

SOPORTE DIGITAL, AUTORÍA E INDUSTRIA CULTURAL (*)

ANDRÉS BOIX PALOP
GUILLERMO LÓPEZ GARCÍA

Universitat de València-Estudi General de València

A. LA INFORMACIÓN COMO NEGOCIO Y LA NOTICIA COMO PATRIMONIO: a) *Derechos de autoría sobre los contenidos informativos*. b) *Monopolios sobre lo noticiable e interés del público en la libre circulación de noticias*.—B. LA COPIA DIGITAL EN UNA SOCIEDAD CONECTADA: a) *Copia legal y copia ilegal*. b) *Copia y derechos de uso*. c) *La noción clásica de autoría, frente a la creación colectiva*. d) *Transformación innovadora, copias, patentes...*—C. IMPACTO EN LA ESTRUCTURA ECONÓMICA DEL MERCADO CULTURAL Y PROBLEMAS EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA: a) *La reacción de la industria cultural*. b) *Adaptación de la estructura de negocio en el mercado de la información: restricciones y prácticas anticompetitivas*.

RESUMEN

La generalización del formato digital, así como la irrupción de Internet como soporte alternativo para la transmisión de informaciones y opiniones o la comercialización de productos culturales, ha alterado de manera notable tanto los mercados de la comunicación como la industria cultural. Frente a la aparición de nuevos com-

(*) Este trabajo se enmarca dentro de las labores de investigación que ambos llevamos a cabo en el seno del Proyecto de Investigación «Autoría y contenidos en la Red» (GV04A-331), financiado por la Generalitat Valenciana a través de su convocatoria de *Ayudas para acciones de Investigación* de 2004-2005 (*Ajudes per a projectes d'investigació científica i desenrotllament tecnològic*), de cuyo equipo de investigadores ambos autores formamos parte.

petidores, los agentes económicos tradicionalmente asentados en esos mercados han empleado una serie de barreras de tipo jurídico en ocasiones manifiestamente abusivas y en otras de difícil compatibilización con la exigible labor pública de garantizar un marco respetuoso con valores constitucionales como la protección de la libertad de expresión y la potenciación del pluralismo.

Palabras clave: Internet, Pluralismo, Libertad de expresión, Propiedad intelectual. Autoría, Copia digital.

ABSTRACT

Digitalization's extent thus as the irruption of Internet as alternative medium for the transmission of information and opinions or the commercialization of cultural products, has altered in a remarkable way as much the markets of the communication as the entertainment and culture industry. Confronted to the emergence of new competitors, the economic agents traditionally settled in those markets have biased used a great number of legal barriers occasionally in a manifestly abusive way and, when not, relying in conceptions not easy to coordinate with public principles such as the protection of the freedom of speech and pluralism promotion.

Key words: Pluralism, Internet, Copyright, Freedom of Speech, Digital copy, Authorship.

A. LA INFORMACIÓN COMO NEGOCIO Y LA NOTICIA COMO PATRIMONIO

El mercado de las ideas y de la información, así como la industria del ocio en el que en gran parte ha acabado por confluir en la actualidad, por mucho que concurren en el mismo el ejercicio y garantía de una serie de derechos fundamentales y por más que de su correcto funcionamiento dependa en buena parte el efectivo pluralismo de una sociedad, es un sector económico como otro cualquiera. Tal manifestación no genera en la actualidad mayor polémica pues constituye, a estas alturas, una inobjetable realidad económica que no puede sino ser asumida. No obstante lo cual, como se ha apuntado, afectan a la ordenación del sector consideraciones de otra índole, en la medida en que de su marco regulador dependerá la efectiva realización de valores y principios de rango constitucional tales como los desarrollos de los postulados de pluralismo y libertad de toda sociedad democrática (1). Pero más

(1) A estas consideraciones y a la afección que a esta cuestión ha supuesto la consolidación del soporte digital y de Internet dedicamos la primera parte de este trabajo, publicado en el n.º 130 de esta misma Revista, con el título «Derecho y cuarto poder en la era digital».

allá de todo ello es claro que empresas son sus principales actores y atendiendo a criterios de mercado adoptan la mayor parte de sus decisiones estratégicas. Asimismo, la misma determinación de qué contenidos ofrecer y cómo presentarlos viene condicionada por factores íntimamente vinculados a la rentabilidad exigida a la actividad. Esta realidad ha provocado que con cada vez mayor frecuencia aparezcan íntimamente ligadas, y en ocasiones inescindiblemente confundidas, consideraciones que atienden al interés público con cuestiones jurídicas relativas a la defensa de derechos estrictamente individuales.

En este orden de cosas, es cada vez más frecuente, y pasa lamentablemente inadvertida, la pretensión por parte de los medios de comunicación tradicionales de consolidar posiciones de privilegio ante la pujanza de los medios de comunicación digitales y de la competencia que suponen, moldeándose un régimen jurídico *a la carta*, en el que se alternan pretensiones y posiciones que responden a la consideración de la actividad periodística como una labor de interés público —y por ello dotada de ciertas garantías y derechos, en aras a garantizar a través de ella el pluralismo constitucionalmente deseado y la libre expresión que contribuyen al debate público—, con otras donde únicamente se atiende a la consideración de la actividad periodística como puramente mercantil —por lo que en este caso se analizan los bienes que la integran y por ella afectados desde una perspectiva estrictamente *iusprivatista* que niega la existencia de cualquier interés público en juego—. La incoherencia de tales posiciones es patente. Como obvio es que los poderes públicos y el Estado no han de ceder a la tentación de moldear el régimen jurídico de la actividad a la medida de unos medios de comunicación que cuentan en la actualidad, todavía, con una notable capacidad de influencia y que, por ello, ha de ser establecido un marco, de nuevo, equilibrado y garantista, del que se deduzcan, por supuesto, las necesarias garantías y derechos derivados de la especial posición constitucional que la realización de actividades empresariales de esta índole necesariamente conlleva, pero que también, cuando los intereses públicos en juego lo justifiquen, y precisamente por este mismo motivo, ha de cuidarse muy mucho de atender las pretensiones de estos medios de comunicación de considerar la información como una mercancía sin ninguna característica que la haga susceptible de un trato diferenciado.

a) *Derechos de autoría sobre los contenidos informativos*

Uno de los campos donde más virulentamente se está planteando esta batalla, hasta la fecha con una manifiesta dejación por parte de los Estados de

sus obligaciones como garantes de los intereses generales, es el relativo a los derechos de autor y a la redefinición misma de la noción de autoría. Ha de tenerse en cuenta, y se trata éste de un asunto también ya conocido y profusamente estudiado, que Internet y más generalmente el medio digital han eliminado muchas de, por no decir todas, las restricciones a la copia y la reproducción. En el soporte digital, por una cuestión puramente técnica, la realización de las mismas no es ni económicamente costosa ni técnicamente compleja. No sólo ello, sino que así como en la comunicación y transmisión por medios tradicionales la reproducción total o parcial de un contenido no comportaba necesariamente la realización de una copia del mismo, en el mundo digital esto no será así. De manera que cambian tanto la manera de citar o reproducir, que ahora siempre supondrán una copia —en este caso sin que haya cambio social o en los usos; donde se ha producido la transformación es sencillamente en el mecanismo técnico de reproducción—, como los mismos usos sociales, que han normalizado, facilitado y resituado en términos de aceptación y de interés público la actividad consistente en la realización de copias de ciertos bienes culturales e informativos (2). Frente a esta nueva realidad el Derecho ha reaccionado sin comprender que el modelo que hacía depender (en la mayor parte de los casos) los usos justos o injustos, gratuitos o grabados, de la utilización de una copia ni puede ni debe subsistir. Como tampoco ha integrado, al menos hasta la fecha, que la misma noción de autoría está llamada a alterarse por la irrupción de los medios digitales. En última instancia, de nuevo, será precisa una labor pública que, a partir de la modificación del marco jurídico, logre un correcto reequilibrio entre la defensa de los intereses públicos y de los privados (3). Aunque con poste-

(2) Es evidente que, en este sentido, el empleo que se pretenda dar a lo copiado o a lo reproducido ha de tener incidencia en la calificación jurídica que merezca tal actividad. O así debiera ser, a diferencia de lo que se avizora dada la reacción de quienes se ven beneficiados por un marco jurídico que toma como rasgo definidor la realización de copias más que el empleo que pretenda darse al contenido, por provenir de un momento en que aquélla era el factor determinante, sin tener en cuenta la transformación tecnológica que hemos vivido y con un evidente interés de parte.

(3) Una exposición militante y brillante de algunas de las transformaciones a que estamos asistiendo, de la instrumentalización de las mismas por parte de ciertos sectores y de la necesidad de una correcta reacción del Estado la encontramos en las obras de L. LESSIG, *The future of ideas. The fate of the commons in a connected world*, Vintage, Nueva York, 2002; y la más reciente *Free Culture. How big Media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*, Penguin, Nueva York, 2004. Esta última puede también descargarse en PDF en Internet (<http://www.free-culture.org>). En ambas obras Lessig se esfuerza en exponer las consecuencias para el bien común que tiene la aceptación de la apropiación por parte de individuos privados de lo que son creaciones de la colectividad, de una parte, y de otra,

rioridad nos dedicaremos con más atención de forma particularizada a algunos de estos problemas, nos interesa centrarnos, en primera instancia, en las pretensiones que como consecuencia de ello se derivan, en ocasiones, de apropiación del mismo contenido informativo o del relato de lo noticiable.

Desde una perspectiva más centrada en las implicaciones periodísticas, los derechos de autoría sobre la información plantean problemas respecto de nuevos modelos informativos surgidos en su actual forma y desarrollados de manera espectacular gracias a Internet. Así, muy especialmente, nos referimos a la creciente importancia de los *Press clipping*, selectores de información periodística de tipo cualitativo (4) que se dedican a escoger informaciones y opiniones de los medios de comunicación, sobre todo de los grandes medios de masas, a fin de ofrecer al lector un *menú* atractivo con los mejores contenidos del día.

en mostrar la falta de equidad subyacente a las pretensiones de regulación de la propiedad privada de las creaciones efectivamente atribuibles a algún sujeto que desconocen la realidad del interés que la colectividad tiene en su público disfrute y la posibilidad de manipular y apreciar las creaciones pasadas en ciertas condiciones o, por ejemplo, a partir de que un plazo razonable haya garantizado la justa explotación comercial de la creación en cuestión. Se trata de textos enormemente claros que, además, analizan las transformaciones tecnológicas que convierten en si cabe más injusta e inapropiada la evolución del marco jurídico. Las referencias a la segunda de estas obras serán constantes a partir de este punto en nuestro trabajo, por constituir una guía imprescindible para comprender el alcance global de la lucha de intereses públicos y privados a que nos enfrentamos.

