

ENTENDER EL DERECHO DE AUTOR*

Rafael Sánchez Arísti

Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Rey Juan Carlos Madrid

Sumario: 1. Planteamiento. 2. El artículo I: “fregonas y maletas de ruedas”, de Juan C. Rodríguez Ibarra. A) La creación no surge en el vacío: los ejemplos de la fregona y la maleta de ruedas. B) La propiedad intelectual de las creaciones musicales y audiovisuales *versus* la propiedad intelectual de las obras plásticas y arquitectónicas. C) La comercialización de las obras intelectuales en ciertos sectores: formatos de producción *versus* formatos de consumo. D) Conclusión: una propuesta para que los autores no se mueran de hambre o la panacea del estado subvencionador. 3. El artículo II: “parábola de Rodríguez Ibarra y las naranjas”, de Antonio Muñoz Molina. 4. El artículo III: “derechos de autor, antes y ahora”, de Juan C. Rodríguez Ibarra. A) Intereses particulares *versus* intereses generales. B) Los derechos de autor: conquista reciente. C) El adalid del *software* libre. D) Otra vez el estado. E) Superando la explotación basada en el soporte físico. F) Superando la explotación mediante intermediarios. G) Industrias culturales *versus* industrias de las TIC. H) Epílogo.

1. PLANTEAMIENTO

En diversos días del mes de enero de 2010 las páginas de un periódico de tirada nacional sirvieron de escenario a una polémica entre dos conocidos personajes, un ex político y un literato, a propósito de los derechos de autor: de su razón de ser, de su finalidad, del modo en que está articulada su protección jurídica. Aunque tanto en la prensa escrita como en otros medios de comunicación existe un amplio debate público en torno a dicho tópico, este duelo dialéctico presentaba un interés especial, no sólo por la identidad de quienes lo protagonizaron, sino también porque la disputa se planteaba en unos términos que permitirían ofrecer una relativamente fácil respuesta o contrapunto a los argumentos utilizados, favoreciendo así la realización de un ejercicio

didáctico alrededor de la regulación jurídica de estos derechos, los cuales vienen siendo objeto de una muy extendida incomprensión, probablemente porque en primer lugar vienen siendo objeto de una insuficiente explicación, tanto a nivel divulgativo como desde el punto de vista de la enseñanza técnica que se imparte en las facultades de Derecho. Ese ejercicio didáctico se hace más pertinente cuando personas que gozan de celebridad en otros campos y que difunden su opinión desde tribunas privilegiadas, realizan juicios sobre la legislación de derechos de autor sin emplear el rigor que sería deseable.

Por otro lado, la realidad nos muestra día a día que la pedagogía en torno al derecho de autor ha de descender a niveles francamente elementales. Parece necesario convencer de as-

* El presente estudio se publica nuevamente en las páginas de este volumen de la revista, pues a causa de un error por parte de la coordinación de la misma, apareció reproducido en el número anterior sin las notas que el texto llevaba incorporadas. (Nota del Editor).

pectos tan básicos como que la existencia de este tipo de propiedad no es más cuestionable que la de la propiedad en general, que por tanto merece ser igualmente respetada conforme a las prescripciones legales, las cuales captan —mejor o peor es otra cuestión— el equilibrio entre el interés particular del autor en obtener protección sobre sus creaciones y el interés de la sociedad en acceder al disfrute de los bienes intelectuales de la manera más libre y menos onerosa posible. Curiosamente, la sociedad no parece necesitar ser convencida o ilustrada acerca de que es correcto que exista la propiedad sobre los inmuebles, las alhajas, los caudales depositados en los bancos o los vehículos a motor. Tampoco parece difícil de conseguir que el gran público asuma que la apropiación, sin permiso de su dueño, de un objeto material ajeno constituye una acción ilícita, con toda probabilidad perseguible penalmente, mientras que resulta poco menos que imposible persuadir a una gran parte de la ciudadanía de que la apropiación sin permiso de su dueño de un bien inmaterial también es ilícita y que debe ser igualmente reprimida, al menos a través de acciones civiles.

La razón principal de esta ineptitud para comprender los derechos de autor probablemente deba conectarse con el ejercicio de abstracción que es necesario realizar para aprehender la existencia de un bien inmaterial —una obra literaria, una composición musical, una obra plástica—, por encima o más allá de los objetos materiales —libro, disco, cuadro— en los que dicha obra se manifiesta o exterioriza en el mundo de los sentidos, así como el desdoblamiento que consiguientemente se produce entre la titularidad de la propiedad intelectual sobre la obra y la de la propiedad ordinaria sobre su soporte. Se halla preocupantemente extendida la convicción de que el adquirente del ejemplar de una obra está facultado para compartir con otros sujetos —todos los usuarios de la red, si se piensa en la virtualidad de determinadas aplicaciones de Internet— el ejemplar que ha adquirido, en el entendimiento de que esa facultad constituye un rasgo inherente a su condición de propie-

tario. Sin embargo, ello supone ignorar que el título de adquisición del ejemplar no comporta la adquisición de los derechos de autor sobre la obra¹, y que, puesto que sólo se puede compartir aquello que se tiene, únicamente al autor —propietario intelectual— incumbe decidir si su obra será objeto o no de esa clase de diseminación altruista².

La protección jurídica de las obras intelectuales está adaptada a su singular naturaleza, y consiste básicamente en la asignación al titular de los derechos —en origen el autor, con posterioridad normalmente un cesionario de éste— de la facultad de sacar provecho de las mismas en exclusiva mediante su explotación en actividades con terceros, de forma que quien desee reproducir, distribuir, comunicar públicamente o transformar esa obra deberá proveerse del permiso del titular o de la entidad a quien éste haya encomendado la gestión de sus derechos³. Es decir, a diferencia de la propiedad ordinaria, la propiedad intelectual no está basada en el valor de uso del bien objeto del derecho, sino en su valor de explotación. De ahí que no quepa hacer simplistas traslaciones de los esquemas de la propiedad sobre los bienes materiales a la de los bienes inmateriales. Esa protección de los derechos de propiedad intelectual sobre las obras se asegura durante un cierto periodo de tiempo (como regla, toda la vida del autor y hasta setenta años después de su muerte), aunque la ley contempla algunos límites o excepciones que permiten que, incluso durante ese periodo, se puedan realizar ciertas utilidades o explotaciones de la obra sin necesidad de obtener permiso del titular. Ambos aspectos —duración y límites— son un claro reflejo de la función social que cumple esta clase de propiedad, lo que constituye un rasgo inherente a toda propiedad por mandato del artículo 33.2 de la Constitución española (CE).

El hecho indudable —convertido en fácil alegato por parte de los que abogan por un recorte, o incluso por la desaparición, de los derechos de autor— de que detrás de las obras hay cultura y que el acceso a ésta debe ser favorecido por los poderes públicos (artículo 44 CE),

no faculta a los ciudadanos para procurarse los bienes intelectuales al margen de los permisos legales y canales de comercialización por los que legítimamente hayan optado los titulares⁴. Se tiende a confundir la promoción del acceso a la cultura con la gratuidad del acceso a todos los bienes intelectuales, aunque éstos tengan dueño. Los poderes públicos también deben favorecer el acceso a la vivienda (artículo 47 CE), pero eso no significa que el Estado esté obligado a proporcionar una vivienda gratuita a cada ciudadano. Esa clase de favorecimiento tiene más que ver con la creación de las condiciones adecuadas dirigidas a hacer efectivo el disfrute de los bienes en cuestión por el mayor número posible de ciudadanos, que con un suministro directo de esos *inputs*. En el caso de la cultura, el mandato constitucional se traduciría en medidas tales como el establecimiento de ventajas fiscales a favor de los sujetos que comercializan o consumen bienes culturales, la subvención de determinados proyectos o iniciativas culturales, o la creación de bibliotecas, museos, auditorios, teatros y centros culturales para aproximar la cultura al ciudadano. Por lo demás, el mandato de promoción del acceso a la cultura —como el de la vivienda— se dirige a los poderes públicos y no a los particulares, quienes no tienen por qué suministrar gratis a otros particulares un bien de su propiedad. El autor ya contribuye suficientemente a garantizar el acceso a la cultura cuando decide divulgar su obra al público⁵.

Al igual que la propiedad intelectual no está reñida con el favorecimiento del acceso a la cultura, tampoco representa un obstáculo a la libre circulación de las ideas y la información, ya que lo protegido por el derecho de autor no son éstas como tal, sino la original forma en la que han sido expresadas o conformadas por un determinado autor. Es únicamente la forma expresiva de la obra la que no puede ser explotada sin el permiso del autor, mientras que las ideas e informaciones subyacentes —en tanto elementos pertenecientes al común— pueden volver a ser empleadas por otros autores, y en general ser utilizadas libremente por cualquiera⁶.

El presente trabajo se configura como una suerte de reseña y comentario de los tres artículos que sucesivamente se publicaron dando cuerpo a la polémica a la que me he referido. El primero, de Juan Carlos Rodríguez Ibarra, titulado “Fregonas y maletas de ruedas” fue publicado por El País de 5 de enero de 2010; el segundo, de Antonio Muñoz Molina, apareció en El País de 7 de enero de 2010 bajo el título “Parábola de Rodríguez Ibarra y las naranjas”; y el tercero, de nuevo de Rodríguez Ibarra, se titulaba “Derechos de autor, antes y ahora” y se publicó en El País de 27 de enero de 2010. Me referiré a ellos como el artículo I, el artículo II y el artículo III, y a sus autores mediante las iniciales respectivas: JCRI y AMM.

2. EL ARTÍCULO I: “FREGONAS Y MALETAS DE RUEDAS”, DE JUAN C. RODRÍGUEZ IBARRA

Los temas abordados en este artículo son básicamente tres, todos ellos en tono crítico con los derechos de autor o con el modo de comercializarlos, o dirigidos a poner de manifiesto las contradicciones internas del sistema. Estos tres grandes argumentos se ven complementados con una suerte de colofón en forma de propuesta para que los autores, cuya propiedad intelectual es tachada de “discutible” e incluso susceptible de ser negada desde una concepción de izquierdas, puedan al menos recibir “algún tipo de remuneración”, parece que más a título de concesión graciosa que de auténtico derecho subjetivo. Veamos cuáles son los tres argumentos principales del artículo, para después desgranar la propuesta que sirve de cierre al mismo.

A) LA CREACIÓN NO SURGE EN EL VACÍO: LOS EJEMPLOS DE LA FREGONA Y LA MALETA DE RUEDAS

Recurre JCRI a la técnica del ejemplo para ilustrar su primer argumento, y en concreto

lo hace tomando como referencia dos objetos: la fregona y la maleta de dos ruedas. Sobre la base de que, para inventar ambas, hubieron de existir primero otros inventos que las precedieran (tales como el palo, el trapo, la rueda y la maleta sin ruedas), intenta persuadir al lector de que no puede haber creaciones surgidas de la nada, porque todas habrán de apoyarse siempre en otras ya existentes, lo que le lleva a interrogarse sobre si “le corresponde algún tipo de propiedad intelectual al inventor de la fregona y al inventor de la maleta de ruedas”. Como aclaración preliminar, se hace necesario decir que los dos objetos a los que se refiere el ejemplo puesto por JCRI no son obras intelectuales sino inventos, siendo así que su artículo versa sobre las primeras y no sobre los segundos. Los inventos son objeto de un derecho de patente (lo que en el sistema jurídico español constituye un derecho de *propiedad industrial*, regulado en la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes), mientras que las obras intelectuales son objeto de un derecho de autor (que en nuestro ordenamiento constituye un derecho de *propiedad intelectual*, regulado en la Ley del mismo nombre de 1987, refundida por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril). Inventos y obras ni son lo mismo, ni se sujetan a los mismos requisitos de protección, ni confieren los mismos derechos a inventores y autores respectivamente. Sea como fuere, concediendo —a favor de JCRI— que inventos y obras intelectuales presentan suficientes similitudes a los efectos que se pretende, pues no en vano ambos pertenecen a la gran familia de los bienes inmateriales, podemos pasar por alto la mezcolanza de conceptos y adentrarnos en su razonamiento.

En sustancia, lo que trata de demostrar JCRI es que todo proceso humano de creación es reducible a un mismo esquema: la unión o combinación de elementos anteriores, previamente creados o inventados por otras personas. Los ejemplos aludidos le sirven para apuntalar su argumentación, pues al fin y al cabo ambos se limitarían a ser la combinación de otros dos inventos que ya existían por separado. ¿Cómo pretender la asignación de un derecho de pro-

piedad a partir de estas premisas?, se pregunta JCRI. Este interrogante admite respuestas a distintos niveles.

