las artes.

Por expresarlo de forma simplista, mientras que los Estados Unidos confían a la judicatura la resolución de las querellas entre Arte y Derecho, la Europa continental se aferra a sus leyes y a sus legisladores. Lógicamente, la adopción de uno u otro modelo incide de inmediato en la concepción de la propiedad intelectual en cuanto tal y en la libertad de creación literaria y artística. Pero analicemos más pormenorizadamente las diferencias entre una y otra forma de preservar ese equilibrio tan delicado entre la protección de la propiedad intelectual y el fomento de la creatividad.

5.1.1. EL SISTEMA EUROPEO DE LÍMITES

El sistema continental-comunitario únicamente permite aquellas utilizaciones de materiales protegidos por propiedad intelectual cuya finalidad y alcance puedan enmarcarse dentro alguno de los límites taxativamente recogidos en la ley. Además, el legislador deberá tener en cuenta la llamada «regla de los tres pasos», una fórmula de compromiso alcanzada a nivel internacional que introduce tres criterios que deberán ser respetados en todo caso:²⁹ a) los límites no podrán adoptarse con carácter general, sino únicamente respecto de determinados supuestos especiales; b) no podrán afectar a la normal explotación de la obra; c) ni atentar contra los intereses legítimos del autor.

¿Aparecen contemplados los usos derivativos en el sistema comunitario de límites? La Directiva no establece una excepción expresa para

²⁹ Acuñada por primera vez en la revisión del Convenio de Berna sobre Derechos de Autor de Estocolmo de 1967 e incorporada finalmente al texto del Convenio con el Acta de París de 1976 (Artículo 9.2), ha sido introducida en otros instrumentos jurídicos internacionales, tales como el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de 1995 (más conocido como Acuerdo sobre los ADPIC o «TRIPS», en sus siglas en inglés —*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*—), integrado en el seno de la Organización Mundial del Comercio, y en el artículo 5 de la Directiva 2001/29: «Las excepciones y limitaciones [...] únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho».

los usos artísticos o literarios derivativos, pero recoge, entre otras excepciones, la parodia, la cita, el pastiche y las utilizaciones incidentales de una obra o prestación en otro material ajeno. Aunque a simple vista estos límites parecen adecuados para amparar utilizaciones derivativas no autorizadas, ninguno de ellos encuentra una definición precisa en la Directiva y, lo que es peor, suelen ser interpretados de forma muy restrictiva por los Estados de la Unión que han decidido adoptarlos: así sucede con la cita, cuya licitud se circunscribe a aquellos casos en que se haga con una finalidad de crítica o reseña (dejando fuera, absurdamente, las abundantes citas «alusivas», tan frecuentes en literatura). En España, el legislador no ha acogido entre los límites el pastiche ni el uso incidental, y la cita únicamente es lícita cuando se hace «con fines docentes o de investigación».³⁰ La intertextualidad, el *collage* literario o el *mash-up*, no parecen encontrar, al menos *a priori*, amparo legal expreso y uniforme en la Unión Europea.

Pero algo parece estar empezando a moverse en las instituciones europeas. La rigidez legal empieza a percibirse como un lastre para la creatividad que, en determinados casos, podría estar frenando de forma innecesaria la difusión de obras nuevas y potencialmente valiosas. La Comisión Europea, sumándose al debate internacional sobre la necesidad de flexibilizar el marco jurídico de la propiedad intelectual para adaptarlo a las exigencias de la era digital, apuntó ya en su Libro Verde del año 2009 la necesidad de reflexionar sobre la posible inclusión de una nueva excepción: los usos derivativos no comerciales, en el marco de una revisión completa al sistema de límites.

El consenso, por tanto, parece existir no sólo respecto del propósito (agilizar y flexibilizar el marco regulador de la propiedad intelectual), sino también respecto de los medios para lograr esa mayor ductilidad del sistema, a saber: la revisión de los límites y excepciones a los derechos exclusivos. En cualquier caso, la introducción de una excepción que ampare abiertamente ciertas formas de usos derivativos (una concepción más amplia de la cita, adaptada a los usos sociales, la parodia, el pastiche, el collage, etc.) y las demás formas de creatividad artística derivada, habrá de hacerse valorando los intereses de todas las partes implicadas. Como apunta el Libro Verde de la Comisión sobre derechos de autor en la economía del conocimiento, en todo caso «deberán determinarse cuidadosamente las condiciones en las que se permitiría un uso transformador, para no perjudicar los intereses económicos de los titulares de derechos de la obra original».

³⁰ Vid. artículo 32.1 de la Ley de Propiedad Intelectual española.

5.1.2. LA DOCTRINA DEL *FAIR USE*

El sistema estadounidense del *fair use* se muestra mucho más flexible a la hora de dar cabida a las creaciones artísticas derivadas. Según el Tribunal Supremo de Estados Unidos, en principio, el *fair use* debe amparar aquellas utilizaciones no autorizadas de materiales protegidos que den lugar a obras nuevas y transformadoras. El sistema estadounidense no sólo considera lícitas aquellas obras que critican, comentan o parodian una obra protegida (esto es, aquellas utilizaciones de obras anteriores que resultan obligadas por la propia naturaleza de la obra derivada —la crítica, el comentario, la parodia—), sino también los trabajos creativos que incorporan elementos protegidos con el fin de dotarlos de un significado nuevo, bien por el contexto en el que se insertan, bien por sufrir una modificación de tal calado que resulten difícilmente identificables en el conjunto de la obra resultante. En otras palabras, se protegen determinadas manifestaciones expresivas que pueden englobarse dentro de la vasta fenomenología de la intertextualidad. Evidentemente, no cualquier transformación de obras anteriores con una finalidad artística o literaria encuentra cobijo bajo la doctrina del *fair use*, pues la utilización derivativa deberá pasar por el tamiz del análisis judicial a la luz de los siguientes factores:

1. *El propósito y carácter de la utilización.* Los jueces deberán examinar si la reutilización de la obra original es lo suficientemente transformadora; si persigue una finalidad comercial o desinteresada; si constituye una parodia de la obra anterior; si se ha llevado a cabo de mala fe, etc.
2. *La naturaleza de la obra utilizada.* El segundo factor obliga a los jueces a tomar en consideración si la obra originaria era inédita (lo cual jugará siempre en detrimento del uso derivativo) o si, por el contrario, había sido ya divulgada por su autor cuando fue reutilizada. También deberá ser tenida en cuenta su altura creativa, de forma que, a mayor creatividad, mayor será también la probabilidad de que su reutilización constituya una infracción de la propiedad intelectual del primer autor.
3. *La cantidad e importancia del fragmento reproducido y exhibido.* Obviamente, la doctrina del *fair use* favorece aquellas utilizaciones derivadas que hagan un uso limitado y razonable del material anterior, proscribiendo los usos excesivos.
4. *Los efectos sobre el mercado potencial de la obra original.* Por último, los jueces deberán tener en cuenta si la reutilización de una obra puede afectar al mercado potencial de su autor. Así, como veremos, la doctrina del *fair use* no suele amparar las secuelas no autorizadas, ya que se entiende que pueden comprometer los intere-

ses económicos del autor de la obra originaria y su capacidad de decisión en el futuro.

El margen de interpretación a la hora de aplicar estos factores es extraordinariamente amplio y flexible. Así, mientras que la legitimidad del uso derivativo no autorizado estará condicionada en todo caso a que la transformación añada «una expresión sustancialmente original a la obra preexistente», una vez establecido que el uso de la obra es transformador, otros factores, como su carácter comercial o lucrativo, suelen quedar relegados a un segundo plano.

5.1.2.1. El caso Andrea Blanch contra Jeff Koons

Así lo estimó en 2006 la Corte de Apelación de Nueva York, en una acertadísima sentencia que resuelve el caso *Andrea Blanch contra Jeff Koons, la Fundación Salomon R. Guggenheim de Berlín y el Deutsche Bank*, y en la que se sintetizan y exponen con especial claridad el sentido y el alcance de la doctrina del *fair use* en su aplicación a las artes.³¹

En algún momento durante los meses de agosto y septiembre del año 2000, el artista visual Jeff Koons recortó de una revista cualquiera la fotografía de unas piernas de mujer desnudas y sensualmente cruzadas. Koons escaneó el recorte y lo manipuló digitalmente en su ordenador para alterar el color, añadir distintos matices a la fotografía original y eliminar elementos accesorios que le parecieron superfluos e innecesarios para sus fines artísticos; por fin, insertó la imagen resultante en el collage «Niagara», que le había sido encargado por el Deutsche Guggenheim de Berlín como parte de una serie de siete cuadros. El artista recibió del museo la friolera de dos millones de dólares y la colección fue entregada al Deutsche Guggenheim y exhibida en Berlín en octubre de ese mismo año bajo el título de «Easyfun-Ethereal». Tras una exitosa inauguración, galerías y museos de todo el mundo reclamaron la colección en préstamo, y en la temporada estival de 2002, fue llevada al Guggenheim de Nueva York... donde se desató la polémica: la foto que Koons había recortado sin excesivos miramientos resultó ser «Silk Sandals by Gucci», una composición de la fotógrafa Andrea Blanch (discípula de Richard Avedon), publicada en agosto de 2000 por *Allure Magazine* como parte de un reportaje más amplio sobre últimas tendencias en cosmética. Al visitar la exposición de Koons en Nueva York, Blanch reconoció su fotografía en el conjunto neo-pop y, tras meditarlo con sus abogados, decidió demandar por infracción

³¹ Blanch vs. Koons 467 F.3d 244 (2d Cir. 2006).

de propiedad intelectual al artista, al Deutsche Guggenheim y a la propia Fundación Solomon R. Guggenheim.

Tanto el tribunal de primera instancia como la corte de apelación respaldaron la licitud del collage apelando a la doctrina del *fair use*, y tuvieron en cuenta como factor determinante del fallo su carácter transformador. La imagen original tomada por Andrea Blanch mostraba las piernas desnudas de una mujer, cuyos pies —de uñas cuidadosamente pintadas en tonos cobrizos— reposaban sobre un regazo masculino y calzaban unas sandalias Gucci, rematadas por un fastuoso broche de diamantes. La escena había sido montada sobre la cabina *business class* de un avión, transmitiendo una sensación general de lujo, confort y sensualidad. Pero a Koons sólo le habían interesado las pantorrillas desnudas y los pies enfundados en las sandalias de Gucci (a las que se tomó la libertad de añadir unos extravagantes tacones), prescindiendo de los demás elementos de la fotografía —las rodillas masculinas y la cabina del avión—. En el collage, las piernas habían sido colocadas en posición inversa, de modo que parecían colgar verticalmente junto a otras tres fotografías similares de piernas femeninas, todas ellas recortadas y dispuestas simétricamente sobre el paisaje semioculto de las cataratas del Niágara. Como colofón, la escena aparecía salpicada de productos de repostería (donuts, helados y bizcochos de chocolate) ubicados al azar.

La defensa de Koons expuso su argumentación de forma coherente y bien sistematizada a lo largo de todo el procedimiento, haciendo especial hincapié en el propósito artístico que había motivado la utilización de la fotografía. De este modo —se sostuvo— mientras que Blanch había perseguido un objetivo publicitario al tomar la fotografía, el de Koons había sido puramente artístico. Como el propio Koons explicaría con elocuencia durante su deposición judicial, la decisión de utilizar en el collage una obra preexistente no había sido arbitraria o caprichosa, sino que obedecía a una finalidad artística premeditada: «Aunque las piernas de la fotografía de *Allure* pudieran resultar prosaicas, me pareció necesario incluirlas en mi cuadro en lugar de unas piernas que yo mismo podía haber fotografiado. La fotografía es prototípica de un cierto estilo de comunicación de masas. Imágenes idénticas a ésta pueden encontrarse en casi cualquier otra revista ilustrada americana. Para mí, las piernas representadas en la fotografía de *Allure* reflejan el mundo real, algo que todos experimentamos constantemente; no son las piernas de nadie en particular. Al utilizar un fragmento de la fotografía de *Allure* en el collage mi intención era criticar la cultura de masas y las actitudes promovidas y encarnadas por *Allure Magazine*. Al utilizar una imagen existente, quería trasladar al espectador esa crítica con un grado tal de autenticidad y verosimilitud que

me garantizara que iba a entender lo que yo quería expresar (y que sólo puede entenderse al comparar los efectos tan distintos que se consiguen con la cita y con la paráfrasis)».

La Corte de Apelación consideró que la adaptación de «Silk Sandals» que Koons había llevado a cabo se ajustaba a la perfección al test diseñado por la jurisprudencia americana para valorar si una obra es lo suficientemente transformadora: «[Se utiliza] una fotografía de moda tomada para su publicación en una revista ilustrada de tendencias, con variaciones en el color, en el trasfondo, en el soporte, en el tamaño de los objetos representados, en los detalles, y de forma crucial, con un propósito y un significado enteramente diferentes, y se hace como parte de un encargo artístico masivo para su exhibición en una galería de arte alemana». Entusiasmados por el elemento transformador de la obra, los magistrados restaron importancia a la finalidad lucrativa de la obra (los dos millones de dólares percibidos por Koons) y descartaron que «Niagara» pudiera tener efectos perniciosos de ningún tipo sobre el «mercado potencial» de la fotografía de Blanch. Por último, los propios jueces citan una jurisprudencia anterior para alertar sobre los peligros que entrañaría que «personas con una formación exclusivamente jurídica pudieran constituirse en los juzgadores finales del mérito de una obra de arte».

5.1.2.2. Secuelas y parodias: una mirada al caso Salinger

Pero la doctrina del *fair use* también se ha mostrado eficaz para arbitrar disputas literarias. Jerome David Salinger (1919-2010), conocido mundialmente por el éxito fulgurante de su novela *El guardián entre el centeno* (1951) y por su temperamento excéntrico y retraído, fue en vida uno de los autores más celosos de su vida privada y de su propiedad intelectual, que defendió con ahínco frente a cualquier atisbo de intromisión externa, contribuyendo en ese empeño al desarrollo de la jurisprudencia del *fair use*.

La publicación en el año 2009 de la secuela no autorizada de *El guardián entre el centeno*, *60 Years Later: Coming Through the Rye*, del escritor sueco Fredrik Colting (enmascarado literariamente bajo el pseudónimo de «John David California») y editada por Windupbird Publishing, dio origen a un interesante pleito ante los tribunales de Nueva York, en el que la libertad de creación y la propiedad intelectual aparecían confrontadas en un duelo jurídico que ponía a prueba la elasticidad y la razón de ser del propio sistema legal de derechos de autor.

Los abogados de Salinger, dirigidos por Marcia Paul, demandaron a Fredrik Colting y a su editorial ante la Corte del Distrito Sur de Nueva York alegando infracción de propiedad intelectual y competencia desleal,

y aduciendo que «el derecho a crear una secuela de *El guardián entre el centeno* o a usar el personaje de Holden Caulfield pertenece a Salinger y sólo a Salinger, y él ha elegido no ejercerlo». Conscientes de la importancia de paralizar de inmediato el lanzamiento de la secuela en Estados Unidos, los demandantes solicitaron al tribunal la adopción de unas medidas cautelares que impidieran la publicación y distribución de ejemplares del libro en el país, así como cualquier tipo de promoción o publicidad del mismo.

El equipo de Salinger reclamaba, en primer lugar, que *60 Years Later* constituía una «obra derivada» de *El guardián entre el centeno*, para cuya creación Colting debería haber obtenido la previa autorización de Salinger; y en segundo lugar, que el personaje «Mr. C.» que protagoniza la secuela no es otro que el mismísimo Holden Caulfield, el adolescente rebelde y maldiciente creado por Salinger, con la peculiaridad de que en la novela de Colting es un viejo cascarrabias de setenta y seis años que se ha escapado del asilo y deambula por Nueva York cavilando sobre las mismas cuestiones vitales que marcaron su adolescencia (según la había imaginado Salinger). Los abogados de Colting, por su parte, no discutían que *60 Years Later* fuese una continuación de la historia de Salinger ni que, por tanto, personajes, escenarios, situaciones, etc., se asemejaran y aludieran indudablemente a la novela primigenia, pero escudaban su actuación en la doctrina del *fair use*, en cuanto herramienta ofrecida a los jueces para conciliar casos de fricción entre la libertad de creación y la propiedad intelectual. ¿Cómo justificar que la secuela de Colting se halla amparada por la figura del *fair use*? *60 Years Later* se presentaba como una *parodia* del original (y del propio Salinger, retratado en la novela de Colting como un personaje más de la trama); y, además, se defendía su singularidad como obra eminentemente *transformadora*. De este modo, *60 Years Later* sería una novela nueva que se apropia de determinados recursos de *El guardián entre el centeno* para elaborar una obra distinta, paródica y absolutamente transformadora de la original, cuyo mensaje y significado últimos nada tendrían que ver con los de la novela salingueriana.

Ms. Deborah A. Batts, juez encargada del caso en primera instancia, dejó claro desde un primer momento que el personaje de Holden Caulfield se encontraba «suficientemente delineado» en la novela de Salinger y que ello le aseguraba su protección por el derecho de propiedad intelectual. El reconocimiento de la propiedad intelectual de J.D. Salinger sobre el personaje de Holden Caulfield había sido duramente rechazado por la defensa de Colting, que llegó a advertir durante el procedimiento que: «Si los tribunales concedieran a los personajes literarios el tipo de protección que se pide para Holden Caulfield, la ficción se quedaría paralizada

en el tiempo».³² A partir de ese momento, el análisis jurídico se centró en esclarecer si la secuela de Colting podía quedar amparada por la doctrina del *fair use*: esto es, si se trataba efectivamente de una parodia «cuyo carácter paródico puede ser razonablemente percibido» o, en su defecto, de una obra que transformaba la original hasta el punto de constituir una obra nueva, distinta y merecedora de protección independiente.

Al examinar la naturaleza pretendidamente paródica de *60 Years Later*, la magistrada recurre a un precedente judicial relativamente cercano en el tiempo y a primera vista muy similar: el caso «Lo que el viento se llevó».³³ Este precedente había sido resuelto en 2001 por un tribunal de apelación de Atlanta, que había declarado que la novela de Alice Randall, *The Wind Done Gone*, era una parodia clara del clásico de Margaret Mitchell, *Lo que el viento se llevó* (*Gone with the wind*). La decisión revocaba además la sentencia del tribunal de instancia —que había prohibido su distribución en Estados Unidos—, y sentó jurisprudencia sobre cuándo una obra puede ser calificada como parodia:

A los efectos del análisis del *fair use*, una obra tendrá la consideración de parodia cuando su objeto sea recapacitar o criticar una obra anterior mediante la apropiación de elementos del original con el fin de crear una obra artística nueva (por contraposición a las obras académicas o periodísticas). Bajo esta definición, el carácter paródico de *The Wind Done Gone* es patente. *The Wind Done Gone*, no es un comentario general sobre la Guerra Civil Americana, sino una crítica específica, una réplica ácida a la representación de la esclavitud y de las relaciones entre blancos y negros que se muestra en *Lo que el viento se llevó*.

La parodia exige siempre la adopción de un cierto distanciamiento crítico respecto de la obra parodiada. El parodista repara en determinados aspectos de la obra originaria que le resultan insulsos, vulgares, amanerados o de cualquier otro modo criticables, y los retoma en la obra paródica para mofarse de ellos y someterlos a un revisión crítica e incisiva, valiéndose a menudo de la ironía y el sarcasmo. El producto resultante es, precisamente, esa «imitación burlesca» a la que se refiere el *Diccionario de la Real Academia Española*.

Pero nada de esto percibió el juez Batts en la novela de Fredrik Colting. Batts descarta en la sentencia que repetir el mismo ejercicio literario realizado por Salinger en los 50, con la única particularidad de representar las vidas de sus personajes en la vejez, pueda tener algo de paródico, y concluye que el propósito de *60 Years Later* no es parodiar o poner en eviden-

³² Kenneth Slawenski, *J.D. Salinger. Una vida oculta*, Galaxia Gutenberg, 2011.

³³ *Suntrust vs. Houghton Mifflin Co.*, 252 F. 3d 1165 (11th Cir. 2001).

cia las incoherencias y extravagancias de Holden Caulfield sino, más bien, satisfacer la avidez de los lectores de Salinger por volver a experimentar esas incoherencias y extravagancias que *El guardián entre el centeno* «había elevado ya al reino de la expresión creativa digna de protección»: «*60 Years Later* no constituye una réplica ácida o una crítica discernible de ninguno de los personajes ni de las temáticas tratadas por Salinger», sino que esa intención paródica es más bien «una racionalización *post hoc* realizada a través de vagas generalizaciones sobre la pretendida ingenuidad del personaje original», con el solo fin de justificar la utilización inconstitucional. Tampoco el hecho de que Salinger aparezca como personaje en la secuela, y de que en la misma se haga un retrato crítico de su idiosincrasia y de su conocida querencia por la reclusión y la privacidad, sirven para apoyar el carácter paródico de la obra de Colting: según la jurisprudencia estadounidense, el ataque crítico que presupone la parodia ha de ir necesariamente dirigido a la obra misma que se parodia, y no a su autor ni a ningún otro personaje o elemento ajeno a la obra.³⁴ Al examinar la naturaleza transformadora de *60 Years Later*, la juez insiste en que, si bien es cierto que la aparición de Salinger en escena supone un elemento novedoso, Colting se apropia innecesariamente de elementos enormemente distintivos de *El guardián entre el centeno*, tanto desde un punto de vista sustantivo como estilístico: «ambas obras están narradas en primera persona y desde el punto de vista cínico de un protagonista con frecuencia grosero, que se expresa en un lenguaje vulgar, utilizando eufemismos, haciendo digresiones constantes y asegurando una y otra vez al lector —al que se dirige en segunda persona— que está tratando de ser sincero y de decir la verdad [...]. Aunque los demandados están en lo cierto al afirmar que “tienen derecho a arremeter contra el Sr. Salinger”, entre otras razones porque “el Sr. Salinger no va a autorizar a nadie que escriba un libro en el que se es mezquino con él”, ese derecho no justifica una utilización de la obra del propio Salinger más que en la medida que sea estrictamente necesaria para evocar eficazmente a Salinger como objeto de crítica o ridiculización».

³⁴ Esta confrontación entre las modalidades de la parodia se expresa en inglés en la dicotomía entre *target parody* (parodia de la obra en sí) y *weapon parody* (parodia del autor o de otros personajes públicos a partir de una utilización de su obra). En España, sin embargo, la jurisprudencia no es unánime en este punto: mientras que la Audiencia Provincial de Barcelona comparte la tesis de la jurisprudencia estadounidense según la cual la parodia ha de ir dirigida a la obra parodiada (sentencia de 10 de octubre de 2003: «la utilización que se hace de la obra protegida no tiene como fin parodiar a ésta, como permite en determinadas circunstancias la L.P.I., sino ridiculizar algo ajeno a la misma» —Caso *El Jueves*—), la Audiencia Provincial de Madrid ha defendido que la parodia ampara «la actividad humorística o burlesca que no toma como objetivo a la creación imitada sino a personajes ajenos a ella» (sentencia de 2 de febrero de 2000 —Caso “La Parodia Nacional” —).

Deborah Batts culmina el análisis sobre la figura del *fair use* alertando sobre los perjuicios potenciales que la distribución de la novela de Colting podría tener para posibles secuelas de *El guardián entre el centeno* creadas o autorizadas por J.D. Salinger, ya que «incluso si el autor se ha negado a publicarlas en vida, tiene derecho a cambiar de opinión y la mera posibilidad de comercializar obras derivadas en el futuro debe ser preservada».

Desechada la aplicación del *fair use*, la juez otorgó finalmente las medidas cautelares solicitadas por los abogados de Salinger y prohibió la distribución de *60 Years Later* en Estados Unidos. Esta decisión sería, más tarde, impugnada en apelación y revertida por los magistrados Calabresi, Cabranes y Hall (integrantes de la Corte de Apelación) en agosto de 2009, que, sin entrar a valorar las cuestiones de fondo examinadas por Deborah Batts, revocaron la sentencia de instancia por una mera formalidad procesal: la supuesta ausencia de una prueba suficiente que acreditase que la distribución de la secuela en Estados Unidos constituiría un daño irreparable para Salinger.

Pero en diciembre de 2010, tras la muerte de Salinger, sus herederos alcanzaron un acuerdo extrajudicial con los abogados de Colting que puso fin a la contienda. El acuerdo vigente, que tiene fuerza de ley entre las partes, impide a Fredrik Colting publicar o distribuir ejemplares o libros electrónicos de la secuela en Estados Unidos y en Canadá hasta que *El guardián entre el centeno* entre en el dominio público. Como contrapartida, Colting podrá comercializar el libro en el resto del mundo sin temor a ser demandado, aunque no podrá emplear en su novela el subtítulo «Coming Through the Rye» (por sus claras alusiones a la obra de Salinger), ni de ningún otro modo vincularla a Salinger o al litigio entre Salinger y Colting, ni sugerir que ha sido prohibida por Salinger, en su promoción o comercialización.

5.1.3. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LA DOCTRINA DEL *FAIR USE*

A modo de conclusión, la doctrina del *fair use* legitima los usos derivativos no autorizados con fines artísticos cuando el grado de originalidad de la aportación transformadora es, de algún modo, sustancial. En este sentido, cuanto más transformador sea el uso secundario, menor probabilidad habrá de que la obra derivada sustituya o lesione los derechos sobre la obra original. Desde luego, debe suscribirse la jurisprudencia *Koons vs. Blanch* al afirmar que «cuando el uso secundario añade valor al original utilizado como material bruto y lo transforme a través de un proceso creativo, dotándolo de una información, una estética, una perspectiva y un significado nuevos, estaremos exactamente ante el tipo de actividad que la doctrina del *fair use* quiere proteger y promocionar para el enriquecimiento de la sociedad».

Se trata, en definitiva, de fomentar los usos transformativos originales y creativos, dando rienda suelta a aquellas expresiones creativas derivadas en las que la nueva aportación sea de tal magnitud que la obra preexistente prácticamente pasa a formar parte de la obra nueva para fundirse en ella y adquirir un significado totalmente distinto. Por estos motivos parece razonable compartir el pragmatismo de la doctrina del *fair use*, la cual, concurriendo determinadas circunstancias, flexibiliza los estrictos requisitos de los límites continentales.

Fuera de los casos que puedan enmarcarse en un uso razonable e inoecu, nos encontraremos ante usos abusivos y fraudulentos que deben ser perseguidos y castigados con eficacia, pero las reutilizaciones de material protegido por derechos de autor deben ser enjuiciadas caso por caso, teniendo en cuenta los usos sociales, artísticos o literarios, y sin perder de vista en ningún caso el objetivo de la propiedad intelectual: el fomento de la creatividad y el desarrollo de las artes.

6. El plagio como usurpación de la autoría intelectual de una obra

Intelectuales aburguesados y pretenciosos, indistintamente neoyorquinos o europeos, afincados en bulliciosas capitales cosmopolitas (Manhattan, Londres, Barcelona) transitan por el universo cinematográfico de Woody Allen dotándolo de personalidad; personajes todos ellos que, para mayor regocijo del público, albergan en lo más profundo de sus almas un enorme hartazgo de sus propias vidas y ansían cambios radicales que terminarán deparándoles consecuencias desastrosas. En *Conocerás al hombre de tus sueños*, Josh Brolin interpreta a Roy, un novelista frustrado, una promesa malograda que está a punto de abandonar la juventud y que, tras apenas paladear el éxito con su primera novela, ha caído en el olvido y en la mediocridad, y espera con pesimismo el veredicto de su editor sobre las posibilidades de su último libro. Acuciado por las estrecheces económicas y las exigencias de un noviazgo en fase terminal, Roy se encierra en la lectura del manuscrito inédito de un conocido suyo, un aspirante a escritor que le ha pedido una primera opinión sobre su debut en la ficción. Y a medida que Roy se adentra en la lectura, el manuscrito se le revela como el libro que él siempre habría querido escribir, la novela vislumbrada o intuida que no llegó a germinar, la obra maestra. El destino, esa pieza clave en los filmes de Woody Allen, y acaso la calamidad, harán que el mismo día en que el editor de Roy rechaza su novela y le sugiera que abandone la profesión, el amigo muera en un accidente de tráfico, dejando tras de sí el manuscrito inédito que sólo Roy ha leído. El novelista no dejará pasar la oportunidad que le brinda la muerte: firmará el manuscrito y se atribuirá su autoría. Es éste sin duda un

extraordinario ejemplo del plagio en la ficción; el plagio en su versión más pura, más radical: la usurpación de la autoría intelectual de la obra alumbrada por otro, consumada además con la mayor sangre fría. Pero veamos cómo han definido los tribunales españoles el concepto de plagio.

El caso «La Cruz de San Andrés». María del Carmen Formoso contra Camilo José Cela, José Manuel Lara y la Editorial Planeta

La Cruz de San Andrés, novela de Camilo José Cela galardonada con el Premio Planeta en 1994, ha sido objeto de un dilatado proceso criminal por plagio que lleva más de diez años en los tribunales y que, tras haber sido archivado en dos ocasiones, sigue aún en marcha y pendiente de resolución. El proceso ha sobrevivido a la muerte del escritor y se dirige ahora contra el presidente del Grupo Planeta, José Manuel Lara, y su editorial. Pero los ríos de tinta a que ha dado lugar el caso y las reflexiones de abogados, fiscales, jueces y catedráticos de literatura que se han visto involucrados en el proceso, pueden servir para delimitar el concepto de ‘plagio’ en nuestro sistema legal y para definir, siquiera sea de forma intuitiva, la frontera entre la inspiración —perfectamente legítima— de un autor en una obra anterior y la usurpación o el aprovechamiento artístico que constituye un quebrantamiento inexcusable de nuestra ley de propiedad intelectual y, en determinados casos, del Código Penal.

Según la información que consta en los autos del procedimiento, en abril de 1994, María del Carmen Formoso presentó su novela *Carmen, Carmela, Carmiña: Fluorescencia*, al certamen literario de los Premios Planeta que se fallaban en octubre de ese mismo año. Dos meses más tarde (precisamente el mismo día en que terminaba el plazo para presentar las novelas a concurso), Camilo José Cela entregaba a Planeta *La Cruz de San Andrés*, novela que a la sazón resultaría premiada con el prestigioso galardón, dotado de trescientos mil euros. Tendrían que transcurrir aún cuatro años para que María del Carmen Formoso interpusiera una querrela criminal contra Camilo José Cela y José Manuel Lara, acusándolos de plagio. La querrela, archivada primero por un juzgado de La Coruña que se declaró incompetente, fue inadmitida en 1999 por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Barcelona, que aventuró ya en una fase muy preliminar que «las técnicas narrativas en una y otra novela son distintas, apreciando una disparidad de estilo entre las dos obras que las hace distintas, ambas originales, aun cuando coincidan en ciertos aspectos temáticos, lo cual es normal por tratarse de temas o ideas que son patrimonio del acervo cultural de todos».³⁵ Pero el auto

³⁵ Auto del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Barcelona, de 28 de junio de 1999.

de inadmisión fue recurrido en apelación por la representación de Formoso ante la Audiencia Provincial de Barcelona, que revocó la decisión del juzgado por detectar indicios racionales de plagio:

El plagio puede surgir, a nivel indiciario, de una comparación objetiva entre una obra supuestamente plagiada y una obra supuestamente plagiadora de la que resulten coincidencias desde el punto de vista de la identidad estructural y sustancial.

La igualdad o el parecido puede dar lugar al plagio, pues plagiar es, en principio, copiar o apropiarse en lo sustancial de obras ajenas. No hay duda de que cuando se trata de copias serviles es fácil determinar la existencia de plagio, pero su apreciación es mucho más difícil cuando se trata de obras literarias, dificultad que se acrecienta en proporción directa a la calidad literaria del autor de la obra supuestamente plagiadora.

Tras admitir que el tribunal carecía «de los conocimientos literarios suficientes para hacer un completo análisis comparativo entre una y otra novela y determinar si la coincidencia se produce en lo esencial o en lo accidental», la Audiencia Provincial devolvió las actuaciones al Juzgado de Instrucción para que éste ordenara la intervención de una persona instruida en literatura, que pudiese cotejar las obras y adoptar una decisión basada en su propio criterio experimentado. Tras diversas vicisitudes procesales que propiciaron la impugnación de un primer catedrático de literatura, Sergio Besser, por sus afinidades con la Editorial Planeta, el archivo de las actuaciones y su posterior reapertura por el Tribunal Constitucional, el Juzgado de Instrucción de Barcelona terminó dictando un nuevo auto en 2009 en el que confirmaba la existencia de indicios de plagio. Las sospechas se basan en el dictamen del excatedrático de Literatura Española de la Universidad de Barcelona, poeta y ensayista, Luis Izquierdo, que concluye que se trata de «un supuesto de transformación, al menos parcial, de la obra original». Basándose en dicho estudio, la juez que instruye el caso aprecia «tantas coincidencias y similitudes» entre *La Cruz de San Andrés* y la obra de Formoso «que para realizar tal transformación la novela de la querellante hubo de ser necesariamente facilitada» a Cela, «para que, tomándola como referencia o base, hiciera lo que el perito denomina aprovechamiento artístico» de aquélla. De esa manera, añade la juez, la obra de Formoso fue «transformada» por Cela «en una obra estéticamente diferente, con el sello propio de su autor, que presentada al mismo certamen literario resultaría premiada».

La doctrina jurisprudencial del plagio ha sido consolidada a través de diversas sentencias del Tribunal Supremo, que lo definen como «una actividad material mecanizada y muy poco intelectual y menos creativa, carente de toda originalidad y de concurrencia de genio o talento humano, aunque aporte cierta manifestación de ingenio». El Tribunal Supremo ha

afirmado que el plagio se percibe en situaciones en las que se produce una identidad entre las obras en liza, en ocasiones de forma encubierta, «pero que descubren, al despojarse de los ardides y ropajes que las disfrazan, su total similitud con la obra original», dando lugar a «un estado de apropiación y aprovechamiento de la labor creativa y esfuerzo ideario o intelectualivo».³⁶

Pero ¿quién es responsable del plagio? ¿El autor, el editor, o quizás ambos? ¿Cómo es posible que tras la muerte de Cela la causa penal proseguiera contra José Manuel Lara? El Código Penal español castiga con las penas de multa o prisión a quien plagie una obra literaria en todo o en parte, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero (el escritor plagiado o sus herederos y su editor, se entiende)³⁷. Es un principio básico del Derecho penal que la responsabilidad criminal es personal y que nadie puede ser castigado penalmente por los delitos cometidos por otro. Además, la responsabilidad criminal se extingue con la muerte (de ahí que el proceso contra Camilo José Cela fuera archivado en 2002). Luego, si José Manuel Lara no escribió *La Cruz de San Andrés* ni pudo ser acusado de haber ejecutado materialmente el plagio (y esto es algo que nadie parece poner en duda), y si el presunto plagiario falleció y su responsabilidad criminal se extinguió con la muerte, ¿qué razones justifican la pervivencia del proceso? Como ha señalado el profesor Sánchez Arísti al estudiar la figura del plagio:³⁸ «El primer obstáculo que puede plantear todo demandado por plagio sería lógicamente el de sostener que no ha llevado a cabo ninguna copia de la obra del demandante, sino que por el contrario ha desarrollado su labor creativa de manera independiente y espontánea. A fin de neutralizar semejante alegación, no se puede exigir al demandante que acredite de manera efectiva cómo el demandado concibió su creación teniendo como referencia inmediata su obra. Obtener evidencias directas de que el demandante ha copiado, por ejemplo a través de testigos presenciales, es virtualmente imposible. De ahí que la demostración de que hubo copia se suele traducir en la práctica en la demostración de que el demandado tuvo una posibilidad suficiente y razonable de acceso a la obra del demandante». Pues bien, la mera sospecha de que Lara pudiera haber facilitado a Cela la novela de Formoso con la antelación suficiente para que éste escribiera y presentara una novela propia, inspirada o escrita a partir de la anterior, ha sido un factor decisivo para mantener con aliento la causa. José Manuel Lara es acusado como cómplice o, para ser más exac-

³⁶ Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1997; 23 de marzo de 1999; 26 de noviembre de 2003, entre otras.

³⁷ *Vid.*, artículo 270 del Código Penal español.

³⁸ *Op. cit.*, *supra*, nota 22.

tos, como «cooperador necesario» del delito, ya que sin su ayuda el plagio —presunto— nunca podría haberse consumado; y, en Derecho penal español, el cooperador necesario responde como coautor del delito. En el auto, la juez sustenta la apertura del juicio oral en la existencia de «datos indiciarios suficientes para sostener la imputación» contra el presidente del Grupo Planeta por «haber presuntamente facilitado una copia de la obra inédita de la querellante presentada a la Editorial Planeta para concurrir al galardón anual de dicha entidad al citado escritor Camilo José Cela a los efectos de que la plagiera [...]».

La Editorial Planeta sigue también incriminada en el proceso, no ya por su presunta complicidad con el delito de plagio, sino como «responsable civil subsidiaria»: la comisión de un delito no sólo comporta las penas previstas en el Código Penal (multa o prisión, principalmente), sino que puede generar además responsabilidades «civiles» para el condenado, que podrá ser obligado a desembolsar una indemnización para resarcir el perjuicio económico que el delito haya podido ocasionar al agraviado. La figura del responsable civil subsidiario surge precisamente para asegurar el pago de estas indemnizaciones y, en supuestos de plagio, el Código Penal considera responsables civiles a las editoriales —«en defecto de los que lo sean criminalmente»— por los delitos cometidos utilizando los medios de que sean titulares.³⁹

El «proceso Cela» sigue pues su curso dejando atrás la muerte del Nobel y serán los jueces quienes tengan la última palabra sobre la verosimilitud de la acusación. Entretanto, y en honor a la justicia, concluiré este ensayo trayendo a colación la reflexión del crítico Rafael Conte sobre la todopoderosa autoridad de la judicatura en la querrela jurídico-literaria: «Yo, que he leído ambas novelas, *La Cruz de San Andrés* y la de la autora gallega, las he estudiado con detenimiento y puedo proclamarlo muy alto: Cela no ha plagiado. Luego, que los jueces digan lo que quieran: ni son críticos literarios ni, en ocasiones, jueces, sino unos locuelos que se creen dioses. ¿Y van a ser ellos los que establezcan la verdad?».

³⁹ *Vid.*, Artículo 120.2 del Código Penal español. En la mayoría de los casos, sin embargo, el plagio no llegará a constituir un delito, sino un mero «ilícito civil» que legitimará al agraviado para reclamar una indemnización por daños y perjuicios. La consideración del plagio como delito o ilícito civil dependerá de su gravedad (para lo cual deberá atenderse a factores como la mayor o menor extensión del texto plagiado, su relevancia económica, etc.) y habrá de partirse en todo caso del principio de intervención mínima del Derecho penal o principio de *extrema ratio*, que obliga a los jueces de la jurisdicción penal a abstenerse de conocer aquellas acusaciones que no revistan una especial gravedad. Cuando el plagio no sea de la suficiente entidad como para quedar subsumido en el tipo penal, pero aun así contravenga la ley civil, deberá ser enjuiciado por los tribunales del orden jurisdiccional civil.

