



ColorIURIS

Una aportación independiente a la
cultura libre



Una aportación independiente a la Cultura libre.

Pedro J. Canut Zazurca

TÍTULO

ColorIURIS.

Una aportación independiente a la Cultura libre.

AUTOR TEXTO Y FOTOGRAFÍA PORTADA

Pedro J. Canut Zazurca

EDICIÓN

ColorIURIS®

DIVULGACIÓN

ColorIURIS®

I Edición Abril 2007

DERECHOS

© Pedro J. Canut Zazurca



Pueden obtenerse algunos derechos del contenido de este libro

a través del contrato colorIURIS rojo disponible en :

https://www.coloriuris.net/autores/pjcanut/coloriuris_el_libro

La aceptación del contrato, permite la reproducción, distribución y comunicación pública, incluida la puesta a disposición interactiva, para usos no comerciales.

A vosotras, por el tiempo que os he robado

«[...] La prospérité des états repose nécessairement sur la base immuable de l'ordre, de la justice et de la sagesse. Toute loi injuste, toute institution cruelle qui offense le droit naturel, contraire ouvertement leur but, qui est la conservation des droits de l'homme, le bonheur et la tranquillité des citoyens. [...] »

***Mémoire sur les peines infamantes couronné par
l'Académie de metz en 1784.
Maximilien de Robespierre (1758 – 1794)¹***

¹ «...la prosperidad de los estados reposa necesariamente sobre la base inmutable del orden; de la justicia y de la sabiduría. Toda ley injusta, toda institución cruel que ofenda el derecho natural, contraría abiertamente su fin, que es la conservación de los derechos del hombre, el bienestar y la tranquilidad de los ciudadanos...» (Maximilien de Robespierre – 1.784)

El ensayo que les propongo representa el esfuerzo de los últimos años, resumido en unas cuartillas de papel.

Conviene, para no decepcionar al amable lector, comenzar por decir lo que no es: no es un tratado de Derecho comparado, no es siquiera un tratado de Derecho; aunque algunos capítulos puedan resultar un tanto técnicos para el lector lego en la materia.

No se trata tampoco de un manual de usuario de ColorIURIS; por más que – atendiendo a las solicitudes de algunos amigos – se dediquen algunos capítulos a explicar el funcionamiento de la herramienta jurídico-informática.

Tampoco es un libro «*copyleft*» al uso ... ni todo lo contrario; sin embargo, se aborda el movimiento y se proponen algunas reflexiones desde la visión del «ius civile»; y, a propósito del «ius civile», comprobarán que – a lo largo de estas páginas – lo denominaré, indistintamente, ius civile, derecho continental, derecho latino, derecho de tradición romano-germánica, «civil law» ... y, en alguna ocasión, «nuestro derecho». No hay ningún motivo especial para emplear una u otra terminología; y todas ellas son utilizadas habitualmente por la doctrina para referirse al sistema de derecho – legislación, doctrina y jurisprudencia – que, con origen en el derecho romano y el derecho germánico informa, entre otros, los ordenamientos jurídicos de Europa,

Latinoamérica y Caribe y buena parte de África, y que los tratadistas oponen al «common law».

He tratado de plasmar, en un lenguaje llano, la problemática actual de los derechos de autor y derechos conexos en el entorno digital; les propongo **«navegar»** - si me permiten la licencia ... poética - por algunas de las normas dictadas en la Unión Europea, espejo en el que se miran muchos Estados para fijar las «reglas del juego»; **«enlazar»** el derecho positivo a las iniciativas por una cultura libre y **«buscar»** conmigo el - difícil equilibrio - con los derechos de los creadores.

El libro puede copiarse, distribuirse y comunicarse de forma pública, si creen que es merecedor de ello, previa aceptación de la licencia contractual colorius.

Tensiones entre derechos de autor y libre acceso a la cultura

1.- tensiones | derechos de autor /acceso a la cultura

Internet se concibió, en sus orígenes, como un espacio transnacional pero limitado al mundo científico y más concretamente al mundo científico tecnológico al alcance de unos pocos iniciados. Sin embargo, y de acuerdo al espíritu con el que fue concebida la red de redes, se ha convertido en una revolución social y cultural sin precedentes, como un paso más en la escala evolutiva del ser humano, como individuo y como colectivo.

Este sexto continente que es la World Wide Web no es ajeno a las relaciones interpersonales, al comercio, a la política; en definitiva, a un conjunto de derechos y deberes de los internautas. Internet nació, y así la considero, como un espacio de libertad; sin olvidar que la libertad de uno acaba donde empieza la de los demás, y que ese conjunto de relaciones humanas - desde que el mundo es mundo - ha precisado de una herramienta preciosa, el Derecho; entendido como ese conjunto de reglas de que nos hemos dotado los seres humanos para garantizar nuestra convivencia en paz.

La existencia de unas «reglas de juego» se hace especialmente necesaria en el ámbito de los derechos de autor de los contenidos en línea donde existen dos tendencias opuestas; de un lado quienes apuestan por la libre difusión de la cultura con el único límite del reconocimiento de autoría, y de otro quienes pretenden una protección de los derechos patrimoniales incluso mediante el uso de medidas tecnológicas anti-copia.

Por lo que respecta a los derechos de autor esas «reglas de juego» están inspiradas en el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, a cuyo tenor literal:

«1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.»

La Declaración data de 1948, y supone la codificación - y reconocimiento universal - de dos derechos humanos de igual rango, **el acceso a la cultura y la protección de los derechos de autor**; ambos - insisto - con el mismo rango, ambos entendidos como derechos inherentes a la persona «per se», sin necesidad de reconocimiento previo, ni otorgamiento de monopolios por parte de los Estados; derechos que pertenecen a los seres humanos por el mero hecho de serlo.

No obstante la claridad meridiana de esta norma que debe guiar los tratados internacionales sobre la materia y las legislaciones internas de los Estados, pervive (y pugna por imponerse merced a los intereses mercantilistas de las grandes corporaciones) en el mundo anglosajón (y más concretamente en U.S.A.) una concepción de la propiedad intelectual como mero derecho de copia (no confundir con derechos de autor) es

«una especie de monopolio» concedido por la sociedad - los Estados - a los creadores para incentivar su *trabajo* creativo (concepción que en España comparte - entre otros - el Dr. Farré²).

La consecuencia que se sigue de ello es que las obras creativas son tratadas como pura mercancía que se compra y se vende, y los derechos son renunciables (con lo cual los derechohabientes ya no son los creadores, sino la industria «cultural»).

Desde esa forma de entender la propiedad intelectual los derechos de los ciudadanos al acceso a la cultura, como derecho de la personalidad, se interpretan como derecho de la sociedad a disfrutar - en ciertos casos - de las creaciones de aquellos a quienes ha otorgado previamente un monopolio.

O dicho de otra forma, mientras el «ius civile» (derecho continental) se inspira - e inspiró - en el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el «*common law*» contempla el artículo 27 transcrito como un «*brindis al sol*» (de lo cual tampoco hay que extrañarse, pues está en sintonía con decisiones como la de no someterse al Tribunal Penal Internacional, no suscribir el Tratado de Kioto o mantener abierto Guantánamo...); en definitiva, para el derecho anglosajón (en su variante más radical el de U.S.A.) ni existen los derechos de autor, ni existe el derecho de acceso a la cultura.

²Y así lo expresó en la conferencia impartida en Zaragoza el pasado 6 de junio de 2006, en el marco del I Congreso Iberoamericano Bitácoras y Derecho.

Como tampoco existe una normativa garante de la autodeterminación informativa (variante del derecho a la intimidad - otro Derecho Humano reconocido en la Declaración Universal, en su **artículo 12**³) como pueda existir en Europa y en algunos países de Iberoamérica.

De ello se sigue que la industria cultural estadounidense cabalgando a lomos del copyrigh y el desprecio por los datos de carácter personal consiguió la promulgación de la «*Digital Millennium Copyright Act*», con la que se consagraba la «*desobediencia*» a la Declaración Universal de los Derechos Humanos en las tres vertientes expuestas (derechos de autor, derecho de acceso a la cultura y derecho a la intimidad).

La situación no parecía muy preocupante (al menos en los Estados que - todavía - se rigen por el «Civil Law») de no ser por la redacción de los *Tratados Internet* de 1996, a los que nos referiremos en el capítulo III (WCT y WPPT) y la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 que - a no tardar mucho - colisionará con las 95/46/CE, de 24 de octubre; 97/66/CE, de 15 de diciembre y 2002/58/CE, de 12 de julio sobre protección de datos personales.

Esta nueva «Lex mercatoria» en que se ha convertido la regulación de los derechos de autor a nivel internacional y las tensiones entre derechohabientes y usuarios de la cultura puede ser analizada a partir de tres ejemplos paradigmáticos:

³artículo 12.- Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

- Las redes de pares.
- El plagio.
- La implantación de sistemas anticopia (DRM´s).

las redes de pares

1.1.- las redes de pares

Para unos el paradigma de la libertad, para otros el infierno de Dante. Los usuarios de redes P2P han sido perseguidos en vía penal, y condenados por los Tribunales de U.S.A. y de otros Estados que, a diferencia de España, no contemplan en su legislación el límite de copia privada. Se ha generado, no obstante, un gran debate en la blogosfera y los medios respecto a si las recientes modificaciones del Código Penal y la Ley de Propiedad Intelectual⁴ tipificaban como delito el intercambio de ficheros a través de redes de pares.

Consideraremos los sistemas de intercambio de archivos P2P destinados ***exclusivamente*** al intercambio de fonogramas protegidos por la propiedad intelectual por entender que aquellos sistemas P2P que permiten el intercambio de todo tipo de ficheros no tienen cabida en los tipos penales, al faltar el componente de ***especificidad***; cuestión sobre la que ni la doctrina ni la jurisprudencia se han puesto de acuerdo y que se trata, entiendo, de una cuestión que deberán resolver los tribunales «caso por caso» .

Delimitaremos, igualmente, el análisis a los llamados sistemas **P2P de segunda generación**; es decir, aquellos que no cuentan con servidores centrales; sino que son los propios usuarios quienes mediante la instalación de un programa de ordenador se convierten en receptores/ emisores; centrando el objeto de este capítulo en aquellos supuestos en los que la doctrina científica española ha encontrado mayor grado de

⁴A la que reenvía el código penal español para la definición de los tipos.

consenso para poder abordar lo que, habitualmente, denominamos «**supuestos de libro**» (bien entendido que, incluso en estos supuestos, parece una temeridad cualquier dogma o generalización, y habrá que estar – llegado el caso – a las peculiaridades y circunstancias del caso concreto).

Para extraer unas consecuencias jurídicas a la actividad de los usuarios de redes de pares de 2ª generación específicamente destinadas al intercambio de fonogramas divulgados en la unión europea se hace necesaria una precisa reseña acerca de en que consiste dicha actividad:

El usuario se descarga – gratuitamente – un programa de ordenador que, simplificando mucho, crea en su ordenador personal dos carpetas (o interfaces). Una de ellas está destinada – a modo de buscador – a rastrear en los PC´s del resto de usuarios del sistema los fonogramas que contienen. La otra carpeta (o interfaz) es una carpeta compartida donde cada usuario almacena aquellos fonogramas que deja – gratuitamente – a disposición del resto de usuarios del sistema para que, por su parte, puedan acceder a ellos.

A partir de este planteamiento estudiaremos si las dos actividades que realiza un usuario de redes P2P específicamente destinadas al intercambio de fonogramas protegidos por la propiedad intelectual son actividades típicas para nuestro ordenamiento jurídico.

La doctrina, con carácter general, considera este acto de «*descarga*» como una **reproducción** en los términos del **TRLPI**; lo que, vulgarmente, denominamos **COPIA**⁵.

Aceptaremos, a los efectos de este estudio (y con la doctrina científica), que la descarga de fonogramas a través de una red «*peer to peer*» es un acto de reproducción. Dicho lo cual se hace necesario analizar si ese derecho patrimonial de los derechohabientes tiene como límite la excepción de copia privada.

La respuesta ha de ser necesariamente afirmativa por cuanto se cumplen los requisitos legales para considerarlo así en el **artículo 31.2º TRLPI** (obra divulgada, uso privado del copista y ausencia de ánimo de lucro); siendo – en nuestro derecho – irrelevante que la copia se haga de un original previamente adquirido por el copista o no⁶ (BOUZA, M.A. Y CASTRO MARQUES, M.; DE ROMAN PEREZ,R.; GARROTE FDEZ-DIEZ,I; CARBAJO GASCON, F).

Siendo de aplicación el límite de la copia privada no se hace preciso distinguir entre vía civil y vía penal; dado que el límite, en los términos del **TRLPI** opera tanto respecto del

⁵entendiendo que, a diferencia de lo que dispone la Ley respecto de la distribución, la reproducción tiene lugar aún cuando no se fije en un soporte físico – CD, cassette.

⁶Parece importante matizar en que la nueva redacción de la L.P.I. alude a las obras a las que se haya accedido legalmente; lo que no necesariamente implica que la obra sea original propiedad del copista.

presunto ilícito civil, como de un eventual ilícito penal recogido en el **art. 270.1 C.P.**

El límite de la copia privada comprende, naturalmente, la ausencia de ánimo de lucro (entendido como beneficio económico, no como ahorro) y así lo viene entendiendo de forma reiterada Nuestra Jurisprudencia⁷. Entre los países de nuestro entorno, los Tribunales llegan a las mismas soluciones absolutorias en vía penal; y así, podemos citar las Sentencias de 10 de marzo y 8 de diciembre de 2005, dictadas, respectivamente, por la Sala Tercera del Tribunal de Apelación de Montpellier y por el Tribunal de Grande Instance de París⁸

b)- compartición de archivos | comunicación pública

Si bien los actos de reproducción en las redes P2P son atípicos para nuestro código penal, y la excepción por copia privada podría oponerse – siguiendo a CARBAJO CASCON, F – ante una reclamación en vía civil por parte de los derechohabientes a los usuarios de redes P2P (aún cuando somos conscientes de que la doctrina científica no es unánime), no están tan claras las cosas respecto de los fonogramas que los usuarios almacenan en la «**carpeta compartida**» para que puedan ser descargadas por otros usuarios.

⁷Nuestra Jurisprudencia exige el ánimo de lucro incluso en supuestos de copia de programas de ordenador (cuya reproducción no contempla el límite de copia privada); así en las Sentencias Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 10ª, 10-6-1995; Jdo. Penal 4 Málaga, 16-2-2002; JUZGADO PENAL 17 de Barcelona 07-09-2005 A.P. de Barcelona, Sección 7ª, 27-06-2006, entre otras.(<http://bufetalmeida.com>)

⁸<http://www.juriscom.net/documents/tgiparis20051208.pdf>

Para la doctrina mayoritaria se trata de verdaderos actos de comunicación pública, por cuanto, conforme al **artículo 20.1 TRLPI** existe una «*pluralidad de personas*»; que éstos puedan tener acceso a la obra, y que no exista una distribución previa de ejemplares; ello no significa, no obstante – ni siquiera para quienes entienden que son actos de comunicación pública – que sean actos típicos desde un punto de vista penal, por que **falta el ánimo de lucro** en el usuario final – entendido como beneficio económico – y, atendidas las cifras facilitadas por la propia SGAE, el perjuicio económico de tercero.

la cuestión queda, por tanto, centrada en la ilicitud en el ámbito civil de estos «*actos de comunicación pública*», con la posibilidad para los derechohabientes del ejercicio de las correspondientes acciones (de cesación, de indemnización, de enriquecimiento injusto...).

Sin embargo, en mi humilde opinión, habrá supuestos en los que, efectivamente, nos encontremos ante una comunicación pública de obras protegidas por la propiedad intelectual, y supuestos en los que no; pensemos «ad exemplum» en aquellos supuestos – no infrecuentes – en que la aplicación activa por defecto la «**carpeta compartida**» y va depositando en ella copia de las descargas sin que el usuario realice ninguna actividad (incluso sin su conocimiento ni constancia).

Considero que la existencia de un sistema de remuneración por copia privada es suficiente contrapunto para

equilibrar la difícil balanza entre el derecho de acceso a la cultura de los ciudadanos y los derechos patrimoniales de la industria fonográfica (sobre todo si consideramos que un gran porcentaje de los usos que se dan a los CD y DVD regrabables es para uso privado, y no para la reproducción de obras protegidas por la propiedad intelectual; a pesar de lo cual todos los soportes están gravados por el cánón compensatorio).

La solución al conflicto no pasa – al menos en España – por la «***machacona propaganda de adoctrinamiento ciudadano amenazando al usuario con las penas del infierno***», ni con la proscripción del anonimato de los internautas. La solución, en mi modesta opinión, pasa por la revisión del modelo de negocio y, probablemente, por el ejercicio de acciones legales contra las empresas que se están lucrando con el intercambio de fonogramas a través de redes de pares; en palabras de Ignacio Garrote⁹:

«Como ya he apuntado, es importante tener en cuenta que los sistemas P2P no son un regalo diseñado altruistamente para el intercambio público de ficheros digitales entre los usuarios. El programa de ordenador es en la práctica totalidad de los casos sólo un medio, la herramienta informática diseñada y explotada por entidades mercantiles con ánimo de lucro para crear una verdadera comunidad virtual de usuarios, para atraer clientes y fidelizarlos obteniendo después un

⁹«La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual», de Ignacio Garrote Fernández; página 230. Editorial Comares - Granada 2.005

beneficio gracias a esta «bolsa» de clientes captados y a los ingresos por publicidad. Las formas de hacer crecer esta comunidad de potenciales consumidores coinciden en la mayoría de los programas P2P, que tienen modus operandi muy similar.»

No me parece ocioso reflexionar sobre una idea que subyace a la problemática expuesta, y que no es otra que el daño que al Derecho en general, y al derecho de autor en particular, le está haciendo la importación de soluciones jurídicas del mundo anglosajón, preocupadas más – o exclusivamente – por los derechos patrimoniales, que por los derechos morales de nuestros creadores.

La cultura debe circular libremente y todos los sectores implicados deben comprender que los derechos humanos no pueden retroceder en favor del enriquecimiento de unos pocos. No tengo la solución – ojalá la tuviera – pero si algunos Estados, y la «**industria cultural**» prosiguen en su campaña de criminalización a golpe de normas, y – sobre todo – a golpe de propaganda el desencuentro entre los derechohabientes y los usuarios de la cultura podría ser irreversible.

el plagio

1.2.- el plagio

La cultura libre. Se nos llena la boca hablando de cultura libre, de la abolición de las leyes de propiedad intelectual o de ceder los derechos de explotación para que otros puedan crear a partir de nuestros contenidos; sin embargo, la realidad es que lo único que parece preocupar es que algunos músicos puedan remezclar canciones para crear una obra nueva con la que obtener lucro, o que un local de ocio incremente sus ingresos a costa de los derechos de los creadores, en lugar de afanarnos - con honrosas excepciones - por la difusión real de la cultura (obras literarias, pictóricas, fotografías, video, música...).

Semejante «*batalla*» por los derechos patrimoniales nos ha llevado a olvidar el germen de los derechos de autor; aquello que, desde la tradición jurídica del «**Ius Civile**», conocemos como **derechos morales**; que son, en última instancia los que dan fuerza y sentido a cualquier movimiento en favor de la cultura libre.

Me detendré, tan sólo, en aquellos «*universalmente*» reconocidos por ambos sistemas jurídicos¹⁰ - el anglosajón y el

¹⁰La normativa española de propiedad intelectual distingue entre **derechos morales** y **derechos de explotación** ; que los primeros son **irrenunciables e inalienables** frente a los segundos, que pueden cederse - *inter vivos* o *mortis causa*.

Y, según dispone el **artículo 14 L.P.I.** son:

1.- Decidir si la obra puede ser publicada, y cómo.

2.- Decidir si la obra se publica bajo su nombre, bajo un pseudónimo, o de forma anónima.

continental; los contemplados en el Convenio de Berna: **El Derecho al reconocimiento de autoría** (paternidad/ «*attribution*») y el **Derecho a la Integridad de la obra**. Y, delimitando más la cuestión, al primero de ellos; cuya violación es sancionada de forma unánime como **plagio** (la atribución como propia de una obra ajena).

Lo anterior viene al caso de la siguiente noticia de Alejandro Torres, del pasado viernes 23 de diciembre de 2005, para el diario mexicano **El Universal** que denunciaba un caso de plagio:

« Para sustentar las reformas a las leyes de radio, televisión y telecomunicaciones, la Comisión de Radio, Televisión y Cine de la Cámara de Diputados se fusiló párrafos completos de por lo menos dos obras protegidas por derechos de autor, y a las que no otorgó ningún crédito .../...»