En un nivel muy básico se hace imprescindible corregir la simplista descripción que JCRI hace de la fregona y de la maleta con ruedas, puesto que ella le sirve como apoyatura sobre la cual formular su pregunta. La fregona —que se patentó bajo el nombre “mejoras en los sistemas escurridores por compresión” tal y como consta en el título de concesión a su inventor, el 17 de abril de 1964— no es, por rudimentario que este invento pueda parecer, *la simple unión de un palo y un trapo*. Desafío al lector a que tome en su mano izquierda un trapo y en su mano derecha un palo y a continuación los una: el resultado no es una fregona. Lo que JCRI llama el “trapo” no es tanto un mero pedazo de tejido susceptible de ser utilizado para la limpieza, como la suma de muchas tiras de algodón sujetas a poca distancia unas de otras, conformando una tupida estructura que da a la fregona su utilidad característica. Por otro lado, el nexo de unión entre el “trapo” y el “palo” debe ser lo suficientemente sofisticado como para garantizar que el primero se mantenga sujeto al segundo aun cuando éste se desplace por rincones y lugares de difícil acceso. En fin, la fregona no sería lo que es si no fuera por el cubo que, dotado de un escurridor, permite impregnar y aclarar alternativamente las tiras de algodón a medida que se desarrolla la operación de fregado. Pero, más que cualquier descripción meliorativa que podamos hacer en este instante de ese invento, lo que demuestra que la fregona es algo más que la simple unión de un palo y un trapo es que, a pesar de que el palo y el trapo formaban parte de la colección de útiles domésticos que la humanidad llevaba empleando desde hacía siglos, hasta que D. Manuel Jalón Corominas no tuvo la “ocurrencia” —JCRI *dixit*— de conjugar ambos elementos de esa forma peculiar, nadie antes que él lo había hecho. Si se tratara de un simple producto consecuencia mecánica de lo ya habido, de la mera unión de dos cosas hartamente conocidas, ¿cómo se explica que sucesivas generaciones de hombres y

mujeres no hubieran caído en la cuenta de que se podía lograr un utensilio como ése a partir de un palo y de un trapo? Si, como da a entender JCRI, el recorrido que va desde el trapo y el palo hasta la fregona es tan insignificante, lo lógico es que su invención se hubiera producido en el siglo II a. C. y no en el año 1964⁷.

Algo similar cabe decir de la maleta con ruedas: ni la descripción que JCRI hace de este invento hace justicia a la complejidad que encierra y a las múltiples variantes que de él se pueden encontrar, ni resulta apropiado describirlo como la mera suma o yuxtaposición de dos inventos anteriores. Es evidente que todo invento puede ser reducido a sus componentes básicos (v. gr. un helicóptero podría ser descrito como un automóvil con una hélice instalada en el techo), la clave radica en cómo están diseñados y combinados esos componentes, por ejemplo —volviendo a la maleta con ruedas— en cómo lograr que el sistema de ruedas y manija retráctil no incremente excesivamente el peso de la maleta, disminuya lo menos posible su capacidad de carga y no dificulte su almacenamiento y transporte en los juegos de maletas en los que éstas se introducen unas dentro de otras. Como puede verse, son muchos los factores a tener en cuenta en estos “simples” inventos que JCRI califica como meras *ocurrencias* que fácilmente se vienen a la mente de cualquiera toda vez que se conocen los elementos que los integran.

En un segundo nivel de respuesta habría que precisar que los objetos protegidos por la Ley de Patentes pertenecen a dos categorías: los inventos propiamente dichos y los modelos de utilidad. Los primeros son patentables cuando consistan en “invenciones nuevas”, “impliquen actividad inventiva” y “sean susceptibles de aplicación industrial”, aclarando la Ley que una invención: (a) es nueva si no está comprendida en el estado de la técnica (b) implica actividad inventiva si no resulta del estado de la técnica de una manera evidente para un experto en la materia; y (c) es susceptible de aplicación industrial cuando su objeto puede ser fabricado o utilizado en cualquier clase de industria, incluida la agrícola. Frente a ellos,

los modelos de utilidad vendrían a ser inventos de segundo grado, en el sentido de que suponen dar una nueva configuración, estructura o constitución a un objeto ya existente, a fin de lograr alguna ventaja apreciable para su uso o fabricación⁸. Aunque también se exige que el modelo de utilidad reúna novedad y actividad inventiva, éstas se definen de una manera menos exigente que en el caso de los inventos. Consecuentemente, mientras que la patente tiene una duración de veinte años improrrogables contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de concesión, la protección del modelo de utilidad se extiende únicamente por espacio de diez años. Esto significa que, ciertamente, algunas invenciones industriales pueden constituir variantes o derivaciones a partir de otras anteriores, y que el ordenamiento jurídico tiene en cuenta esa característica (la menor carga de novedad, la menor actividad inventiva, su carácter dependiente de un invento anterior en definitiva) para concederles una protección de menor intensidad. La intuición de JCRI por tanto sólo es correcta en parte, ya que no se trata de que ese tipo de invenciones estén legalmente desprotegidas, sino de que gozan de un nivel de protección inferior al de los inventos propiamente dichos. En el ámbito de las obras intelectuales ni siquiera existe esa menor intensidad en la protección: las obras derivadas —obras que proceden de otras obras preexistentes, tales como las traducciones, los arreglos musicales o las adaptaciones—, toda vez que han sido autorizadas, se protegen a favor de su autor con la misma extensión y durante el mismo plazo de tiempo que cualquier otra obra.

Pero aún cabría un tercer nivel de respuesta ya que, aunque todas las invenciones o creaciones fueran de la especie descrita por JCRI —meras uniones o combinaciones a partir de las invenciones o creaciones ya existentes— habría las mismas razones para proteger unas y otras por el derecho de patente y el derecho de autor, ya que sencillamente ése sería todo el nivel inventivo o creativo que le ha sido dado al hombre. El interrogante que formula JCRI revela una suerte de asombro ante la constata-

ción de la insignificancia del hacer intelectual humano. Observar que la invención y la creación son actividades que sólo pueden avanzar apoyándose en lo previamente conseguido por otros inventores y creadores no es erróneo, pero la clave es que ello no hace de menos a quienes inventan o crean, los cuales estarían alcanzando el punto máximo de la escala por la que se miden los actos humanos. Por consiguiente, a la pregunta de a qué propiedad intelectual se refieren los que hablan de “sus” creaciones y de “su” propiedad intelectual, habría que responder: a la única posible. El reconocimiento de una propiedad intelectual a favor de los autores no pretende significar que éstos alumbren sus obras *ex nihilo*, a la manera de un demiurgo, tan sólo se busca asignarles unos derechos en línea con el producto de lo que hacen, que podrá ser poco en términos absolutos o si lo comparamos con lo que podría hacer un ser sobrenatural, pero que es suficiente en términos relativos, si lo comparamos con lo que es capaz de hacer la media de los seres humanos.

En virtud de lo que cree haber demostrado con su ejemplificación sobre la fregona y la maleta de ruedas, JCRI da un paso más y traslada su razonamiento a la creación de baladas, melodías, películas de cine y escritos, a todos los cuales, en su opinión, les pasaría exactamente lo mismo que a aquellos dos inventos: al ser “consecuencia de la influencia” de muchas otras obras precedentes, nadie debería poder reclamar derechos sobre lo que compone, filma o escribe. Dicho de otro modo, puesto que escritores, compositores y realizadores de cine no crean sobre la nada o sobre el vacío sino sobre la base de todo lo que han leído, escuchado y visto a lo largo de sus vidas, ningún derecho debería corresponderles sobre sus escritos, canciones y películas. Según este razonamiento, el hecho de que quien crea lo hace en el contexto de todas las creaciones pasadas y contemporáneas que ha conocido, sirve para poner en cuestión su propiedad intelectual sobre el resultado obtenido, pareciéndole por ello chirriante a JCRI que algunos creadores musicales y audiovisuales españoles hablen

“hasta la náusea de sus creaciones y de su propiedad intelectual”⁹.

Es difícil asistir a una descripción tan mecanicista de la creación intelectual, a la par que tan esencialmente negacionista del papel del autor como sujeto creativo (“una película de cine ¿no es la consecuencia de las miles de películas de cine que se han creado a lo largo de la historia?”). Si hacemos caso a JCRI, el peso que sobre los autores ejerce el bagaje intelectual y cultural que han heredado es de tal naturaleza que prácticamente elimina toda posibilidad de que el resultado por ellos alcanzado pueda predicarse de su acción creativa en lugar de atribuirse a los efectos del hábitat cultural en el que se desenvuelven, o a la inercia de la tradición en la que se inscriben. Como si las obras pendiesen de ciertos arbustos a modo de frutos silvestres a los que no les queda más remedio que brotar espontáneamente dadas ciertas condiciones ambientales, pareciera que los autores nada aportan a la generación de aquéllas. Se diría que estamos ante una ley física cuya formulación es la siguiente: «dado el suficiente número de influencias culturales, se obtendrá como producto necesario una nueva obra».

JCRI debería reflexionar sobre por qué si tantas personas han leído, escuchado y visto exactamente las mismas obras intelectuales, tan sólo un pequeño porcentaje de ellas logra crear nuevas obras. Su razonamiento, basado únicamente en el objeto resultante, pasa por alto que para su consecución se necesita la intervención de una persona, la cual, tras procesar las influencias culturales recibidas, aplique su talento e inteligencia, y dedique el tiempo y esfuerzo suficientes para generar la obra¹⁰. En virtud de esa suma de ingenio, tiempo y energía el creador consigue, elevándose por encima de lo ya conocido, alumbrar un resultado original. De manera consecuente, la atribución de la titularidad o propiedad del nuevo ente intelectual alumbrado se realiza a favor del autor o creador. Esta solución —asumiendo el *prius* de que todo bien, sea material o inmaterial, necesita ser asignado subjetivamente a un titular— parece la más adecuada, primero

porque constituye una suerte de premio al talento y esfuerzo del autor, y segundo porque opera como un estímulo por el que la sociedad se asegura que no decaiga el flujo de obras intelectuales¹¹. De otro modo, en ausencia de un derecho de autor, los sujetos con aptitudes creativas carecerían de incentivos para dedicarse a esta labor intelectual, o dedicarían a ella mucho menos tiempo, pues tendrían que procurarse el sustento por otros medios. El mundo de la creación intelectual estaría abocado al amateurismo (obras creadas entre horas) o al diletantismo (obras creadas por quienes no tienen que trabajar para vivir), máxime en una época secularizada y desideologizada en la que las creencias religiosas o políticas sólo en una escasa medida pueden erigirse en fuerzas motoras para la creación intelectual, como ocurrió durante siglos en la época en la que el ordenamiento jurídico aún no reconocía un derecho de autor.

Pues bien, esos dos elementos —talento y esfuerzo— sobre cuya combinación descansa el edificio de la propiedad intelectual, resultan completamente omitidos en el análisis de JCRI, quien se muestra así refractario a la noción de autoría individual. Muy al contrario de lo que da a entender JCRI, no es el acervo cultural el que hace la obra, sino la obra —cada obra, la suma de todas ellas— la que conforma ese acervo, y antes que la obra el autor que la crea. Sin duda, en esa insensibilidad para captar el factor humano que anida tras la noción de autoría radica la dificultad de JCRI para entender —y en último extremo para aceptar— los derechos de autor.

Antes de terminar este epígrafe, se hace necesaria una breve aclaración al hilo de una de las preguntas que formula JCRI en el segundo párrafo del artículo I, con el propósito de deslegitimar la conducta de quien pretende reclamar la autoría sobre una balada. Tras considerar que su acto de creación reposará “sobre creaciones anteriores o contemporáneas”, se interroga: “¿no hubo antes que él alguien que escribió la primera balada de la historia?”. Detrás de esta frase se esconde la errónea visión de que sólo aquél que haya inaugurado el respec-

tivo género o patrón literario, musical o pictórico, concibiendo la primera balada, la primera novela negra o el primer cuadro expresionista, podría reclamar legítimamente una propiedad intelectual a título de autor. Ello supone confundir el continente con el contenido, el género con la especie, el patrón con la aplicación del mismo a un caso concreto. La obra no está en el estándar de que se haya servido el autor (ritmo de *bossa nova*, puntillismo, poesía concreta), pues éste estará al alcance de todo el que quiera servirse de él para crear, sino en la original expresión concebida por el autor para ser vertida en ese molde. Es indiferente que una obra sea la segunda pintura cubista o el enésimo soneto de la historia: aquélla será o no original con independencia de ese factor, porque la autoría no la da el género, que es del común, sino la específica combinación de palabras, notas, acordes, pinceladas o trazos concebidos y expresados —éstos sí— por un concreto autor. Entender el derecho de autor en términos de precedencia en el empleo de un modelo o patrón es —nuevamente— no entender nada de lo que es el derecho de autor, y por ello no es de extrañar que semejante incompreensión derive en una actitud contraria a la aceptación misma de la propiedad intelectual.

B) LA PROPIEDAD INTELECTUAL DE LAS CREACIONES MUSICALES Y AUDIOVISUALES VERSUS LA PROPIEDAD INTELECTUAL DE LAS OBRAS PLÁSTICAS Y ARQUITECTÓNICAS

A quien resulte difícil entender el porqué de los derechos de autor, o comprender qué es lo que constituye exactamente su objeto, cómo identificar los derechos de autor frente a otros derechos sobre bienes inmateriales como los de propiedad industrial, o cuáles son los factores que cuentan de cara a obtener la protección, seguramente le resultará mucho más arduo captar las diferencias existentes en el régimen de protección y explotación de las distintas categorías de obras, según pertenezcan a uno u otro campo de la creación intelectual. Esta

observación viene a propósito de lo afirmado por JCRI en el tercer párrafo del artículo I, en el que dice haberse trasladado a un banco del parque para seguir escribiendo. Según asegura, dicho parque habría sido diseñado por un arquitecto y frente al banco en el que se sienta habría una escultura que se deleita en contemplar, una escultura cuyo autor —nos aclara JCRI— “se la vendió al Ayuntamiento de la ciudad en la que vivo”. Acto seguido, JCRI se interroga acerca del arquitecto que diseñó ese parque y el escultor que modeló esa escultura, ¿acaso ellos no merecen la misma propiedad intelectual que los autores de música y de películas? ¿Por qué SGAE no le denuncia (sic) por estar contemplando el parque y su escultura sin pagar nada a cambio? ¿Por qué nadie le cobra por ese acto de disfrute de dichas obras intelectuales? ¿Por qué los autores de estos tipos de obras no cobran sus derechos de autor aunque usemos y miremos las obras por ellos creadas?