Docencia e investigación en el marco de la propiedad intelectual

Normativa española y europea

*Gema Tomás Martínez**

Sumario: 1. Introducción.—2. Marco jurídico: Perspectivas de futuro. 2.1. Derecho español. 2.2. Legislación europea.—3. La investigación universitaria. 3.1. El compromiso del investigador a la difusión pública. 3.2. La influencia de los nuevos parámetros de la investigación universitaria. 3.3. La incertidumbre de los derechos de explotación.—4. La estrategia de enseñanza y aprendizaje ante los nuevos retos de la propiedad intelectual. 4.1. Enseñar a respetar el derecho moral del autor. 4.2. El derecho de cita y el argumento de autoridad en el ámbito del Derecho.

1. Introducción

Del mismo modo que la imprenta supuso hace cinco siglos un cambio radical en la sociedad de la información y del conocimiento de la época, la aparición de Internet también ha cambiado la realidad de la sociedad en la que vivimos, y está cambiando igualmente el derecho que hasta ahora ha regulado la propiedad intelectual. Sin embargo, esto no es algo que pueda suceder pronto y fácil porque al legislador le cuesta abordar una realidad basada en una tecnología cada vez más compleja que genera intereses contrapuestos.

Como en otras ocasiones ha sucedido, la sociedad va por delante del Derecho y podría añadirse que, en este caso, va muy por delante en gran parte por la dificultad de conciliar los muy variados intereses en juego. Debemos añadir a ello que la tecnología ha desbordado los parámetros legales que cimentaban la legislación tradicional. La regulación de la pro-

* Profesora de Derecho civil. Universidad de Deusto. Directora de la Escuela de Práctica Jurídica.

iedad intelectual debe tener en cuenta ahora unas novedades técnicas que al legislador le cuesta conocer, asumir y decidir. Todo ello contribuye a que el proceso legislativo sea largo y complejo.

Piénsese que para decidir sobre la indemnización (compensación por copia privada) por reproducir un libro de forma no autorizada por medio de fotocopias, se han tardado casi quince años. La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2010¹ ha unificado doctrina sobre este punto poniendo fin a la discusión que existía hasta la fecha. O bien lo acontecido con el canon digital, considerado contrario a Derecho comunitario por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la Orden de aplicación nula de pleno Derecho por la Audiencia Nacional².

Por lo tanto estamos ante una legislación que resulta insuficiente, controvertida y ante una reacción lenta de los operadores jurídicos.

2. Marco jurídico: perspectivas de futuro

Nuestro marco legal es doble: de un lado, las normas dictadas por el legislador español y, de otro, las elaboradas por las instituciones europeas que también constituyen Derecho interno.

¹ La Ley 76105/2010: «La sentencia fija la siguiente doctrina: “la indemnización que debe fijarse al amparo del art. 140 LPI por reproducción sin autorización por medio de fotocopias en establecimientos abiertos al público con arreglo a las tarifas generales de la sociedad demandante CEDRO, cuando ésta se acoge a la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación, debe fijarse en el importe de la tarifa general fijada para la autorización de reproducciones del diez por ciento de las obras, multiplicado por cinco. Si se prueba de manera suficiente que el porcentaje de promedio de reproducción de todas las obras fotocopias es inferior o superior al cincuenta por ciento de las obras, la tarifa podrá multiplicarse por un coeficiente superior o inferior, y no podrá exceder de diez veces su importe”. Sobre el mismo tema y en aplicación de la doctrina jurisprudencial, Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Salamanca, del 10 de febrero de 2011».

² Citemos en este sentido la controversia ligada al llamado canon digital respecto a la cual la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 21 de octubre de 2010. C-467/08 Padawan vs. SGAE, ha considerado que no es conforme con la Directiva 2001/29: «El artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que es necesaria una vinculación entre la aplicación del canon destinado a financiar la compensación equitativa en relación con los equipos, aparatos y soportes de reproducción digital, y el presumible uso de éstos para realizar reproducciones privadas. En consecuencia, la aplicación indiscriminada del canon por copia privada, en particular en relación con equipos, aparatos y soportes de reproducción digital que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos a la realización de copias privadas». Asimismo, la Audiencia Nacional ha calificado como nula de pleno Derecho la Orden PRE/1743/2008, de 18 de junio, que establece la relación de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada, las cantidades aplicables a cada uno de ellos y la distribución entre las diferentes modalidades de reproducción. Véase la Sentencia de la Audiencia Nacional Sec. Tercera, de 22 de marzo de 2011, Ponente Fco. Díaz Fraile, promovida por la Asociación de Internautas, y la Sentencia de la Audiencia Nacional Sec. Tercera, de 22 de marzo de 2011, Ponente F. Mateo Menéndez.

2.1. *Derecho español*

El marco jurídico español viene dado fundamentalmente por la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia). La norma se ha reformado puntualmente en varias ocasiones en los últimos años, pero se ha visto que necesitará un cambio más drástico que es objeto de debate parlamentario. En el año 2009 se constituyó ya una Subcomisión parlamentaria, dentro de la Comisión de Cultura, para abordar los diferentes aspectos que deben ser reformados.

Paralelamente, el Gobierno puso en marcha dos Proyectos de Ley que afectan de lleno a cuestiones de propiedad intelectual, como son el de la Ley de Economía Sostenible³, que ya ha visto la luz en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible⁴, y de otro lado, el Proyecto de Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación⁵, que entrará en vigor previsiblemente antes de verano del 2011.⁶

Las dos leyes fueron presentadas por el Gobierno para su tramitación parlamentaria en el Congreso de los Diputados el día 19 de abril y el día 26 de mayo del año 2010, respectivamente, es decir, en fechas próximas entre sí y ello es relevante desde la perspectiva de la política legislativa en varios sentidos:

- 1.º La implicación de tres diferentes Ministerios como son: en primer lugar, el Ministerio de Economía⁷; en segundo lugar, el Ministerio de Ciencia e Innovación; y finalmente, el Ministerio de Cultura. Debe hacerse notar a este respecto la ausencia del Ministerio de Educación.
- 2.º La relevancia de una política legislativa que integre todas estas formas para que el resultado sea satisfactorio.

³ El proyecto de ley se publicó en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, núm. 60-1, 9 de abril de 2010.

⁴ *Boletín Oficial del Estado*, núm. 55, de 5 de marzo de 2011.

⁵ Proyecto publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, núm. 80-1, 28 de mayo de 2010. Vendrá a sustituir a la Ley 13/1986, de 14 de abril de 1986, de fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica.

⁶ La Comisión de Ciencia e Innovación, que cuenta con competencia legislativa plena, ha aprobado el 16 de marzo de 2011 el proyecto que se enviará directamente al Senado, sin pasar por el pleno del Congreso. *Diario Oficial de las Cortes Generales IX Legislatura*, núm. 730.

⁷ No sólo por la Ley mencionada de Economía Sostenible, sino además por la intervención de la Comisión de Defensa de la Competencia en relación con las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor, acusados de actuaciones monopolísticas.

2.2. *Legislación europea*

Nuestro ámbito jurídico no se puede ceñir a las normas emanadas del legislador nacional, sino que es un tema de competencia de la Unión Europea, donde también está siendo objeto de reforma. La Directiva 2001/29/CE cumple diez años⁸ en 2011. Su objetivo era la armonización de algunos aspectos sobre propiedad intelectual en la sociedad de la información debido a los desarrollos tecnológicos. Fue un hito de la época, fruto de tres años de discusión en el espacio parlamentario europeo, pero poco después se vio necesario seguir avanzando.

Así, en el año 2008 se elaboró un Libro verde titulado *La propiedad intelectual en la economía del conocimiento*⁹ y un Comunicado de la Comisión europea publicada el 19 de octubre de 2009¹⁰, que abordan el tema de los derechos de autor como un tema transversal que afecta al mercado, a las políticas culturales, a las bibliotecas, al derecho de la información, a la docencia, investigación, etc.

De este modo, lo que empezó siendo el reconocimiento de un derecho individual reclamable ante los tribunales, un «derecho de propiedad» en terminología jurídica continental¹¹, con incidencia moral y patrimonial, incluso constitucional¹² (regulada en leyes civiles, como la Ley de Propiedad Intelectual, y en el Código Penal¹³), ha pasado a ser objeto de atención jurídica desde una triple perspectiva:

⁸ Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. Publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea* L 167 de 22.06.2001. *Green Paper on copyright in the knowledge economy* (16.07.2008). Brussels, COM (2008) 466/3.

⁹ *Green Paper on Copyright in the Knowledge Economy* (16.07.2008), Brussels, COM (2008) 466/3.

¹⁰ *Communication on Copyright in the Knowledge Economy* (19.10.2009), Brussels, 19.10.2009. COM (2009) 532 final.

¹¹ Para un estudio histórico-comparado del derecho de autor véase Moscati, L., «Intellectual Property in the European Legal Context: Tools and Perspectives», en *European Business Law Review*, vol. 22-2011, issue 1, pp. 79-92.

¹² Se ha discutido el encaje constitucional del derecho de autor. Véanse opiniones doctrinales diversas en Román Pérez, R., «Naturaleza jurídica del Derecho de autor», en C. Iglesias Rebollo, *Propiedad intelectual, derechos fundamentales y propiedad industrial*, Colección de Propiedad Intelectual, Madrid, 2005, pp. 13-48. La opinión mayoritaria coincide en considerarlo como propiedad especial (art. 33 CE) y no como un derecho encuadrable en el art. 20.1 b). Por lo tanto no sería susceptible de recurso de amparo.

¹³ Ver última reforma de los delitos contra la propiedad intelectual en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, (BOE, núm. 152, de 23 de junio de 2010). Exposición de motivos: «El agravamiento penológico operado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, en el ámbito

- a) Como una cuestión colectiva que afecta a la sociedad, una sociedad que demanda más información. Se habla incluso de conflicto, al menos de tensión, entre el derecho a la información y el derecho de autor.
- b) Como una cuestión económica, que atañe a la economía en muchos aspectos y que debe ser ordenada públicamente. La investigación y su difusión es un tema clave actualmente. Se debe subrayar en este sentido la expresión «economía del conocimiento», que explica la importancia estratégica que Europa está dando a este aspecto bajo el principio de que será más rico el país que más conocimiento produzca.
- c) Como una cuestión tecnológica, de innovación, que constituye un *in-put* para el desarrollo del país¹⁴.

En este marco legal, pueden destacarse varios puntos relativos a investigación y docencia universitaria que se desarrollan en los epígrafes siguientes.

3. La investigación universitaria

La Comisión europea, en la Comunicación del año 2009 anteriormente citada dedicaba un apartado a «*Teaching, learning and research*». La razón reside en que la Comisión europea cree que estas actividades son cada vez más internacionales, algo posible por las modernas tecnologías de la información y de la comunicación. El acceso y el uso de la información ya no está, ni lo estará, limitada al espacio físico. Por lo tanto, limitar la enseñanza y la investigación a una localización específica geográfica se considera contrario a las realidades de la vida moderna.

de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial ha evidenciado una cierta quiebra de la necesaria proporcionalidad de la pena en el caso de conductas consistentes en la venta a pequeña escala de copias fraudulentas de obras amparadas por tales derechos, máxime cuando frecuentemente los autores de este tipo de conductas son personas en situaciones de pobreza, a veces utilizados por organizaciones criminales, que con tales actos aspiran a alcanzar ingresos mínimos de subsistencia. Por ello, añadiendo un párrafo segundo al apartado 1 del artículo 270 y modificando el apartado 2 del artículo 274, para aquellos casos de distribución al por menor de escasa trascendencia, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido por éste, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias de agravación que el propio Código Penal prevé, se opta por señalar penas de multa o trabajos en beneficio de la comunidad. Además, en tales supuestos, cuando el beneficio no alcance los 400 euros, la conducta se castigará como falta».

¹⁴ En el estudio denominado «Conocimiento, redes y países: colaboración científica global en el siglo XXI», realizado por la Royal Society británica, España se sitúa como novena potencia científica mundial, por vez primera, por número de publicaciones en el periodo comprendido entre 2004 y 2008, con lo que nuestro país escala una posición respecto al puesto que ocupaba entre 1999 y 2003, el otro periodo de referencia del estudio (<http://www.micim.es/portal/site/MICINN> [fecha de consulta: 30 de marzo de 2011]).

Partiendo de esta consideración, se estructura la diferencia entre publicación científica y publicación con objetivos literarios y artísticos. Mientras los autores científicos y académicos tienen otras fuentes de ingresos y publican por la razón misma de la investigación y de la ciencia, los autores literarios, como los novelistas, necesitan recibir una contraprestación por la publicación de sus trabajos en el sentido de relación directa entre realización de trabajo y percepción profesional económica. Los profesores universitarios reciben sus honorarios profesionales desconectados de la contraprestación que reciben de sus publicaciones. La investigación integra su trabajo, ciertamente, y revierte en su carrera académica pero la fuente principal de ingresos económicos profesionales está desconectada de la percepción de derechos de autor. Sin perjuicio de la conexión directa por lo que respecta principalmente a manuales y a material pedagógico integrado en su actividad docente, más que investigadora propiamente dicha.

De otro lado, la investigación científica se construye siempre sobre la investigación previa, sobre «lo conocido». Y en este sentido y para evitar la duplicación innecesaria de investigaciones, deberían estar disponibles para toda la comunidad científica (incluso para el público) aquellas investigaciones que han sido financiadas públicamente. La solución está, hasta cierto punto, en la promoción de publicaciones *Open Access*¹⁵ y en la existencia de repositorios para artículos ya publicados¹⁶. En tal sentido se pronuncia la Comisión europea. A la vista de este panorama, cabe suscitarse diferentes consideraciones.

3.1. *El compromiso del investigador a la difusión pública*

El contraste entre los dos tipos de investigación resulta básico porque el interés del profesor universitario se encuentra en el reconocimiento

¹⁵ Respecto al acceso a revistas digitales, según la Comunicación citada más arriba, la Comisión continúa trabajando y lo hará en los próximos años buscando la mejor forma de superar la forma fragmentada en la que las universidades europeas adquieren los derechos de uso de las revistas científicas a través de cientos de licencias. Sería más práctico una organización central con una amplia cobertura de derechos *on line* con respecto a determinado material digital. Las bibliotecas y universidades dicen que sus recursos se agotan pagando las tasas de suscripción a revistas.

¹⁶ Los repositorios son servicios ofrecidos a la comunidad científica para la gestión y diseminación de los materiales en forma digital generados por su comunidad. Esto significa un compromiso de la institución, no sólo para facilitar el alojamiento de estos materiales sino que se compromete a garantizar su preservación, el acceso a los mismos y su distribución. Sobre el movimiento *copyleft* y otras formas de acceso libre a la información véase Marandola, M., *¿Un nuevo derecho de autor? Introducción al copyleft, acceso abierto y Creative Commons*, Barcelona, 2005.

científico y en la difusión de sus ideas que contribuyen al desarrollo de su objeto de estudio. Le interesa principalmente la mayor difusión posible, siempre que se reconozca su autoría y la integridad de la misma (derecho moral). En esta línea se halla el proyecto español de Ley de la Ciencia, antes mencionado, que recoge esta idea basada en el «compromiso con la difusión universal del conocimiento, mediante el posicionamiento a favor de las políticas de abierto a la información científica» (Exposición de motivos), que se concreta en el art. 37, en los términos siguientes:

Art. 37. Difusión en abierto:

2. El personal de investigación cuya actividad investigadora esté financiada íntegramente con fondos de los Presupuestos Generales del Estado hará pública una versión digital de la versión final de los contenidos que le hayan sido aceptados para publicación en publicaciones de investigación seriadas o periódicas, tan pronto como sea posible, pero no más tarde de 12 meses después de la fecha oficial de publicación.

3. La versión electrónica se hará pública en repositorios de acceso abierto reconocidos en el campo de conocimiento en el que se ha desarrollado la investigación, o en repositorios institucionales de acceso abierto.

4. La versión electrónica podrá ser empleada por las Administraciones públicas en sus procesos de evaluación.

Ahora bien, la financiación pública de trabajos de investigación y su vocación de difusión libre y gratuita chocará con los intereses privados económicos de editoriales privadas, dado que en menos de un año el investigador tendría obligación de difusión pública. El mercado se estrecha dado que hay un efecto colateral que deberá valorarse en el impacto que ello tenga en las publicaciones científicas periódicas, que podrían quedar limitadas a aquellas que no hayan tenido en origen financiación pública alguna.

El autor, además, deberá declarar que su investigación está financiada en tales términos, para que la editorial pudiera adoptar la decisión de publicación, dado que ello repercutirá en sus beneficios. De lo contrario, la voluntad contractual de la editorial podría estar viciada de error. Debe conocer que el trabajo que se somete a publicación es resultado de una investigación financiada públicamente.

El último punto parece querer decir que, en estos casos, el investigador está exonerado de hacer fotocopias del índice, primera y última página como exigen las agencias de evaluación.

3.2. *La influencia de los nuevos parámetros de la investigación universitaria*

El profesor universitario tiene en la actualidad su labor de investigación más ordenada, y reglada por unos parámetros legales y contractuales

que hace unos pocos años apenas existían. Antes, el profesor investigaba sobre lo que constituía su objeto de interés académico pero no se venía vinculado a líneas de investigación universitarias o a buscar financiación externa para proyectos de investigación. Además, la investigación en ciertas ramas de la ciencia era fundamentalmente individual y no de equipo, algo que ha cambiado radicalmente en los últimos tiempos. Vivimos una tendencia hacia una investigación cada vez más reglada, más ordenada, financiada pública y privadamente, y finalmente, evaluada tanto internamente por cada propia Universidad que centra en ello uno de sus principales baluartes de competitividad, como por las agencias externas de calidad (ANECA y agencias autonómicas)¹⁷. Es por ello que el profesor tiene interés en potenciar su investigación porque de ello depende no sólo su prestigio en la comunidad científica, como en otros tiempos, sino también y de forma muy directa su promoción laboral y académica.

En ese contexto, de un lado la tecnología está facilitando el acceso al conocimiento científico que necesita el profesor para sus publicaciones, potenciado por un acceso cada vez más abierto, a veces gratuito, a publicaciones científicas. Ahora bien, hoy por hoy, al menos en algunas ramas científicas como el Derecho, el profesor universitario cuando pretende publicar sus trabajos se encuentra ante una disyuntiva que en el futuro se hará más y más evidente: difusión *versus* prestigio. Ciertas publicaciones de prestigio mantienen una cuidada presentación en papel a la que difícilmente renunciarán. A ello ha de añadirse la presunción de que lo que es gratuito y accesible vale menos, y que lo que es de difícil acceso, en papel, que hay que fotocopiar o escanear tiene mayor valor. Esa tensión entre «difusión» y «prestigio» puede que se diluya en el tiempo. El profesor elegirá lo que más interese a su currículum profesional.

Las Universidades tienen interés en que sus profesores difundan ampliamente sus trabajos (en abierto), como medio de potenciación de su fuerza social en el ámbito de la investigación, pero tratándose de trabajos ya publicados, los derechos están cedidos con lo que estaríamos ante otra disyuntiva: voluntad de difusión *versus* derechos de terceros.

3.3. *La incertidumbre de los derechos de explotación*

Las dos nuevas Leyes que afectan a la investigación científica colocan al investigador en un nuevo escenario que genera incertidumbre y cierto

¹⁷ Las Universidades potencian la investigación porque de ello depende su prestigio social, no sólo nacional sino también internacional, aspiran a ser Campus de excelencia.

desconcierto en cuanto a los derechos de explotación de los resultados de investigación y creaciones intelectuales de profesores, becarios y colaboradores universitarios, así como cuál será el panorama de derechos y deberes de cada uno de los agentes del sistema de investigación.

De un lado, la Ley de Economía Sostenible incluye un capítulo titulado «Ciencia e innovación» (Capítulo V: arts. 53-65) en el que trata la transferencia de resultados de la actividad investigadora. El art. 54.2 afirma que «los derechos de explotación relativos a la propiedad intelectual corresponderán a las entidades en que el autor haya desarrollado una relación de servicios, en los términos y con el alcance previsto en la legislación sobre propiedad intelectual».

De otro lado, el proyecto de Ley de Ciencia, Tecnología e Innovación dedica una regulación muy extensa a esta importante cuestión con el objetivo de ordenar y establecer los derechos y deberes del personal investigador y técnico (véase el Título II del proyecto, que sigue la Recomendación de la Comisión de 11 de marzo de 2005 relativa a la Carta Europea del Investigador y al Código de conducta para la contratación de investigadores, con independencia de la relación laboral o funcional que les una). Este proyecto regula tres modalidades contractuales, de tipo laboral («pre-doctoral», de «acceso al sistema» y de «investigador distinguido») y establece el derecho a participar en los beneficios que se obtengan de una eventual explotación de los resultados de la actividad investigadora (que no tendrá naturaleza ni retributiva ni salarial en ningún caso, arts. 13 y 27).

4. La estrategia de enseñanza y aprendizaje ante los nuevos retos de la propiedad intelectual

4.1. Enseñar a respetar el derecho moral del autor

Enseñar y aprender bien comprenden intrínsecamente la correcta utilización del conocimiento científico. Ello debe constituir una máxima en el ámbito universitario. En el ámbito docente, el problema más grave se centra en los derechos morales de autor, más que en los económicos. Derechos morales de autor, irrenunciables y perpetuos, que deben ser respetados por todos, por lo tanto, el reto más importante es condenar el «corta y pega» en los trabajos universitarios.

El estudiante debe aprender qué es un trabajo académico, en qué consiste el conocimiento científico, cómo se construyen las ideas —sobre otras ideas—, cuya autoría debe reconocerse. El acceso gratuito y libre a la información no implica su utilización indiscriminada, los derechos de autor deben ser respetados: la paternidad de la idea y el respeto a la inte-

gridad del trabajo ajeno que se utiliza. No hay que olvidar que el derecho moral tiene una duración indefinida y las dos formas de vulnerar este derecho más frecuentes es el plagio y la utilización incorrecta del derecho de cita¹⁸.

El uso de fuentes originales o primarias en la búsqueda de información debería ser prioritario. Ello está relacionado con la difusión de wikipedia y otras fuentes abiertas de información que plantean problemas importantes de los que el estudiante universitario debe estar concienciado, como es el de la participación de muchos autores en este tipo de fuentes secundarias y el hecho de que en ocasiones se han insertado contenidos protegidos por derechos de autor. El profesor debe inculcar en el proceso de enseñanza-aprendizaje que el no hacerlo significa un comportamiento contrario a Derecho. La socialización de determinados comportamientos está difuminando su antijuridicidad en estos días porque copiar y pegar es algo fácil, está «a golpe de *click*».

En todas las Universidades españolas deberían existir unas sencillas pero claras normas sobre plagio, como ya hay en muchas Universidades europeas, sobre todo anglosajonas, acompañadas de sanciones académicas. De lo contrario, los derechos morales se van diluyendo en la tecnología, que debe ser una cómoda aliada para facilitar el acceso al conocimiento, pero no la vía para la lesión de derechos individuales.

4.2. *El derecho de cita y el argumento de autoridad en el ámbito del Derecho*

El derecho de cita se aplica en Derecho español al ámbito docente y de investigación¹⁹. Es importante no desvirtuar la necesidad de hacer la cita para el uso debido, de modo honrado y con indicación de la fuente²⁰. El derecho de cita, en cuanto uso de una parte limitada de una obra

¹⁸ En general, sobre el elenco de derechos integrados en la propiedad intelectual, transmisión, límites y protección, véase Barberán Loina, P., *Manual práctico de propiedad intelectual*, Madrid, 2010.

¹⁹ Ahora bien, Google ha pedido en el Congreso de los Diputados ampliar la cita a otros ámbitos que no sean el docente o el de investigación, en línea con la Directiva europea arriba citada y los tratados internacionales, como el Convenio de Berna. Ello exigiría reformar la Ley de Propiedad Intelectual para permitir la digitalización de contenidos con fines divulgativos en la red, que esta empresa considera que sería compatible con la protección a los derechos de autor.

²⁰ Art. 32 de la Ley de Propiedad Intelectual, por redacción de la Ley 23/2006, de 7 de julio. Con especial detalle sobre el derecho de cita en Castán, A., *El plagio y otros estudios sobre derecho de autor*, Madrid, 2009.

ajena, es una excepción al derecho del autor pero no puede ejercerse de cualquier manera.

En el ámbito universitario las dos ideas esenciales del derecho de autor son la paternidad y la integridad de la obra, y ambas van más allá del reconocimiento jurídico de «derecho de autor» porque enlazan con el «principio de autoridad», esencial en las disciplinas jurídicas. No es lo mismo que un argumento jurídico lo haya expresado una persona que otra, la doctrina jurídica integrada por las ideas de las personas más ilustradas sobre un tema, ha construido y construye el pensamiento jurídico, y es básico su conocimiento en lo jurídico para saber interpretar la norma y saber a quién imputarle esas ideas. La doctrina no es fuente de Derecho, pero sí influye en la construcción del Derecho, indudablemente. En este sentido, en la ciencia jurídica, el saber y reconocer que una idea es de una determinada persona es relevante, más allá de que ese profesor universitario, juez o abogado, sea titular de un derecho de autor, y al margen de ello.

Antes de que se hablara de propiedad intelectual, algo que acontece a partir del siglo XVII, la imputación de una idea jurídica a un jurista u otro contribuía a la decisión judicial de un caso. El argumento de autoridad existe en el Derecho desde hace veinte siglos, desde el Derecho romano²¹. Hasta que no apareció la imprenta, se copiaba a los mejores juristas y se modificaban incluso las ideas originales del autor, no siempre respetado por el copista, bien por adaptarlas al Derecho de la época o por razones menos confesables. Por entonces no existían derechos de autor, que muchas veces, ya fallecido mucho tiempo antes, no tenía facultad de recurrir a los tribunales en defensa de su derecho moral. Pero las ideas tenían dueño e interesaba su reconocimiento porque de ello dependía a veces la deliberación del caso o la influencia en la decisión. Eso es algo que el estudiante, en este caso, el de las Facultades de Derecho debe tener siempre presente en su proceso de aprendizaje.

²¹ Incluso dio lugar desde el Emperador Augusto a un importante fenómeno, el del *ius publice respondendi*, según el cual algunos autores, juristas, tenían más autoridad que otros, y el citar a unos o a otros tenía su relevancia en los juicios. Este fenómeno se extendió en tal medida que causó problemas durante varios siglos (regulación de Adriano en el siglo II; ley de citas en el año 426 hasta que el emperador Justiniano lo abordó en el siglo VI).

Etnografía y propiedad intelectual

Pinceladas sobre los retos legales planteados

*Isabel Hernando Collazos**

Sumario: Introducción.—1. ECTS/Folclore en sentido estricto. 1.1. ECTS/Folclore como obras no publicadas de autor desconocido. 1.2. ECTS/Folclore como materia divulgada o publicada.—2. Expresiones culturales contemporáneas tradicionales. 2.1. Reproducciones de ECTS/Folclore por personas y materiales. 2.2. Expresiones Culturales Contemporáneas basadas en la tradición (ECCTs).

Introducción

Este artículo tiene como única finalidad ofrecer una serie de pinceladas sobre los retos legales planteados por una posible interacción entre la propiedad intelectual-derecho de autor¹ y uno de los componentes del patrimonio etnográfico: las Expresiones Culturales Tradicionales o expresiones del Folclore (una y otra expresiones se utilizarán indistintamente en el documento y se abreviarán con la sigla «ECTs» o «ECTs/Folclore»)² que, en la actualidad, debido principalmente a las herramientas disponibles de la sociedad de la información adquieren una relevancia y un protagonismo inusitados.

* Prof. Titular Derecho Civil UPV/EHU. Especialista Propiedad Intelectual e Industrial.

¹ Adoptamos en esta exposición la acepción de Propiedad Intelectual (en sentido estricto) como sinónimo de derechos de autor, no obstante en las ECTS/Folclore inciden otros mecanismos de propiedad intelectual (en su sentido amplio): como las marcas, incluidas las marcas colectivas y de certificación, los diseños industriales, las indicaciones geográficas, las patentes, las competencias desleales, incluido el fraude por imitación y la vulneración de secretos comerciales (enmarcados en la propiedad industrial).

² La expresión «ECTs/Folclore» aparece desvinculada en este artículo de los términos «conocimientos tradicionales», referidos a los conocimientos de tipo técnico tradicionales: conocimientos tradicionales medicinales, ecológicos, de construcción...

Antes de proseguir, consideramos preciso diferenciar entre los mecanismos legales de preservación y salvaguarda de las ECTs/Folclore y los mecanismos procedentes de la propiedad intelectual cuyas finalidades aunque pueden, en algunos casos complementarse, son divergentes.

Los primeros, los mecanismos legales de preservación-salvaguardia de las ECTs/Folclore se refieren a medidas de identificación, catalogación, transmisión, revitalización y promoción que son adoptadas para asegurar su mantenimiento y viabilidad. En España, los mecanismos de preservación y salvaguardia de las ECTs/Folclore que integran el Patrimonio Cultural son materia regulada por cada Comunidad Autónoma dentro del respeto de las convenciones internacionales³.

Los segundos, los mecanismos procedentes del derecho de autor, tienen como misión la protección de las obras científicas, artísticas, literarias (en este caso, las ECTs/Folclore) originales en su forma de expresión,

³ A nivel internacional: la [Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural](#), de 1972, de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO); el Programa de la UNESCO sobre la Proclamación de las Obras Maestras del Patrimonio Oral e Inmaterial de la Humanidad, iniciado el 2001; y la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, París, 17 de octubre de 2003 de la UNESCO. Ejemplos para España: el «[Misterio de Elche](#)» (inscrito en 2008); la «[Patum de Berga](#)» inscrita en 2008 (originalmente proclamada en 2005); [Tribunales de regantes del Mediterráneo español: el Consejo de Hombres Buenos de la Huerta de Murcia y el Tribunal de las Aguas de la Huerta de Valencia](#) (inscritos en 2009); el «[Silbo Gomero](#)», lenguaje silbado de la isla de La Gomera (Islas Canarias) (inscrito en 2009); el «[Canto de la Sibila](#)» de Mallorca, (inscrito en 2010); el [Flamenco](#) (inscrito en 2010); los «[Castells](#)» (inscritos en 2010); la [Dieta Mediterránea](#) (inscrita en 2010 para España, Grecia, Italia, Marruecos); la Convención Internacional para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de París, 17 de octubre de 2003, UNESCO (*The 2003 Convention*); la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, de 2001, (http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13179&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html), y el interés suscitado por establecer un instrumento internacional sobre la diversidad cultural dentro de la Red Internacional de Políticas Culturales (RIPC) y la UNESCO (<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001297/12971-8s.pdf>), (http://www.incp-ripic.org/index_s.shtml). La protección de los derechos culturales se recoge igualmente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, artículo 27 <http://www.un.org/es/documents/udhr/> y en el Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966, <http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/pidesc.htm>. A nivel nacional, la preservación-salvaguardia está prevista en la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español, (*BOE*, n.º 155, 29/06/1985); a nivel autonómico, por ejemplo: País Vasco, Ley 7/1990, de Regulación del Patrimonio Cultural Vasco (*BOPV*, n.º 157, 06/08/1990); Navarra, Ley Foral 14/2007, de 4 abril, del Patrimonio de Navarra (*BON*, n.º 50, 23/04/2007); Castilla-León, Ley 12/2002, de 11 de julio, de Patrimonio Cultural de Castilla y León (*BOCYL*, n.º 139, 19/07/2002); Cantabria, Ley 11/1998, de 13 de octubre, del Patrimonio Cultural de Cantabria (*BOCANT*, n.º 240, 02/12/1998); Asturias, Ley 1/2001, de 6 marzo, de Normas reguladoras del Patrimonio Cultural del Principado de Asturias, (*BOPA*, n.º 75, 30/30/2001); Andalucía, Ley 14/2007, de 26 noviembre, que regula el Patrimonio Histórico de Andalucía, (*BOJA*, n.º 248, 19/12/2007).

otorgando a su titular el control de su explotación. Estos mecanismos, sin perjuicio de la aplicación de los convenios internacionales suscritos por España, son regulados por la vigente Ley de Propiedad Intelectual (LPI)⁴ de ámbito estatal. En este sentido, el titular, salvo determinadas excepciones o limitaciones, gozará del derecho exclusivo de impedir o autorizar a otros la realización de actos de reproducción, distribución, adaptación, interpretación o ejecución pública, radiodifusión, y otras formas de comunicación al público sobre las mismas.

Siendo éstas las finalidades de unos y otros mecanismos, la interrelación entre la propiedad intelectual y las ECTs/Folclore está dirigida en sus últimas manifestaciones a la búsqueda de un equilibrio entre la preservación de la cultura tradicional y la defensa de su carácter innovador como inspiración de nuevas obras y productos. A esta finalidad esbozaremos la actualidad y el posible devenir de las ECTs/Folclore distinguiendo a este efecto las diferentes formas de interrelación en atención a su clasificación.

Las ECTs/Folclore a los efectos de su interrelación con los derechos de autor pueden clasificarse en *ECTs/Folclore en sentido estricto* ya existentes antiguas de varias generaciones que dentro de un mismo país pueden pertenecer a una o a varias comunidades, y en *Expresiones Culturales Contemporáneas derivadas o basadas en la Tradición (ECCTs)*, que engloban las creaciones contemporáneas consistentes en una nueva presentación o adaptación de ECTs/Folclore antiguas, en general, de dominio público.

1. ECTs/Folclore en sentido estricto

Existen múltiples definiciones de *ECTs/Folclore en sentido estricto*. A los efectos de esta exposición se ha optado, debido a su carácter descriptivo, por la definición de la OMPI /UNESCO contenida en las «Disposiciones tipo para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras formas de acción lesivas», de 1982⁵.

Según estas Disposiciones Tipo de 1982, «[...] se entiende por “expresiones culturales tradicionales” las producciones integradas por elementos característicos del patrimonio artístico tradicional desarrollado y

⁴ Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (BOE, n.º 97, de 22/04/1996 y sus modificaciones subsiguientes).

⁵ *Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore Against Illicit Exploitation and other Forms of Prejudicial Action*, 1982, section 2, http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=186459#LinkTarget_611

perpetuado por una comunidad de [nombre del país] o por individuos que reflejen las expectativas artísticas tradicionales de esa comunidad».

Las ECTs/Folclore son divididas (Sección 2, Disposiciones Tipo de 1982) en las cuatro categorías siguientes:

PRIMERA.—*Las expresiones verbales: tales como, los cuentos populares, la poesía popular y los enigmas, los signos, los símbolos y las indicaciones.* Como ejemplo de poesía popular cantada en el País Vasco, el *bertsolarismo*⁶.

SEGUNDA.—*Las expresiones musicales: tales como, las canciones y la música instrumentales populares.* Como ejemplo, se podrían considerar la música y las canciones de los Caldereros de las fiestas populares en Donostia-San Sebastián (País Vasco)⁷.

TERCERA.—*Las expresiones culturales: tales como, las danzas y representaciones escénicas populares y formas artísticas de rituales; sea que estas expresiones estén fijadas o no en un soporte.* Como ejemplo, señalamos entre otros, la «*Patum de Berga*» o el «*Misterio de Elche*» inscritos en la Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Humanidad.

CUARTA.—*Las expresiones tangibles:*

- a) *Las obras de arte popular y tradicional, tales como dibujos, pinturas, tallas, esculturas, alfarería, terracota, mosaico, ebanistería, forja, joyería, cestería, labores de punto, textiles, tapices, trajes.* Ejemplo: alfarería vasca del Museo de Alfarería Vasca (Elosu)⁸.



- b) *La artesanía.*

⁶ Véase <http://www.bertsozale.com/castellano/index.php> y <http://www.eitb.com/kultura/bertsolaritza/>

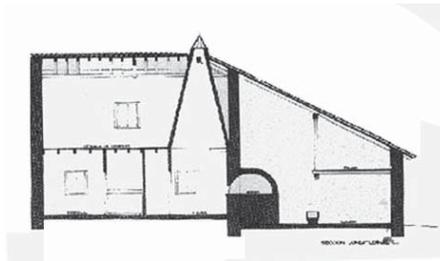
⁷ *Canciones de los caldereros*, música de Raimundo Sarriegui y letra original de Adolfo Comba, <http://www.infobide.com/caldereros/musical.html>

⁸ Imagen del Museo de Alfarería Vasca (Elosu), http://www.turismoa.euskadi.net/s1112375/es/contenidos/h_cultura_y_patrimonio/0000005141_h9_rec_turismo/es_5141/5141-ficha.html

- c) *Los instrumentos musicales.* Como ejemplo de instrumento musical tradicional vasco: la alboka⁹.



- d) *Las obras arquitectónicas.* Como ejemplo en la Sierra de la Demanda: la Casa Serrana con su chimenea encestada¹⁰.



En la LPI de 1996, las ECTs/Folclore no están expresamente tratadas como objeto de derechos de autor. Las ECTs/Folclore serán consideradas materia protegida en la medida que cumplan los requisitos señalados por la respectiva Ley de Propiedad Intelectual y siempre que no estén en el dominio público. No obstante, esta aseveración merece ser matizada distinguiendo diferentes situaciones que inciden en este campo.

1.1. *ECTs/Folclore como obras no publicadas de autor desconocido*

Las ECTs/Folclore pueden ser obras no publicadas de autor desconocido (cuentos, leyendas populares, música popular). La aplicación

⁹ Véase, para la imagen, Mariano Barrenetxea, *La alboka*, <http://es.wikipedia.org/wiki/Alboka>. Como ejemplo, la alboka es el instrumento del grupo folk gallego Berroqueto, (http://www.youtube.com/watch?v=Fex3_1Nbp_I).

¹⁰ Belén Baltasar Marrón y Juan Heras Perera (arquitectos por la Escuela Técnica Superior de Arquitectura de Madrid, de la Universidad Politécnica), <http://www.sierradelademanda.com/es/turismo/?iddoc=464>

del derecho de autor, que tendría dificultades en base a la identificación del autor, al computo del plazo de protección, está particularmente prevista a nivel internacional en el Convenio de Berna, a través del artículo 15 (4)¹¹.

Este precepto está concebido, y así se reitera en los diferentes estudios de la OMPI, para proteger a las ECTs/Folclore. En virtud de este precepto, sería posible una protección para las obras no publicadas de las que resulte desconocida la identidad del autor, pero por las que se pueda suponer que él es nacional de un país de la Unión. Queda reservada a la legislación de ese país la facultad de designar la autoridad competente para representar a ese autor y defender y hacer valer los derechos del mismo en los países de la Unión.

«Los países de la Unión que, en virtud de lo establecido anteriormente, procedan a esa designación, lo notificarán al Director General (de la OMPI) mediante una declaración escrita en la que se indicará toda la información relativa a la autoridad designada. El Director General comunicará inmediatamente esta declaración a todos los demás países de la Unión.»

1.2. *ECTs/Folclore como materia divulgada o publicada*

Los términos divulgación y publicación aparecen definidos en el artículo 4 de la LPI entendiéndose por divulgación de una obra «toda expresión de la misma que, con el consentimiento del autor, la haga accesible por primera vez al público en cualquier forma»; y por publicación, «la divulgación que se realice mediante la puesta a disposición del público de un número de ejemplares de la obra que satisfaga razonablemente sus necesidades estimadas de acuerdo con la naturaleza y finalidad de la misma». A partir de estas precisiones es posible distinguir las siguientes situaciones:

A. ECTS/FOLCLORE COMO OBRAS DIVULGADAS EN FORMA ANÓNIMA

Consideramos que esta situación puede ser de escasa aplicación en el contexto de las ECTs/Folclore tal como han sido definidas en páginas previas ya que, de conformidad con lo estipulado en el artículo 4 de la LPI,

¹¹ Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de septiembre de 1886, completado en París el 4 de mayo de 1896, revisado en Berlín el 13 de noviembre de 1908, completado en Berna el 20 de marzo de 1914, y revisado en Roma el 2 de junio de 1928, en Bruselas el 26 de junio de 1948, en Estocolmo el 14 de julio de 1967, en París el 24 de julio de 1971, y enmendado el 28 de septiembre de 1979, http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/es/ip/berne/pdf/trtdocs_wo001.pdf

ya han sido sacadas a la luz y han sido o están siendo utilizadas durante generaciones. No obstante, dadas las circunstancias de indebida apropiación que rodean a las *ECTs/Folclore en sentido estricto*, conviene señalar que la situación de una divulgación anónima de una obra está prevista en la LPI, en su artículo 6 (2) estipulando al efecto que: «el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual corresponderá a la persona natural o jurídica que la saque a la luz con el consentimiento del autor, mientras éste no revele su identidad».