.../... Beatriz Martínez Cándano publicó desde el 26 de junio de 2004 el artículo «El potencial de la convergencia tecnológica en el desarrollo de la sociedad de la información», en el sitio de internet del

3.- **El reconocimiento de la autoría**

4.- El respeto a la **integridad** de la obra.

5.- El derecho a modificar la obra (respetando, en su caso, los derechos previamente adquiridos por terceros).

6.- Retirar la obra del comercio (indemnizando, en su caso, a los titulares de los derechos de explotación)

7.- Acceder al ejemplar único o raro de la obra (en la forma que se ocasionen menos incomodidades a quien la posea legítimamente).

Observatorio para la Cibersociedad:
www.cibersociedad.net.

La comisión de diputados mexicanos copió tres párrafos de ese artículo que explican el concepto de «convergencia tecnológica» y los «pegó » a la iniciativa de reformas sin darle crédito a la autora ni al sitio de internet.»

El segundo «botón de muestra»¹¹ es obra y gracia del legislativo peruano que, en el Proyecto de Ley de Nombres de Dominio «fusiló» los textos de Javier Maestre y Luis Ferrer.

Algunos ejemplos:

«En Estados Unidos se han producido numerosas controversias con los nombres de dominio. Muchas de ellas han acabado en los Tribunales de Justicia. En Inglaterra también han surgido controversias, al igual que en Francia y Alemania, dónde ya se han pronunciado los órganos judiciales, incluso con anterioridad a la ya citada Sentencia Británica; y ya se están preparando casos iguales en nuestro país, es una cuestión de tiempo, y cada vez menos, que estos problemas empiecen a ser analizados por los Tribunales de Justicia españoles, y las revistas especializadas.»
Javier Maestre, septiembre – 1997.

Y el texto del legislador:

¹¹Fuente: Erick Iriarte, Director Ejecutivo de Alfa-Redi.

«En Estados Unidos se han producido numerosas controversias con los nombres de dominio. Muchas de ellas han acabado en los Tribunales de Justicia. En Inglaterra también han surgido controversias, al igual que en Francia y Alemania, dónde ya se han pronunciado los órganos judiciales, incluso con anterioridad a la ya citada Sentencia Británica; y en breve estos problemas empezarán a ser analizados por los Tribunales de Justicia españoles »

Y éste otro de Luis Ferrer:

«Considerando la saturación de nombres existente en los dominios genéricos tradicionales y la conveniencia de liberalizar el registro de nombres en Internet, CORE (organización de ámbito mundial formada por unas 89 organizaciones y empresas) ha lanzado una propuesta de creación de siete nuevos dominios genéricos:

.firm para entidades comerciales.

.shop orientado a comercios que venden productos.

.web para entidades relacionadas con el web.

.arts organizaciones culturales y/o artísticas.

.rec para entidades con finalidades recreativas.

.info para proveedores de servicios de información.

.nom para personas físicas o una nomenclatura especializada. »(Luis Ferrer. NOMINALIA (1998)

Que «*gustó mucho*» al congresista:

«Argumentacion:

Considerando la saturación de nombres existente en los dominios genéricos tradicionales y la conveniencia de liberalizar el registro de nombres en Internet, CORE (organización de ámbito mundial formada por unas 89 organizaciones y empresas) ha lanzado una propuesta de creación de siete nuevos dominios genéricos:

.firm para entidades comerciales.

.shop orientado a comercios que venden productos.

.web para entidades relacionadas con el web.

.arts organizaciones culturales y/o artísticas.

.rec para entidades con finalidades recreativas.

.info para proveedores de servicios de información.

.nom para personas físicas o una nomenclatura especializada.»

Pero no sólo el legislador - que tan acostumbrados nos tiene a según que desmanes - ha sucumbido a la «*apropiación indebida de la obra ajena*»; sino que hasta el incorrupto

estamento judicial recurre a tan vil artimaña para **impartir Justicia:**

«En Uruguay, el año pasado, el Tribunal de Apelaciones en lo Laboral dictaminó sobre un caso de despido por falta grave por uso del correo electrónico de la empresa, y en los considerandos el Tribunal definió el correo electrónico e hizo otro tipo de consideraciones, y todos esos conceptos resulta que los hallé en un trabajo publicado en Internet por parte de una abogada especialista en derecho informático. Huelga decir que los Sres. Ministros no citaron la fuente: de la sentencia no surge que dichas consideraciones no sean suyas. »¹²

¹²Nro. 312/2004 - Tribunal de Apelaciones del Trabajo de Primer Turno - Ministro Redactor Dr. John P. B. - Ministros Firmantes Dr. John P. B. Dr. Pedro K. B. Dra Beatriz de P. C., Montevideo, **26 de agosto del 2004** .../...

2) Definición de Correo electrónico

Podemos definir al correo electrónico como el servicio de mensajería electrónica que tiene por objeto la comunicación no interactiva de texto, datos, imágenes o mensajes de voz entre un «originador» y los destinatarios designados y que se desarrolla en sistemas que utilizan equipos informáticos y enlaces de telecomunicaciones.

Ahora bien dependiendo de la perspectiva desde la cual se le analice, el correo electrónico posee una distinta naturaleza que podemos analizar en tres vertientes:

a) Como correspondencia o comunicación: El correo electrónico posee una idéntica naturaleza a la del correo tradicional, con la diferencia de que las comunicaciones (equivalentes del correo ordinario) se transmiten a través de la Red mediante tecnología digital. Por tanto el secreto de las comunicaciones en el e-mail se encuentra protegido igualmente dentro del Art.28 de la Constitución Nacional .

b) Como conjunto de datos: El correo electrónico es un conjunto de datos personales del usuario y como tal, su manipulación se encuentra supeditada a las normas relativas a la protección de datos personales. Con los datos obtenidos a través de una cuenta de correo se puede constituir el perfil de un usuario, quedando vulnerada con ello su intimidad, su vida privada. Por ejemplo, a simple vista una dirección puede evidenciar el nombre y apellidos del usuario, el lugar geográfico

Sin embargo, y a pesar de los mensajes que se lanzan al ciudadano por parte de discográficas, sociedades de gestión y editoriales son - precisamente - estas últimas quienes se «llevan la palma» a la hora de copiar y atribuirse textos ajenos; así el servicio de información diaria de <http://datadiar.es> del día 21 de febrero de 2006 recogía la siguiente noticia:

*«Comercio Electrónico: Se ha considerado que la compra en Internet con tarjeta bancaria ajena no es estafa. (J.P. de Malaga S., 19-12-05) Se declara probado que los imputados usaron la tarjeta ajena, pero el Juzgado decide absolver a los acusados por estimar que técnicamente no concurren todos los requisitos para considerar que se haya cometido el delito de estafa. Así pues, **en relación con la estafa informática, el Juzgado declara que no ha habido alteración, supresión u ocultación de datos, ni manipulación en la configuración de programa, de forma que no se cumplen los requisitos del art. 248.2 CP (manipulación informática o artificio semejante). Y en relación con la estafa clásica (art. 248 CP), el Juzgado llega a la misma conclusión, dado que no cabe hablar de engaño bastante. Finalmente, de alguna manera, esta sentencia parece imponer al***

de origen, su lugar de trabajo e incluso aspectos más delicados como su inclinación política, religiosa o sexual, dependiendo del servidor que proporcione la dirección de correo.

c) Como transmisor de material protegido por el derecho de autor: Al permitir el trasiego de documentos en formato de texto, imagen o sonido, e incluso archivos multimedia, el correo electrónico se ha constituido en una herramienta de difusión de material protegido por el derecho de autor (obras literarias, artísticas o científicas).Fuente: Verenna Bortolotto.

establecimiento la obligación de comprobar la identidad de quien proporciona la tarjeta al decir que: «el perjuicio patrimonial no es consecuencia directa del engaño empleado por los acusados sino de la falta de diligencia por parte de la empresa vendedora.»

En negrita el texto «fusilado» de:

<http://www.blogespierre.com/2006/02/17/la-diligencia-debida-en-el-comercio-electronico/>

La editorial **DATADIAR** no ha sido la única en subirse al carro del «corta y pega»; recientemente descubrí que el grupo **PRISA** estaba divulgando un pequeño «divertimento» (no me atrevo a llamarlo ensayo) redactado a finales de 2004 como comunicación al Congreso Nacional de Abogados Jóvenes.

[Pensaba entonces, y sigo pensando ahora, que determinadas profesiones - la abogacía entre ellas - están sometidas a un «*corpus jurídico*» que se encuentra por encima de la Ley de Protección de Datos, y que ésta colisiona con el **Secreto Profesional** con una tutela más amplia del Derecho a la Intimidad proclamado en el **artículo 18 de la Constitución Española** que la citada norma administrativa. Esta tesis no es compartida por el Consejo General de la Abogacía.]

Lo que no podía imaginar es que, pasado el tiempo, uno de los diarios nacionales de mayor tirada, y con fuerte implantación en Internet incluyera mi ensayo en sus cursos

gratuitos de e-magister.com; lo que me generó¹³ varias - y contradictorias - sensaciones; por un lado, un honor ver difundidos mis pensamientos por el conocido diario; pero, por otro lado, no me gusta que utilicen mis contenidos para recabar datos personales (en este caso la dirección de correo-e) sin informar a los usuarios de lo previsto en el **artículo 5 L.O.P.D.** (bajo la nada recomendable fórmula de «*aceptar un enlace*»).

Tampoco me gustó la forma en que llegó mi ensayo a las páginas digitales de **El País**.

Por aquellas fechas - finales de 2004 - mi bitácora personal¹⁴ era apenas un «*bebé*», con muy poca visibilidad; por lo que subí el texto a **kriptopolis.com**, de allí lo tomaron los señores de **wikilearning.com** para acabar, finalmente, en el sitio web de EL PAÍS (desconozco si por «*pillaje*» o mediando «*precio o recompensa*») al pie del cual aparece un «hermoso» símbolo del copyright, atribuyéndose **PRISA** y **EL PAIS** los derechos de explotación de mi «divertimento».

Dicho de otro modo, **PRISA** y **El País** – como en su momento hiciera **DATADIAR** – se apropiaron de los derechos de explotación sobre uno de mis ensayos.

A los quince minutos de divulgar este hecho en mi bitácora personal la inteligencia colectiva y viral de la red de redes hizo el resto; tal como intuía el mío no fue el único texto objeto de apropiación: «**República Internet**», del abogado

¹³18 de octubre de 2006.

¹⁴<http://www.blogespierre.com>

Carlos Sánchez Almeida¹⁵ había seguido la misma «suerte».¹⁶ Curiosamente, también el libro del abogado afincado en Barcelona proviene de Wikilearning ... lo que hace sospechar actuaciones más graves que la mera violación de derechos de autor.

En una época en la que Internet parece ser la culpable de todo y en la que los grandes medios arremeten contra las empresas - sí, he dicho empresas - de «*press clipping*» al mismo tiempo, al amparo de la **Ley del Embudo**, están llevando a cabo el mayor expolio cultural de todos los tiempos.

Recientemente - en enero de 2007 - el perjudicado fue Hernán Casciari, conocido escritor y blogger; alguien escribió algo y lo «*colgó*» en algún sitio ... y otro alguien «*tomó*» algo de algún sitio y lo publicó - presuntamente - en algún otro lugar; pero hete aquí que el primer alguien entrevistó al segundo alguien; el cual reconoció haber cogido algo de algún sitio y haberlo publicado después en algún otro lugar bajo el nombre del segundo alguien... porque «*no me parece robar algo que está publicado por ahí y yo le entresaco las ideas*»¹⁷

Según informa el **artículo 270** del vigente código penal español:

¹⁵<http://www.bufetalmeida.com>

¹⁶Posteriormente tuve conocimiento de varios textos más de otros tantos autores.

¹⁷http://www.orsai.es/2006/12/estaba_en_internet_y_yo_lo_cogi_de_a_hi.php

«1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien, **con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero**, reproduzca, **plagie**, distribuya o **comunique públicamente**, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

2. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien intencionadamente exporte o almacene ejemplares de las obras, producciones o ejecuciones a que se refiere el apartado anterior sin la referida autorización. Igualmente incurrirán en la misma pena los que importen intencionadamente estos productos sin dicha autorización, tanto si éstos tienen un origen lícito como ilícito en su país de procedencia; no obstante, la importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando aquellos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos en dicho Estado, o con su consentimiento.

3. Será castigado también con la misma pena quien fabrique, importe, ponga en circulación o tenga cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de

ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo. Artículo 271. Redacción según Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.»

El «*recordatorio*» viene al caso por una presunta ilicitud, que se suma a las ya expuestas, detectada en el cartel ganador del carnaval vigués de 2007¹⁸.

Ciertamente, hay muchos que confunden **conocimiento libre** con «*libre apropiación del trabajo ajeno*».

En mi humilde opinión la actual normativa sobre derechos de autor y derechos conexos enfrenta - innecesariamente - a los creadores con los legítimos beneficiarios de los límites y excepciones en el ámbito de Internet.

El abuso de algunos «*listos*», entre los que se encuentran como hemos visto - paradójicamente - quienes se «*rasgan las vestiduras*» por la potencialidad de la **red de redes** para la difusión de la cultura y la información, ha servido de excusa - ésto es viejo - para que las entidades de gestión presionaran en la implantación de medidas tecnológicas de protección y, hasta ahora la **interesada** batalla «*copyleft vs. copyright*»¹⁹ ha llenado ríos de tinta y bits en la Internet mundial, posicionando a la comunidad internauta del lado de la

¹⁸http://www.lavozdegalicia.es/ed_vigo/noticia.jsp?CAT=111&TEXTO=5569544

¹⁹En realidad se trata de una guerra comercial entre derechohabientes y prestadores de servicios.

libertad de circulación de la cultura, pero también de una mal entendida apropiación de lo ajeno; probablemente por el débil argumento de «*defensa de los autores*» esgrimido por discográficas, entidades de gestión y organismos de radiodifusión.

Sin embargo, otro prisma puede cambiar la percepción cuando la defensa de los derechos - siquiera de los **morales** - la encabezan los propios autores²⁰.

Lo expuesto hasta aquí no pasa de ser una mera anécdota si lo comparamos con los escándalos **MySpace** y **YouTube**.

Según informaba la revista **Consumer** el pasado 4 de abril de 2006 en su sitio web²¹ el contrato de MySpace con sus usuarios establece que:

«al mostrar o publicar ['postear'] cualquier contenido o material [textos, fotos, sonidos, diseños, películas, etc] en o a través de cualquier área pública de MySpace.com, el usuario garantiza automáticamente una licencia internacional, no exclusiva, completa y exenta de royalties [con derecho a sublicenciar de manera ilimitada con sublicenciarios] para utilizar, copiar, modificar, adaptar, traducir, representar, publicitar, almacenar, reproducir, retransmitir y

²⁰http://www.comunicacioncultural.com/archivos/2007/02/nace_una_re_d_co.html

²¹<http://www.consumer.es/web/es/tecnologia/internet/2006/04/10/150884.php>

distribuir dicho contenido en y a través de sus servicios»

El grupo **Artic Monkeys**, según la misma fuente, estuvo a punto de perder los derechos de sus canciones por haberlas alojado en la popular red de blogs.

Por su parte **DiarioTi**²² denunciaba el pasado 14 de junio de 2006 que:

«Cuando usted publica un video en YouTube.com, el sitio se reserva el derecho a usar el material sin restricción alguna. Tales derechos de usufructo de propiedad intelectual pueden incluso ser transferidos a terceros en caso que YouTube quiebre. »

Y así resulta, en el momento de redactar estas líneas del sitio web²³:

«The content on the YouTube Website, except all User Submissions (as defined below), including without limitation, the text, software, scripts, graphics, photos, sounds, music, videos, interactive features and the like ("Content") and the trademarks, service marks and logos contained therein ("Marks"), are owned by or licensed to YouTube, subject to copyright and other intellectual property rights under United States and foreign laws and international conventions. Content on the Website is provided to you AS IS for your information and personal use only and may not be

²²<http://www.diarioti.com/gate/n.php?id=11651>

²³<http://www.youtube.com>

used, copied, reproduced, distributed, transmitted, broadcast, displayed, sold, licensed, or otherwise exploited for any other purposes whatsoever without the prior written consent of the respective owners. YouTube reserves all rights not expressly granted in and to the Website and the Content. You agree to not engage in the use, copying, or distribution of any of the Content other than expressly permitted herein, including any use, copying, or distribution of User Submissions of third parties obtained through the Website for any commercial purposes. If you download or print a copy of the Content for personal use, you must retain all copyright and other proprietary notices contained therein. You agree not to circumvent, disable or otherwise interfere with security related features of the YouTube Website or features that prevent or restrict use or copying of any Content or enforce limitations on use of the YouTube Website or the Content therein.»

Lo habitual es que estos exprolios se produzcan – en menor medida atendidas las normas de netiqueta que rigen la world wide web – entre particulares; o que sean los propios particulares los afectados (generalmente bloggers), como veíamos en los casos de You Tube o MySpaces; lo que impide – incluso en supuestos de multitud de perjudicados – que el afectado acuda a los Tribunales.

Muy diferente es la reacción de la industria cultural, que cuenta con los medios económicos para acudir al auxilio de la

Justicia, fomentando la elaboración de un cuerpo jurisprudencial sobre la materia. Entre las Resoluciones dictadas recientemente cabe destacar la dictada por el Juzgado de Lo Mercantil nº UNO, de los de Alicante en su **Sentencia de 14 de julio de 2006** por la puesta a disposición a través de un sitio de Internet de una obra sobre estudios cervantinos (siete tomos) sin autorización de los titulares de los derechos de autor, que falló en contra del infractor.

El Tribunal consideró irrelevante que el infractor (una universidad y una fundación) sean entidades sin ánimo de lucro, así como el hecho de que la puesta a disposición de la obra se haya realizado de forma gratuita para el usuario final.

Tampoco se atendió por el Juzgador a las alegaciones de «buena fé» esgrimidas por la defensa, dado que «*ex lege*» no se exige dolo o culpa del infractor .

Finalizó la Sentencia recordando a las demandadas su obligación de **concertar el correspondiente contrato** con los titulares de los derechos.

El panorama, en lo que a España se refiere, se complementa con la nueva redacción dada al **artículo 32** de la L.P.I.²⁴ que suma a los problemas derivados del plagio y la reproducción no autorizada la nueva regulación del límite/derecho de cita:

²⁴En su redacción conforme a la Ley 23/2006, de 7 de julio

«**Artículo 32.** Cita e ilustración de la enseñanza.

1. *Es lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico.*

Tal utilización sólo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada. Las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revista de prensa tendrán la consideración de citas.

No obstante, cuando se realicen recopilaciones de artículos periodísticos que consistan básicamente en su mera reproducción y dicha actividad se realice con fines comerciales, el autor que no se haya opuesto expresamente, tendrá derecho a percibir una remuneración equitativa. En caso de oposición expresa del autor, dicha actividad no se entenderá amparada por este límite.

2. *No necesitará autorización del autor el profesorado de la educación reglada para realizar actos de reproducción, distribución y comunicación*

pública de pequeños fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, excluidos los libros de texto y los manuales universitarios, cuando tales actos se hagan únicamente para la ilustración de sus actividades educativas en las aulas, en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida, siempre que se trate de obras ya divulgadas y, salvo en los casos en que resulte imposible, se incluyan el nombre del autor y la fuente.

No se entenderán comprendidas en el párrafo anterior la reproducción, distribución y comunicación pública de compilaciones o agrupaciones de fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo»

Que ya ha provocado las primeras reacciones por parte de los medios tradicionales; así **EL MUNDO** ha insertado la siguiente cláusula en su versión digital:

*«En particular, MUNDINTERACTIVOS **se opone** de manera expresa a que la reproducción de sus páginas pueda ser considerada una cita en los términos previstos en el artículo 32, 1º párrafo segundo, de la ley de propiedad intelectual.»*

Si bien todavía no existen Resoluciones judiciales que se hayan pronunciado sobre el derecho de cita en su nueva redacción, parece relevante la referencia a tres Sentencias recientes, dos de España y una de Bélgica, que abordan la cuestión con fallos opuestos.

- Sentencia del «Tribunal de Première Instance de Bruxelles» de 5 de septiembre de 2006, dictada en procedimiento 2006/9099. (**COPIEPRESSE Vs. GOOGLE, Inc.**)

La Resolución del Tribunal belga, en su parte dispositiva, constata que la actividad llevada a cabo por la demandada, a través de su servicio «*google news*» y la «*caché de google*» viola notablemente las leyes relativas a los derechos de autor y derechos conexos (1994) y sobre las bases de datos (1998); y no puede prevalerse de ninguna excepción prevista en la normativa descrita contenida en los **artículos 21 y 22** de la **LOI relative au droit d'auteur et aux droits voisins**. (*Mon. 27 juillet 1994; Err. Mon. 22 novembre 1994*).

