

MÚSICA 2.0: La Adaptación de la Música

Ante los Retos Tecnológicos

Andy Ramos Gil de la Haza

Abogado

Blogger y Podcaster – www.interiuris.com

- **Introducción**

La historia de la música ha estado marcada tradicionalmente por los avances tecnológicos; la comercialización de obras musicales y la forma de vida de los músicos ha dependido, en gran medida, de las posibilidades que les ofrecían las tecnologías para hacer llegar su música a un público más o menos extenso. Fue la invención de la imprenta la que motivó la aparición de los primeros textos que tendían a proteger, no tanto al autor sino al editor, que era quien invertía su capital para la publicación de la obra, aunque de manera indirecta también se estaba protegiendo tanto a la obra como al autor. De este modo, y gracias en gran parte a la presión que ejercía este colectivo, las coronas europeas empezaron a conceder, a finales del siglo XV y principios del XVI, privilegios a los editores que les otorgaban la exclusiva explotación de sus ediciones musicales en forma de partitura.

Desde estos primeros momentos hasta nuestros días, los derechos de autor se han ido ampliando, no sólo en el ámbito de protección, sino en la duración para ofrecer un correcto marco de protección tanto a autores y editores, como a otros sujetos involucrados en el proceso de creación y explotación de las obras, ya sean productores de fonogramas, productores de videogramas, artistas intérpretes y ejecutantes o, incluso, a los creadores de bases de datos o de programas de ordenador.

En el presente trabajo voy a analizar la relación que han mantenido en los últimos diez años las nuevas tecnologías con la música, haciendo hincapié en las nuevas formas de explotación de obras a través de Internet. Estudiaré tanto la forma tecnológica en la que se explotan (a través de las redes de intercambio de archivos, también denominadas *peer-to-peer*) como la legal, haciendo un breve estudio de los DRM o

medidas tecnológicas de protección y de las Licencias Creative Commons, que en pocos años han sido *adoptadas* por numerosos músicos.

Voy, por lo tanto, a comenzar haciendo una explicación de los principios que establece nuestra Ley de Propiedad Intelectual (en adelante LPI) en relación a las obras musicales, en un intento de sentar unas bases para todos aquellos que estén menos familiarizados con las leyes y sus términos para que, de este modo, puedan comprobar con una perspectiva más global los problemas que plantean las nuevas tecnologías.

- Aspectos Legales Básicos de la Música

En los últimos años, y sobretodo desde la aparición de Internet, el interés por las leyes de propiedad intelectual ha crecido por parte del público medio y, especialmente, por aquel interesado en la Red y en sus posibilidades como medio de comunicación de masas, lo que ha propiciado una serie de debates que, aunque positivos, han fomentado la desvirtualización de los derechos de autor y conexos. Sería imposible, y casi pretencioso por mi parte, resumir en un par de páginas todos los principios básicos de la propiedad intelectual; aunque sí creo que es necesario, al menos, nombrar ciertas normas con el fin de que el lector/oyente sea capaz de realizar una crítica de mi postura bajo un conocimiento preciso de las leyes.

La LPI protege las *creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro*¹, por lo que ya a priori vemos que no todo puede estar protegido mediante derechos de autor, ya que se exigen unos estándares mínimos de originalidad y creatividad.

España ha seguido acertadamente la tradición continental que, en contraposición al *copyright* anglosajón, considera al autor como piedra angular de la creación. La LPI reconoce al autor derechos exclusivos sobre su obra por la mera creación de la misma, derechos que se pueden dividir en personales y patrimoniales.

¹ Artículo 10 del Real Decreto 1/1996, de 12 de Abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

Los derechos de carácter personal, también denominados “morales”, son los establecidos en el artículo 14 de la LPI, que otorga a los autores de obras creativas y originales, entre otros, los derechos irrenunciables e inalienables de paternidad (es decir, ser reconocido como autor de una obra) y de integridad de la misma, así como establece si su obra será difundida y en qué forma. El autor es el único que puede decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma, si se hará bajo su nombre, de manera seudónima o anónima. Al mismo tiempo, podrá impedir la modificación parcial o total de la misma, si cree que ello atenta contra sus intereses como autor.

Al mismo tiempo, el legislador ha entendido que era necesaria la creación de un marco jurídico de protección sobre las obras, y ello en régimen de exclusividad y durante un tiempo determinado, que fomentase e incitase al autor a seguir creando. No es sino a través de un régimen de exclusividad, que el autor puede beneficiarse de los rendimientos económicos que originan la explotación de sus obras pasadas y que sirven como base para la creación de sus obras futuras.