En este caso, los derechos de explotación tienen una duración de setenta años desde su divulgación lícita. Ahora bien, si antes de cumplirse este plazo fuera conocido el autor, la duración, de conformidad con el artículo 27 de la LPI, se amplía a los setenta años *post mortem*.

B. ECTS/FOLCLORE COMO OBRAS INÉDITAS DE DOMINIO PÚBLICO

Un problema de apropiación de ECTS/Folclore puede surgir en este epígrafe. En efecto, de conformidad con el artículo 129 (1) de la LPI: «Toda persona que divulgue lícitamente una obra inédita que esté en dominio público tendrá sobre ella los mismos derechos de explotación que hubieran correspondido a su autor».

La apropiación de la correspondiente ECT/Folclore se efectuará si reúne una serie de requisitos:

1. se trata de una obra de acuerdo con el artículo 10 (1) LPI,
2. está en el dominio público por el transcurso de los plazos de duración (varias generaciones), y
3. es inédita. Este último requisito lo interpretamos como obra no publicada siguiendo al artículo 4 de la Directiva 2006/116/CE¹², previsto para la protección de obras no publicadas previamente:

«Toda persona que, después de haber expirado la protección de los derechos de autor, publique lícitamente o comunique lícitamente al público por primera vez una obra que no haya sido publicada previamente, gozará de una protección equivalente a la de los derechos económicos del autor. El plazo de protección de dichos derechos será de veinticinco años a partir del momento en que la obra haya sido publicada lícitamente o comunicada lícitamente.»

¹² Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines (versión codificada) *Diario Oficial* n.º L 372 de 27/12/2006 p. 0012-0018. Esta Directiva deroga la Directiva 93/98/CEE. El artículo 4 no sufre variaciones.

Así, de conformidad con el artículo 129 de la LPI, toda persona (física o jurídica) que divulga (publica) una obra inédita goza de los mismos derechos de explotación que hubieran correspondido a su autor, como los de reproducción, transformación, distribución y comunicación pública. La obra, que había pasado al dominio público, deja de ser libremente utilizable por cualquiera durante un período de veinticinco años, computados desde el día 1 de enero del año siguiente al de la divulgación lícita de la obra (artículo 130 (1) LPI).

En lo que respecta a los tribunales, no tenemos constancia de litigios de derechos de autor sobre *ECTs/Folclore en sentido estricto* inéditos de dominio público publicados.

Ahora bien, por aproximación y por considerar que el objeto forma parte del acervo cultural de España, invocamos a título ilustrativo las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, de 9 enero de 2007, y la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Alicante, de 14 de julio de 2006, del caso que hemos denominado «Cervantes»¹³.

En el mencionado caso «Cervantes» el litigio se plantea por la distribución y comunicación pública, a través de la página web www.cervantesvirtual.com de la Universidad de Alicante y la Fundación Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes Saavedra sin autorización de su titular, la Editorial REUS, S.L., de la obra *Vida ejemplar y heroica de Miguel de Cervantes Saavedra con mil documentos hasta ahora inéditos y numerosas ilustraciones y grabados de época*, del autor Luis Astrana Marín¹⁴, editada en 1948. En el caso, el juzgador declara infringidos los derechos de autor de distribución y comunicación pública, si bien las alegaciones presentadas por las demandadas fueron, en este caso, sobre el carácter no lucrativo de las entidades, sobre los fines de investigación de la difusión así como sobre su buena fe¹⁵.

¹³ Sentencia núm. 3/2007 de 9 enero, Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8.ª), ponente, Ilmo. Sr. D. Luis Antonio Soler Pascual (AC\2007\1398), que afecta básicamente a la cuantía indemnizatoria, y Juzgado de lo Mercantil núm. 1, sentencia núm. 149/2006 de 14 julio (AC\2007\2091).

¹⁴ http://www.intercodex.com/VIDA-EJEMPLAR-HEROICA-DE-MIGUEL-DE-CERVANTES-SAAVEDRA-VOLUMENES_L9788429009446.html

¹⁵ Todas son desestimadas por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1, sentencia núm. 149/2006 de 14 julio (AC\2007\2091). En los términos que se reproducen parcialmente del FUNDAMENTO DERECHO SEGUNDO: «El que la página web donde se lleva a cabo esta actuación corresponda a una Fundación y a una Universidad y que se trate de entidades sin ánimo de lucro, no es causa justificativa, ya que tal naturaleza de las entidades titulares de la página web no les exonera de cumplir la legislación vigente en materia de propiedad intelectual. El que tengan ánimo de lucro o no, no quiere decir que no tengan que abonar los correspondientes derechos de propiedad intelectual a los autores (o a sus legítimos sucesores) de aquellas obras que “cuelgan” en su página en la red, si

En definitiva, la interrelación de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996 con la mayoría de las *ECTs/Folclore en sentido estricto* que conforman el Patrimonio Cultural de las diferentes Comunidades Autónomas de España no está exenta de dificultades derivadas de la falta de una expresa regulación que se incorpora a las ya existentes generadas por los tribunales debido a la multiplicidad, diversidad de interpretaciones sobre las materias expresamente reguladas.

Por último cabe señalar que el tratamiento jurídico de estas *ECTs/Folclore* no es uniforme y las aproximaciones desde la perspectiva del derecho de autor difieren según los países. Así, en efecto, existen países donde su legislación interna expresamente reconoce a las *ECTs/Folclore* como ob-

ésta no están en el dominio público, como satisfacen al resto de proveedores los servicios y materiales de los que se sirven. La propia Ley de Propiedad Intelectual en el art. 157, al prever que las tarifas generales de las entidades de gestión establezcan una reducción para las entidades culturales que carezcan de ánimo de lucro, confirma lo anterior. Y tampoco concurre el supuesto del artículo 37 del Texto Refundido en la redacción dada por el Real Decreto 1/1996 del 12 de abril (RCL 1996, 1382), anterior a la reforma operada por la reciente Ley 23/2006, de 7 de julio (RCL 2006, 1386) (al ser aquella la aplicable) ya que no nos encontramos ante reproducciones realizadas exclusivamente para fines de investigación (art. 37.1) ni el caso de préstamos (art. 37.2) y en todo caso al respecto sólo se refiere a la hipótesis de reproducción (art. 18) y al caso concreto del préstamo (art. 19), no a las demás formas de explotación previstas en el artículo 17 en relación con el artículo 19 y 20, aquí concurrentes (...), sin que sea atendible el motivo de oposición consistente en que la actuación de las demandadas ha sido de buena fe. Y ello porque para instar el cese de la actividad ilícita, entre las que se comprende la inutilización de los elementos empleados para la explotación no autorizada, y la indemnización de daños y perjuicios (sobre la que nos ocuparemos más adelante) no exige el artículo 138 la existencia de dolo o culpa del infractor, sin que, en todo caso, la actuación de las demandadas puede ser calificada como diligente. Las investigaciones previas que realizó para averiguar la existencia de titulares de los derechos de autor sobre las obra referida que digitalizó y puso a disposición del público en la página web, sin su autorización y sin ser de dominio público, no pueden catalogarse como tales desde el momento en que solicitan información sobre los derechos de explotación sobre las traducciones de obras realizadas por este autor (documentos núm. 3 de la contestación de la Universidad de Alicante), pero aquí no se trata de un traducción, por lo que la información es irrelevante, reconociendo en el propio informe el letrado de las demandadas que hubo error en la petición; error que no es compatible con una actuación adecuada a las exigencias del caso, o dicho de otra manera, pone de relieve la falta de diligencia. Tampoco basta con decir que se desconocían los herederos del autor (documentos número 4 y 5), pues el Registro General de Propiedad Intelectual es mero declarativo y facultativo (art. 145), sobre todo teniendo, finalmente, en cuenta que consta reconocido que desde el año 1972 en el registro ISBN figura la obra como publicada por la Editorial REUS, S.L., sin que ningún momento conste acreditado que se dirigieran a ésta con carácter previo a digitalizar y “colgar” en la página web la obra publicada por esta editorial; editorial que es conocida de forma notoria, sobre todo en el mundo jurídico, y por tanto por ello, por la Universidad de Alicante, con la que mantiene relaciones comerciales (...)».

jeto de propiedad intelectual¹⁶ sin que criterios de originalidad, autoría, y dominio público incidan de forma negativa en su tratamiento. Conjuntamente con los anteriores, coexisten países y organizaciones en las que se prevé una regulación de las ECTs/Folclore mediante una propiedad intelectual *sui generis*¹⁷. Por todo ello, las organizaciones internacionales, conscientes de esta pluralidad de regulaciones y del valor social y económico de las ECTs/Folclore, están tratando de adoptar una serie de criterios comunes desde la perspectiva de la propiedad intelectual (en sentido amplio)¹⁸.

¹⁶ Véase, la recopilación realizada por la OMPI: Cote d'Ivoire, *Law on the Protection of Intellectual Works and the Rights of Authors, Performers and Phonogram and Videogram Producers*, 1996 (véanse artículos 6, 7 y 8); Fiji, *Copyright Act, 1999* (véanse artículos 2, 66 y 180); Ghana, *Copyright Act, 2005* (véanse artículos 4, 17, 44 y 59-64); Indonesia, *Copyright Law, 2002* (véase artículo 10); Macedonia, the former Republic of Yugoslav, *Law on Copyrights and Related Rights, 1998* (véanse artículos 6-8, 42, 107 y 168); Malawi, *Copyright Act, 1989* (véanse artículos 4b, 6c and Part V); Mexico, *Federal Law on Copyright, 1996* (véase Chapter III, artículos 154 y 161); Federated States of Micronesia, *Federated States of Micronesia Code: Copyright, Patents & Trademarks, 2003* (véanse párrafos 107-108); Mongolia, *Copyright Law of Mongolia, 1993* (véase artículo 3.3); Morocco, *Copyrights and Neighbouring Rights, 2000* (véanse artículos 1, 3, 5, 7, 39 y 63); Nigeria, *Copyright Act, 1999* (véanse artículos 28, 29 y 29A); Oman, *Law on Copyrights and Related Rights, 2000* (véanse artículos 1, 2j, y 3b); Papua New Guinea, *Copyright and Neighbouring Rights Act, 2000* (véanse artículos 2, 4.1b, 4.3 y Part V); Peru, *Ley Sobre el Derecho de Autor, 1996* (véanse artículos 2, 5, 6 y 57); Samoa: *Copyright Act, 1988* (véanse artículos 2, 3d y Part IV); Senegal, *Copyright Act, 1973* (véase artículo 9); Tanzania, *Copyright and Neighbouring Rights Act, 1999* (véase Part III, artículos 24-30); Tunisia, *Loi relative à la Propriété Littéraire et Artistique, 1994* (véase Chapter I, artículo 7); Ukraine, *Law on Copyrights and Related Rights, 2001* (véanse artículos 1, 8, 9 y 35); United Kingdom, *Copyright, Designs and Patents Act, 1988* (véase artículo 169); Vanuatu, *Copyright and Related Act, 2000* (véanse artículos 41 and 42); Burkina Faso, *Loi portant protection de la Propriété Littéraire et Artistique, 1999* (véanse artículos 88-94); Bolivia, *Leyes de Derecho de Autor, 1992* (véanse artículos 21-23); Algeria, *Copyrights and Neighboring Rights Act, 2003* (véanse artículos 2, 5, 8, 107-119, 129-130 y 138-142).

¹⁷ Véase la recopilación realizada por la OMPI: Panamá, Ley N.º 20 del 26 de junio de 2000 sobre el Régimen Especial de Propiedad Intelectual sobre los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas para la Protección y Defensa de sus Identidad Cultural y de sus Conocimientos Tradicionales, y Decreto Ejecutivo N.º 12 (de 20 de marzo de 2001) por el cual se reglamenta la Ley N.º 20 de junio de 2000, del Régimen Especial de Propiedad Intelectual sobre los Derechos Colectivos de los pueblos indígenas para la Protección y Defensa de su Identidad Cultural y de sus Conocimientos Tradicionales; Filipinas, Ley de la República N.º 8371, una ley para reconocer, proteger y promover los derechos de las comunidades culturales indígenas /los pueblos indígenas, la creación de una Comisión Nacional de los Pueblos Indígenas, poniendo en marcha mecanismos para la aplicación, la propiedad de fondos, y para otros fines, 22 octubre 1997; República de Azerbaiyán, Ley N.º 460-IIIG de 16 de mayo de 2003, sobre la Protección Jurídica de las Expresiones del folclore de Azerbaiyán, <http://www.wipo.int/tk/en/laws/folklore.html#special>

¹⁸ Véase OMPI, Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, «La protección de las expresiones culturales tradicionales: proyecto de artículos», Ginebra, 18 febrero de 2011, WIPO/GRTKF/IC/18/4.

Ahora bien, como se ha podido observar, la situación descrita afecta a las *ECTs/Folclore en sentido estricto*, en sí mismas consideradas, y no comprende a las que hemos englobado dentro de la denominación «Expresiones Culturales Contemporáneas Tradicionales».

2. Expresiones culturales contemporáneas tradicionales

Dentro de este epígrafe, nos hemos permitido englobar dos grupos de situaciones bien diferenciadas. Por un lado, el formado por las personas y materiales que plasman las *ECTs/Folclore en sentido estricto*, y por otro lado, el constituido por las denominadas *Expresiones culturales contemporáneas basadas en la tradición (ECCTs)*.

2.1. Reproducciones de *ECTs/Folclore por personas y materiales*

De conformidad con la legislación vigente de derechos de autor y derechos conexos, los derechos sobre los materiales que reproducen, plasman las *ECTs/Folclore en sentido estricto*, en especial, las de dominio público y de autor desconocido, pertenecerán a las personas que han creado este material denominado secundario. Entre estos materiales «secundarios» cabe incluir las grabaciones sonoras, las películas, los documentos escritos y las fotografías.

También consideramos oportuno incluir en este epígrafe los derechos conexos que surgen para todas aquellas personas que interpreten o ejecuten *ECTs/Folclore en sentido estricto*.

A. INTERPRETACIÓN, EJECUCIÓN DE *ECTs/FOLCLORE EN SENTIDO ESTRICTO*

En este supuesto, se trata de los posibles derechos conexos que pudiera corresponder a los artistas, intérpretes o ejecutantes de *ECTs/Folclore* como cuentos populares, poesías populares, canciones tradicionales, música instrumental popular, bailes tradicionales, obras de teatro populares y expresiones similares. Como ejemplo de estos últimos, la representación del personaje Arotzak¹⁹, del Carnaval de Lantz.

¹⁹ Fiesta declarada Bien de Interés Cultural. Imagen de http://es.wikipedia.org/wiki/Carnaval_de_Lantz



La duda sobre los posibles derechos conexos que pudiera corresponder a los intérpretes y ejecutantes de ECTs/Folclore deriva del propio artículo 105 de la LPI. En efecto, la LPI, al considerar lo que se entiende por artista, intérprete o ejecutante limita esta definición a la persona que «represente, cante, lea, recite, interprete o ejecute en cualquier forma una obra». Esta exigencia última provocaba la exclusión del colectivo que pudiera representar, cantar, leer, recitar, interpretar o ejecutar las *ECTs/Folclore en sentido estricto* por no reunir éstas las condiciones necesarias para ser calificadas de obras.

Ahora bien, esta situación de exclusión desaparece para los fonogramas. En efecto, a diferencia de lo estipulado en la Convención de Roma de 1961, que circunscribe el ámbito a las obras literarias y artísticas²⁰, el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas de 20 de diciembre de 1996 (WPPT), en vigor en España desde el 14 de marzo de 2010²¹ expresamente junto a las obras literarias y artísticas incorpora las expresiones del folclore. Así, a los fines del Tratado (artículo 2 (a) WPPT) se entiende por artistas, intérpretes o ejecutantes: «todos los actores, cantantes, músicos, bailarines u otras personas que representen un papel, canten, reciten, declamen, interpreten o ejecuten en cualquier forma obras literarias o artísticas o *expresiones del folclore*».

²⁰ Convención Internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, hecho en Roma el 26 de octubre de 1961, artículo 3 (a) «A los efectos de la presente Convención, se entenderá por: (a) “artista intérprete o ejecutante”, todo actor, cantante, músico, bailarín u otra persona que represente un papel, cante, recite, declame, interprete o ejecute en cualquier forma una obra literaria o artística» http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/es/ip/rome/pdf/trtdocs_wo024.pdf

²¹ Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) (1996), adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996 (ratificado por España el 14 de diciembre de 2009 con entrada en vigor el 14 de marzo de 2010), http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/es/ip/wppt/pdf/trtdocs_wo034.pdf

Así, todos los actores, cantantes, músicos, bailarines u otras personas que representen un papel, canten, reciten, declamen, interpreten o ejecuten en cualquier forma ECTS/Folclore serán titulares de los correspondientes derechos conexos. No obstante, esta situación no es extensiva, por ahora, para los intérpretes, artistas, ejecutantes de cualesquiera ECTS/Folclore fijadas en grabaciones audiovisuales.

B. GRABACIONES AUDIOVISUALES Y GRABACIONES SONORAS DE *ECTS/FOLCLORE EN SENTIDO ESTRICTO*

Las ECTS/ Folclore pueden perfectamente ser el objeto de fonogramas y de grabaciones audiovisuales de conformidad con la LPI en su artículo 114 (1) («Se entiende por fonograma toda fijación exclusivamente sonora de la ejecución de una obra o de otros sonidos») y su artículo 120 (1) («Se entiende por grabaciones audiovisuales las fijaciones de un plano o secuencia de imágenes, con o sin sonido, sean o no creaciones susceptibles de ser calificadas como obras audiovisuales en el sentido del artículo 86 de esta Ley»). En ambos casos, los derechos de explotación «conexos» sobre las grabaciones de ECTS/Folclore corresponderán a los respectivos productores²² durante un plazo de cincuenta años²³.

C. FOTOGRAFÍAS DE *ECTS/FOLCLORE EN SENTIDO ESTRICTO*

Otro de los mecanismos secundarios de plasmación de las tradiciones y costumbres de un pueblo son las fotografías. Como ejemplo de ECT/

²² Artículo 114.2: «Es productor de un fonograma la persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa y responsabilidad se realiza por primera vez la mencionada fijación. Si dicha operación se efectúa en el seno de una empresa, el titular de ésta será considerado productor del fonograma». Artículo 120.2: «Se entiende por productor de una grabación audiovisual, la persona natural o jurídica que tenga la iniciativa y asuma la responsabilidad de dicha grabación audiovisual».

²³ Artículo 119 LPI: «Los derechos de los productores de los fonogramas expirarán 50 años después de que se haya hecho la grabación. No obstante, si el fonograma se publica lícitamente durante dicho período, los derechos expirarán 50 años después de la fecha de la primera publicación lícita. Si durante el citado período no se efectúa publicación lícita alguna pero el fonograma se comunica lícitamente al público, los derechos expirarán 50 años después de la fecha de la primera comunicación lícita al público». Artículo 125 LPI: «La duración de los derechos de explotación reconocidos a los productores de la primera fijación de una grabación audiovisual será de cincuenta años, computados desde el día 1 de enero del año siguiente al de su realización. No obstante, si, dentro de dicho período, la grabación se divulga lícitamente, los citados derechos expirarán a los cincuenta años desde la divulgación, computados desde el día 1 de enero del año siguiente a la fecha en que ésta se produzca».

Folclore, la fotografía de una chimenea encastada de una Casa Serrana en la Sierra de la Demanda²⁴.



Ahora bien, los derechos de autor sobre las fotografías de *ECTs/Folclore en sentido estricto* variarán en función de su «originalidad». La originalidad en las fotografías es tratada en el artículo 6 de la Directiva 93/98/CCE, actual artículo 6 de la Directiva 2006/116/CE²⁵, definiéndola como «creaciones intelectuales propias del autor» y exigiendo que no se aplique «ningún otro criterio para determinar su derecho a la protección». En su Considerando (16), las Directivas clarifican a este efecto que al aplicar el Convenio de Berna debe considerarse original la obra fotográfica «si constituye una creación intelectual del autor que refleja su personalidad, sin que se tome en consideración ningún otro criterio tal como mérito o finalidad. La protección de las demás fotografías debe dejarse a la legislación nacional».

A nivel de tribunales, es interesante la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 19 de diciembre de 2006²⁶, que declara obra fotográfica a unas fotografías de la naturaleza, declarando a este respecto en su Fundamento de Derecho Segundo:

«Pues bien, en este determinado contexto, la sentencia de primera instancia concluye que nos hallamos no ante meras fotografías, sin aportación original alguna, sino ante auténticas obras fotográficas, dada la

²⁴ Belén Baltasar Marrón y Juan Heras Perera (arquitectos por la Escuela Técnica Superior de Arquitectura de Madrid, de la Universidad Politécnica), <http://www.sierradelademanda.com/es/turismo/?iddoc=464>

²⁵ Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines (versión codificada) cit., no modifica el artículo 6 y el Considerando 16 de la Directiva 93/98/CCE.

²⁶ Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9.ª), sentencia núm. 464/2006, de 19 diciembre, ponente Ilma. Sra. Rosa M.ª Andrés Cuenca AC2007\1007.

originalidad, composición y encuadres determinados de las mismas, no susceptibles de ser calificadas como meras imágenes captadas de forma aleatoria, sin trabajo ni composición específica alguna del autor. La Sala, evidentemente, comparte este criterio, a la vista de las mismas, sin desconocer la dificultad de deslindar entre ambos conceptos en muchas ocasiones, bastando para ello la consideración de cuántas fotografías, que hoy constituyen —por sus múltiples reproducciones y su alcance y extensión— hitos gráficos, simplemente son, en su origen, la captación oportuna de un hecho puntual, y sólo el devenir temporal viene a determinar, en tal caso, la trascendencia efectiva de la imagen captada al azar, en un momento determinado. Ciertamente las fotografías que examinamos, en algún caso, no son sino captación de momentos, pero no debemos olvidar que la naturaleza ni es perfecta ni inmutable ni es, desde luego, sencillo, poder plasmar imágenes de animales vivos sujetos a sus propios movimientos y no susceptibles, como sí podrían hacer los modelos humanos, de recibir y aceptar órdenes para posar de forma adecuada, y, por tanto, debe valorarse desde tal perspectiva las obras analizadas, concluir, al igual que la sentencia recurrida, que nos hallamos ante obras fotográficas, y, asimismo, que se hallan protegidas, como resulta de lo anteriormente expuesto, ya aludido en la sentencia impugnada, entendiéndose que no es discutible el carácter técnico de las fotografías.»

No obstante la anterior, los tribunales parecen reacios a aplicar a las fotografías el criterio de originalidad implantado para ellas por la Directiva 93/98/CCE y siguen exigiendo el mérito y finalidad expresado en términos de nivel o altura creativa, materializada en alguna novedad creativa, por transmitir al espectador emociones o ideas por ser producto de la creatividad.

Así sucede, entre otros²⁷, en el caso de las «fotografías de ECCE-homo y Virgen de los Dolores». La Audiencia Provincial de Alicante expresa la

²⁷ En el caso de las fotografías de lápidas de la Audiencia Provincial de Valencia en su sentencia de 6 de febrero de 2007 (Sección 9.^a), (sentencia núm. 35/2007, de 6 de febrero), ponente Ilma. Sra. Purificación Martorell Zulueta, (AC\2007\1470). Igualmente, la sentencia de la sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de noviembre de 2003 (PROV 2003, 89197) señala que: «El requisito de la originalidad, exigido con alcance general por el artículo 10, para que la fotografía merezca la conceptualización de obra protegida, ha de identificarse con la novedad objetiva, ya sea radicada en la concepción ya en la ejecución de la misma, o en ambas, mas no con la mera novedad subjetiva. Lo decisivo a estos efectos es que aquélla incorpore la nota de la singularidad, por no haberse limitado el autor a reflejar objetos, figuras o acontecimientos de la realidad a través del simple proceso mecánico de captación de la imagen, aunque sea con gran precisión técnica, pero sin aportación original alguna por su parte al haber prescindido, bien por decisión personal, bien por imperativo del encargo profesional o por la razón que fuere, de la autonomía y capacidad creativa en orden a la elección del motivo, encuadre, contrastes, momento, contexto, revelado, etc., de tal modo que la proyección de la personalidad y capacidad

originalidad en la sentencia de 19 de junio de 2006²⁸ en los siguientes términos:

En el caso que nos ocupa, no parece que existan motivos que individualicen las fotografías al extremo de merecer la calificación de originales, de artísticas, en suma, de «obra fotográfica», ya que no se aprecia en ellas ningún elemento diferenciador de las que cualquier fotógrafo no profesional pudiera hacer. La simple perfección técnica, de encuadre, luz, pose y contraste, no resulta en absoluto suficiente. Las fotografías son «planas», esto es, no aportan más que el retrato de unas figuras tal cual son, sin incorporar elemento alguno que las originalicen respecto de cualesquiera otras que de dichos rostros pudieran hacerse. En conclusión, pueden ser perfectas desde un punto de vista técnico —que no discutimos—, pero en absoluto poseen el plus de originalidad que las eleven a la categoría de artísticas en los términos del artículo 10-1 TRLPI.

En todo caso, las fotografías de las *ECTs/Folclore* gozarán de derechos de propiedad intelectual²⁹. En efecto, si las fotografías se consideran originales serán los derechos correspondientes a la obra fotográfica. Si, por el contrario, se estimara que no reflejan la personalidad de su autor gozarán de los derechos acordados por la LPI a las meras fotografías. En efecto, de conformidad con el artículo 128 de la LPI, los derechos que se generan sobre estas meras fotografías o reproducciones son, de carácter exclusivo para el fotógrafo y comprenden los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública con un periodo de duración de veinticinco años computados desde el día 1 de enero del año siguiente a la fecha de realización de la fotografía o reproducción. El titular dispone de estos derechos en los mismos términos que los reconocidos en la presente Ley a los autores de obras fotográficas.

creativa del autor cede ante la mera reproducción de la imagen tal cual aparece en la realidad, sin otros aditamentos emanados de su personalidad y creatividad. La exigencia de ese nivel o altura creativa, materializada en alguna novedad creativa, es lo que determina el carácter de obra protegida, por transmitir al espectador emociones o ideas que, por ser producto de la creatividad, no aflorarían ante la contemplación de la mera captación de la realidad de las cosas». En similar sentido se expresan las sentencias de la misma Audiencia de 10 de septiembre de 2003, (AC 2003, 1894), sentencia núm. 546/2004 (Sección 9.^a), de 20 diciembre de 2004, ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Concepción Rodríguez, y 1 de febrero de 2005, o la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (sección 3.^a) de 25 de septiembre de 2003.

²⁸ Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8.^a), sentencia núm. 236/2006, de 19 de junio, ponente Ilmo. Sr. D. Luis Antonio Soler Pascual, (AC\2006\1756).

²⁹ Para el productor de las grabaciones audiovisuales, artículo 124. LPI: «Le corresponden, asimismo, al productor los derechos de explotación de las fotografías que fueren realizadas en el proceso de producción de la grabación audiovisual».

D. EDICIÓN DE ECTS/FOLCLORE COMO OBRAS NO PROTEGIDAS

Dentro de los materiales secundarios es posible igualmente incluir la edición/publicación de *ECTs/Folclore en sentido estricto* que no sean obras protegidas por el libro I de la LPI.

De conformidad con la LPI, estas ediciones pueden generar derechos de explotación a favor del editor. Para este supuesto, la LPI en su artículo 129 (1) establece que los editores «gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción, distribución y comunicación pública de dichas ediciones siempre que puedan ser individualizadas por su composición tipográfica, presentación y demás características editoriales»³⁰. La duración de estos derechos de explotación es la estipulada en el artículo 130.2 de veinticinco años, computados desde el día 1 de enero del año siguiente al de la publicación.

E. BASES DE DATOS DE *ECTs/FOLCLORE EN SENTIDO ESTRICTO*

Igualmente, las *ECTs/Folclore en sentido estricto* pueden constituir el contenido de compilaciones, de bases de datos. Esta es la situación de las bases de datos de archivos, museos, bibliotecas, instituciones públicas o privadas de carácter entre otros, científico, educativo que se dedican a investigar, obtener, clasificar y/o presentar *ECTs/Folclore en sentido estricto*, en su mayoría de dominio público.

En este caso, estas organizaciones podrían ser calificadas de fabricantes de la base de datos y ser, por lo tanto, titulares del denominado derecho *sui generis* existente sobre el contenido con independencia de los derechos de autor probables sobre el mismo,³¹ derecho que puede ser transferido, cedido o dado en licencia contractual.

Como titulares del derecho *sui generis*, los fabricantes o sus derechohabientes pueden prohibir la extracción y/o reutilización de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de la base de datos. Sobre este contenido, tampoco estarán autorizadas la extracción y/o reutilización repetidas o sistemáticas de partes no sustanciales del mismo siempre que estos actos supongan actos contrarios a una explotación normal de dicha base o que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del fabricante de la base.

En definitiva, como se puede apreciar en los casos enunciados, los creadores de materiales «secundarios» sobre las ECTS/Folclore generan para sí derechos de autor y/o derechos conexos.

³⁰ Caso «Libro de Horas de Carlos V», sentencia de 14 de junio del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid (AC\2005\10789).

³¹ Artículos 133 a 137 LPI. La calificación de «fabricante» viene dada por la LPI al considerar como tal a la persona natural o jurídica que toma la iniciativa y asume el riesgo de efectuar las inversiones sustanciales orientadas a la obtención, verificación o presentación de su contenido.

No obstante, es preciso señalar que es posible que las ECTs/Folclore sean consideradas obras protegidas y de autor conocido. En este caso, el hecho de estar las ECTS/Folclore en el dominio público conllevaría el respeto de los derechos morales de autoría y de integridad de la obra y finalmente si estas ECTs/Folclore no estuvieran en el dominio público, salvo para los usos expresamente exceptuados en la LPI (arts. 31 a 40 bis), se precisaría la correspondiente autorización³².

2.2. *Expresiones Culturales Contemporáneas basadas en la tradición (ECCTS)*

Como ya indicamos, existe un segundo grupo de manifestaciones formado por la denominadas *Expresiones Culturales Contemporáneas basadas en la Tradición* (ECCTS). Estas ECCTS engloban las creaciones contemporáneas consistentes en una nueva presentación, interpretación, adaptación, arreglo, o transformación de *ECTs/Folclore en sentido estricto* preexistentes. Se trata, en definitiva, de obras originales en su forma de expresión realizadas por un autor, en general, conocido y con vida.

Para la realización de estas ECCTS, siempre que sean obras compuestas³³ u obras derivadas³⁴ de una ECT/Folclore preexistente, se necesitará la correspondiente autorización de su autor si la ECT/Folclore preexistente es calificada de obra protegida, el autor es conocido y no está en el dominio público³⁵. Igualmente, si la ECT/Folclore preexistente estuviera

³² Para la música folk, actuaciones en fiestas patronales por grupos folclóricos tradicionales, Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 6.ª), de 7 de febrero de 2002, ponente Ilmo. Sr. D. José Manuel Barral Díaz, (JUR/2002\113395).

³³ LPI Artículo 9.1: «Se considerará obra compuesta la obra nueva que incorpore una obra preexistente sin la colaboración del autor de esta última, sin perjuicio de los derechos que a éste correspondan y de su necesaria autorización».

³⁴ LPI. Artículo 21.1: «La transformación de una obra comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente. 2. Los derechos de propiedad intelectual de la obra resultado de la transformación corresponderán al autor de esta última, sin perjuicio del derecho del autor de la obra preexistente de autorizar, durante todo el plazo de protección de sus derechos sobre ésta, la explotación de esos resultados en cualquier forma y en especial mediante su reproducción, distribución, comunicación pública o nueva transformación». LPI. Artículo 11: «Obras derivadas. Sin perjuicio de los derechos de autor sobre la obra original, también son objeto de propiedad intelectual: 1. Las traducciones y adaptaciones. 2. Las revisiones, actualizaciones y anotaciones. 3. Los compendios, resúmenes y extractos. 4. Los arreglos musicales. 5. Cualesquiera transformaciones de una obra literaria, artística o científica».

³⁵ Para la realización de CD-ROM denominados «La Sagrada Familia Terminada», referidos a la Sagrada Familia de Gaudí: Audiencia Provincial de Barcelona, sentencia 28 de marzo de 2006, ponente Sr Jordi Lluís Forgas Folch, (*La Ley* 23556/2006).

en el dominio público, como ya señalamos en líneas anteriores, siempre que el autor fuera conocido, se deberían respetar los derechos morales de autoría e integridad.

La existencia de ECCTs es apreciable en la música³⁶, orfebrería, cerámica, azulejos, artesanía, joyería, pintura, escultura y, en general, en todos los campos descritos en las citadas Disposiciones Tipo de 1982 de la OMPI.

Los tribunales han tenido ocasión de manifestarse al respecto. De entre los múltiples e interesantes casos existentes, seleccionamos sin ánimo exhaustivo y solo a título de ejemplo los siguientes:

A. ESCULTURAS INSPIRADAS EN LA TRADICIÓN

El caso «Conjunto Escultórico los Raqueros», se puede decir, es un caso de una *Expresión Cultural Contemporánea inspirada en la Tradición* tratada ante los tribunales, en concreto ante la Audiencia Provincial de Cantabria, que dicta sentencia el 5 de abril de 2006³⁷.

En este caso, el escultor considera vulnerado su derecho de autor al haber realizado sin autorización las partes demandadas reproducciones, copias (ejemplares que tienen una base de metacrilato) de su obra para comercializarla como *souvenirs* de la ciudad de Santander. El denominado «Conjunto escultórico Los Raqueros», que mostramos a continuación, está compuesto por cuatro esculturas que representan a cuatro niños «los raqueros»³⁸. Está localizado en la Bahía de Santander y, como se puede apreciar en la imagen y señala la Audiencia Provincial de Cantabria en su Fundamento de Derecho Tercero, las esculturas están perfectamente ancladas al terreno.

El Juzgado de Primera Instancia de Santander en su sentencia de 6 de abril de 2005 estima parcialmente la demanda y decide entre otras: a) Prohibir comercializar o detallar al público, difundir las copias o hacer uso alguno de las copias de la escultura denominada *Grupo de Raqueros*; y prohíbe volver a fabricar y/o producir copia alguna de dicha escultura, destruyendo en su caso los moldes utilizados en dicha producción.

³⁶ Grupos folk, para el instrumento txalaparta véase el grupo folk Txalapartari Ttukunak (Txalaparta Ttukunak Magic Marimbas, <http://www.youtube.com/watch?v=C8nByvpRB3c>) en <http://es.wikipedia.org/wiki/Txalaparta>. Como ejemplo, la alboka es el instrumento del grupo folk gallego Berroguetto, (http://www.youtube.com/watch?v=Fex3_1Nbp_I). Para la música celta: *Terra Celta* (con Rosa Cedrón), <http://www.briganthya.com/es>

³⁷ La Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Cantabria, sentencia n.º 292/2006, de 5 de abril, ponente Ilmo. Sr. D. Joaquín Tafur López de Lemus, (JUR.2006/152719).

³⁸ Estos personajes están descritos por el escritor cántabro José María Pereda, en su novela *Sotileza* (1885), edición digital, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes; Madrid, Biblioteca Nacional, 2003. N. sobre edición original: reproducción digital de la edición de Madrid, Imprenta y Fundición de M. Tello, 1885, localización: Biblioteca Nacional (España), sig. R-38730, <http://bib.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=11991&portal=42>



Conjunto escultórico «Los Raqueros»³⁹

Conjunto escultórico «Los Raqueros» localizado en la Bahía de Santander, del escultor José Cobo Calderón.

Los raqueros son niños huérfanos y marginales que en los siglos XIX y XX pasaban sus días en el puerto y bahía de Santander y que, desnudos o semi-desnudos, se lanzaban a las aguas de la bahía a recoger las monedas que lanzaban los viajeros.

Interpuesta apelación por las partes demandadas, la Audiencia Provincial de Cantabria dicta sentencia el 5 de abril de 2006. La Audiencia estima que la obra es original, «porque estando como estamos ante una obra escultórica, elaborada por tanto en tres dimensiones, puede afirmarse que: «los diversos volúmenes creados por el demandante son singulares, sin que tan singularidad se pierda por el hecho de que el autor, a la hora de elaborar la obra, haya podido inspirarse en figuras o tradiciones de la ciudad de Santander; y ni siquiera se pierda tal singularidad por la circunstancia de que puedan existir fotografías o grabados antiguos que reproduzcan a grupos de muchachos de similares características de las que representa el demandante, o en situación más o menos parecida, porque, repetimos, la escultura es una creación siempre original en relación con la representación que, de una determinada realidad, pueda existir en dos dimensiones».

La Audiencia añade además, en su Fundamento de Derecho séptimo, que no se trata de una propiedad colectiva, como alegaba la parte demandada, puesto que el motivo de inspiración es colectivo, sino que se está ante una propiedad individual del demandante: «La representación escul-

³⁹ Escultor José Cobo Calderón. Fotografía de Lala2 en <http://www.minube.com/fotos/rincon/54634>

tórica de una determinada realidad, aunque dicha realidad esté presente en la memoria y en la conciencia de una o varias generaciones, no priva al autor de la obra del derecho de propiedad intelectual, precisamente por el hecho de que la representación es siempre singular. Esto es, el autor intelectual de la obra, valiéndose de esas tradiciones e imágenes antiguas, las reproduce en tres dimensiones de una determinada manera, que es siempre singular. Así, es el autor quien define las dimensiones y proporciones de las figuras, quien les da forma, quien las relaciona, etcétera».

B. ARREGLOS, ARREGLOS LIBRES, REELABORACIONES DE DANZAS Y MÚSICAS TRADICIONALES

Las sincronizaciones, los arreglos, reelaboraciones de danzas y músicas tradicionales son obras derivadas protegidas. Así lo declara la sentencia de la Audiencia Provincial de León, de 2 de enero de 2007⁴⁰ sobre una reclamación presentada por la SGAE solicitando el pago correspondiente por los actos de comunicación pública que venía haciendo el demandado mediante un aparato reproductor de música en el establecimiento que regentaba.

En este caso, la Audiencia declara en su Fundamento de Derecho Primero que se trata de arreglos de composiciones musicales cuyo origen se remonta al periodo comprendido entre los siglos XV y XVIII que son objeto de propiedad intelectual como obras derivadas cuya titularidad corresponde, en este caso, a los arreglistas.