«Art. 21. 1er. Les citations, tirées d'une oeuvre licitement publiée, effectuées dans un but de critique, de polémique, de revue, d'enseignement, ou dans des travaux scientifiques, conformément aux usages honnêtes de la profession et dans la mesure justifiée par le but poursuivi, ne portent pas atteinte au droit d'auteur.

Les citations visées à l'alinéa précédent devront faire mention de la source et du nom de l'auteur, à moins que cela ne s'avère impossible.

2. *La confection d'une anthologie destinée à l'enseignement qui ne recherche aucun avantage commercial ou économique direct ou indirect requiert l'accord des auteurs dont des extraits d'oeuvres sont ainsi regroupés. Toutefois, après le décès de l'auteur, le consentement de l'ayant droit n'est pas requis à condition que le choix de l'extrait, sa présentation et sa place respectent les droits moraux de l'auteur et qu'une rémunération équitable soit payée, à convenir entre parties ou, à défaut, à fixer par le juge conformément aux usages honnêtes.*

3. *L'auteur ne peut pas interdire les actes de reproduction provisoires qui sont transitoires ou accessoires et constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et dont l'unique finalité est de permettre:*

- une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire; ou*
 - une utilisation licite,*
- d'une oeuvre protégée, et qui n'ont pas de signification économique indépendante.*

Art. 22. § 1er. *Lorsque l'oeuvre a été licitement publiée, l'auteur ne peut interdire:*

1º La reproduction et la communication au public, dans un but d'information, de courts fragments d'oeuvres ou d'oeuvres plastiques dans leur intégralité à l'occasion de comptes rendus d'événements de l'actualité;

.../...

2. La reproduction et la communication au public de l'oeuvre à l'occasion de comptes rendus d'événements de l'actualité conformément au § 1er, 1º, doivent être justifiées par le but d'information poursuivi, et la source, y compris le nom de l'auteur, doit être mentionnée, à moins que cela ne s'avère impossible.»

La Sentencia del Tribunal belga, a pesar de su repercusión mediática a nivel mundial no puede extrapolarse a la realidad española; dado que se ha dictado conforme a las normas que rigen los derechos de autor y derechos conexos en dicho país y, concretamente, las excepciones y limitaciones no equiparan las revistas de prensa al derecho de cita (como sí ocurre en derecho español).

- Sentencia 76/2006, de 12 de junio, del Juzgado de Lo mercantil núm. 2, de los de Madrid **(MUNDINTERACTIVOS, S.A. Y UNIDAD EDITORIAL, S.A. Vs. PERIODISTA DIGITAL, S.A.)**.

Si bien la Sentencia se dictó al amparo del texto vigente en junio de 2006 y -conforme a la redacción del **artículo 32 L.P.I.** anterior a la reforma operada por Ley **23/2006, de 7 de julio**- absolvió a la demandada de los pedimentos deducidos en su contra, el Tribunal se hace eco del **«iter parlamentario»** de la reforma de la L.P.I. concluyendo que el nuevo texto -actual artículo 32 L.P.I.- excluye del beneficio del límite -y su ficticia equiparación con el derecho de cita- las actividades de *«press clipping»* cuando la conducta consista básicamente en la mera reproducción.

Merece destacarse la definición del concepto *«revista de prensa»* contenido en la Sentencia objeto de análisis, y que acoge el concepto de Rodrigo Bercovitz - Rodríguez Cano en sus **«Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual»** (pág. 616); y así, al tenor literal de la meritada Resolución:

«.../... a falta de una definición legal de «revista de prensa» viene siendo admitido en el terreno doctrinal el criterio de considerar como tal «la publicación por un periódico de artículos ya publicados en otro, los cuales pueden ser incluidos en su integridad, mediante la realización de una selección de éstos».

- Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 10 de mayo de 2004, dictada en **Expte. A 334/03**, Acuerdo-Marco Propiedad Intelectual.

La importancia de esta Resolución radica en:

1ª.- La **no** equiparación de la actividad denominada «resumen de prensa» con la de «revista de prensa» a los efectos de no conceder a la primera entidad suficiente como para otorgar a los editores protección al amparo de la normativa de derechos de autor.

2ª.- La consideración de la información como bien público conforme al **artículo 20 C.E.** que

« .../...al pasar por el tamiz de los medios de comunicación social, no solamente se difunde, sino que se convierte en un bien privado, siquiera de forma fugaz, para que, una vez publicada como obra colectiva, pierda, en ciertos casos, esa condición y recupere la de bien público.»

sistemas anticopia | D.R.M' s

Las medidas tecnológicas de protección de contenidos digitales (DRM²⁵) son el «buque insignia» de la industria fonográfica – aunque no exclusivamente – en su irracional cruzada contra la «piratería».

Conviene, antes de profundizar en las consecuencias jurídicas de esta tecnología, definir las medidas tecnológicas de protección de derechos de autor.

Según la Fundación Software Libre de América Latina:²⁶

«.../...los DRM (Digital Restrictions Management systems o sistemas de Gestión Digital de Restricciones) son mecanismos técnicos de restricción al acceso y copia de obras publicadas en formatos digitales.

.../...

Existen diferentes mecanismos de DRM, diseñados por distintas empresas, pero en general todos tienen en común algunas características:

** detectan quién accede a cada obra, cuándo y bajo qué condiciones, y reportan esta información al proveedor de la obra;*

** autorizan o deniegan de manera inapelable el acceso a la obra, de acuerdo a condiciones que pueden ser cambiadas unilateralmente por el proveedor de la obra;*

²⁵«Digital Rights Management systems»

²⁶<http://www.fsfla.org/?q=es/node/99>

** cuando autorizan el acceso, lo hacen bajo condiciones restrictivas que son fijadas unilateralmente por el proveedor de la obra.»*

Estos mecanismos anticopia, ajustados a ordenamientos jurídicos como el de U.S.A., conculcan – no obstante - la normativa de los Estados que se rigen por el sistema continental de derechos de autor al impedir el acceso de los beneficiarios por los límites y excepciones a los derechos de autor a las obras protegidas.

Sin embargo, no es ésta la única objeción desde un punto de vista jurídico; la mayor objeción radica en la violación de la intimidad de los usuarios²⁷ (lo que sucede en muchas aplicaciones que – sin constituir necesariamente código malicioso – incorporan microformatos).

Es representativo el escándalo destapado por Mark Russinovich, de *Sysinternals*²⁸ en noviembre de 2005, que descubrió la existencia de *rootkits*²⁹ en mecanismos DRM de la multinacional Sony; o las críticas a Microsoft por la utilización de estos mecanismos intrusivos³⁰.

Según el periódico La Vanguardia en su edición digital del ocho de agosto de 2006:

²⁷Elevada a rango de Derecho fundamental por el artículo 18 de la Constitución española de 1978.

²⁸<http://www.kriptopolis.org/node/1320>

²⁹conjunto de herramientas destinadas a modificar el sistema y ocultar su propia presencia, pudiendo incluir además troyanos, puertas traseras, etc

³⁰<http://www.lavanguardia.es/lv24h/20060808/51279065485.html>

«...Microsoft se enfrenta a dos denuncias colectivas que le acusan de haber vulnerado la privacidad de sus usuarios.»

.../...las peores críticas contra la política antipiratería de Microsoft han nacido cuando se ha descubierto que el programa realizaba una conexión diaria con Microsoft desde los ordenadores en los que estaba instalado.»

Con todo, la mayor objeción a los DRM´s vendrá – sin duda alguna – de la **Unión Europea**; siempre celosa con la protección de datos de personales; así, en mayo de 2006 el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas anulaba la Decisión 2004/496/CE del Consejo, de 17 de mayo de 2004, relativa a la celebración de un Acuerdo entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos de América sobre el tratamiento y la transferencia de los datos de los expedientes de los pasajeros por las compañías aéreas al Departamento de seguridad nacional, Oficina de aduanas y protección de fronteras, de los Estados Unidos, así como la Decisión 2004/535/CE de la Comisión, de 14 de mayo de 2004, relativa al carácter adecuado de la protección de los datos personales incluidos en los registros de nombres de los pasajeros que se transfieren al Servicio de aduanas y protección de fronteras de los Estados Unidos (Bureau of Customs and Borders Protection).

Pocos meses más tarde (06/07/2006) el pleno del Parlamento Europeo expresó su «grave preocupación» por el «clima de deterioro del respeto hacia la privacidad y la

protección de datos» a raíz del espionaje de la CIA a las transferencias bancarias en la UE a través del consorcio bancario Swift, con sede en Bruselas, y pidió al Banco Central Europeo (BCE) que aclarara su papel en este caso.

La privacidad de las personas, tan «olvidada» en algunas latitudes, es una de las banderas de nuestro sistema jurídico, de nuestra forma de entender el Derecho; por ello es más que probable que el empeño de algunas potencias por proteger los derechos de autor «a golpe de código (informático)» puede representar una violación permanente y sistemática del **artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos** y, desde un punto de vista práctico, la inaplicabilidad a corto plazo (al menos en el seno de la Unión Europea) de las controvertidas medidas tecnológicas de protección.

Los derechos no pueden protegerse con medidas tecnológicas; por que la protección de uno (el derecho de autor y derechos conexos) implica la violación de otros (los derechos de los beneficiarios por los límites y excepciones y el derecho a la intimidad de las personas), sino con normas e instrumentos jurídicos ajustadas a los mínimos aceptados de forma universal; es decir, con Derecho.

El «ius civile» | aproximación histórica

2.- El «ius civile»| aproximación histórica

La concepción anglosajona («common law») y europea («civil law») han marcado, desde sus orígenes, dos puntos de vista puestas en relación a los derechos de autor.

El derecho romano ya contemplaba la «**actio injuriarum**»³¹ frente a la publicación no autorizada y la «**actio furti**» contra la publicación abusiva cometida a través de un atentado al manuscrito. El derecho de autor, que carecía de los aspectos patrimoniales que hoy conocemos, era concebido como derecho de la persona; y así ha llegado hasta nuestros días en los países de tradición romano germánica (europa

³¹ Existían numerosas instituciones jurídicas y ejemplos que atestiguan suficientemente cuanto hemos dicho. He aquí algunos ejemplos: hasta la época de Marco Aurelio el uso de la fuerza en ejercicio del propio derecho no debía ser infrecuente, de hecho es en esta época cuando se establece una sanción civil para aquél que se tomaba la justicia por su mano: se le privaba de su derecho (D. 4, 2, 13; C. 4, 8, 7). Además, pensemos que en la **actio iniuriarum aestimatoria** --establecida por el pretor para la protección de la integridad corporal y moral de la *Persona*-- la valoración del daño correspondía al ofendido. Fijémonos cómo la misma definición de FLORENTINO de la libertad pone como límite de ésta el derecho del otro: *Libertas est naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, nisi si quid vi, aut iure prohibetur* (D. I, V, 4 pr.), en cómo el ejercicio del propio derecho se veía como lícito siempre (D. 50, 17, 55), en el establecimiento de la pena del Talión en la Ley de las XII Tablas para el caso de las lesiones corporales, en el reparto del cuerpo del deudor por los acreedores; el que la raíz del Derecho privado mismo en el Derecho romano parte de las *familiae*(IGLESIAS, J., *Las fuentes del Derecho romano*, 1989, pág.33) y cómo aparecen como núcleos inexpugnables para la *lex* el *dominium*, la *familia*, la *obligatio* y la *hereditas*, etc.

Por lo tanto, el concepto de Derecho como el de los derechos de la *Personalidad* tienen en el Derecho romano una «esencia» común: la voluntad egoísta del individuo. Es desde ésta desde donde se explica el concepto de Derecho romano, sus fuentes, su metodología etc. y, a la vez, la primacía significativa del honor sobre la dignidad y la intimidad.(«CONCEPTO» Y DERECHOS DE LA **PERSONALIDAD** - Emilio Eiranova Encinas – abogado).

continental y L.A.C. principalmente), donde se concede gran importancia a los derechos morales en sus legislaciones nacionales³²

Por su parte el derecho anglosajón, de codificación más tardía³³, considera los derechos de autor como un monopolio que concede el Estado en favor del autor para preservar su patrimonio; pero sin atención alguna a los derechos morales. El derecho de autor no es, como se propugna desde la tradición romano-germánica, un derecho de la personalidad sino un derecho de carácter patrimonial (como el que se concede Vgr. al inventor con la patente sobre su invento)³⁴. Esta diferencia conceptual entre ambos sistemas lleva aparejada una diferenciación, también, en el tratamiento de las excepciones al derecho de autor.

Mientras para el derecho continental («Civil Law») los límites y excepciones tienen su razón de ser en la colisión de dos derechos de la personalidad; el derecho del autor y el derecho de acceso a la cultura (ambos con rango de Derechos Humanos), lo que precisa buscar el equilibrio entre los derechos patrimoniales de los derechohabientes y los derechos de los beneficiarios por los límites y excepciones (lo que implica la codificación de los derechos de autor y de sus límites y excepciones), para el derecho anglosajón los límites y excepciones tienen su fundamento en ciertos usos que los

³² A excepción de Argentina, que sólo reconoce como derechos morales la paternidad e integridad de la obra (art. 52)

³³ Estatuto de la Reina Ana de 1709

³⁴ «ad exemplum» Artículo 1, sección 8ª, párrafo 8 de la Constitución de los Estados Unidos de América del Norte.

derechohabientes deben permitir a la sociedad que, en definitiva, les ha otorgado el monopolio de un derecho patrimonial limitado en el tiempo; es lo que se conoce como «fair use» (uso justo, que determina la jurisprudencia, no la ley).

Ambas concepciones convergen en el Tratado de Berna de 9 de septiembre de 1886³⁵; en cuyo texto se reconocen a los derechohabientes derechos morales³⁶ y patrimoniales (con sus correspondientes excepciones y limitaciones) .

³⁵Texto vigente conforme al acta de París de 24 de julio de 1971, y enmendado el 28 de septiembre de 1979.

³⁶**Artículo 6 bis**

[*Derechos morales* : 1. Derecho de reivindicar la paternidad de la obra; derecho de oponerse a algunas modificaciones de la obra y a otros atentados a la misma; 2. Después de la muerte del autor; 3. Medios procesales]

1) Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación.

2) Los derechos reconocidos al autor en virtud del párrafo 1) serán mantenidos después de su muerte, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales, y ejercidos por las personas o instituciones a las que la legislación nacional del país en que se reclame la protección reconozca derechos. Sin embargo, los países cuya legislación en vigor en el momento de la ratificación de la presente Acta o de la adhesión a la misma, no contenga disposiciones relativas a la protección después de la muerte del autor de todos los derechos reconocidos en virtud del párrafo 1) anterior, tienen la facultad de establecer que alguno o algunos de esos derechos no serán mantenidos después de la muerte del autor.

3) Los medios procesales para la defensa de los derechos reconocidos en este artículo estarán regidos por la legislación del país en el que se reclame la protección

Los Tratados Internet

3.- Tratados Internet

El «idílico» equilibrio entre estas dos concepciones del derecho de autor quiebra en 1996 con los Tratados Internet; el WPPT y WCT, que hacen decantar la balanza del lado del «common law»; lo que se aprecia del estudio de los artículos que regulan los derechos morales de los autores y los límites y excepciones a los derechos patrimoniales de los derechohabientes.

Así, la única mención a los derechos morales en el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor³⁷ la encontramos en la remisión a los artículos 1 al 21 del Convenio de Berna que se hace en su artículo **1**:

«Relación con el Convenio de Berna

1) El presente Tratado es un arreglo particular en el sentido del Artículo 20 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, en lo que respecta a las Partes Contratantes que son países de la Unión establecida por dicho Convenio. El presente Tratado no tendrá conexión con tratados distintos del Convenio de Berna ni perjudicará ningún derecho u obligación en virtud de cualquier otro tratado.

2) Ningún contenido del presente Tratado derogará las obligaciones existentes entre las Partes Contratantes en

³⁷ (WCT) adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996

virtud del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas.

3) En adelante, se entenderá por «Convenio de Berna» el Acta de París, de 24 de julio de 1971, del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas.

4) Las Partes Contratantes darán cumplimiento a lo dispuesto en los Artículos 1 a 21 y en el Anexo del Convenio de Berna.»

En lugar de reproducir «*mutatis mutandis*» el artículo 6 bis del Convenio de Berna se optó por una fórmula más favorecedora de una ulterior eliminación de los derechos morales en el plano internacional al sacarlos del articulado del Tratado.

El Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas³⁸ por su parte reconoce derechos morales limitados para los intérpretes o ejecutantes respecto al Convenio de Berna en su **artículo 5**:

«Derechos morales de los artistas intérpretes o ejecutantes

1) Con independencia de los derechos patrimoniales del artista intérprete o ejecutante, e incluso después de la cesión de esos derechos, el artista intérprete o

³⁸ (WPPT) adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996.

ejecutante conservará, en lo relativo a sus interpretaciones o ejecuciones sonoras en directo o sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, el derecho a reivindicar ser identificado como el artista intérprete o ejecutante de sus interpretaciones o ejecuciones excepto cuando la omisión venga dictada por la manera de utilizar la interpretación o ejecución, y el derecho a oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de sus interpretaciones o ejecuciones que cause perjuicio a su reputación.

2) Los derechos reconocidos al artista intérprete o ejecutante de conformidad con el párrafo precedente serán mantenidos después de su muerte, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales, y ejercidos por las personas o instituciones autorizadas por la legislación de la Parte Contratante en que se reivindique la protección. Sin embargo, las Partes Contratantes cuya legislación en vigor en el momento de la ratificación del presente Tratado o de la adhesión al mismo, no contenga disposiciones relativas a la protección después de la muerte del artista intérprete o ejecutante de todos los derechos reconocidos en virtud del párrafo precedente, podrán prever que algunos de esos derechos no serán mantenidos después de la muerte del artista intérprete o ejecutante.

3) Los medios procesales para la salvaguardia de los derechos concedidos en virtud del presente Artículo

estarán regidos por la legislación de la Parte Contratante en la que se reivindique la protección.»

Este alejamiento en los Tratados internacionales de la concepción personalista de los derechos de autor se ve reforzada por el tratamiento de los límites y excepciones a los derechos patrimoniales en ambos Tratados (WCT y WPPT); así, el artículo 10 del WCT y - «mutatis mutandis» - el artículo 16 del WPPT, abandonando, en parte, la sistemática del Convenio de Berna³⁹ recogen una fórmula que nos recuerda el «uso justo» («*fair use*») del «*common law*»:

«Limitaciones y excepciones

1) Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

2) Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.»

³⁹Artículos 9, 10 y 10 bis del Convenio de Berna.

Esta concepción utilitarista de los derechos de autor que ha llevado a los países anglosajones a aglutinar bajo una misma disciplina la propiedad intelectual y la propiedad industrial (fruto, precisamente, de la concepción de los derechos de autor como monopolio pactado entre autores y sociedad) está impregnando los tratados internacionales, sacando del articulado los pilares sobre los que descansa la concepción continental de derechos de autor y «descendiendo» imperceptiblemente a las legislaciones nacionales de tradición romano-germánica con el impulso de la industria de los contenidos que son, en la actualidad, los verdaderos beneficiarios de la protección otorgada por la normativa sobre derechos de autor.

La tendencia marcada por los dos Tratados Internet de 1996 parece consolidarse en las XIV y XV sesiones SCCR de la OMPI⁴⁰ para la elaboración de un tratado sobre los organismos de radiodifusión por las presiones de U.S.A. y Japón principalmente, con el contrapunto de India, Irán y Brasil (que encabeza a un número significativo de Estados de Latinoamérica).

Abordaré los puntos principales de controversia en la 14ª y 15ª sesiones SCCR, dado que un examen global y pormenorizado del **Proyecto de Propuesta Básico** y los documentos de trabajo excede los propósitos de este libro y, probablemente, arrojaríamos más dudas que soluciones haciendo completamente inútil el discurso.

⁴⁰A las que asistió el autor en representación de la organización latinoamericana Alfa-Redi.

Me detendré - en primer término - en el «*APENDICE FACULTATIVO SOBRE LA PROTECCION RELATIVA A LA DIFUSION POR INTERNET*» que supuso, entiendo, la piedra angular de la 14ª sesión SCCR.

La comunidad científica comparte, sin apenas fisuras, el principio de **neutralidad tecnológica** expuesto por el Dr. André Lucas (univ. de Nantes) el pasado mayo de 2006 en Ginebra y, de forma significativa, el **principio de equivalencia de las transacciones en Internet**; conforme a los cuales la norma debe establecerse sin tener en cuenta la tecnología sino el concepto objeto de protección; lo cual excluye con carácter general - conforme a derecho - la regulación casuística que dejaría grandes lagunas en un corto plazo de tiempo respecto a las normas que afectan a las nuevas tecnologías.