(4) Podemos encontrar en Internet dos tipos bien diferenciados de selectores de información periodística, esto es, páginas web dedicadas a seleccionar y recopilar información proveniente de un abanico de medios de comunicación más o menos amplio. Los selectores de tipo cuantitativo (el principal de los cuales en la actualidad sería [news.google](http://news.google.com), news.google.es en su versión española) funcionan de manera muy similar a los tradicionales buscadores: el selector de información cuenta con una base de datos de diversos medios de comunicación entre los cuales el usuario puede efectuar búsquedas: según los criterios de búsqueda que marque el usuario, de la información disponible al respecto en la base de datos (en este caso bajo la forma de textos noticiosos), y de los criterios algorítmicos de búsqueda y de jerarquización empleados, aparecerán unos resultados u otros, en un orden determinado. A diferencia de los anteriores, en los selectores de información de tipo cualitativo (el más exitoso en España y el que concentrará nuestro análisis es *Periodista Digital*, www.periodistadigital.com), provenientes de los tradicionales *Press Clippings* elaborados por los gabinetes de comunicación de empresas e instituciones, la selección de informaciones relevantes es elaborada por personas, a partir de un abanico de medios de comunicación normalmente mucho menor, con el objeto de ofrecer al público un compendio completo de las informaciones más relevantes del día —en lugar de diversas informaciones en torno a sucesos concretos— y al mismo tiempo asequible (para ampliar esta cuestión véase G. LÓPEZ GARCÍA, *Modelos de comunicación en Internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 182-185).

Es importante destacar desde un primer momento que la práctica del *clipping* no es exclusiva de la Red y que ni siquiera constituye una novedad. La inmensa mayoría de las empresas e instituciones públicas, por ejemplo, cuentan en sus gabinetes de comunicación con un servicio de selección de información, sea confeccionado por empresas del sector o mediante la configuración directa de los contenidos de interés por parte del gabinete de comunicación. Sin embargo, la gran diferencia estriba en que estos servicios, aun siendo de pago, revisten carácter privado: se dirigen específicamente a un cliente concreto.

El *press clipping* desarrollado en Internet, por el contrario, se dirige al gran público, y en la inmensa mayoría de los casos es de carácter gratuito. En el caso de los medios gratuitos, el selector de información se limita a ofrecer un enlace a los contenidos del medio, esto es, el modelo seguido por los selectores de información de tipo cuantitativo, como *News Google*. Si el *clipping* se circunscribe a enlazar medios gratuitos, o medios que requieren suscripción, en principio no hay implicaciones legales dignas de generar polémicas virulentas, aunque podría argumentarse, en los casos en los que el encargado de realizar la agregación de contenidos adquiere un beneficio indirecto por esta práctica —mediante financiación publicitaria, por ejemplo—, que al fin y al cabo está lucrándose a costa de los contenidos de otro medio (5).

Sin embargo, la cuestión sufre un viraje claro cuando el *clipping* se dedica directamente a reproducir en su web artículos completos de otros medios digitales, generalmente medios que requieren suscripción o pago. Un caso paradigmático, y que ha dado lugar a una enorme controversia, es *Periodista Digital* (<http://www.periodistadigital.com>). Este selector de información periodística, nacido en 2000, ofrece en su web una serie de enlaces externos a diversas publicaciones de carácter gratuito (sobre todo, artículos de opinión), genera contenidos propios y además hasta hace bien poco reproducida con frecuencia (prácticamente todos los días) artículos provenientes de me-

(5) Véase el supuesto presentado por S. MUÑOZ MACHADO, *La regulación de la Red. Poder y Derecho en Internet*, Taurus, Madrid, 2000, pág. 213. Justamente eso es lo que argumentó la sentencia del caso del periódico escocés *Shetland Times*, de 24 de octubre de 1996. El *Shetland Times* demandó al diario digital *Shetland News* que incluía en su página enlaces directos a artículos del periódico. En la sentencia, el Tribunal dictaminó que los hipervínculos vulneraban el derecho de reproducción que ostentaba el periódico. Sin embargo, es importante señalar que la configuración de la página del *Shetland News*, al estar realizada con marcos, integraba los artículos del *Shetland Times* en el interior de la página de la web demandada, incluyendo los espacios publicitarios que había contratado. Esto es, en cierto sentido presentaba como propios contenidos ajenos, y se lucraba gracias a ellos.

dios digitales de pago, principalmente *El País* y *El Mundo*, o que requieren suscripción (sobre todo, artículos de *La Vanguardia*). Desde octubre-noviembre de 2002, cuando tanto *El Mundo* (parcialmente) como *El País* (en su totalidad, salvo los editoriales y algunos servicios) se convirtieron en medios de pago, *Periodista Digital* se dedicó a reproducir sistemáticamente los principales noticias y artículos de opinión de ambos periódicos, y lo mismo ocurriría con *La Vanguardia*. Las diversas acciones legales y presiones de todo tipo que se han sucedido hasta la fecha desde los medios tradicionales de pago, que entienden ilícitos tales usos de sus contenidos, sólo muy recientemente han supuesto un cambio apreciable en la política editorial de este medio (6).

Para justificar la reproducción de contenidos de pago *Periodista Digital* se amparaba, por un lado, en el derecho de cita, y por otro, en la libertad de información, extraordinariamente desarrollada en Internet, según argumenta. Cabría poner en duda que el derecho de cita permitiera la reproducción de artículos completos, y no de sólo una parte (7), por más que se considere la cita de un artículo como la parte de un todo más amplio (la edición del periódico). Pero también es preciso considerar que el derecho de cita ha previsto históricamente una excepción notoria en el caso de las obras periodísticas, denominadas en el artículo 33 de la LPI «obras de actualidad», dado que en este caso específico se permite la reproducción íntegra de los textos, siempre y cuando se cite al autor y a la fuente, con el objeto de «salvaguardar así el libre flujo de información de actualidad. Lo que no va en detrimento del periodista, a quien se cita (de alguna forma, se le da publicidad y se reconoce la calidad de su trabajo) y que mantiene intacto su derecho “a percibir la remuneración acordada o, en defecto de acuerdo, la que se estime equitativa” (artículo 33 de la Ley de Propiedad Intelectual)» (8).

La apelación a la libertad de información resulta conflictiva y muestra la necesidad de una reflexión profunda sobre qué supone exactamente la misma en la llamada sociedad de la información. Porque es indudable que los

(6) El último episodio de esta guerra lo ha protagonizado el diario *El Mundo* en abril de 2005, al demandar a *Periodista Digital* por competencia desleal, acusándole de amparar en presunto servicio informativo su naturaleza comercial.

(7) Véase el estudio monográfico de J. DÍAZ NOCI, *Los resúmenes de prensa en los gabinetes de comunicación: una aproximación jurídica*, Netbiblo, La Coruña, 2004, texto extraordinariamente clarificador por cuanto el autor integra con lucidez en su análisis las visiones periodística y jurídica producto de su competencia académica en ambas áreas de conocimiento. En concreto, y sobre el caso específico de *Periodista Digital*, véase págs. 84-85.

(8) J. DÍAZ NOCI, «Derechos de autor de los periodistas: el caso de los resúmenes de prensa», *ZER*, n.º 14, mayo 2003.

medios cerrados al pago, al margen de que en opinión de muchos experimenten una merma de credibilidad e influencia por la pérdida de lectores que les supone su política comercial, están reduciendo la amplitud y diversidad del debate y la discusión en el seno de la sociedad y, con ello, la misma esfera pública. Sin embargo, junto a todo ello, es complicado dejar de atender a consideraciones de otro género que, frente a la conveniencia de interferir lo menos posible en el flujo de noticias y a la atención a los intereses públicos que quedan garantizados por el derecho de cita, también han de tenerse en cuenta. Nos referimos a la vertiente comercial que supone el hecho de que la actuación de *Periodista Digital* es un verdadero modelo de negocio basado en el uso de contenidos ajenos amparándose en la libertad de información. Aunque este medio tenga carácter gratuito —previa suscripción—, sí es claramente una iniciativa con ánimo de lucro, a través de la financiación publicitaria —tanto en la web como en su *Boletín* enviado por correo electrónico—. La justificación de que la libertad de información permita convertir en actividad económica la mera reproducción sistemática, como modelo de negocio, de contenidos ajenos gracias a los cuales el selector de información adquiere un beneficio supone caer en una cierta contradicción, pues parte de la ausencia de valor comercial de unos contenidos —dado que se alega que, ante todo, son información que ha de conocer la audiencia—, para a continuación rentabilizarlos por otra vía (9).

En cualquier caso, el fondo de este asunto creemos que pone de manifiesto algunos de los problemas que en la actualidad aparecen sobre el control de la información y de su difusión: la consideración de propiedad que los medios tradicionales siguen teniendo sobre el producto noticioso elaborado que ofrecen, cuando no sobre la propia información, y, sobre todo, la inadecuación del marco normativo con que en la actualidad contamos. Asimismo, es buena prueba de las nuevas reglas del juego a que está obligando Internet, y de cómo iniciativas muy variopintas están en condiciones de amenazar las posiciones de dominio de los medios tradicionales. Adicionalmente, la evolución del conflicto jurídico entre ambas partes adelanta algunas claves añadidas de interés, que detallamos a continuación.

(9) El paso de la reproducción parcial (sólo los artículos más importantes) a la total es sólo, en este contexto, cuestión de grado. Y además, la cuestión no es sólo que *Periodista Digital* se lucre, directa e indirectamente, mediante la selección de contenidos ajenos, sean gratuitos o de pago, sino que en algunos casos (los medios gratuitos) la selección supone un claro beneficio para el medio referenciado —dado que les proporciona visitas—, mientras que en otros le conlleva un perjuicio evidente —reduce el atractivo de los medios de pago, dado que su información, al menos en parte, ya no tiene carácter de exclusividad—.

b) *Monopolios de gestión sobre lo noticiable e interés del público en la libre circulación de noticias*

Entre las contradicciones en que han incurrido los medios de comunicación tradicionales a raíz de la llegada de Internet y de nuevos fenómenos comunicativos que amenazan su posición dominante destaca —y resulta cuando menos curiosa— la invocación, cada vez realizada con más fuerza, de la absoluta propiedad de los contenidos por ellos reproducidos, reflejo perfecto de las incoherencias de las que es presa el modelo de negocio de *Periodista Digital* que hemos referido sucintamente. Lo cual, por ejemplo, les ha llevado incluso a plantear ante el Tribunal de Defensa de la Competencia acciones tendentes a lograr el resarcimiento por los presuntos perjuicios derivados de la actividad llevada a cabo por los selectores de noticias que, como es el caso referido, parten de esa idea. Planteamiento curioso porque, aceptado en sus estrictos términos, acabaría por eliminar cualquier valor público a la labor de los medios de comunicación que lo plantean, algo que, por cierto, les acarrearía no pocos perjuicios.

En efecto, y como reacción a este tipo de prácticas, los principales medios españoles se han unido en la sociedad Gestora de Derechos de Prensa, o Gedeprensa, para defender colectivamente sus derechos de explotación y con la pretensión de regularizar la práctica del *press clipping*, permitiendo, a través de la gestora, la cesión de estos derechos —previo pago— para la elaboración de resúmenes de prensa a terceros. Constituida la sociedad, aspiraron a que les fuera reconocida la capacidad para gestionar y controlar monopolísticamente los rendimientos económicos que, pretendidamente, producirían las informaciones publicadas en sus medios de comunicación (10). En

(10) En concreto, estos grandes grupos trataron de obtener del Tribunal de Defensa de la Competencia una declaración de no inclusión entre las conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y, subsidiariamente, una autorización singular para iniciar las actividades de cobro por los presuntos derechos a partir de la creación de Gedeprensa (integrada por Corporación de Medios de Nuevas Tecnologías, S.L.U., Prisacom, S.A., Unidad Editorial, S.A., Recoletos Grupo de Comunicación, S.A., y Grupo Godó de Comunicación, S.A.), que se convertiría en la entidad gestora de derechos de propiedad intelectual para la elaboración de resúmenes de prensa. El Tribunal de Defensa de la Competencia no se avino a dar la razón a los actores, básicamente por entender que toda una serie de intereses públicos contenidos en las informaciones impedían tratarlas estrictamente como mercancías y en consecuencia desaconsejaban introducir restricciones que habrían convertido en ilícitas actividades que, hasta este momento, no han tenido nunca esta consideración ni a partir de lo previsto en la Constitución ni como consecuencia de lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. Reproducimos parte de la argumentación del TDC, que creemos de interés:

el fondo de esta pretensión late la idea de que el derecho a la propiedad privada, cuando afecta a la propiedad intelectual de los medios de comunicación, no puede ser objeto de limitaciones de ninguna clase, ni siquiera en

«13. En cualquier caso, el TRLPI en su Libro I Título III Capítulo II, fija un conjunto de límites al ejercicio exclusivo de los citados derechos de explotación. Por ejemplo, en el artículo 31 se permite la reproducción sin autorización para uso privado del copista, teniendo en cuenta que la consideración de uso privado se pierde en cuanto que haya utilización colectiva o fin lucrativo, de acuerdo con el desarrollo de este artículo en el Real Decreto 1434/1992. Por ello, no cabe aplicar esta limitación a una empresa de *press clipping* que reproduce los contenidos de la prensa por lo menos con fines lucrativos.