«El motivo se desestima pues por más que, según se alega en la contestación a la demanda, la música que se reproduce en el establecimiento del apelante, se trate de composiciones u obras cuyo origen se remonta al periodo comprendido entre los siglos XV y XVIII ello no significa que quienes en el momento actual hagan adaptaciones o arreglos de las composiciones originales correspondientes, poniéndolas en el mercado, carezcan de derechos sobre tales adaptaciones. Antes bien, esas situaciones son objeto de protección, también en la Ley de Propiedad Intelectual que, en su artículo 11, dedicado a las que denomina obras derivadas, establece que sin perjuicio de los derechos de autor sobre la obra original, también son objeto de propiedad intelectual las adaptaciones, actualizaciones y, por lo que hace expresamente a las obras musicales, los arreglos. Ver que en el comentario de presentación de algunas de las obras que se reproducen en el establecimiento del apelante, los miembros de los grupos musicales correspondientes presentan

⁴⁰ Audiencia Provincial de León, (Sección 1.ª), sentencia núm. 4/2007, de 2 de enero, ponente Ilmo. Sr. D. Teodoro González Sandoval, (JUR\2007\82206).

sus trabajos destacando, precisamente, que se trata de arreglos, arreglos libres y reelaboraciones de danzas tradicionales españolas de modo que será a los arreglistas, que no son autores de la obra original, a quienes, según el artículo 17 de la Ley de Propiedad Intelectual, corresponden los derechos de explotación de aquellas adaptaciones, arreglos o reelaboraciones.»

C. DIBUJOS Y CERÁMICAS BASADAS EN OBRAS ARQUITECTÓNICAS «TRADICIONALES»

Se presenta como ejemplo de este epígrafe el caso denominado «Paisajes urbanos de Cuenca» de la Audiencia Provincial de Cuenca, sentencia de 27 de enero de 2009⁴¹.

En este caso, la parte demandante es el autor de dibujos a tinta china sobre papel vegetal que tienen como motivo o representan distintos monumentos o parajes de la ciudad de Cuenca (las Casas Colgadas, Ronda de Julián Romero, vista trasera de la Catedral, Torre Mangana, etc.). El autor considera vulnerado su derecho de autor al haberse hecho uso por la parte demandada de la obra protegida en tres soportes o productos distintos, «a saber, en botellas o envases que contienen las bebidas que la demandada comercializa, en la decoración de las cajas o embalajes en las que se distribuyen en el mercado y en un conjunto de cuadros de relieve pintados a mano sobre escayola».



Envases de botellas.⁴²

La sentencia de instancia considera, el 17 de abril de 2008, que la obra protegida fue empleada sin autorización en las representaciones gráficas que sobre cartón empleaba la demandada para embalar una parte de sus productos y en los cuadros en relieve sobre escayola, no, en las propias botellas que contienen el licor comercializado por la empresa.

⁴¹ Audiencia Provincial de Cuenca (sección 1.ª), sentencia num.8/2009, de 27 enero, ponente, Ilmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura, (AC\2009\882).

⁴² Envases de bebidas comercializadas basados en obras arquitectónicas, imagen en <http://www.destileriasortega.com/index.php?id=1>

Contra esta sentencia se interpone recurso de apelación por la parte demandada ante la Audiencia Provincial de Cuenca que dicta sentencia el 27 de enero de 2009 que estima parcialmente el recurso presentado.

La Audiencia en su sentencia, sin mezclar conceptos procedentes de la propiedad industrial (novedad, prioridad) o aplicar doctrinas sobre el valor cualitativo de las obras, se mantiene dentro de los criterios estipulados por las Directivas comunitarias sobre la originalidad como creación propia de su autor. En definitiva, los dibujos a tinta china sobre papel vegetal que tienen como motivo o representan distintos monumentos o parajes de la ciudad de Cuenca como las Casas Colgadas, la Ronda de Julián Romero, la vista trasera de la Catedral, la Torre Mangana, son, una creación propia derivada protegida por el derecho de autor. Así lo mantiene en su FUNDAMENTO DE DERECHO II:

«Sobra decir que, en cuanto tales motivos u objetos (las Casas Colgadas, Ronda de Julián Romero, vista trasera de la Catedral, Torre Mangana, etc.), los mismos no resultan susceptibles de protección a través de la propiedad intelectual, sin que el hecho de que se integren o formen parte de la obra de cualquier autor, excluya el derecho que cualquier otro tiene de emplearlos también en sus propias obras.

No se trata, en ese sentido, de un objeto original (por inexistente con anterioridad), creación propia, que pudiera resultar incorporado a una obra de cualquier clase. Sin embargo, ello no empece, como debiera ser evidente, para que el modo en que dichos motivos u objetos se incorporan a una determinada obra susceptible de protección en materia de propiedad intelectual, —cual lo son, sin duda, los dibujos—, añada a dichos objetos o motivos una sustantividad propia, una forma de ser o aparecer, fruto de la sensibilidad artística de su autor que es lo que, en realidad (y no el motivo u objeto mismo) resulta susceptible de ser protegido, en cuanto es propio de quien así lo crea.

Fácilmente puede ser comprendido que, por acudir a un ejemplo pacífico y de conocimiento prácticamente universal, la representación que Leonardo hiciera de la «Última Cena», de haber estado protegida por la propiedad intelectual, no impediría a otros autores representar esa misma escena, utilizar el mismo motivo en sus obras, pero sí copiar o emplear la ideación que de aquella efectuara el artista, por cuanto, en tal caso, el motivo de la segunda obra no sería tanto la «Última Cena» misma como la visión o perspectiva artística que de ella se aporta en la primera obra.

Sentado lo anterior basta comparar los dibujos realizados sobre el cartón de las cajas empleadas por la demandada para empaquetar sus mercancías (con las obras protegidas) para comprender que no es que aquéllas compartan con éstas un mismo tema o motivo, sino que significan una simple y llana copia de las primeras...»

D. OBRAS ESCRITAS SOBRE ECTS/FOLCLORE

Por último, la plasmación de ECTS/Folclore en documentos escritos como por ejemplo, la exposición descriptiva de edificios monumentales contenida en guías turísticas así como textos donde se enumeran y describen actividades y atracciones de un mercado medieval han sido consideradas como obras protegidas por los tribunales⁴³ ya que, siendo conocido el contenido, su presentación se realiza de una manera original.

De lo expuesto se puede apreciar como el derecho de autor incide en las ECTS/Folclore en sus múltiples manifestaciones tanto desde su origen como en sus derivaciones de forma que su clarificación y control se consideran uno de los objetivos prioritarios para las Organizaciones Internacionales encargadas del Patrimonio Cultural como pauta de gestión eficiente de los activos inmateriales de las comunidades tradicionales.

⁴³ STS de 26 de noviembre de 2003, ponente Sr. Jesús Corbal Fernández, (RJ\2003\8089). Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sentencia de 28 septiembre de 2007, ponente Sr. Felipe Peñalba Otaduy, (AC\2008\54).

La gestión de conocimiento a través de las licencias *Creative Commons*: la Real Academia de la Lengua Vasca

*Ion K. Artatxo Aurtenetxe**

1. Introducción. Del debate teórico a la experimentación práctica de nuevos modelos de propiedad intelectual

Nunca como hasta ahora se había debatido y publicado tanto sobre propiedad intelectual. Al mismo tiempo, nunca como hasta ahora había sido tan confuso el debate jurídico sobre la materia.

En relación al primero de los enunciados, el debate sobre la propiedad intelectual resulta de máxima actualidad, y ocupa infinitas páginas en *blogs*, redes sociales, *webs* jurídicas y no jurídicas, medios *on line* y tradicionales... Y ha calado en la sociedad de tal forma que una gran mayoría de los ciudadanos y ciudadanas manifiesta una opinión formada acerca de la legitimación de la propiedad intelectual, el uso libre de las obras y creaciones intelectuales, o la función de las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual. Se da la particularidad de que se trata de un debate global, es decir, rebasa fronteras físicas (Internet no las tiene) y se manifiesta de manera simultánea en los más diversos puntos del mundo.

Sin embargo, tal y como señalamos al inicio, se observa en muchos debates sobre la materia un uso totalmente confuso de términos y principios jurídicos esenciales, lo cual propicia que la controversia sobre el modelo jurídico que debe regular el nuevo escenario de creación e intercambio de contenidos tenga muy poco de precisión jurídica.

* Jon Artatxo es especialista en derechos de autor y propiedad intelectual y, desde 1996, abogado de Euskaltzaindia, Real Academia de la Lengua Vasca.

A modo de ejemplo, en relación a la sentencia de Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el caso Padawa¹ hemos leído a responsables políticos y a sesudos analistas como dicho fallo declaraba la desaparición del llamado «canon digital». Estas afirmaciones demuestran el escaso rigor y en muchas ocasiones sensacionalismo que envuelve el debate, dado que cualquier jurista con un mínimo conocimiento en la materia sabe que la eliminación de dicho canon supondría *de facto* la infracción grave de la Directiva Europea 2001/29².

En toda esa tela de araña, formada por discursos más o menos coherentes y por intereses confesos y menos confesos de toda índole, sí podemos rescatar sin embargo elementos concluyentes, como por ejemplo el comúnmente aceptado cambio de paradigma en el mundo de la producción intelectual. El anterior escenario cambia como consecuencia de las potencialidades que ofrece la revolución tecnológica, de las nuevas formas de producción de contenidos, de las nuevas herramientas de acceso e intercambio de información, de las nuevas formas de consumo de contenidos, de los nuevos modelos de interrelación social... Todo ello determina la imperiosa necesidad de que los agentes reflexionen sobre su rol en el nuevo tablero.

Sin embargo, más allá del inabarcable debate teórico, en muchas ocasiones tedioso por repetitivo, lo verdaderamente apasionante es la traducción del nuevo paradigma a la realidad, es decir, la experimentación de nuevos modelos de gestión de conocimiento, que sean regidos por un marco jurídico alternativo, y que al mismo sean modelos sostenibles y viables.

Dicho marco jurídico alternativo viene configurado al día de hoy por la aparición de diversos sistemas de licencias (*Creative Commons...*), si bien lo esencial no es tanto los nuevos sistemas en sí, sino la forma de implementación práctica de los mismos dentro de las diferentes organizaciones.

En este sentido, la Real Academia de la Lengua Vasca ha sido pionera en la aplicación de los nuevos sistemas de licencias *Creative Commons* a la gestión de las obras derivadas de su importante producción académica, de acuerdo a un proceso iniciado en 2007 y que continúa en la actualidad.

¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 21 de octubre de 2010 (C 467/08).

² La citada sentencia viene precisamente a ratificar de manera expresa la llamada compensación equitativa por copia privada, como no podría ser de otra manera dado que se establece en el artículo 5.2.b de la Directiva. Lo que sanciona la sentencia es «la aplicación indiscriminada del canon por copia privada, en particular en relación con equipos, aparatos y soportes de reproducción digital que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos a la realización de copias privadas».

2. Una organización generadora de conocimiento: la Real Academia de la Lengua Vasca

El idioma vasco, el euskera, es la única lengua no indoeuropea, juntamente con el finés, el húngaro y el maltés, de Europa Occidental³. Tras un periodo prolongado de declive, estuvo a punto de desaparecer, si bien actualmente asistimos a un proceso de lenta recuperación y, según datos oficiales⁴, en el periodo 2001-2006 se incrementó en 126.000 el número de vascoparlantes. Aún así, en 2009 el euskera fue mencionado en el libro rojo de la Unesco sobre lenguas en peligro como un lenguaje vulnerable⁵.

La preocupación por la protección del euskera vine de siglos atrás. Ya en mitad del siglo XIX eran muchas las voces autorizadas que señalaban el euskera como un alto valor cultural que debía ser amparado y promovido. Esta corriente se vio reforzada por las numerosas investigaciones científicas que sobre el euskera desarrollaron personalidades de renombre internacional como Bonaparte, Van Eys, Schuchardt, Dodgson, Gavel, etc.

En este contexto, la Real Academia de la Lengua Vasca, Euskaltzaindia, se constituyó legalmente en octubre de 1919 con el objetivo de fomentar el estudio y promover la unificación literaria del euskera, así como su normalización. El artículo 1 de sus primeros Estatutos establecía que «El fin de la Academia es velar por el idioma vasco, atendiendo intensamente a su cultivo, tanto en el orden filológico como en el social». Actualmente es el organismo encargado del desarrollo normativo del euskera.

La Academia diseña sus tareas sobre planes de trabajo anuales y plurianuales bajo una dirección institucional y técnica, desarrollada por los académicos de número, y por personalidades cualificadas de la especialidad respectiva.

Dentro de sus objetivos las principales Comisiones de Trabajo de la Academia son las de Lexicografía, Gramática, Dialectología, Onomástica, Exonomástica, Literatura, Corpus... En estos últimos años, y para incrementar su presencia en el mundo de la investigación y normativización en euskera, la Academia ha impulsado, además de las Comisiones de Trabajo, la figura de los Programas específicos de investigación, que abarcan las diferentes ramas de su actuación.

El resultado del trabajo científico de dichos Programas y Comisiones Académicas es una vasta producción de conocimiento materializada

³ Wikipedia: <http://es.wikipedia.org/wiki/Euskera>

⁴ EUSTAT (2006).

⁵ UNESCO Atlas of the World's Languages in Danger: <http://www.unesco.org/culiure/languages-atlos/>

en obras de referencia fundamental como el Diccionario General Vasco (*Orotariko Euskal Hiztegia*), el Diccionario Unificado (*Hiztegi Batua*), el Diccionario normativo euskera-euskera, la Gramática (*Euskal Gramatika*), el Atlas dialectal del euskera (*Euskeraren Herri Hizkeren Atlas*), el Observatorio del Léxico, el Corpus Onomástico de la lengua vasca, el Corpus de Literatura Oral, entre otras muchas.

Igualmente, la Academia ostenta capacidad normativa de carácter oficial. Dicho trabajo se concreta en la producción de normas académicas publicadas en la norma *Arauk*.

3. Las licencias *Creative Commons*. Precisiones terminológicas

El modelo tradicional de propiedad intelectual (lo llamaremos modelo *copyright*), es un modelo de derechos exclusivos, en virtud del cual por el hecho de la creación se otorga al autor o autora una serie de derechos exclusivos sobre la obra que le facultan a prohibir a terceros cualquier tipo de explotación no autorizada. Podríamos calificarlo como el sistema de «todos los derechos reservados».

En los modelos de licencias abiertas (como las licencias *Creative Commons*...), a partir de la misma atribución originaria de derechos exclusivos, el autor autoriza el uso y, en algunos casos, la transformación de su obra bajo determinadas condiciones. Es decir, como alternativa al sistema de «todos los derechos reservados» surge el sistema de «algunos derechos reservados».

En cualquier caso, resulta significativo resaltar que tanto el sistema tradicional de *copyright* o los sistemas de licencias abiertas como *Creative Commons* parten del mismo fundamento legal, es decir, del reconocimiento al autor de un derecho de propiedad intelectual exclusivo sobre su creación.

En este sentido, Lawrence Lessig uno de los inspiradores del Proyecto *Creative Commons* defiende que este proyecto no va contra la propiedad intelectual, sino contra la rigidez del sistema tradicional de propiedad intelectual, planteando una apertura de dicho ámbito de exclusiva, buscando redefinir la dicotomía cerrado/abierto, y repensando un nuevo equilibrio entre autores y personas usuarias.

Partiendo de esta precisión, las licencias *Creative Commons* entran dentro de lo que llamamos licencias públicas (*public licences*), en virtud de las cuales el autor otorga una autorización general para la explotación de su obra en las condiciones contenidas en la licencia, de tal manera que el usuario licenciatarario cuando utiliza una obra bajo una licencia de este tipo lo hace respetando las condiciones de la licencia.

Se crea una relación sinalagmática entre autor y los usuarios, de forma que el sinalagma resulta configurado por el contenido de derechos y obligaciones recíprocas que se establecen entre las partes.

En el caso de *Creative Commons* resulta posible la configuración de distintas licencias en función de las *condiciones* que fije el autor para la utilización de su obra:

- a) Puede autorizar la reproducción, comunicación pública, distribución, puesta a disposición al público y transformación de la obra para cualquier finalidad, en todas las modalidades, gratuitamente y para máximo plazo de duración de los derechos bajo una única condición, el reconocimiento de su autoría.
- b) Puede excluir la modificación y la realización de obras derivadas. El usuario debe explotar la obra tal cual.
- c) Puede excluir los usos comerciales de la obra.
- d) Puede autorizar la modificación y la creación de obras derivadas, a condición que la obra derivada quede sujeta a la misma licencia (compartir igual).

4. El proceso de implementación de licencias *Creative Commons* en la Real Academia de la Lengua Vasca

Las licencias públicas como *Creative Commons* se han convertido en una opción cada vez más consolidada en distintas organizaciones, de manera que vemos como lentamente pero de manera progresiva son cada vez más las entidades que van incorporando estas licencias como herramienta para gestionar el conocimiento resultante de su actividad.

Sin embargo, resulta de gran importancia que la opción por las licencias públicas responda a un «proceso de maduración» suficientemente reflexivo que tenga en cuenta la propia naturaleza de la organización y la incidencia que esta decisión tendrá en sus procesos internos de producción de conocimiento.

4.1. *La necesidad de una reflexión estratégica*

En primer lugar debemos analizar el por qué y el para qué queremos utilizar las licencias *Creative Commons* en nuestra organización. Es decir, debemos determinar las razones por las que vemos oportuno integrar un sistema de licencias *Creative Commons*, partiendo de que este tipo de licencias se pueden adaptar y ser interesantes para unas organizaciones y no para otras.

A tal efecto es muy importante conocer muy bien la organización y, muy particularmente, su objeto, sus fines y sobre todo su misión.

En el caso de la Real Academia de la Lengua Vasca, tal y como se ha señalado, nos encontramos con una organización muy activa en el ámbito del conocimiento y en la generación de obras de carácter académico en sus diferentes facetas: gramática, lexicografía, onomástica, toponimia...

En segundo lugar, resulta relevante el carácter de función pública que desarrolla la Academia y es ahí donde se genera una reflexión respecto a la puesta en valor de dicho caudal de conocimiento. La alternativa por un sistema de licencias abiertas como herramienta de gestión se plantea para la organización «no como una opción sino como una obligación».

En ese punto resulta interesante tomar como referencia el marco estatutario de la organización. En el caso de la Real Academia de la Lengua Vasca tiene un peso fundamental tanto la difusión pública del conocimiento generado a través del trabajo de las Comisiones Académicas como la necesidad de establecer redes con la comunidad científica e investigadora del mundo del euskera y posibilitar que dicha comunidad científica cuente con dicho acervo intelectual para avanzar en sus propias investigaciones y coadyuvar al avance del estudio de nuestra lengua.

Al mismo tiempo, la Academia ha tenido muy clara la necesidad de no ser espectadora pasiva sino agente activo en el nuevo entorno tecnológico, persiguiendo que la Academia y, sobre todo, el euskera estén presentes activamente en dicho entorno, tratando de aprovechar las oportunidades que nos brinda la sociedad de la información y el conocimiento, y la enorme potencialidad que una herramienta como Internet representa para una comunidad lingüística formada por escasamente un millón de personas en una sociedad global de 6.000 millones de habitantes.

De acuerdo a dichas premisas básicas, dicho proceso de reflexión nos llevó a la conclusión de que en muchos casos el modelo de gestión mediante licencias *Creative Commons* se adaptaba mucho mejor que el sistema tradicional de *copyright* en relación a la consecución de los objetivos anteriormente enunciados (potenciar la difusión del conocimiento, el establecimiento de redes con la comunidad investigadora, la presencia y el papel activo del euskera en Internet).

4.2. *La necesidad de una auditoría legal*

Un sistema de licencias públicas como *Creative Commons* parte de un reconocimiento al autor de un derecho exclusivo sobre su creación.

De la misma manera que el titular de una cuenta, por ejemplo, en Flickr puede compartir a través de dicha cuenta únicamente las fotos o vi-

deos que él mismo haya creado, igualmente sólo el autor de una obra podrá sujetarla a una licencia *Creative Commons*, nunca un tercero.

Si bien puede parecer obvio, no son pocos los casos en los que se asigna una licencia *Creative Commons* indiscriminadamente a todo el repositorio de una organización, confundiendo obras propias con obras ajenas sobre las que no se ostenta ningún derecho y sobre las que no se pueden conceder licencias de este tipo.

Al objeto de evitar los graves problemas de índole legal que pudieran derivarse de la disposición sobre obras cuyos derechos pudieran corresponder a terceros, resulta imprescindible realizar una «auditoría legal sobre el repositorio de la organización» que pasa por identificar y analizar una por una las obras que forman que queremos incluir en el repositorio *Creative Commons* que posteriormente pondremos a disposición de cualquier usuario en Internet.

En este sentido es muy importante conocer los procesos de creación dentro de la organización. En el caso de la Academia es fundamental el trabajo de las comisiones académicas, cuyo trabajo es la principal fuente de producción de obras académicas. Dicho trabajo y las aportaciones de los miembros de las Comisiones está perfectamente reglamentado y, en última instancia, se configura como obra colectiva creada bajo la iniciativa y bajo la coordinación de la Academia, que la edita y la divulga bajo su nombre.

En otras ocasiones el proceso de creación de la obra se ha realizado mediante colaboraciones con terceros, o se han incluido obras ajenas preexistentes.... Por ello, es fundamental la labor de auditoría legal que permita identificar «qué obras podemos licenciar o no bajo una licencia *Creative Commons*» evitando riesgos jurídicos innecesarios.

4.3. *La elección de la licencia Creative Commons más adecuada*

Una vez hemos verificado que podemos disponer de nuestras obras debemos optar por alguna de las licencias existentes. A tal efecto debemos definir las condiciones de uso que deseamos en relación a la circulación de nuestras obras:



Atribución: Permite a otras personas copiar, distribuir, mostrar y reproducir tu obra así como las obras derivadas que estén basadas en ella, únicamente si reconocen expresamente tu autoría.



No comercial: Autorizas a otras personas a copiar, distribuir, mostrar y reproducir tu obra y las obras derivadas que estén basadas en ella, únicamente con fines no comerciales.



Obras *no derivadas:* Significa que permites a otras personas copiar, distribuir, mostrar y reproducir únicamente copias exactas de tu obra, y no obras derivadas que estén basadas en ella.



Compartir bajo la misma licencia: Autorizas a otras personas a distribuir obras derivadas, únicamente con una licencia idéntica a la licencia que rige tu obra.

La combinación de dichas condiciones de uso da lugar a un total de seis licencias *Creative Commons*. Es fundamental elegir la licencia que mejor se adapta a la naturaleza de la organización y a los objetivos perseguidos. En el caso de la Real Academia de la Lengua Vasca, tras un análisis detallado, se entendió que la mejor opción era la «licencia de reconocimiento, no comercial, compartir igual»:



Se trata de una licencia calificada como *copyleft*, que permite la realización de obras derivadas por parte del usuario (por ejemplo, un investigador), siempre que la nueva obra derivada se sujete a esta misma licencia abierta, sin mayor límite que no concurra un fin comercial, y exista un reconocimiento de la autoría. Es una licencia muy abierta, que entendemos que es la que mejor se adapta a los objetivos y a la vocación pública de la organización.

4.4. *Concurrencia de regímenes*

Tal y como hemos expuesto previamente, es habitual que una organización que opte por *Creative Commons* como herramienta de gestión

no pueda poner toda su producción científica en un repositorio *Creative Commons* (por ejemplo, si existen terceros titulares de derechos...).

En el caso de la Real Academia de la Lengua Vasca, gran número de obras están bajo licencia general *Creative Commons*. Otras han quedado fuera del repositorio por diferentes razones, si bien se ha habilitado la opción de solicitar autorizaciones específicas para la consulta y utilización de estas obras con fines científicos, históricos o culturales.

De esta manera se demuestra como en la misma organización puede convivir perfectamente un repositorio *Creative Commons* y un repositorio de obras bajo el sistema tradicional de *copyright*.

5. Gestionando un repositorio *Creative Commons*

Las experiencias recopiladas en estos años nos han enseñado que la gestión del repositorio *Creative Commons* es tan importante o más que la propia puesta en marcha del sistema.

5.1. *Gestión continua*

En muchas ocasiones vemos organizaciones que, tras adoptar la decisión de poner su producción de conocimiento bajo una licencia *Creative Commons* y hacer referencia a ello en su página *web* institucional, no hace un seguimiento posterior, negando en algunos casos a no atender suficientemente la gestión del repositorio.

Sin embargo, en muchas ocasiones se trabaja sobre proyectos abiertos, en los que se dan procesos de producción continua que hacen imprescindible una monitorización permanente en materia de gestión de derechos. Piénsese a modo de ejemplo en:

- Contratos con nuevos colaboradores.
- Adquisición de derechos sobre obras ajenas.
- Apertura de nuevas líneas de investigación.
- Regulación de la actividad de nuevos equipos de investigación.

Todos estos nuevos elementos deberán resultar perfectamente integrados en el sistema de gestión de conocimiento construido, de tal manera que el encaje de los nuevos elementos no suponga una pérdida de coherencia jurídica del sistema en su conjunto.

5.2. *Responsabilidad frente a terceros*

La gestión de obras bajo licencias *Creative Commons* conlleva la puesta a disposición de obras a los usuarios con el otorgamiento de facultades de utilización sobre las mismas.

No obstante, el hecho de que la utilización material de la obra se realice por un usuario no exonera al licenciante de una eventual responsabilidad frente a terceros en el caso que no estuviera facultado a otorgar dicha licencia (por ejemplo, licencia de material de terceros).

Pensemos en una organización que publica bajo licencia *Creative Commons* una obra que incorpora elementos (por ejemplo, ilustraciones) cuya propiedad corresponde a un tercero al que no se le ha solicitado la preceptiva autorización para otorgar la licencia.

En tal caso la responsabilidad frente a dicho tercero autor sería evidente para la organización que hubiere otorgado la licencia *Creative Commons*, independientemente que no haya percibido ningún tipo de contraprestación por otorgar dicha licencia pública. Por ello, tal y como se señalaba precedentemente, es muy importante determinar qué obras puedo licenciar y cuáles no para evitar cualquier riesgo jurídico derivado.

5.3. Defensa jurídica de la licencia

Una creencia errónea es la relativa a la inexistencia de protección jurídica para la organización que se acoja a las licencias *Creative Commons* en caso de vulneración de los términos contenidos en la licencia.

La concesión de licencias *Creative Commons* no es incondicional, por lo que la vulneración de los términos de la misma da lugar las acciones de protección reconocidas en la Ley y a la apertura en su caso de los correspondientes procedimientos judiciales.

En el caso de la Real Academia de la Lengua Vasca nuestra experiencia nos permite reseñar dos casos muy recientes de vulneración de los términos de nuestra licencia *Creative Commons* sobre dos obras académicas. Ambos eran casos muy similares en los que el usuario se apropiaba de las obras licenciadas haciéndolas pasar como suyas e infringiendo las correspondientes obligaciones en materia de reconocimiento de autoría.

En ambos casos la Academia decidió abrir sendos expedientes legales que llevaron finalmente a que los infractores rectificaran reconociendo públicamente la autoría de la Academia, una vez se realizaron las correspondientes gestiones extrajudiciales en las que se ordenaba el cumplimiento de los términos de la licencia.

En caso contrario, se habría acudido a los Tribunales de Justicia reclamando el estricto cumplimiento de las condiciones de uso bajo las que se concede la licencia *Creative Commons*. Y pese a que en Derecho no existe la certeza, hubiese resultado muy probable la declaración del órgano jurisdiccional respecto a la plena aplicabilidad de las licencias *Creative Commons*, dado que se trata de una institución perfectamente encajada dentro

del principio de la autonomía de la voluntad y de los principios generales del Derecho Civil. Por tanto, estas licencias ofrecen plena garantía jurídica y jurisdiccional.

6. Consideraciones finales

El Derecho debe adaptarse a la realidad social de cada momento y en el caso de la propiedad intelectual dicha adaptación deberá tener en consideración lo que jurídicamente podríamos definir como «el estado de la tecnología». Dicho «estado de la tecnología» resulta marcado en buena manera por grandes hitos tecnológicos como lo fueron en su día la aparición de la imprenta, la radio, la televisión, y ahora lo es Internet.

En un marco de derecho positivo «pre-Internet», y en tanto en cuanto este no realice el correspondiente ajuste o adaptación, resultan de gran valor todas aquellas nuevas formas de autocomposición de intereses en las que los operadores involucrados (creadores de contenidos, usuarios...) establecen normas de relación alternativas. En este contexto debemos encuadrar las licencias *Creative Commons*, como una fórmula más (no «LA Fórmula»), basada en los principios fundamentales de Libertad y Voluntariedad.

Por ello, resulta fundamental analizar si estas licencias se adaptan o no a la realidad de nuestro proyecto. Como se ha explicado, habrá organizaciones y ámbitos sectoriales en los que por sus características, las licencias *Creative Commons* no resulten adaptables, debiendo trabajarse con las formulas regulatorias existentes o experimentarse con otras nuevas.

En otras organizaciones estas licencias serán activos muy valiosos. Cuando en 2007 iniciamos esta apuesta basada en el Proyecto *Creative Commons*, del que muy poca gente en nuestro entorno había oído hablar, no podíamos siquiera pensar la repercusión y difusión que años después iba a tener.

Sin embargo, y pese a su inestimable valor, *Creative Commons* no es una solución definitiva, sino una herramienta más en un nuevo contexto en la que todos y todas estamos llamados a realizar nuestras aportaciones en pos de unas mejores condiciones para la producción del conocimiento, su gestión y su difusión universal.⁶

⁶ Mi agradecimiento a D. Andrés Urrutia, Presidente de Euskaltzaindia, y a su Junta Directiva por su apoyo e implicación total en todo el proceso de puesta en marcha en la Academia del modelo de gestión de conocimiento a través de licencias *Creative Commons*.

Parte II

Bibliotecas, instituciones e industrias culturales ante la propiedad intelectual

Contenidos digitales y propiedad intelectual

Nuevos retos para la industria editorial

*Andoni Sagarna**

Mi punto de vista

El tema que nos ocupa es suficientemente complejo como para que admita distintos enfoques, según la experiencia de cada cual. En mi caso, el punto de vista viene determinado por mi actividad profesional. Trabajo como responsable de I+D en el grupo Elkar, cuya actividad abarca toda la cadena de valor de la industria editorial: producción, distribución mayorista y librerías.

La clave de todo reside en la naturaleza misma de la digitalización

El experto en temas de comunicación Denis McQuail ha expresado acertadamente y de forma condensada cuál es la característica principal de la digitalización:

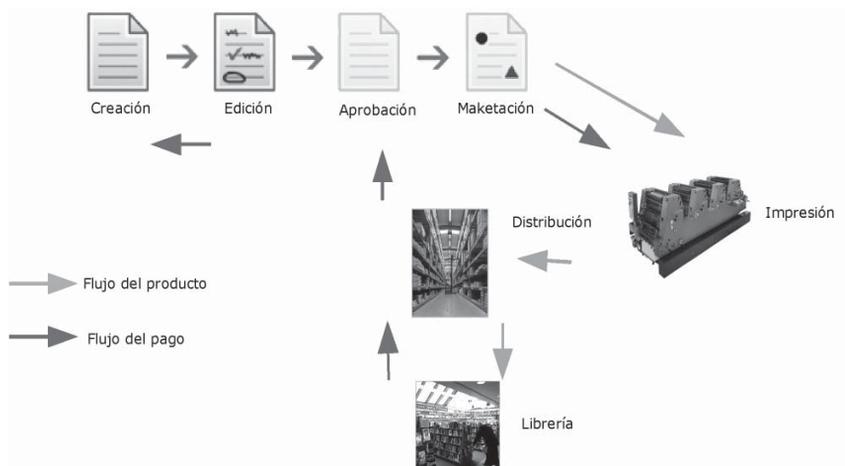
La digitalización permite transportar y combinar todo tipo de información en toda clase de formatos con la misma eficiencia.

De esta naturaleza se derivan tanto las ventajas como los retos que plantea la digitalización, y esos retos afectan al modelo de transmisión de contenidos que estaba establecido desde hace tiempo y al equilibrio de derechos de los distintos actores: autores, editoriales y usuarios. Además ha dado oportunidad a que intervengan nuevos actores, que entran en el juego de intereses: compañías tecnológicas y de telecomunicaciones.

* Director de Investigación de Euskaltzaindia, Real Academia de la Lengua Vasca.

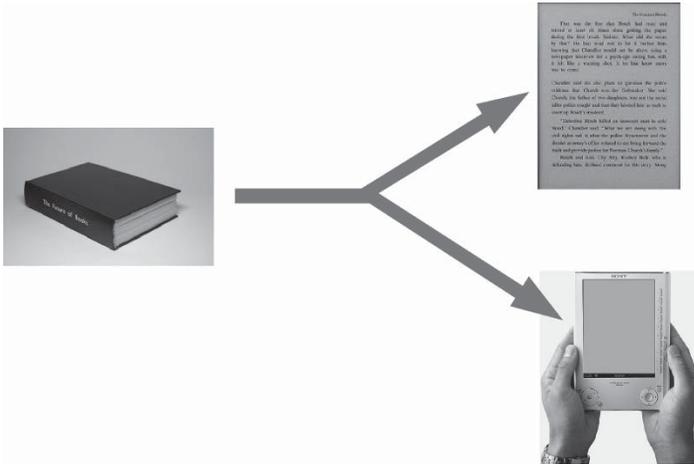
La separación de continente y contenido cambia el panorama

En el modelo clásico de distribución de contenidos impresos, éstos fluyen a través de un proceso lineal que comienza con la creación del original por parte del autor y continúa por la revisión y adaptación que realizan los editores; a continuación, se maquetan y se preparan para la impresión, se imprimen, se distribuyen y llegan a las librerías, donde el usuario final adquiere la obra impresa en papel, a través de una transacción comercial. A partir de ese momento la remuneración que corresponde a cada agente que ha participado en esa cadena de valor fluye en sentido inverso desde la librería a la distribuidora, de ésta a la editorial, la cual paga a la imprenta y liquida los derechos de autor. En la parte del proceso que sigue a la impresión, el contenido y el continente (el libro objeto) son inseparables, lo cual permite garantizar los derechos de los participantes de manera bastante sencilla: el usuario final no puede obtener fácilmente el producto más que comprándolo o mediante préstamo de otro usuario, en cuyo caso quien presta no puede hacer uso del contenido mientras lo tiene la otra persona, o de una biblioteca.



El modelo clásico de distribución de contenidos impresos.

Esta garantía comienza a resquebrajarse primeramente con la aparición de la fotocopiadora y más tarde con la aparición del escáner. Ahora ese fenómeno está alcanzando a la industria editorial.



La disociación de continente y de contenido hace cambiar el panorama.

La digitalización altera el modelo vigente de transmisión de contenidos, en cuanto a:

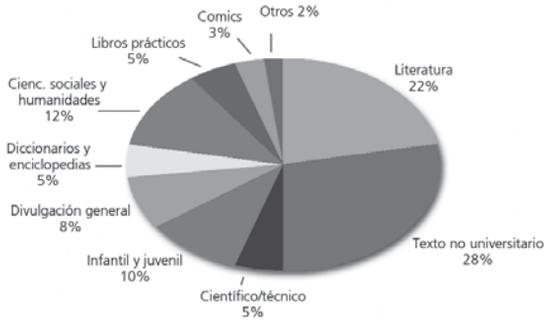
- Los procesos.
- La naturaleza de los contenidos.
- El modelo de negocio.
- Los agentes participantes.
- El equilibrio de derechos.

El modelo vigente de propiedad intelectual se muestra incapaz de responder a las situaciones venideras

En el momento en el que la obra deja de imprimirse y se distribuye en formato digital la cosa se complica mucho más, por diversas razones:

1. El contenido deja de ser prisionero del continente, con lo cual la posibilidad de ser copiado, violando los derechos de autor y los de copia, es total, salvo que se tomen medidas que no son inocuas para el usuario final. Si no se protegen los contenidos, éstos quedan a merced de la piratería; si se aplican sistemas DRM, el usuario final que paga por adquirir los contenidos ve limitados sus derechos: no se le garantiza que pueda disfrutar del uso de aquellos en el futuro, ni que pueda prestar o vender lo que ha adquirido. Si se usa lo que se denomina DRM social, es decir, marcas de agua que identi-

- fican a la persona que ha adquirido el contenido, queda en entredicho su derecho a la privacidad.
2. El producto en papel no casa al autor con el editor para toda la eternidad. Cuando el libro es descatalogado, porque las ventas no justifican su reimpresión, el autor queda libre para negociar la puesta en circulación de su obra con otra editorial. En cambio, en el caso de la distribución del contenido en formato digital, al desaparecer los costes de reproducción, el producto no necesita ser descatalogado y, por lo tanto, el contrato entre el autor y el editor debe contemplar la posibilidad de liberar al autor de su atadura con la editorial, porque, de lo contrario, ese vínculo se podría prolongar indefinidamente.
 3. En el caso de contenidos que no sean de ficción la cosa puede ser mucho más complicada. Salvo en el caso de contenidos absolutamente originales, el producto digital encuentra la competencia que le origina la superabundancia de contenidos gratuitos en Internet. De ahí surge la necesidad de ofrecer suficiente valor al usuario final, como para que a éste le merezca la pena pagar por la adquisición o el uso de los contenidos. Esto da lugar a los contenidos enriquecidos, ya sea con elementos multimedia, con actualizaciones de aquellos o con una gran flexibilidad para utilizarlos en distintos soportes, dependiendo de la situación en la que se produzca el uso.
- A este respecto, hay que darse cuenta de que estamos en una fase incipiente de la producción de contenidos digitales. Los lectores electrónicos que salieron antes del iPad, es decir, los Kindle, Nook y demás, basados en tinta electrónica, no son adecuados para los contenidos que no sean puro texto o, a lo sumo, ilustraciones en tonos de grises, aunque empiezan a llegar al mercado modelos en color. Quedan fuera los libros de arte, las enciclopedias, los atlas, los cuentos infantiles, las revistas ilustradas, muchos manuales técnicos, libros de medicina y otros. Todo ese conjunto de contenidos supone la mayor parte de las cifras del mercado. Todos ellos son contenidos susceptibles de ser enriquecidos y lo van a tener que ser, precisamente por esa necesidad de aportar valor añadido, para que los productos sean competitivos, sigan existiendo negocios sostenibles y, por ende, una eficaz difusión de la cultura.
- Es una falacia deducir que porque sea sencillo manipular contenidos digitales, cualquiera pueda producir y distribuir contenidos de calidad. El mero hecho de conseguir que el producto sea visible es un triunfo que no está al alcance de cualquiera. En el futuro las cosas no van a ser más sencillas ni los costes menores, sino más bien todo lo contrario.

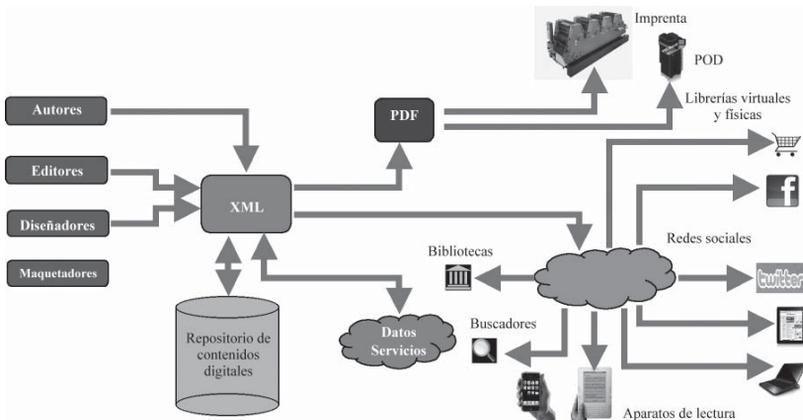


Distribución por materias de la cifra global de facturación por ventas en el mercado español.