En este sentido, los artículos 17 y siguientes de la LPI conceden al autor los derechos exclusivos sobre la reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de sus obras, con los matices que posteriormente veremos.

De esta manera, y sucintamente por la limitación temporal de mi intervención, los autores serán los únicos que podrán autorizar la realización de copias de sus obras, la distribución en ejemplares tangibles de las mismas, su comunicación pública (de manera que permita a una pluralidad de personas acceder a la misma sin una previa distribución de ejemplares y siempre que no se halle en un ámbito doméstico), así como a la realización de obras basadas en la suya propia.

A pesar de estos derechos exclusivos, por algún motivo u otro, el legislador español, siguiendo las directrices de tratados y convenios internacionales, ha establecido una serie de límites a los derechos de autores. Límites que han sido ampliados y matizados tanto por la jurisprudencia como por la reciente modificación de la LPI introducida por la Ley 23/2006 que trasponía la Directiva 2001/29/CE, conocida como la Directiva de la Sociedad de la Información.

- **Pasado de la música en Internet**

Es indudable que Internet ha supuesto una nueva manera de entender tanto la música como la forma en la que se accede a ésta; la simplicidad y la casi gratuidad en la que los datos son transmitidos por la Red hace que nos debamos plantear nuevas vías de difusión de obras creativas; lo cual no implica en ningún momento el rechazo a la protección que los autores han tenido tradicionalmente.

En un primer momento, el tráfico de obras protegidas a través de Internet se realizaba por un minoritario grupo de internautas que, a través de sus lentas conexiones modem a Internet, se descargaban obras musicales comprimidas tanto de sitios web que permitían las mismas, como de servidores FTP (*Fast Transfer Protocol*) a los que tenían acceso.

El verdadero punto de inflexión que hizo plantearse a la industria su futuro en el entorno digital fue la irrupción de Napster, un servicio centralizado de intercambio de archivos que permitía a sus usuarios descargarse la música contenida en los discos duros del resto de ordenadores conectados a la red. La Industria discográfica, desde mi punto de vista en una torpe estrategia, en lugar de competir con un servicio legal y accesible, o en vez de comprar el mismo al joven Shawn Fanning, desarrollador del servicio, dedicó tiempo y esfuerzo en intentar el cierre judicial del mismo, el cual se produjo en julio de 2001, tras una medida cautelar dictada por el Ninth Circuit Court de Estados Unidos.

La industria musical ha estado durante años más preocupada en cerrar sitios o servicios como Grokster, LimeWire, iMesh o AudioGalaxy que facilitaban el intercambio de archivos protegidos, que en ofrecer una alternativa tan sencilla y barata como la que ofrecían dichos servicios.

- **Peer-to-Peer (P2P) como forma de puesta a disposición de obras**

Las redes *peer-to-peer* han representado, quizá, la mayor revolución en el mundo de la música desde la aparición de los primeros gramófonos, tanto por la facilidad de su uso como por su casi gratuidad. Es indudable e innegable que la irrupción de las mismas en el mercado discográfico ha supuesto una auténtica revolución para una industria muy cambiante pero acostumbrada, al mismo tiempo, a imponer la forma en

la que los consumidores accedíamos a sus productos. Gracias a Napster y, en general a estas redes que de una forma u otra permitían a sus usuarios intercambiar sus archivos, los usuarios han dejado de adquirir obras (principalmente musicales) por medio de un precio, para hacerlo gratuitamente y de manera prácticamente ilimitada.

Se ha escrito mucho sobre la posible legalidad de las redes *peer-to-peer* o más bien, de la licitud del intercambio de archivos que sobre dichas redes realizan sus usuarios, porque poco se puede cuestionar la perfecta licitud de una tecnología que simplemente posibilita a dos usuarios “compartir” los archivos que cada uno alberga en su disco duro.

Pero como digo, cuestión distinta es la legalidad o no de los *uploads* o “subidas” y los *downloads* o “bajadas” que realizan los usuarios dentro de estas redes, y si las mismas están amparadas por alguno de los límites al derecho exclusivo de los autores que establece nuestra legislación sobre propiedad intelectual.