Intentaremos responder ordenadamente a esa batería de cuestiones, las cuales se revelan apoyadas en otras tantas suposiciones inexactas. En primer lugar debe aclararse que SGAE (Sociedad General de Autores y Editores), a pesar de que constantemente se la presente como si fuera la única entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual existente en España, no podría recaudar ni un céntimo proveniente de la explotación de obras plásticas —como son las obras de escultura y arquitectura—, para el caso de que aquí se estuviera produciendo tal explotación, y ello sencillamente porque no es ésa la clase de derechos de cuya gestión se ocupa dicha entidad. Los autores de las artes plásticas están agrupados en VEGAP (Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos) y no en SGAE, la cual gestiona los derechos, entre otros, de los autores de obras literarias, dramáticas, musicales y audiovisuales.

Hecha esta primera aclaración, procede matizar también otra de las afirmaciones que realiza JCRI, en concreto la relativa a que “quienes se dedican al ejercicio de la arquitectura también tienen reconocida la propiedad intelectual”. Ciertamente, así es. Sin embargo, la

propiedad intelectual sobre una obra de arquitectura presenta notables peculiaridades, derivadas del eminente destino práctico de la obra y de su más que probable ubicación en una vía pública. En principio, conforme a la LPI, lo protegido son los planos o proyectos de una obra de arquitectura, y aunque esa propiedad proteja al arquitecto, entre otras cosas, frente a la erección o ejecución del plano o proyecto en cuestión, no está claro que sobre la obra en sí, una vez erigida, el arquitecto tenga derechos de autor en la misma medida o extensión que cualquier otro autor sobre su obra. En todo caso, sería una propiedad intelectual sujeta a numerosas modulaciones, habida cuenta del destino práctico de la obra¹², algunas de las cuales están plasmadas de forma explícita en nuestra legislación¹³. Muy en particular, y esto vale para el arquitecto que diseña un parque público, como aquél en el que se va a sentar JCRI, pero también para la escultura que está expuesta permanentemente en dicho parque, debe tenerse en cuenta el límite a los derechos de autor contemplado en el artículo 35.2 LPI, en virtud del cual cualquiera es libre no ya de contemplar, sino incluso de reproducir, distribuir en ejemplares y comunicar públicamente por medio de pinturas, dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales “las obras situadas permanentemente en parques, calles, plazas u otras vías públicas”, y ello con independencia de que esas utilizaciones se hagan o no con ánimo de lucro o ganancia comercial.

Constatar este estado de cosas no significa estar de acuerdo con él, y de hecho se puede coincidir con la reivindicación de amplios colectivos de autores plásticos dirigida a lograr la supresión de ese límite del artículo 35.2 LPI. Sin embargo, nada más lejos de las intenciones de JCRI, quien no alude al estatus de los arquitectos y autores plásticos para denunciar que éste se halla recortado frente al de los demás autores intelectuales, sino para decir que ése debería ser el estatus general de todo tipo de obras. En otras palabras, que igual que están ahí la escultura y el parque, listos para ser disfrutados sin que el autor venga a perturbarlos con sus peticiones de cobro a través

de molestas entidades como SGAE, deberían estar también las películas y las canciones, dispuestas en la vía pública para que cualquiera pueda acceder a ellas sin tener que remunerar al autor, que por otro lado no lo merece porque —a fin de cuentas— no hace sino replicar hasta la saciedad lo ya creado y conocido.

JCRI parece no darse cuenta —a pesar de que él mismo nos informa del dato— de lo que significa que el escultor haya vendido la escultura al Ayuntamiento. Significa, en primer lugar, que el escultor sí que ha cobrado por su obra, de manos del Ayuntamiento, aceptando a partir de ese momento que dicha obra quede emplazada permanentemente en un espacio público. Se supone que precisamente por ese desprendimiento tan radical y perenne de su creación, el precio al que el escultor la habrá vendido al Ayuntamiento será superior al que cobraría si fuese a quedar emplazada en un enclave privado, o fuese a ser expuesta en un recinto público de manera temporal. En cualquier caso, es claro que el escultor al que se refiere JCRI habrá asumido voluntariamente que su obra se emplace permanentemente en un espacio de los mencionados en el artículo 35.2 LPI. Y significa, en segundo lugar, que JCRI sí que habrá pagado por poder disfrutar de la contemplación de esa estatua, es posible incluso que más de lo que le cuesta disfrutar de otro tipo de creaciones. Lo que sucede es que no lo habrá hecho directamente, para adquirir un ejemplar de la obra en el mercado, sino indirectamente, vía impuestos, lo que a la postre habrá permitido al Ayuntamiento adquirir esa obra: la cultura subvencionada, como es la consistente en las esculturas y diseños arquitectónicos emplazados en vías públicas, se sufraga por todos los contribuyentes, fórmula ésta por cierto bastante imperfecta de asegurar un retorno económico a los creadores de bienes intelectuales, ya que acaban pagando por esos bienes tanto los ciudadanos que después disfrutan de los mismos como los que no.

Si los autores de música sólo pudiesen colocar en el mercado un ejemplar de su obra en formato fonográfico, piénsese cuáles serían los honorarios que exigiría cobrar el compo-

sitor por desprenderse de esa única grabación, y cuál el tratamiento que el adquirente del mismo daría a ese ejemplar único [que a diferencia de la escultura o de la obra de arquitectura sería fácilmente reproducible]. Con toda probabilidad el comprador lo disfrutaría en privado, protegiéndose ferozmente frente a los amigos de lo ajeno, como el coleccionista de obras de arte guarda éstas en su casa bajo fuertes medidas de seguridad. Los ciudadanos menos pujantes tendríamos que conformarnos con ir a los museos a escuchar música grabada en discos, o con esperar a que nuestro Ayuntamiento pudiese adquirir, contra un fuerte desembolso de dinero público, algún disco de vez en cuando, que tal vez se escuchase por la megafonía de un parque bajo estricta vigilancia policial. Esta reducción al absurdo pone de manifiesto que no es éste el esquema de explotación y disfrute que conviene a la música grabada en fonogramas, la cual, básicamente por la eminente reproducibilidad del soporte, presenta unas características completamente distintas a las de las obras plásticas y arquitectónicas¹⁴. Precisamente por eso, el sistema de explotación y disfrute de estas últimas no puede servir de modelo al de las obras musicales o audiovisuales, mal que le pese a JCRI.

C) LA COMERCIALIZACIÓN DE LAS OBRAS INTELECTUALES EN CIERTOS SECTORES: FORMATOS DE PRODUCCIÓN VERSUS FORMATOS DE CONSUMO

La siguiente reflexión de JCRI tiene que ver no tanto con la esencia de los derechos de autor sino con el modo en que se comercializan algunos productos que llevan incorporado un derecho de este tipo. Para ilustrarla JCRI acude a un nuevo ejemplo —a una parábola, como la llama AMM en el artículo II— que tiene como protagonistas a las naranjas. Dice que cuando él va a comprar dos kilos de naranjas el frutero se limita a cobrarle por lo que ha pedido, sin pretender venderle dos kilos de melones o tres kilos de manzanas. Y añade que se ha sentido como si el frutero hubiera tenido

tal propósito cuando, al ir a la tienda de discos, el vendedor le ha querido vender un disco en el que se contenían muchas más canciones aparte de la única en la que él estaba interesado.

JCRI confunde al lector, y seguramente se confunde él, con el ejemplo que pone. La fruta al por menor se comercializa habitualmente por unidades de kilos, que puede ser incluso un término de referencia excesivo para un concreto consumidor, interesado en adquirir una cantidad inferior al kilo. Cifrándonos al ejemplo en cuestión, es muy frecuente que determinados tipos de naranjas se despachen en mallas de tres o de cinco kilos, con lo que, por más que JCRI hubiera insistido en que el frutero rompiera la malla para dispensarle sólo dos kilos de naranjas, habría sido tan inútil como solicitar del vendedor de discos que le suministrase un disco con una sola canción. La mayor parte de los productos que se ponen en el mercado se comercializan en un formato predeterminado, que es el que sirve a asegurar la rentabilidad de la producción o la mayor eficiencia en el transporte o en la distribución al por menor, sin que sea posible adaptar de manera perfecta el formato de comercialización al formato de consumo. Así, muchas conservas se dispensan en embalajes de tres latas, los huevos se comercializan en estuches de seis o de doce unidades y los yogures suelen presentarse en paquetes de cuatro envases. Algo similar sucede con la música: no debe de resultar rentable poner en marcha un estudio de grabación, convocar a los músicos y artistas, desplegar una campaña publicitaria y de promoción, para vender un disco que contenga una sola canción, por mucho que ésta sea la medida que interese a un determinado consumidor. Por eso, del mismo modo que no se puede ir a una gran superficie con la pretensión de adquirir una anchoa o la mitad de un paquete de arroz, tampoco cabe empeñarse en que el productor de discos fabrique un soporte con una sola canción, o que el vendedor de discos distribuya un soporte donde aparezca grabado únicamente ese tema. Mejor dicho, esto constituía un empeño vano en el mundo analógico pero ha dejado de serlo en la era Internet, en contra de lo que pretende

dar a entender JCRI, pues la adquisición de una canción aislada se ha hecho posible a través de las tiendas de música virtuales.

De este modo, la argumentación de JCRI se vuelve en su contra: no es ya que en el ámbito musical suceda exactamente lo mismo que en muchos otros campos de la comercialización de productos de consumo al por menor, sino que a diferencia de esos otros sectores, en éste —gracias a Internet— se ha hecho posible ajustar prácticamente a la perfección el formato de consumo al de comercialización. Paradójicamente, su reproche podía tener sentido en el mundo analógico, que es donde dice que siguen anclados los productores discográficos, pero una simple visita al almacén virtual *iTunes*, u otro similar, desmiente esa afirmación. Así pues, JCRI no sólo no ha acertado al poner el ejemplo de las naranjas, sino que tampoco lo ha hecho al dirigirse a una tienda de discos tradicional para adquirir una canción aislada: él mejor que nadie debería saber —puesto que se describe a sí mismo como un emigrante de la realidad física a la sociedad virtual— que para eso hay que acudir a una tienda de música *on-line*.

D) CONCLUSIÓN: UNA PROPUESTA PARA QUE LOS AUTORES NO SE MUERAN DE HAMBRE O LA PANACEA DEL ESTADO SUBVENCIONADOR

La propuesta que formula JCRI al final del artículo I es tributaria, sin duda, de su larga trayectoria en el desempeño de altas responsabilidades de gobierno, pues se atisba en ella una fuerte *deformación profesional* de índole subvencionadora. En lugar de dejar que sea el mercado el que se ocupe de asegurar a los autores la justa retribución por la explotación de sus obras, JCRI pretende dejar a los autores sin derechos [de propiedad] y a los ciudadanos sin dinero. Los autores tendrían todo lo más un “derecho a recibir algún tipo de remuneración”, tomando como base lo que en los últimos años se viene recaudando en concepto de compensación equitativa por copia privada, y

al Estado le correspondería garantizar el pago de esa cantidad, sucesivamente actualizada, a favor de “la industria cultural nacional”, la cual la repartiría después entre los creadores “en función de los ingresos declarados por venta de sus obras en las respectivas declaraciones de la renta”.

Incluso si estuviéramos dispuestos a admitir hipotéticamente una propuesta de este tipo, que vendría a suponer una suerte de nacionalización de los derechos de propiedad intelectual de improbable encaje constitucional, además de contraria a los compromisos internacionales suscritos por el Reino de España en materia de respeto a los derechos de autor, no podríamos ignorar las incoherencias internas sobre las que se sustenta.

En primer lugar, porque el sostenimiento estatal de la creación intelectual lo ciñe JCRI a la industria cultural *nacional*, lo que deja fuera a las industrias culturales foráneas (v. gr. grandes casas discográficas y estudios audiovisuales estadounidenses), las cuales lógicamente dejarían de comercializar sus productos en nuestro país, a no ser que pensemos que estas empresas estarían dispuestas a seguir explotando aquí sus creaciones a cambio de nada.

En segundo lugar, porque coloca a la industria cultural en el papel de intermediaria o redistribuidora *ad intra* de las cantidades abonadas por el Estado, sin hacer ninguna aclaración sobre el beneficio que le cabe a la propia industria, la cual, como es consustancial a su naturaleza, no estaría dispuesta a sostener unas producciones sin poder obtener a cambio unos beneficios. Cuando las relaciones entre la industria y los autores se desenvuelven sobre el telón de fondo del mercado, las remuneraciones respectivas tienden a venir marcadas por el éxito o fracaso comercial de la obra, pero cuando los ingresos de ambos provienen de una fuente de financiación estatal, que es además controlada por la industria, el autor tendrá menos garantías de que su retribución guarda proporcionalidad con los beneficios de la industria, y de que tanto una como otros se sustentan sobre bases objetivas. Por lo demás, dada la imposibilidad de obtener auténticos

beneficios comerciales, los inversores no tardarían en migrar hacia otros sectores industriales.