4. La necesidad de ofrecer valor añadido va a dar lugar al desarrollo de una serie de tendencias que ya comienzan a dejarse notar:

- Nuevas formas de negocio. Por ejemplo, parte del contenido quizá sea gratuito, pero otra parte sea de pago; puede que el propio usuario seleccione las partes del contenido que le interese o que combine fragmentos de contenidos de varios autores.
- Ofrecer contenidos que puedan ser utilizados en cualquier lugar, en cualquier momento, en cualquier soporte.
- Contenidos que puedan ser compartidos de forma activa por comunidades de usuarios.

Estas tendencias obligan a que la cadena de valor deje de ser lineal y tenga más o menos una estructura como ésta:



Las nuevas cadenas de valor.

En la parte de la derecha de este esquema están los usuarios, que demandarán distintos modos de lectura, dependiendo del tipo de contenido (novela, libro de texto, guía de viaje, etc.), de la situación de lectura (sala de lectura, medio de transporte, aire libre, etc.), de la necesidad del momento y de otros factores. Unos leerán el contenido en un libro tradicional en papel, a todo color, de tapas duras, que ha sido impreso en una tirada de miles de ejemplares en una imprenta; otros lo leerán también en papel, pero impreso sobre pedido, en una versión barata en blanco y negro; otros necesitarán sólo partes de la obra, o no les hará falta adquirirla de forma permanente, sino que la alquilarán por un tiempo; algunos utilizarán aparatos de lectura dedicados, otros usarán teléfonos avanzados; y las compras podrán hacerse en una librería física o en una virtual.

Desde el punto de vista de la producción, el flujo de trabajo comenzará por una planificación de todas esas posibilidades desde el inicio, de modo que el producto tenga la máxima flexibilidad para adaptarse a todas esas necesidades de la demanda, sin tener que repetir el proceso para cada versión.

Los contenidos estarán almacenados en repositorios de objetos reutilizables, recombinables, entre los que habrá textos, contenidos multimedia y aplicaciones. Estos contenidos podrán enriquecerse con datos y servicios de otros agentes (agencias de información, servicios públicos, comercio electrónico, etc.) de forma dinámica.

Hoy en día ya hay quien habla de incluir publicidad junto a los contenidos. Esa publicidad sería interactiva e incluso adaptada a las preferencias del usuario y el anunciante pagaría al editor en función del éxito del anuncio. ¿Cómo influiría este pago variable en la remuneración de los derechos de autor y cómo se gestionaría?

Es decir, que parece que vamos a pasar de un sistema con contenidos bien delimitados y fijos, que se producen y distribuyen a lo largo de una cadena lineal, donde los derechos y obligaciones de los distintos agentes se establecen de manera inequívoca, sin mayores complicaciones, a un sistema con contenidos flexibles y cambiantes, que se producen y distribuyen a través de diversas cadenas de valor, donde los agentes pueden ser mucho más numerosos, pertenecientes en algunos casos a sectores no implicados en la cadena de valor clásica (compañías tecnológicas, empresa de publicidad, proveedores de otros servicios, etc.).

En la medida en la que todo esto se haga realidad, muchas cosas se tambalean. Por ejemplo: ¿Seguirán vigentes el ISBN y el Depósito Legal?

A día de hoy, yo no soy capaz de ver claramente cómo se van a gestionar las cuestiones relacionadas con la propiedad intelectual. Sólo sé que las cosas van a complicarse mucho en todos los aspectos: diseño, pro-

ducción, distribución, alianzas entre agentes, marketing, relación con los usuarios, etc., y, por supuesto, también en lo relacionado con la gestión de derechos. Me imagino una situación en la que tendrá que establecerse toda una red de contratos entre los distintos agentes.

Leer en digital en las nuevas bibliotecas del siglo XXI

*Glòria Pérez-Salmerón**

La BNE: una Biblioteca del siglo XXI con tres siglos de historia

Cuando uno contempla el majestuoso edificio en el que tiene su sede la Biblioteca Nacional de España, en el centro de Madrid piensa que el tiempo se ha detenido en sus muros. Imagina a los bibliotecarios colocando pausadamente los libros en sus estanterías, y en cómo debe ser su callado y tranquilo trabajo. Piensa en los manuscritos e incunables que alberga. Fantaseando, incluso, en convertirse en un investigador y traspasar su entrada. Sueña en poder tocarlos, olerlos y oír cómo suenan las hojas al pasar sus páginas. Seguramente también sabrá que la Biblioteca Nacional no es sólo esa figura histórica y vetusta, es algo más, mucho más, es una Biblioteca del siglo XXI que vive y trabaja en la era actual. La BNE sabe, se transforma y se adapta a los nuevos tiempos y, sobre todo y ante todo, piensa en sus usuarios actuales y futuros. No en vano está liderando proyectos innovadores en los que se combina tecnología y usabilidad, preservación y difusión, y que están siendo objeto de interés de otras muchas bibliotecas nacionales del mundo.

Es verdad que esta imagen de hoy está precedida de una historia de trescientos años. La Biblioteca Nacional de España (BNE) fue fundada por Felipe V a finales de 1711, y abrió sus puertas como Real Biblioteca Pública en marzo de 1712. Tras más de un siglo, en 1836, la Biblioteca dejó de ser propiedad de la corona y pasó a depender del Ministerio de la Gobernación, momento en el que recibió por primera vez el nombre de Biblioteca Nacional.

* Directora de la Biblioteca Nacional de España.

El resultado de su importante pasado ha dado como fruto una magnífica colección de 30 millones de documentos de los cuales unos 2,5 son obras patrimoniales de singular valor, al ser muchos de ellos ejemplares únicos, raros y curiosos. Sus fondos contienen 30.000 manuscritos, 1.600 códices medievales, 3.100 incunables¹, 19.000 dibujos, 600.000 grabados, un millón de fotografías, 700 mapas manuscritos, 15.000 mapas grabados (s. XVI-XIX), 50.000 partituras impresas y manuscritas, 100.000 vídeos y más de 600.000 documentos sonoros.

La BNE de hoy es un centro puntero de transferencia de información y conocimiento. En su calidad de cabecera del Sistema Bibliotecario Español actualiza diariamente un catálogo que incluye, de forma precisa, las descripciones de todos los materiales que cada año se publican en las lenguas del Estado. Es también un centro de acceso al documento, ya que ofrece el servicio de consulta en sus salas de lectura y servicios de atención a los usuarios directos y a los remotos, utilizando herramientas de última generación. Está digitalizando sus materiales. Participa en proyectos europeos e internacionales. Interactúa activamente en las redes sociales. Ofrece la posibilidad de la reproducción de sus materiales. Mantiene el equilibrio entre el acceso y la conservación de los documentos.

Se trata de una Biblioteca viva, difusora de la cultura hispánica, labor que se incrementa con la exposición permanente de su Museo, en el que se muestran al público las reproducciones facsimilares de sus fondos.

Un nuevo modelo de gestión

La BNE no es ajena a la crisis económica actual y está aplicando el plan de contención de la Administración Pública con rigor. Esta situación la está viviendo como una oportunidad que obliga a invertir en la mejora de los procesos internos para lograr una gestión más eficiente. Nos proponemos innovar, desechar los procesos injustificados, implantar un sistema interno de gestión documental, ofrecer al equipo humano de la BNE espacios virtuales para el trabajo de grupos y comités, la dinamización de comunidades de práctica mediante herramientas *groupware* y 2.0, la inclusión de nuevos perfiles profesionales, de formación multidisciplinar, la revisión conceptual de espacios y servicios, y la adecuación de sus infraestructuras. Estamos analizando lo que hacemos y cómo lo hacemos.

Nos apoyamos en la inteligencia colectiva de los profesionales de la Biblioteca con capacidad para gestionar recursos diversos en diferentes

¹ Libros impresos desde el nacimiento de la imprenta hasta el año 1500.

ámbitos tecnológicos, con interés por el trabajo en equipo, para compartir conocimiento y con voluntad para el aprendizaje continuo. También con motivación para la formación de usuarios en el correcto uso de la información, con la suficiencia de adaptación técnica y tecnológica, de potenciar el acceso y el uso de la información. Y, por último, un personal muy apto para identificar, conocer y evaluar las tecnologías emergentes.

En conclusión, implantar un modelo de gestión sostenible, basado en la mejora de los procesos, de los servicios y en la gestión del conocimiento.

La Biblioteca Digital

La BNE creó en el año 2008 una nueva biblioteca: la Biblioteca Digital Hispánica (BDH). Es un recurso en línea, que permite la consulta gratuita de decenas de miles de documentos. La BDH manifiesta la voluntad de la BNE no sólo de contar con un sitio único de consulta de los objetos digitales, sino también de desarrollar una política de digitalización sistemática de sus fondos. Este proyecto está recibiendo un gran impulso gracias al patrocinio de la compañía *Telefónica* durante un periodo de cinco años (2008-2012).

La digitalización sistemática de colecciones se debe considerar un proceso que afecta a casi todos los departamentos y áreas de la BNE. A día de hoy, las tareas implicadas, desde que se decide qué se va a digitalizar hasta que finalmente está accesible en el portal, se han incorporado de modo casi pleno en todas las rutinas de los diferentes servicios de la Biblioteca.

Este proceso, por tanto, hay que valorarlo no sólo por lo que mejora el servicio que la BNE ofrece a los usuarios, sino también por lo que ha supuesto de adaptación de la institución y de las personas que la componen. Ha sido necesario fijar los procedimientos de trabajo, establecer los criterios de selección, los controles de calidad, diseñar e implantar un nuevo interfaz de búsqueda, entre otros aspectos. Además de las dificultades propias de esta tarea, hay que tener en cuenta la evolución tecnológica que no se detiene y que exige permanente revisión y actualización de criterios y procesos.

La BNE cuenta desde hace tiempo con otro gran proyecto de digitalización sistemática de prensa antigua coordinado desde el Departamento de Prensa y Revistas. Este proyecto, la Hemeroteca Digital, ha logrado la digitalización de millones de páginas de gran valor histórico y muy apreciadas por los usuarios. Ofrece desde enero de 2011 la posibilidad de consultar desde su interfaz las publicaciones digitalizadas en el marco de este

proyecto, concluyendo así el propósito inicial de presentar en un único punto de consulta todos los documentos digitalizados de la BNE.

En el proceso de creación de la BDH ha sido necesario ir creando protocolos y estableciendo criterios que, en ocasiones, han evolucionado en función de las necesidades o de las posibilidades que iban apareciendo.

La selección de colecciones se planteó desde el comienzo teniendo presente un criterio temático que permitiera organizar los documentos de acuerdo a características comunes. Los diferentes tipos de fondos que se han ido incorporando han hecho que el propio concepto de colección haya evolucionado y, en cierto modo, se haya ampliado en función del aumento de documentos digitalizados y de la incorporación de nuevos materiales.

El proyecto de digitalización de la BNE se centra únicamente en los fondos de dominio público, es decir, aquellos que están libres de derechos de autor. Esto supone referirse a las obras conservadas en la BNE cuyo autor haya fallecido hace 70 u 80 años (dependiendo de su fecha de nacimiento) y, por supuesto, siempre que no se trate de ediciones nuevas también protegidas en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (Ley 23/2006, de 7 de julio), actualmente vigente en España.

Hay que señalar, sin embargo, un proyecto piloto que ha llevado a cabo la BNE en colaboración con la Federación de Gremios de Editores de España (FGEE) para ofrecer contenido sujeto a derechos de autor. Este proyecto, ENCLAVE, ha permitido incorporar cerca de 3.000 obras a la BDH. En el propio portal el usuario puede ojear alrededor del 20% de la obra y, en caso de interesarle, puede navegar hacia la página del distribuidor para comprarla.

Al margen de su pertenencia al dominio público hay otra serie de principios generales que guían la selección de documentos:

- La relevancia del contenido. Muchas de las colecciones se han seleccionado mediante un trabajo exhaustivo por parte del Servicio de Información Bibliográfica, con el fin de crear relaciones de documentos especialmente pertinentes para un determinado tema: ocio, viajes, ciencia, independencia hispanoamericana... En otras ocasiones esta unidad trata de ofrecer la producción completa de un autor.
- El interés del material. Desde las Salas de lectura de la BNE se han seleccionado colecciones de documentos cuyas características son interesantes en sí mismas: manuscritos, incunables, dibujos de arquitectura y grabado alemán, entre otros.
- Otro criterio general que se combina a la hora de seleccionar los documentos es el interés que puede tener para los usuarios. La aplicación de este criterio es posible gracias al conocimiento que los bibliotecarios de la BNE tienen de la colección y de los usuarios.

- El valor patrimonial es otro criterio que inspira la selección de documentos. Este persigue que las obras aceptadas tradicionalmente como obras maestras figuren en la BDH.
- Aspectos relativos a la preservación del documento físico que se digitaliza. Dado que un documento digitalizado sufrirá un menor número de consultas, la digitalización se convierte así en una técnica privilegiada de preservación.
- El seguimiento de unos criterios u otros puede suponer en ocasiones tomar decisiones diferentes. Éste es el caso, por ejemplo, de la elección de las ediciones que deben ser digitalizadas. En colecciones cuyo fin principal es tratar una materia se optó por seleccionar una única edición. Sin embargo, cuando se persigue recoger la producción íntegra de un autor, se digitalizan las sucesivas ediciones de una obra al entender que, en este caso, las variaciones pueden ser de interés para el especialista.
- En el caso del proyecto de digitalización de la prensa histórica, los criterios generales son los mismos aunque conviene añadir algunas precisiones. El objetivo es cubrir la evolución histórica de la prensa española, desde sus inicios hasta principios del siglo xx, respetando siempre las limitaciones que marca nuestra legislación en temas de propiedad intelectual. El criterio que ha guiado la composición de esta colección ha sido seleccionar periódicos y revistas representativos de su época, que reflejaran la riqueza temática de la edición hemerográfica hispana y de los que se conservaran colecciones completas. Quienes visiten la hemeroteca encontrarán prensa política, satírica, humorística, científica, religiosa, ilustrada, amena, deportiva, artística, literaria, etc.

Este conjunto de documentos representan la contribución de la BNE a Europeana, la Biblioteca Digital Europea. También está representado en Hispana, el recolector de objetos digitales del Ministerio de Cultura.

Modelo de financiación

La BDH se ha desarrollado según un modelo económico de colaboración entre el sector público y el privado que ha sido igualmente novedoso por su importancia. Este modelo se puede considerar en todos los sentidos plenamente beneficioso para la institución que ha recibido una significativa financiación por parte de *Telefónica*, manteniendo, sin embargo, toda la autonomía necesaria para organizar el proyecto, para crear su propia política de actuación y para establecer los criterios de calidad que son exi-

gibles a esta institución. Del mismo modo, la propiedad de las imágenes sigue siendo exclusivamente de la BNE.

La visión de futuro de la BNE

La BNE tiene muy claro su futuro. La reorganización que está llevando a cabo desde hace unos meses le garantizará su permanencia entre las grandes bibliotecas nacionales del mundo. Además de trabajar en ser un centro innovador en su modelo de gestión, está trabajando en un ambicioso plan de preservación que completa el ciclo iniciado por el plan de digitalización. Está estableciendo las pautas para dedicar una unidad a la investigación bibliotecaria que sea capaz de adelantarse a las demandas y necesidades informativas, en ofrecer servicios a medida de los investigadores, de los ciudadanos, de los internautas, de los «nacidos digitales». Todos pueden acceder a los fondos y servicios de la BNE.

Además la BNE, concedora de la evolución del mundo editorial, está construyendo un gran repositorio que recogerá, organizará, custodiará, preservará y facilitará el acceso a los contenidos de los libros, documentos y archivos digitales del patrimonio bibliográfico y documental de España.

En definitiva, de acuerdo con la realidad actual, la BNE está gestionando la coexistencia y complejidad del modelo de biblioteca que existe en la actualidad: una biblioteca híbrida, mitad física, mitad digital.

Los bibliotecarios nos estamos esforzando en aprender a gestionar la convivencia entre los distintos soportes y los servicios físicos y virtuales, y preparándonos para proponer una Biblioteca Nacional que sepa adaptarse sin ruptura a las realidades venideras.

La faceta virtual de la BNE va ganando terreno y dentro de una década habrá cambiado completamente el modelo de Biblioteca que conocemos. Además, siguiendo tanto la normativa europea de servicios², como la española³, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, estamos obligados a facilitar el acceso a la Biblioteca por el canal que el ciudadano escoja. Por este motivo, en un futuro muy cercano, la Biblioteca se llevará puesta, bien en el bolso o en el bolsillo; y se accederá a ella por cualquiera de los aparatos móviles que usamos para comunicarnos la mayor parte del tiempo.

Nuestra apuesta es muy clara: La BNE seguirá siendo atractiva por fuera y por dentro. Pasen y vean.

² La Directiva 2006/123/CE, conocida también como Directiva BOLKESTEIN.

³ Ley 11/2007.

La propiedad intelectual y los derechos de autor en bibliotecas y centros de información: revistas digitales y acceso abierto

*Julio Alonso Arévalo, Fernando Carbajo Cascón
y José Antonio Cordón García**

Parece un tópico recurrente y excesivamente manido empezar a hablar de cualquier tema que afecte a las bibliotecas y servicios de información poniendo de relieve que las nuevas tecnologías han tenido una incidencia fundamental sobre el trabajo profesional, la gestión y los servicios que se ofrecen en las bibliotecas. Pero cuando nos referimos a cuestiones de propiedad intelectual quizás lo atrevido sería no hacer mención a cómo las tecnologías han transformado la calidad y cantidad de los servicios ofrecidos, la disponibilidad de nuevos soportes y recursos, y la capacidad de trascender el ámbito de influencia de la propia biblioteca con el concepto de biblioteca digital. Los cambios operados en los últimos veinticinco años dan fe de ello, pues de una situación inicial muy próxima al concepto de primer bibliotecario de carácter tradicional, voluntarioso y vocacional, se ha pasado a una figura que, como adelantaba Ortega y Gasset en su excelente conferencia de inauguración del Congreso Internacional de Bibliotecarios celebrado en Madrid en 1935, y recogido en la obra *El Libro de las misiones*¹, es una necesidad social.

Las tecnologías han afectado a todos los sectores profesionales sin excepción, desde aquellos que trabajan manualmente a quienes lo hacen con el intelecto, pero sin menoscabo alguno se puede afirmar, sin temor

* Profesores de la Universidad de Salamanca.

¹ Ortega y Gasset, José, *El Libro de las misiones*, Buenos Aires, Espasa-Calpe, imp. 1940.

a equivocarse, que especialmente se han visto afectados los sectores que trabajan directamente con información². A lo que no es ajeno el factor regulador que afecta al desarrollo de estos nuevos recursos y servicios. Durante siglos y bastante más allá de la segunda mitad del siglo XX, el valor fundamental de la biblioteca y del bibliotecario fue su carácter conservador, es decir, la integridad y transmisión de la biblioteca concebida como colección de libros en el tiempo en el único y exclusivo formato disponible que era el papel. Allá por los años 60 se fueron incorporando a las bibliotecas de manera generalizada otros soportes audiovisuales como discos, películas y audiciones. La biblioteca, cuyo valor esencial era la conservación, deja paso a la *biblioteca técnica* allá por los años 80 del pasado siglo, siendo las bibliotecas los primeros servicios de toda la administración pública que empiezan a trabajar con normas internacionales de descripción (ISBD)³; la biblioteconomía técnica con una influencia marcadamente francófona como indica la procedencia del propio nombre instaurado y que aún está presente en muchos de los centros de enseñanza⁴, que en nuestro país quedó para referirse a la ciencia de la administración de las bibliotecas, dejó una profunda huella en la profesión que aún perdura en el ánimo de muchos profesionales, con un peso excesivo por la orientación a procesos en lugar de impulsar la vocación de servicio. En los años 90 se consagran aspectos relativos a la gestión y calidad de los servicios y las colecciones; estos años coinciden con la introducción en la biblioteca de los primeros ordenadores, las primeras bases de datos en CD-ROM y una orientación al valor del servicio sobre cuestiones técnicas. Hasta entonces la regulación de los usos en materia de legislación y propiedad intelectual es muy concreta ya que prácticamente se disponía de dos o tres clases de materiales: en los términos de la profesión se hablaba de «materiales librarios» y «materiales no librarios» para referirse a audiovisuales. El ámbito de difusión era relativamente próximo, ya que el concepto de usuario era únicamente presencial. Y, por otro lado, existía la posibilidad de copia analógica, siempre de una calidad relativa frente a lo que llegaría a ser el formato original. Con la inclusión en la biblioteca de los nuevos soportes informáticos aparece la posibilidad de hacer copias digitales idénticas, pues se trata de un sistema binario de clonación basado en cifrados de 0 y 1 produciéndose copias clónicas. Cuestiones pre-

² Alabau, Antonio, «Información, Sociedad de la Información y Telecomunicaciones», Conferencia inaugural de FESABID 98, Valencia, FESABID, 1998.

³ *Reglas de catalogación*, Madrid, Ministerio de Cultura, Dirección General del Libro y Bibliotecas, 1985.

⁴ Del francés *Bibliothéconomie*. Referida a la economía o administración de las bibliotecas.

ocupantes para los profesionales, pero que se han ido regulando por Ley de manera progresiva. Si bien la biblioteca, como entidad que ofrece un servicio prestando este tipo de materiales, no se puede ver afectada más allá del uso que hagan de los mismos los propios usuarios en el ámbito particular.

Pero, sin lugar a dudas, el fenómeno realmente revolucionario lo supuso la llegada de Internet. Hace 15 años del nacimiento de la *World Wide Web*, cuando en 1993 el mayor centro de Internet en Europa, el CERN (*European High-Energy Particle Physics Lab*) de la mano de Tim Berners Lee (en la actualidad es el director del *World Wide Web Consortium*), crea la *World Wide Web*, utilizando tres nuevos recursos: HTML (*Hypertext Markup Language*), HTTP (*Hypertext Transfer Protocol*) y un programa cliente, llamado *Web Browser*. Las bibliotecas fueron también pioneras en su uso ya que, debido a la aparición de la red, al concepto de *biblioteca electrónica*⁵, es decir, aquella que dispone de recursos en este formato, le sucede el de *biblioteca digital*, referida a un conjunto de materiales y servicios almacenados, procesados y accedidos mediante la utilización de herramientas y redes de comunicación. Ésta dará paso al concepto más avanzado de *biblioteca virtual* que sería aquella que existe organizada en un espacio informativo virtual desde el que se ofrecen recursos y servicios tal como si lo hiciera desde el espacio físico⁶.

La exposición de este breve recorrido por los últimos años de la biblioteca, con una aceleración cambiante y continua en un periodo que encuadra los últimos 15 años de la profesión, deja en entredicho muchos aspectos nuevos que en ocasiones van incluso por delante de la regulación legislativa, y ante los que en no pocas ocasiones se tiene que enfrentar el profesional de las bibliotecas y centros de información. Una cuestión fundamental que se ha de abordar es el desplazamiento del concepto de usuario, la capacidad de uso de cualquier biblioteca actual trasciende a las personas que habitualmente acuden a la misma, para plantearse nuevas posibilidades de uso y disfrute de recursos y servicios que se van a ver reflejadas en una amplia visibilidad y capacidad de llegar a muchas más personas, a nuevos planteamientos como son en los ámbitos docentes las posibilidades de la enseñanza virtual, o la globalización de la información, si pensamos que la potencialidad de cualquier información o documento que pongamos en red es *a priori* universal.

⁵ Una biblioteca electrónica estaría formada por objetos físicos que necesitan de medios electrónicos para el acceso a la información contenida en los mismos.

⁶ Tramullas, Jesús, «Propuestas de Concepto y definición de La biblioteca digital», en III Jornadas de Bibliotecas Digitales (JBIDI'02), El Escorial (Madrid), 18-19 de noviembre de 2002.

Las posibilidades que facilitan las tecnologías actuales han permitido el surgimiento de diferentes modalidades de puesta a disposición de la información a través de servicios en red. En este «maremagno» de información que es Internet los derechos de propiedad de los diferentes autores que concurren en la realización de una obra y de los titulares de derechos conexos o afines (productores de fonogramas, productores de grabaciones audiovisuales, intérpretes y ejecutantes, productores de bases de datos) quedan diluidos en un laberinto de hiperenlaces⁷.

Como premisa debemos precisar que los derechos de propiedad intelectual, reconocidos en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (en adelante TRLPI), se estiman en tres grandes apartados, identificados como facultades:

- Derechos morales
- Derechos patrimoniales de explotación o derechos exclusivos
- Derechos patrimoniales de mera remuneración

Derechos morales

Se trata de derechos irrenunciables e inalienables, por su carácter personalísimo, directamente vinculado con el derecho fundamental a la libertad de creación del art. 20.1 b) de la Constitución. En concreto los derechos morales otorgan al autor la facultad de (art. 14 TRLPI):

- Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma.
- Determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente.
- Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra.
- Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación.
- Modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural.
- Retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación. Si, posteriormente, el autor de-

⁷ Cordon García, José Antonio, «De la Enciclopedia al Hipertexto», en *Encontro Das Bibliotecas Do Ensino Superior*, (1.º, 2003, Lisboa).

cide reemprender la explotación de su obra deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular de los mismos y en condiciones razonablemente similares a las originarias.

- Acceder al ejemplar único o raro de la obra, cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda. Este derecho no permitirá exigir el desplazamiento de la obra y el acceso a la misma se llevará a efecto en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor, al que se indemnizará, en su caso, por los daños y perjuicios que se le irroguen.

Derechos de explotación

Es el derecho que tiene todo autor a la explotación de su obra en cualquier forma, en especial mediante su reproducción, distribución, comunicación pública y transformación y publicación en forma de colección, las cuales no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la Ley (arts. 17-22 TRLPI). Estos derechos otorgan un derecho de monopolio, exclusivo y excluyente, de modo que el autor goza de un derecho a prohibir (*ius prohibendi*) o autorizar a uno o varios terceros (cesión exclusiva y cesión no exclusiva) la explotación de su obra.

Derechos de mera remuneración

La Ley prevé determinados usos de la obra sin necesidad de contar con la autorización del autor, si bien, en algunos casos, establece remuneraciones equitativas para compensar los daños que ese tipo de usos pueden causar a la explotación normal de la obra y a los legítimos intereses del autor o de los cesionarios (licenciatarios) de derechos de explotación. Los usos autorizados pueden ser por razón de la aplicación de un límite (*ad ex.*, copia privada, préstamo público en bibliotecas y archivos) o por actos de comunicación pública secundaria en establecimientos abiertos al público (música en bares, restaurantes, etc.). La remuneración es fijada en ocasiones por la propia Ley o por un reglamento de desarrollo (cfr., art. 25 TRLPI para la compensación equitativa por copia privada; art. 37.2 TRLPI para la remuneración equitativa por préstamo público en bibliotecas y centros asimilados); en otras ocasiones, la remuneración será fijada por las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual, con el visto bueno del Ministerio de Cultura. Estos derechos son gestionados normalmente por entidades de gestión colectiva de derechos,

ante la dificultad de su recaudación individualizada (se habla así de gestión colectiva obligatoria).

En este capítulo vamos a abordar algunas cuestiones relativas al tema de propiedad intelectual especialmente aquellas que tienen más relación con nuevos productos y servicios clave en el desarrollo estratégico de las bibliotecas como son:

1. Formatos electrónicos.
2. Acceso a recursos en red: bases de datos y revistas electrónicas.
3. Acceso abierto a la información científica.
4. *Software* libre, *software* propietario y *freeware*.
4. El libro electrónico.
5. *La web 2.0*: las herramientas participativas.

1. Formatos electrónicos

La estructura de la relación entre el flujo de información y el público al que va dirigido el conocimiento se ha visto modificada a lo largo del tiempo en virtud de las diferentes técnicas y soportes utilizados en el proceso.

Durante los últimos años las innovaciones tecnológicas han transformado la manera en que se procesa, se guarda, se accede, se comparte y se analiza la información. Las tecnologías de la información han introducido cambios de importante alcance en este proceso estanco durante siglos. La invención de la imprenta supuso la necesidad de especialización, la creación de unas infraestructuras industriales y comerciales necesarias para la edición. El factor fundamental en este proceso ha sido el cambio de soporte, del formato tradicional impreso al digital. Este tipo de fenómenos están influyendo en la estructura general del sistema de comunicación científica, transformando las funciones y los papeles de los diferentes actores en el sistema de comunicación. Por esto, los modelos tradicionales de edición y comunicación están sujetos permanentemente a nuevos análisis en el contexto del panorama actual definido por las tecnologías de la información⁸.

Desde la perspectiva de los derechos de propiedad intelectual no existe como tal un concepto de publicación electrónica o digital. El concepto legal de publicación (art. 4 TRLPI) hace referencia a la puesta a disposición

⁸ Russell, Jane M., «La comunicación científica a comienzos del siglo XXI», en *Revista internacional de ciencias sociales* n.º 168 (2001), <http://www.campus-oei.org/salactsi/rusell.pdf> [Consultado el 4 de febrero de 2011].

del público mediante un número de ejemplares de la obra que satisfaga razonablemente sus necesidades estimadas de acuerdo con la naturaleza y finalidad de la misma. El concepto de ejemplar va ligado directamente a la difusión de una obra mediante ejemplares, en modalidades de venta, alquiler o préstamo. Por tanto el concepto legal de publicación sólo es válido para las publicaciones electrónicas en formatos tangibles (CD, DVD, CD-ROM), pero no para las publicaciones digitales en formatos intangibles (archivos o ficheros almacenados en la memoria interna de equipos electrónicos) que circulan por la Red. El Derecho debe adaptarse a las nuevas realidades modificando conceptos tradicionales. Por el momento, conviene advertir que jurídicamente no se produce una distribución en línea, en tanto en cuanto no existen ejemplares. La difusión en línea es una sucesión de actos de reproducción (digitalización, carga y descarga) y de comunicación pública en la modalidad de puesta a disposición o comunicación interactiva (punto a punto, a la carta o bajo demanda). Esto influye decisivamente en los contratos de cesión de derechos entre autores y editores, así como en los modelos de negocio o explotación en red de publicaciones digitales y, finalmente, en las actividades de bibliotecas y archivos.

2. Acceso a recursos en red: bases de datos y revistas electrónicas

Hasta los años 90 las revistas eran publicadas en formato impreso exclusivamente; a partir de entonces empiezan a aparecer las primeras publicaciones electrónicas, que únicamente vienen a ser contrapartes de la edición impresa. Al principio hay una cierta resistencia por parte de los bibliotecarios y de los investigadores; a estas iniciales reticencias pronto le sigue el convencimiento de las ventajas que supone el acceso inmediato independientemente de las coordenadas espacio-temporales, además de otras ventajas de valor añadido, tales como hiperenlaces, gráficos y posibilidad de búsqueda de una información determinada. La adaptación al entorno digital ha supuesto nuevos y diferentes planteamientos en la relación existente entre autores, proveedores, gestores de información y usuarios.

Durante siglos la relación entre editor y proveedor ha girado en torno a la existencia de un grupo editorial y/o distribuidor que publicaba un número de revistas determinado, al que se suscribía una biblioteca o un centro de investigación seleccionando cada revista de manera individual y a un precio unitario para todas las instituciones que la compraban; además, cuando se cancelaba la suscripción la biblioteca dejaba de recibir los nuevos números, pero conservaba la colección hasta la fecha que había pagado, ya que compraba el soporte. El nuevo modelo de oferta por

paquetes consiste en la adquisición de licencias de acceso⁹ a los recursos electrónicos de forma múltiple, de manera que el precio final de la licencia variará en función de diferentes cuestiones, tales como tipo de licencia (usuario, multiusuario, campus), niveles de acceso, número de usuarios potenciales y capacidad de negociación de la biblioteca. De manera que los precios de las licencias es necesario negociarlos para poder tener unas condiciones lo más óptimas posible para nuestros usuarios al menor precio posible. Cuando el suscriptor cancela el paquete contratado, en muchos casos deja de disponer de esa colección digital, ya que ha pagado suscripción por el acceso y no por la propiedad de la revista. En menor medida, otros editores proporcionan los CD-ROM de lo que fue contratado en la suscripción.

La gran ventaja del formato digital reside en la capacidad de facilitar el acceso múltiple; es decir, que varios investigadores pueden acceder a un mismo contenido, descargarlo en su ordenador o visualizarlo de manera simultánea, no condicionados por parámetros espacio-temporales. Aunque acceso multiusuario no significa acceso universal, ya que la propia distribuidora establece unas condiciones para salvaguardar la propiedad intelectual y su modelo de negocio. Normalmente, el acceso interno se realiza a través de un rango de direcciones IP asignadas a cada uno de los equipos de la institución de manera que cualquier investigador o estudiante puede hacerlo directamente desde los ordenadores registrado en la propia universidad ya se encuentre en los despachos, oficinas o bibliotecas; para aquellos usuarios que lo hacen desde su domicilio o por medio de una red *wi-fi* deberán identificarse para acceder a una intranet mediante un identificador y una contraseña a través de un servidor *proxy*.

Jurídicamente se produce una sustitución del tradicional modelo de distribución de ejemplares en la modalidad de venta hacia modelos de pago por uso. Se pasa de un proceso de comercialización de ejemplares o copias, a un modelo de comercialización de derechos de uso; de un modelo de propietario de copias pasamos a otro de usuario legítimo o autorizado. Realmente, el derecho de acceso y uso se articula —desde la perspectiva del Derecho de propiedad intelectual— como una licencia de usuario final consistente en la autorización para reproducir temporal (memoria RAM, para el mero acceso en modelos de *streaming*) o permanentemente (descarga en memoria interna) una copia digital de una obra. Esa autorización para uso puede ser estrictamente personal (licencia individual, personalizada o no personalizada) o colectiva (licencia multiusua-

⁹ No se paga por el soporte que es virtual, simplemente se paga por una licencia que nos permita acceder al recurso.

rio). El usuario legítimo o autorizado podrá hacer los usos permitidos en el contrato de licencia o aquellos que estén expresamente autorizados por la Ley sin necesidad de contar con la autorización del titular de derechos (límites o excepciones a los derechos exclusivos), aunque en caso de las obras que se ponen a disposición del público en Internet mediante contratos de licencia primarán los términos de la licencia (combinados con medidas tecnológicas de protección y sistemas de información para la gestión de derechos) sobre los límites legales (cfr., art. 161.5 TRLPI).

3. Acceso abierto a la información científica

En la actualidad, pocas de las premisas que funcionaban en la comunicación científica hace unos años permanecen como válidas, y el modelo de negocio que sirvió a la ciencia eficazmente en la época de las revistas impresas se ha convertido en un impedimento para su progreso. Los patrones de comunicación entre los científicos han cambiado sustancialmente, tanto como su estilo de trabajo, desde la publicación de la primera revista científica en el siglo XVII. Es el desarrollo tecnológico sin precedentes del siglo XX lo que ha alterado de manera radical ese modelo. La democratización de la información científica en oposición al uso restrictivo por motivos comerciales está ubicada en el centro del debate de las comunidades científicas; las revistas *Nature* y *Science* fueron el principal escenario de dicha controversia.

Los adelantos tecnológicos permiten pensar un sistema más abierto de acceso a la literatura científica, cuyos rasgos preponderantes son el autoalmacenamiento por parte de los autores en servidores de sus propias instituciones y el desarrollo de grandes bases de datos, en las cuales la interoperabilidad a través de estándares de metadatos y el uso de *softwares* comunes son sus características principales. La modalidad abierta de acceso a la información representa un cambio importante, tanto para los científicos de países en vías de desarrollo como para los desarrollados. El objetivo fundamental consiste en contribuir a incrementar el ciclo de generación de nuevos conocimientos al facilitar el acceso en línea a la información. Las telecomunicaciones, con Internet a la cabeza, han representado el salto que hace posible esta realidad.

Los proyectos de Acceso Abierto han sido impulsados en la mayoría de las instituciones por bibliotecas universitarias y científicas en colaboración con los propios gestores de las entidades y los investigadores, con el fin de preservar el legado científico de la entidad y dar mayor visibilidad a sus investigadores. La biblioteca es el organismo encargado de su planificación, política, mantenimiento y difusión, de manera que habitualmente

los profesionales que trabajan en el proyecto se enfrentan a cuestiones relativas a la propiedad intelectual de los documentos que se depositan.

Acceso abierto (*Open Access*) es el término utilizado para describir el libre acceso a la literatura científica en línea. La definición que habitualmente se utiliza para explicar qué es y en qué consiste el Acceso Abierto es la proporcionada en diciembre de 2001 en lo que se ha llamado «Declaración de Budapest sobre el Acceso Abierto» (BOAI)¹⁰ reunión organizada por el *Open Society Institute* del millonario filántropo Georges Soros, cuya finalidad era potenciar la libre disponibilidad de información científica en la red.

Por «acceso abierto» a esta literatura nosotros entendemos que es asequible de forma libre en el Internet público, permitiendo a cualquier usuario leer, descargar, copiar, distribuir, imprimir, buscar o enlazar los textos completos de estos artículos, permitiendo su indexación, transmisión de sus datos, sin barreras financieras, legales o técnicas otras que las inseparables de acceder a Internet. La única limitación a la reproducción y distribución, y el único papel del *copyright* en este asunto, es la dar a los autores el control sobre la integridad de su trabajo y el derecho a ser reconocido y citado.

Esencialmente por acceso abierto a la literatura científica se entiende: la libre y permanente disponibilidad en Internet, permitiendo a cualquier usuario su lectura, descarga, copia, impresión, distribución, comunicación o cualquier otro uso legal de la misma, sin ninguna barrera financiera, técnica o de cualquier tipo.

Otras cuestiones esenciales para entender que es acceso abierto son las siguientes:

- Las obras en Acceso Abierto son libremente accesibles para todos.
- Se refiere fundamentalmente a documentos que están en línea, es decir, digitales y accesibles a través de Internet.
- Se trata exclusivamente de obras científicas.
- Los artículos de revista son el principal documento objeto del movimiento.
- Los autores no perciben dinero por su esfuerzo.
- Hay un amplio rango de modalidades de uso para los documentos, pero esencialmente se garantiza la autoría y la integridad de la obra.
- Otra de las cuestiones fundamentales que plantea el movimiento para el acceso abierto es que los documentos deben estar depositados en un repositorio que permita la interoperatividad en base al

¹⁰ «Declaración de Budapest sobre el Acceso Abierto» (BOAI), <http://www.soros.org/openaccess/esp/index.shtml>

cumplimiento de una serie de protocolos —como OAI-PMH— para que proveedores de servicios y motores de búsqueda como OAIster, Google Scholar... puedan recolectar los metadatos de estos repositorios creando así bases de datos de ámbito mundial donde los productos de la investigación estén universalmente disponibles.

Se plantean dos estrategias complementarias para llegar al acceso abierto:

1. *Ruta dorada*: Publicar en revistas que permitan el acceso abierto¹¹.
2. *Ruta verde*: Depositar en repositorios¹².

Este sistema beneficia a toda la comunica científica. A los científicos en tanto que autores y lectores/usuarios de la literatura, a las instituciones que financian su investigación, a las empresas y otras compañías de investigación y al público en general que se beneficiaría materialmente en un contexto en el que toda la literatura científica sea del dominio público. Suprimiendo las barreras para el libre acceso y el uso de los trabajos de investigación se incrementa considerablemente su difusión y la posibilidad de que alguien se interese y lea lo que se ha escrito. Se ha comprobado que el incremento medio en el número de citas recibidas por artículos en libre acceso es del 45% en Filosofía, 51% en Ingeniería, o 91% en Matemáticas.