Por otra parte consideramos que abordar los derechos conexos de las ORGANIZACIONES DE RADIODIFUSION en Internet parece apresurado por dos motivos:

1º.- De índole técnico: La Televisión Digital Terrestre, cuya generalización es prácticamente un hecho en muchos Estados Miembros (muchos otros están en fase de estudio e implantación) y la INTERNET 2.0 quedarían de este modo fuera de la protección del Tratado; como la radiodifusión mediante teléfonos de 3G; generándose, en definitiva, INSEGURIDAD JURÍDICA; mala para los titulares de derechos de radiodifusión, mala para el resto de titulares de derechos conexos, mala para los titulares de derechos de autor y mala para el interés general y los beneficiarios de límites y excepciones.

2º.- De índole jurídica: Cualquier Tratado y/o legislación nacional sobre derechos de autor y derechos conexos en Internet (o sobre lo que la tecnología nos depare el día de mañana) debe contar, al menos, con la concurrencia de otras disciplinas jurídicas como la protección de la intimidad (que incluye la protección de datos personales), la responsabilidad civil de los Prestadores de Servicios (en sentido amplio) y la fiscalidad que los diferentes Estados aplican a las transacciones en Internet (lo que está en estrecha relación con la defensa de la competencia y la libre circulación de bienes y servicios); sin olvidarnos del imprescindible consenso en materia de contratación electrónica.

Creo, honestamente, que abordar «*la protección relativa a la difusión por Internet de los organismos de radiodifusión*» incluyendo el «**webcasting**» supondría incrementar la inseguridad jurídica existente, al tiempo que una posible vulneración del **artículo 8.2 ADPIC**⁴¹; por lo que sería aconsejable su retirada del proyecto de Propuesta Básica⁴²; así como la búsqueda y fomento – en sintonía con la **Recomendación de 18 de mayo de 2.005 de la Comisión Europea** (D.O.C.E. de 21 de octubre) – de las herramientas

⁴¹Art. 8.2 ADPIC: «*Podrá ser necesario aplicar medidas apropiadas, siempre que sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo, para prevenir el abuso de los derechos de propiedad intelectual por sus titulares o el recurso a prácticas que limiten de manera injustificable el comercio o redunden en detrimento de la transferencia internacional de tecnología.*»

⁴²En el momento de redactar este capítulo la propuesta ha sido retirada del Proyecto de Propuesta Básica y será objeto de un Tratado independiente una vez aprobado el Tratado sobre organismos de radiodifusión.

jurídicas que permitan la autogestión de derechos de autor y derechos conexos en línea.

2.- Por lo que respecta a otro de los puntos controvertidos, **las medidas tecnológicas de protección** (que, al igual que hizo la distinguida delegación de las Comunidades Europeas en la meritada 14ª sesión SCCR, consideramos ligada a los límites y excepciones) resulta preocupante por la posible colisión entre los derechos conexos de los organismos de radiodifusión, por un lado, y los derechos del resto de derechohabientes y de los beneficiarios de los límites y excepciones y la privacidad del público por otro.

Es público y notorio que las medidas tecnológicas de protección son, a menudo, objeto de «*crackers*⁴³» (y noten que utilizo el término «*cracker*», y no el término «*hacker*⁴⁴») de manera que aquellos interesados en vulnerar derechos conexos de los organismos de radiodifusión con fines lucrativos alcanzan más pronto o más tarde su objetivo, resultando inútil la protección tecnológica aplicada, en tanto que los beneficiarios de los límites y excepciones – público en general – carecen normalmente de los conocimientos, tiempo y/ recursos necesarios para hacer saltar las medidas tecnológicas de

⁴³Intruso. Es un persona que intenta acceder a un sistema informático sin autorización. Estas personas tienen a menudo malas intenciones, en contraste con los hackers, y suelen disponer de muchos medios para introducirse en un sistema. (fuente: www.ipm.com.pe/glosarionave.htm)

⁴⁴Un hacker (del inglés hack, recortar), también conocidos como sombreros blancos es el neologismo utilizado para referirse a un experto (ver: Gurú) en varias o algunas ramas relacionadas con la computación y telecomunicaciones: programación, redes de comunicaciones, sistemas operativos, hardware de red/voz. (fuente: es.wikipedia.org/wiki/Hacker)

protección; de lo que se deriva un resultado perverso (en el sentido de no querido) de la norma jurídica.haciendo completamente inútil, vgr., lo dispuesto en el artículo 161 L.P.I. española⁴⁵.

Por otra parte, las medidas tecnológicas de protección acostumbran a incorporar programas de ordenador rastreadores

⁴⁵Artículo 161. Límites a la propiedad intelectual y medidas tecnológicas. Añadido por Ley 23/2006, de 7 de julio.

1. Los titulares de derechos sobre obras o prestaciones protegidas con medidas tecnológicas eficaces deberán facilitar a los beneficiarios de los límites que se citan a continuación los medios adecuados para disfrutar de ellos, conforme a su finalidad, siempre y cuando tales beneficiarios tengan legalmente acceso a la obra o prestación de que se trate. Tales límites son los siguientes:

1. Límite de copia privada en los términos previstos en el artículo 31.2.

2. Límite relativo a fines de seguridad pública, procedimientos oficiales o en beneficio de personas con discapacidad en los términos previstos en el artículo 31 bis.

3. Límite relativo a la ilustración de la enseñanza en los términos previstos en el artículo 32.2.

4. Límite relativo a la ilustración de la enseñanza o de investigación científica o para fines de seguridad pública o a efectos de un procedimiento administrativo o judicial, todo ello en relación con las bases de datos y en los términos previstos en el artículo 34.2.b y c.

5. Límite relativo al registro de obras por entidades radiodifusoras en los términos previstos en el artículo 36.3.

6. Límite relativo a las reproducciones de obras con fines de investigación o conservación realizadas por determinadas instituciones en los términos previstos en el artículo 37.1.

7. Límite relativo a la extracción con fines ilustrativos de enseñanza o de investigación científica de una parte sustancial del contenido de una base de datos y de una extracción o una reutilización para fines de seguridad pública o a los efectos de un procedimiento administrativo o judicial del contenido de una base de datos protegida por el derecho sui generis en los términos previstos en el artículo 135.1.b y c.

2. Cuando los titulares de derechos de propiedad intelectual no hayan adoptado medidas voluntarias, incluidos los acuerdos con otros interesados, para el cumplimiento del deber previsto en el apartado anterior, los beneficiarios de dichos límites podrán acudir ante la jurisdicción civil.

o, si lo prefieren, **invasores de la intimidad**; de donde se sigue que la utilización de las medidas tecnológicas de protección podría llevar, en aquellos Estados que disponen de un «*corpus*» jurídico en materia de protección de datos personales, a no pocos litigios donde la colisión entre derechos se decantaría, con toda probabilidad del lado de quien hubiera visto vulnerado su derecho a intimidad⁴⁶.

Por ello – y con la prudencia con que debemos conducirnos siempre en Derecho – aplaudimos, como ya anticipábamos más arriba, la propuesta de las Comunidades Europeas de relacionar el punto relativo a las Medidas Tecnológicas con los límites y excepciones mediante una lista enunciativa, pero no limitativa en la que, sin lugar a dudas – entendemos – debería tenerse en cuenta la defensa de la competencia y la libre circulación de bienes y servicios.

Quedaría, por último, concretar y definir el objeto de la protección; dado que si nos referimos a «**mera señal**» su protección - consideramos - debería articularse desde otras disciplinas más ligadas al derecho de las telecomunicaciones que a los derechos de autor y derechos conexos; y corremos el riesgo de otorgar protección jurídica - vía derechos de autor - a meras actividades mecánicas que no aportan valor añadido en el sentido perseguido por la normativa internacional de propiedad intelectual.

⁴⁶como botón de muestra el Informe 327/2003 elaborado por la Agencia Española de Protección de Datos calificando la dirección IP como dato de carácter personal; y que pueden encontrar en el sitio web de la Agencia

Este «*Tercer Tratado Internet de la OMPI*» esta suponiendo un reto a la credibilidad del propio organismo; y los debates que se suceden en las sesiones de trabajo revelan – también a nivel de Estados – la tensión existente entre derechohabientes y usuarios de la cultura, y entre Estados regidos por el «*ius civile*» y por el «*common law*».

La normativa de la U.E. para el ámbito digital

4.- Normativa de la U.E. Para el ámbito digital

Las diferentes disciplinas que integran el ordenamiento jurídico no son – como pudiera parecer «*a priori*» al lector lego en la materia – islas; sino que deben cohesionarse a fin de dotar al sistema de la imprescindible seguridad jurídica; por ello, y sin ahondar en el vasto acervo comunitario, no nos parece ocioso – a los fines de este libro – una somera referencia a otras normas, distintas a las que regulan los derechos de autor y derechos conexos, que – sin embargo, y como hemos dejado apuntado – son de obligado cumplimiento en el ámbito digital y, por ello, su conocimiento y observancia resultan imprescindibles en cualquier acercamiento a la cesión de derechos de autor en línea.

Existe la creencia de que las llamadas «Nuevas Tecnologías» y el fenómeno Internet constituyen una especie de mundo paralelo (y distinto al mundo real), en cuyo cajón de sastre aglutinamos, de forma excluyente, no sólo las realidades de intercomunicación resultantes del World Wide Web, las redes de telecomunicación (fija, móvil...redes wi-fi...) y las «máquinas» (hardware) en sentido amplio; sino también la normativa reguladora de estos fenómenos y ello, a mi modo ver, constituye un error de enfoque (o de concepto) que limita la Sociedad del Conocimiento «*lato sensu*».

En los albores del siglo XXI no podemos hablar de cibernsiedad como de un concepto distinto al concepto Sociedad. No creo en la cibernsiedad, como no creo en los cibberdelitos ni en los cibberderechos. La Sociedad – hoy más que nunca – es una, y el denominado cibberespacio ha dejado de ser una suerte de «cuarta dimensión» excluida y excluyente de la realidad «off line». La informática, las telecomunicaciones e Internet son medios (y ya no tan nuevos) de nuestra Sociedad actual.

a) Servicios de la sociedad de la información

Probablemente sea la Directiva sobre el comercio electrónico ⁴⁷ la primera norma concebida «ex profeso» para la regulación de Internet en el ámbito comunitario; si bien, y como veremos a lo largo de este capítulo, antes que ella se han dictado otras Directivas⁴⁸ de aplicación directa en el ámbito del comercio electrónico y la prestación de servicios a través de redes telemáticas que completan, junto a la normativa nacional armonizada de cada EM, el marco jurídico que debe conocerse para abordar la resolución de conflictos relacionados con las nuevas tecnologías.

⁴⁷ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la Información

⁴⁸ Así las Directivas 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre; la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre, y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo.

El primer Considerando ⁴⁹ de la **Directiva 2000/31/CE de 8 de junio** informa acerca de la necesidad de desarrollar la sociedad de la información como herramienta para eliminar las barreras interiores en el seno de la UE; lo que nos permite una primera aproximación a la importancia que las instituciones europeas otorgan a las Nuevas Tecnologías como cauce idóneo al cumplimiento de sus objetivos ⁵⁰. Y es, precisamente, esta importancia de las nuevas tecnologías como vehículo de la Europa sin fronteras expresada por la Directiva lo que interesa al jurista a la hora de considerar esta norma como uno de los pilares del derecho comunitario de aplicación directa y preferente – en caso de discrepancia – con las transposiciones nacionales.

No son pocas las divergencias entre la Directiva y la Ley española; y por ello la importancia de conocer e invocar, llegado el caso, la normativa comunitaria.

Resulta es de vital importancia conocer que se entiende por «servicio de la sociedad de la información», dado que la Ley 34/2002, de 11 de julio se aparta del concepto comunitario⁵¹ que define:

*« **servicio**: todo servicio de la sociedad de la información, es decir, todo servicio prestado*

⁴⁹ «...El desarrollo de los servicios de la sociedad de la información en el espacio sin fronteras interiores es un medio esencial para eliminar las barreras que dividen a los pueblos europeos»

⁵⁰ Artículo 14.2 del Tratado Constitutivo de la C.E.

⁵¹ Artículo 1.2 de la Directiva 98/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de julio, que añade un nuevo punto 2) al artículo 1 de la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio.

normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios.

*A efectos de la presente definición, se entenderá por «**a distancia**», un servicio prestado sin que las partes estén presentes simultáneamente; «**por vía electrónica**», un servicio enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético; «**a petición individual de un destinatario de servicios**», un servicio prestado mediante transmisión de datos a petición individual.»*

añadiendo a la definición «los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios» .⁵²

El alcance del concepto «servicios de la sociedad de la información» afecta igualmente al concepto de «prestador de servicios», toda vez que tanto en la Directiva como en la transposición española se define como aquel (persona física o jurídica) que proporciona un servicio de la sociedad de la información ⁵³; ampliando de este modo el ámbito de aplicación

⁵² Anexo a la Ley 34/2002, de 11 de julio de Servicios de Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, por remisión de su D.A. Primera..

⁵³ La Directiva en su artículo 2 utiliza el término «suministra»; más riguroso con el concepto de entrega bajo petición individual del

de la Ley a sujetos que normalmente no están en la órbita de la Directiva, pero sí de la ley española ⁵⁴.

La Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio aborda, seguidamente, los **principios** entre los que merece destacarse el de no autorización previa de los prestadores de servicios ⁵⁵, en plena sintonía con el espíritu de la norma reflejado en sus considerandos; la regulación de las comunicaciones comerciales;⁵⁶ los contratos por vía electrónica ⁵⁷, sobre los que nos detendremos más adelante, y el régimen de responsabilidades de los prestadores de servicios ⁵⁸; otro punto donde la Ley 34/2002, de 11 de julio se ha apartado de la Directiva, respetuosa con el principio de libertad de expresión, convirtiendo en un régimen de responsabilidad lo que en la Directiva era un régimen de no responsabilidad salvo excepciones.⁵⁹

La Directiva menciona los códigos de conducta y los medios de resolución extrajudicial de conflictos; herramientas jurídicas de nuevo cuño y de influencia marcadamente

destinatario del servicio.

⁵⁴ El concepto de «prestador de servicios» en la LSSICE permitiría, por ejemplo, incluir dentro de su ámbito de aplicación las páginas personales (blogs o bitácoras) lo que, paradójicamente, no permite la Directiva comunitaria.

⁵⁵ Artículo 4 de la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio.

⁵⁶ Artículos 6 y 7 de la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio.

⁵⁷ Artículos 9, 10 y 11 de la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio.

⁵⁸ Artículos 12, 13, 14 y 15 de la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio.

⁵⁹ La Responsabilidad Civil en Internet, por Carlos Sanchez Almeida. Ponencia presentada en el XIII Congreso de Responsabilidad Civil, organizado por la Comisión de Abogados de Entidades Aseguradoras y Responsabilidad Civil del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.

anglosajona que pueden contribuir, no obstante, a reforzar la confianza de los consumidores y los operadores tecnológicos ⁶⁰.

Completan el marco legislativo en la materia la Directiva 98/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de noviembre ⁶¹, la Resolución del Consejo de 28 de enero de 2.002 ⁶², la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo ⁶³.

Merece destacarse la influencia en nuestro Ordenamiento Jurídico de la Directiva 2002/58/CE ⁶⁴, sobre la que nos detendremos con mayor profusión en el apartado c) de este capítulo; pero cuya reseña se hace necesaria en este momento por cuanto su transposición a Nuestro Ordenamiento Jurídico, con deficiente técnica legislativa, mediante Ley 32/2.003, de 3 de noviembre ⁶⁵ supone la modificación de los artículos 21, 22, 38.3 b), 38.4 d) y 43.1 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico ⁶⁶, y

⁶⁰ Exposición de motivos del proyecto «sello de legalidad sdint- reicaz para el mercado digital español» (varios autores – Zaragoza 2004).

⁶¹ DOCE nº L 320 de 28/11/1998, relativa a la protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basados en dicho acceso.

⁶² DOCE nº C 043 de 16/02/2002, relativa a un enfoque común y a acciones específicas en materia de las redes y de la información.

⁶³ DOCE nº L 108 de 24/04/2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

⁶⁴ DOCE nº L 201 de 31/07/2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas)

⁶⁵ Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (BOE núm. 264, de 4 de noviembre. [RCL 2003, 2593])

⁶⁶ D.F. 1ª de la Ley 32/2.003, de 3 de noviembre:Primera. Modificación de la Ley 34/2.002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico.

Uno. Se modifica el artículo 21 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico,

la adición de una Disposición Adicional 7ª a la L.S.S.I.C.E. ⁶⁷; transposición de una norma comunitaria sobre protección de datos mediante una ley nacional sobre telecomunicaciones, que modifica la normativa española sobre comercio electrónico dotando a la Agencia de Protección de Datos (debemos entender la A.E.P.D. «ex artículo» 79 de la Ley 62/2.003, de 30

que queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 21. Prohibición de comunicaciones comerciales realizadas a través de correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes.

- Queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas.
- Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación cuando exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente.

En todo caso, el prestador deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija.»

Dos. Se modifica el artículo 22 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico con la siguiente redacción:

«Artículo 22. Derechos de los destinatarios de servicios.

1. El destinatario podrá revocar en cualquier momento el consentimiento prestado a la recepción de comunicaciones comerciales con la simple notificación de su voluntad al remitente.

A tal efecto, los prestadores de servicios deberán habilitar procedimientos sencillos y gratuitos para que los destinatarios de servicios puedan revocar el consentimiento que hubieran prestado.

Así mismo, deberán facilitar información accesible por medios electrónicos sobre dichos procedimientos.

2. Cuando los prestadores de servicios empleen dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales, informarán a los destinatarios de manera clara y completa sobre su utilización y finalidad, ofreciéndoles la posibilidad de rechazar el tratamiento de los datos mediante un procedimiento sencillo y gratuito.

de diciembre) de potestad sancionadora por infracciones de la LSSICE.

Lo anterior no impedirá el posible almacenamiento o acceso a datos con el fin de efectuar o facilitar técnicamente la transmisión de una comunicación por una red de comunicaciones electrónicas o, en la medida que resulte estrictamente necesario, para la prestación de un servicio de la sociedad de la información expresamente solicitado por el destinatario.»

Tres. Se modifica el artículo 38.3.b) de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico que queda redactado de la siguiente manera:

«b) El envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente, a destinatarios que no hayan autorizado su remisión o se hayan opuesto a ella o el envío, en el plazo de un año, de más de tres comunicaciones comerciales por los medios aludidos a un mismo destinatario, cuando éste no hubiera solicitado o autorizado su remisión o se hubiera opuesto a ella.»

Cuatro. Se modifica el artículo 38.4.d) de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, que queda redactado de la siguiente manera:

«d) El envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente a los destinatarios que no hayan autorizado su remisión o se hayan opuesto a ella, cuando no constituya infracción grave.»

Cinco. Se modifica el artículo 43.1 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, que quedará redactado como sigue:

«1. La imposición de sanciones por el incumplimiento de lo previsto en esta ley corresponderá, en el caso de infracciones muy graves, al Ministro de Ciencia y Tecnología y en el de infracciones graves y leves, al Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información.

No obstante lo anterior, la imposición de sanciones por incumplimiento de las Resoluciones dictadas por los órganos competentes en función de la materia o entidad de que se trate a que se refieren los párrafos a) y b) del artículo 38.2 de esta Ley corresponderá al órgano que dictó la resolución incumplida. Igualmente, corresponderá a la Agencia de Protección de Datos la imposición de sanciones por la comisión de las infracciones tipificadas en los artículos 38.3.b) y 38.4.d) de esta Ley.»

Por último, merece resaltarse el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo de 21 de noviembre de 2.003.⁶⁸

b) – firma electrónica

La vocación de la Comunidad Económica Europea por remover los obstáculos que impidan la libre circulación de bienes y servicios en el mercado interior es una constante en la

⁶⁷ «Disposición Adicional Séptima. Fomento de la Sociedad de la Información.

El Ministerio de Ciencia y Tecnología, como departamento de la administración general del Estado responsable de la propuesta al gobierno y de la ejecución de las políticas tendentes a promover el desarrollo en España de la Sociedad de la Información, la generación de valor añadido nacional y la consolidación de una industria nacional sólida y eficiente de productos, servicios y contenidos de la Sociedad de la Información, presentará al gobierno para su aprobación y a las Cortes Generales un plan cuatrienal para el desarrollo de la Sociedad de la Información y de convergencia con Europa con objetivos mensurables, estructurando en torno a acciones concretas, con mecanismos de seguimiento efectivos, que aborde de forma equilibrada todos los frentes de actuación, contemplando diversos horizontes de maduración de las iniciativas y asegurando la cooperación y la coordinación del conjunto de las Administraciones públicas.

Este plan establecerá, así mismo, los objetivos, las acciones, los recursos y la periodificación del proceso de convergencia con los países de nuestro entorno comunitario en línea con las decisiones y recomendaciones de la Unión Europea.