Tercero, hasta el momento actual la función de redistribución o reparto de lo recaudado por derechos de autor y similares la vienen desempeñando las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, que aglutinan los intereses colectivos de los autores y demás titulares a ellas adheridos¹⁵, entidades cuyo régimen se halla establecido por Ley y cuya gestión controla la Administración del Estado. No se ve de qué modo podría resultar más transparente —como sugiere JCRI— llevar a cabo el reparto de esas cantidades abonadas por el Estado a través de las industrias culturales (cuyos intereses están confrontados con los de los autores, con quienes les ligan contratos de cesión de derechos), que a través de las entidades de gestión (las cuales representan a los propios autores a nivel corporativo, y están ligadas a ellos por contratos asociativos y de gestión).

En fin, resulta ilógico —a la par que arbitrario— que el punto de referencia para las cantidades que tendría que abonar el Estado haya de ser “el importe de ingresos por compensación por copia privada que se ha recaudado con la legislación vigente en los últimos tres años”, pues lo que los autores perciben en concepto de compensación equitativa por copia privada es sólo una parte, relativamente pequeña, del monto global de sus ingresos por la explotación de sus obras¹⁶. Es más, lo procedente de la compensación equitativa por copia privada no es imputable, por definición, a una genuina explotación de las obras, sino a una actividad lícita y permitida aunque sujeta a un gravamen, como es la realización de copias privadas. La propuesta de JCRI vendría a suponer una reducción del contenido económico de los derechos de autor a lo que en la legislación vigente no constituye sino una ínfima parte del mismo.

Sin embargo, la principal objeción que se puede hacer a una propuesta que centralice en el Estado la remuneración de los creadores intelectuales es que no sirve para realizar una más eficiente asignación de los recursos económi-

cos, pues distribuye de manera más imperfecta —entre todos los ciudadanos, en lugar de entre todos los consumidores de obras— el coste social necesario para lograr el afloramiento de bienes intelectuales, desvía hacia una instancia pública las decisiones sobre qué obras han de crearse o producirse, o sobre qué autores han de ser remunerados y en qué medida, y no permite discriminar, o sólo de manera rudimentaria, los precios o los incentivos en función de la acogida que la obra tenga entre el público¹⁷.

Para terminar, a todas las *dificultades para entender* que JCRI exhibe a lo largo del artículo I se suma la más llamativa de todas, aquella que se manifiesta en su afirmación de que no es posible entender la propiedad intelectual desde una concepción de izquierdas. Ante semejante aserto sólo caben dos posibilidades: o que JCRI no entienda la propiedad intelectual, o que no entienda lo que es la izquierda. Como debemos suponer que un político que pertenece y ha representado durante tantos años a un partido de izquierdas no puede dejar de entender en qué consiste ese ideario, hay que concluir que lo que sucede es lo primero.

Podrían darse argumentos para sostener que la propiedad intelectual es perfectamente entendible tanto desde una posición de izquierdas como desde una posición de derechas, pero vayamos con lo primero que es lo que ha puesto en duda JCRI. El creador intelectual, por definición, alumbró un objeto que antes no existía en la realidad de las cosas, y con ese acto da a luz no sólo un nuevo bien inmaterial sino también un nuevo derecho sobre el mismo, que se le pasa a asignar a él en su condición de autor. Lo expresa muy bien el artículo 1 LPI: la propiedad intelectual sobre una obra “corresponde al autor por el solo hecho de su creación”. La creación es un modo de adquisición de la propiedad intelectual que resulta exclusivo y excluyente de la misma: exclusivo, porque ningún otro tipo de propiedad puede adquirirse por este medio (el ser humano no puede crear *ex nihilo* bienes materiales), y excluyente porque no hay otro modo de adquirir originariamente esta clase de propiedad. Gracias pues a la creación

intelectual sujetos que no tienen adquiridos ninguna otra clase de bienes por otros medios (v. gr. herencia, donación, compraventa) pueden, en virtud de su solo talento y esfuerzo, devenir titulares de un derecho de propiedad.

Por otro lado esa propiedad, que se asigna originariamente al creador, y que puede luego pasar a los cesionarios y herederos de éste, tiene un plazo de duración limitado (toda la vida del autor y hasta setenta años después de su muerte), no porque a partir de ese momento el objeto de esa propiedad se extinga o desaparezca, sino porque a partir de entonces dicho objeto deja de estar sometido a la propiedad privada y pasa, por ministerio de la ley, al dominio público (artículo 41 LPI), lo que da idea de la función social tan intensa que cumple esta clase de propiedad. Es decir, a diferencia de lo que sucede con la propiedad sobre los bienes materiales, que dura tanto como duren esos bienes, y que por consiguiente es sucesivamente heredable sin sujeción a un límite temporal, la propiedad intelectual no puede pasar indefinidamente de unas generaciones a otras, lo que evita que se perpetúen derechos de propiedad en el seno de determinados grupos familiares.

En suma, la creación intelectual propicia la generación de nuevos estatus de propiedad privada no basados en la riqueza previa, sino sólo en las capacidades y talentos intelectuales de los propios creadores. Aparece por tanto como una cuña que se introduce en el *statu quo* dando lugar a una permanente actualización del panorama de propietarios privados, lo que redundará en un cierto grado de progreso o transformación social. Al mismo tiempo, no cabe la posibilidad de que las relaciones de dominio a que da lugar se perpetúen, pues se trata de una propiedad sujeta a un término legal de duración. En vista de todo ello, ¿cómo no va a poder entenderse la propiedad intelectual desde una perspectiva de izquierdas, si es probablemente la situada más a la izquierda de todas las propiedades?

3. EL ARTÍCULO II: “PARÁBOLA DE RODRÍGUEZ IBARRA Y LAS NARANJAS”, DE ANTONIO MUÑOZ MOLINA

El artículo II está redactado en clave de respuesta al artículo I. Hay en él algunos elementos que no se dirigen tanto a la justificación de los derechos de autor como a poner en evidencia las contradicciones personales en que incurre JCRI, lo que hace que gran parte de los argumentos en él empleados no interesen a nuestro propósito. Sí interesa en cambio, en relación con el objeto de este trabajo y al hilo de la parábola empleada por JCRI, la reflexión acerca de que, para que la fruta sea vendida por un minorista, tiene primero que ser cultivada por un agricultor y después distribuida por un transportista. Mediante este paralelismo se puede atisbar un principio clave en materia de derecho de autor: el precio pagado por un bien cultural está remunerando no sólo a quien ocupa el último eslabón de la cadena, sino indirectamente a todos los que han contribuido a la cadena de valor, y antes que a nadie al propio autor, que dio el impulso inicial para que pudiera existir un bien al que agregar valor en fases sucesivas. Como dice AMM, no se puede pretender pagar sólo por una parte del producto excluyendo las aportaciones de quien nos parezca oportuno, porque el producto entero es el resultado de un proceso creativo y productivo único que culmina en un determinado formato de comercialización. Tratar de despiezar ese producto o ese formato con el pretexto de que no todo en él interesa, sería tanto como no querer abonar un precio suficiente como para remunerar, además de al minorista, al distribuidor, al productor y al autor. Nos guste o no, la comercialización de música y cine se basa en complejas cadenas compuestas de la labor sucesiva de muchos sujetos. Todos ellos merecen su parte de retribución, y si no la tuvieran el producto sencillamente no existiría o no llegaría a nuestras manos.

El interés del artículo II aumenta cuando AMM focaliza su crítica en la parte del artículo I en la que JCRI viene a decir que no

sólo no quiere pagar por más de lo que estrictamente desea, sino que cuestiona incluso la razón de ser de que haya derechos de autor que obliguen a pagar a éste cuando se explotan las obras sobre los que tales derechos recaen. Frente al argumento de que toda obra presenta con las creaciones anteriores un grado manifiesto de similitud, lo que determina que no haya razones para atribuir a quien la realice un derecho exclusivo sobre ella, AMM contrapone que no sólo no es cierto que esas similitudes sean tan habituales, sino que cuando se producen deben ser contempladas desde el prisma de la posible infracción de derechos sobre la obra preexistente, exactamente igual que cuando se invade, usurpa o daña cualquier otro derecho de propiedad ajeno, hasta el punto de que si el parecido de una obra con otra anterior es muy acusado, lo que estará realizando el segundo sujeto será un plagio y no una creación¹⁸.

Menos convincente resulta, sin embargo, el segundo de los argumentos que emplea AMM para combatir el aserto de JCRI acerca de que toda canción se apoya en otras anteriores. Dice AMM que una canción no sólo proviene de otras canciones sino también “de mucha gente que ha trabajado para que llegue a su estado final: casi tanta como la que se necesita para que las naranjas aparezcan en la frutería del señor Rodríguez Ibarra”, agregando que si éste se marcha de la frutería sin pagar sus dos kilos descubrirá que el frutero irá tras él llamándole ladrón. Con ello parece querer decir que cuando no se reconocen o respetan los derechos de autor sobre una obra también se están conculcando los derechos de propiedad intelectual de toda una serie de sujetos, aparte del autor, que contribuyen a lograr que el producto llegue hasta el consumidor final. Esto es cierto sólo a medias, pues no todos los que participan en la cadena de creación y producción de una grabación musical o audiovisual, por ceñirnos a estos ejemplos, ven premiada su labor con el reconocimiento de un derecho de propiedad intelectual. Sólo un número limitado de actividades tienen la virtud de generar a favor de quienes las realizan derechos de propiedad intelectual. Básicamente esas actividades son

de tres tipos: creativas en sentido estricto (autores), interpretativas (artistas) y organizativas (productores), estas últimas siempre que vayan dirigidas a la obtención de la grabación matriz de la obra en su versión sonora o audiovisual. La reproducción o distribución no consentida de una grabación musical o audiovisual implicará, por tanto, la infracción de los derechos del autor, la infracción de los derechos de los artistas que hubiesen intervenido en dicha grabación y la de los derechos del productor bajo cuya organización se hubiese realizado dicha grabación. Frente a ello, el distribuidor al por menor de soportes que contengan grabaciones musicales o audiovisuales —CD, DVD— no ostenta, por esa sola condición, ningún derecho de propiedad intelectual, y si alguien se marcha de su establecimiento con un determinado número de discos o vídeos sin pagar, aquél sufrirá simplemente una vulneración de su propiedad ordinaria sobre tales objetos materiales, exactamente de la misma naturaleza que la experimentada por el frutero cuando alguien se marcha de su frutería sin abonar dos kilos de naranjas.

Esta confusión entre el plano material y el inmaterial, entre el estatus de quienes tienen derechos de propiedad intelectual sobre determinados objetos inmateriales (obras, interpretaciones, producciones) y quienes sólo ostentan la propiedad ordinaria sobre objetos materiales aunque éstos sean el soporte físico de aquéllos, se refleja en la parte final del artículo II, en la que parece ponerse en igualdad de posición la aportación de valor en el plano inmaterial de la obra y la aportación de valor en el plano material de los soportes o medios que pueden servir para comercializarla o difundirla, pues se resalta el principio de que *toda actividad que genera un valor* debe ser justamente remunerada. La reflexión no es del todo adecuada porque los autores no sólo generan un valor sino que crean un nuevo ente de naturaleza inmaterial, alumbran un bien que viene a acrecer el universo de cosas susceptibles de ser objeto de un derecho de propiedad.

Precisamente por eso no es apropiado comparar el trabajo de un autor con el del quios-

quero, el del impresor o el del que barre una calle —como hace AMM—, porque ninguna de las actividades que estos últimos realizan es creativa en el sentido de dar lugar al alumbramiento de un nuevo objeto inmaterial, ni por consiguiente generan derechos de propiedad intelectual, por más que —como el autor, aunque seguramente en una dosis menor— todos ellos puedan emplear “la suma de inteligencia, perseverancia y variadas destrezas”. Decir que “no hay nada valioso que no sea fruto del trabajo de alguien” es una afirmación demasiado genérica como para ser útil de cara a resaltar las peculiaridades del *trabajo* del autor frente al de otros profesionales. De ahí que el artículo II, con estar sustancialmente mejor orientado en términos generales, a la postre tampoco resulte demasiado provechoso para entender los derechos de autor, y ello a pesar del plausible esfuerzo de AMM para lograrlo.

La clave del sistema del derecho de autor es que, mediante la atribución al autor de la propiedad sobre el objeto creado, asegura a éste una forma directa de obtener un retorno económico a cambio de su trabajo intelectual. No se remunera el trabajo en sí, sino aquél que concluye en la gestación de una obra original. A diferencia de otras dedicaciones, el autor no obtiene ninguna recompensa si, a pesar de todo su esfuerzo, no logra alumbrar una obra original. Frente a ello, los auténticos trabajadores perciben su salario con independencia del resultado final de su trabajo, y en concreto con independencia de que ese resultado sea o no una obra intelectual original.