En estos últimos años han surgido diversas iniciativas que pueden constituir una alternativa válida a los sistemas convencionales de edición científica, introduciendo nuevas reglas que, en un futuro no muy lejano, fueren un cambio de comportamientos en los científicos y en los grandes grupos editoriales. Una de ellas es SPARC¹³, una alianza de universidades, bibliotecas de investigación y otras organizaciones construida como respuesta a las disfunciones del sistema de comunicación académica. Fue lanzada en junio de 1998 y su objetivo es posibilitar un acceso más amplio y económicamente conveniente a las revistas con arbitraje. Este objetivo está determinado por tres imperativos estratégicos:

- Desarrollo de alternativas competitivas a las revistas comerciales en curso. Un ejemplo concreto es la revista *Organic Letters* publicada por la *American Chemical Society*, cuyo costo es de 3.280 dólares, y que surge como alternativa a la prestigiosa *Tetrahedron Letters*, revista de Elsevier con un costo que asciende a 9.624 dólares.

¹¹ *Directory of open access journals*, <http://www.doaj.org/> [Consultado el 5 de febrero de 2011].

¹² *Registry of Open Access Repositories (ROAR)*, <http://roar.eprints.org/> [Consultado el 5 de febrero de 2011].

¹³ <http://www.arl.org/sparc/>

- Defensa pública de cambios fundamentales en el sistema y la cultura de la comunicación científica, que se manifiesta en el apoyo a la iniciativa de la Biblioteca Pública de la Ciencia y a los proyectos vinculados con archivos abiertos.
- Campañas de educación destinadas a fortalecer la conciencia sobre cuestiones de comunicación y a la vez apoyar los roles comunitarios, institucionales y académicos en el proceso de la comunicación científica y en su control.

Desde su inicio hasta la fecha, el proyecto ha capitalizado importantes avances:

- Demostrar a los autores que las nuevas revistas pueden competir con éxito y alcanzar rápidamente niveles de calidad, dado que el costo de algunas está, efectivamente, bajando.
- Crear un medio ambiente en el cual los editores y miembros del comité editorial jueguen un rol más activo en los aspectos económicos de sus revistas.
- Estimular la capacidad de publicación en las entidades sin fines de lucro e impulsar el ingreso de nuevos actores al mercado.
- Proveer ayuda y guía a los científicos y bibliotecarios interesados en crear un cambio.
- Trasladar la metodología y la experiencia adquirida a otros depositarios internacionales.

Otro ejemplo paradigmático en este movimiento es el representado por PLoS (*Public Library of Science*)¹⁴, una organización sin fines de lucro formada por un grupo de científicos, concentrada en facilitar el acceso electrónico a la literatura científico-médica a los investigadores y a la sociedad. Su polémico lanzamiento se realizó a mediados del año 2000, con la carta firmada por más de 29.000 científicos de 177 países y en cuyos postulados básicos se alienta el acceso libre al texto completo de los artículos publicados en Medicina y Ciencias de la Vida después de 6 meses de su fecha inicial de publicación. Si bien se reconoce que los editores de las publicaciones científicas tienen legítimo derecho a un beneficio justo por su papel en la comunicación académica, se afirma también que el archivo y registro permanente de la investigación y las ideas científicas deberían pertenecer al público y estar disponibles en forma gratuita en línea en una Biblioteca Pública Internacional.

Los científicos firmantes se comprometen a publicar, editar o arbitrar y a suscribirse personalmente a las revistas científicas que estén de

¹⁴ <http://www.plos.org/>

acuerdo en permitir la distribución libre e irrestricta a algunos o todos los informes originales de investigación que se hayan publicado a través de PubMed Central y/o recursos similares en línea, dentro de los 6 meses desde su fecha inicial de publicación. En diciembre de 2002, PLoS anunciaba que había recibido una donación de 9 millones de dólares de la Fundación Betty Moore para desarrollar una organización para la edición científica no lucrativa, controlada y gestionada por científicos, para beneficio de la ciencia y de la sociedad. En octubre de 2003 se lanzó el primer número de *PLoS Biology*, *on line* e impreso. Y el 19 octubre de 2004 el de *PLoS Medicine*, *on line* e impreso igualmente. En la actualidad el censo se ha ampliado a 6 revistas más.

El elenco de sitios que van abrazando el movimiento se amplía con el tiempo, conscientes de los beneficios que éste reporta para la comunidad científica.

Las consecuencias de este movimiento a favor del acceso abierto han sido que varios editores científicos han comenzado a dar pasos hacia el libre acceso. Los editores comienzan a percibir cambios en la conducta de los autores, sobre todo respecto a la titularidad del *copyright*. Se emprenden iniciativas por parte de los editores no comerciales en el sentido de que:

- Los contenidos deben de estar libremente disponibles desde el momento de la publicación.
- Los costes deben de ser pagados con las tasas de los autores.
- Los autores han de retener su *copyright*.

En junio de 2004 Elsevier redefinía su política con respecto a los *postprint* y depósitos institucionales: un autor puede enviar su versión del artículo final a sitios *web* individuales o institucionales. Cada destino debería incluir la cita del artículo y un enlace a la página principal de la revista. El autor no necesita el permiso de Elsevier para hacer eso. Cuando habla de «su versión» Elsevier se refiere a un archivo de texto, no a un *pdf* o un *html* transferido de *science direct*. Pero el autor puede actualizar la versión para reflejar cambios hechos durante los procesos de revisión y de edición. Elsevier continuará teniendo el archivo definitivo formalmente publicado.

Springer Verlag y Kluwer Academic Publisher también emprendieron un movimiento en este sentido con el anuncio de su programa de *Open Choice* que, como el anterior, da la posibilidad a los autores de publicar su artículo de una manera tradicional —disponible para abonados solamente— o pagar una tarifa —actualmente 3.000 dólares— para poner el artículo a disposición de todos en un sistema de acceso abierto. Es por lo tanto el autor y no el usuario el que asume el coste de garantizar la calidad

del producto en el proceso de publicación. El artículo puede ser leído y descargado desprovisto de todo tipo de gastos a través del servicio SpringerLink. Si un autor elige esta opción ha de pagar 3.000 dólares una vez que el artículo ha sido revisado y aceptado por el equipo editorial. El artículo es publicado tanto en papel como en formato electrónico. La elección de este modelo no implica salvaguarda alguna con respecto a los controles de calidad y revisión aplicados al resto de los artículos¹⁵.

Oxford University Press es otro jugador esencial para investigar las posibilidades del acceso abierto. Después de un periodo de experimentación de 18 meses con un híbrido de *Open Access* decidió poner su revista de *Investigación sobre Ácidos Nucleicos* en acceso abierto en enero 2005 (a una tasa de \$1500 por artículo). El experimento original pretendía transformar un número especial de *NAR* en acceso abierto, parcialmente financiado por los autores de los artículos y libremente disponibles a través de la red. El número fue publicado en enero de 2004 y contenía un total de 142 artículos que habían sido sometidos a revisión previa. El 90% de los autores aceptaron pagar los 300 dólares que se pedían para su colocación en acceso abierto. Las tarifas a los autores tuvieron un carácter parcial pues el coste real del procesamiento editorial de la publicación obligaba a incrementar considerablemente estas. De hecho, para enero de 2005 se han establecido unas tarifas de 1.500 dólares por artículo. En la actualidad ofrece las siguientes publicaciones en abierto: *Bioescience Horizons*, *Database*, *DNA Research*, *Genome Biology and Evolution*, *AoB Plants*, y *NAR*.

Como consecuencia de todo esto se han producido cambios importantes en la práctica de cesión de derechos al editor y una conciencia creciente entre los científicos sobre su libertad para la autopublicación y archivo. Por otra parte, ha contribuido al cambio en el sistema de edición científica tradicional modificando aspectos como la estrategia de precios o los costes en la producción de las revistas científicas. También ha ejercido una considerable influencia en el factor de impacto de las publicaciones o en los sistemas de *Peer Review*.

El movimiento para el Acceso Abierto ha desarrollado en muy poco tiempo un alto nivel de madurez en la renovación de los modelos de comunicación científica y el planteamiento de alternativas sostenibles a los modelos tradicionales. La idea de Acceso Abierto no está exenta de controversia y de división de opiniones. Ello conlleva profundas reflexiones en diversos ámbitos como son los relativos a la calidad, visibilidad e impacto de los resultados de la investigación, la gestión de los derechos de

¹⁵ Fig.13, SpringerOpenChoice, <http://www.springer.com/open+access/open+choice?SGWID=0-40359-0-0-0>

autor, la garantía de preservación digital y la viabilidad comercial. Los repositorios digitales y las revistas de Acceso Abierto constituyen una alternativa de creciente importancia para la comunicación pública de documentos científicos, que aprovechan las posibilidades que ofrece Internet para la difusión del conocimiento más allá de las restricciones marcadas por los intereses comerciales.

Una de las cuestiones fundamentales que debemos plantearnos es convencer y persuadir a los autores de los beneficios del acceso abierto; según algunos estudios estimativos sólo el 10% de los autores han llegado a depositar sus artículos en un repositorio. Entre las medidas que se han propuesto para paliar esta situación está establecer *mandatos de depósito*¹⁶ a los investigadores que son financiados con fondos públicos; la principal dificultad es que el mandato se percibe como una decisión autoritaria, contraria a los legítimos derechos de propiedad intelectual que el autor tiene sobre su obra por el simple hecho de la creación; pero a pesar de las dificultades que plantea es la medida más efectiva de asegurarse un rápido y completo repositorio en acceso abierto para cualquier institución. En paralelo a esta estrategia, se han sugerido otras más indirectas y no coercitivas, a través de incentivos: ayudas, becas... Aunque el mandato tiene un carácter legal que ya tienen establecido más de 260 instituciones de todo el mundo según datos de ROARMAP (*Registry of Open Access Repository Material Archiving Policies*)¹⁷.

Según algunos autores como Bailey¹⁸ no sería necesario efectuar cambios en la ley de derechos de autor para eliminar las barreras de acceso y garantizar el derecho de los autores. Aunque otros especialistas como Peter Suber¹⁹ no coinciden en esta cuestión planteando la necesidad de que el Movimiento de Acceso Abierto debería desarrollarse en tres fases:

- Eliminación de los «royalties» de producción científica.
- Reforma de la Ley de derechos de autor.
- Expansión al dominio público.

¹⁶ Sánchez Tarrag, Nancy, «Las políticas para el acceso abierto», en *Open Access Week*, 2008, <http://www.sld.cu/galerias/pdf/sitios/vigilancia/politicasesoabiertonancysanchez.pdf> [Consultado el 5 de febrero de 2011].

¹⁷ ROARMAP (*Registry of Open Access Repository Material Archiving Policies*), <http://www.eprints.org/openaccess/policysignup/> [Consultado el 5 de febrero de 2011].

¹⁸ Bailey, Charles W. Jr., «What Is Open Access?», en Jacobs, N., (ed.) *Open Access: Key Strategic, Technical and Economic Aspects*, Oxford, Chandos, 2006, cap. 2, <http://www.digitalscholarship.com/cwb/WhatIsOA.pdf> [Consultado el 4 de febrero de 2011].

¹⁹ Suber, Peter, «Una introducción al acceso abierto», en *Edición electrónica, bibliotecas virtuales y portales para las ciencias sociales en América Latina y El Caribe*, vol. 2006, pp. <http://bibliotecavirtual.claco.org.ar/ar/libros/secret/babini/Peter%20Suber.pdf> [Consultado el 4 de febrero de 2011].

Lo que se está discutiendo cuando se plantea la disyuntiva entre el acceso abierto a la información o el acceso «propietario» como hasta ahora, no deja de ser una discusión en torno a otra cuestión que es la relativa al origen, desarrollo y defensa de la propiedad privada y, por extensión, del derecho de los autores y distribuidores a ejercer control sobre sus obras.

En cuanto a los aspectos relativos a la propiedad intelectual cuando hablamos de repositorios hay que considerar una serie de cuestiones previas:

- El autor es quien deposita los documentos y es, en última instancia, el responsable de la vulneración de los derechos de autor así como el garante de la titularidad, originalidad e integridad del documento depositado.
- En el caso de artículos de revista, donde el autor no suele percibir unos derechos económicos por la explotación, a diferencia de lo que normalmente ocurre con las monografías, el aspecto fundamental es preservar los derechos morales de integridad y reconocimiento de su obra.
- La cuestión más discutible es la cesión de los derechos de reproducción y comunicación pública de la obra, por lo tanto un autor cuando deposita una obra, debe conocer qué derechos tiene cedidos ya sobre la misma. Carabajo²⁰ se pregunta si quien cedió en su momento los derechos de reproducción y distribución a una editorial para publicar (en entorno impreso) su obra, podría ahora cederla sin permiso de la primera editorial a un tercero para ser distribuida en línea o directamente colgarla él en Internet. La Jurisprudencia moderna ofrece una respuesta positiva a esta cuestión, en el entendimiento de que los derechos cedidos para una publicación impresa (reproducción impresa y distribución) son distintos de los derechos necesarios para realizar una explotación digital (reproducción digital y comunicación pública interactiva)²¹.

²⁰ Carabajo Cascón, Fernando, *Publicaciones electrónicas y propiedad intelectual*, Madrid, Colex, 2002, ISBN 84-7879-724-9.

²¹ En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo austríaco en su sentencia de 12 de agosto de 1998 (*caso Konrad Bayer*), en el que los derechohabientes del escritor Konrad Bayer habían autorizado la inclusión en un sitio *web* y consiguiente difusión o explotación en línea de algunas de las obras del escritor sin contar con la autorización de la editorial a la que habían cedido previamente la explotación de sus obras completas en el año 1984, considerando el Tribunal que en el contrato de edición primitivo no podía considerarse incluida —ni siquiera de forma implícita— la explotación en línea a través de redes telemáticas como Internet de las obras cedidas, por lo que los derechohabientes eran muy libres de realizar por sí mismo o autorizar a un tercero la explotación de sus obras mediante transmisiones en línea. En la misma línea falló tiempo después el Segundo Circuito de la Corte de Apelaciones de Es-

- También es discutible el que pueda ser depositado un documento con la maquetación o formato que le ha proporcionado la revista, ya que los derechos embebidos del diseño son de la propia revista, y no son del autor.
- En cuanto a los repositorios disciplinares la complejidad de la cuestión es mayor, ya que en muchos de los casos los servidores están en un país, los coordinadores en otro y quienes depositan pertenecen a distintos países con regulaciones diferentes sobre propiedad intelectual.
- Detrás de todas estas propuestas de acceso abierto existe también un aspecto ideológico subyacente que determina el concepto que una persona o entidad puede tener sobre qué debe contemplar el acceso a la información.

Detrás de toda la nueva problemática creada por el acceso abierto a la información están las restricciones establecidas con carácter general en la legislación sobre propiedad intelectual.

En primer lugar, pertenece en exclusiva al autor, por el simple hecho de la creación, el derecho a decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma (art. 14, 1.º TRLPI). Derecho moral irrenunciable e inalienable. En segundo lugar, simultáneamente con el acto de divulgación o posteriormente, una vez divulgada la obra, pertenece en exclusiva al autor, el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización salvo en los casos expresamente previstos en la propia Ley de Propiedad Intelectual (art. 17 TRLPI), refiriéndose a los límites y excep-

tados Unidos, en su sentencia de 8 de mayo de 2002 (*caso Random House c. Roseta Books*), en el que un autor cedió los derechos de explotación para la edición de su obra en formato analógico a un editor (Random House) y autorizó paralelamente a otro editor (Roseta Books) la edición electrónica de las mismas obras o prestaciones sobre la base de que los derechos de explotación *on line* no fueron objeto de cesión en el primer contrato.

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

ciones a los derechos exclusivos de explotación patrimonial (arts. 31-39 TRLPI). Entonces, más allá de los actos de utilización de obras permitidos por los límites legales a los derechos exclusivos de los titulares de derechos, será necesario en todo caso contar con la autorización de éstos para reproducir, distribuir, comunicación al público o transformar la obra. Autorización (licencia) que podrá ser exclusiva (art. 48 TRLPI) o no exclusiva (art. 50 TRLPI) y que quedará limitada al derecho o derechos cedidos, a las modalidades de explotación expresamente previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen en el contrato (art. 43.1 TRLPI), el cual, por cierto, deberá formalizarse por escrito (art. 45 TRLPI)²². La falta de mención del tiempo limita la cesión a cinco años; la del ámbito territorial al país en que se realice la cesión; y si no se especifican las modalidades de explotación de la obra (revista, libro, libro electrónico, difusión en línea), la cesión quedará limitada a aquella que se deduzca necesariamente del propio contrato y sea indispensable para cumplir la finalidad del mismo (art. 43 TRLPI)²³.

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, como el italiano y el francés, no se distingue entre divulgación y publicación. Sí se distingue en el ordenamiento alemán y también en el español, que configura la publicación como una modalidad de ejercer la divulgación de la obra, en concreto mediante la puesta a disposición de la obra del público a través de un número razonable de ejemplares o copias físicas de la obra. Así, en principio, en España el concepto de divulgación engloba el de publicación. Respecto a los *preprint* puede decirse que poner una obra a disposición del público en un sitio *web* supone una divulgación en la red, pero no es una publicación en su sentido jurídico. No obstante, el concepto jurídico de publicación debe ser reformado: primero para indicar que es posible la publicación de obras ya divulgadas por otra vía (por ejemplo, publicar una segunda edición de una obra, o publicar una obra divulgada mediante un recital de poesía o una representación teatral, etc.); y segundo para dar cabida a la publicación electrónica en línea, la cual —como antes se dijo— no se produce mediante ejemplares sino a través de comunicaciones interactivas o punto a punto, y bajo demanda del usuario.

²² Aunque la falta de formalización por escrito no significa que no exista contrato, ya que éste puede haberse celebrado verbalmente, ni que éste sea válido. Solamente, si previo requerimiento fehaciente, el cesionario de derechos incumpliere esta exigencia, el autor o sus derechohabientes (sucesores *mortis causa*) podrán resolver unilateralmente el contrato.

²³ Para determinar la finalidad del contrato habrá que estar a la actividad habitual del cesionario o licenciatario de derechos (editor de revistas, editor de libros, editor de revistas y libros en línea...).

El caso es que todo acto de dar a conocer una obra (acto de divulgación) o de explotación de la misma (sea de una obra que se divulga por primera vez o ya divulgada anteriormente) debe hacerse con el consentimiento del autor de la misma. En consecuencia, el archivo o almacenamiento y la difusión en abierto a través de repositorios, sitios *web* o cualquier aplicación en línea (ya se trate de una obra que se difunde por primera vez o que ya fue divulgada anteriormente por cualquier medio analógico o digital, fuera de línea o en línea) requiere en todo caso contar con el consentimiento del autor, pues así lo exige con carácter general la legislación sobre propiedad intelectual (arts. 2, 4, 14, 1.º y 17-22 TRLPI). Serán por tanto las Administraciones o entidades responsables de repositorios institucionales las que deban promover el acceso abierto mediante acuerdos singulares o colectivos con los investigadores.

En España el reconocimiento de los modelos de acceso abierto en la difusión de contenidos ha tenido lugar recientemente por medio de leyes importantes relativas a la propiedad intelectual y a la sociedad de la información. La Disposición Adicional tercera de la Ley 23/2006, de 7 de julio, de reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996, dispone que: «El Gobierno favorecerá la creación de espacios de utilidad pública y para todos, que contendrán obras que se hallen en dominio público en formato digital y aquellas otras que sean de titularidad pública susceptibles de ser incorporadas en dicho régimen, prestando particular atención a la diversidad cultural española. Estos espacios serán preferentemente de acceso gratuito y de libre acceso por sistemas telemáticos, mediante estándares de libre uso y universalmente disponibles. Asimismo, a estos espacios podrán incorporarse las obras cuyos autores así lo manifiesten expresamente». Se trata de un apoyo expreso a los estándares abiertos para el acceso y uso de información, asumiendo el Gobierno un compromiso de volcado a la red de las obras que estén en dominio público y de las obras que sean de titularidad pública, invitando además con carácter genérico y abierto a los creadores de todo tipo de obras para sumarse a esa iniciativa, aprovechando los puntos de acceso que sean implementados por la Administración si así lo desean.

En la misma línea, la Disposición Adicional decimosexta de la Ley 57/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, intitulada «*Contenidos digitales de titularidad pública para su puesta a disposición de la sociedad*», establece que: «Siempre que por su naturaleza no perjudique el normal funcionamiento de la Administración, ni afecte al interés público o al interés general, los contenidos digitales o digitalizados de que dispongan las Administraciones Públicas, cuyos derechos de propiedad intelectual le pertenezcan sin restricciones o sean de dominio público, serán puestos a disposición del público en los términos legalmente

establecidos, de forma telemática sin restricciones tecnológicas, para su uso consistente en el estudio, copia o redistribución, siempre que las obras utilizadas de acuerdo con lo anteriormente señalado citen al autor y se distribuyan en los mismos términos». Esta norma no hace sino abundar en lo ya previsto en la DA 3.^a de la Ley 23/2006, reforzando con ello el firme compromiso de la Administración con la digitalización y acceso abierto.

Finalmente, la Disposición Adicional decimoséptima de la misma Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, que lleva por título «Cesión de contenidos para su puesta a disposición de la sociedad», concreta y refuerza la invitación genérica formulada a los creadores en la DA 3.^a de la Ley 23/2006, disponiendo que: «Las personas físicas o jurídicas podrán ceder sus derechos de explotación sobre obras para que una copia digitalizada de las mismas pueda ser puesta a disposición del público de forma telemática, sin restricciones tecnológicas o metodológicas, y libres para ser usados con cualquier propósito, estudiados, copiados, modificados y redistribuidos, siempre que las obras derivadas se distribuyan en los mismos términos».

Con ello nuestro legislador está reconociendo la importancia del acceso abierto a los contenidos, asumiendo un compromiso para poner a disposición del público los contenidos de titularidad pública. Al mismo tiempo —y esto es sin duda lo más importante— está dando carta de naturaleza legal a los modelos de difusión de contenidos en régimen de acceso abierto mediante licencias públicas generales. Aunque, desde luego la técnica legislativa es defectuosa. Primero, porque se hace una declaración genérica en una disposición adicional de una Ley sumamente heterogénea como es la Ley 56/2007, en lugar de contemplar esa forma de cesión o licencia de derechos de propiedad intelectual en su sede natural, la Ley de Propiedad Intelectual de 1996, reconociendo a los autores la posibilidad de otorgar autorizaciones al público para acceder y usar sus contenidos en el capítulo relativo a la transmisión de derechos de autor (cfr., arts. 42 y ss. TRLPI). En segundo lugar, porque parece querer imponer la cláusula *copyleft* (compartir por igual), en lugar de dejar libertad a los creadores para que decidan libremente qué tipo de licencia pública general utilizan para poner sus contenidos a disposición del público en forma de acceso abierto²⁴.

²⁴ Aunque parece que la comentada DA 17.^a Ley 56/2007 debe relativizarse, en el sentido de que se trata de una declaración genérica del legislador reconociendo la licitud de este tipo de modelos alternativos de difusión de contenidos en forma de licencias públicas generales, sin que pueda prejuzgar o determinar obligatoriamente el contenido concreto de esas licencias, que podrá ser definido por cada creador de acuerdo con sus intereses: exigir la cláusula *copyleft* iría contra la esencia misma de la propiedad intelectual: la libertad de elegir que ese derecho atribuye al autor para decidir cómo difunde su obra.

En el ámbito de la Unión Europea, la Comunicación de la Comisión, de 14 de febrero de 2007, sobre acceso, distribución y conservación de información científica en la era digital, llama la atención sobre la necesidad de potenciar la investigación, la difusión de la ciencia y la competitividad en una economía basada en la ciencia y en la información, fomentando modelos de difusión de información de acceso abierto, incrementando el número de repositorios (en forma de autoarchivo del autor o de revistas científicas digitales) y los puntos de acceso, sobre todo por parte de las Universidades. En este sentido, la Comisión Europea considera que las prácticas habituales de cesiones de derechos de autor sobre obra científica a editores de revistas dificultan la utilización de contenidos en régimen de *Open Access*, sucediendo lo mismo con el volcado de material científico a bases de datos protegidas por el llamado derecho *sui generis* del fabricante (cfr., arts. 133 y ss. TRLPI 1996), por lo cual deben ponerse los medios para facilitar el acceso a estos materiales desde dentro de las Universidades y centros de investigación.

A medida que estas iniciativas vayan calando en la comunidad científica, será frecuente encontrar políticas universitarias e institucionales que supediten la financiación o la atribución de reconocimientos científicos a la publicación de los resultados de las investigaciones en repositorios de acceso abierto, facilitando herramientas de autoarchivo. Las editoriales científicas tradicionales tendrán que adaptarse progresivamente a esta realidad si no quieren desaparecer, y para ello podrán combinar modelos de explotación comercial con modelos de acceso abierto financiados bien por los propios autores que quieren publicar en esa revista (para lo cual deberá potenciarse la calidad de la misma y la revisión por pares), o bien indirectamente mediante publicidad. La idea de la iniciativa *open access* es que no sea el autor quien pague a la editorial que mantiene sitios de acceso abierto, sino que pague la institución o entidad a la que pertenece o que financia su investigación. Si el autor o la institución a que pertenece decide no pagar la publicación, tendrá que pagar el acceso a los materiales científicos; mientras que si paga las publicaciones tendrá acceso libre y gratuito a todos los contenidos de la revista.

Pero, en todo caso, será necesario contar con el consentimiento del autor para ingresar su obra en un repositorio institucional o en revistas de acceso abierto. Ello, claro está, sin perjuicio de futuras modificaciones legales que introduzcan regímenes especiales para las publicaciones científicas en general o, al menos, para aquellas que sean fruto de investigaciones doctorales o de proyectos de investigación financiados con dinero público.

En esta línea, el Proyecto de Ley de Ciencia, registrado en el Congreso de los Diputados en mayo de 2010, contiene varias disposiciones

sobre la propiedad intelectual de obras científicas y el acceso abierto. Así, el art. 13.1 c) establece con carácter general que el personal investigador que preste servicios en Universidades Públicas, en Organismos Públicos de Investigación de la Administración General del Estado o en Organismos de investigación de otras Administraciones Públicas tendrá el derecho a ser reconocido y amparado en la autoría o coautoría de los trabajos de carácter científico en los que participe. Al mismo tiempo, el art. 14.1 c) dispone que el personal investigador tiene el deber de difundir los resultados de sus investigaciones, en su caso, según lo indicado en la propia Ley de Ciencia. En este sentido, el art. 36 establece una serie de reglas sobre la difusión en acceso abierto de publicaciones científicas, disponiendo que los agentes del Sistema Español de Ciencia y Tecnología (las Administraciones Públicas y las entidades vinculadas o dependientes de éstas, así como entidades privadas cuando sufraguen costes de investigación científica y técnica o den soporte a estas actividades) impulsarán el desarrollo de repositorios, propios o compartidos, de acceso abierto a las publicaciones de su personal de investigación; señalando a continuación que el personal de investigación cuya actividad investigadora esté financiada íntegramente con fondos de los Presupuestos Generales del Estado hará una versión digital de la versión final de los contenidos que le hayan sido aceptados para su publicación en publicaciones de investigación seriadas o periódicas, tan pronto como resulte posible, pero no más tarde de doce meses después de la fecha oficial de publicación. La versión electrónica se hará pública en repositorios de acceso abierto reconocidos en el campo de conocimiento en el que se ha desarrollado la investigación, o en repositorios institucionales de acceso abierto y podrá ser empleada por las Administraciones Públicas en sus procesos de evaluación. El Ministerio de Ciencia y Tecnología facilitará el acceso centralizado a los repositorios y su conexión con iniciativas similares nacionales e internacionales. Y todo ello —concluye el art. 36 en su apartado 6— sin perjuicio de los acuerdos en virtud de los cuales se hayan podido atribuir o transferir a terceros los derechos sobre las publicaciones, y no será de aplicación cuando los derechos sobre los resultados de la actividad de investigación, desarrollo e innovación sean susceptibles de protección²⁵.

Podrá observarse, entonces, cómo se intenta conciliar la difusión en abierto de publicaciones científicas seriadas por medio de repositorios institucionales con una difusión comercial o bajo modelo propietario previo,

²⁵ Afirmación esta última ciertamente críptica, pues no queda claro a qué se está refiriendo el legislador. Si el resultado de la investigación es una obra científica su autor gozará del derecho exclusivo de autor por el simple hecho de la creación, sin necesidad de registro, siempre que esa obra sea original.

lo cual es de extraordinaria importancia, pues parece claro que una difusión inmediata en acceso abierto podría comprometer el aprovechamiento comercial de la misma, destruyendo así el sistema de revistas científicas comerciales.

Así pues, en tanto en cuanto no se produzcan modificaciones legales en el sentido indicado, parecen fuera de lugar reglamentaciones como el reciente Real Decreto 99/2011, de 28 de enero, por el que se regulan las enseñanzas oficiales de doctorado, cuyo art. 14.5 dispone que: «(U)na vez aprobada la tesis doctoral, la universidad se ocupará de su archivo en formato electrónico abierto en un repositorio institucional y remitirá, en formato electrónico, un ejemplar de la misma así como toda la información complementaria que fuera necesaria al Ministerio de Educación a los efectos oportunos», parecen atentar contra el derecho de exclusiva (*ius prohibendi*) reconocido con carácter general en la Ley de Propiedad Intelectual a todo autor por el simple hecho de la creación de una obra original plasmada en un soporte tangible o intangible, y que le atribuye el derecho a prohibir o autorizar la divulgación y explotación de su obra en una o varias modalidades o formas de difusión hacia el público²⁶.

Salvo que la Ley de Propiedad Intelectual u otra norma de igual rango legal (por ejemplo la futura Ley de Ciencia) dispongan un régimen específico, corresponde a todo autor (también al autor de una tesis doctoral) el derecho a decidir cómo difundir su obra entre el público, por lo que el archivo y puesta a disposición de una tesis en un repositorio institucional sólo puede hacerse con el consentimiento previo del autor, y no imponerse *manu militari* por Real Decreto, pues, por muy loable que sea el fin perseguido (favorecer la difusión y el libre acceso a la ciencia), no puede ir contra el derecho de propiedad reconocido con carácter general en la Ley de Propiedad Intelectual, y con carácter específico para los estudiantes universitarios en el Real Decreto 1791/2010, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto del Estudiante Universitario, cuyo art. 7.1 letra x) reconoce como derecho común de los estudiantes universitarios «el reconocimiento de la autoría de los trabajos elaborados durante sus estudios y la protección de la propiedad intelectual de los mismos», disponiendo además como derecho específico de los estudiantes de doctorado en el art. 10 letra f) el derecho «a contar con el reconocimiento y protec-

²⁶ Puede discutirse si el depósito administrativo de la tesis doctoral exigido por la reglamentación de doctorado y el acto de defensa de la tesis doctoral constituyen o no un acto de divulgación de la obra científica en la que consiste la tesis. Pero es claro, en todo caso, que el archivo y accesibilidad de la tesis en un repositorio institucional de la Universidad son actos de reproducción y comunicación pública interactiva que exigen contar con la previa autorización del autor en forma de licencia no exclusiva.

ción de la propiedad intelectual a partir de los resultados de la Tesis Doctoral y de los trabajos de investigación previos en los términos que se establecen en la legislación vigente sobre la materia». Legislación vigente que no es otra que la Ley de Propiedad Intelectual de 1996. De modo que el autor de una tesis doctoral o de cualquier otra obra científica archivada en un repositorio institucional sin su autorización podrá ordenar la inmediata retirada de la misma e incluso, en función de las circunstancias, una indemnización por daños y perjuicios.

En el caso de que el autor consienta en el archivo y puesta a disposición en un repositorio de una obra científica publicada anteriormente por un editor comercial (incluida la propia editorial de la Universidad, Centro de Investigación o Administración Pública), habrá que analizar en primer lugar si el autor cedió a éste, o no, los derechos de explotación digital (reproducción digital y comunicación pública interactiva, *ex arts.* 18 y 20.2i. TRLPI) y, en caso afirmativo, si la cesión de derechos se produjo con carácter exclusivo o no exclusivo (*arts.* 48 y 50 TRLPI). En todo caso, sí que parece claro que la versión digital almacenada en el repositorio no puede ser una mera copia digital de la versión editada por el editor comercial, salvo que se cuente con la autorización expresa de este último²⁷.

En caso de que no se hubieran cedido los derechos de explotación digital o se hubieran cedido con carácter no exclusivo, en principio el autor podrá autorizar el almacenamiento y puesta a disposición de una versión digital de su obra en el repositorio; aunque es cierto que, según las circunstancias, el acceso abierto desde repositorios puede poner en serio peligro la normal explotación de la obra por parte del editor comercial. Esta última afirmación parece clara en el caso de publicaciones monográficas (que tienen un mayor periodo de explotación en el mercado), siendo más discutible en las publicaciones periódicas, en las que el alcance o impacto de la publicación es mucho más limitado en el tiempo, primando la novedad, y su amortización se produce de manera casi inmediata por el pago de suscripciones de la revista o la publicidad anexa a las mismas. El plazo de hasta doce meses contemplado en el art. 36.2 del Proyecto de Ley de Ciencia parece razonable para facilitar la coexistencia entre modelos pro-

²⁷ Y es así aunque la Ley de Propiedad Intelectual española no reconoce un derecho autónomo a los editores sobre sus producciones editoriales (a diferencia de lo que ocurre con los fonogramas, grabaciones audiovisuales y emisiones de radio y televisión), salvo en los casos —casi excepcionales— del art. 129 TRLPI. La razón de que no se pueda admitir como lícita la digitalización de la versión comercial reside en cuestiones de lealtad de mercado, pues supondría un aprovechamiento del esfuerzo ajeno susceptible de perseguirse por la vía de la competencia desleal (art. 4.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal).

pietario y modelo de acceso abierto. Pero hasta que no se apruebe la Ley (que, por cierto, tiene un alcance limitado al restringirse a los resultados de actividades investigadoras financiadas con cargo al Presupuesto General del Estado) es preciso volver la vista hacia el art. 52 TRLPI, que se ocupa de la transmisión de derechos para publicaciones periódicas: «Salvo estipulación en contrario, los autores de obras reproducidas en publicaciones periódicas conservan su derecho a explotarlas en cualquier forma que no perjudique la normal de la publicación en la que se hayan insertado. El autor podrá disponer libremente de su obra, si ésta no se reprodujese en el plazo de un mes desde su envío o aceptación en las publicaciones diarias o en el de seis meses en las restantes, salvo pacto en contrario».

Según esta norma la cesión de derechos sobre obras publicadas en publicaciones periódicas tendrá carácter no exclusivo y, en consecuencia, los autores podrán explotarlas en cualquier otra forma. Cabe el pacto en contrario, acordándose una cesión en exclusiva que necesariamente deberá plasmarse por escrito. (Si no hay pacto escrito se presumirá, salvo que se pruebe por cualquier otro medio, que la cesión tiene derecho no exclusivo.) De no existir un pacto expreso que lo impida, se establece como principio general que el autor podrá explotar su obra en cualquier otra forma (lo que incluye la explotación o difusión en régimen de acceso abierto por medio de repositorios o cualquier sitio o plataforma en línea), siempre y cuando —y este es el factor decisivo— que no perjudique la explotación normal de la publicación en que se hubiera insertado previamente. Esta circunstancia tendrá que evaluarse caso por caso, en función de las circunstancias concretas como el medio en el que explota por segunda vez la obra, el tiempo transcurrido desde la primera publicación, el peso que la obra tiene sobre el conjunto de la publicación, la relevancia o reputación del autor, etc. En cualquier caso, parece bastante claro que almacenar y poner a disposición del público en un repositorio institucional un artículo científico publicado sólo muy poco tiempo antes en una revista comercial, puede perjudicar la explotación normal de esta última y los legítimos intereses de su editor; aunque —insistimos— el problema tendrá que evaluarse caso por caso.

A este respecto, según un estudio desarrollado por Josep Vives²⁸, son muy pocos los autores que conocen cuáles son los derechos que tienen sobre su obra. Y, por otro lado, respecto a la información que proporcionan las propias revistas sobre el asunto —en nuestro país a diferencia del entorno europeo y norteamericano— son muy poco concretas respecto al

²⁸ Vives i García, Josep, «Aspectos de propiedad intelectual en la creación y gestión de repositorios institucionales», en *El profesional de la información*, vol. 14, n.º 4 (2005), pp. 267-278, <http://ejournals.ebsco.com/Journal2.asp?JournalID=105302>

tema de propiedad intelectual, dejando apenas esbozadas de manera muy genérica las condiciones en que publica un autor. Dentro del propio movimiento de acceso abierto se han desarrollado herramientas de apoyo a los autores para que puedan conocer cuál es la política de una determinada revista respecto al depósito de un documento en acceso abierto. Así, en el ámbito internacional, el *Joint Information Systems Committee* (JISC) financió el proyecto RoMEO (*Rights METadata for Open Archiving*)²⁹ para investigar los aspectos legales que afectan al auto-archivo en la comunidad científica desarrollando una base de datos con los detalles de las políticas de auto-archivo de los editores consultables por editoriales y revistas. De manera que cualquier autor puede acudir a este recurso para saber cómo y en qué condiciones puede o no depositar un documento en un repositorio *Open Access* que ha publicado antes en una revista. En España existe un proyecto paralelo llamado Dulcinea³⁰ donde se puede igualmente consultar las condiciones que establecen los editores respecto al acceso abierto en nuestro país.

En definitiva, la apuesta —aún tibia— por el acceso abierto en las publicaciones científicas exigirá acuerdos con los autores y políticas activas —con rango de Ley— para favorecer el acceso abierto, al tiempo que se respeta el modelo propietario, manejando periodos de cadencia razonables que permitan una difusión comercial y la amortización de la inversión del editor antes de proceder al archivo y puesta a disposición en repositorios. Más allá de las obras financiadas con dinero público, el almacenamiento y puesta a disposición de obras nuevas o preexistentes en estos repositorios exige contar con el expreso consentimiento del autor y, en su caso, del editor que hubiera adquirido derechos de licencia de explotación digital, al menos durante el tiempo de cesión o licencia otorgado por el autor.

Bibliotecas y archivos deberán tener muy presentes estas circunstancias para no incurrir en posibles agresiones a los legítimos derechos de propiedad intelectual. Asimismo, las Administraciones o entidades públicas o privadas titulares de bibliotecas deberán desarrollar políticas proactivas para convencer a sus miembros de las bondades del acceso abierto, y la CRUE o el Ministerio de Educación deberían celebrar acuerdos globales con editoriales comerciales para pactar el archivo y puesta a disposición en repositorios de los artículos científicos publicados en sus revistas, una vez transcurrido un plazo razonable para amortizar su inversión.