En este sentido, el plan deberá:

Potenciar decididamente las iniciativas de formación y educación en las tecnologías de la información para extender su uso; especialmente, en el ámbito de la educación, la cultura, la gestión de las empresas, el comercio electrónico y la sanidad.

Profundizar en la implantación del gobierno y la administración electrónica incrementando el nivel de participación ciudadana y mejorando el grado de eficiencia de las administraciones públicas.»

⁶⁸ Primer informe sobre la aplicación de la Directiva 2000/31/CE.

normativa emanada del Parlamento, la Comisión y el Consejo; por ello la firma electrónica se configura, en la mente del legislador comunitario, como un instrumento más al servicio de dicho fin ⁶⁹; lo que determina la no obligatoriedad de autorización previa para la prestación de servicios de certificación.⁷⁰

Por otra parte, la conciencia de la necesidad de impregnar al comercio electrónico y las comunicaciones telemáticas de un marco jurídico que dote a las nuevas tecnologías de la necesaria seguridad jurídica, como presupuesto de la confianza de todos los sectores implicados en el medio, que permita el crecimiento económico del sector – en línea con los postulados de Hernando de Soto ⁷¹- queda reflejada en la comunicación de la Comisión de 8 de octubre de 1.997 ⁷²; presupuesto de la Directiva sobre firma electrónica ⁷³.

⁶⁹ 4^o Considerando de la Directiva 1999/93/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre: ".../...un marco claro comunitario sobre las condiciones aplicables a la firma electrónica aumentará la confianza en las nuevas tecnologías y la aceptación general de las mismas. La legislación de los Estados miembros en este ámbito no debería obstaculizar la libre circulación de bienes y servicios en el mercado interior».

⁷⁰ Artículo 3 de la Directiva 1999/93/CE, de 13 de diciembre.

⁷¹ Conferencia de Hernando de Soto en el Paraninfo de la Universidad de Zaragoza (octubre 2.004). La seguridad jurídica como presupuesto de la confianza y el crecimiento económico.

⁷² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 8 de octubre de 1.997:

«El fomento de la seguridad y la confianza en la comunicación electrónica: hacia un marco europeo para la firma digital y el cifrado».

⁷³ Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1.999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica (DOCE nº L 13 de 19.1.2000).

Sobre estos dos pilares, **la libre circulación de bienes y servicios y la necesidad de dotar a las nuevas tecnologías de la seguridad jurídica que fomente la confianza de los sectores implicados** (administración, empresas, consumidores y ciudadanos) **en el medio**, se elabora la Directiva 1999/93/CE.

Y así, es fácil comprender como la norma comunitaria, a diferencia de su transposición al ordenamiento jurídico español, ⁷⁴ incide de forma expresa en el reconocimiento de certificados entre los distintos proveedores de servicios de certificación que expiden certificados reconocidos en el seno de la U.E. ⁷⁵

De lo anterior se deduce la importancia de conocer la normativa comunitaria de la que emana la Ley 59/2.003, de 19 de diciembre; a fin de aplicar «per saltum» la propia Directiva ante la – en ocasiones – deficiente transposición de la norma que, en lo que a la firma electrónica se refiere, adolece de la necesaria – y expresa – mención al reconocimiento de certificados emitidos por los diferentes Prestadores de Servicios de Certificación de firma electrónica reconocida; lo que puede dar lugar a la creación – artificiosa – de monopolios ante el

⁷⁴ Ley 59/2.003, de 19 de diciembre, de firma electrónica (BOE 304 de 20/12/2003).

⁷⁵ 5º Considerando de la Directiva 1999/93/CE, de 13 de diciembre: «Es preciso promover la interoperabilidad de los productos de firma electrónica; de conformidad con el artículo 14 del Tratado, el mercado interior implica un espacio sin fronteras interiores en el que está garantizada la libre circulación de mercancías. Deben satisfacerse los requisitos esenciales específicos de los productos de firma electrónica a fin de garantizar la libre circulación ene. mercado interior y fomentar la confianza en la firma electrónica.../...»

vacío legal y la ausencia de protocolos normados – vía reglamentaria – de reconocimiento mutuo de certificados.

Lo más relevante de la Directiva 1999/93/CE para el jurista es que, por primera vez, y aún antes de dictarse la Directiva de comercio electrónico ⁷⁶, el legislador comunitario, con las premisas «*supra*» expuestas quiso dotar de eficacia jurídica a la firma electrónica, sin perjuicio de la normativa de los EM relativa a la validez y celebración de los contratos ⁷⁷. En consonancia con ello, y de acuerdo con la no obligatoriedad de autorización previa, el artículo 5.2⁷⁸ de la Directiva impone a los EM, de manera más explícita que la transposición española ⁷⁹, la eficacia jurídica de la firma electrónica aún cuando el certificado no haya sido expedido por un prestador de servicios de

⁷⁶ Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información.

⁷⁷ Artículo 1 de la Directiva 1999/93/CE, de 13 de diciembre: «La presente Directiva tiene por finalidad facilitar el uso de la firma electrónica y contribuir a su reconocimiento jurídico. La presente Directiva crea un marco jurídico para la firma electrónica y para determinados servicios de certificación con el fin de garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior. La presente Directiva no regula otros aspectos relacionados con la celebración y validez de los contratos u otras obligaciones legales cuando existan requisitos de forma establecidos en las legislaciones nacionales o comunitaria, ni afectan a las normas y límites, contenidos en las legislaciones nacionales o comunitaria, que rigen el uso de documentos.

⁷⁸ Artículo 5.2 Directiva 1999/93/CE, de 13 de diciembre: «Los Estados miembros velarán por que no se niegue eficacia jurídica, ni la admisibilidad como prueba en procedimientos judiciales, a la firma electrónica por el mero hecho de que:

- ésta se presente en forma electrónica, o
- no se base en un certificado reconocido, o
- no se base en un certificado expedido por un proveedor de servicios de certificación acreditado, o
- no esté creada por un dispositivo seguro de creación de firma.

⁷⁹ Ley 59/2.003, de 19 de diciembre.

certificación acreditado, o la firma no se haya creado por un dispositivo seguro de creación de firma.

Por lo que respecta a la responsabilidad de los prestadores de servicios de certificación la Directiva, acogiendo tesis de derecho anglosajón se aparta de la tradición iuspositivista europea e impone un régimen de responsabilidad objetiva ⁸⁰; lo que contrasta con el régimen de responsabilidad que se predica respecto de los prestadores de servicios para la sociedad de la información en la Directiva sobre el comercio electrónico ⁸¹.

En consonancia con el resto del ordenamiento jurídico comunitario, la Directiva sobre firma electrónica dedica un artículo ⁸² a la protección de datos de carácter personal, imponiendo a los EM velar por el cumplimiento de la Directiva de Protección de Datos ⁸³ por parte de los proveedores de servicios de certificación y los organismos nacionales competentes en materia de acreditación y supervisión.

Finaliza el texto con la definición y funciones del Comité de firma electrónica, a quien corresponde la clarificación de los

⁸⁰ Artículo 6.1 "in fine» Directiva 1999/93/CE, de 13 de diciembre: «.../...salvo que el proveedor de servicios de certificación demuestre que no ha actuado con negligencia.»

⁸¹ Artículos 12 al 15 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.

⁸² Artículo 8 Directiva 1999/93/CE, de 13 de diciembre.

⁸³ Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de éstos datos (DO L 281 de 23.11.1995).

requisitos, criterios y normas para los productos de firma electrónica que gocen de reconocimiento general ⁸⁴.

Completan el panorama normativo comunitario la Decisión 2000/709/CE, de 6 de noviembre, de la Comisión, relativa a los criterios mínimos que deben tener en cuenta los EM para designar organismos de conformidad con el apartado 4 del artículo 3 de la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica ⁸⁵, y la Decisión 2003/511/CE, de 14 de julio, de la Comisión, por la que se publican los números de referencia de las normas que gozan de reconocimiento general para productos de firma electrónica, de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 1999/93/CE, de 13 de diciembre ⁸⁶ y que se especifican en el ANEXO⁸⁷

⁸⁴ Artículos 9 y 10 de la Directiva 1999/93/CE, de 13 de diciembre.

⁸⁵ DOCE nº L 289, de 16/11/2000.

⁸⁶ DOCE nº L 175, de 15/07/2003.

⁸⁷ A. Lista de normas que gozan de reconocimiento general para productos de firma electrónica considerados conformes por los EM con los requisitos del anexo II f de la Directiva 1999/93/CE:

- CWA 14167-1 (marzo de 2.003): security requirements for trustworthy systems managing for electronic signatures – Part 1: System Security Requirements.
- CWA 14167-2 (marzo de 2.002): security requirements for trustworthy systems managing for electronic signatures – Part 2: cryptographic module for CSP signing operations – Protection Profile (MCSO-PP).

B. Lista de normas de gozan de reconocimiento general para productos de firma electrónica considerados conformes por los EM con los requisitos del anexo III de la Directiva 1999/93/CE:

- CWA 14169 (marzo de 2.002): secure signature-creation devices.

c) – Protección de datos

La preocupación de la Unión Europea por el respeto a la Intimidad de las personas físicas se materializa con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre ⁸⁸ que, sin apartarse de la constante de remover los obstáculos que impidan la libre circulación de personas y servicios dentro de la Unión ⁸⁹ , aboga por el respeto a las libertades y derechos fundamentales de las personas físicas y, en particular, la intimidad ⁹⁰, con vocación de armonizar las legislaciones de los EM, de manera que el nivel de protección de los datos personales sea equivalente en todos ellos a fin de facilitar la circulación transfronteriza de datos personales.

A diferencia de su transposición a Nuestro Ordenamiento Jurídico ⁹¹, la Directiva 95/46/CE no diferencia entre Derecho Fundamental a la Intimidad y Derecho Fundamental a la protección de datos personales ⁹²; sino más

⁸⁸ DOCE nº L 281, de 23/11/1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

⁸⁹ Considerando Sexto de la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre: "Considerando, por lo demás, que el fortalecimiento de la cooperación científica y técnica, así como el establecimiento coordinado de nuevas redes de telecomunicaciones en la Comunidad exigen y facilitan la circulación transfronteriza de datos personales;»

⁹⁰ Considerando Segundo de la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre.

⁹¹ Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, que regula la protección de datos de carácter personal (B.O.E. nº 298, de 14 de diciembre [RCL 1999, 3058]).

⁹² En realidad la diferenciación entre dos derechos fundamentales, el derecho fundamental a la intimidad, con base en el artículo 18.1,2 y 3 de la C.E. de 1.978 y el derecho fundamental a la autodeterminación informativa, con base en el ordinal 4º del artículo 18 C.E. es una construcción jurisprudencial de la S.T.C. 254/1993, de 20 de julio (dictada al amparo de la derogada L.O.R.T.A.D.) y S.T.C. 292/2.000, de 30 de noviembre; diferenciación de derechos fundamentales que no se

bien al contrario, considera la protección de datos personales como una parte del todo que es el Derecho Fundamental a la Intimidad.⁹³

La Directiva, que no es propiamente una norma sobre Derecho de Internet y las Nuevas Tecnologías, sino más bien una norma de carácter administrativo de aplicación al tratamiento de datos personales – automatizados y no automatizados – destinados a ser incluidos en un fichero, establece – sin embargo – los principios y excepciones que regirán, también, la protección de datos en redes telemáticas⁹⁴.

El Capítulo I establece el objeto ⁹⁵, definiciones y ámbito de aplicación⁹⁶. En el Capítulo II, bajo el epígrafe

ha seguido en la normativa dictada por la Unión Europea hasta la fecha.

⁹³ Con ese sentido se expresa, entre otros, el Considerando Sesenta y ocho de la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre: «Considerando que los principios de protección de los derechos y libertades de las personas y, en particular, del respeto de la intimidad en lo que se refiere al tratamiento de los datos personales.../...»

⁹⁴ Directiva 97/66/CE, de 15 de diciembre, derogada por la Directiva 2002/58/CE, de 12 de julio.

⁹⁵ "Artículo 1. Objeto de la Directiva:

- Los EEMM garantizarán, con arreglo a las disposiciones de la presente Directiva, la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales.
- Los EEMM no podrán restringir ni prohibir la libre circulación de datos personales entre los EEMM por motivos relacionados con la protección garantizada en virtud del apartado 1.»

⁹⁶ «Artículo 3. Ámbito de aplicación:

- Las disposiciones de la presente Directiva se aplicarán al tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos

«Condiciones Generales Para la Licitud Del Tratamiento De Datos Personales» la Directiva define los principios que debe cumplir todo fichero de datos personales en cuanto a su recogida, tratamiento y derechos de información, consentimiento y acceso de los interesados (y que se han incorporado a Nuestro Ordenamiento Jurídico siguiendo el espíritu de la norma comunitaria).

El Capítulo III hace referencia al régimen de responsabilidad, recursos judiciales y sanciones. El Capítulo IV regula la transferencia de datos personales a países terceros, estableciendo la regla general de exigencia de garantía del nivel de protección adecuada en el país tercero.

El Capítulo V, iniciando una línea que continúa en la Directiva de Comercio electrónico⁹⁷, introduce en su artículo único⁹⁸ el fomento por parte de los EEMM de la elaboración de códigos de conducta por parte de las diferentes asociaciones profesionales.

en un fichero.

- Las disposiciones de la presente Directiva no se aplicarán al tratamiento de datos personales:
- efectuado en el ejercicio de actividades no comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, como las disposiciones de los títulos V y VI del Tratado de la Unión Europea y, en cualquier caso, al tratamiento de datos que tenga por objeto la seguridad pública, la defensa, la seguridad del Estado (incluido el bienestar económico del Estado cuando dicho tratamiento esté relacionado con la seguridad del Estado) y las actividades del Estado en materia penal;
- efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas.

⁹⁷ Artículo 16 de la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio.

⁹⁸ Artículo 27 de la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre.

En el Capítulo VI se establece la creación de autoridades de control, de carácter independiente, en los EEMM y un Grupo de protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, en el seno de la Unión Europea de carácter consultivo e independiente. Se dispone, por último, la creación de un Comité compuesto por representantes de los EEMM y presidido por el Presidente de la Comisión.⁹⁹

Siguiendo la cronología de la normativa comunitaria en materia de protección de datos nos detendremos a continuación en el Reglamento 45/2001/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2.000¹⁰⁰; normativa de régimen interno destinada a la protección de los datos personales en el seno de las instituciones comunitarias¹⁰¹ que no afecta a los derechos y obligaciones de los EM conforme a lo dispuesto en las Directivas 95/46/CE¹⁰² y 97/66/CE¹⁰³.

⁹⁹ CAPITULO VII – Medidas de ejecución comunitarias – Artículo 31 de la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre.

¹⁰⁰ DOCE nº L 008 de 12/01/2001

¹⁰¹ Considerando nº 13 del Reglamento: «Se trata de garantizar tanto el respeto efectivo de las normas de protección de los derechos y las libertades fundamentales de las personas como la libre circulación de los datos personales entre los Estados miembros y las instituciones y organismos comunitarios, o entre las instituciones y los organismos comunitarios, en el ejercicio de sus competencias respectivas.»

¹⁰² Directiva relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. DOCE nº L 281 de 23/11/1995.

¹⁰³ Derogada por la Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2.002. DOCE nº L 201 de 31/07//2002

El Reglamento está dividido en seis capítulos ¹⁰⁴, de los que merece destacarse, en el ámbito del estudio que nos ocupa el Capítulo IV, sobre protección de los datos personales y de la intimidad en el contexto de las redes internas de telecomunicación. Se sientan los principios de seguridad ¹⁰⁵ y confidencialidad de las comunicaciones ¹⁰⁶ y se establecen protocolos concretos en relación a los datos sobre tráfico y facturación ¹⁰⁷, guías de usuarios ¹⁰⁸ y presentación y limitación de la identificación de la línea llamante y conectada ¹⁰⁹.

El Reglamento 45/2001/CE, de 18 de diciembre de 2.000 ha sido desarrollado por la Decisión del Consejo, de 13 de diciembre de 2.004 ¹¹⁰.

La vocación de la UE en lograr la necesaria armonización de las legislaciones de los EM de cara a la posibilitar la libre circulación de datos en el marco comunitario y

¹⁰⁴ . Capítulo I – Disposiciones Generales

. Capítulo II – Condiciones Generales de la Licitud del Tratamiento de Datos Personales

. Capítulo III – Categorías Especiales de Tratamientos.

. Capítulo IV – Protección de los Datos Personales y de la Intimidad en el Contexto de las Redes Internas de Telecomunicación.

. Capítulo V – Autoridad de Control Independiente: El Supervisor Europeo de Protección de Datos.

. Capítulo VI – Disposiciones Finales.

¹⁰⁵ Artículo 35 del Reglamento.

¹⁰⁶ Artículo 36 del Reglamento.

¹⁰⁷ Artículo 37 del reglamento.

¹⁰⁸ Artículo 38 del Reglamento.

¹⁰⁹ Artículos 39 y 40 del Reglamento.

¹¹⁰ Decisión del Consejo de 13 de diciembre de 2.004, por la que se adoptan las normas de desarrollo del Reglamento (CE) nº 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos. DOUE nº L 296 de 21/09/2.004.

con terceros países se plasma en la Decisión 2002/16/CE, de la Comisión de 27 de diciembre de 2.001¹¹¹ relativa a las **cláusulas tipo**; normativa que se completa con la Decisión 2004/5271, de la Comisión ¹¹²

El marco normativo en materia de protección de datos personales se completa con la Directiva 2002/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo ¹¹³, y la Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2.002 ¹¹⁴ que, a pesar de su indubitada naturaleza jurídica, su transposición a Nuestro Ordenamiento Jurídico se ha verificado no como una modificación de la L.O.P.D.¹¹⁵, sino como presupuesto de la ley 32/2.003, de 3 de noviembre, General de telecomunicaciones ¹¹⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, parece oportuno detenerse en algunos aspectos de la Directiva por su relevancia en

¹¹¹ Decisión 2002/16/CE de la Comisión, de 27 de diciembre de 2.001, relativa a las cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a los encargados del tratamiento establecidos en terceros países, de conformidad con la Directiva 95/46/CE. DOCE nº L 006, de 10/01/2002

¹¹² Por la que se aprueban nuevas cláusulas tipo para transferencia de datos a terceros países. Modifica la Decisión 2001/497/CE, de la Comisión, de 15 de junio. DOCE nº L 181 de 04/07/2.001.

¹¹³ Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2.002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. DOCE nº L 108, de 24/04/2.002.

¹¹⁴ Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2.002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas. DOCE nº L 201 de 31/07/2002.

¹¹⁵ Vid. Nota al pie nº 49.

¹¹⁶ B.O.E. núm. 264, de 4 de noviembre [RCL 2003, 2593] Como indica la exposición de motivos en su apartado I. «...Cabe señalar que la Directiva 2002/58/CE se traspone en la medida que afecta a las redes y servicios de comunicaciones electrónicas.»

relación con la protección de datos personales y la intimidad en la Sociedad de la Información.

Sorprende en primer término el tratamiento del instituto jurídico del consentimiento ¹¹⁷, no sólo en el ámbito de la contratación, que también, sino en cuanto a la protección del derecho a la intimidad; fundamentalmente por la inseguridad jurídica que supone atribuir el consentimiento por un clic; peligroso precedente positivo que ya ha tenido su refrendo en la cercana jurisprudencia menor de Nuestros Tribunales ¹¹⁸; y que se contradice con lo establecido en el Considerando nº 20 de la propia Directiva ¹¹⁹.

¹¹⁷ Considerando 17: A efectos de la presente Directiva, el consentimiento de un usuario o abonado, independientemente de que se trate de una persona física o jurídica, debe tener el mismo significado que el consentimiento de la persona afectada por los datos tal como se define y especifica en la Directiva 95/46/CE. El consentimiento podrá darse por cualquier medio apropiado que permita la manifestación libre, inequívoca y fundada de la voluntad del usuario, por ejemplo **mediante la selección de una casilla de un sitio web en internet.**

¹¹⁸ Sentencia de 24-01-05 dictada por el Juzgado de lo Penal nº3 de Valladolid (referida a la prestación del consentimiento en un supuesto de líneas de tarificación adicional, pero perfectamente extrapolable al concepto abstracto de consentimiento)

¹¹⁹ «...Los proveedores de servicios que ofrecen servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público a través de Internet deben informar a usuarios y abonados de las medidas que pueden adoptar para proteger la seguridad de sus comunicaciones, **por ejemplo utilizando determinados tipos de soporte lógico o tecnologías de cifrado...**»

En la parte positiva el reconocimiento de la existencia y la posición respecto a los programas espía ¹²⁰ y las «cookies» ¹²¹; y la decidida apuesta por preservar la intimidad, incluso mediante el fomento de posibilidades de pago que permitan el «.../...acceso anónimo o estrictamente privado a los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público.../...»¹²².