»Asimismo, el artículo 33 del TRLPI establece un límite a la autorización para reproducir, distribuir y comunicar públicamente lo aparecido en los medios de comunicación social, siempre que se cite la fuente y el autor y no exista de forma expresa reserva de derechos en origen, a lo que se añade que tendrá que ser por cualesquiera otro medio de comunicación social “de la misma clase”. Hay que resaltar que ni en el artículo 31 ni en el 33 del TRLPI, a los que ya se ha hecho referencia, se pierde el derecho de remuneración, por lo que cabe separar los derechos de autorización de aquellos que son de remuneración. Esta cuestión tiene su importancia, porque un “resumen de prensa” pudiera ser considerado, por su finalidad, de la misma clase que un medio de comunicación social y, además, se podría tomar en consideración (página 8 del Escrito de Conclusiones de los Solicitantes) que la libertad de información, en tanto que norma de derecho superior, fija un límite a la autorización para reproducir, distribuir y comunicar lo ya publicado en los medios de comunicación. Entonces, solamente cabría un derecho de remuneración por su uso y una aplicación muy restrictiva del derecho de autorización. Consecuentemente, no tendría mucho sentido el modelo de Contrato, tal y como se plantea por parte de los Solicitantes.

»14. Pero no se debe perder de vista que la “piedra de toque” es la indefinición legal de “resumen de prensa”, término al que ni tan siquiera se alude en el TRLPI. Aunque a favor, se puede decir que en el TRLPI tampoco aparecen de forma explícita los términos “prensa”, “diario” o “periódico” por sí mismos; y cuando se utiliza el término “prensa”, lo hace asociado a “revista”, constituyendo “revista de prensa”, otro concepto sin definición legal, si bien de suma importancia.

»Efectivamente, las “revistas de prensa” quedan equiparadas en el artículo 32 del TRLPI, mediante un artificio legal, a las citas y reseñas; y, tanto unas como otras, quedan excluidas de los derechos de autorización y remuneración de la obra objeto de derecho de propiedad intelectual. Por lo tanto, la indefinición legal permite una amplísima interpretación sobre la existencia y alcance de los derechos que nos ocupan. Pero también explica por qué hasta ahora no ha existido un mercado de derechos: la indefinición legal del término “revista de prensa” permite que se desarrolle y se consolide una actividad como la de *press clipping*, de espaldas completamente a la supuesta propiedad intelectual que utiliza como insumo fundamental.

»15. A partir de aquí, se puede argumentar que un “resumen de prensa” es una “revista de prensa” y que, incluso, se podría ajustar al tenor del artículo 11 del TRLPI como obra derivada. Como señala este artículo en su apartado 3, obra derivada son “compendios, resúmenes y extractos” de otras “obras originales”. Si bien, también es cierto que el TRLPI señala que aunque la obra derivada tiene sus propios derechos de propiedad intelectual, los mismos se ejercen “sin perjuicio de los derechos de autor sobre la obra original”.

atención al interés general. Es decir, que la propiedad sobre el texto publicado de una noticia sería estrictamente equiparable a la de cualquier producto industrial, cuyo uso pasaría por el previo pago y dependería de las condiciones previstas en correspondencia al mismo. Cualquier utilización de este producto que fuera más allá de lo autorizado y pagado sería ilícita (no está claro si, por ejemplo, comentar las noticias del día podría llegar a quedar sometido a una tarifa adicional), como consecuencia de negar la existencia de un interés público que, por ejemplo, ampare la posibilidad de difundir cualquier hecho noticiable y de relieve para el debate público en una sociedad democrática, a fin de que sea de conocimiento de cuantos más ciudadanos mejor. Esto es, el planteamiento que late en la actual regulación de nuestra Ley de Propiedad Intelectual.

Manifestación que es ciertamente extravagante si tenemos en cuenta la posibilidad de que cualquier derecho fundamental se vea limitado por la concurrencia de otros bienes e intereses de suficiente valor constitucional, pero con mayor claridad e intensidad si cabe cuando del que nos ocupamos es del derecho a la propiedad privada, que a su misma proclamación anuda la modulación del mismo por la *función social* constitucionalmente adherida al mismo. Es decir, que el establecimiento de limitaciones, como por ejemplo las existentes en la actualidad y de las que se benefician los selectores de información periodística —si bien es cierto que en algunos casos, atendiendo a las consideraciones que hemos realizado, con matices abusivos— no sólo son perfectamente constitucionales sino que responden a una concepción más plural y participativa de la democracia. Con todo, y ante la inminente reforma de la Ley de Propiedad Intelectual, no es descartable que el texto final de la misma acoja las pretensiones que por otras vías no han logrado hacer valer los grandes medios de comunicación. Al menos, y de momento, las presiones en tal sentido están siendo manifiestas (11). Otra cosa

»16. El “resumen de prensa”, asimilado a “revista de prensa” sin más y con la consideración o no de “obra derivada”, en tanto que “recopilación periódica”, tiene un límite a los derechos de autor, a través del cual el legislador hubiera querido asegurar la posición prevaleciente de derechos como los del artículo 20 de la Constitución Española de 1978. De esta forma, la información, como bien público, 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».

Posteriormente, y tras el recurso de Gedeprensa ante la Audiencia Nacional, esta posición ha sido también respaldada en sede judicial.

(11) El Proyecto de Ley remitido a las Cortes por el Consejo de Ministros, en su artículo 32, modifica el régimen de las revistas de prensa. Si bien de acuerdo con el actual texto era posible entender que las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revista de

es que el legislador acabe sustrayéndose a ellas, que es algo que todavía, en el momento de revisar estas líneas, está por ver.

Dificultades jurídicas mayores para establecer un régimen menos generoso del que pretenden los medios de comunicación tradicionales, como hemos comentado, no creemos que existan. Y no sólo por la concurrencia de los mencionados intereses públicos y la especial consideración que, en atención a ellos, ha de merecer la *mercancía informativa*. Adicionalmente, no puede perderse de vista que la propiedad es un derecho especialmente *débil* de entre los fundamentales en nuestra Constitución (12) y cuya garantía siempre se vincula al reconocimiento de su *función social*. A pesar de lo cual, venimos asistiendo a una *propietarización* de las relaciones sociales que, basada en la detentación de pretendidos derechos exclusivos e individuales, está logrando que los Estados concedan un régimen privilegiado a las elites sociales y económicas que se han hecho con ciertos bienes, en muchos casos producto y consecuencia de la interacción social y del esfuerzo de la comunidad, que a partir de ese momento, en cambio, quedarán protegidos y de cuyo disfrute se excluirá a quienes no hayan podido consolidarlos en el momento adecuado o, en el futuro, pagar a su propietario. Se trata de una tendencia de previsibles nefastas consecuencias para el avance social, cultural y tecnológico, así como para el acervo cultural de las sociedades, que se agrava por su aplicación sobre un modelo de reproducción y copia

prensa tendrían la consideración de citas esta interpretación deviene imposible, con las evidentes implicaciones para la controversia planteada que ello conlleva, con la nueva redacción que expresamente señala que «no tendrán tal consideración las recopilaciones de artículos periodísticos que consistan básicamente en su mera reproducción cuando dicha actividad se realice con fines comerciales». Tal medida, caso de llegar a adoptarse en estos términos, comportaría como es evidente un panorama completamente diferente respecto de la controversia planteada ante el Tribunal de Defensa de la Competencia y sustanciada de manera contraria a los intereses de los grandes medios de comunicación. No conviene precipitar un juicio, por estar todavía la norma en fase de tramitación, pero no merece estimar positivamente una modificación que, para evitar concretos casos de abusos, acaba por proscribir una práctica que es muy dudoso que en términos generales suponga perjuicios a los medios de comunicación y que, sin duda, fomenta el pluralismo y el debate público. También es preciso mencionar que, dado que el principal cliente de *press clippings* es la propia Administración —a quien es de suponer que sus creadores repercutirán el aumento de costes—, nos encontramos ante un caso sorprendente en el que ha pesado más en el ánimo del legislador la cuenta de resultados de los oligopolios mediáticos que su propio interés.

(12) Porque no puede defenderse en amparo, porque expresamente su regulación ha de atender a los intereses generales y porque, en definitiva, su contenido esencial ha quedado prácticamente reducido por medio de la interpretación que del mismo ha realizado el Tribunal Constitucional a la garantía expropiatoria. La jurisprudencia constitucional ha sido, desde la STC 37/1987 (*caso Ley agraria andaluza*), constante en esta línea.

que, justamente, en atención a la transformación técnica comentada, a lo que debería obligar es a una relajación y no a una mayor rigidez. Es inevitable que la propia lógica de la insostenibilidad del modelo y las nefastas consecuencias a las que ineluctablemente conduce acaben por obligar a su abandono. La cuestión es si ello ocurrirá antes de que los perjuicios derivados de una mala regulación pública sean gravísimos. Y no hay motivos para ser optimistas al respecto.

El estado actual de cosas beneficia a los grupos de presión y a quienes tienen el control de las posibilidades de instrumentalización del debate público. Es decir, a los medios de comunicación y a los conglomerados mediáticos y de la industria cultural que los integran, y que han aprovechado un oligopolio que Internet, precisamente, pone en riesgo —o que, por el contrario, si la labor estatal no lo impidiera, podría ayudar a consolidar, ya que la sociedad de la información también abre nuevas posibilidades de control y trazabilidad—. Algunos de los excesos y abusos que vienen cometiendo, incluso en el ámbito de juego de los propios derechos ya reconocidos, dan idea de la voracidad de estos colectivos. Tanto en sus relaciones de tipo interno [por ejemplo con sus propios colaboradores (13)] como externo (como hemos tenido ocasión de comprobar), los medios de comunicación consideran indudable que la propiedad de sus contenidos es indiscutiblemente un tipo de propiedad privada y que ello supone la posibilidad de excluir sobre su disfrute a cualquiera que no haya pagado lo que —y de la manera que— ellos entiendan adecuado.