Desde un punto de vista tecnológico, un usuario de redes *peer-to-peer* realiza dos tipos de actos que podrían tener implicaciones jurídicas: por un lado, realiza una “subida” de obras creativas, calificable como una comunicación pública de obras, ya que facilita su acceso a una pluralidad de personas sin una previa distribución de ejemplares tangibles, y todo ello fuera de un ámbito estrictamente doméstico; y por otro lado, realiza una “bajada” que no es más que la fijación de una obra en un soporte que permite la distribución de la misma. Ahora bien, habría que analizar si dichos actos de explotación constituyen o no infracciones de los derechos exclusivos de los autores.

En este punto, y antes de entrar a analizar cada uno de estos actos, creo que es conveniente también citar el artículo 270 del Código Penal español, que impone penas de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses a quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de un tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente una obra literaria, artística o científica. Una reciente circular del Ministerio Fiscal, que armoniza la postura de este órgano en relación a determinados delitos contra la propiedad intelectual e industrial afirmaba que la interpretación del Tribunal Supremo en relación al ánimo de lucro es “*cualquier ventaja, utilidad, beneficio o rendimiento que se proponga obtener el sujeto activo, no importando ni el modo de materialización de su propósito lucrativo ni si llegó o no a obtenerlo efectivamente*”. Según el Ministerio Fiscal, aunque en las redes *peer-to-peer*

se producen actos de comunicación pública y de reproducción de obras no amparadas por el límite de copia privada, y a pesar de que parece que los usuarios obtienen *beneficios* por el intercambio de archivos protegidos por el precio que se ahorran al obtenerlos de forma gratuita, la aplicación del derecho penal no parece conveniente ya que éste debe ser aplicado de manera subsidiaria y siguiendo el Principio de Intervención Mínima, conclusión que yo encuentro acertada.

Ahora bien, cuestión diferente es el estudio de las “subidas” y “bajadas” de archivos protegidos a través de estas redes, las cuales considero ilegales si no se cuenta con la preceptiva autorización de los titulares de derechos de autor.

Por un lado, los usuarios de redes P2P realizan “subidas” de ficheros, ya sean documentos, archivos de audio, vídeo o software. Estas “subidas” se pueden enmarcar perfectamente tanto en la definición de comunicación pública que hace nuestro artículo 20 LPI, como del artículo 11 y 11bis del Convenio de Berna², que otorga al autor el derecho exclusivo a autorizar la transmisión o comunicación pública de obras por cualquier medio, ya sea alámbrico o inalámbrico.

La reciente modificación de la Ley de Propiedad Intelectual introducida por la Ley 23/2006 incorporó a la legislación española la modalidad de “puesta a disposición” dentro de comunicación pública para referirse a aquel acto de explotación que requiere la autorización de autor por el cual cualquier persona puede acceder a obras protegidas desde el lugar y en el momento que se elija, lo cual se enmarca perfectamente dentro de las transmisiones ocurridas en las redes de pares.

En este mismo sentido, determinados autores³ afirman que la “puesta a disposición interactiva” es un nuevo derecho introducido para la criminalización de las subidas de archivos a través de redes P2P algo que considero incorrecto por cuanto la “puesta a disposición” no es más que una modalidad dentro del “derecho de comunicación pública”, al tiempo que ya existía dicha modalidad mucho antes de la aparición de las redes de intercambio de archivos.

² Convenio de Berna, de 9 de Septiembre de 1886, para la protección de las obras literarias y artísticas. Acta de Revisión de París de 24 de Julio de 1971.

³ <http://www.laflecha.net/entrevistas/david-bravo-especialista-en-p2p> (última revisión el 19 de noviembre de 2006)

Como ha puntualizado acertadamente Antonio Delgado Porras⁴, en la redacción de nuestro antiguo artículo 20 LPI, el cual todavía se mantiene, ya se encontraba implícitamente reconocida la “puesta a disposición” en el artículo 20.2.i (actual 20.2.j) que consideraba como explotación necesaria de autorización “*el acceso público en cualquier forma a las obras incorporadas a una base datos*”. Un usuario de una red P2P no hace más que permitir el acceso público a una o más carpetas que contienen una serie de archivos musicales o audiovisuales que perfectamente podrían constituir una base de datos.

También en este sentido se suele alegar que las comunicaciones que se realizan en redes P2P son privadas, en contraposición a comunicaciones públicas, y por tanto fuera de la definición del artículo 20 LPI. Esta conclusión también la considero desacertada, ya que el segundo párrafo del artículo 1 del precitado artículo se encarga de precisar que no son públicas las comunicaciones que se celebren *dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo*. Aunque es cierto que los usuarios de este tipo de redes suelen tener los discos duros de los ordenadores desde donde “comparten” sus archivos en sus domicilios particulares, la comunicación que se produce entre su ordenador y los millones de ordenadores que se encuentran conectados a estas redes hace que el carácter “privado” carezca de todo sentido, aún más cuando la ley también exige que dicha comunicación no se haga a través de una red de difusión, algo que innegablemente es Internet.