Se contemplan, igualmente, realidades como la identificación de llamada ¹²³, o las guías de usuario ¹²⁴, en consonancia con el Reglamento 45/2001/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2.000. ¹²⁵

La Directiva, estructurada en 21 artículos, define su ámbito de aplicación en la protección del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas, y en la libre

¹²⁰ Considerando 24: «.../...Los denominados <<programas espía>> (spyware). web bugs, identificadores ocultos y otros dispositivos similares pueden introducirse en el terminal del usuario sin su conocimiento para acceder a información oculta o rastrear las actividades del usuario, lo que puede suponer una grave intrusión en la intimidad de dichos usuarios. **Sólo debe permitirse la utilización de tales dispositivos con fines legítimos y con el conocimiento de los usuarios afectados.**»

¹²¹ Considerando 25: «.../...En los casos en que estos dispositivos, por ejemplo los denominados <<chivatos>> (cookies), tengan un propósito legítimo, como el de facilitar el suministro de servicios de la sociedad de la información, debe autorizarse su uso **a condición de que se facilite a los usuarios información clara y precisa al respecto**, de conformidad con la Directiva 95/46/CE, para garantizar que los usuarios están al corriente de la información que se introduce en el equipo terminal que están utilizando.../...»

¹²² Considerando nº 33 de la Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio.

¹²³ Considerando nº 34 de la Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio.

¹²⁴ Considerando nº 38 de la Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio

¹²⁵ vid. Nota al pie nº 61.

circulación de datos personales, equipos y servicios de comunicaciones electrónicas en la Comunidad ¹²⁶ y deroga la expresamente la Directiva 97/66/CE.¹²⁷

d) - consumidores

Sin perjuicio de la normativa – Directivas, Reglamentos y Decisiones – ya analizada ¹²⁸, es oportuno reseñar en este apartado la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo ¹²⁹ y su transposición al ordenamiento español por Real Decreto 1.906/1.999, de 17 de diciembre ¹³⁰ y

¹²⁶ Artículo 1 de la Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio.

¹²⁷ Directiva 97/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones.

¹²⁸ En Derecho comunitario y, más concretamente, en la relativa a la Sociedad de la Información no existen normas aisladas destinadas a la protección de los derechos de los consumidores; sino que dicha protección resulta del acervo comunitario en su conjunto, con el hilo conductor de la libertad de establecimiento y libre circulación de personas, bienes y servicios.

¹²⁹ Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1.997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. Declaración del Consejo y del Parlamento Europeo sobre el apartado 1 del artículo 6. Declaración de la Comisión sobre el primer guión del apartado 1 del artículo 3. DOCE nº L 144 de 04/06/1997.

¹³⁰ Por el que se desarrolla el artículo 5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, en su apartado 3 que dice textualmente: *«en los casos de contratación telefónica o electrónica será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma.»* y se transpone la Directiva 97/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo. BOE nº 313, de 31/12/1.999.

Ley 47/2002, de 19 de diciembre ¹³¹ en tanto que norma específica en materia de protección de los consumidores en la contratación a través de medios telemáticos; así como la reciente **ley 44/2006, de 29 de diciembre**, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que deben informar – en España - cualquier propuesta de gestión (o autogestión) de contenidos digitales destinada a los consumidores y usuarios.

¹³¹ De reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE, en materia de contratos a distancia, y para la adaptación de la Ley a diversas Directivas comunitarias. BOE 304, de 20/12/2002.

Cultura Libre

5.- Cultura Libre

Termino acuñado por el profesor de Stanford Lawrence Lessig¹³² en su libro «**free culture**»¹³³. Está basado en las «cuatro libertades» del software libre desarrolladas por Richard Stallman, que podemos enunciar del siguiente modo:

- La libertad de usar el programa, con cualquier propósito (libertad 0).
- La libertad de estudiar el funcionamiento del programa, y adaptarlo a las necesidades (libertad 1). El acceso al código fuente es una condición previa para esto.
- La libertad de distribuir copias, con lo que puede ayudar a otros (libertad 2).
- La libertad de mejorar el programa y hacer públicas las mejoras, de modo que toda la comunidad se beneficie. (libertad 3). De igual forma que la libertad 1 el acceso al código fuente es un requisito previo.

El movimiento por la cultura libre surge en Estados Unidos como reacción ante las leyes sobre el copyright de ese país; y fundamentalmente como oposición a la «**Digital Millennium Copyright Act**» de 1998, que incorpora los tratados internet de 1996, de la O.M.P.I. (WCT y WPPT).

Tanto **Stallman** - para los programas de ordenador - como **Lessig** - para todos los contenidos - elaboran sus

¹³²Lawrence Lessig, pese haber colaborado en varios litigios, lo que permite la legislación estadounidense, no es abogado en ejercicio como se cree erróneamente.

¹³³www.free-culture.cc/freeculture.pdf

postulados bajo la premisa de la reutilización¹³⁴; de la modificación de la obra original mediante su transformación (obra derivada); y así, las cuatro libertades del software libre quedarían redefinidas de este modo:

- la **libertad de usar** la obra y disfrutar de los beneficios de su uso
- la **libertad de estudiar** la obra y aplicar el conocimiento adquirido de él
- la **libertad de hacer y redistribuir copias**, totales o parciales, de la información o expresión
- la **libertad de hacer cambios y mejoras**, y distribuir los trabajos derivados

El instrumento jurídico del que parten ambos es la **licencia**¹³⁵; institución muy arraigada en el derecho anglosajón y de utilización generalizada en el campo de la energía y de la propiedad industrial.

El movimiento, agrupado bajo la denominación **«copyleft»**, está integrado por diferentes tipos de **«licencias libres»**¹³⁶ y ha tenido muy buena acogida entre los profesionales de la informática y los compositores independientes¹³⁷, que ven colmadas sus expectativas de remezcla y modificación sin necesidad de recabar de los autores

¹³⁴Con las salvedades a que luego aludiremos.

¹³⁵autorización unilateral por parte del titular de los derechos.

¹³⁶Aunque no todas responden a la filosofía expuesta, como detallaremos más adelante.

¹³⁷Fundamentalmente aquellos cuya actividad profesional se basa en la remezcla del trabajo de otros.

de las obras originales la cesión de los derechos, y en la comunidad blogger. Según la **Fundación Copyleft**¹³⁸:

«Entendemos por licencias copyleft aquellas que permitiendo un mayor control de los creadores sobre sus obras, investigaciones y proyectos y una remuneración compensatoria más razonable por su trabajo, también permiten a los usuarios finales un mejor acceso y disfrute de los bienes bajo este tipo de licencias no restrictivas.»

No obstante, y siendo rigurosos con los postulados de Richard Stallman, sólo aquellas «soluciones» que incluyan la cláusula en cascada quedarían bajo el concepto «copyleft».

La filosofía del movimiento se ha desarrollado, básicamente, a partir de dos premisas:

1ª.- Dado que el Estado ha otorgado a los creadores un monopolio sobre la explotación de su obra; y éstos han adquirido el conocimiento a través de la Sociedad en la que viven, es justo que la Sociedad obtenga una compensación.

Bajo esta premisa se combate la duración de los derechos de explotación y se niegan la mayoría de los derechos morales reconocidos a los creadores por el sistema continental de derechos de autor; entre otros uno de los reconocidos por el Convenio de Berna¹³⁹: el derecho a la integridad de la obra.

¹³⁸<http://www.fundacioncopyleft.org/>

¹³⁹Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de septiembre de 1886

2ª.- Todo el saber humano se ha construido a partir del conocimiento previo obtenido con esfuerzo de las generaciones anteriores, y es justo que llegue libre de gravámenes a las generaciones futuras.

Bajo esta premisa desaparecerían todos los derechos morales (que corresponderían a la humanidad) y el derecho exclusivo de reproducción sobre la propia obra.

El término **«copyleft»** - previo al de cultura libre - nace de un juego palabras con el término **«copyright»**; de la oposición entre los términos anglosajones **«right»** = derecho, recto y **«left»** = izquierdo, abandonado, y su símbolo es la C invertida rodeada de un círculo, por oposición al símbolo del copyright = © .

Las mayores críticas han venido del lado de la industria cultural y las entidades de gestión colectiva de derechos de autor, que ven **«oscuros intereses»¹⁴⁰** en el movimiento perjudicial para los derechohabientes.

Y la crítica tiene su fundamento si consideramos a todos los sectores implicados en la explotación, directa o indirecta, de los **contenidos digitales**.

La industria cultural denuncia que las grandes operadoras de telecomunicaciones y los prestadores de servicios para la sociedad de la información tienen el canal de

¹⁴⁰Pedro Farré, director del gabinete de relaciones institucionales de la SGAE.

distribución, pero necesitan los contenidos como parte de su modelo de negocio; la publicidad en el caso de los buscadores y el tráfico en el caso de las operadoras y los prestadores de servicios de acceso a Internet.

Lo que, en el fondo, no supone sino repetir pasados enfrentamientos¹⁴¹ entre los titulares de derechos de autor y los titulares de derechos conexos; entre las sociedades colectivas de gestión de derechos de autor y los organismos de radiodifusión.

Paradójicamente, tanto los defensores del **«copyright»** -incluso aquellos que se han formado en el sistema continental de derechos de autor y están radicados en Estados cuya normativa sobre derechos de autor tiene sus raíces en el **«ius civile»**¹⁴²- como muchos de sus detractores (agrupados en lo que impropriadamente se conoce como **«copyleft»**) parten de la existencia de mismo **«status quo»** normativo¹⁴³; aquel que considera que los derechos de autor son una suerte de monopolio que el Estado concede a los creadores para la explotación de su obra.

Sin embargo, ésta es sólo una parte del todo: la legislación vigente en el mundo anglosajón.

¹⁴¹Causa última del retraso en la redacción de una propuesta definitiva sobre el Tratado de la OMPI sobre organismos de radiodifusión.

¹⁴²Como el Presidente del Foro Iberoamericano de la Propiedad Intelectual, Javier Cremades, en declaraciones a EL PAIS el 10 de marzo de 2007.

¹⁴³unos para defender el sistema y los otros para combatirlo.

Las soluciones «*copyleft*»

5.1.- Las soluciones «copyleft»

Bajo esta denominación se aglutinan una serie de soluciones que, empleando instituciones de tradición anglosajona,¹⁴⁴ buscan facilitar a los creadores de contenidos instrumentos jurídicos que respondan a las cuatro libertades que hablábamos en el capítulo anterior; si bien por extensión se viene denominando «copyleft» a cualquier iniciativa que fomente la libre difusión de la cultura. Veamos algunas de ellas:

- La licencia GPL
- La licencia Free Art
- Las licencias Creative-Commons
- La licencia Copyzero

. La **licencia GPL** está redactada para programas de ordenador y documentación sobre dichos programas; y según sus impulsores:

«En el proyecto GNU, nuestro objetivo es el dar a todo usuario la libertad de redistribuir y cambiar software GNU. Si los intermediarios pudieran quitar esa libertad, nosotros tendríamos muchos usuarios, pero esos usuarios no tendrían libertad. Así en vez de poner software GNU en el dominio público, nosotros lo protegemos con Copyleft. Copyleft dice que cualquiera que redistribuye el software, con o sin cambios, debe dar la libertad de copiarlo y modificarlo más. Copyleft garantiza que cada usuario tiene libertad.»

¹⁴⁴License (licencia)

Incluye la cláusula de cesión en cascada que impone al usuario de un programa de ordenador hacer modificaciones y distribuir copias, del programa o de la documentación del mismo, siempre y cuando éstas permitan, a su vez, la libre modificación y distribución.¹⁴⁵

. La licencia «**Free Art**»¹⁴⁶ para obras libres, iniciativa francesa de la «*Copyleft Attitude*», a diferencia de la licencia GNU, afirma reconocer y proteger los derechos morales de autor¹⁴⁷ y se somete al derecho francés; incorpora la cláusula «**en cascada**» definitoria del movimiento «*copyleft*»; pero condicionada a la fórmula contractual que exige el derecho francés:

*«L'auteur de l'original pourra, s'il le souhaite, vous autoriser à modifier l'original dans les mêmes conditions que les copies.»*¹⁴⁸

. Las licencias «**Creative Commons**», respaldadas por la mercantil Creative Commons, Ltd¹⁴⁹, se redactaron conforme a la legislación estadounidense y

«contrariamente a lo que pueda parecer, Creative Commons no está en contra del copyright. Su

¹⁴⁵Claúsula también denominada «**vírica**»

¹⁴⁶<http://artlibre.org/>

¹⁴⁷Lo que implica el reconocimiento de los derechos morales y la transformación para pastiche.

¹⁴⁸El autor de (la obra) original podrá, si lo desea, autorizarle a modificar el original en las mismas condiciones que las copias. (traducción libre).

¹⁴⁹Entidad sin ánimo de lucro conforme al derecho mercantil estadounidense.

objetivo fundamental es complementar el régimen actual de los derechos de autor, y con tal propósito han desarrollado seis licencias, en base a cuatro condiciones básicas: el reconocimiento (attribution), la no-comercialización (non commercial), la no creación de obras derivadas (no derivative works) y el compartir igual (share alike).»¹⁵⁰

Bajo el eslogan «**some rights reserved**»¹⁵¹ presenta varias licencias; una de las cuales responde a la filosofía «**copyleft**»:

*«**Reconocimiento - Compartir igual:** El material creado por un artista puede ser distribuido, copiado y exhibido por terceros si se muestra en los créditos. Las obras derivadas tienen que estar bajo los mismos términos de licencia que el trabajo original.»*

Creative Commons, Ltd., presidida por el empresario japonés **Joi Ito**, con domicilio social en el Massachusetts Institute of Technology (U.S.A.)¹⁵², ha llegado, según sus propias fuentes, a los 140 millones de contenidos licenciados en todo el mundo.

La empresa está presente en Estados Unidos, China, Brasil, Chile, Francia y Reino Unido¹⁵³ y sostiene su

¹⁵⁰ «Derechos de propiedad intelectual e Internet | materiales para un debate informado». Meritxell Roca – Barcelona 2007

¹⁵¹ algunos derechos reservados

¹⁵² datos de 2006

¹⁵³ fuente: axesor – grupo infotel

infraestructura con donaciones de empresas («Center for the Public Domain»; **Google, Ltd.; Microsoft, Ltd.**; «Mc Arthur Foundation»; «Rockefeller Foundation» o la «Computer Tyme web Hosting», entre otras) y particulares.

. La licencia «**copyzero**»¹⁵⁴ creada por el movimiento COSTOZERO de Italia aporta la certificación electrónica a las licencias; pensada en el ordenamiento jurídico italiano y válida en todo el mundo, según afirman sus creadores.

*«Copyzero è un modo per tutelare il diritto d'autore ad un costo prossimo allo zero (0,36 euro), un modo per garantire a tutti, innanzitutto, un diritto della persona.»*¹⁵⁵

¹⁵⁴<http://www.costozero.org/>

¹⁵⁵Copyzero es una manera de tutelar el derecho de autor con un coste próximo a cero (0,36 €), un modo para garantizar a todos, en primer lugar, el derecho de la persona. (trad. libre)

Crítica desde el sistema latino de derechos de autor

5.2.- Crítica desde el sistema latino

Desde una perspectiva puramente ontológica compartimos los presupuestos éticos del movimiento **«copyleft»**; sin embargo, llevado a sus últimas consecuencias, puede deparar consecuencias perversas (en el sentido de no queridas) en el plano socio-económico y cultural. Desposeer a los creadores de la libertad de opción sobre su propia obra negando sus derechos morales equivale a negar a los derechos de autor su carácter de derecho fundamental; y es esa – precisamente – la consecuencia que se sigue de la imposición unilateral de la cláusula **«en cascada»** a los creadores de obras derivadas.

No debemos olvidar que, si bien toda creación humana tiene su origen en varios siglos de historia de la humanidad, no es menos cierto que cada nueva modificación representa un valor añadido, hablando en términos de creatividad, merecedor – cuando menos – de que el autor de una obra derivada tenga libertad de opción.

Desde el punto de vista jurídico, y aún valorando el movimiento copyleft como un encomiable **«desideratum»** considero que las herramientas jurídicas de que se ha dotado son contrarias a nuestro ordenamiento y, en las más de las ocasiones, innecesarias; llegando estas iniciativas con su alegalidad a resultar jurídicamente inocuas para los Tribunales de Justicia (que son quienes, en última instancia, deben avalar la seguridad jurídica de las soluciones propuestas).

a) – Innecesidad de las licencias

Por una parte, y como hemos avanzado anteriormente, el movimiento copyleft nace en Estados Unidos como reacción a las leyes estadounidenses de copyright; y muchas de las restricciones a las que se opone no existen en el marco de la Unión Europea¹⁵⁶.

Como ejemplo paradigmático citaremos la **copia privada**¹⁵⁷, que el Derecho continental enmarca entre los límites y excepciones al derecho exclusivo de reproducción de los derechohabientes, y que es desconocido para la legislación estadounidense.

Entre los Estados de la Unión Europea - por disposición de los artículos III-280 de la Constitución Europea¹⁵⁸ y 5 de la Directiva 2.001/29/CE, del parlamento Europeo y del Consejo

¹⁵⁶Ni en el resto de Estados que siguen el modelo romano-germánico de derechos de autor.

¹⁵⁷El límite de copia privada responde al derecho de acceso a la cultura que contemplan la mayoría de las constituciones de los países de nuestro entorno; si bien su naturaleza jurídica no es la de un derecho de la sociedad, sino la de un límite a los derechos patrimoniales de autor.

¹⁵⁸«La Unión contribuirá al florecimiento de las culturas de los Estados Miembros, dentro del respeto de su diversidad nacional y regional, poniendo de relieve, al mismo tiempo el patrimonio cultural común.

La acción de la Unión tendrá por objetivo fomentar la cooperación entre Estado Miembros y, si es necesario, apoyar y complementar la acción de éstos en los siguientes ámbitos:

.../... a) la mejora del conocimiento y la difusión de la cultura y la historia de los pueblos europeos.

.../... c) los intercambios culturales no comerciales.»

de 22 de mayo de 2.001¹⁵⁹ - podemos citar a Francia, Alemania, Portugal o España¹⁶⁰.

Por otra parte la denostada - por algunos - Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2.004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual¹⁶¹ dispone en sus considerandos:

a) la voluntad de la Unión por favorecer la libre circulación de la información:

¹⁵⁹«1.Los actos de reproducción provisional a que se refiere el artículo 2, que sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar:

a) una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario, o
b) una utilización ilícita de una obra o prestación protegidas, y que no tengan por sí mismos una significación económica independiente, estarán exentos del derecho de reproducción contemplado en el artículo 2.

2.Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el artículo 2 en los siguientes casos:

.../... c) en relación con reproducciones sobre papel u otro soporte similar en las que se utilice una técnica fotográfica de cualquier tipo u otro proceso con efectos similares , a excepción de las partituras, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa;

d) en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales , siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa , teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 6;

e) *en relación con actos específicos de reproducción efectuados por bibliotecas, centros de enseñanza o museos accesibles al público, o por archivos, que no tengan intención de obtener un beneficio económico o comercial directo o indirecto.../...»*

¹⁶⁰ley 122.5 y artículos 53, 75.2 y 31 de las respectivas normas nacionales sobre derechos de autor.

¹⁶¹Traspuesta al ordenamiento jurídico español por Ley 23/2006, de 7 de julio

«Considerando 2º: La protección de la propiedad intelectual debe permitir.../...la difusión más amplia posible de las obras, ideas y los conocimientos nuevos. Al mismo tiempo no debe ser un obstáculo para la libertad de expresión, para la libre circulación de la información, ni para la protección de los datos personales, inclusive en Internet.»

b) La exclusión del ánimo de lucro en los actos llevados a cabo por los consumidores:

*«Considerando 14º. Los actos llevados a cabo a escala comercial son los realizados para obtener beneficios económicos o comerciales directos o indirectos; **ésto excluye normalmente los actos realizados por los consumidores finales de buena fé.**»*

c) – La vigencia, también en materia de derechos de autor de la normativa comunitaria sobre protección de datos de carácter personal¹⁶²:

«Considerando 15º.- La presente Directiva no debe afectar.../...a la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre .../...»

Pero no sólo los Estados de la Unión Europea contemplan excepciones a los derechos exclusivos de autor;

¹⁶²De donde se sigue, necesariamente, que las medidas tecnológicas de protección de derechos de autor – incluidos los microformatos – también están sometidos a la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre.

también – entre otros - los países de Latinoamérica; entre los que citaremos a México, Brasil, Venezuela o Colombia¹⁶³.