Por todo ello el autor no es un trabajador, ni sus *royalties* son técnicamente un salario. La equiparación con el trabajador por cuenta ajena no es apropiada porque el trabajador no autor no alcanza la consecución de un bien inmaterial. Es más, para los casos en que el autor realice su labor creativa precisamente en calidad de trabajador por cuenta ajena, lo que la Ley prevé es una presunción de cesión al empleador de los derechos de explotación sobre la obra (artículo 51 LPI). Ésta sería la mejor prueba de que el autor, salvo el caso excepcional de que cree para otro en el seno de una

relación laboral, es un trabajador por cuenta propia, un sujeto económicamente autónomo, ligado por contratos de explotación de sus obras (edición, producción), carentes de las notas de dependencia y ajenidad propias del contrato de trabajo. Su retribución no constituye un salario sino el pago que los terceros deben hacerle por llevar a cabo una explotación de un objeto de su propiedad. Diríamos que, en virtud de la propiedad intelectual, el medio de producción lo retiene el autor en su poder, a diferencia de lo que sucede en una relación de trabajo, donde los medios de producción los tiene el empresario, incluida la fuerza de trabajo del propio trabajador, quien recibe su salario a cambio de prestarla¹⁹.

4. EL ARTÍCULO III: “DERECHOS DE AUTOR, ANTES Y AHORA”, DE JUAN C. RODRÍGUEZ IBARRA

A) INTERESES PARTICULARES VERSUS INTERESES GENERALES

Este tercer artículo comienza con una suerte de desquite de JCRI frente a las críticas recibidas de AMM en el artículo II. En esencia, JCRI viene a sostener que AMM defiende intereses personales, y que pretende cercenar el debate en nombre del *lobby* de las industrias culturales, mientras que él (JCRI), que sí puede hablar en nombre de los intereses de todos, defiende “una nueva forma de entender estos derechos”, en pos de la “socialización de la cultura”, teniendo en todo caso como propósito abrir las mentes y hacer dudar del discurso dominante.

Antes que nada habría mucho que discutir sobre cuál es el discurso dominante, porque a día de hoy es dudoso que lo sea el de las industrias culturales en lugar del de las industrias de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC). Alguna capacidad de influencia deben de tener estas últimas cuando entre muchos internautas ha arraigado la convicción

de que sus intereses como usuarios de Internet sólo pueden quedar salvaguardados a costa de los de los autores y demás titulares de propiedad intelectual.

Por otro lado, aunque fuera cierto que AMM escribe en nombre de determinados intereses particulares, no se ve qué inconveniente hay en hacerlo pues no parece que sea ilegítimo defender lo que es de uno. Tanto peor es presentarse como abanderado de los intereses generales cuando con ello tal vez se esté sirviendo a los intereses de un sector tan poco necesitado de defensa como es el de las industrias de las TIC. En general, debe desconfiarse de quien dice no perseguir ningún interés particular, o acusa a otros de hacerlo, pues es difícil evitar que las opiniones en esta materia, aunque sea de manera indirecta, favorezcan unos intereses particulares en detrimento de otros de igual signo.

La contraposición entre intereses particulares de los autores e intereses generales de la sociedad, como si el respeto a la propiedad intelectual fuese siempre en detrimento de estos últimos, es falsa. El equilibrio entre unos y otros intereses está captado por la legislación sobre propiedad intelectual, la cual, como toda propiedad privada —ya se ha dicho *supra*— está llamada a cumplir una función social. En su caso dicha función social se traduce en el sometimiento a una duración legal máxima y a unos poderosos límites que favorecen un buen número de usos libres, susceptibles de ser realizados sin permiso del titular. Se puede discutir si el equilibrio entre intereses colectivos e individuales está bien captado por la Ley, pero no es de recibo presentar la propiedad intelectual como una propiedad absoluta cuya regulación legal no tiene en cuenta los intereses generales.

A lo anterior debe añadirse que la legislación de propiedad intelectual ha conocido ya una notable puesta al día a fin de adaptarla a las exigencias de las nuevas tecnologías²⁰. No es cierto por tanto que se trate de una legislación obsoleta, sino que debe considerarse una legislación relativamente moderna, lo cual no es óbice para que puedan proponerse nue-

vas actualizaciones o mejoras, pues sin duda es posible refinar aún más la regulación de la propiedad intelectual en la sociedad de la información. Lo que sobran en este momento son críticas acérrimas que no aportan nada a la labor de construir esa nueva regulación, y lo que faltan son propuestas constructivas y concretas que ayuden a conseguir ese objetivo.

B) LOS DERECHOS DE AUTOR: CONQUISTA RECIENTE

Hay una afirmación que JCRI realiza aparentemente de pasada pero en la que vale la pena detenerse, siquiera sea porque se oye con bastante frecuencia en ciertos medios²¹. Es la relativa a que los derechos de autor “no existen desde toda la vida, sino desde que, como consecuencia de la aparición de una nueva tecnología (la invención de la imprenta) se empezó a legislar sobre esa materia”. “Antes de eso —añade— los creadores ya existían pero no contaban con ese privilegio”.

Llama la atención para empezar el término de referencia utilizado pues, aunque se trate de una frase hecha (“desde toda la vida”), resulta poco afortunada en este caso, si se repara en que la aparición de la imprenta en Europa se suele datar hacia 1450. Por consiguiente, debe considerarse muy estimable que sobre una determinada materia se haya comenzado a legislar nada menos que hace cinco siglos y medio, periodo que sorprendentemente a JCRI le parece corto. En cualquier caso, la relativa novedad de una regulación legal —que en este caso no se da, a menos que entendamos como novedosa toda institución que no hunda sus raíces en el Derecho romano— es un argumento de poco peso, pues es sabido que una gran cantidad de instituciones jurídicas proviene de conquistas políticas y sociales que han tenido lugar en las últimas centurias o incluso décadas. Antes del advenimiento del Nuevo Régimen no existía un reconocimiento formal de derechos individuales tales como la libertad de expresión, la libertad de asociación o el derecho al voto. Hay que esperar a 1948 para que la ONU proclame a nivel universal

una Declaración de los derechos humanos. Los derechos llamados “de tercera generación” (derechos de los consumidores, derecho a la protección del medio ambiente) se han incorporado a los ordenamientos de los países más avanzados en el transcurso del último cuarto del siglo XX. ¿Debemos poner también bajo sospecha a todas estas instituciones, reconocidas a nivel jurídico mucho más tardíamente que los derechos de autor, sólo por su escasa solera? JCRI debería saber que si por algo se caracterizan los derechos individuales que en la actualidad reconocen los textos constitucionales de los países más avanzados es por no haber sido reconocidos “desde toda la vida”. Conforme a una concepción progresista de la historia y del transitar del ser humano a través de ella, el hecho de que determinada figura jurídica haya obtenido reconocimiento en una época reciente debería ser la mejor garantía de que tras ella no late el intento de perpetuar un antiguo privilegio.

En cuanto a la utilización del término “privilegio” para designar la propiedad de los autores sobre sus obras, JCRI no podía haber empleado otro menos apropiado. Ciertamente, tras la invención de la imprenta, no surgieron de inmediato los derechos de autor tal y como ahora los conocemos, sino que el instrumento de protección adoptó la forma de *privilegios de impresión*, los cuales eran concedidos por el príncipe o soberano de turno a los impresores o editores por un cierto número de años²². Sólo tras la superación del Antiguo Régimen aparecerá el reconocimiento de un derecho individual, a modo de una propiedad, a favor de los autores. A partir de ese momento, la protección de las obras deja de canalizarse a través de privilegios para pasar a hacerlo a través de derechos, que son justamente lo contrario de aquéllos. Por consiguiente, emplear hoy en día el término “privilegio” para referirse a los derechos de autor sólo puede explicarse por dos razones: (a) una profunda ignorancia de las categorías jurídicas; (b) una actitud tendenciosa dirigida a describir el derecho de autor de tal modo que resulte más odioso o rechazable.

C) EL ADALID DEL SOFTWARE LIBRE

JCRI pone como muestra de su conocimiento de la propiedad intelectual y las nuevas tecnologías el hecho de que impusiera en los centros escolares de su región el *software* libre²³, sufriendo por ello “la incomprensión y la denuncia del mismísimo Bill Gates”, cuya actitud no duda en comparar con la de AMM. La expresión *software* libre es ambigua, como lo es su correspondiente inglés “*free software*”. Este término puede tener al menos tres significados: (i) *software* gratuito; (ii) *software* que otorga al usuario libertad para usarlo, distribuirlo y modificarlo; (iii) *software* de código abierto. Ninguno de estos tres tipos de *software* tiene por qué reunir necesariamente las características de los otros dos, y todos ellos son por lo demás compatibles con la protección brindada por la propiedad intelectual.

La distribución gratuita de *software* en nada contradice dicha protección, pues ningún inconveniente hay, desde el punto de vista de la protección de los derechos de autor, en que todos o parte de los ejemplares de una obra se distribuyan al por menor de forma gratuita. El autor puede estar conforme con esa forma de distribución y renunciar a percibir una contraprestación por la explotación de su obra (el artículo 46 LPI no parte de la premisa de que la cesión de derechos de autor deba ser onerosa), o bien puede haber percibido su retribución a tanto alzado por elaborar el programa, siéndole indiferente cómo lo distribuya a posteriori su cesionario.

Tampoco resulta contradictorio con la protección de los programas de ordenador por el derecho de autor, el hecho de que se conceda al usuario del programa un abanico más o menos amplio de facultades para usar y ejecutar el programa, copiarlo, estudiarlo, distribuirlo, modificarlo y distribuir las modificaciones por él introducidas²⁴. De hecho, algunas de esas acciones son normalmente permitidas por las licencias de uso que acompañan a los programas distribuidos comercialmente, e incluso se configuran en los textos legales como límites a los derechos, precisamente al objeto de que

tales licencias no puedan excluirlas. Así, los tres primeros apartados del artículo 100 LPI establecen la necesidad de que al usuario legítimo de un programa de ordenador no se le impida: (a) reproducir, e incluso transformar el programa, incluida la corrección de errores, cuando ello sea necesario para utilizarlo; (b) realizar una copia de seguridad; (c) estudiar su funcionamiento a fin de determinar las ideas y principios en los que se basa. El artículo 100.4 LPI dispone incluso que, salvo pacto en contrario, el cesionario de los derechos de explotación sobre un programa está facultado para realizar versiones sucesivas del programa y programas derivados.

En cuanto al *software* de código abierto, o de fuente abierta, se apoya en una filosofía de programación consistente en desvelar el código del programa para facilitar la realización de versiones derivadas a partir de él u otros programas informáticos que interactúen más fácilmente con él, pero no envuelve una renuncia a los derechos de autor sobre los programas de ordenador creados bajo esas consignas, ni desde luego va necesariamente ligado a una comercialización gratuita de los programas, debiendo más bien relacionarse con cuestiones de libre competencia que con cuestiones de derecho de autor. Una prueba de que la protección por el derecho de autor no está reñida con la apertura del código interno de los programas de ordenador es que el artículo 100.5 LPI permite reproducir y traducir dicho código —lo que se conoce como descompilación— a fin de obtener la información necesaria para lograr que un programa pueda interoperar con otro creado de forma independiente.

Sea como fuere, es claro que los creadores de *software* libre, si lo entendemos tanto en un sentido como en otro, aceptan voluntariamente distribuir el programa en esas condiciones, por lo que ser partidario de esta clase de *software* no tiene por qué conllevar una posición beligerante frente a los autores que desean hacer valer sus derechos exclusivos de propiedad intelectual sometiendo a autorización la explotación de sus obras. El sistema jurídico no debe favorecer unas u otras fórmulas de crea-

ción y comercialización, sino que ha de dar cabida tanto a los que deciden explotar sus obras bajo licencia y mediante precio como a los que prefieren optar por fórmulas de diseminación libre y/o gratuita. Por otro lado, decantarse por el empleo de *software* libre en el seno de la Administración pública es una cosa, y otra muy distinta propugnar su generalización a otros ámbitos o la extrapolación de su filosofía a toda clase de obras²⁵.

D) OTRA VEZ EL ESTADO

Frente al modelo que defiende AMM, y que le serviría —según su antagonista— para asegurar su *modus vivendi* para él y para su descendencia durante los próximos setenta años, JCRI vuelve a enarbolar la propuesta que ya lanzara en el artículo I: que el Estado se comprometa a mantener la actividad creadora de nuestro país “al estilo de lo que se hace en la producción cinematográfica, sin que nadie —asegura JCRI— se haya rasgado las vestiduras”²⁶. No se alcanza a entender por qué debería preferirse que los autores perciban su retribución a través de un sistema de subvenciones públicas, en lugar de que sea el mercado el que les asigne o no un retorno económico por su actividad, en función —como ocurre con el resto de bienes y servicios— del nivel de aceptación que la obra en cuestión merezca entre el público al que va destinada.

Pero por encima de otras objeciones que pudieran formularse prevalece una, y es que una creación subvencionada con dinero público es, por definición, una creación menos libre, ya que estará dirigida u orquestada desde las instancias políticas y, por eso mismo, será presumiblemente menos crítica y más sumisa hacia el gobernante de turno, de quien en última instancia dependerá el sustento económico del autor²⁷.

Sorprende sobremanera que ésta sea la fórmula de incentivar la creación surgida de esa labor de repensar el derecho de autor que propone JCRI, pues más que un avance parece un retroceso hacia modelos de producción intelectual estatalmente planificados, en los que

los contenidos de las obras son sometidos a fiscalización a fin de decidir si se favorece o no a sus autores, los cuales son discriminados en función de afinidades ideológicas o personales. No parece que en el siglo XXI, en un país avanzado, deba ser el Estado el que remunere de forma directa a los autores, convirtiéndolos en una suerte de creadores públicos a sueldo y privándoles de la posibilidad de patrimonializar sus creaciones, explotarlas de manera autónoma y percibir unos *royalties* a cambio de dicha explotación.