Tal pretensión es abiertamente contraria a Derecho en la actualidad y, sobre todo, que es lo que interesa destacar, radicalmente negadora de la propia esencia del producto con el que comercian, la información, el valor público de la cual está fuera de toda duda. Por lo que es perfectamente justificable su reproducción en lo que hace a sus contenidos esenciales y noticiables sin necesidad de autorización o pago. Cualquier posición en sentido contrario, en el fondo, se fundamenta únicamente en la consideración de la información como mera mercancía sin valor público en sí misma. Y por ello, por absurda, no puede ni debe ser tenida en consideración. Mucho menos cuando tal apreciación tiene su origen en los mismos medios de comunicación que no tienen ningún empacho en invocar, en estos casos sí, sin dudas ni cortapisas de ningún tipo, el valor público de los hechos noticiables para pretender una maximalista y total primacía de las libertades de expresión e información so-

(13) De forma radicalmente incompatible con la legislación vigente, se han apropiado para su difusión en Internet de contenidos que adquirieron años ha para su difusión únicamente en papel, por ejemplo.

bre otros derechos constitucionales como son la propia imagen o la intimidad (14).

La pretensión de los grandes medios de comunicación de ser los únicos instrumentos aptos para incorporar a sus contenidos la realización de una función de interés público como es la informativa representa algunos de los problemas que, en materia de propiedad intelectual, han aparecido con la aparición de Internet y el soporte digital. En concreto, aquellos relacionados con la proliferación de la competencia que ha introducido en el panorama in-

(14) Así, por ejemplo, en una serie de actuaciones que en no pocas ocasiones han merecido el reproche de los Tribunales constitucionales de diversos países europeos y en última instancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La más reciente de las Sentencias recaídas ante abusos de esta índole es la conocida Sentencia del TEDH *Von Hannover contra Alemania*, de 24 de junio de 2004, donde se condena al Estado alemán por no haber protegido el honor y la intimidad de ciertas personalidades habituales de la *prensa rosa*, que habían visto cómo se publicaban detalles y fotografías de algunas de sus actividades diarias de carácter estrictamente privado. El TEDH reitera que sólo la existencia de un interés público ampara intromisiones de esta índole en la intimidad de las personas, que en caso contrario ha de considerarse un derecho merecedor de protección (así, en su § 77 explica que «*as the Court has stated above, it considers that the decisive factor in balancing the protection of private life against freedom of expression should lie in the contribution that the published photos and articles make to a debate of general interest. It is clear in the instant case that they made no such contribution since the applicant exercises no official function and the photos and articles related exclusively to details of her private life*»). Pues bien, tal pronunciamiento se ha visto sometido a la crítica, acerba en ocasiones, por parte de no pocos medios de comunicación, que han llegado incluso a alertar sobre el riesgo que de tales restricciones podían derivarse... ¡para el pluralismo informativo, el debate público y las mismas garantías de participación democrática! De nuevo constatamos la perniciosa tendencia de algunos a confundir en su beneficio la existencia de un público interesado con el interés público. Si nos ceñimos sólo a nuestro país, por ejemplo, podemos destacar las reacciones a cargo de Soledad Gallego Díaz, subdirectora del diario *El País* (que, recordemos, es uno de los promotores de Gedeyprensa y sus recursos ante el Tribunal de Defensa de la Competencia), con su columna (extraordinariamente crítica) «El misterio de lo que nunca se encuentra», publicada el 17 de septiembre de 2004 o el mismo Comunicado de la Asociación de la Prensa de Madrid de 5 de octubre de 2004, que también alertaba de los peligros derivados de semejantes decisiones judiciales. Estas posiciones, que pueden ser defendibles con carácter general a la hora de justificar algunas injerencias en la intimidad personal (si bien no creemos que precisamente en un caso como el que ha dado lugar a la reacción en cuestión), lo que sí son, en todo caso, es manifiestamente contradictorias con la pareja defensa que estos mismos medios llevan a cabo de la propiedad de sus artículos e informaciones. ¿Cómo pueden pretender justificar quienes se amparan en el pretendido interés público de una determinada actuación de una persona en su vida privada para que su derecho constitucional al honor no suponga barrera alguna —dada la conveniencia de que el público sea informado y el interés de éste en serlo— que, en cambio, el derecho a la propiedad privada de la noticia o del artículo sí pueda serlo? No es complicado detectar el escandaloso doble rasero que late tras estos planteamientos.

formativo. Pero, junto a ellos, la transformación tecnológica y los nuevos usos sociales han hecho surgir otro tipo de conflictos, íntimamente ligados a la características específicas de la copia digital.

B. LA COPIA DIGITAL EN UNA SOCIEDAD CONECTADA

En el estudio previo a este trabajo al que ya nos hemos referido avanzamos, al hilo del análisis de alguno de los problemas en ese momento comentados, ciertos elementos de la copia digital que alteran los parámetros en los que tradicionalmente se desarrollaba la difusión de la obra creativa. Por supuesto, estas transformaciones son germen de problemas autónomos, a los que es preciso referirnos.

a) *Copia legal y copia ilegal*

Un primer problema es consecuencia de que los criterios que determinaban la ilicitud de una copia, tradicionalmente basados en la persecución de aquellas que fueran necesarias para un uso o transformación si no se contaba con la autorización —previo pago o sin él— de quien ostentara los derechos de autor, perfectamente adaptados a un modelo en que la copia era compleja, cara, relativamente infrecuente y por todo ello totalmente diferente de la mera reproducción del contenido de lo copiado, se siguen aplicando a un mundo, el digital, donde la tendencia es cada vez mayor a que cada reproducción conlleve la realización de una copia. La inadaptación de una interpretación continuista de la norma, no ya a los usos sociales cada vez más extendidos, sino a la consecución de los propios fines perseguidos por la regulación actual, se agudiza por ello de forma patente.

Ha de tenerse muy presente que la transmisión de datos digitales se realiza —en gran parte por imperativos tecnológicos— en un contexto de redundancia; es decir, no sólo se envían los datos a través de distintas vías para asegurar la transmisión correcta de los contenidos constantemente, sino que también se efectúan copias de la información, que son archivadas tanto en la propia Red como en los ordenadores locales. Esta dinámica propia de la transmisión de cualquier información a través de Internet se traslada a la reproducción de contenidos por medio de este canal de comunicación, con los problemas que inevitablemente aparecen, de acuerdo a la letra de cualquier norma de protección de la propiedad intelectual propia de la evolución que en los países occidentales la misma sufrió a lo largo del siglo XX.

Por ejemplo, los navegadores web suelen guardar una copia de las páginas visitadas en el disco duro local, con objeto de acelerar el acceso a las mismas páginas en posteriores ocasiones. Exactamente el mismo caso se da con los servicios de *proxy caché* en los que se basan muchos proveedores de acceso a Internet. Cuando cualquiera de los usuarios que hayan contratado el servicio visita una página, el *proxy* guarda una copia que enviará directamente a otros usuarios que soliciten los mismos contenidos, en lugar de enviarle los datos desde Internet. Es decir, el *proxy caché* efectúa una copia de la obra propiedad del autor que posteriormente distribuye entre sus usuarios. Los posibles problemas, como puede comprenderse con facilidad, son numerosos. Y no sólo respecto de un hipotético aprovechamiento patrimonial que, a partir de un mero permiso de visualización-utilización puntual, habría generado como consecuencia de la arquitectura técnica la generación de una copia. También una situación como la descrita supone la pérdida del control del creador respecto de las condiciones de presentación de su obra —por ejemplo, piénsese en los problemas relativos a la actualización de contenido— que colisiona con la visión tradicional de los derechos morales que se tienen sobre ésta. En general, la mimética traslación de las pautas habituales en el mundo previo al medio digital a éste provoca como consecuencia de estos desajustes consecuencias absurdas, lo que obliga a interpretar la literalidad de nuestras normas teniendo en cuenta cuáles son los usos sociales propios de la comunicación a través de Internet (15).

De implicaciones sociales mayores, de complejidad jurídica indudable y de evaluación global mucho más complicada (que, en detalle, no podemos aspirar a realizar en un trabajo de estas características, pues requeriría de un análisis monográfico), es la evolución del derecho de copia privada que la legislación ha venido reconociendo a los ciudadanos. Se trata de un derecho que cuando se ejerce empleando el soporte digital plantea mayores proble-

(15) Así, por ejemplo, respecto de estos casos, es evidente, como señala Llaneza, que «quien pone a disposición de la comunidad del ciberespacio, en virtud del comentado principio de reciprocidad, una creación intelectual ha de asumir que está renunciando a que se le pida autorización por el uso privado de su obra. Debe aceptar que su derecho “patrimonial” de autor inevitablemente será menoscabado» (P. LLANEZA, *Internet y comunicaciones digitales. Régimen legal de las tecnologías de la información y la comunicación*, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 213). La pretensión de un autor de acogerse a la literalidad de las normas en materia de protección de propiedad intelectual en un caso semejante, exigiendo cualquier tipo de compensación, creemos que supondría un auténtico abuso de derecho, por ir contra el sentido de los propios actos. Por otra parte, cualquier otra visión, por excesivamente rígida, comportaría, sencillamente, la imposibilidad de mantener el funcionamiento de Internet en las condiciones actuales.

mas por las características de las mismas y las consecuencias que de éstas se han deducido en punto al uso que de ellas hacen los ciudadanos. Podemos resumir estas características diferenciadoras de la copia digital siguiendo a Muñoz Machado, quien apela a dos rasgos: «el primero es la calidad misma del original; dada la perfección de la tecnología digital, la copia es una verdadera clonación del original; por ello, no existe diferencia entre original y copia, mientras que las copias analógicas determinan una pérdida sensible de calidad. El segundo problema es que la copia digital no precisa ningún soporte material. Ambas circunstancias favorecen enormemente las copias privadas y la imitación fraudulenta» (16).

Es decir, las facilidades de copia, la idéntica calidad de las copias respecto del original, pero sobre todo la posibilidad de archivarlas y transmitir las directamente a través de la Red, han provocado un aumento exponencial de la piratería y el plagio de todo tipo de contenidos, en particular los asociados a la industria cultural. De las reacciones de ésta frente a las amenazas que supone la nueva situación y muy especialmente la competencia de mafias y demás actuaciones ilícitas nos ocuparemos posteriormente.

La copia privada *stricto sensu*, por su parte, es un problema totalmente diferente al de la piratería industrial y las mafias asociadas a la misma (17). Incluso cuando a la copia se anuda la transmisión de estos contenidos a terceros, actuación que manifiestamente va más allá de lo que la legislación vigente ampara como derecho de copia privada, es obvio que su equiparación a la piratería como actividad organizada ha sido tradicionalmente un abuso interpretativo. Aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo es constante en la consideración de que la obtención de cualquier tipo de ventaja de tipo económico supone *ánimo de lucro* (y la obtención de un producto por el que normalmente se ha de pagar sin abonar el importe previsto es obvio que supone una ventaja), criminalizar por igual estas actividades supone un error

(16) S. MUÑOZ MACHADO, *La regulación de la Red...*, cit., pág. 218.

(17) De hecho, sin pretender frivolar en modo alguno, es absolutamente evidente que el agente más eficaz para luchar contra las «mafias de la piratería», explotadoras de inmigrantes en situación irregular y verdaderas multinacionales de la criminalidad industrial, es la difusión de archivos entre particulares, presuntamente amparados en su derecho de copia privada, dado que tal sistema de adquisición de productos culturales es si cabe más barato que recurrir al *top-manta*. Es decir, que si los diversos sectores implicados, y muy especialmente los representantes de la industria cultural y las sociedades de gestión de derechos de autor, centran su preocupación y sus reproches, sobre todo, en el beneficio ilegal obtenido por algunos y en la explotación de personas en situación comprometida, como en ocasiones pretenden hacer con fines propagandísticos, es evidente que no sólo no habrían de cuestionar sino que, movidos por ideales de justicia como los esgrimidos, deberían promocionar la copia privada y su intercambio.

de bulto y es garantía de incomprensión e incumplimiento por parte de la sociedad (18). Máxime cuando ciertas compensaciones como los cánones, en ocasiones legalmente previstos y en otras directamente pactados entre fabricantes de soportes y de contenidos, legitiman, qué duda cabe, usos de contenido patrimonial y plantean dudas sobre la misma razonabilidad jurídica de algunas medidas represoras, privadas de toda coherencia sistemática como consecuencia de su existencia (19).