Mención aparte merece la licencia GPL para programas de ordenador, puesto que los programas de ordenador tienen – en la ley española – un tratamiento distinto al del resto de creaciones (aún cuando su regulación se halle en el mismo texto legal); y así, por disposición del **artículo 100 L.P.I.**¹⁶⁴ el usuario legítimo no necesita autorización del titular – en casos tasados – para:

- observar, estudiar o verificar su funcionamiento.
- reproducir o transformar un programa de ordenador.

En definitiva, la legislación de los Estados sujetos al sistema latino de derechos de autor incluye en su regulación positiva muchas de las «*reivindicaciones*» de las licencias redactadas frente al «*copyright*», por lo que no me parece aventurado afirmar que el derecho de tradición romano-germánica representa el primer «*movimiento*» de oposición a las leyes del «*copyright*».

¹⁶³los artículos 148.4, 46.2, 43.1 y 37 de sus respectivas normas nacionales sobre derechos de autor prevén el límite de copia privada.

¹⁶⁴que establece los límites a los derechos patrimoniales de los derechohabientes.

b) – alegalidad de las licencias

El término inglés «**license**» se traduce al español como licencia; y es diferente del término inglés «*contract*», cuya traducción es contrato.

Las licencias - de las que trataremos con más profundidad en otro capítulo de este ensayo - son jurídicamente inocuas para el ordenamiento jurídico español, a diferencia de lo que sucede en los países del «*common law*».

En palabras de Lacruz Berdejo¹⁶⁵:

«En la doctrina española actual, nadie sostiene que la voluntad unilateral inter vivos, en cuanto categoría abstracta (equiparable a la del contrato), sea fuente de obligaciones. Y es que hay que reconocer que en nuestro Derecho tal declaración inter vivos por regla general no vincula, y a lo más constituye una oferta de liberalidad revocable ad nutum .../...»

Ello las despoja de la necesaria fuerza obligacional entre las partes y, en consecuencia, de seguridad jurídica.

Cuando la O.M.P.I.¹⁶⁶ define la licencia como:

«la autorización concedida por el autor u otro titular del derecho de autor (licenciante) al usuario de la

¹⁶⁵Elementos de Derecho Civil – 2ª edición - 1985

¹⁶⁶Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

*obra (licenciataria) para usar ésta en una forma determinada y de conformidad con unas **condiciones convenidas entre ambos en el contrato pertinente (acuerdo de licencia)** y también como un contrato que autoriza al licenciataria a hacer algo que, en la ausencia de la licencia, normalmente constituiría una infracción a los derechos de propiedad intelectual del licenciante.»*

está haciendo referencia a la licencia contractual («*contractual license*»), que participa de la naturaleza jurídica de los contratos, y no a la «*license*» (autorización unilateral).

Sin embargo, la alegación - para nuestro ordenamiento jurídico - de la utilización de estas herramientas jurídicas en la cesión de derechos de autor resulta, no ya sólo de la literalidad de la definición que da el más alto organismo internacional sobre la propiedad intelectual, ni de las palabras de la doctrina más autorizada en nuestro país, sino de las Sentencias dictadas por los Tribunales españoles.

Hasta la fecha¹⁶⁷ han sido dos las Resoluciones dictadas en España en las que se ha entrado a conocer de la fuerza obligacional de «*licencias libres*»:

. **Sentencia núm. 612/2005, de 29 de noviembre**, dictada por la Sección Primera de Ilma. Audiencia Provincial de

¹⁶⁷salvo error u omisión.

Pontevedra en recurso 3008/2005¹⁶⁸; de cuyo FUNDAMENTO JURIDICO PRIMERO extractamos:

*«.../...centrado en semejantes términos el debate del recurso de partida conviene señalar que el documento aportado por el demandado-recurrente como licencia de uso musical libre¹⁶⁹ no pasa de constituir un **mero folleto informativo acerca del contenido de la misma** y asimismo carente de toda firma, no pudiendo, por ende, serle atribuido ningún valor.»*

. **Sentencia núm. 142/2006, de 10 de julio¹⁷⁰** del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante, en cuyo FUNDAMENTO JURIDICO TERCERO se dice:

«.../...corresponde al demandado acreditar i) haber satisfecho el importe del derecho reclamado a otra entidad de gestión o al autor o ii) que tal obra no aparece gestionada por la entidad actora para verse liberado de las pretensiones de la actora

.../...lo cierto es que era el demandado quien tenía que probar que no estaba explotando derechos de autor, o que los que explotaba no estaban cedidos a la

¹⁶⁸http://www.interiuris.com/blog/wpcontent/uploads/Creative_Commons_APPO.pdf

¹⁶⁹licencia creative commons aportada por el demandado

¹⁷⁰Una de la cuestiones más relevantes de esta Resolución es la proposición de jurisprudencia citada en orden a establecer en quien recae la carga de la prueba, y en que debe consistir ésta.

actora, o que estaba pagando por esa actividad a un particular o a otra entidad.../...»

Al igual que en el supuesto anterior, el demandado invocaba el uso música «licenciada» bajo licencia creative commons; y al igual que en el procedimiento anterior la prueba practicada no fue suficiente para acreditar que contaba con la autorización de autores que no habían confiado la gestión de sus derechos a la SGAE, demandante en la «litis».

Queda, por último, en la fecha de redactar estas líneas, la **Sentencia núm. 15/2006, de 17 de febrero**, dictada por el Juzgado de Primera Instancia SEIS, de los de Badajoz¹⁷¹, por la que se absuelve al titular del bar Metropol de la demanda interpuesta por la Sociedad general de Autores y Editores.

El juzgador se aparta de la doctrina jurisprudencial contenida en las anteriores Resoluciones en el sentido de admitir prueba en contrario de la presunción «*iuris tantum*» a favor de las entidades de gestión colectiva de derechos de autor¹⁷²; sino que aplica una ponderación en la carga probatoria:

«Un adecuado reparto de la carga probatoria implica en este caso, que al demandado le corresponde tan sólo destruir la presunción favorable a la actora.»

¹⁷¹http://www.internautas.org/archivos/sentencia_metropoli.pdf

¹⁷²doctrina jurisprudencial que, como veíamos, exige al demandado acreditar que le han sido cedidos los derechos por titulares no adscritos a la SGAE.

Si bien las «soluciones» importadas del mundo anglosajón encuentran difícil acomodo en nuestro sistema legal, existe una voluntad política real de llevar a cabo modificaciones legislativas; y así **Juan Carlos Rodríguez Ibarra**¹⁷³, manifestó en el seno del **III Congreso Internacional de Software Libre** que lideraría una modificación de la L.P.I. para que ésta legalizara **las licencias libres** (entendidas éstas como autorizaciones unilaterales), y que ha cristalizado en la Proposición de Ley para su remisión a la Mesa del Congreso de los Diputados (PLEC-3), sobre modificación del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, de forma que se reconozca al autor el derecho de explotación de su obra bajo las denominadas licencias libres; formulada por el Grupo Parlamentario Socialista (PSOE-Progresistas) (R. E. nº 23.230), que propone la modificación del **artículo 17 L.P.I.** en los siguientes términos:

"2. A estos efectos y en el entorno digital, se reconoce al autor de la obra la posibilidad de poner a disposición del público sus creaciones mediante las denominadas licencias libres, entendiendo por tales las que posibilitan la cesión de sus obras para los usos que consideren adecuados, que se extenderán desde usos eminentemente restrictivos de la obra, hasta decidir que pase automáticamente a dominio público".

¹⁷³Presidente de la Junta de Extremadura.

ColorIURIS | una propuesta de equilibrio

«Demonizar el impacto de la blogosfera sobre los derechos de autor es tan contraproducente como trivializarlo. Se ha popularizado a pasos agigantados y no se libra de caer, como no lo ha hecho ningún otro proceso que involucre altísimos progresos tecnológicos y su impacto sobre la sociedad, en vacíos jurídicos y contradicciones regulativas que a la larga podrían entorpecer su consolidación.»

Ricardo Barrera

Revista PC Actual - número 180

Estamos asistiendo en el ámbito del Derecho privado a la estandarización de soluciones jurídicas al servicio de los poderes económicos; un derecho de frontera, casuístico y diseñado a medida de las grandes corporaciones cuyo paradigma es la LICENCIA y LOS CODIGOS DE CONDUCTA. Herramientas jurídicas de los monopolios en las que el instituto del consentimiento cede en favor de las veleidades del predisponente, a quien se le confiere todo poder de decisión, y que tiene como «aliado» la exención de responsabilidades en la prestación de bienes y servicios.

La normativa sobre derechos de autor se ha convertido en vergonzoso paradigma de la perversión de la ley; una normativa que nació como garante de los derechos de los creadores ante los intermediarios «*culturales*» es utilizada en los albores del siglo XXI, - en un medio que no precisa de ellos - por los intermediarios culturales como un arma contra los creadores y contra la Sociedad.

A esta situación ha contribuído sobremanera la legislación casuística de la «*Copyrighth Act*» al tratarse de un corpus jurídico que, abandonando los derechos morales de autor, se preocupa - fundamentalmente - de regular el «*derecho de copia*» y el resto de los derechos patrimoniales de los derechohabientes, que ya no son los autores, sino los intermediarios culturales.

La inseguridad jurídica, por tanto, es palmaria tanto desde el punto de vista del autor que, a priori, está renunciando a sus derechos morales (y sólo por ello ya convierte al documento jurídico en nulo de pleno derecho a los ojos del «*ius civile*»), sino - también - respecto del usuario de esos contenidos, que no tiene ninguna garantía de que la autorización (licencia) pueda ser modificada o incluso suprimida del sitio web del autor, o de aquel objeto de reenvío.

ColorIURIS nació con la (pretenciosa) ambición de dar solución a la inseguridad jurídica expuesta a partir de otra herramienta jurídica válida en ambos sistemas jurídicos; el «*common law*» y el «*civil law*» (pero pensado - en principio - para los autores sometidos al sistema continental de derechos

de autor): **el contrato** que precisa para ser considerada ley entre las partes de tres elementos configuradores:

- a)** objeto cierto (el derecho que se cede)
- b)** causa lícita (la mera liberalidad del titular de los derechos o Vgr., la enajenación ajustada a Derecho)
- c)** consentimiento libre e informado.

No negaremos que el estado de la tecnología determina las herramientas jurídicas que pueden ponerse al servicio de la Sociedad Red, y que la licencia ha constituído, hasta hace bien poco tiempo, la única a nuestro alcance para regular las relaciones en Internet; sin embargo en la **Web 2.0** las herramientas informáticas permiten dotarnos de otra más compleja técnica y jurídicamente hablando: el contrato, como expresión inequívoca del consentimiento de las partes, y donde la decisión está a ambos lados del negocio jurídico; o, según la terminología utilizada por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual¹⁷⁴, **acuerdo de licencia**¹⁷⁵.

ColorIURIS es una herramienta jurídico-informática que, a partir de unos contratos tipo de cesión de derechos elaborados conforme a la legislación de derechos de autor de cada país (a la hora de redactar estas líneas son 23 los países y 230 los contratos; diez por país), permite prestar el consentimiento a las dos partes implicadas en el uso de unos contenidos en línea, el titular de los derechos y el usuario de los

¹⁷⁴W.I.P.O. (<http://www.wipo.int>)

¹⁷⁵contrato celebrado entre el titular de los derechos de autor y un tercero para la cesión de derechos patrimoniales.

contenidos; de tal forma que ambas partes conservan copia del contrato de cesión y tienen constancia del documento jurídico, de la url a la que afecta la cesión de los derechos, y de la fecha y hora de perfeccionamiento del contrato, con la garantía añadida – para ambos – de que las manifestaciones voluntad de las partes quedan depositadas en el servidor seguro de un tercero de confianza elegido por el titular de los derechos en el momento de la contratación.

La cesión de derechos | licencias contractuales

6.1.- La cesión de derechos | licencias contractuales

El derecho de obligaciones y contratos, al igual que ocurre en materia de derechos de autor, responde a diferentes principios en el «common law» y en el «civil law».

Como nos recuerda Vazquez de Castro¹⁷⁶:

«Por influencia del Derecho canónico o Derecho intermedio la base sobre la cual se fundamenta el derecho contractual del «Civil Law» es una base moral.

*La fuerza obligatoria del contrato se construye sobre la doctrina del «**pacta sunt servanda**» o lealtad a la palabra dada, que deriva en un consensualismo puro. Precisamente, por seguir esta doctrina se tiende a atemperar su aplicación indiscriminada a través de la idea de causa. La causa sería el elemento estructural del contrato que condicionaría la obligatoriedad del contrato a que los contratantes se sujetaran tanto a la ley como a la moral como límite de sus promesas y prestaciones.*

Esta concepción se opone a la concepción eminentemente económica en la que se basa el derecho contractual Inglés. En Inglaterra la Reforma protestante anglicana consigue postergar o eliminar el Derecho canónico.

¹⁷⁶«LOS CONTRATOS ILEGALES EN EL COMMON LAW».

*En el Common Law la obligatoriedad de los contratos no se basa en la máxima «pacta sunt servanda» sino en la **consideration**. La consideration fundamenta el vínculo obligatorio en la concepción de que una promesa o prestación únicamente es legalmente eficaz si a cambio de ella se ofrece una contraprestación que la ley reconoce como apreciable (valuable consideration) o se realiza una forma legalmente determinada (V.gr. Under seal).*

Es decir, es en los contratos puramente consensuales (simple o "parol" contracts y contracts made by deed) donde se establece como requisito la consideration. En estos casos se puede concebir la consideration como quid pro quo, como lo que el contrayente va a obtener por su contrato. Por lo tanto, en el Common law no se parte del principio inicial de que cualquier acuerdo de voluntades es jurídicamente obligatorio.»

Así, en el derecho civil («civil law») el contrato – también, por extensión, el contrato telemático – requiere el concurso de tres requisitos; objeto, causa y consentimiento (en el mismo sentido, «ad exemplum», con Loredó Álvarez¹⁷⁷ la legislación mexicana).

¹⁷⁷ «Cabe recordar que en nuestro derecho positivo mexicano, convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones, y los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derecho toman el nombre de contratos. Para la existencia del contrato se requiere el consentimiento de las partes y que el objeto pueda ser lícito y existir en el comercio. Cuando el objeto de esos derechos y obligaciones incide en dar, hacer o no hacer algunas de las modalidades de los bienes o servicios informáticos, pueden hablarse de contratos o convenios informáticos.»

Por su parte en el «common law» se acepta como fuente de obligaciones la sola expresión de la voluntad unilateral¹⁷⁸ a diferencia de los Estados de tradición jurídica latina.

Toda la doctrina científica, sin fisuras, entre los que citaremos a Albaladejo, Lacruz Berdejo, Lete del Río, Díez-Picazo y Xavier O'Callaghan, coinciden de forma unánime en que las declaraciones unilaterales de voluntad NO son fuente de obligaciones.

Las **licencias contractuales** en el ámbito de la propiedad intelectual – no confundir con «licencias» o autorizaciones unilaterales – participan de la naturaleza jurídica del contrato de adhesión (de amplia aceptación en los sectores bancario y asegurador) que es aquel en el que una parte, el predisponente, pone a disposición del público en general un contrato – no negociable – para su aceptación personal (uno a uno).

Por un lado, el concepto «licencia» en nuestro derecho hace referencia a una concesión administrativa/cesión unilateral como, por ejemplo, una licencia de caza. No hay contrato sino con el consentimiento de los contratantes; artículos 1261 y 1262 del código civil español.

¹⁷⁸ La nueva «lex mercatoria de la que nos habla Julio César Rivera en La recodificación – un estudio de derecho comparado»

«Artículo 1261.

No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

- 1. Consentimiento de los contratantes.*
- 2. Objeto cierto que sea materia del contrato.*
- 3. Causa de la obligación que se establezca.»*

«Artículo 1262.

El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.

Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.

En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación.»

Normativa que se complementa entre otras normas – aunque no exclusivamente – por lo dispuesto en la Ley de Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, Ley 34/2001 (**LSSICE**).

«Artículo 23. Validez y eficacia de los contratos celebrados por vía electrónica.

1. Los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez.

Los contratos electrónicos se registrarán por lo dispuesto en este Título, por los Códigos Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial.

2. Para que sea válida la celebración de contratos por vía electrónica no será necesario el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos.

3. Siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico.

4. No será de aplicación lo dispuesto en el presente Título a los contratos relativos al Derecho de familia y sucesiones.

Los contratos, negocios o actos jurídicos en los que la Ley determine para su validez o para la producción de determinados efectos la forma documental pública, o que requieran por Ley la intervención de órganos

jurisdiccionales, notarios, registradores de la propiedad y mercantiles o autoridades públicas, se registrarán por su legislación específica.»

«Artículo 24. *Prueba de los contratos celebrados por vía electrónica.*

1. La prueba de la celebración de un contrato por vía electrónica y la de las obligaciones que tienen su origen en él se sujetará a las reglas generales del ordenamiento jurídico y, en su caso, a lo establecido en la legislación sobre firma electrónica.

2. En todo caso, el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental.»

El Tribunal Supremo ha establecido que en si misma, la oferta de contrato no produce obligación (STS de 11 de marzo de 1988), **pero si cuando va seguida de aceptación**, produciéndose, con la concurrencia de consentimiento, el contrato; es decir, el contrato de cesión de derechos **ColorIURIS** se perfecciona en el momento de la aceptación; y habrá tantos contratos como aceptantes.

Tanto en España (la doctrina de los contratos de adhesión) como en el sistema anglosajón (los «*standardized mass contracts*») u otros países de tradición jurídica continental (los AGB alemanes), se ha discutido si sus peculiaridades frente a la autonomía de la voluntad (no confundamos contrato

unilateral con voluntad unilateral) desposeían a esta figura de su condición de contrato.

Mientras algunos autores (como Saleilles) mantuvieron que no se trataba de contratos, la mayoría (**hoy la totalidad de la doctrina**) consideraron que la naturaleza de estos acuerdos era la de auténticos contratos, ya que la adhesión implica el consentimiento. Concurriendo dos declaraciones de voluntad coincidentes, se está ante un consentimiento contractual, y no ante una yuxtaposición de dos actos unilaterales.

De acuerdo al **Tratado de Roma**, en su **artículo 249**, una directiva de la Comunidad Europea «*obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse*», lo cual fue incorporado al derecho Español mediante el Acta de Adhesión de España a las Comunidades Europeas del 25 de junio de 1985, y mejor explicada en la Ley 47/1985, de 27 de diciembre, de bases de delegación al Gobierno para la aplicación del Derecho de las Comunidades Europeas.

Así, la **Directiva 2000/31/CE** sobre el comercio electrónico, a la que nos hemos referido «*ut supra*», establece que:

«34) Todo Estado miembro debe ajustar su legislación en cuanto a los requisitos - y, especialmente, los requisitos formales- que puedan entorpecer la celebración de contratos por vía electrónica. Se debe

examinar de forma sistemática qué legislaciones necesitan proceder a dicho ajuste y este examen debe versar sobre todas las fases y actos necesarios para realizar el proceso contractual, incluyendo el registro del contrato.

El resultado de dicho ajuste debería hacer posibles la celebración de contratos por vía electrónica. El efecto jurídico de la firma electrónica es objeto de la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco común para la firma electrónica(24). El acuse de recibo expedido por un prestador de servicios puede consistir en suministrar en línea un servicio pagado.

(35) La presente Directiva no afecta a la posibilidad que tienen los Estados miembros de mantener o establecer regímenes jurídicos específicos o generales en materia de contratos que pueden cumplirse por vía electrónica, en particular los requisitos en relación con la seguridad de las firmas electrónicas.

(36) Los Estados miembros pueden mantener restricciones para el uso de los contratos electrónicos en lo que se refiere a los contratos que requieran, por ley, la intervención de los tribunales, las autoridades públicas o las profesiones que ejerzan una función pública. Esta posibilidad se aplica también a los contratos que requieren la intervención de los tribunales, autoridades públicas o profesiones que

ejerzan una función pública para surtir efectos frente a terceros, así como también a los contratos que requieran, por ley, la certificación o la fe pública notarial.

(37) La obligación de los Estados miembros de suprimir los obstáculos por la celebración de los contratos electrónicos se refiere sólo a los obstáculos derivados del régimen jurídico y no a los obstáculos prácticos derivados de la imposibilidad de utilizar la vía electrónica en determinados casos.

(38) La obligación de los Estados miembros de suprimir obstáculos para la celebración de contratos por la vía electrónica debe realizarse con arreglo al régimen jurídico relativo a los contratos consagrado en el Derecho comunitario.»

ColorIURIS cumple los requisitos de CAUSA, OBJETO y CONSENTIMIENTO; así como las directivas comunitarias en materia de contratación electrónica, derecho de consumidores y usuarios y protección de datos (y sus trasposiciones al ordenamiento jurídico español); que es la normativa que nos afecta atendido el domicilio social de ColorIURIS, A.I.E., entidad sin ánimo de lucro para sí misma titular del sistema.