E) SUPERANDO LA EXPLOTACIÓN BASADA EN EL SOPORTE FÍSICO

Considera JCRI que ante la llegada de las nuevas tecnologías el derecho de autor debe ser reformulado, y señala en particular la inutilidad de un concepto del mismo “basado en el uso de un soporte”. Se trata de una consideración en alguna medida pertinente, pues es cierto que algunas de las formas tradicionales de explotación de los bienes intelectuales basadas en la reproducción y distribución de ejemplares físicos, han cedido el paso a otras nuevas caracterizadas por su naturaleza intangible, consistentes fundamentalmente en la puesta a disposición del público de los contenidos en una red que permite el disfrute interactivo de los mismos. Sin embargo, hay que apresurarse a puntualizar que ni todas las formas tradicionales de explotación de las creaciones intelectuales son de naturaleza tangible, ni la regulación de la propiedad intelectual es tan rígida que no se pueda adaptar a las formas de explotación de carácter incorporeal.

Para empezar, el artículo 10 LPI ya admite que la obra esté expresada en un soporte tangible o intangible, rasgo que dicho precepto considera indiferente de cara a obtener la protección por el derecho de autor. Por otra parte, frente a los derechos de reproducción y distribución, nuestra Ley —como otras muchas— reconoce el derecho de comunicación pública, modalidad de explotación que prescinde de la diseminación de ejemplares de la obra entre el público. Más en concreto, entre el catálogo de

formas de comunicación pública se encuentra la «puesta a disposición del público», variante que se define como la comunicación pública interactiva de una obra de tal forma que el público pueda acceder a ella desde el lugar y en el momento que elija (artículo 20.2.i/ y concordantes LPI). De este modo, no cabe decir que en ordenamientos como el español la regulación legal de la propiedad intelectual no capta la evolución que se ha producido en lo tocante a las formas de comercialización de las obras intelectuales. Por lo mismo, la defensa de los derechos de autor, como la que pueda haber hecho AMM en el artículo II, en modo alguno significa —como en cambio sostiene JCRI, calificándola de paso como “disparate” — “pretender seguir disfrutando de los derechos de autor basado en el soporte”. Puesto que siempre, y hoy tal vez más que nunca, la propiedad intelectual ha envuelto tanto la explotación a través de soportes tangibles como la explotación incorporal por vía de comunicación pública, la reivindicación de los derechos de los creadores no representa sólo la defensa de la primera de esas facetas, o de los modelos de negocio basados en la distribución de ejemplares tangibles.

La acusación de que existe un determinado número de creadores que conforman un *lobby* dirigido a “seguir disfrutando de unos derechos basados en la cultura analógica, ignorando los efectos que la digitalización está produciendo”, carece del más mínimo fundamento, pues en la actualidad ningún creador sensato se plantea mantener su obra al margen de los circuitos de explotación digitales. Es más, los autores constituyen uno de los grupos de población probablemente más familiarizado con las nuevas tecnologías y más proclive a servirse de las ventajas que la digitalización ofrece. Lo mismo vale para las industrias culturales, por más que esa adaptación haya podido ir en algunos casos —v. gr. en el sector discográfico— a un ritmo más lento del deseable²⁸.

Dice JCRI que “es posible que los intereses económicos de ese *lobby* [se refiere al de los creadores] se vean dañados como consecuencia de la digitalización”, pero debería agregar

que tales daños no están justificados cuando tienen su origen en conductas vulneradoras de derechos ajenos. Ningún inconveniente hay en que, dentro del respeto a los derechos de propiedad y a las reglas de la libre competencia, unos agentes del mercado se vean desplazados por otros (ello no representa un “daño” en sentido técnico-jurídico). Si la evolución tecnológica demanda cambios en la forma de comercializar ciertos productos, no cabe duda de que quienes no logren adaptarse a tiempo serán expulsados del mercado y sustituidos por los que reaccionen de manera más ágil, y nada hay que objetar si como consecuencia de esa lentitud adaptativa las cuentas de resultados de determinadas empresas arrojan pérdidas en lugar de beneficios, pues no se trata de asegurar a ultranza los beneficios de unas empresas en detrimento de las de otras.

El análisis cambia cuando determinados agentes del mercado no actúan con respeto a los derechos de otros o a las reglas de la libre competencia. Si en lugar de diseminar por Internet una grabación musical previamente producida por él, un sujeto se sirve de la grabación musical producida por otro, aquél tiene la posibilidad de hacerlo de forma gratuita sin sufrir por ello una merma patrimonial, cosa que no puede hacer el segundo. El paisaje cotidiano de la explotación de bienes intelectuales en Internet nos ofrece la imagen de cientos de miles de internautas haciendo precisamente eso: diseminar gratis productos ajenos, sin asumir ningún coste y compitiendo con los propios productores por vía de ofrecer sin contraprestación alguna lo que estos últimos han generado con sus inversiones.

Cuando JCRI y otros pintan el panorama de Internet tienden a centrar la atención únicamente en la conducta, claramente minoritaria, de aquellos usuarios que emplean la red para difundir sus propios contenidos intelectuales —los creados y/o producidos por ellos—²⁹, conducta que no sólo no es objetable, sino que resulta digna de ser encomiada y alentada, como factor saludable para la creación cultural. Obviamente no es esa la clase de comportamientos frente a los que se muestran

recelosos los sujetos a los que JCRI inscribe en el *lobby* de las industrias culturales.

Por el contrario, la realidad demuestra que lo que circula masivamente por la red no son precisamente las creaciones *amateur* de autores noveles a los que Internet ha dado una oportunidad frente a las figuras del *establishment*, sino las realizaciones de músicos, artistas y compañías profesionales que han dedicado a ellas grandes esfuerzos creativos y empresariales, los cuales se ven frustrados a causa de los numerosos usos ilícitos de que son objeto. Por eso, no obstante apreciar que Internet ha traído consigo una revitalización de la creación intelectual merced a nuevas aplicaciones, como los blogs o las redes sociales, no puede dejar de observarse la gran penetración y mucho mayor alcance de aquellas aplicaciones que sirven para descargar o intercambiar videojuegos, canciones, películas y en general creaciones y producciones ajenas, sin el menor respeto a los derechos sobre las mismas.

En otro orden de cosas, considera JCRI que antes del advenimiento de Internet la publicación de un libro, la grabación de una pieza musical o la filmación de una película eran actividades al alcance únicamente de unos pocos elegidos, como si existiera algún tipo de restricción por razón de la persona o grupo social. Evidentemente no es así, el acceso a esas actividades se franqueaba a los individuos talentosos, en cuya labor intelectual estuviesen dispuestos a arriesgar su dinero un productor de cine, un editor o una casa discográfica. Y es que, si bien todo intento creativo es digno de respeto desde el punto de vista personal, no es en cambio susceptible de generar ganancias desde el punto de vista comercial. De ahí que la barrera de acceso a esas actividades viniera dada —y siga haciéndolo— por la calidad y el talento, factores éstos que dan la pauta a los inversores que las respaldan. Internet ha propiciado que millones de personas autoediten y difundan su canción, su libro o su película, pero no garantiza nada más, no hay mayores posibilidades de que determinadas creaciones intelectuales tengan más éxito dentro de la red que fuera de ella. De hecho, en la mayoría de

esos casos Internet no pasa de ser un gran cajón colectivo en el que duermen muchas creaciones que nadie consulta, descarga ni disfruta. En otras palabras, Internet no ha universalizado el talento creativo, lo que por otra parte habría sido una gran sorpresa que ocurriera. A lo sumo, ha igualado el grado de difusión de todas las creaciones intelectuales, caseras y profesionales, talentosas y prescindibles.

F) SUPERANDO LA EXPLOTACIÓN MEDIANTE INTERMEDIARIOS

Resalta JCRI otra virtud de las nuevas vías de comercialización de la era Internet y es que propician que las obras vayan del autor al consumidor sin pasar por ningún intermediario, lo que evita que el producto final se encarezca como ocurría en el anterior modelo basado en el soporte tangible. El diagnóstico es correcto, y de hecho ese ahorro de costes en la cadena de distribución —unido a la atomización de las unidades de consumo que Internet hace posible—, que da pie a comercializar ciertos contenidos a un precio menor que en el mercado de la distribución física, representa una oportunidad que muchos titulares de derechos de propiedad intelectual han aprovechado, como lo recuerda el propio JCRI al aludir al caso de la tienda musical virtual de Apple (algo que por cierto olvidó hacer en el artículo I). En otros casos lo comercializado son productos de nueva creación, generados por autores noveles que acceden directamente al mercado de Internet, sin haber pasado antes por el de la distribución de soportes tangibles.

Es posible que los márgenes de ganancia que queden para el autor con arreglo a los canales de distribución tradicionales se aproximen al cinco por ciento, tal y como dice JCRI. Aunque pueda parecer exiguo, tal porcentaje puede arrojar un resultado muy abultado si la base sobre la que se proyecta es lo bastante elevada, un resultado sin duda superior al que se desprendería de aplicar una tasa más alta a un volumen menor de ingresos de explotación. Las grandes editoriales y productoras son capaces de efectuar cuantiosas inversiones en la

promoción de sus productos, lo que permite obtener unos ingresos de explotación superiores a los que lograría un autor que confiara la comercialización de su obra a sus solas fuerzas. Y si el éxito comercial de una obra se debe en gran medida a la promoción y publicidad realizada en torno a ella, parece lógico que la casa editorial o la productora concedan al autor un porcentaje menos elevado que si la obra se ha comercializado con escasa inversión por su parte.

Debemos insistir, por otro lado, en que muchos modelos de negocio en Internet se basan en el desconocimiento de los derechos de autor sobre las obras explotadas. En tales casos no cabe duda de que el consumidor final abona un precio mucho más asequible cuando no inexistente, pero la razón de esa baratura no se halla en la eliminación o reducción de intermediarios propiciada por Internet, sino en la falta de respeto de los derechos de los titulares y en la consiguiente omisión del pago de una retribución a favor de éstos³⁰. Es obvio que esos modelos de negocio sustentados en la infracción masiva de derechos de autor, por muy modernos que resulten y por mucho que se adapten a las exigencias de los internautas, no pueden ser la alternativa que preconiza JCRI *al mercado basado en el soporte*³¹.

A lo anterior hay que añadir que también en Internet hay intermediarios, aunque éstos no se vean o su presencia sea más sutil que la de los intermediarios en el mercado de la distribución de soportes tangibles. Me refiero a los proveedores de servicios de Internet, tales como los de acceso a la red, alojamiento de datos y enlaces a contenidos puestos en la red. Todos ellos intermedian entre el prestador del servicio original y los miembros del público³², y si bien no añaden un valor que repercuta sobre el precio del producto final como ocurre en las cadenas de comercialización *off-line*, perciben ingresos por sus servicios, bien facturando por ellos directamente al internauta y/o a los proveedores de contenidos, bien recurriendo a métodos indirectos de obtención de ganancias, como la publicidad.

G) INDUSTRIAS CULTURALES VERSUS INDUSTRIAS DE LAS TIC

El compromiso entre la socialización de la cultura y el favorecimiento de la actividad del creador está plasmado en la LPI, y el discurso acerca del cambio de paradigma y de la comercialización exenta de soportes tangibles nada aporta a ese compromiso. No es creíble pensar que en los países avanzados la difusión de la cultura no está garantizada, con independencia de que haya más o menos compañías de música o de cine que se hayan decidido a comercializar sus productos en Internet prescindiendo de la distribución física. Debe evitarse incurrir en una mitificación de Internet, como si lo que pase fuera de la red no existiera y el hecho de que parte de la cultura se siga propagando mediante canales más o menos tradicionales no sirviera para asegurar el acceso a la cultura por parte de los ciudadanos.

Se diría, en otro orden de cosas, que a JCRI le molesta que la industria cultural obtenga ingresos, y aún más parece que le incomoda que la industria cultural obtenga ingresos en posible detrimento de los intereses de las industrias de las TIC (“lo que ya es mucho menos importante es garantizar los ingresos de una industria cultural, y menos si sus intereses se contraponen con otra industria, que es la tecnológica y de la sociedad de la información”). Esta reflexión obliga a hacer diversas puntualizaciones.

Primera, cuando se habla de industrias “de la sociedad de la información”, como hace JCRI, se olvida que las que mejor encajan en ese concepto son realmente las industrias culturales, porque la información que viaja por las redes y se comunica entre los usuarios no es, en su mayor parte, información en bruto sino información organizada expresivamente por un autor y comercializada en un determinado formato por un editor o un productor.

Segunda, a día de hoy, las circunstancias indican que son las industrias de las TIC las que están obteniendo ingresos a costa de la industria cultural. A nadie escapa que muchos usuarios adquieren un servicio de acceso a Internet

mediante banda ancha, gracias al cual se descargan e intercambian numerosos contenidos intelectuales que han sido puestos en la red sin respetar los derechos de propiedad intelectual, pero a las compañías suministradoras de ese servicio les resulta indiferente qué suceda con estos derechos mientras ellas tengan asegurado un tráfico lo bastante intenso, y con él unos copiosos beneficios.