²⁹ SHERPA/RoMEO, <http://www.sherpa.ac.uk/romeo/>

³⁰ Dulcinea, <http://www.accesoabierto.net/dulcinea/>

El libro electrónico: propiedad intelectual, derechos de autor y bibliotecas

*José Antonio Cordón García, Fernando Carbajo Cascón
y Julio Alonso Arévalo**

1. El sector del libro electrónico: modelos de negocio y derechos de autor

El sector del libro se define en términos económicos como un oligopolio por sectores: algunos grandes grupos controlan el mercado y muchos pequeños editores se sitúan en los márgenes. Estos márgenes ocupan su lugar dentro del sistema; constituyen laboratorios para el descubrimiento y lanzamiento de autores sin asumir el riesgo financiero inherente al lanzamiento y comercialización de un libro. Son los grandes grupos los que recuperan a los autores exitosos gracias a su potencial financiero y publicitario. Si un gran grupo publica un libro, éste deberá obtener los beneficios que rentabilicen la inversión realizada en él a escala industrial. Maximizar el beneficio exige una disminución de riesgos. Este oligopolio se caracteriza por una doble concentración: horizontal (desde el punto de vista de la producción) y vertical (de la producción a la comunicación pasando por la difusión). En un mercado oligopolístico la concurrencia pura no organiza el mercado, porque la búsqueda del control a medio y largo plazo del sector prima sobre la rentabilidad.

El mercado del libro está investido de un doble desequilibrio: el de una oferta cuantiosa, y a la vez inadaptada. En una economía de mercado todos los autores gozan de las mismas posibilidades de publicar, aunque sea la elección de los lectores la que resulte determinante, pues autores y editores comparten un mismo destino frente a la clientela del libro. Es difícil establecer todas las razones, injustas o fundadas, que reparten des-

* Profesores de la Universidad de Salamanca.

igualmente los millones de derechos entre los autores. El autor vive bajo un régimen de riesgo permanente. A diferencia del editor que puede intentar paliar las incertidumbres del mercado a través de elecciones múltiples, mediante el equilibrio entre sus diferentes departamentos, de sus colecciones, de la multiplicación de sus títulos, el autor (incluso los más prolíficos), se juega su porvenir sobre la suerte de algunos libros; el favor del público puede desaparecer tan súbitamente como aparece.

El debate sobre la retribución de los autores y su derecho a vivir de su trabajo en unas condiciones dignas no es nuevo. Ya en el siglo XIX Clarín¹, Pereda, etc., se quejaban permanentemente ante sus editores de la escasez de sus ingresos y de la cicatería con que eran tratados. Unsel² pone de manifiesto las reivindicaciones de Thomas Mann y otros autores por unas retribuciones dignas y, más recientemente, en España son paradigmáticas las intervenciones de Juan Benet o Javier Marías³. Pero en todos los casos el núcleo del debate se había centrado en el papel del editor como elemento regulador de los estipendios del autor, cuyos ingresos quedaban al arbitrio de unos porcentajes acordados mediante contrato y del funcionamiento de un mercado sujeto al principio de la incertidumbre, en el que la respuesta del público pertenecía más al terreno de lo esotérico que al de la lógica. De tal manera que autores desconocidos podían conseguir ventas millonarias por la intervención de algún elemento azaroso o sobrevenido, y autores consagrados vegetaban en el terreno de la inanidad, confinados en la generosidad del estado y de su red de bibliotecas públicas.

Aunque con notorio retraso respecto al sector musical y audiovisual, la digitalización viene adquiriendo en los últimos años una relevancia creciente en el sector editorial, aportando nuevas posibilidades creativas e industriales, una mayor calidad al proceso productivo y comercial, así como nuevas vías y fórmulas de explotación de los productos editoriales entre el público⁴. Pero la digitalización aporta también nuevas e importantes posi-

¹ Blanquat, J.; Botrel, J.F., *Clarín y sus editores*, Regnes, Université de Haute-Bretagne, 1981.

² Unsel, S., *El autor y su editor*, Madrid, Taurus, 2004.

³ «El resto de las personas deja en herencia lo que posee *sine die*, sin límite alguno de tiempo, para que lo vayan recibiendo no sólo sus hijos y nietos, sino todos sus descendientes, por lejanos que sean... Al escritor, al músico, al pintor, al cineasta, se les impone un plazo difícil de justificar... ¿Y ustedes creen que dedicaríamos tanto esfuerzo si nuestras obras pasaran a ser "del dominio público" inmediatamente, si nuestra propiedad intelectual dejara de existir de hecho al instante y no sacáramos un euro de nuestras invenciones? Yo, la verdad, no escribiría una línea. O, mejor dicho, no la publicaría y, como Salinger, guardaría mis textos en un cajón hasta la llegada de tiempos más respetuosos y menos saqueadores.» Javier Marías, «Tiempos saqueadores», *El País*, 6-1-2008.

⁴ Podríamos hablar aquí desde las simples librerías electrónicas en Internet, hasta las más modernas ediciones digitales difundidas exclusivamente a través de Internet, pasando

bilidades para la libertad de expresión que comprende la libertad de creación, ya que hoy día es posible crear, editar y difundir las obras a través de Internet, al margen de los cauces tradicionales controlados por la industria de la cultura. Asimismo, la cultura digital permite nuevas fórmulas de difusión de la información por parte de terceros intermediarios que, en muchos casos, no hacen una explotación real de contenidos ajenos, aunque según los casos es preciso valorar si ese tipo de actos puede perjudicar los intereses de autores y editores.

Vivimos en un momento de progresiva adaptación de la industria editorial y de los creadores propios de ese sector (escritores, periodistas, dibujantes, fotógrafos...) a las nuevas posibilidades técnicas y económicas. La tecnología digital favorece la expansión de la industria editorial, surgiendo paulatinamente editores plurimediatos que compatibilizan la explotación gráfica o impresa tradicional con la explotación electrónica fuera de línea y en línea, aprovechando además la Red como medio de publicidad y promoción⁵. Aunque, como se ha dicho ya, lo digital ofrece también grandes oportunidades para la autoedición de contenidos por los propios creadores, a través de páginas o sitios *web* personales de escritores, desde donde pueden llevar a cabo una explotación comercial autónoma en régimen de comercio electrónico (*copyright digital*, mediante fórmulas comerciales de pago por uso, impresión bajo demanda o cualquier otra), o bien una difusión de sus contenidos en régimen abierto y gratuito mediante modelos no comerciales (licencias públicas generales, *santo y seña* del movimiento *copyleft*; a través, fundamentalmente, de licencias *Creative Commons*).

Uno de los últimos retos a los que se enfrenta el negocio editorial es el lanzamiento de los libros electrónicos. El proceso de adaptación ha sido lento y difícil, ya sea por la tradición del libro (será difícil que desaparezca el papel), ya por los distintos tipos de obra que se plasman en formato libro, o ya por las deficiencias en la seguridad y por la falta de aceptación de los aparatos de lectura por parte de los consumidores. Sin embargo, los periódicos y revistas electrónicas se han consolidado en poco tiempo, advirtiéndose incluso un progresivo proceso de sustitución

por las iniciativas de impresión bajo demanda, los audiolibros o las producciones multimedia en formatos CD, CD-ROM o DVD o la comercialización —últimamente— de reproductores o lectores de libros electrónicos. *Vid.* una descripción de este panorama en Espín Alba, I., *Edición electrónica de libros y derecho de autor. Nuevas perspectivas en la relación entre autores y editores: apuntes para una reflexión*, Actas de Derecho Industrial, T. XXI, M. Pons, Santiago de Compostela, 2000, pp. 72 y ss., esp. 77-81.

⁵ Puede consultarse el estudio de Cavaliere A., *El libro impreso y el libro digital (Estudio sobre los modos de producción editorial en el cambio de milenio)*, Publicaciones Universidad de Alicante, 2005.

del soporte papel por el soporte electrónico⁶. Desde hace tiempo la industria de alta tecnología viene trabajando en equipos electrónicos que sirvan como soporte para el almacenamiento y lectura de ese tipo de productos y servicios, conocidos generalmente como *e-books hardware*, los cuales —tras muchos obstáculos— parece que empiezan a abrirse camino en el mercado gracias a la invención de la técnica conocida como «tinta electrónica» y la mayor comodidad que ofrecen los nuevos equipos de lectura, asimilables a un gran libro (soporte o continente digital) que contiene multitud de obras literarias y gráficas (contenidos digitalizados) a disposición del lector, añadiendo además la técnica del *hyperlinking* para facilitar el acceso a informaciones complementarias mediante el acceso a otros contenidos almacenados en el mismo equipo lector o incluso a contenidos externos alojados en *websites* mediante la conexión a Internet.

En la actualidad se maneja ya habitualmente desde una perspectiva cultural y económica aceptada por el conjunto de la Sociedad moderna, los conceptos de publicación electrónica y de edición digital para referirse tanto a los contenidos en ejemplares electrónicos como a los que se ponen a disposición del público mediante transmisiones en línea interactivas, sobre todo en lo que se refiere al mundo del libro (libro electrónico) y de las revistas, periódicos o publicaciones asimiladas (publicaciones periódicas electrónicas). Pero el concepto mismo de libro electrónico o *e-book* es ambiguo, pues se utiliza para hacer referencia indistintamente tanto a las obras literarias, científicas y gráficas en formato digital fuera de línea (almacenadas en ejemplares electrónicos como el CD-ROM, para su distribución entre el público) y en línea (almacenadas en archivos informáticos para ser puestas a disposición del público mediante la comunicación interactiva o comunicación bajo demanda en infopistas), como a los equipos electrónicos que sirven como lectores de copias digitales de esas obras almacenadas en su memoria interna.

Se trata en todo caso de un concepto alegal desde la perspectiva de la propiedad intelectual, pues en realidad el libro tradicional ha sido siempre el soporte (*corpus mechanicum*) de obras literarias, científicas y gráficas (*corpus mysticum*). Existe una tendencia a confundir la obra con su soporte. Basta con una simple lectura del art. 10.1 TRLPI, que primero declara objeto de la propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, conocido o por conocer, para incluir luego dentro de la protección, entre otros, los libros, folletos, impresos, epistolarios (cfr., art. 10.1 a. TRLPI). Esta tradicional identificación de la obra

⁶ Vid. Díaz Noci J., «La edición electrónica en Internet. Libros, revistas académicas y periódicos digitales», en *Euskonews & Media*, n.º 33, mayo de 1999.

con su soporte ha experimentado un vuelco radical con la aparición de los soportes digitales; sobre todo con los soportes intangibles (archivos informáticos almacenados en la memoria interna de equipos electrónicos conectados a una red), los cuales sirven para almacenar cualquier tipo de obra susceptible de digitalizarse, independientemente de su naturaleza literaria, artística o científica⁷. Quizás por eso se produce la confusión actual al hablar del libro electrónico indistintamente como soporte electrónico para la lectura y como obra literaria, gráfica o científica (es decir, como contenido) en formato digital, susceptible de almacenarse en ejemplares electrónicos, en aparatos lectores o en archivos informáticos alojados en la memoria interna de equipos electrónicos de todo tipo. En este sentido, no puede decirse que el *e-book hardware* sea, en rigor, el soporte de una obra literaria, gráfica o científica, sino que es más bien un equipo de reproducción o lectura multiobra o multicontenido, susceptible de almacenar una importante cantidad de contenidos digitalizados alojados en archivos informáticos que, además, se pueden sustituir en cualquier momento por el usuario. El soporte de la obra es, más bien, el ejemplar electrónico (soporte tangible) que se distribuye entre el público o el archivo o fichero informático (soporte intangible) que se pone a disposición del público en la Red para su lectura en línea y/o almacenamiento posterior en cualquier otro soporte o equipo de almacenamiento y recuperación (como puede ser un CD ó DVD, la memoria interna de un ordenador o un dispositivo lector *e-book hardware*) para su acceso y disfrute cuando lo desee el usuario.

Avala esta interpretación el nuevo concepto de libro previsto en el art. 2 a) de la Ley 10/2007, de la lectura, del libro y de las bibliotecas, que define el libro como una obra científica, literaria o de cualquier otra índole, que constituye una publicación unitaria o en uno o varios volúmenes y que puede aparecer impresa «o en cualquier otro soporte susceptible de lectura», entendiéndose incluidos en esa definición, «a los efectos de esta Ley»⁸, los libros electrónicos y los libros que se publiquen o se difundan

⁷ Señala Díaz Noci en este sentido, que cuando se cita «libro» se piensa en un objeto físico (primero una serie de páginas unidas entre sí por el lomo, y ahora el lector de *hardware*), otorgando demasiada importancia a la materialidad propia del soporte, sin darnos cuenta que lo verdaderamente relevante del libro es la obra intelectual, independientemente del tipo de soporte en el que esté plasmada, y de si este soporte es físico, es papel, o es virtual, compuesto de *bytes*. *Vid., La edición electrónica en Internet, op. cit., p. 2.*

⁸ Con esta expresión («a los efectos de esta Ley»), que se repite en varias ocasiones en la Ley 10/2007, parece que el legislador quiere evitar que el nuevo concepto amplio de libro influya en consideraciones ajenas a los objetivos estrictos de la nueva Ley del libro, de la lectura y de las bibliotecas, como podrían ser, por ejemplo, los conceptos y reglas de la legislación sobre propiedad intelectual o la valoración tributaria del libro electrónico (que actualmente tributa

por Internet o en otro soporte que pueda aparecer en el futuro...⁹. En la misma línea el diccionario de la Real Academia incorpora una nueva definición de «libro» en su segunda acepción, como aquella obra científica, literaria o de cualquier otra índole con extensión suficiente para formar volumen, que puede aparecer impresa «o en otro soporte».

El nuevo formato digital ha influido decisivamente en el modelo de negocio. Con la tecnología digital para usar hay que reproducir, siquiera sea temporalmente en memoria RAM. Eso ha llevado a la industria editorial a copiar los modelos de negocio de la industria del *software* y las bases de datos, sustituyendo la venta de ejemplares (en este caso ficheros con copias digitales de obras literarias y científicas) por un modelo de pago por uso que se resume en una autorización para reproducir la obra temporalmente (*streaming*) o permanentemente (*downloading*). Como se dijo antes, no se venden copias, sino que se comercializan derechos de uso de copias digitales.

Las obras en ficheros digitales que se comercializan a través de redes no se venden, sino que son objeto de licencias de usuario final que impiden *per se* una posterior reventa o transmisión a terceros. Existe además un importante trasfondo económico. Los derechos de propiedad intelectual, entre ellos los derechos de autor, se agotan con la primera venta o transmisión de la propiedad del ejemplar o copia donde se incorporan, permitiendo así la circulación sucesiva de esa copia y favoreciendo la libre circulación de mercancías en el Espacio Económico Europeo (cfr., art. 19.2 TRLPI). Podrá comprenderse fácilmente que si se hablara de una venta de ficheros informáticos con copias digitales de una obra, estaría autorizada la reventa o circulación posterior de esa copia, arrasando así inmediatamente con las posibilidades de eclosión y desarrollo de un comercio electrónico de contenidos digitales.

Naturalmente este sistema sólo adquiere pleno sentido con la ayuda de medidas tecnológicas de protección del contenido y control del co-

como producto o servicio informático al tipo general del 18%, frente al tipo reducido del 4% del libro tradicional). Sin embargo, el reconocimiento del soporte electrónico tangible e intangible de las obras literarias, científicas o de otra índole como libro, debe calar hondo en otras partes del ordenamiento jurídico, y obligar al legislador a buscar una armonización en breve.

⁹ Asimismo, el art. 2 b) de la misma Ley 10/2007 define la publicación seriada como «toda obra científica, literaria o de cualquier índole que aparece o se comunica de forma continuada, editada en una sucesión de fascículos o partes separadas, que lleva normalmente una numeración y que no tiene una duración predeterminada». Y el art. 2 j) describe la publicación periódica como «toda publicación que aparece o se comunica de forma continuada con una periodicidad establecida, de carácter cultural o científico». Se observará que la utilización de palabras como «aparece» o «se comunica» dan pie a incluir también (en línea con la aceptación de libro electrónico) publicaciones seriadas y periódicas en formatos electrónicos fuera de línea o en línea.

piado (*Technological Protection Measures*, TPM) y sistemas de información para la gestión digital de derechos, los cuales, combinados y acompañados con sistemas de protección de datos, medios de pago seguro, etc., dan lugar a los *Digital Rights Management Systems* (DRMs). La importancia de los DRMs en los modelos de negocio comerciales motivó que se considere como una infracción al derecho de autor la elusión de medidas tecnológicas y la supresión de información para la gestión digital de derechos (arts. 160 y 162 TRLPI).

2. Singularidades del autor: la creación y la propiedad intelectual

La Ley de Propiedad Intelectual establece un modelo extraño, desde el punto de vista salarial, según el cual el autor recibe una retribución por unidad vendida, no por el desarrollo de su trabajo. El argumento subyacente en esta práctica consiste en hacer partícipe al autor del mayor o menor éxito de su obra en el mercado. No obstante, aunque la Ley establece como principio básico la remuneración proporcional o por porcentaje en ventas de ejemplares (art. 46.1 TRLPI), admite también la remuneración a tanto alzado (pago único) en algunos casos concretos, entre los que cuenta, precisamente, la primera o única edición de obras científicas (art. 46.2 TRLPI).

Pero esta práctica de devengo de beneficios según ventas, que afecta únicamente a un tipo de creadores, a los escritores, y dentro de estos a los escritores firmantes de un contrato, pero no a periodistas, correctores de estilo, redactores de revistas comerciales etc., y que opera únicamente en el circuito comercial, no —salvo excepciones— en el científico donde los autores de artículos de revistas no perciben nada por sus artículos, ni por la difusión que puedan tener éstos, reviste otra anomalía, esta es que los derechos sobre la obra siguen vigentes hasta 70 años después de la muerte del autor. Hay autores, como Javier Marías, que consideran esta circunstancia una injusticia en comparación con los derechos patrimoniales del resto de la sociedad que pueden disfrutar de las rentas, propiedades y beneficios generados por sus antecesores de por vida.

El modelo de retribución, la percepción por obras vendidas, no deja de ser una anomalía pues, aunque es cierto que corrige las deficiencias generadas por fórmulas mediante las cuales el autor podía sufrir cuantiosas pérdidas potenciales si la obra se vendía por encima de la cantidad percibida¹⁰, en el caso contrario, esto es que la obra se venda por debajo, el autor no

¹⁰ No obstante esta situación siempre se puede corregir pidiendo una revisión de una remuneración a tanto alzado que no resulte equitativa, expresamente prevista en el art. 47 TRLPI y con el límite de los diez años siguientes al de la cesión de derechos.

tiene que compartir las pérdidas del editor. En este modelo económico en el que se inscriben los escritores existe, además, lo que Bourdieu¹¹ denomina el capital simbólico, esto es, el prestigio que un autor gana con su actividad como tal que indirectamente, como han demostrado los sociólogos de la ciencia para el campo científico, deviene en capital monetario indirecto a través de conferencias, presencia en programas de diverso tipo, colaboraciones en periódicos (éstas pagadas por unidad y no bajo el régimen de derechos, que algunos autores las convierten en libros y generan nuevos beneficios). Además, están los derechos derivados, un autor cobra si su obra se traduce a otros idiomas, si se traslada al cine, si se publica en Internet, si se publica en bolsillo, si se hace cualquier adaptación de la misma, etc.

La cuestión es que hasta la aparición de Internet un autor había de pasar necesariamente por una editorial, y era la firma del contrato lo que lo estatúa como tal. No existía alternativa posible al sistema, la publicación pasaba necesariamente por la edición. El manuscrito, en palabras de Bouza, tenía que correr¹². Internet ha cambiado este estatus y el determinismo al que estaba abocado el autor, de tal manera que se han multiplicado las instancias en las que una persona puede ver publicada su obra; o editada, pues son numerosas las empresas dedicadas a la autoedición y servicios paralelos para lograr la visibilidad del creador. Internet instituye la proliferación de las figuras vinculadas a la autoría y a la obra desde el momento en que el estatus de autor rompe la vinculación necesaria con el circuito jurídico y administrativo de la edición. La propia condición del autor se ve sometida a cambios y transformaciones que permeabilizan sus posibilidades constitutivas. Si el nacimiento de la función editorial en el siglo XIX había facilitado igualmente el nacimiento del escritor, en el sentido profesional del término, esto es, la existencia de una nueva clase de autores que vivían de sus escritos¹³, también había establecido el hito fronterizo entre la formulación de «yo

¹¹ Bourdieu, Pierre, *Las reglas del arte*, Barcelona, Anagrama, 2001.

¹² *Corre manuscrito* arranca con un estudio de escritores profesionales con obras que no pasan a la imprenta (João de Barros decía que «se avia de escrever aprisa y imprimir despacio»). Los ejemplos aportados van desde una autobiografía, destinada a permanecer manuscrita, a (inevitablemente) obras que ningún librero quería estampar. Según el testimonio de Lope de Vega, Manuel de Faria e Sousa, comentarista de Camões, tenía obras que sólo se leían manuscritas. Todos los datos apuntan a que el no pasar por las prensa no impedía ser leído, e incluso lograr fama por las obras. Fernando Bouza, *Corre manuscrito: una historia cultural del siglo de oro*, Madrid, Marcial Pons, 2001.

¹³ Jean Ives Mollier, «La construction du système éditorial français et son expansion dans le monde du XVIII au XX siècle», en Jacques Michon y Jean Ives Mollier: *Les mutations du livre et de l'édition dans le monde: du XVIII siècle à l'an 2000*, Quebec, Presses de l'Université Laval, 2002, pp. 47-72.

escribo» a la confirmación de «yo soy escritor», el paso de un acto a una identidad¹⁴. La publicación se convierte en la única objetivación susceptible de transformar la actividad de escritura en identidad de escritor. Es lo que distingue el proyecto de escribir «para los otros» de la escritura para «uno mismo». La planificación editorial favorece la emergencia del fenómeno indeleble de la identificación profesional a través de tres elementos claves para entender la figura del escritor a partir de entonces:

- autopercepción (se percibe como escritor);
- representación (se expone como tal);
- designación (es reconocido por otros).

En este contexto, la publicación permite el paso de lo privado a lo público, de lo informal a lo formalizado, gracias a la intervención editorial. Posibilita la constitución en el espacio, permite el acceso a un mercado y a un público e instaura en el tiempo la durabilidad del estatus de autor.

Es por la mediación de un objeto, el libro impreso, bajo la marca de un editor reconocido, que el acto de escribir escapa a su estatus de acción para convertirse en factor de identidad, instrumento de cualificación de una persona a la vez durable, comunicable a otros, aceptable por el interesado y compartible con otros. La prueba de la publicación permite una medida de la calidad y un cambio en el estado del sujeto, y formaliza mediante contrato el paso a la continuidad temporal que confieren una editorial y un público de lectores. La percepción de esta línea divisoria instituida por el contrato editorial y la configuración de un antes y un después fundacional forman parte de la constitución de la profesionalidad escritora.¹⁵

El desarrollo de las tecnologías de la información ha dado lugar a nuevas formas de escritura y autoría que rompen con la concepción cerrada vinculada al régimen impreso y redimensionan la concepción creativa para dar lugar a la aparición de nociones que redirigen su función en un sentido polimórfico, hasta extraerla en muchos casos del propio circuito editorial. La vinculación contractual y tecnológica propia del sistema impreso se diluye en una variedad de formas que amplían considerablemente el campo editorial.

¹⁴ Nathalie Heinich, *L'épreuve de la grandeur: prix littéraires et reconnaissance*, París, La Découverte, 1999.

¹⁵ Esta convicción se puede rastrear en multitud de textos en los que los escritores hablan de sus primeras experiencias editoriales. Sirva, como ejemplo, Noemí Montetes Mainat, *Qué he hecho yo para publicar esto: xx escritores jóvenes para el siglo XXI*, Barcelona, DVD ediciones, 1999.

El desarrollo de la *Web 2.0* y sus numerosas aplicaciones han provocado una multiplicación exponencial de autores que conforman un espacio creativo cada vez más inabarcable y al margen del ámbito editorial. La aparición de todos estos fenómenos emergentes obliga a una reconsideración de la noción de escritor y el concepto de autor: ¿se puede considerar autor al que publica su obra en su propio sitio *web*? ¿La gratuidad de la obra para el público que la quiere consultar o descargar no modifica profundamente el estatuto del autor, su relación con la obra, su relación con el lector? ¿Es la *Web* una *vanity publisher* a escala global? Si la mediación del editor constituye al autor, sin editor, ¿hay autor?, ¿hay obra? ¿Qué valor reviste una obra que se puede distribuir sin mediaciones editoriales y reproducir y copiar *ad infinitum*? ¿Cuándo se prescinde de los elementos de inversión propios de la cadena editorial, se ven afectados los valores económicos de la obra? ¿Han de aplicarse de la misma manera los derechos de autor?

Los conceptos económicos de valor de uso y valor de cambio desarrollados por Smith y por Marx pueden servir para explicar uno de los aspectos de la economía del intercambio en el ámbito digital. El «valor de uso» es el valor que un objeto tiene para satisfacer una necesidad. Este concepto se refiere a los rasgos de las cosas gracias a los cuales nos son útiles para la satisfacción de cualquier tipo de necesidad, desde las más biológicas como comer, hasta las más espirituales como las que se refieren al ocio y el mundo de la cultura. El «valor de cambio» es el valor que un objeto tiene en el mercado, y se expresa en términos cuantitativos, medidos por el dinero. Dos objetos con diferente valor de uso pueden tener el mismo valor de cambio si así lo determinan las leyes del mercado, por ejemplo, un ordenador puede costar lo mismo que una moto. El rasgo peculiar de la sociedad capitalista es que en ella «la fuerza de trabajo es también una mercancía. La fuerza de trabajo tiene un valor de cambio» (el sueldo que recibe el trabajador) y «un valor de uso» (su valor para producir otras mercancías).

El valor de uso está en relación con las necesidades que un objeto, producto o servicio satisfacen, a mayor necesidad satisfecha, mayor valor de uso. Aunque su intervención en la valoración de un producto es importante, el valor real que este alcanza en el mercado está relacionado con el trabajo invertido en la elaboración del mismo y por el mecanismo de la oferta y la demanda, de tal manera que su valor de cambio es el precio que refleja estas particularidades.

En el ámbito del libro, y en el de los contenidos simbólicos en general, existe una amplia tradición en la asignación de un precio a los productos culturales, de tal manera que hablamos de industrias culturales. En este proceso es el valor de cambio el determinante del precio, pues el valor de uso es algo intangible y difícil de medir (qué necesidades satisface

y qué aprovecha cada cual de un libro, un cuadro, una película, etc.). Por lo tanto es el trabajo invertido en la elaboración el que determina el precio y la retribución del creador, en términos relativos, pues los procesos de creación al no estar estandarizados son difíciles de computar en términos de horas incorporadas al producto, al tiempo que tampoco está considerada la cualificación del mismo. En el campo de la escritura, aunque existen calidades muy distintas, éstas no están reflejadas en el valor de cambio, sino que esto es un valor que habría que asignar al valor de uso, lo que dificulta considerablemente la comprensión de esta economía tan particular. En donde sí aparecen diferencias significativas es en los formatos. Una edición en rústica y otra en cartóné de la misma obra tiene precios diferentes aunque el contenido sea el mismo porque los materiales utilizados (papel, cubiertas, etc) y el tipo de encuadernación son diferentes. Por otra parte los elementos que intervienen en la puesta en circulación del producto son abundantes, escritor, editor, librero, distribuidor, además de traductores, componedores, ilustradores, correctores, lectores, etc.

El ámbito del libro electrónico rompe esta relación de causalidad entre ambos valores de tal manera que todos los elementos que intervienen en la puesta en producción del producto guardan una relación regulada por la ley de rendimientos decrecientes cuando éste sale al mercado. Los incrementos de tirada o su aumento *ad infinitum* no afectan a los costes marginales del producto, invirtiendo la relación entre valor de uso y de cambio, de tal manera que, a medida que se incrementa el número de obras en circulación, disminuye proporcionalmente el valor de la inversión realizada en ellas, pero aumentan, proporcionalmente, los beneficios que los distintos eslabones de la cadena obtienen. Además se da el hecho de que en el ámbito digital se difuminan los procesos de mediación propios del ámbito analógico, de tal manera que las figuras intermediarias que más incrementaban el valor de cambio del libro —esto es, libreros, distribuidores, e incluso editores— tienden a desaparecer, configurando productos que pueden alcanzar un elevado valor de uso y un disminuido valor de cambio, incrementado los márgenes de beneficios para el autor.

La indecisión inicial del sector editorial sobre el mercado legal del libro electrónico y la falta de acuerdos globales con autores y traductores han frenado en seco el desarrollo de un mercado competitivo, superado con creces por el mercado negro o pirata protagonizado por los programas y redes P2P (edonkey, torrent), los *megasites* de descarga directa y *streaming* (megaupload, rapidshare, megafire, etc.), las *webs* de enlaces (papyrefb2.net, quedelibros.com, turinga.net, exvagos.es, etc.) y últimamente motores de búsqueda específicos de enlaces a contenidos procedentes de redes P2P o sitios de almacenamiento y descarga (como findtoyou.com o foofind.com). La existencia de un mercado ilícito ampliamente extendido supone

una competencia desleal muy difícil de superar para los editores y para los propios autores que deseen explotar económicamente su obra en formato de autoedición, obstaculizando el desarrollo de un mercado legal y afectando gravemente al mercado tradicional del libro impreso. Pero también puede afectar a bibliotecas y archivos, pues cada vez será menos necesario recurrir a sus servicios de préstamo, reproducción para la investigación y consulta telemática *in situ* (cfr., art. 37 TRLPI), ya que será mucho más fácil y cómodo descargar una copia ilícita con absoluta impunidad de cualquiera de esos servicios piratas. Sólo la obra científica permanece en buena medida ajena al mercado pirata, encontrándose actualmente entre modelos de difusión comercial y modelos de acceso abierto.

3. Las bibliotecas y los derechos de autor en el ámbito digital

El proceso de asignación de un precio a los distintos productos culturales, entre ellos el libro, tenía su correlato en la participación del autor en los beneficios generados por el mismo, en la medida en que el recuento de ejemplares vendidos o la cesión de derechos para ediciones derivadas, generaba réditos variables para los diferentes elementos de la cadena. En este proceso el concepto de ejemplar, como unidad física sobre la que interviene el recuento, controlada administrativamente a través del ISBN y el Depósito Legal, y operativamente por los distribuidores, era el pivote sobre el que funcionaba el sistema. Cada ejemplar vendido, devengaba unos réditos al editor, distribuidor, librero y al autor. Todas las obras publicadas en un país estaban sujetas a este constructo en el que la única excepción al beneficio por uso de los libros era el representando por las bibliotecas públicas, cuyos ejemplares podían ser objeto de múltiples usos, como reproducciones para fines de investigación¹⁶ y conservación, préstamos públicos de ejemplares y digitalización y puesta a disposición de los usuarios de la biblioteca en terminales situados en el mismo establecimiento (art. 37 TRLPI), sin que de ello se desprendieran beneficios para editores y autores, fuera de los propios de la compra de las obras por la institución, pero no los inherentes a la rotación de la misma¹⁷.

¹⁶ La interpretación de un límite o excepción a un derecho exclusivo debe tener carácter restrictivo en todo caso, por lo que no pueden considerarse investigadores, salvo prueba en contrario, los usuarios de bibliotecas, hemerotecas, archivos, museos, etc. de titularidad pública que acceden a las mismas y realizan fotocopias con fines de estudio personal o profesional, sin acreditar previamente la condición de investigador.

¹⁷ *Vid.* un amplio análisis en Carabajo Cascón, F., «Reproducción y préstamo público en bibliotecas y otras instituciones de promoción cultural. Su adaptación al entorno digital», *Actas de Derecho Industrial*, T. XXIV, 2004, pp. 157-194.

Esta situación se ha mantenido hasta hace poco en que, por imperativo de la Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual (versión codificada), se obliga a los Estados miembro a compensar a los autores por los préstamos que se efectúan de sus obras en las bibliotecas, contestada por las bibliotecas y gran parte del colectivo de autores¹⁸, seguida de manera desigual por los distintos países, pero de obligada aplicación.

En el caso de España se ha traducido en su incorporación al art. 37.2 TRLPI por la Disposición Final primera de la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la Lectura, del Libro y de las Bibliotecas, según el cual: «...los museos, archivos, bibliotecas, hemerotecas, fonotecas o filmotecas de titularidad pública o que pertenezcan a entidades de interés general de carácter cultural, científico o educativo sin ánimo de lucro, o a instituciones docentes integradas en el sistema educativo español, no precisarán autorización de los titulares de derechos por los préstamos que realicen (...) Los titulares de estos establecimientos remunerarán a los autores por los préstamos que realicen de sus obras en la cuantía que se determine mediante Real Decreto. La remuneración se hará efectiva a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual...»¹⁹.

Se trata, por tanto, de compensar a los autores mediante un derecho de mera remuneración que será gestionado obligatoriamente por entida-

¹⁸ Aunque haya quien, indirectamente, apoye la medida, valgan estas palabras vertidas por Juan Manuel de Prada en un artículo de opinión: «Algún lector ofendido por mi defensa de las descargas de Internet me ha reprochado: “¿Le gustaría a usted que mañana un multimillonario filántropo se dedicara a imprimir sin ánimo de lucro sus libros, y los pusiera a disposición de cualquier hijo de vecino?”. A lo que yo le he respondido: “¿Pero, hombre de Dios, si ese multimillonario filántropo ya existe! Se llama ‘red de bibliotecas públicas del Estado’; y tiene abiertas sucursales en todos los barrios de nuestras ciudades, en todos los pueblos que salpican nuestra malhadada piel de toro, y hasta en autobuses itinerantes que llegan a las aldeas más recónditas y despobladas, y en los andenes del metro”. Es verdad que este multimillonario filántropo no “imprime sin ánimo de lucro” mis libros, para ponerlos a disposición de cualquier hijo de vecino; no, hace algo todavía más ruin y desvergonzado, que consiste en obligar al contribuyente a apoquinar dinero para comprar unos cuantos ejemplares de mi libro (en honor a la verdad, más bien pocos o casi ninguno en mi caso concreto y excepcional, pues no soy escritor afecto al Régimen) que, repartidos por la ‘red de bibliotecas públicas del Estado’, están a disposición de cualquier hijo de vecino para que los lea gratis», Juan Manuel de Prada, Descargas, *XL Semanal*, n.º 1211, 9-15 enero de 2011. http://xlsemanal.finanzas.com/web/firma.php?id_edicion=5967&id_firma=12671

¹⁹ Quedan eximidos de esta obligación legal de remuneración equitativa los establecimientos de titularidad pública que presten servicio en municipios de menos de 5.000 habitantes, así como las bibliotecas de las instituciones docentes integradas en el sistema educativo español (cfr. art. 37.2 párrafo tercero TRLPI).

des de gestión que representen a los autores (CEDRO en el caso de los autores de obra literaria y científica). Serán deudores de la remuneración por préstamo las Administraciones públicas (estatal, autonómica o local) y las entidades privadas que sean titulares de los establecimientos indicados en el art. 37.2 TRLPI, que no podrán repercutir a sus usuarios total o parcialmente los gastos asociados a esa nueva remuneración en concepto de gastos de funcionamiento del establecimiento (art. 19.4 II TRLPI, modificado por la Ley 10/2007). El seguimiento y control de los préstamos efectuados para hacer efectivo el cobro de la remuneración equitativa, requerirá —además de un importante esfuerzo de gestión por las entidades afectadas— la colaboración de las Administraciones públicas y entidades privadas responsables de las instituciones donde se realicen los préstamos. Por eso el nuevo art. 37.2 TRLPI señala, en su párrafo 4.º, que el Real Decreto de desarrollo deberá establecer mecanismos de colaboración necesarios entre el Estado, las comunidades autónomas y las corporaciones locales para el cumplimiento de las obligaciones de remuneración que afecten a establecimientos de titularidad pública; aunque no lo exige, no estaría de más que el Real Decreto recogiera también obligaciones de colaboración para las entidades privadas correspondientes.

La Ley 10/2010 añadió también una Disposición transitoria 19.^a bis al TRLPI 1996, según la cual, hasta que se promulgue el Real Decreto (que no debería exceder el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley 10/2007, plazo ampliamente superado ya), la cuantía de la remuneración equitativa será de 0,2 euros por cada ejemplar de obra adquirido con destino al préstamo.

Aún no se ha publicado el Real Decreto de desarrollo, por lo que el cumplimiento de este obligatorio derecho de remuneración tiene un seguimiento muy desigual entre la red de bibliotecas de nuestro país. Además, es de esperar que el futuro reglamento de desarrollo del art. 37.2 TRLPI corrija el criterio de pago por ejemplar adquirido para préstamo (manifiestamente irregular) y se ajuste al tenor literal de la Directiva y de la propia Ley, que establecen la obligación de remunerar por cada préstamo efectivamente realizado del ejemplar de una obra y no por cada ejemplar adquirido para préstamo. No estaría de más que abordara también los porcentajes de reparto entre los distintos grupos de acreedores, para aportar seguridad jurídica y claridad en la gestión y en el reparto de la recaudación, pues, obviamente, no puede corresponder idéntico porcentaje en el reparto a los autores de texto que a los autores de imágenes o que a los autores de obra musical o audiovisual, en tanto en cuanto son muy superiores los préstamos de obra de texto que de las restantes.

Con todo, el problema de los préstamos en papel, desde el punto de vista de los derechos de autor, se puede resolver con este sistema fácil-

mente controlable cuando de unidades físicamente consideradas se trate. La aparición de los soportes de carácter electrónico cambia el panorama desde el momento en que la facilidad de copia se incrementa exponencialmente.

La respuesta de los editores aparece inicialmente en el ámbito de las revistas electrónicas en el que el sistema de propiedad de ejemplares deriva a un régimen de acceso a copias digitales en el que los derechos dependen de los contratos de licencia multiusuario firmados entre un proveedor de información electrónica y una biblioteca/consorcio para acceder a dicha información. Los contratos son exhaustivos en cuanto a la casuística que plantean, regulando los usos permitidos o autorizados, las posibilidades de descarga de artículos, fascículos o revistas, la posibilidad o no de efectuar copias o impresiones o de efectuar préstamo interbibliotecario de esos contenidos. Los contratos regulan igualmente la jurisdicción, los sistemas de renovación o cancelación de las suscripciones así como el precio de las mismas, que dependerá del número de títulos, de la cobertura de los mismos y del número de licencias contratadas.

En los contenidos digitales puestos a disposición del público a través de licencias de uso en Internet no se aplican los límites legales a los derechos exclusivos del autor, lo cual se hace extensivo también a las bases de datos electrónicas (así se desprende, con claridad, del art. 161.5 TRLPI). Habrá que estar, entonces, a los términos del contrato de licencia, incluyendo las licencias multiusuario contratadas por bibliotecas para satisfacer las necesidades de acceso a información científica de sus usuarios. En particular, no se aplicará el límite de reproducción con fines de investigación ni de conservación (art. 37.1 TRLPI), ni el límite de préstamo público (claramente en este caso, en tanto en cuanto el préstamo público sólo se puede aplicar sobre ejemplares o copias tangibles, con lo cual no puede hablarse en rigor de un préstamo virtual o electrónico). Es fácil de comprender que si una biblioteca pudiera realizar libre y gratuitamente reproducciones totales o parciales de contenidos digitales con fines de investigación o suministrar gratuitamente a sus usuarios (siquiera mediante red cerrada o Intranet) copias de contenidos digitales, se estaría poniendo en peligro manifiestamente la explotación normal de esa obra y perjudicando los legítimos intereses de los titulares de derechos (la llamada prueba o test de las tres fases que impide la aplicación de límites, art. 40bis TRLPI).