El sistema | colores de autor

Destinado **a los creadores de contenidos**

Para quienes utilizan Internet para su difusión, publicación y/o puesta a disposición que quieran ceder los derechos patrimoniales de sus creaciones dentro y fuera de la red y para quienes unicamente decidan servirse de Internet para facilitar la cesión de derechos sobre obras publicadas fuera de la red; preservando, en ambos casos los derechos morales de los autores.

El sistema ColorIURIS elabora licencias contractuales personalizadas a partir de los datos introducidos por los titulares de los derechos en el formulario de redacción del texto; la información que debe facilitar el titular (futuro cedente) son el país de origen – entre los 23 que integran el sistema – el tipo de contenido sobre el que desea definir la política de derechos de autor, la url donde se encuentra alojado el contenido; el **ámbito temporal** de las cesiones de derechos (ésto es, durante cuanto tiempo cede los derechos a terceros) , que varía entre un mínimo de un año y un máximo que queda establecido por la duración de los derechos patrimoniales; y el **ámbito geográfico de aplicación** de la cesión de derechos, por países o mundial. De esta manera, es posible aplicar diferentes contratos **ColorIuris** en distintos países para la misma obra cultural.

La herramienta está desarrollada para que cualquier titular de derechos sin conocimientos en derechos de autor

pueda definir el alcance de la cesión; No obstante la facilidad de identificación a partir del código semafórico, el autor no ha de decidir «a priori» que «color» prefiere; sino que el contrato elegido viene dado por las respuestas (tres) al formulario de selección del contrato.

Una vez que el autor elige las cláusulas de contrato para su obra, el sistema ColorIuris genera instantáneamente un **contrato completo** con todas las cláusulas (que podrá revisar y – si lo desea – modificar) , que el usuario puede adjuntar a su obra.

En **ColorIURIS** las diferentes **licencias contractuales** se identifican con colores; informando rápidamente al visitante de un sitio web de la política de derechos de autor que ha establecido el propietario del mismo.

El significado de los colores no solamente depende del pantone, sino también de su situación. Así pues, los iconos están formados por tres partes diferenciadas:

El icono informa de lo que pueden hacer con tus creaciones.
a y **b** pueden tomar colores rojo, amarillo, verde y azul.



- **a.** ¿Se puede transformar la obra?
- **b.** ¿Se puede reproducir, comunicar y distribuir la obra?

Veamos un ejemplo:



- **a.** No permite obras derivadas (**rojo**).
- **b.** permite la reproducción, distribución y comunicación pública con o sin ánimo de lucro (**verde**).

Este logotipo consta de dos partes (**a** y **b**). La primera parte informa acerca de la política de **cesión del derecho de transformación**, y la segunda informa sobre de la política de **cesión de los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública**. Ambas áreas juntas indican la política de protección de derechos que establece el contrato utilizando un código de colores que incluye el **rojo, amarillo, verde y azul**.

En el caso de la cesión de los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública (**área b**) existen dos opciones:

- **Con o sin animo de lucro:** color **verde**.
- **Sin animo de lucro:** color **rojo**.

En el caso de la cesión del derecho de transformación (**área a**) podemos elegir entre:

- Color **rojo**, que es el más restrictivo de todas, ya que no permite que otros autores tomen esta obra, la transformen y generen una **obra derivada**.

- Color **amarillo**, que permite la transformación para uso **no comercial (sin ánimo de lucro)** de la obra y **permite obras derivadas**.

- Color **verde**, que es el que más libertades otorga a los usuarios de la obra ya que permite **realizar obras derivadas**, para usos comerciales y no comerciales.

· Color **azul** tiene un significado especial e indica que el autor incluye una cláusula que obliga a ceder en los mismos términos cualquier obra derivada (**cesión en cadena**). De este modo, cuando el **área a (derecho de transformación)** sea verde o amarillo e incluya cesión en cadena: el resultado será azul.

Colores especiales

Todos los contratos siguen estas reglas a excepción de los contratos azul (áreas a y b) y amarillo (áreas a y b):

- **Azul total** significa cesión de los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación **con o sin ánimo de lucro** así como **cesión en cadena**.

- **Amarillo total** significa cesión de los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación **sin ánimo de lucro** (usos no comerciales) y **cesión en cadena**.



Permite la reproducción, distribución y comunicación pública siempre que se haga **sin ánimo de lucro**.

No permite obras derivadas.



Permite la reproducción, distribución y comunicación pública **con o sin ánimo de lucro**.

Permite la realización de **obras derivadas** para **usos comerciales y no comerciales**.



Permite la reproducción, distribución y comunicación pública siempre que se haga **sin ánimo de lucro**.

Permite la realización de **obras derivadas** para **usos no comerciales**; siempre y cuando la obra derivada se ceda en las mismas condiciones en las que se recibió (**cesión en cadena**).



Permite la reproducción, distribución y comunicación pública **con o sin ánimo de lucro**.

Permite la realización de **obras derivadas** para **usos comerciales y no comerciales**; siempre y cuando la obra derivada se ceda en las mismas condiciones en las que se recibió (**cesión en cadena**).



Permite la reproducción, distribución y comunicación pública siempre que se haga **sin ánimo de lucro**.

Permite la realización de **obras derivadas** para **usos comerciales y no comerciales**.



Permite la reproducción, distribución y comunicación pública, siempre que se haga **sin ánimo de lucro**.

Permite la realización de **obras derivadas** para **usos comerciales y no comerciales**; siempre y cuando la obra derivada se ceda en las mismas condiciones en las que se recibió (**cesión en cadena**).



Permite la reproducción, distribución y comunicación pública siempre que se haga **sin ánimo de lucro**.

Permite la realización de **obras derivadas** para **usos no comerciales**.



Permite la reproducción, distribución y comunicación pública **con o sin ánimo de lucro**.

No permite obras derivadas.



Permite la reproducción, distribución y comunicación pública **con o sin ánimo de lucro**.

Permite la realización de **obras derivadas** para **usos no comerciales**.



Permite la reproducción, distribución y comunicación pública **con o sin ánimo de lucro**.

Permite la realización de **obras derivadas** para **usos no comerciales**; siempre y cuando la obra derivada se ceda en las mismas condiciones en las que se recibió (**cesión en cadena**).

Una vez escogido el tipo de licencia contractual que definirá la política de derechos de autor del contenido (bitácora, libro, fonograma ... etc) el titular puede elegir un depositario del contrato de adhesión que pondrá a disposición de los usuarios. Este depositario, denominado **tercero de confianza**, custodiará la licencia contractual y las sucesivas aceptaciones al mismo, aplicando un sellado de tiempo a los contratos celebrados para, llegado el caso y a solicitud de cualquiera de las partes contratantes, emitir un certificado papel, firmado y sellado, que acredite la realidad del contrato celebrado y la fecha del mismo.

Una vez finalizado todo el proceso – apenas unos minutos – se pone a disposición del titular un código que el titular insertará en el sitio web donde tenga alojada su bitácora y/o el contenido digital.

La licencia contractual, o acuerdo de licencia, (contenida en el código) no se activará hasta que así lo decida el titular de los derechos y el sistema verifique que se insertó en la url definida por el titular; este doble control aporta seguridad jurídica al sistema.

En el último paso, potestativo, se solicita al titular el registro en el sistema y se le ofrece un panel de usuario desde el que podrá modificar el tipo de licencia contractual o, si es su deseo, cancelar la ya existente; así como verificar las aceptaciones a su política de derechos de autor.

ColoriURIS también está pensado para obras que no están accesibles a través de Internet. Para esos supuestos, el proceso – similar al expuesto – termina facilitando al titular una url a la que podrán acceder quienes quieran hacer uso de su obra, desde la que podrá formalizarse la aceptación «*on line*» a la licencia contractual escogida.

Destinado **a los usuarios de contenidos ajenos.**

Cuando un usuario acepta una licencia contractual coloriuris recibe en su dirección de correo-e una copia del contrato suscrito y, si el titular de los derechos ha definido un depositario del contrato¹⁷⁹, habrá una copia depositada, con sellado de tiempo, y el usuario podrá solicitar un certificado de la realidad del contrato celebrado; de esta forma los usuarios de buena fé no pueden verse perjudicados por una actuación arbitraria del titular de los derechos.

El certificado se emitirá aunque el titular cancele su licencia contractual o retire el enlace y/o el código de su sitio web.

ColorIURIS son **licencias contractuales**¹⁸⁰; ello implica que el contrato es «**ley entre las partes**» en los términos pactados, y durante el tiempo definido en el texto predispuerto por el titular (cedente) y aceptado por el usuario (cesionario); y ello con independencia de que, con posterioridad

¹⁷⁹Tercero de confianza

¹⁸⁰En términos de la O.M.P.I., como vimos en el capítulo 5, acuerdo de licencia.

a su celebración, el titular de los derechos decidiera cancelarlo o modificar las condiciones.¹⁸¹

Para el usuario final, la identificación de las cesiones se completa con el tooltip que expresa en dos frases un resumen del **acuerdo de licencia** (contrato de cesión de derechos) y que puede visualizarse – para obras alojadas en la web – al pasar el ratón del ordenador por encima del icono.



Contrato Coloriuris Rojo:



PERMITE la **reproducción, distribución y comunicación pública** siempre que se haga **sin ánimo de lucro**

y NO PERMITE **obras derivadas**

[Pinche para ver el texto del contrato »](#)

¹⁸¹que vincularían a los posteriores aceptantes, pero no a quien suscribió el contrato con las condiciones previas.

CONCLUSIONES

7.- Conclusiones.-

PRIMERA.- Existe una tensión a nivel internacional entre los titulares de derechos de autor y los usuarios de la cultura que se ha acentuado con el advenimiento de Internet.

SEGUNDA.- La respuesta que se ha dado hasta el momento desde la industria cultural, y conforme a las normas del «*copyright*», es insatisfactoria por que conculca los derechos de los beneficiarios por los límites y excepciones a los derechos de autor, el derecho a la intimidad y a la autodeterminación informativa, y la libre circulación y acceso a la información y a la cultura que se predica en los Estados regidos por el «*ius civile*».

TERCERA.- La respuesta mediante la utilización de «*herramientas jurídicas*» creadas a partir de la tradición jurídica del «*common law*» conculca la legislación sobre derecho de autor de los Estados regidos por el «*ius civile*»; convirtiéndolas en inocuas (en el mejor de los casos) para nuestro ordenamiento jurídico.

CUARTA.- La respuesta a las tensiones expuestas debe venir del equilibrio entre dos derechos de la personalidad enfrentados en los términos del artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; tal como se expresó en la «*Declaración de Zaragoza*» en el seno del I Congreso Iberoamericano Bitácoras y Derecho, celebrado en la ciudad de Zaragoza los pasados 4, 5 y 6 de junio de 2006¹⁸².

¹⁸²<http://www.bitacorasyderecho.com/CongresoZaragoza/Declaraci%f3nDeZaragoza>

QUINTA.- Para alcanzar la necesaria seguridad jurídica es preciso – en los Estados Miembros de la Unión Europea¹⁸³ - desarrollar las herramientas jurídicas que permitan el equilibrio con respeto a la normativa sobre derechos autor, protección de datos de carácter personal, contratación electrónica y derecho de los consumidores y usuarios; con respecto al principio de libre circulación de la información y la cultura.

¹⁸³Y por extensión en aquellos que, desde la tradición romano-germánica inspiran sus legislaciones nacionales en el acervo comunitario.

bibliografia

Bibliografía, y fuentes consultadas.-

- « Elementos de Derecho Civil » – 2ª edición - 1985 | Lacruz Berdejo
- « *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* » | Rodrigo Bercovitz
- Rodríguez Cano.
- « La reforma de la copia privada en la Ley de Propiedad Intelectual », Ignacio Garrote Fernández. Editorial Comares - Granada 2.005
- « Derechos de propiedad intelectual e Internet | materiales para un debate informado ». Meritxell Roca – Barcelona 2007
- « CONCEPTO Y DERECHOS DE LA *PERSONALIDAD* » - Emilio Eiranova Encinas.
- « LOS CONTRATOS ILEGALES EN EL COMMON LAW » | Vazquez de Castro.
- « Derechos morales, concepto y relevancia » | Loredó Álvarez (México – 2006).
- « La recodificación – un estudio de derecho comparado » | Julio César Rivera
- Luis Ferrer. NOMINALIA (1998)
- Proyecto « sello de legalidad sdint- reicaz para el mercado digital español » (varios autores – Zaragoza 2004 – inédito)
- « La Responsabilidad Civil de los Prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información en el Ordenamiento Jurídico Español » | Pedro J. Canut – Zaragoza 2001 (inédito).
- « Normativa europea de interés para el Abogado » | coordinado por Ana Isabel Giméno Ferrer – Zaragoza 2005 (inédito).

- Declaración Universal de los Derechos Humanos – 1948
- Tratado de Roma, de 25 de marzo de 1957.
- Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de septiembre de 1886, completado en PARÍS el 4 de mayo de 1896, revisado en BERLÍN el 13 de noviembre de 1908, completado en BERNA el 20 de marzo de 1914 y revisado en ROMA el 2 de junio de 1928, en BRUSELAS el 26 de junio de 1948, en ESTOCOLMO

el 14 de julio de 1967 en PARIS el 24 de julio de 1971 y enmendado el 28 de septiembre de 1979.

- . (WCT) adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996.
- . (WPPT) adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996.
- . ADPIC (Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio; es el anexo 1C del Convenio por el que se crea la Organización Mundial del Comercio firmado en 1994).
- . Constitución de los Estados Unidos de América del Norte.
- . Constitución Española de 1978.
- . Recomendación de 18 de mayo de 2.005 de la Comisión Europea (D.O.C.E. de 21 de octubre).
- . Informe 327/2003 elaborado por la Agencia Española de Protección de Datos.
- . Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la Información.
- . Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1.999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica (DOCE nº L 13 de 19.1.2000).
- . Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de éstos datos (DO L 281 de 23.11.1995)
- . Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio.
- . Directiva 97/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones, derogada por la Directiva 2002/58/CE, de 12 de julio.
- . Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1.997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. Declaración del Consejo y del Parlamento

Europeo sobre el apartado 1 del artículo 6. Declaración de la Comisión sobre el primer guión del apartado 1 del artículo 3. DOCE nº L 144 de 04/06/1997.

-. Directiva 2.001/29/CE, del parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2.001.

-. Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2.002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. DOCE nº L 108, de 24/04/2.002.

-. Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2.002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas. DOCE nº L 201 de 31/07/2002.

-. Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2.004.

-. Directiva 98/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de julio, que añade un nuevo punto 2) al artículo 1 de la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio.

-. Reglamento (CE) nº 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos. DOUE nº L 296 de 21/09/2.004.

-. DOCE nº L 320 de 28/11/1998, relativa a la protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basados en dicho acceso.

-. DOCE nº C 043 de 16/02/2002, relativa a un enfoque común y a acciones específicas en materia de las redes y de la información.

-. DOCE nº L 108 de 24/04/2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

-. DOCE nº L 201 de 31/07/2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas)

- DOCE nº L 289, de 16/11/2000.
- DOCE nº L 175, de 15/07/2003.
- DOCE nº L 281, de 23/11/1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.
- Decisión del Consejo de 13 de diciembre de 2.004, por la que se adoptan las normas de desarrollo del
- Decisión 2002/16/CE de la Comisión, de 27 de diciembre de 2.001, relativa a las cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a los encargados del tratamiento establecidos en terceros países, de conformidad con la Directiva 95/46/CE. DOCE nº L 006, de 10/01/2002.
- Decisión 2004/5271, de la Comisión Por la que se aprueban nuevas cláusulas tipo para transferencia de datos a terceros países.
- Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo de 21 de noviembre de 2.003.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 8 de octubre de 1.997: «El fomento de la seguridad y la confianza en la comunicación electrónica: hacia un marco europeo para la firma digital y el cifrado».

- Ley 34/2002, de 11 de julio de Servicios de Sociedad de la Información y Comercio Electrónico.
- Ley 23/2006, de 7 de julio.
- Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (BOE núm. 264, de 4 de noviembre. [RCL 2003, 2593])
- Ley 32/2.003, de 3 de noviembre.
- Ley 59/2.003, de 19 de diciembre, de firma electrónica (BOE 304 de 20/12/2003).
- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, que regula la protección de datos de carácter personal (B.O.E. nº 298, de 14 de diciembre [RCL 1999, 3058]).

- Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de telecomunicaciones | B.O.E. núm. 264, de 4 de noviembre [RCL 2003, 2593].
- Real Decreto 1.906/1.999, de 17 de diciembre, Por el que se desarrolla el artículo 5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.
- Ley 47/2002, de 19 de diciembre De reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE, en materia de contratos a distancia, y para la adaptación de la Ley a diversas Directivas comunitarias. BOE 304, de 20/12/2002.
- Proposición de Ley para su remisión a la Mesa del Congreso de los Diputados (PLEC-3), sobre modificación del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, de forma que se reconozca al autor el derecho de explotación de su obra bajo las denominadas licencias libres; formulada por el Grupo Parlamentario Socialista (PSOE-Progresistas) (R. E. nº 23.230).
- LOI belge relative au droit d'auteur et aux droits voisins.

- Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 10 de mayo de 2004, dictada en Expte. A 334/03.
- S.T.C. 254/1993, de 20 de julio.
- S.T.C. 292/2.000, de 30 de noviembre.
- STS de 11 de marzo de 1988.
- Sentencia de 24-01-05 dictada por el Juzgado de lo Penal nº3 de Valladolid.
- Sentencia núm. 612/2005, de 29 de noviembre, dictada por la Sección Primera de Ilma. Audiencia Provincial de Pontevedra en recurso 3008/2005.
- Sentencia núm. 142/2006, de 10 de julio del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante.
- Sentencia núm. 15/2006, de 17 de febrero, dictada por el Juzgado de Primera Instancia SEIS, de los de Badajoz.

- « La Responsabilidad Civil en Internet » | por Carlos Sanchez Almeida. Ponencia presentada en el XIII Congreso de Responsabilidad Civil, organizado por la Comisión de Abogados de Entidades Aseguradoras y Responsabilidad Civil del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.
- Conferencia de Hernando de Soto en el Paraninfo de la Universidad de Zaragoza (octubre 2.004)
- Diario EL PAIS, 10 de marzo de 2007.
- Diario La Vanguardia, de 8 de agosto de 2006.

<http://www.blogespierre.com>

<http://www.coloriuris.net>

<http://bufetalmeida.com>

<http://www.juriscom.net/documents/tgiparis20051208.pdf>

<http://www.dominiuris.com>

<http://www.diarioti.com/gate/n.php?id=11651>

<http://www.youtube.com>

<http://www.elmundo.es>

<http://derechoynormas.blogspot.com>

<http://www.fsfla.org/?q=es/node/99>

<http://www.kriptopolis.org/node/1320>

<http://www.lavanguardia.es/lv24h/20060808/51279065485.html>

<http://www.ipm.com.pe/glosarionave.htm>

<http://es.wikipedia.org/wiki/Hacker>

<http://www.free-culture.cc/freeculture.pdf>

<http://www.fundacioncopyleft.org/>

<http://artlibre.org/>

<http://www.costozero.org/>

<http://www.creativecommons.org>

<http://www.wipo.int>

http://www.internautas.org/archivos/sentencia_metropoli.pdf

<http://www.bitacorasyderecho.com/CongresoZaragoza/Declaraci%3nDeZaragoza>

http://www.interiuris.com/blog/wpcontent/uploads/Creative_Commons_APPO.pdf

http://www.orsai.es/2006/12/estaba_en_internet_y_yo_lo_cogi_de_ahi.php

http://www.lavozdegalicia.es/ed_vigo/noticia.jsp?CAT=111&TEXTO=5569544

http://www.comunicacioncultural.com/archivos/2007/02/nace_una_red_co.html

<http://www.consumer.es/web/es/tecnologia/internet/2006/04/10/150884.php>

Este libro electrónico se acabó de editar en la I.C. de Zaragoza
el cinco de abril de 2007.

Indice.-

- Prólogo del autor.....pág. 9
- Tensionespág. 11
 - Redes de pares.....pág. 19
 - Plagio.....pág. 29
 - Sistemas anticopia.....pág. 55
- Aproximación histórica al «ius civile».....pág. 61
- Los Tratados Internet.....pág. 67
- Normativa de la U.E. En el ámbito digital.....pág. 81
- Cultura libre.....pág. 107
 - Soluciones «copyleft».....pág. 115
 - Crítica desde el sistema latino.....pág. 121
- ColorIURIS | propuesta de equilibrio.....pág. 133
 - Cesión de derechospág. 139
 - El sistema | colores de autorpág. 151
- Conclusionespág. 163
- Bibliografíapág. 167