En tercer lugar, no se entiende por qué habría de preferirse un sector industrial al otro: ambos deben cohabitar y tener la posibilidad de obtener sus respectivos beneficios, sin que el apogeo de una industria tenga que significar el declive de la otra. Ambas se necesitan, porque la información sin redes no puede viajar a la velocidad que hoy se demanda, pero las redes servirían para poco si no hubiese contenidos intelectuales que circularan por ellas. La contraposición que JCRI realiza entre industrias culturales e industrias de las TIC, como si los intereses de unas fuesen incompatibles con los de las otras, alimenta la falsa especie, propagada entre los internautas, de que el respeto a los derechos de autor en Internet sólo se puede lograr a costa de los intereses de los usuarios de la red, y que aquellos derechos constituyen poco menos que un privilegio de unas cuantas multinacionales que no quieren adaptarse al nuevo entorno y que reclaman exigencias inaceptables que darían al traste con el desarrollo de las TIC.

En último extremo, resulta inexplicable por qué JCRI, y tantos otros como él, ven con tan buenos ojos a las industrias de las TIC y con tan malos a las industrias culturales, pues es evidente que aquéllas persiguen obtener un beneficio particular tan egoísta y poco social como pueda serlo el de las segundas.

H) EPÍLOGO

JCRI dedica sus últimas palabras a ironizar sobre la herencia de AMM, a quien acusa de haberse convertido en “vocero” del *lobby* cultural. Dice JCRI que AMM debe de estar irritado por saber que parte de su herencia, “con lo que está pasando, se le pueda ir por el

sumidero”, y ya antes había dicho que “la ira” de AMM seguramente se debía a que alguien se había atrevido a cuestionar su *modus vivendi*, que ya tenía programado para él y para los suyos para los próximos setenta años.

Naturalmente, no se trata de si AMM tiene planeado aprovechar su propiedad durante el plazo que la ley contempla, sino de que todo propietario está legitimado para esperar obtener de su propiedad las utilidades que conforme a Derecho le correspondan, sin que por ello deba convertirse en objeto de la burla ajena. Por la misma razón podría ironizarse sobre los banqueros u otros empresarios, quienes a buen seguro esperan continuar disfrutando del patrimonio que han logrado acumular, o sobre que los titulares de bienes inmuebles se hagan la ilusión de disfrutar de ellos e incluso de transmitírselos a sus herederos cuando fallezcan, todo lo cual es una obviedad y tiene su fundamento en el reconocimiento constitucional del derecho a la propiedad privada y a la herencia. Puesto que por el momento no hay modo de sortear virtualmente la propiedad inmueble o la propiedad sobre el dinero, o a quien lo hace (v. gr. atacantes cibernéticos de cuentas bancarias) se le impone una sanción penal de considerables proporciones, JCRI no puede augurar a los propietarios de bienes materiales que sus días están contados con el advenimiento de las nuevas tecnologías. Sí se siente capaz en cambio de vaticinar el fin del *modus vivendi* de AMM y de otros tantos autores, y parece que hasta emplea cierto regocijo en hacerlo.

A todo hombre de progreso y amante de las letras debería entristecerle pensar que Internet puede convertirse en el fin de las expectativas de vida de AMM y los suyos, ya que eso significará que AMM tendrá que dedicarse a otra cosa en lugar de a escribir novelas, para lo que ha demostrado estar especialmente dotado. Quizás se dedique a vender pasteles, o a barrer el parque público en cuyo banco se sienta JCRI. Quizás a AMM, si se cumplen los alegres vaticinios de JCRI, no le suceda otro escritor como él en la siguiente generación, porque en un contexto tecnológico en el que los conteni-

dos intelectuales circulan por la red sin control de sus titulares, mientras los próceres amantes de las nuevas tecnologías se limitan a cantar las virtudes de Internet omitiendo denunciar ninguno de sus males, a nadie le quedarán

ganans de dedicar diez mil horas de su vida a escribir una novela. Confío en que no sea ése el escenario al que finalmente nos conduzca el desbocado desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación.

NOTAS

1. En nuestra legislación este elemental principio aparece plasmado en el artículo 56.1 de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI): “El adquirente de la propiedad del soporte a que se haya incorporado la obra no tendrá, por este solo título, ningún derecho de explotación sobre esta última”. El artículo 3º.1 LPI también recuerda que “[l]os derechos de autor son independientes, compatibles y acumulables con: 1º.— La propiedad y otros derechos que tengan por objeto la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual”. Llama la atención que este principio, que a muchos todavía cuesta asimilar en nuestros días, estuviera perfectamente asentado entre los tratadistas de hace dos siglos. En este sentido puede verse C. COMTE, quien en su *Traité de la propriété*, París, 1834, vol. 2, p. 95, nota 1, ya alertaba que en esta materia no debe confundirse el “poder” con el “derecho”, de tal modo que el comprador de un libro tiene el poder —posibilidad material— de hacer copias del mismo, pero eso no significa que posea el derecho de hacerlo. Esa confusión —o al menos un profundo desinterés acerca de si el poder va o no acompañado del correspondiente derecho— se advierte, por ejemplo, en algunas de las reflexiones de M. PÉREZ SUBÍAS, “Valores, derecho, economía”, *Economía exterior* («Propiedad intelectual, debate inaplazable»), nº 53 (verano 2010), pp. 101-104, a la sazón presidente de la Asociación de Usuarios de Internet. Así, cuando tras observar que “en este mundo digital e interconectado a través de Internet nos encontramos (...) con que el coste de la copia (...), se aproxima (...) a cero. Son copias que puede hacer cualquier persona con un simple click, y contenidos que pueden ser digitalizados fácilmente y de forma ilimitada en cualquier ordenador”, se felicita de “este aire fresco [se refiere al de las nuevas tecnologías de la telecomunicación] que permite a los contenidos circular de forma libre en la red” [énfasis míos].

2. Con carácter general, quien accede a una obra intelectual o adquiere un ejemplar de la misma sólo puede realizar aquellos actos que, por permanecer en un ámbito privado o doméstico, quedan fuera de la órbita de los derechos exclusivos del autor. Así, puede propiciar actos de comunicación no pública de la misma (v. gr. visionado de una película en un entorno doméstico con familiares y amigos), elaborar copias de la obra siempre que sean para su uso privado (v. gr. reproducción de un disco en formato Mp3 para poder disfrutarlo en un reproductor portátil), y prestar a otros particulares —no al público en general— el ejemplar de la obra que haya adquirido (v. gr. cesión temporal del uso de un libro a un allegado).

3. Conforme a una explicación ya clásica, son dos los elementos sobre los que pivota la protección de la propiedad intelectual y de otros institutos similares: de un lado, la identificación del interés tutelado con la probabilidad de ganancia en el desarrollo de una actividad frente a terceros (por contraposición con una apropiación de las utilidades directas de la cosa); de otro, la referencia del derecho en cuestión a un bien externo al sujeto y no a una faceta de su personalidad, ni tampoco a un ejercicio monopolístico de cierta actividad económica. Vid. T. ASCARELLI, *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales* (versión española de E. VERDERA y SUÁREZ-LLANOS), Bosch, Barcelona, 1970, pp. 290-299. E. PIZARRO MORENO, “Análisis de los fundamentos filosóficos de la propiedad intelectual”, *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, 2009, nº 5, p. 168, pone énfasis —y es correcto hacerlo— en el dato de que la propiedad intelectual otorga solamente el derecho de excluir a otros de la explotación de un bien o producto determinado, mientras que el monopolio supone la capacidad de excluir a otros de un mercado específico, siendo así que un producto raramente equivale por sí solo a todo un mercado.

4. Otra cosa piensa M. PÉREZ SUBÍAS, “Valores, derecho, economía”, *Economía exterior* («Propiedad intelectual, debate inaplazable»), nº 53 (verano 2010), pp. 101-104, quien a propósito de las medidas que el Gobierno pretende poner en marcha para combatir el fenómeno del intercambio ilícito de contenidos a través de las redes *peer-to-peer*, señala que “las sociedades entienden, porque así nos lo han transmitido nuestros mayores, que compartir y acceder libremente al conocimiento son valores positivos para el desarrollo social. El beneficio social y económico que se está consiguiendo por el hecho de que cualquier persona tenga acceso a la cultura y al conocimiento, es superior al daño que pueden sufrir determinados sectores industriales o profesionales”.

5. Como observa L. PFISTER, “La propriété littéraire et artistique est-elle une propriété? Controverses sur la nature du droit d’auteur au XIXème siècle”, *Revue Internationale du Droit d’Auteur*, nº 205 (2005), pp. 167-169, sintetizando algunos de los argumentos que emplearon históricamente los partidarios de la propiedad literaria y artística en Francia,

mediante la divulgación el público adquiere el derecho a disfrutar intelectualmente de la obra, reservándose el autor el derecho a percibir los frutos materiales que rinda la explotación de la misma. Esa distinción entre acceso intelectual —abierto a todos— y acceso jurídico —reservado a uno— es esencial para comprender cómo funciona el derecho de autor.

6. Se trata de uno de los principios esenciales del derecho de autor, enunciado en algunas legislaciones de manera expresa (como es el caso de la sección 102.b/ de la *Copyright Act* de Estados Unidos). Al respecto puede verse R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Comentario al artículo 10 LPI”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, pp. 159 y 161. Así las cosas no hay motivo para que, tan frecuentemente, los detractores de la propiedad intelectual citen a favor de sus tesis el célebre discurso jeffersoniano, según el cual, “*he who receives an idea from me, receives instruction himself without lessening mine; as he who lights his taper at mine, receives light without darkening me*”. Sencillamente, no es verdad que la protección por el derecho de autor impida la libre propagación de las ideas latentes en las obras.

7. Existen numerosos ejemplos de inventos que aparecieron tardíamente en la historia de la evolución tecnológica pero que, por su sencillez, podrían haber sido inventados mucho antes. BASALLA pone el ejemplo de la alambrada, cuya invención podría haberse producido en la antigua Grecia o al menos en el Renacimiento, cuando por vez primera se empezó a utilizar el tendido de alambre a gran escala para la protección de pastos y la retención del ganado. Sin embargo, la alambrada no fue patentada hasta 1873 por un maderero, un ferretero y un granjero de DeKalb, Illinois (Estados Unidos). Vid. G. BASALLA, *La evolución de la tecnología* (trad. J. Vigil), Crítica, Barcelona, 1991, pp. 68-74. Se necesita una singular agudeza y capacidad inventiva para descubrir esas aplicaciones que, desde un punto de vista tecnológico, podían haber sido desarrolladas siglos atrás.

8. A modo de ejemplo, y por mantenernos dentro del ámbito escogido por JCRI, puede verse el Ecofrego (<http://www.ecofrego.com>). Se trata de un nuevo cubo escurridor que proporciona ciertas ventajas con respecto al empleado tradicionalmente con la fregona.

9. Un argumento similar lo hallamos en J. SMIERS, *Un mundo sin copyright* (trad. de Julieta Barba y Silvia Jawerbaum), Gedisa, Barcelona, 2006, p. 111, donde se lee cómo “es difícil encontrar una justificación para que alguien reclame la propiedad absoluta de una obra (...), cuando en realidad esa obra ha recibido la influencia de muchísimas fuentes distintas”. Antes de eso este autor se pregunta (p. 109): “¿Se podría pensar en un poema sin todos los que se escribieron con anterioridad? Nuestra cultura moderna nos lleva a olvidar que el autor o el intérprete recurren a muchas fuentes distintas (...) que son parte de nuestra herencia común. Es imposible atribuirse una originalidad absoluta (...)”. También L. ZEMER, *The idea of Authorship in Copyright*, ed. Ashgate, Burlington (USA), 2007, pp. 228-232, cree que el autor es tan dependiente del entorno social y cultural que sus creaciones no son auténticamente originales, y preconiza una concepción de la autoría como una empresa conjunta entre autor y público, de tal forma que ambos han de poder proyectar sus respectivos derechos sobre la obra.

10. Es lo que LANDES y POSNER denominan el “coste de expresión”, que en rigor incluiría no sólo el tiempo y esfuerzo del autor sino también el coste de producir la matriz original apta para la explotación en serie de la obra, el cual es asumido por el editor o productor (v. gr. la edición y fotocomposición del manuscrito de un libro, la grabación de un *master* fonográfico). Por lo general, el coste de creación de una obra intelectual es elevado, por contraste con el coste de reproducirla (por el autor o por terceras personas a quienes la obra se haya hecho accesible). Vid. W. LANDES y R. POSNER, “An Economic Analysis of Copyright Law”, *Journal of Legal Studies*, n.º 18 (1989), pp. 326 y 327.