(18) Precisamente aquí radica el motivo de que estén sucediéndose en nuestro país sentencias de instancia que, para supuestos como los reseñados, abandonan la consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto del concepto «ánimo de lucro», con la evidente intención de obviar la aplicación de unas medidas punitivas socialmente sentidas como desproporcionadas y no queridas por el ordenamiento.

(19) Los problemas que plantean estos cánones, ya previstos directamente en la legislación como era el caso de algunos soportes analógicos, ya aplicados por los fabricantes de los soportes digitales tras las presiones recibidas por parte de las entidades de gestión (amparándose en una interpretación analógica que extendía el ámbito de los cánones a los nuevos soportes y que contaba con el apoyo de alguna sentencia de instancia aislada que, frente a reclamaciones de algunas sociedades de gestión de derechos de autor, la había asumido) son numerosos. Van desde la posibilidad de entender que estamos ante un enriquecimiento sin causa —lo cual es evidente si, en paralelo, se prohíben o ilegalizan los usos que teóricamente lo amparan— a la presunción de culpabilidad que comportan. Como consecuencias de iniciativas como el canon negociado por diversas entidades de gestión de derechos, y muy particularmente la SGAE (Sociedad General de Autores y Editores), con los principales fabricantes de CDs y DVDs grabables, y que se paga con independencia del uso efectivo que se den a dichos soportes, podemos encontrarnos —de hecho es frecuente que así sea— con numerosas situaciones anómalas. Así, un usuario puede realizar una copia de las canciones de un grupo de música —de un original convenientemente pagado— con fines estrictamente privados —escuchar esa música en el coche, por ejemplo—, y en consecuencia pagar dos veces por los mismos derechos con la única justificación teleológica del (hipotético) perjuicio derivado para los autores de que los mecanismos de reproducción que la industria pone en el mercado son inadecuados para garantizar la portabilidad. O, mucho más grave, un usuario puede grabar en un CD grabable contenidos desarrollados por él mismo y estar sufragando el canon, en realidad, por tener reconocido el derecho, según nuestro ordenamiento, a crear copias de obras sobre las que sólo él tiene derechos de propiedad intelectual. Por ejemplo, cuando nosotros hemos grabado los contenidos de este trabajo en un CD hemos pagado un canon por ello, en concepto de derechos de autor de una obra de nuestra propiedad. Los autores no sólo no cobramos sino que, como consecuencia de la voracidad de la industria de contenidos tradicional y de los oligopolios amparados por el ordenamiento jurídico, hemos de pagar por hacer uso de nuestros derechos. La situación alcanza cotas aberrantes cuando el legislador, aceptando las reclamaciones maximalistas de este tipo de entidades, criminaliza la eliminación de dispositivos anticopia. Previsiones que, existiendo el derecho de copia y el canon a los soportes, estarían criminalizando una conducta no sólo amparada por el ordenamiento sino para la que se prevé una retribución forzosa. Y, en particular, son excesivas las penas previstas a partir de la reforma del Código Penal que entró en vigor el 1 de octubre de 2004. Resulta difícilmente defendible, e inasumible desde un punto de vista de política criminal, que la reproducción o co-

Como hemos apuntado, esta situación se ha agudizado merced a una interpretación, como mínimo cuestionable, de las disposiciones legales previas en lo que concierne a la protección de los derechos de autor. Puesto que otros soportes de reproducción y grabación, como las fotocopiadoras o las casetes de vídeo o audio, ya están sujetos a un canon —impuesto normativamente— en concepto de derechos de autor, las entidades de gestión de derechos entienden que es necesario aplicar una disposición similar a los nuevos soportes grabables de carácter digital (20). El Canon sobre soportes analógicos de grabación que cuenta con un amplio reconocimiento en las distintas legislaciones de los países de nuestro entorno (21). Por mucho que cuestiones como la multiplicidad de usos de los soportes de este tipo cuando se trata de medios digitales planteen dudas sobre su conveniencia como las ya apuntadas, los principales problemas a los que ya estamos asistiendo como consecuencia de su implantación son sobre todo de dos tipos. Por una parte, la pretensión de amparo público y normativo —incluso penal— a provisiones como la del canon a soportes digitales —que tienen un origen paccionado entre empresas— en relación a la incorporación de otro tipo de medidas represoras que son contradictorias con la misma (22) y, por otra, la creciente ambición de extender a otros soportes y actividades cánones de este tipo. La voracidad del sector parece no tener límites y contempla como prestaciones o soportes *grabables* desde los propios discos duros de los ordenadores personales a la conexión telefónica de los usuarios a las redes de comunicacio-

pia de contenidos digitales pueda estar penada con la cárcel; entre otros motivos porque es una previsión mucho más dura que la que corresponde a ilícitos objetivamente más lesivos de ese mismo bien jurídico protegido, como puede ser el hurto masivo de esos mismos productos siempre y cuando lo sea por un valor inferior a 300 € y que por ello no llegue a tener la consideración de delito sino de falta. Y hemos de recordar que el Tribunal Constitucional ya ha anulado en alguna ocasión algún precepto del Código penal por entender que la regulación que contenía era manifiestamente desproporcionada.

(20) Una conclusión semejante nos llevaría a aceptar la exótica pretensión de entender amparada por el Derecho una analogía *in peius*, restrictiva de derechos de los ciudadanos. Por ello, y al margen de la existencia de acuerdos voluntarios, creemos complicado entender que nuestro ordenamiento imponga tales cánones mientras no se reconozcan expresamente

(21) C. GAY, «El derecho de propiedad intelectual: por un nuevo equilibrio entre creadores e interés general», en E. BUSTAMANTE (coord.), *Hacia un nuevo sistema mundial de comunicación. Las industrias culturales en la era digital*, Gedisa, Barcelona, 2003, pág. 264.

(22) Así, la reciente reforma del Código penal, ya referida, que tipifica la posesión y empleo de mecanismos de desprotección, cuando éstos pueden ser imprescindibles para el ejercicio de un derecho reconocido como es el de copia privada. Conviene señalar que el Proyecto de reforma LPI parece pretender salvar esta contradicción por la vía de exceptuar tal derecho cuando se protejan los contenidos.

nes (23). Por lo demás, es absolutamente cuestionable la dejación pública de sus funciones ordenadoras, pues ha concedido a la industria, en la práctica, la gestión de estos conflictos, bien sometiéndose a sus dictados a la hora de legislar, bien consintiendo que la resolución de estos problemas se realice a partir de acuerdos entre privados en muchos casos nada edificantes, en perjuicio de los derechos de los consumidores y usuarios y concediendo a las entidades gestoras beneficios que no son compensados con el correlativo y necesario control público sobre el uso de los mismos (24).

(23) La primera de estas alternativas ya cuenta con precedentes favorables en algunos países, como es el caso de la República Federal de Alemania, donde se ha impuesto tras una interpretación judicial favorable a los intereses de la industria. La pretensión de someter a canon la mera conexión a la red de los usuarios, por lo demás, va más allá de suponer una compensación de cualquier tipo por el derecho de copia privada. Como es sencillo de entender, la realización de éstas no requiere de la misma, con lo que en el fondo se estaría grabando otra actividad, como es el intercambio de archivos (redes P2P, etc.). Dado que esta manera de difusión de los productos culturales es tenida por ilegal por la industria cultural, la propuesta es absolutamente contradictoria, pues pretender establecer un canon con base en la compensación por la realización de la misma sólo es coherente si pasa a ser considerada lícita —así, por ejemplo, ocurre con los cánones actualmente existentes, justificados porque la copia privada es perfectamente *legal*—. En el fondo, su implantación creemos que desmontaría para siempre cualquier pretensión de criminalizar el comportamiento de los usuarios que participen en estas redes. Y sólo desde una actuación de pura rapiña podría tratar de compatibilizarse con la consideración de las mismas como ilegales.

(24) Las entidades de gestión se han investido de la autoridad no sólo de interpretar —obviamente en su beneficio— el marco de la protección de derechos de autor a partir de los antecedentes ya mencionados, sino incluso de decidir la cuantía y características del canon impuesto a los nuevos soportes digitales, y de aplicarlo merced a un acuerdo ni mucho menos exento de presiones. No en vano las empresas aceptaron el canon a cambio de la retirada de todas las demandas judiciales presentadas por las entidades de gestión, que ascendían a unas reclamaciones superiores a los 40 millones de euros. Véase sobre esta cuestión A. ROMEO y J. GARCÍA, *La pastilla roja. Software libre y revolución digital*, Lin, Madrid, 2003, pág. 252; y A. BOIX PALOP y G. LÓPEZ GARCÍA (eds.), *La autoría en la era digital: industria cultural y medios de comunicación*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006, especialmente el capítulo dedicado al análisis de las entidades de gestión de derechos de autor. Por lo demás, las presiones y actuaciones intimidatorias prosiguen. En abril de 2005 las entidades de gestión han iniciado una batería de demandas contra aquellos comercios que venden soportes digitales de empresas extranjeras que no aceptaron el pago de los cánones exigidos. Se trata del único caso que conocemos en que la venta de productos perfectamente legales, autorizados y no nocivos se pretende que sea el origen de responsabilidad por parte de quienes la llevan a cabo.

b) *Copia y derechos de uso*

Un ejemplo de abuso que guarda ciertos paralelismos con el reseñado, y que a diferencia del anterior ha comenzado a producirse con la llegada del soporte digital —porque es a partir de este momento cuando ha empezado a ser factible su control— y no simplemente se ha agudizado con ella, son ciertas condiciones de utilización y uso impuestas por los medios de comunicación de pago, en su versión digital, a los usuarios, o por los difusores de productos culturales, a sus compradores. Dichos usuarios podrán, de acuerdo con algunas cláusulas que se van generalizando, consumir estos contenidos directamente en la web, pero no los pueden archivar, ni tampoco pueden acceder a los mismos cuando ha pasado el período contratado, ni pueden cederlos a terceros, por ejemplo. O los compradores podrán leer el libro digital en cuestión o visionar la película o escuchar la canción únicamente un número determinado de veces, o copiarlo sólo en un número determinado de equipos o, incluso, se les vedará la reproducción en voz alta del mismo —la lectura del libro, cantar la letra de la canción a medida que se escucha— (25).

Este tipo de cláusulas, cada vez más generalizadas, y aparentemente amparadas a la perfección en la letra de la legislación actualmente vigente en materia de propiedad intelectual, chocan en realidad frontalmente con el espíritu que ha inspirado históricamente la misma. Suponen una alteración del equilibrio entre los intereses privados y públicos —la difusión del conocimiento y de la información lo es— desconocida hasta la fecha, que se ha hecho posible con el cambio de soporte —aunque lo hubieran deseado, los editores no habrían podido limitar la lectura de un libro en voz alta por parte de su comprador o impedirle el préstamo del libro a un amigo, mientras que tecnológicamente sí es posible dificultar la instalación de un contenido semejante en varios equipos, por ejemplo— y que obliga, por ello, a reinterpretar de forma equitativa las posibilidades de nuestro ordenamiento de imponer cláusulas de este estilo.