Por eso, como novedad, la Ley 23/2006 de reforma del TRLPI, introdujo en el art. 37.3 TRLPI una nueva excepción, permitiendo a bibliotecas, archivos y centros asimilados la comunicación de obras o su puesta a disposición de personas concretas del público a efectos de investigación, cuando se realice mediante red cerrada e interna a través de terminales es-

pecializados instalados a tal efecto en los locales de esos establecimientos (*in situ*), y siempre que tales obras figuren en las colecciones del propio establecimiento (descartando obras procedentes de préstamo interbibliotecario) y no sean objeto de condiciones de adquisición o de licencia. Todo ello, además, sin perjuicio del derecho del autor a percibir una remuneración equitativa que deberá abonar la Administración o entidad titular del establecimiento.

No cabe, por tanto, la puesta a disposición en línea fuera del propio establecimiento de la biblioteca o archivo; ni siquiera a través de una Intranet (Intranet universitaria o de empresa o corporación pública). En particular quedan excluidas del límite las prácticas consistentes en digitalizar contenidos del repertorio de la biblioteca o archivo para su puesta a disposición de investigadores, profesores y alumnos, miembros del centro o público en general, a distancia, mediante correo electrónico o cualquier otra aplicación informática por Internet o incluso en una Intranet del propio Centro. Para estas actividades la biblioteca necesitará contar con la oportuna licencia del titular de cada contenido o, lo que es más razonable, una licencia de usos digitales otorgada por una entidad de gestión colectiva (v. gr., la licencia de usos digitales de CEDRO).

Más aún, del art. 37.3 TRLPI se desprende que en el caso de que la biblioteca desee digitalizar las obras que tiene en su colección para ponerlas a disposición de los usuarios *in situ*, en terminales colocados en el propio centro o establecimiento, sólo podrá hacerlo si estos usos no hubieran sido expresamente prohibidos o limitados mediante condiciones específicas fijadas en los contratos de adquisición o de licencia de las mismas (licencia en el caso, por ejemplo, de obras en formato digital fuera de línea, como DVD o CD-ROM).

Además la biblioteca debería abonar por esa práctica una remuneración equitativa a los titulares de derechos de las obras, los cuales podrán ser gestionados directa e individualmente por los titulares de derechos originarios o derivativos (autores o cesionarios exclusivos como editores) o por entidades de gestión autorizadas por el Ministerio de Cultura (art. 147 TRLPI); aunque, de acuerdo con lo establecido por la Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 196/1997 de 13 de noviembre, los titulares de derechos podrán optar por encomendar la gestión de esos derechos a entes (sociedades, asociaciones) distintos de las entidades de gestión colectiva autorizadas por el Ministerio de Cultura.

En definitiva, las actividades de las bibliotecas pueden verse notablemente reducidas en el entorno digital, a pesar de que como guardianes del conocimiento deberían tener un papel significativo en la sociedad de la información. Pero el riesgo de competencia desleal para autores y editores es manifiesto, por lo que los legisladores comunitario y nacional han op-

tado por tutelar los derechos de propiedad intelectual de forma preferente y fomentar los modelos de negocio basados en contratos de licencia de usuario final (*End User License*) y sistemas de gestión digital de derechos (DRM).

Las licencias de uso multiusuario se erigen así en uno de los caballos de batalla entre las bibliotecas y los proveedores de contenidos, hasta el punto de que importantes consorcios como *The National e-Journals Initiative* (<http://www.nesli2.ac.uk>), que cubre el contenido de 17 editoriales académicas con una única licencia y 7.000 revistas en línea, ECUP (*European Copyright User Platform*, <http://www.eblida.org>) o *International Coalition of Library Consortia* (<http://www.library.yale.edu/consortia/>), han desarrollado iniciativas para regularlas

En el caso de los libros, las regulaciones se han producido desde la existencia de las primeras colecciones de libros electrónicos ofertados a las bibliotecas científicas principalmente por los principales agregadores que han surgido como modelo de negocio emergente desde hace algunos años. La creación y mantenimiento de colecciones de libros electrónicos y otros materiales, de tal manera que puedan ser consultados y leídos por los usuarios finales sin necesidad de adquirirlos, es un hecho cada vez más frecuente en el ámbito académico y universitario, generando auténticas bibliotecas virtuales. Lo que cambia con respecto al modelo tradicional es que las bibliotecas únicamente compran el derecho de acceso a las obras, pero no las obras. Las bibliotecas, generalmente, no son propietarias de los contenidos, sólo están licenciadas (autorizadas) para su consulta por los editores, que mantienen el *copyright* de los mismos. Son los agregadores los que comercializan y distribuyen los contenidos con condiciones de uso y acceso muy variables. Pioneros en este terreno han sido NetLibrary, Ebrary y Questia.

El modelo de Netlibrary (www.netlibrary.com) se basa en la idea de que los libros mantenidos en sus colecciones deben ser vendidos, título por título, a bibliotecas universitarias e institucionales. Los bibliotecarios pueden comprar un rango de títulos de Netlibrary al precio de la edición convencional. Además la biblioteca paga una tasa por el mantenimiento de los mismos. Uno de los aspectos más controvertidos de este agregador es que sólo permite la consulta de un usuario por título, tal y como las bibliotecas operan con los libros impresos. Esto representa un grave inconveniente para bibliotecarios y usuarios cuando precisamente una de las mayores ventajas de los documentos electrónicos, sean de la naturaleza que sean, es la consulta multiusuario. Se permite el uso de los materiales de la colección para clase, pero no se pueden reservar libros por anticipado. Se puede imprimir sólo una página al mismo tiempo y no permiten el préstamo interbibliotecario.

El modelo de Questia (www.questia.com) se basa en las suscripciones individuales de los estudiantes. El uso para clase no está permitido. Se necesitan comprar paquetes de temas para estudiantes. Se pueden imprimir páginas, pero con limitación del número de palabras y tampoco se permite el préstamo interbibliotecario.

En 2000 se crea Ebrary con un propósito diferente a los de Netlibrary y Questia. La idea básica de Ebrary (www.ebrary.com) es la de permitir que cualquiera pueda hojear el texto completo de un libro gratuitamente, como haría en cualquier librería o biblioteca, y cobrarle sólo cuando decida comprar el libro o parte del libro. Ebrary únicamente percibiría una cantidad cuando los individuos decidieran realizar alguna acción como copiar un texto, descargarlo, imprimirlo, etc. Es decir, que el modelo se basaba en el pago por uso únicamente. Pero pronto hubieron de cambiar de orientación dirigiendo su oferta al mercado institucional, particularmente al de las bibliotecas académicas y universitarias, compitiendo en este terreno con Netlibrary, pero a diferencia de ésta, en lugar de la venta de libros individuales, Ebrary ofrece acceso a una base de datos de libros a texto completo accesible mediante suscripción anual. Ebrary permite el uso de los materiales para clase pero no el préstamo interbibliotecario.

Realmente, Netlibrary, Ebrary o Questia desempeñan el mismo papel que los distribuidores en el ámbito del mercado convencional del libro, en el sentido de que adquieren contenidos que, bajo otro modelo de negocio, acercan al usuario final a través de otra instancia como puede ser la biblioteca o la librería. Pero a diferencia del distribuidor convencional, mero intermediario entre los eslabones de la cadena editorial, el distribuidor digital confiere un valor añadido a los contenidos mediante el desarrollo de *software* de búsqueda y otras prestaciones; terreno que junto con el de las colecciones que ofrecen, es en el que se libra la competencia entre ellos.

En todos los casos los libros que forman parte de la colección están sujetos a las condiciones establecidas en los contratos sobre usos autorizados, que impiden cualquier tipo de copia y limitan las impresiones.

El suministro de libros electrónicos vía *web* reviste un carácter eminentemente institucional, habiendo fracasado todas las iniciativas dirigidas hacia un consumo individual, fundamentalmente las orientadas hacia la literatura y el ocio. La naturaleza de las colecciones de libros ofertadas, las limitaciones de uso de los mismos impuestas mediante contrato, y las condiciones de lectura, pantalla de ordenador preferentemente, abocaban inevitablemente a este canal. Sin embargo están apareciendo en el mercado alternativas cada vez más sólidas encaminadas al consumo individual de la lectura electrónica. Alternativas que tienen que ver con el desarrollo de los dispositivos dedicados a la lectura de libros electrónicos, cuya penetración en el mercado es cada vez más importante. Los libros electrónicos son una

realidad ya consolidada, como demuestran el desarrollo cada vez más importante de colecciones por parte de las principales editoriales, las ventas de los mismos, que en algunos casos como Amazon han superado a los libros en papel, o el éxito de dispositivos como Kindle de Amazon o iPad de Apple que han desbordado todas las previsiones del mercado²⁰.

Ahora bien, como hemos dicho ya, el éxito de los modelos comerciales en Internet depende en gran medida de los sistemas de protección de los derechos digitales. El sistema de DRM (Digital Rights Management) permite controlar las variables de copia y manipulación de los documentos electrónicos. Un buen DRM es capaz de adaptarse a un modelo de negocio particular. Con un código insertado en el documento, se establecen automáticamente el precio, la posibilidad de imprimirlo, cuántas copias se pueden hacer de él y si puede o no editarse. Un mismo sistema DRM puede proteger varios formatos, al igual que un mismo formato puede estar protegido por sistemas de DRM diferentes.

Sin embargo, el uso del DRM está lejos de ser aceptado con carácter generalizado, incluso entre los propios editores. Las limitaciones que impone alejan el uso del libro electrónico de las prácticas de compra asumidas y consolidadas en el ámbito analógico, en el que, una vez efectuada la compra, el lector se convierte en el propietario absoluto del producto adquirido, de modo que puede prestarlo, copiarlo, regalarlo y manipularlo según su criterio.

Algunas plataformas que comercializan libros electrónicos han empezado a tener en cuenta ciertas prácticas muy arraigadas en compradores habituales de libros impresos como es el préstamo de libros entre conocidos, que los sistemas de protección DRM limitaban en exceso. Barnes & Noble fue la primera en incorporarlo, y recientemente también lo ha hecho Amazon, aunque no para todos los libros, ya que la decisión última sobre si el libro puede ser prestado la toma el propio editor. Este préstamo «entre amigos» puede hacerse una sola vez, y en esos 14 días que dura, quien lo presta no podrá leerlo en su dispositivo.

Tampoco difiere mucho el sistema de préstamo de libros electrónicos que realizan las bibliotecas públicas a través de plataformas como OverDrive, que quizás es la más extendida en bibliotecas estadounidenses, en el que se obvian las características multiusuario del formato digital, y el libro se presta tal cual si fuera una unidad física, con un solo préstamo simultáneo por usuario, pero con la posibilidad de reserva y renovación, y curiosamente no permitiendo que el usuario devuelva el libro antes de que se cum-

²⁰ Véase Cordón García, José Antonio, «El final del libro y el principio de la lectura: los libros electrónicos y el fenómeno iPad», en *ThinkEpi*, 2011, <http://www.thinkepi.net/el-final-del-libro-y-el-principio-de-la-lectura-los-libros-electronicos-y-el-fenomeno-ipad>

pla el periodo de préstamo completo, momento en el que el libro desaparece del dispositivo del prestatario. Si otra persona lo tiene reservado le envía un aviso para que proceda a su descarga desde la página de la biblioteca.

Otra variante es la del préstamo del dispositivo de lectura cargado con libros, que el usuario ha de utilizar y devolver en las mismas condiciones que se hace con cualquier libro analógico. Este es el sistema que ha puesto en marcha el Ministerio de Cultura con 14 bibliotecas públicas del Estado en una primera fase. Este servicio de préstamo de libros electrónicos mantiene la cadena que recorren los libros de papel antes de llegar a manos del lector: el autor, el editor y el bibliotecario. Los lectores tendrán que desplazarse personalmente, dentro de los horarios de cada biblioteca, a recoger los dispositivos lectores para leer su contenido: hasta un millar de libros de dominio público, es decir, que no están sujetos a derechos de autor. Nada que ver, por ejemplo, con el sistema británico, donde los usuarios de las bibliotecas públicas pueden descargarse el contenido desde casa, a cualquier hora y cualquier día de la semana, y el archivo desaparece automáticamente de su ordenador o lector electrónico cuando expira el préstamo. La filosofía subyacente en este sistema es la de no romper con la cadena del libro en papel, tal y como han manifestado el Director General del Libro, Rogelio Blanco, o el presidente de la Federación de Gremios de Editores, Toni Comas. Además, se da la paradoja de que los libros incluidos en el dispositivo ya están, libre y legalmente, disponibles en Internet a través de la Biblioteca Virtual Cervantes o del catálogo de la Biblioteca Digital Hispánica. La cuestión que hay que dilucidar para que los libros actuales puedan llegar a los usuarios de las bibliotecas digitalmente es que los editores y las administraciones públicas se pongan de acuerdo en cómo prestarlos. En el trasfondo de este debate radica el problema de la preservación de los derechos de autor y el miedo a la copia.

Con la regulación actual parece que no habría margen para este tipo de prácticas con libros en formato digital, ya que en rigor no se produce ni una reproducción para investigación o conservación (art. 37.1 TRLPI), ni un préstamo público de ejemplares (art. 37.2 TRLPI), ni una puesta a disposición in situ (art. 37.3 TRLPI). Habría que crear una nueva excepción que contemplase la posibilidad de prestar dispositivos de lectura con uno o varias copias digitales de libros incorporadas o la posibilidad de poner a disposición de los usuarios de forma gratuita mediante descarga una copia digital evanescente, de modo que superado el periodo de uso autorizado la copia desaparece del equipo del usuario. Y en ambos casos, seguramente habría que valorar la oportunidad y conveniencia de establecer una remuneración equitativa para los autores y editores a pagar por las entidades titulares de las bibliotecas.

El problema es que todavía existe un gran desconocimiento en torno al funcionamiento de la red y de sus usuarios por parte de autores y edi-

tores, como ha puesto de manifiesto Amador Fernández Sabater en su interesante relato sobre su cena con la ministra González Sinde y otros actores del mercado de la cultura²¹. Uno de los equívocos de las polémicas actuales acerca de los derechos de autor y las descargas ilegales radica en considerar como un mercado único el de los productos culturales, y como un acto asimilable al de la descarga de música, películas o libros. Cuando la realidad demuestra un situación completamente diferenciada. Nada tienen que ver las descargas de música y películas, donde el bien original es idéntico al copiado, con la descarga de libros donde las prácticas de consumo son completamente diferentes y el original es, en muchas ocasiones, radicalmente diferente de la copia. Las estadísticas de lectura en España son suficientemente contundentes para negar las aseveraciones de la industria cultural y de sus representantes acerca de la cuantía de las pérdidas, pero un somero examen de los sitios de descarga desmiente igualmente la incidencia real que puedan tener sobre el mercado, al tratarse en su mayoría de obras fuera del circuito editorial o exentas de derechos, o de carácter minoritario en el que su difusión *web* más que perjudicarle les favorece²².

En todo caso, salvaguardando siempre los derechos de autor, las bibliotecas han de acometer modelos que permitan una circulación fluida y flexible de las obras digitales que poseen y a las que han de dar acceso a sus usuarios en las mismas condiciones de gratuidad en las que se opera en el ámbito analógico, pero facilitando las facilidades de uso y consulta de los libros electrónicos. En este sentido no es descabellada la idea planteada por Robert Darnton²³ de la creación de una Biblioteca Nacional Digital, que contribuya a fortalecer los lazos de ciudadanía del país.

²¹ «Tienen miedo a la Red. Esto es muy fácil de entender: la mayoría de mis compañeros de mesa piensan que “copiar es robar”. Parten de ahí, ese principio organiza su cabeza. ¿Cómo se ve la Red, que ha nacido para el intercambio, desde ese presupuesto? Está muy claro: es el lugar de un saqueo total y permanente. “¡La gente usa mis fotos como perfil en Facebook!”, se quejaba amargamente alguien que vive de la fotografía, en la cena. Copiar es robar. No regalar, donar, compartir, dar a conocer, difundir o ensanchar lo común. No, es robar. Traté de explicar que para muchos creadores la visibilidad que viene con la copia puede ser un potencial decisivo. Me miraban raro y yo me sentía un marciano. Me parece un hecho gravísimo que quienes deben legislar sobre la Red no la conozcan ni la aprecien realmente por lo que es, que ante todo la teman. No la entienden técnicamente, ni jurídicamente, ni culturalmente, ni subjetivamente», Amador Fernández Sabater, «La cena del miedo», *El País*, 12-1-2011, http://www.elpais.com/articulo/cultura/cena/miedo/reunion/ministra/Sinde/elpepucul/20110112elpepucul_8/Tes

²² Véase Cordon García, José Antonio; Alonso Arévalo, Julio; Gómez Díaz, Raquel, «Los libros electrónicos: oferta comercial y redes P2P», *El profesional de la Información*, marzo de 2011, vol. 20, n.º 2.

²³ Darnton, Robert, *El futuro de las bibliotecas*, Texturas, 2010, n.º 12, pp. 37-48.

En esta línea se sitúan las iniciativas de la Unión Europea y de la Biblioteca Digital Europea (europeana.eu), articuladas en torno al fomento de la creación de repositorios institucionales con contenidos preexistentes (predigitales).

Hemos visto que el conocimiento abierto requiere la autorización del acceso con facultades de reproducción, distribución, comunicación pública e incluso transformación de la obra. Sin embargo, en la era del acceso es preciso ampliar las posibilidades de acceso a contenidos preexistentes, aunque sólo sea para la consulta y uso personal. Se trata de dar acceso a la información y al conocimiento que se desprende de los contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual.

Desde la Unión Europea se vienen sucediendo en los últimos años un conjunto importante de resoluciones programáticas (no tienen valor normativo directo) que apuestan decididamente por el fomento de la accesibilidad en línea de contenidos depositados en bibliotecas, archivos, museos, fonotecas, filmotecas, hemerotecas y cualesquiera otras instituciones similares. El objetivo básico es potenciar fundamentalmente la digitalización, conservación y puesta a disposición de contenidos preexistentes, estén en dominio público o estén todavía protegidos por derechos de propiedad intelectual, incluidos en el repertorio de bibliotecas, archivos y museos. Mientras en los modelos de acceso abierto se permitiría la copia, distribución, comunicación e incluso la transformación, en el caso de materiales protegidos se garantizaría únicamente el acceso, negociando otros actos de explotación con los titulares de derechos.

El punto de partida de estas resoluciones comunitarias está en el Proyecto i2010 de Biblioteca Digital Europea. Por lo tanto, no se relacionan directamente con el conocimiento libre, sino con la digitalización y accesibilidad de materiales preexistentes y con protección vigente. Se trata, en concreto, de la Comunicación de la Comisión, de 30 de septiembre de 2005, «i2010 Bibliotecas Digitales» (COM2005, 465 final), que establece las bases para la creación de una biblioteca virtual europea para hacer accesible el patrimonio cultural y científico de Europa, combinando el entorno multicultural con los avances tecnológicos mediante la creación de un único punto de acceso multilingüe, fomentando la digitalización, preservación digital y accesibilidad en línea de materiales, con atención preferente a contenidos de texto e imagen, y respetando en todo caso los legítimos derechos de propiedad intelectual.

En relación con este último punto, se ponen de manifiesto las dificultades que el actual régimen de tutela de la propiedad intelectual plantea para la accesibilidad en línea, puesto que la Directiva 29/2001/CE, de 22 de mayo, sobre la adaptación de los derechos de autor y derechos afines a la sociedad de la información, sólo permite a bibliotecas, archivos, mu-

seos y establecimientos similares la digitalización con fines de conservación y puesta a disposición de los usuarios en terminales específicos dispuestos dentro del mismo establecimiento (consulta *in situ*, cfr., arts. 5.2 c. y 5.3 n.; cfr., art. 37.3 TRLPI 1996), excluyendo así por completo la posibilidad del llamado préstamo virtual o puesta a disposición gratuita a distancia de los recursos de estos establecimientos. Se llega así a la conclusión de que sólo puede ofrecerse material digital en línea si es de dominio público o si cuenta con el consentimiento expreso de los titulares de derechos. No se valora, por el momento, una ampliación de los límites para bibliotecas que faciliten determinadas prácticas de puesta a disposición en línea temporal y gratuita que, como hemos visto, ya se vienen produciendo en la práctica anglosajona.

La posterior Comunicación y Recomendación de la Comisión, de 24 de agosto de 2006, sobre la digitalización y accesibilidad del material cultural y la conservación digital (COM2006 3808 final), insiste en la necesidad de potenciar el valor cultural y económico del patrimonio europeo, ampliando la disponibilidad de los contenidos europeos tanto en beneficio de los usuarios finales como de los operadores económicos que deseen ofrecer productos y servicios relacionados con los bienes culturales. Ante las dificultades que plantean los derechos de propiedad intelectual, se recomienda comenzar por la digitalización y puesta a disposición de obras en dominio público, y, para liberar siquiera parcialmente el acceso a materiales protegidos, se recomienda también potenciar los mecanismos de gestión de licencias sobre obras huérfanas y obras descatalogadas, así como acuerdos en forma de licencia no exclusiva con los distintos titulares de derechos de propiedad intelectual.

Las Conclusiones del Consejo de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2006, sobre la digitalización y la accesibilidad en línea del material cultural y la conservación digital (DOCE 2006/C297/01), confirman la importancia de emprender trabajos en la digitalización, conservación y puesta a disposición de contenidos digitales, dentro del pleno respeto de la legislación comunitaria e internacional en materia de propiedad intelectual, animando a los titulares de contenidos a alcanzar acuerdos para que sus contenidos puedan ser objeto de búsqueda y resultar accesibles a través del punto común de acceso multilingüe, e instando a las autoridades competentes para impulsar acuerdos singulares o colectivos entre instituciones culturales (bibliotecas, archivos...) y los titulares de propiedad intelectual para lograr que los contenidos protegidos puedan hacerse accesibles en línea mediante contratos de licencia, así como a establecer mecanismos técnicos y jurídicos para la digitalización y accesibilidad de obras huérfanas y descatalogadas, estableciendo un marco legislativo adecuado para la conservación digital con especial atención al depósito legal de materiales digitales.

El Informe del Alto Grupo de Expertos en Bibliotecas Digitales i2010 sobre los derechos de autor, la preservación digital, obras huérfanas y obras descatalogadas, de 18 de abril de 2007, pone de manifiesto la insuficiencia de los límites al derecho de autor (en particular los límites de reproducción y puesta a disposición en bibliotecas e instituciones similares) para fomentar la digitalización, conservación y puesta a disposición de contenidos culturales, recomendando a los Estados miembro la creación de soluciones legales adecuadas para permitir el uso con fines no comerciales o comerciales de obras huérfanas, siempre que una búsqueda razonable o de buena fe de los titulares de la propiedad intelectual no ofrezca ningún resultado positivo, previendo en todo caso remuneraciones por si aparecen en algún momento los titulares de derechos, y recomendando también que se impulsen acuerdos de licencia con titulares de derechos para permitir la digitalización y el acceso sobre obras descatalogadas que estén en el repertorio de bibliotecas, archivos y museos, incluso aunque fuera solamente en redes cerradas, y dejando abierta en todo caso una posible revocación de la licencia por los titulares si decidieran volver a comercializar la obra.

Finalmente, la Resolución del Parlamento Europeo, de 27 de septiembre de 2007, «i2010: Hacia una biblioteca digital europea» (2006/2040 INI), recomienda, en una primera fase, la digitalización y puesta a disposición de materiales de texto libres de derechos por estar en dominio público, para, en una segunda fase, integrar contenidos de todo tipo con protección vigente, potenciando los acuerdos con los titulares de derechos, prestando especial atención a las obras huérfanas y descatalogadas. A juicio del Parlamento Europeo, la futura biblioteca digital europea debería permitir a los usuarios consultar íntegramente contenidos libres de derechos y, siquiera en forma de extractos, los contenidos protegidos, así como la posibilidad de hojear virtualmente los contenidos (de forma parecida al proyecto de Google Books Search), previendo que el acceso a la totalidad del contenido pueda efectuarse a partir de enlaces, de acuerdo con los titulares y a cambio de una remuneración justa.

En junio de 2008, el Alto Grupo de Expertos en Bibliotecas Digitales ha adoptado y publicado el «Informe Final sobre conservación digital, obras huérfanas y obras descatalogadas», así como un «Informe Final sobre acciones comunes entre instituciones públicas y entidades privadas» (*Public Private Partnerships*), que contiene recomendaciones sobre la cooperación pública-privada en el área de la información científica. Asimismo, se han publicado las directrices para una búsqueda diligente de obras huérfanas por sectores específicos (*Sector-Specific Guidelines on Due Diligence Criteria for Orphan Works*) y se ha firmado un *Memorandum of understanding on Diligent Search Guidelines for Orphan Works* entre representantes de bibliotecas, archivos y titulares de derechos, donde se

establecen los criterios razonables para la búsqueda diligente para poder considerar una obra huérfana con vistas a impulsar su digitalización, conservación y puesta a disposición (*vid.* en http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/index_en.htm).

Es evidente que las instituciones comunitarias están dando pasos importantes para lograr hacer realidad el acceso al patrimonio cultural europeo, mediante el proyecto Biblioteca Digital i2010. Pero todavía están muy lejos de crear un marco satisfactorio para los intereses de las bibliotecas y de sus usuarios. No basta con «llenar» el ciberespacio de contenidos preexistentes, sino que es preciso dar acceso a los nuevos contenidos que día a día aparecen en el mercado. Lógicamente habrá que compatibilizar el acceso con los derechos de propiedad de autores y editores.

En la era del acceso es preciso que confluyan los contenidos preexistentes con contenidos de nueva creación. A los repositorios institucionales de contenidos anteriores digitalizados en régimen de libre acceso, se sumarán repositorios que contengan nuevas creaciones puestas por sus autores voluntariamente a disposición del público en régimen de acceso abierto, mediante licencias públicas generales del tipo *Creative Commons* o similares. Pero para conseguir que el acceso al patrimonio cultural sea mucho más amplio, es preciso emprender conversaciones serias entre las instituciones y entidades culturales y los titulares de derechos de propiedad intelectual, para que se puedan poner a disposición del público contenidos protegidos, más allá de las obras huérfanas y descatalogadas, que poco o nada interesan al gran público. Los titulares tienen que apostar por dar acceso a sus contenidos, buscando fórmulas que permitan el sostenimiento de un régimen digno de remuneraciones. Si no es posible el acuerdo el legislador tendrá que pensar en fórmulas que sirvan para compatibilizar los intereses en juego sin dar la espalda a la era de la información. Quizás la fórmula puede venir por la puesta a disposición temporal de contenidos en línea a usuarios de la biblioteca, mediante Intranet o Internet, abonando una remuneración equitativa razonable gestionada por entidades de gestión colectiva. Y ello tanto para contenidos impresos como para contenidos digitales en los que la biblioteca adquiriera derechos de uso multiusuario.

Es preciso impulsar las licencias con editores y productores, para lo cual entiendo que será fundamental la intervención de las entidades de gestión colectiva sectoriales; tanto para gestionar licencias de obras huérfanas y descatalogadas, como para gestionar acuerdos sobre obras y prestaciones que estén en el mercado. El respeto a la propiedad intelectual debe combinarse con amplias posibilidades de acceso y es preciso impulsar acuerdos con los distintos grupos de intereses, donde las bibliotecas pueden tener un papel relevante. La era de la información así lo exige.

Reflexiones finales

Ondorio gisa: una visión para el futuro

*Andrés Urrutia Badiola**

Hasteko, eskerrak eman behar honetarako gonbitea jaso duelako euskararen akademiak. Eskerrak, orobat, antolatzaileei eta parte hartzaileei, jabetza intelektualaren inguruko hausnarketa hau zinez pozgarria eta abe-rasgarria egin dutelako.

Begien bistakoa da hau ez dela izango gai honi buruzko azken go-goeta. Dena den, aurrerapauso nabarmena izan da egunotan hemen erabili dena eta ziur nago egindako lanaren emaitzak laster gizarteratuko direla.

Etorkizuna dugu eginkizun; are gehiago, jabetza intelektualaren alorrean, teknologia berriak eta egile eskubideak uztartu behar direlako egungo kultura eta ezagumenduaren zabalkunderako.

Baditugu horretan ardura bereziak bai unibertsitateko argitaletxeek, bai akademiak eta ikerketa zentroek ere. Euskal Herriaren kasuan, gainera, horrek berebiziko garrantzia dauka elebitasunaren ikuspegitik, besteak beste, jokoan dagoelako euskararen geroa.

1. Aproximación general

Confieso, no sin un cierto rubor, que tener que dar una visión sobre el futuro en un tema como la propiedad intelectual es algo que me desborda, no sólo a mí sino, estoy seguro, a muchos de los que aquí estamos, juristas apegados al derecho positivo y para los que la norma, una vez publicada, adquiere la categoría de elemento insustituible en la aplicación del derecho.

La reflexión que se impone y, sobre todo, la investigación que se prevé, en materia de propiedad intelectual, desde una perspectiva jurídica, tiene a mi juicio, múltiples variantes que hacen que una realidad, tan cam-

* Datos de Andrés Urrutia.

biente y que va a lomos de una tecnología de desarrollo rapidísimo, sea difícil de aprehender desde el derecho, más orientado hacia una regulación de lo ya existente que lo del porvenir.

Decía, y lo reitero, que si bien el tema es muchas veces de difícil tratamiento unitario, no es en menor medida carente de interés porque hoy el conocimiento y la cultura van estrechamente unidos al empleo de las nuevas tecnologías y a su difusión social lo más extensa posible.

¿Dónde quedan por tanto el «hacer» del autor, o, en su caso, del grupo de autores que logran, mediante su esfuerzo, trasladar a una obra el arte o el conocimiento que llenan todos ellos?

¿Qué han de hacer las universidades, las industrias de la lengua, o instituciones como las academias, a la hora de gestionar los derechos de propiedad intelectual de sus contenidos?

Las preguntas podrían, ciertamente, extenderse mucho más y tocar puntos muy variados.

Hoy, sin embargo, me interesa ver más allá del derecho positivo y preguntarme por esa realidad que luego las normas han de conformar.

Citaré para esa reflexión dos argumentos: el primero, los años que uno lleva en la gestión cultural, dando cuenta de la intersección del derecho y del mundo de la cultura, así como de sus manifestaciones más genuinas tales como las publicaciones en diferentes soportes.

El segundo, el hecho de que esta actuación tenga lugar en una sociedad bilingüe, con dos o más lenguas en contacto (castellano/euskera/francés/inglés) y con toda una problemática derivada del grado de diferente implantación y utilización social de ambas lenguas, con los desequilibrios que ello genera en la génesis y distribución de la cultura y el conocimiento.

A estos dos vectores, hay que añadir un tercero, motivado por el hecho de representar hoy y aquí a una entidad plenamente incardinada en el mundo de la cultura, una entidad que además marca el terreno de juego en la estandarización de la lengua vasca y tiene un largo currículum de actuación cultural durante los 90 años de su existencia en todas los territorios de lengua vasca de España y Francia.

Ciertamente, dar una visión de futuro hoy y aquí, desde el País Vasco y para quienes hoy trabajamos aquí, implica percatarnos en primer lugar de las líneas maestras de la evolución de la cultura y del conocimiento en nuestro territorio y con nuestros condicionantes y su proyección europea y universal.

2. Conocimiento y cultura

Hoy en día es un elemento común, un tópico, hablar de investigación, de desarrollo y de innovación. La formula puede acoger aún más suman-

dos pero es evidente que, en el caso del País Vasco, viene determinado por una serie de factores diferentes, que yo centraré desde el punto de vista de la relación del autor con el texto:

La *primera* cuestión es la de la apertura de lo global y lo local, eso que se ha llamado de lo «glocal», apertura que tiene como elemento añadido un mayor impacto de lo global en lo propio y a su vez un mayor conocimiento de lo propio por los demás, sin barreras o cortapisas de ningún tipo.

La *segunda* cuestión es la de la irrupción en el mercado del conocimiento y de la cultura de nuevas realidades como las industrias de la lengua y del conocimiento que, junto con los proyectos de mejora y excelencia de los operadores tradicionales como las universidades, han producido una mayor abundancia de referentes en esta materia a la hora de crear contenidos susceptibles de propiedad intelectual.

La *tercera*, y la más cotidiana, es la entrada en el mercado de múltiples dispositivos tecnológicos que llevan consigo, en palabras de Cordón y Alonso, «nuevas formas de edición y nuevas formas de lectura». Afirman, por ejemplo, estos autores que en diciembre de 2009 Amazon ha vendido, por primera vez, más *e-books* que libros editados en papel.

La evolución es tan vertiginosa que ya se nos dice que «la digitalización del libro será una de las decisiones estratégicas que tendrán que tomar los editores en los próximos años y que comportará una transformación general de la editorial, de su estrategia de producción y distribución, de sus futuras políticas de marketing y comercialización de sus libros y del mercado. En consonancia con esto la oferta de libros electrónicos es cada vez más numerosa y variada» (Cordón y Alonso, *UNE Libros 20*, pp. 21-22).

Supuesto lo anterior, la siguiente pregunta es cómo establecer pautas de actuación cara a estas nuevas realidades que nos permitan operar de cara al futuro.

La tendencia, lo he citado antes, es la de que hay que tomar una serie de decisiones de gran calado, que a mi juicio, serán de naturaleza diferente en un caso u otro, pero que desde nuestra perspectiva, como institución científica y cultural como Academia de la Lengua y de forma muy parecida a lo que ocurre con las universidades ha de pasar por:

- a) Estimular la producción de contenidos científicos, académicos y culturales en soporte electrónico, e ir hacia esta vía, sin olvidarnos, por ahora del papel. La generalización de ordenadores portátiles y herramientas de lectura va a tener que ver mucho con esto.
- b) Organizar la distribución de estos contenidos de forma rápida y ágil, poniéndolos a disposición de la comunidad científica y acadé-

mica, mediante las nuevas tecnologías, aulas de ordenadores, aparatos de lectura, pizarras electrónicas etc.

- c) Orientar la política de marketing y comercialización por esa vía, utilizando de forma todavía más intensa las opciones de Internet.

Como señalan Cordón y Alonso, «hay que destacar la progresiva mentalización del sector editorial acerca del cambio de tendencia que se está operando en el ámbito del libro, similar al que en su momento ocurrió en el de la revistas científicas o en las obras de referencia. Un signo de estos cambios es que la Feria del Libro de Frankfurt dejará pronto de ser *Book Fair* para ser *Media Fair*, debido al empuje de los soportes digitales. En España se ha celebrado en noviembre de 2009 la primera feria del libro digital. En noviembre de 2009 se presentó el estudio «La digitalización del libro en España» (Dosdoce, 2009). En él se consideraba que la digitalización del libro será una de las decisiones estratégicas que tendrán que tomar los editores en los próximos años y que comportará una transformación general de la editorial, de su estrategia de producción y distribución, de sus futuras políticas de marketing y comercialización de sus libros y del mercado. En consonancia con esto la oferta de libros electrónicos es cada vez más numerosa y variada» (Cordón y Alonso, *UNE Libros 20*, p. 22).

Es evidente que esos objetivos no nos deben distraer de lo que es la razón de ser del editor universitario:

Los recortes no pueden convertir al editor universitario en un «facilitador de herramientas». Es una tentación, desde luego, para el gestor que reparte los dineros, el interpretar la publicación electrónica como el manejo de un programa de ordenador. Pero no. No hay tal papel subsidiario. Cuidado aquí con los riesgos del lenguaje: «productores de contenidos» (investigadores), «gestores de contenidos» (editores), «agregadores de contenidos» (distribuidores). Perífrasis que no contribuyen precisamente a clarificar la situación. La exigencia de calidad para las publicaciones científicas es igual o más alta en la Red que en el soporte tradicional. Y para eso está el editor, cuyo trabajo no es sustituible. Aunque algunos quieran pescar en río revuelto (Javier Badia, *UNE Libros 21*, p. 31).

A corto y medio plazo, no cabe duda de que seguirán siendo compatibles los formatos que hoy conocemos. La habilidad de cada uno consistirá en ser capaces de lograr esa transición entre ambos soportes y ser capaces de navegar en ese periodo transitorio que se presume no excesivamente corto.

Las sinergias y las alianzas serán importantes, sobre todo, en el ámbito de la edición universitaria y, desde luego, será imprescindible una adecuación de los textos legales a estas nuevas realidades.

Suelen decir que los juristas resuelven los problemas solicitando la reforma de la legislación vigente, lo que inexorablemente lleva a que una vez logrados estos cambios, de nuevo se tenga que solicitar el cambio, en la consciencia, ya milenaria, de que el derecho trata siempre de aprehender una realidad que le resulta fugaz y difícilmente abarcable.

Es cierto que una visión de futuro tiene, casi diría que de forma inexorable, que solicitar esa actualización constante del campo jurídico de la propiedad intelectual, pero ese derecho, que como hoy ocurre ya, tendrá un futuro altamente tecnificado y deberá conjugar el derecho del autor (no sólo persona física) con el reconocimiento de su obra y la explotación de la misma, derecho muchas veces difícilmente mensurable y reducible a una objetivación mercantil.

Una vez más, se impone la interdisciplinariedad y la búsqueda de la colaboración entre especialistas. Los juristas somos, en este campo, parte de esos especialistas, pero no los únicos.

La historia nos ha demostrado que las nuevas realidades exigen un esfuerzo intelectual y jurídico del que estas jornadas son un excelente exponente.

Estoy seguro que no serán las últimas y que el tema nos ocupará a lo largo de los próximos años a quienes tenemos responsabilidades de diferente índole en este campo.

Por eso es de agradecer este encuentro, especialmente en lo que se refiere a los organizadores, que muestran una sensibilidad no demasiado común entre nosotros a la hora de encarar estos temas.

Desde la institución que represento, muestro agradecimiento y nuestros votos para que en este apasionante proceso seamos capaces de caminar juntos, a la búsqueda de soluciones eficaces y válidas para nuestra sociedad.

Álbum fotográfico



Edificio Biblioteca CRAI



Gloria Pérez Salmerón y Javier Torres Ripa



Rueda de prensa. De izquierda a derecha, Kirmen Uribe, José Antonio Gómez Hernández y Gloria Pérez Salmerón



Antonio Muñoz y Carolina Pina



Edificio central de la Universidad de Deusto



Javier Torres, Kirmen Uribe y Javier Elzo



Glòria Pérez-Salmerón y José Antonio Gómez



Isabel Hernando Collazos



Gema Tomás



Estas jornadas tuvieron gran éxito de público



El Director de Publicaciones Javier Torres y el escritor Kirmen Uribe



Glòria Pérez-Salmerón. Directora de la Biblioteca Nacional



Antonio Isabel, Begoña Urigüen, Andoni Sagarna y José Antonio Gómez



Participantes en los Diálogos durante una de las sesiones de trabajo

El *copyright* en cuestión *Prólogo de Kirmen Uribe*

Nos guste o no, tenemos que asumir que nuestros hábitos de creación, acceso y consumo cultural están experimentando una transformación histórica con la llegada de Internet.

En los próximos años tendremos un acceso ilimitado a cantidades inmensas de contenidos digitales creado por los propios ciudadanos, lo que conllevará una reorganización de los sistemas educativos y del sector cultural.

Ante estas nuevas formas de crear, acceder y consumir la cultura, los autores, editores, libreros y bibliotecarios, entre otros, deberán reflexionar sobre cuál será su papel en la sociedad digital.

La lectura de este libro se convertirá en una brújula para profesores, alumnos, profesionales del mundo jurídico y, por supuesto, para los autores del siglo XXI, que quieran entender las implicaciones del impacto de Internet en la propiedad intelectual.

Javier Celaya