11. Como explica J. FARCHY, “L’analyse économique des fondements du droit d’auteur: une approche réductrice pourtant indispensable”, *Propriétés Intellectuelles*, n.º 21 (octubre 2006), p. 390, el derecho de autor no es sólo una recompensa *ex post* del trabajo de un creador (fuente específica y a menudo única de ingresos para él), sino también, antes que eso, un incentivo a la creación de obras intelectuales y, sobre todo, a la edición y producción de las mismas. Sin la garantía que representa el derecho de autor [de explotación en exclusiva de la obra durante un número de años], parece evidente que el productor original de una obra no estaría blindado frente a los *free-riders*, quienes podrían reproducir a bajo coste objetos a cuyos iniciales costes de producción no han contribuido. La consecuencia es que se tendería a la subproducción de esta clase de bienes, ya que los productores originales no estarían dispuestos a invertir ante la perspectiva de no poder recuperar sus costes fijos. El argumento se encuentra ya en W. LANDES y R. POSNER, quienes si bien aceptan que la propiedad intelectual viene a crear una escasez allí donde la propiedad ordinaria trata de gestionar o asignar una escasez que viene dada, no pierden de vista que sin el poder exclusivo que se da al titular de propiedad intelectual desaparecería el incentivo de que crease nada, pues no tendría la garantía de recuperar sus costes hundidos. Por consiguiente, es cierto que cobrar un precio por un *bien público* reduce el acceso al mismo, lo cual representa un

coste social, pero en primer lugar incrementa el incentivo de crearlo, lo que sirve a compensar dicho coste. Vid. W. LANDES y R. POSNER, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.)/London, 2003, p. 21.

12. Como dice R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Comentario al artículo 10 LPI”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, p. 179, “los derechos de autor sobre estas obras [arquitectónicas] pueden verse restringidos en función del uso y destino de las mismas”.

13. Así, conforme al artículo 19.5 LPI, que tiene como antecedente el artículo 3.2 de la Directiva 2006/115/CE (artículo 2.3 de la originaria Directiva 92/100/CEE), los derechos de alquiler y préstamo no se aplican a los edificios.

14. A diferencia de lo que hemos visto que sucede con las esculturas y obras de arquitectura adquiridas por los Ayuntamientos, la adquisición de ejemplares de obras musicales y audiovisuales por aquél que los va a consumir asegura que ningún otro sujeto tenga que hacer un desembolso en relación con ese acto de consumo que sólo al primero beneficia.

15. E incluso de los no adheridos, en los casos de gestión colectiva obligatoria.

16. Si tomamos por ejemplo el caso de SGAE, con datos de su Informe de Auditoría de Cuentas Anuales para el año 2008, lo recaudado por esta entidad en concepto de copia privada fueron algo más de 16 millones de euros, de los que casi 5 eran derechos administrados para otras entidades, como AIE y VEGAP, frente a los más de 303 millones de euros a que ascendió su recaudación global nacional. Ello representa menos de un 4%. El Informe puede consultarse desde la web del Ministerio de Cultura: <<http://www.mcu.es/propiedadInt/CE/GestionColectiva/Informesgestion.html>>.

17. Frente a ello, como recuerda J. FARCHY, “L’analyse économique des fondements du droit d’auteur: une approche réductrice pourtant indispensable”, *Propriétés Intellectuelles*, nº 21 (octubre 2006), p. 390, la virtud de los derechos de propiedad intelectual es que permiten restaurar la iniciativa privada para regular el problema que viene dado por el carácter de «bienes públicos» que tienen las obras intelectuales (i. e. bienes caracterizados por las notas de no rivalidad y no exclusión de su uso). No deja de ser una forma de intervención pública, pero se trata —como dice este autor— de una intervención *ligera*, dirigida a canalizar la iniciativa privada más que a sustituirla. Ello contrasta con otras formas de intervención pública más intensas, como la subvención o la producción directa de bienes colectivos por el Estado.

18. Naturalmente ese razonamiento —con el que se debe estar de acuerdo— no significa que el autor de un tema musical no pueda buscar inspiración o hallar nutrientes en otros temas anteriores, pero una excesiva aproximación a una de ellas puede implicar la comisión de un plagio cuando los parecidos afecten a aspectos sustanciales. Resulta conveniente diferenciar entre el parecido de estilo, o la coincidencia en elementos o células expresivas elementales carentes de protección, y la similitud sustancial en pasajes o tramos expresivos originales, que es la que constituye una infracción de propiedad intelectual ajena.

19. Algunos autores niegan que el trabajo intelectual pueda dar lugar al surgimiento de auténticos entes inmateriales susceptibles de integrar el patrimonio de un sujeto, y atribuyen a las exigencias del sistema capitalista la materialización de la obra intelectual en un vehículo físico capaz de adquirir el valor de cambio que de por sí carece (T. LIMA VIANNA, “La ideología de la propiedad intelectual: la inconstitucionalidad de la tutela penal de los derechos patrimoniales de autor”, *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, nº 24, 2006, pp. 235-236); o creen que la propiedad intelectual es el último paso en la carrera del capitalismo industrial por mercantilizar la fuerza de trabajo, en este caso convirtiendo en objeto de intercambio los entes intangibles resultantes del trabajo intelectual (I. SÁDABA, *Propiedad intelectual, ¿bienes públicos o mercancías privadas?*, ed. Catarata, Madrid, 2008, pp. 86-87); o entienden que es un tipo de propiedad “inventado” por el mercado para legitimar la explotación de los derechos derivados de ella a través de la empresa (E. PIZARRO MORENO, “Análisis de los fundamentos filosóficos de la propiedad intelectual”, *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, 2009, nº 5, pp. 172-173). En mi opinión, por mucho que la ‘comodificación’ de los bienes intelectuales se impute a razones ideológicas conectadas con las bases del sistema capitalista, es claro que un autor está mejor protegido si se le considera propietario del resultado de su trabajo intelectual que si se le considera un trabajador que alumbra un ente sin valor de cambio. Por otro lado, la tesis de que el trabajo intelectual puede tener un enorme valor de uso, pero carece de valor de cambio a menos que vaya ligado al intercambio de un bien material o de un servicio que le sirvan de soporte, adolece de la dificultad de abstracción [necesaria para distinguir entre la obra y su soporte] a la que ya me he referido al comienzo de este artículo.

20. La reforma más destacable fue la operada por las Leyes 19/2006, de 5 de junio, y 23/2006, de 7 de julio, que actualizaron la LPI mediante la incorporación respectiva de las Directivas 2004/48/CE, de 29 de abril de 2004, relativa

al respeto de los derechos de propiedad intelectual, y 2001/29/CE, 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. A ello hay que sumar la regulación de la posible responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet por las infracciones que cometan sus usuarios, contemplada en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, la cual sirvió a la transposición de la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, sobre el comercio electrónico.

21. Vid., entre otros. I. SÁDABA, *Propiedad intelectual, bienes públicos o mercancías privadas?*, ed. Catarata, Madrid, 2008, p. 185.

22. Sobre este tópico pueden verse H. BAYLOS CORROZA, *Tratado de derecho industrial*, Civitas, Madrid, 1978, p. 135; E. PÉREZ CUESTA, “Una perspectiva histórico-jurídica sobre el derecho de autor”, *Revista de Derecho Privado*, 1981, pp. 333 y ss; J. MARCO MOLINA, “Bases históricas y filosóficas y precedentes legislativos del derecho de autor”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLVII, fasc. I (enero-marzo 1994), pp. 121 y ss.

23. Nótese la incongruencia que supone *imponer* —como JCRI dice literalmente que hizo— el uso a nivel escolar de *software* libre. La idea de imposición denota la necesidad de vencer las resistencias de otros responsables, o de la comunidad escolar, que acaso no vieran la iniciativa con buenos ojos. La libertad que es atributo de ese *software* debería también aplicarse a la decisión del propio usuario de utilizarlo.

24. Se trata de las emblemáticas «libertades» preconizadas por la *Free Software Foundation*, fundada por el célebre Richard Stallman. La articulación de estas libertades se realiza por medio del otorgamiento de una licencia a favor del usuario (v. gr. la conocida como «Licencia Pública General GNU»). No es por tanto correcta la simplista visión de que el *software* libre es aquél cuya utilización no se sujeta a licencia o autorización del titular de los derechos. Antes bien, estos programas son distribuidos mediante complejas licencias que establecen con precisión el catálogo de usos permitidos y no permitidos, por más que los primeros sean normalmente más numerosos en este tipo de licencias que en las de *software* comercial o *propietario*.

25. En cuanto a lo primero, debe tenerse en cuenta que el *software* libre tiene sus limitaciones técnicas, pudiendo haber finalidades o utilidades que sólo puedan satisfacerse acudiendo a programas comerciales. En cuanto a lo segundo, no hay que olvidar que los programas de ordenador son obras eminentemente utilitarias, que sirven no para su disfrute intelectual sino para lograr el funcionamiento de una máquina, por lo que sus fórmulas de creación y comercialización son difícilmente exportables al resto de obras protegidas por derechos de autor.

26. Apreciación esta última más que discutible, pues precisamente una de las críticas habituales al mercado de la producción cinematográfica en países como España es que está fuertemente sostenido con fondos públicos, lo que lógicamente supone un gran esfuerzo puesto a cargo de todos los contribuyentes. Generalizar ese sistema tendría, sin lugar a dudas, un alto grado de contestación social.

27. Ya hemos tenido ocasión de indicar *supra* que el mercado permite asegurar de manera más eficiente la remuneración de los autores por la explotación de sus obras. Ahora se trata de subrayar que el mercado también sirve para “despolitizar” las decisiones acerca de qué obras deben ser creadas y por quién. Nos lo recuerdan LANDES y POSNER, en el contexto de un razonamiento que merece ser reseñado. Según estos autores, a la hora de discutir sobre la conveniencia o no de reconocer derechos de propiedad, debe considerarse principalmente su capacidad para debilitar el efecto del *free riding* en la producción de bienes, que se agudiza cuando la diferencia entre costes fijos y costes marginales es grande, y que se manifiesta con crudeza en el ámbito de la propiedad intelectual, porque en este campo los costes fijos son especialmente elevados, mientras que los marginales son singularmente bajos, lo que implica que también lo son los costes de duplicación. Así las cosas, en ausencia de derechos de propiedad intelectual, o las obras no serían creadas, o los poderes públicos [o en su defecto el mecenazgo o patrocinio privado] tendrían que financiar su creación, lo que nos llevaría al mismo punto pero por una vía indirecta: el sistema de recompensas para el autor se traduciría necesariamente en una brecha entre el precio y el coste marginal, por más que la financiación viniese a través de los impuestos. En suma, tendríamos el mismo problema de acceso a los bienes en cuestión que con el reconocimiento de derechos de propiedad intelectual, y además añadiríamos los inconvenientes ligados a la politización del proceso de creación, sustituyendo la determinación gubernamental del valor de los distintos tipos de propiedad intelectual a la determinación del mercado. Vid. W. LANDES y R. POSNER, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.)/London, 2003, p. 24.

28. Para ser justos, no puede dejar de apreciarse la complejidad que encierra la transformación de una industria del calibre de la discográfica. Es comprensible que las decisiones estratégicas tardan en adoptarse, máxime cuando a comienzos de la década de los dos mil no se sabía con certeza cuál iba a ser el modelo de comercialización hacia el que se giraba y había en juego numerosas inversiones realizadas pendientes de amortizar. Si a ello se suma que, desde prácticamente el principio de la eclosión de Internet, las discográficas hubieron de competir con un mercado ilegal de distribución de contenidos en la red a coste cero, se comprenden las dificultades para tomar el pulso a la nueva situación suscitada con el advenimiento de las nuevas aplicaciones que hacían posible comercializar la música a través de Internet.

29. Así, en el artículo III se lee: “el fenómeno creativo se ha multiplicado exponencialmente desde que (...), millones de personas pueden acceder a la publicación de un libro, a la edición de una composición musical o a la filmación de una historia que, antes, estaba sólo al alcance de unos pocos elegidos”.

30. Como efecto concomitante, la persistencia de la piratería redundaba en un incremento de los precios de los productos del circuito legal, como bien se demostró en los años ochenta y noventa con la piratería del *software* comercial, lo que da lugar a un círculo vicioso en el que el infractor, cuanto más piratea y más hace con ello que suban los precios del circuito de pago, más razones encuentra para seguir pirateando.

31. Ya hemos dicho que se echa en falta en este artículo III una referencia, por mínima que sea, a la clamorosa proliferación de explotaciones ilícitas que se producen a diario en la red, bajo el falso pretexto del favorecimiento del acceso a la cultura y del desarrollo de las nuevas TIC. La deslegitimación que deriva de la queja hacia el sistema de protección de los derechos de autor y la denuncia de su supuesta inadaptación a la sociedad de la información, unida a una clamorosa falta de mención —no digamos ya de denuncia— de las múltiples infracciones a la propiedad intelectual que se dan en el ámbito digital, redundan en una suerte de legitimación de estas últimas conductas. Claro que, hay quien todavía va más allá, aplicándose a describir de manera fragmentaria y eufemística un comportamiento ilícito a fin de contribuir a una más benévola percepción social del mismo. Es el caso de M. PÉREZ SUBÍAS, “Valores, derecho, economía”, *Economía exterior* («Propiedad intelectual, debate inaplazables»), nº 53 (verano 2010), pp. 101-104, quien no duda en presentar a los internautas involucrados en el fenómeno *peer-to-peer* como abnegados ciudadanos que de forma altruista y desinteresada dedican su tiempo, su esfuerzo y su trabajo a una labor de “digitalización” de contenidos, en beneficio de toda la sociedad.

32. De hecho, la Ley los considera “prestadores de servicios de intermediación” de la sociedad de la información. Vid. letra b) del Anexo, y artículos 13.2 y 14 a 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico.

Fecha de recepción: 29 de marzo de 2011

Fecha de aceptación: 5 de mayo de 2011