Al margen de la ausencia de equidad en estas exageradas limitaciones y de constituir una inmisión de la capacidad conformadora del ostentador de los derechos sobre el uso que ha de darse a su obra que no tiene parangón histórico, argumento principal que emplea Lessig para criticarlas, creemos

(25) Numerosas referencias a cláusulas de este estilo, rayanas en muchos casos en la aberración, y que plantean problemas gravísimos adicionales si pensamos en colectivos desfavorecidos como pueden ser, en el caso de los libros, los discapacitados visuales, pueden encontrarse en L. LESSIG, *Free Culture, cit., passim*.

que es perfectamente posible considerar, en no pocos casos, que este tipo de imposiciones pueden constituir cláusulas contrarias a la competencia leal y condiciones generales de la contratación que, por abusivas e ir contra la buena fe, han de ser tenidas por nulas. Pero, además, creemos que este tipo de restricciones, con los límites reseñados, sólo podrían ser consideradas en mercados de tipo privado, donde los bienes con los que se comerciara no tuvieran ningún tipo de relevancia pública para el bien común que los hiciera merecedores —a ellos o a las empresas que los producen o comercializan— de un régimen jurídico de beneficio o amparo en atención a esta consideración. En caso contrario, cualquier restricción de las señaladas es doblemente sospechosa. Así, no puede comprenderse que la misma industria que recibe cuantiosas ayudas por entender el Estado que la creación cinematográfica hecha en España necesita apoyo y potenciación dados los beneficiosos efectos para nuestra cultura que tiene su amplia difusión y conocimiento social establezca impedimentos de esta índole. La industria cinematográfica no puede apelar a la vez a su función cultural para obtener beneficios por parte de los ciudadanos y de consuno, cuando de comercializar estos productos se trata, pretenderse mera industria que establece cualquier tipo de condición a los consumidores apelando a su naturaleza privada. De la misma manera, los medios de comunicación, que se benefician de innumerables privilegios —de acceso, de exclusividad y de gratuidad— a ciertos actos y espectáculos aduciendo el interés general informativo que hay en los mismos, no pueden restringir la posterior difusión de estos mismos contenidos, dado que éstos no pierden repentina e inopinadamente los rasgos que los hacían merecedores de una atención especial y que justificaban la posibilidad de acceso a los mismos en condiciones que nada tienen que ver con las de mercado.

c) *La noción clásica de autoría, frente a la creación colectiva*

La mayor parte de los contenidos digitales son obra de un colectivo, que participa en muy diversos grados de la obra, lo que supone la evidente inadecuación de las leyes de protección de la propiedad intelectual, pensadas más bien para autores individuales claramente identificados (26).

La creación colectiva de muchísimas aplicaciones y contenidos, así como la transmisión caótica de los mismos por la red, dificulta no sólo seguir el rastro de las vulneraciones de los derechos de autor, sino adoptar medidas adecuadas de compensación para los autores cuyos derechos han sido vulnerados e incluso saber a quién corresponden esos derechos. La copia sis-

(26) S. MUÑOZ MACHADO, *La regulación de la Red...*, cit., pág. 195.

temática de imágenes, por ejemplo, vulnera los derechos de los autores, pero cuando el proceso de copia se repite cientos de veces, es complicado, para el usuario que copia las imágenes e incluso para las autoridades, saber a quién corresponden los derechos de autor, o si esas imágenes están protegidas por algún tipo de disposición del autor o son de libre acceso. Por otro lado, en la configuración de productos multimedia se incluyen todo tipo de aplicaciones, de uso común en la Red, de las que el usuario desconoce sistemáticamente —y, en realidad, hemos de convenir en que ni siquiera se preocupa de ello— si están protegidas o son de libre uso. Por ejemplo, un usuario puede utilizar botones para estructurar las secciones de su web y, al mismo tiempo, ofrecer un mejor diseño, o bien adaptar directamente el diseño de su web al de otras páginas consultadas previamente.

En todos estos casos no está muy claro, fundamentalmente, dónde marcar la frontera, es decir, hasta qué punto se tiene que aceptar la copia y modificación de todo tipo de productos como la totalidad o parte de otros nuevos. Porque también es evidente que una observancia estricta y eficaz de los derechos de autor a todos los niveles acabaría con el actual dinamismo en la transmisión y acceso a todo tipo de contenidos que posibilita Internet. Llaneza recuerda que «el problema de recopilar obras ajenas para integrarlas en una web no es sólo (...) localizar al autor y pagar por las licencias de reproducción y distribución, sino que los autores son múltiples, como múltiples son los tipos de obras a incorporar. Ello supone negociar el contrato de cesión de derechos de varios autores, que, a su vez, dependen de distintas entidades de gestión» (27). La complejidad de un proceso semejante, así como los graves perjuicios para la creatividad que pueden derivarse de una observancia llevada al extremo de los criterios mercantilistas en la materia, ya han sido debidamente denunciados (28). No se ha prestado tanta atención, sin embargo, a lo que creemos que es otra de las consecuencias que tarde o temprano se hará evidente: la referida a la propia noción de autoría en la responsabilidad creativa compartida por un número importante de personas que acumulan trabajo, conocimientos o dedicación. Obviamente, las reglas al uso, perfectamente útiles para la producción intelectual en el pasado, no acaban de adecuarse a esta nueva realidad. Con la única excepción de que el proceso productivo esté realizado al amparo de una empresa que contrata como medios de producción el trabajo, asalariado, ajeno. Más allá de consideraciones ideológicas, el problema al que hemos de hacer frente no es ya si este esquema responde bien a la obligación estatal de asegurar una cierta

(27) P. LLANEZA, *Internet y comunicaciones digitales...*, cit., págs. 190-191.

(28) L. LESSIG, *Free Culture*, cit., págs. 95-115.

equidad, sino, sencillamente, a que tal esquema es inaplicable a las creaciones cooperativas que funcionan al margen de tales estructuras.

d) *Transformación innovadora, copias, patentes...*

Determinar cuándo una obra es innovadora y cuándo no es un elemento de juicio necesario para resolver problemas derivados del uso de derechos sobre productos anteriores. Este problema se relaciona generalmente con el desarrollo de todo tipo de programas de *software*. Es preciso señalar que los programas informáticos se escriben en un código específico (denominado código fuente, por ejemplo en lenguaje C o C++) que posteriormente es traducido al código binario, esto es, las series de combinaciones de unos y ceros, interpretables por los ordenadores y demás soportes digitales. El código fuente implica, naturalmente, un desarrollo y creatividad propias del autor, pero se ubica en un ámbito mucho más cercano a las matemáticas —como cualquier lenguaje lógico— que al de la creación artística (29). Además, la inmensa mayoría de procesos de *software* son adaptación o evolución de otros anteriores, en los que se basan, que en muchísimas ocasiones han sido desarrollados colectivamente, y a veces por un gran número de personas, como es el caso de la mayor parte de programas publicados bajo licencias libres.

Sin embargo, «mediante la regulación de programas y de bases de datos se ha creado un derecho de los titulares de propiedad intelectual de autorizar la mera utilización o acceso a la obra, sea programa o base de datos, que no tenía precedentes en el sistema de la propiedad intelectual y que conlleva la prohibición de la copia privada, lo que supone un cambio sustancial de los principios básicos anteriores» (30). Es decir, a pesar de que existen dudas razonables respecto de la idoneidad de aplicar la protección de derechos de autor al *software*, el tipo de protección que se ha garantizado sobre los mismos

(29) Así lo considera R. Santos, vicepresidente de Hispalinux (*apud* ROMEO Y GARCÍA, *op. cit.*, 2003, pág. 233): «Cualquier invención implementada en ordenador es un conjunto de métodos matemáticos aplicados a una representación de datos o estados. Esto es, al fin y al cabo, un algoritmo. Ya fue demostrado en el Isomorfismo de Curry Howard que el *software* no es más que matemáticas, aunque a algunos les parezca magia. Dado que las matemáticas se descubren o se aplican, no se inventan, y que no se puede considerar inventado aquello que inicialmente ya exista, al ser las matemáticas una abstracción conocida o no de la realidad y, por lo tanto, un descubrimiento, contraviene el sentido común patentar las invenciones implementadas en ordenador, programa, *software* o el eufemismo que se prefiera».

(30) C. GAY, *op. cit.*, pág. 266.

colisiona claramente con el derecho de acceso a la información y el conocimiento.

Esta indefinición ha llevado a la Comisión Europea a proponer una Directiva sobre la patentabilidad de las invenciones implementadas en ordenador (20 de febrero de 2002), que asociaría el *software* más al ámbito de la invención tecnológica que al de la creación intelectual. La patentabilidad del *software*, ya implantada en EE.UU., sin embargo, sustituye un problema por otro. En EE.UU. se han concedido miles de patentes de *software* a autores a los cuales, en teoría, habría que pagar sus derechos cada vez que alguien desarrollara un proceso igual al patentado o, lo que es más grave, *a partir del proceso patentado*. Y determinar si un proceso de *software* es adaptación de un proceso anterior patentado o de otro libre es cuestión hartamente compleja. En particular, si el patentado es *software* propietario, dado que el *software* propietario se define precisamente por mantener en secreto el código fuente de los programas, con lo que a) no es posible determinar cómo se ha podido acceder a un *software* de carácter privado y secreto; y b) tampoco es fácil controlar si los programas de *software* propietario utilizan otras patentes de *software* en su programación sin pagar los derechos correspondientes.

En España el artículo 4c) de la Ley de Patentes establece la imposibilidad de patentar programas de ordenador, y en Europa hasta el momento tampoco es posible patentar procesos de *software*, pero la propuesta de Directiva de la Comisión Europea, como vemos, va en la dirección de permitir las patentes en este sector. Las consecuencias podrían ser muy graves para la creación de innovaciones en el sector, porque contrariamente a lo que cabría pensar, las patentes de *software* no son un instrumento para proteger los derechos de autor, sino ante todo un mecanismo que coarta claramente la creatividad, creando monopolios legales de uso de ciertas técnicas, utilidades, procesos.

La importancia de permitir o no las patentes de *software* es, indirectamente, enorme para la industria de los contenidos, por un motivo muy claro: las patentes de *software* encarecen notablemente el desarrollo de cualquier programa informático, y dificultan, además, la existencia de un mercado de aplicaciones de carácter gratuito, con lo que los gastos acaban repercutiendo en el consumidor; es decir, que cualquier redacción de periódico o productora de televisión tendrá que afrontar un gasto mayor para su equipamiento en *software*. Y, obviamente, también implica un mayor gasto para el consumidor.

Nos encontramos, en el fondo, frente a las pretensiones de grandes corporaciones que pretenden hacer pagar a consumidores, competidores y a la sociedad en general, en muchos casos, por el uso de estándares que ellos han

impuesto como obligatorios o por la codificación y sistematización de actuaciones y procesos previamente existentes, meramente actualizados o sencillamente *descubiertos*. La nota común a estas pretensiones es, por ello, la búsqueda o perpetuación de una situación de privilegio que los intereses sociales están lejos de avalar y que, cuando afectan a contenidos informativos o bienes públicos, ponen de manifiesto la urgente necesidad de una actuación de los representantes de los ciudadanos con vistas a reequilibrar la situación.

C. IMPACTO EN LA ESTRUCTURA ECONÓMICA DEL MERCADO CULTURAL Y PROBLEMAS EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA

En una línea muy semejante, el entramado mediático que controla el mercado de la información y la comercialización de productos culturales se enfrenta, como consecuencia de la introducción del soporte digital, la convergencia de los diferentes canales de comunicación y la utilización de Internet como soporte informativo, a una crisis sin precedentes, provocada por la alteración de algunos de los cimientos de su modelo de negocio tradicional. En respuesta a la cual, ciertas iniciativas claramente cercenadoras de la libre competencia, prácticas de corte oligopolístico y presiones de todo tipo para lograr un régimen jurídico privilegiado por parte de los poderes públicos han sido moneda corriente. Los medios de comunicación, aprovechando el poder de que disponen en nuestras sociedades, se resisten tanto a perder peso en la conformación de la conciencia colectiva como a compartir oportunidades de negocio.

a) *La reacción de la industria cultural*

Así, la industria cultural, tan relacionada con los grandes entramados mediáticos, ha sido, sin duda alguna, la más afectada por la aparición de las tecnologías digitales. Aunque es obvio que estas tecnologías han permitido un inusitado desarrollo en las creaciones de la industria en muy pocos años, también han supuesto, por su consabida facilidad de reproducción y copia a través de varios soportes, un aumento de diversas formas de piratería incomparablemente más desarrolladas que las ya existentes con los equivalentes analógicos (31).

(31) No en vano, como esclarecedoramente señala L. LESSIG, *El Código y otras leyes del*

No se trata tan sólo, ni principalmente, de la piratería llevada a cabo por mafias organizadas que venden a escaso precio los más diversos productos culturales —sobre todo música, películas y videojuegos— al poco de salir éstos al mercado —en algunos casos, incluso antes, por ejemplo los DVDs piratas configurados a partir de la grabación directa de la película en el cine, con meses de antelación respecto de la aparición de esta película en el mercado del DVD—, sino, sobre todo, de la efectuada por particulares, a través de las redes P2P y de la propia WWW. El intercambio masivo, de carácter horizontal, realizado entre particulares es, además, gratuito, esto es, el emisor no recibe contraprestación alguna por los servicios que ofrece, en este caso el producto cultural ajeno.

Más allá del problema, que ya ha sido analizado, suscitado por la calificación legal que puedan merecer estas actividades, nos interesa resaltar en estos momentos la afección que esta circunstancia, en compañía de otras, ha supuesto al modelo de negocio de la industria discográfica y cinematográfica. Porque es éste, y no la cultura, ni la música ni el cine, el que está en cuestión. Y, de la misma manera, es éste el que tratan de defender sus responsables y para el que pretenden obtener la comprensión de Gobiernos y legisladores. De las pretensiones de la industria cultural, en términos de legitimidad y de poder político, es pues de lo que es preciso ocuparse, más que de la legalidad o ilegalidad de estas conductas, cuando nos enfrentamos a esta cuestión. Teniendo en cuenta, además, que la misma está integrada en un sector económico que controla la mayor parte de los más importantes canales de comunicación y canalización del debate público. Y que la conservación de esta posición de control y privilegio, de gran interés para quienes la

ciberespacio, Taurus, Madrid, 2001, págs. 233-234, «los derechos de autor han estado siempre en guerra con la tecnología. Antes de la aparición de las prensas (y en especial de la disponibilidad de papel), no existía una gran necesidad de proteger los derechos de autor. Las tecnologías de copia eran tan costosas que la naturaleza misma los protegía. Pero, a medida que el coste de las copias ha ido descendiendo, la amenaza contra el control de los autores ha ido aumentando. Como cada generación ha visto el surgimiento de unas tecnologías de copia mejores que la anterior, la capacidad del propietario de los derechos de autor para proteger su propiedad ha ido disminuyendo (...) La Red no sólo promete copias perfectas de originales digitales a un coste prácticamente nulo, sino que, además, amenaza con imponer una tarea casi imposible a los encargados de velar por el cumplimiento de la ley; localizar y castigar a quienes cometen violaciones sobre los derechos de autor (...) Las restricciones efectivas que la ley impone —contra la copia— desaparecen en el instante mismo en que también lo hacen las restricciones que impone la tecnología. La amenaza de la tecnología es máxima, mientras que la protección que la ley promete es mínima. Para el propietario de los derechos de autor, el ciberespacio parece reunir lo peor de los dos mundos, pues es un lugar en el que la capacidad de copia no podría ser mejor y la protección de la ley no podría ser peor».

ostentan y que por ello tratan de conservarla, no provoca beneficio alguno a la sociedad, sino más bien todo lo contrario. Internet permite superar este modelo oligopolístico y, frente a las resistencias que se oponen a su avance por sus principales beneficiarios, las sociedades han de aprovecharlo obteniendo de él los beneficios que aporta en términos democráticos y participativos.

Porque confluyen aquí, por un lado, la protección de los derechos de autor, pero por otro, no pocos intereses públicos que no han de desconocerse; desde el derecho a la información, a consideraciones de difusión de la cultura y, aplicado en este caso a los productos culturales, el derecho al acceso libre al conocimiento (32). Confluye, en esencia, el intento de asegurar la protección tradicional de los derechos de autor en un contexto cuyas reglas se alejan en buena medida de las que estábamos acostumbrados (33).

Y, adicionalmente, contemplamos una reacción de la industria cultural a estas prácticas que, instalada en la gestión oligopólica de bienes públicos que ha acabado por identificar con sus mismas funciones e intereses, pretende suplantar la capacidad de determinación del correcto equilibrio entre estos intereses que corresponde al Estado y, en última instancia, a los ciudadanos. Su desmesurada reacción, de enfoque ciertamente cuestionable a pesar de haber logrado, en apariencia, *captar al regulador*, se ha centrado, fundamentalmente, en dos ámbitos:

— Asegurar la colaboración de los poderes públicos en «la persecución de la piratería en todas sus formas», según la denominan organizaciones de

(32) Dos derechos que, como nos recuerda Lessig, siempre han entrado en conflicto con la implantación de cada nuevo medio, y siempre se han presentado los ataques del nuevo medio sobre el anterior como una inaceptable forma de piratería: «Si la “piratería” significa usar la propiedad creativa de otros sin su permiso —si lo de “si hay valor, hay derecho” es verdad— entonces la historia de la industria de contenidos es una historia de piratería. Cada uno de los sectores importantes de los “grandes medios” hoy día —el cine, los discos, la radio y la televisión por cable— nació de una forma de piratería, si es que la definimos así. La historia que se repite sistemáticamente es que la última generación de piratas se hace miembro del club de los privilegiados en esta generación —hasta ahora» (L. LESSIG, *Free Culture*, *cit.*, pág. 69). Tal vez esto sea debido a que, como señala J. C. MIGUEL, «Industrias culturales, gratuidad y preciso en Internet», *ZER*, n.º 9, noviembre 2000, «el nacimiento de una nueva industria cultural supone la absorción y utilización de las anteriores, en términos de contenidos. La radio incluye las noticias —propias de la prensa escrita— y la música —edición musical—; la televisión utiliza las noticias, la música, el cine, etc. Hoy Internet incluye a todas las anteriores industrias —radio, TV, prensa, cine, etc.— a la vez que se construyen formas nuevas propias y diferenciales, de la misma manera que lo han hecho las anteriores industrias culturales».

(33) C. GAY, *op. cit.*, pág. 261.

gestión de derechos como la SGAE. Un planteamiento como éste significa perseguir aquello que obviamente se encuadra en la actuación de mafias que obtienen sus beneficios de actividades ilegales, pero acaba por incluir también otro tipo de actuaciones cuya equiparación con las primeras es una aberración conceptual, como mínimo, cuando no un ejercicio de mala fe. Al confundir los términos de esta manera, sin distinguir entre las mafias de la piratería y los usuarios individuales que descargan archivos en Internet, la estrategia de comunicación empleada se dirige hacia la criminalización de su propia clientela, lo que no creemos, por lo demás, que sea a medio y largo plazo una estrategia comercial inteligente.

— Como consecuencia de esta política, imponer, ejerciendo todo tipo de presiones sobre los sectores afectados, diversos *impuestos privados*, el llamado canon, a los soportes de grabación, como los CDs, e incluso a los discos duros de los ordenadores, como ya hemos visto. Los cálculos se efectuaron partiendo de la base de que más del 76 por 100 de los soportes grabables se utilizan para hacer copias privadas de productos protegidos por los derechos de autor. Naturalmente, la reducción de los márgenes de beneficio que supone este canon para las empresas de soportes de grabación ha repercutido directamente en el consumidor, con independencia del uso que se dé al soporte grabable: esto es, con independencia de que efectivamente se utilice para grabar productos protegidos por la legislación de derechos de autor —y, además, productos cuyos autores pertenecen a alguna de las entidades de gestión de derechos—, o se utilice para otros fines.

En resumen, la industria cultural ha reaccionado a un contexto nuevo utilizando, e incluso llevando a sus fronteras interpretativas, y siempre en su beneficio, las reglas tradicionales. Ha contado para ello con la aquiescencia de los poderes públicos, a través incluso de reformas de leyes penales que pueden calificarse sin temor a caer en la exageración de aberraciones jurídicas. Al mismo tiempo, y de forma paralela, las violaciones de los derechos de autor se han vuelto cada vez más indiscriminadas e incontrolables y, lo que es peor, dentro del *totum revolutum* creado por sus supuestos defensores, han acabado por quedar todas fundidas en un magma de aceptabilidad social que sin discriminar entre las más graves e inaceptables y comportamientos más inocuos, ha conducido a la tolerancia social respecto del fenómeno. Los abusos de la industria cultural en su gestión de los derechos de autor son un componente indudable de este caldo de cultivo, lo que a su vez favorece una mayor inaplicabilidad de las leyes, constantemente superadas por la facilidad de acceso y reproducción que permite la tecnología (34). El problema es

(34) Como explica C. GAY, *op. cit.*, pág. 287: «El movimiento de contestación y de

por tanto, y a nuestro juicio, de clara inadecuación, tanto de la industria como del marco jurídico, al nuevo contexto. En consecuencia, urge una profunda revisión, tanto del modelo de negocio de la primera, como del ámbito de protección de los derechos de autor, cuestiones ambas que ineluctablemente habrán de ser afrontadas por los poderes públicos sin temor a la reacción de los oligopolios que rechacen verse privados de sus beneficios tradicionales.

Ésta, hasta la fecha, ha consistido, en los Estados Unidos y Gran Bretaña, en iniciar las demandas multimillonarias, al amparo de sus peculiares derechos de daños, contra consumidores finales, en muchos casos adolescentes, estudiantes de informática e instituciones educativas, en busca de un pretendido efecto *ejemplarizante*. En España, según aseguran sus responsables, las demandas contra quinceañeros no se contemplan «de momento».

b) *Adaptación de la estructura de negocio en el mercado de la información: restricciones y prácticas anticompetitivas*

Los medios de información que desde sus soportes iniciales se han transplantado a Internet, así como los medios de nueva creación en la Red, han visto cómo el contexto de competencia, y en particular el carácter gratuito de infinidad de medios de comunicación —estén elaborados o no con criterios profesionales—, ha reducido a la mínima expresión las posibilidades de transplantar a Internet no sólo las rutinas productivas de los medios tradicionales, sino también el modelo de negocio.

Para hacer frente a esta amenaza han menudeado las prácticas anticompetitivas de los principales medios de comunicación de masas, tanto aque-

cuestionamiento del sistema de propiedad intelectual crece constantemente. Por un lado, animado por lo que se considera una injusta apropiación por parte de los conglomerados industriales de la cultura y el entretenimiento, que acaparan el mayor número de los derechos de propiedad intelectual, favorecidos por un Derecho que siempre ha facilitado ese trasvase a favor de las organizaciones empresariales, en detrimento de los derechos de los creadores y del acceso de los usuarios. Por otro lado, alentado también por la conciencia de que en la red el peso de los distribuidores de contenidos culturales e informativos puede ser mucho menor que en el entorno analógico, puesto que la distribución de contenidos se genera de forma espontánea. El mantenimiento de la propiedad intelectual se vincula así a la prolongación en la red de los esquemas de producción centralizada y de distribución selectiva que se dan en el entorno analógico. Por último, la vinculación que se establece en los textos internacionales entre derechos de propiedad intelectual en el entorno analógico y modelos de negocio de acceso condicional hace recelar de la apropiación del espacio público y gratuito de la red por las industrias».

llos digitales que son generalmente la evolución de algún antecedente audiovisual o impreso como los de nueva creación, en particular los grandes portales generalistas propiedad, por lo común, de empresas de telecomunicaciones.

Como hemos visto, y como resulta a todas luces evidente, Internet supone un enorme aumento del pluralismo informativo al que tiene acceso el ciudadano. La facilidad de publicación y acceso, su carácter transnacional, su estructura descentralizada, su desarrollo de la comunicación a muy diversos niveles, posibilitan el desarrollo de un modelo comunicativo mucho más favorable, en esencia, a los intereses del usuario, si lo confrontamos con el modelo jerárquico tradicional de la comunicación de masas. Aunque no debemos, quizás fascinados por las potencialidades de la Red, ocultar sus defectos (desinformación generada por el excesivo volumen de datos que se ofrecen, además, desordenados; informaciones incorrectas o poco rigurosas, y en consecuencia vulneración de los criterios periodísticos de tratamiento de la información; proliferación de todo tipo de prácticas de dudosa legalidad; etc.), ello tampoco es óbice para, satisfechos con el mayor pluralismo proporcionado por la Red, minusvalorar el peligro de que dicho pluralismo sea afectado, e incluso gravemente perturbado, por la concurrencia de prácticas anticompetitivas de las grandes empresas comunicativas y la pasividad de los poderes públicos, dado que hasta la fecha los comportamientos de este tipo se han significado por no despertar sino la más absoluta indiferencia, cuando no la complacencia, de las autoridades.

Hemos de analizar esta situación partiendo de la constatación y el conocimiento de que los grandes medios de comunicación han encontrado muchos más problemas de los que preveían para realizar su entrada en Internet. Tales dificultades, en esencia, derivan de su empeño en trasladar las reglas de la comunicación de masas a un entorno de comunicación en red y del intento —generalmente infructuoso— de aplicar el modelo de negocio derivado de la comunicación de masas al público potencial de la Red. La mayor parte de las grandes empresas de la comunicación han encontrado en Internet un entorno hostil para sus expectativas, han acaparado un índice de penetración muchísimo menor que el equivalente en otros soportes, dado el mayor pluralismo inherente a la Red, y han cosechado, en suma, un importante fracaso económico.

Al incorporarse a la Red, las grandes empresas desarrollaron, sin embargo, un modelo de negocio que entonces parecía novedoso respecto a lo habitual y ahora se antoja más bien delirante: eran los tiempos de la *Nueva Economía*, que en Internet se fundamentaba en la convicción de que, tras unos años iniciales de experimentación y cierto caos, la Red se convertiría en coto privado de aquellas empresas capaces de soportar la enorme competencia.

Por tanto, en aras de asegurar unos beneficios futuros que se antojaban esplendorosos, las grandes empresas no tuvieron inconveniente, en la mayor parte de los casos, en asumir enormes pérdidas año tras año, en la convicción de que dichas pérdidas se convertirían en beneficios tras lograr la expulsión de la excesiva competencia.

El problema es que dicha estrategia, certera o no, es a todas luces cuestionable si atendemos a las disposiciones legales que en nuestro Derecho velan por la correcta ordenación de la libre y leal competencia mercantil. Semejante conducta, evidentemente contraria a las previsiones de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, ha sido por lo demás confesada con sorprendente tranquilidad por los propios responsables de estas empresas, y publicitada en ruedas de prensa y Juntas Generales de Accionistas sin que el Tribunal de Defensa de la Competencia se dé por aludido a pesar de explicitar con una innegable sinceridad que el objetivo perseguido era una futura rentabilización del mercado una vez desaparezcán los competidores.

La anomia de las autoridades reguladoras es tanto más preocupante cuanto que el mercado informativo en que se ha convertido el premonitoriamente denominado —con otro sentido— mercado de las ideas es la única vía de acceso de la ciudadanía al debate público. Resulta por lo tanto absolutamente básico que se proteja el pluralismo también desde la potenciación de la participación en el mismo de voces lo más dispares posibles. No se entiende que cuando, al fin, el legislador parece haber asumido en Europa y España que en el mercado de la comunicación no bastan las reglas de defensa de la competencia al uso sino que son necesarias previsiones adicionales (35),

(35) En efecto, tanto el Derecho Comunitario como el Derecho estatal han acabado por asumir que, si en general una posición de dominio en un mercado no ha de ser combatida, *salvo que ésta sea empleada de manera desleal para obtener un beneficio adicional o expulsar a competidores*, un planteamiento de esta índole es insuficiente cuando el pluralismo está en juego. En el mercado de la información, en consecuencia, la mera posición de dominio se entiende productora de consecuencias no queridas por el ordenamiento y así se explican las numerosas normas que en los últimos años han pretendido restringir la concentración multimedia, sin necesidad de que para obligar a la fragmentación de la propiedad hubieran debido producirse previamente prácticas anticompetitivas. Puede analizarse esta idea y consultarse un resumen de la pluralidad de iniciativas en este sentido en A. BOIX PALOP, «Libertad de expresión...», *cit.*, págs. 171-177; J. M. BAÑO LEÓN, «La ordenación del mercado de la televisión y el papel de las autoridades españolas de la libre competencia», en S. MUÑOZ MACHADO (ed.), *Derecho Europeo del Audiovisual*, tomo 1, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997, pág. 747; A. RALLO LLOMBARTE, *Pluralismo informativo y Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 193, 216, 230-233; J. C. LAGUNA DE PAZ, «La concentración en los medios de comunicación social», *El Derecho Administrativo en el siglo XXI. Homenaje al Prof. Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, 2000, págs. 2825-2851.

en el campo de batalla más importante y que más influencia puede tener respecto a la conformación del modelo de ejercicio de las libertades de expresión e información en el futuro, Internet, no se haya siquiera planteado velar por el cumplimiento del *programa de mínimos* que es el Derecho de la Competencia.

Con todo, y en este momento, puede avanzarse que la estrategia de los grandes grupos de comunicación ha conducido a un fracaso relativo. Un fracaso porque las pérdidas económicas siguen siendo importantes —en algunos casos directamente inasumibles— y sobre todo porque no se vislumbra en el futuro, al menos todavía, que la reducción del pluralismo sea lo suficientemente profunda como para que el público esté dispuesto a aceptar modelos de negocio razonablemente rentables para los grandes grupos. Pero que la estrategia no haya logrado hasta la fecha el éxito en sus objetivos esenciales no quiere decir que no pueda hacerlo en un futuro, dado que hablamos de un fracaso, insistimos, *relativo*: fracaso relativo porque, endeudándose en muchos casos más allá de lo asumible, han sido normalmente los proyectos nuevos, exclusivos de la Red, no amparados en una fuerte estructura empresarial previa, los que han desaparecido en mayor medida (36), lo que ha permitido a los grandes grupos mediáticos alcanzar cotas de predominio que, aunque en ningún caso son comparables con las habituales en el tradicional sistema de comunicación de masas, sí suponen un importante empobrecimiento del pluralismo.

La reflexión final que nos gustaría apuntar, al hilo de la exposición que hemos realizado sobre las reacciones en defensa de sus intereses que medios de comunicación e industria cultural vienen protagonizando, en una acción por lo demás evidentemente coordinada en muchos frentes —no puede ser de otra manera, dada su integración—, se nos antoja, en consecuencia, bas-

(36) Como explican E. S. HERMAN y R. W. MCCHESENEY, *Los medios globales. Los nuevos misioneros del capitalismo corporativo*, Cátedra, Madrid, 1999, pág. 203, sintetizando el problema: «Las compañías de los medios no disfrutaban del mismo grado de poder sobre el contenido de Internet como tienen en sus mercados oligopólicos tradicionales. La naturaleza de Internet consiste en que cualquiera puede establecer una página web (...) y los costos son mucho menores que los de lanzar una publicación tradicional. Para aquellos que lo desean, la página en la web puede ser producida apenas sin gasto. Sin embargo, y a pesar de la tecnología, la naturaleza altamente abierta, igualitaria y competitiva de Internet está siendo socavada por las fuerzas del mercado, incluso antes de que llegue a convertirse en un medio de masas. A pesar de que cualquiera puede abrir una página en la web, hace falta tiempo y dinero para atraerse un público y para competir con las carísimas páginas de la web que aprovechan los recursos de los medios externos (...) Las compañías de los medios pueden permitirse ser más pacientes que las páginas comerciales aisladas en la web, cuyas perspectivas son inciertas».

tante obvia. Internet es un agente dinamizador indudable y su desarrollo contribuirá de manera más que importante al desarrollo y profundización del pluralismo y de la difusión de la información y la cultura, que gracias a la Red puede ser más accesible en el futuro de lo que lo ha sido nunca, superando incluso diferencias geográficas, culturales y de clase. Para que todo ello pueda producirse maximizando el beneficio social es precisa una intervención pública de fomento y garantía, así como el respeto de los derechos e intereses individuales legítimos. Pero, también, es imprescindible que los poderes públicos tengan muy presentes los objetivos e implicaciones de sus intervenciones y sean enormemente cuidadosos respecto de las peticiones de quienes ven en Internet más una amenaza a sus posiciones de privilegio, un riesgo para su modelo de negocio, que una oportunidad. Frente al poder, cada día mayor, de los medios de comunicación como consecuencia de la esencia deliberativa y representativa de nuestras democracias, la comunicación a través de la Red reposiciona al llamado *Cuarto Poder* y le obliga a afrontar nuevos retos derivados, sobre todo, de la competencia difusa a que se enfrenta. La Red, a la vez que concede más capacidad de penetración e influencia si cabe a los medios tradicionales, les obliga a tener en cuenta a otros agentes en el proceso de conformación del debate público cuya misma presencia era antes impensable y a contar con una mayor participación de los ciudadanos por todo tipo de vías —también como difusores y «postes repetidores» de cultura e información—.

Resulta absolutamente básico, cuando afrontamos la ordenación de estos nuevos fenómenos, atender a las implicaciones que cada una de las decisiones adoptadas tienen sobre los intereses públicos a la luz de las reflexiones que venimos realizando. Y obrar en consecuencia. Que de las grandes posibilidades de que disfrutamos surja y se consolide un modelo de relaciones entre la sociedad, los resortes de poder y el debate público más participativo, libre y plural es una finalidad que los poderes públicos han de satisfacer y constituye una exigencia, por tanto, la consecución de la cual es una responsabilidad colectiva.