De este modo y de manera incuestionable, creo que los *uploads* o “subidas” de archivos protegidos constituyen verdaderos actos de comunicación pública, en su modalidad de puesta a disposición, que requieren la necesaria autorización de los titulares de las obras que se transmiten.

Por otro lado, las descargas de obras protegidas constituyen reproducción según el artículo 18 de la Ley de Propiedad Intelectual y del artículo 9 del Convenio de Berna, ya que mediante la misma se realiza una reproducción (copia) de una obra, ya sea provisional o permanente, directa o indirecta, de toda la obra o de parte de ella, que permite su posterior comunicación pública o la obtención de sucesivas copias.

⁴ Antonio Delgado Porras: La Incorporación de la Directiva 2001/29 al Derecho Español de Propiedad Intelectual (Derecho de Autor y Derechos Afines al Autor), “*Revue Internationale du Droit D’Auteur*” – Octubre 2006.

Autores como David Bravo Bueno o Carlos Sánchez Almeida consideran que, a pesar de que se los usuarios de redes P2P realizan reproducciones según el artículo 18 de nuestra ley, dichas copias estarían amparadas por el artículo 31.2 de la LPI, el mal llamado “derecho de copia privada”, puesto que no constituye un derecho *per se*, sino un límite al derecho exclusivo de los autores, lo que tiene importante significación jurídica.

Pues bien, dicho límite al derecho exclusivo permite la realización de copias de obras protegidas para uso privado, siempre y cuando no se hagan utilidades colectivas ni lucrativas de las mismas. A pesar de que dichos autores consideran que las descargas de archivos protegidos estarían amparadas por este límite de copia privada, buena parte de la doctrina española, en la que se incluyen los profesores Ignacio Garrote Fernández-Díez o Rafael Sánchez Arísti, afirman acertadamente que dichas reproducciones no pueden considerarse enmarcadas dentro del límite a la copia privada porque de las mismas se hace un uso colectivo cuando el usuario, al tiempo que se descarga obras, pone a disposición o “comparte” los archivos que se ha descargado previamente, por lo que de una reproducción se beneficia una colectividad de personas, lo que constituye el uso colectivo que prohíbe el artículo 31.2 LPI. Afirmación que se sustancia cuando el fin primordial de estas redes es compartir y de hecho “premia” a aquellos que ponen a disposición más archivos. De otro modo, si se permitiese el uso colectivo de la misma, la “copia privada” perdería su razón de ser al perder el carácter privado y personal que el propio término de “copia privada” exige.

En el mismo sentido, la reciente modificación de la Ley de Propiedad Intelectual referenciada anteriormente ha seguido las tesis de la doctrina alemana al exigir que las copias que se realicen amparadas por el 31.2 LPI deberán hacerse de “obras a las que haya accedido legalmente”, condición que no se da en el ámbito de las redes P2P, donde los usuarios ponen obras a disposición de cualquiera sin previa autorización de sus titulares.

Del mismo modo, Antonio Delgado Porrás va más allá y afirma que este requisito de copia a través de un acceso legal ya estaba implícito en el anterior texto de la LPI, cuando se hacía un estudio del 31.2 LPI en consonancia con el 40bis LPI que establece que los límites a los derechos de los autores se deben interpretar de manera tal que *causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran*. Según Delgado Porrás, la realización de copias dentro de un marco de ilegalidad (como es la puesta a

disposición in consentida de obras protegidas en las redes P2P) nunca podría cumplir esos “pasos” o “etapas” del 40bis porque atentaría la normal explotación de la obra.

Además de todo lo argumentado, la 31.2 LPI se encarga de especificar que sólo nos podremos beneficiar de este límite al derecho exclusivo de los autores cuando las copias sean de obras ya divulgadas. Es habitual encontrarnos en este tipo de redes discos incluso una semana antes de que éstos salgan al mercado, por lo que en ningún caso las reproducciones hechas de estos discos se podrían considerar copia privada por dicha prohibición que impone la ley.

En resumen, tanto por la utilización colectiva de una copia que debería destinarse para un uso exclusivamente privado, como por la necesidad de hacer copias de obras a las que se haya accedido legalmente, no parece que las descargas de obras protegidas y sin autorización de sus titulares a través de redes p2p puedan tener una cobertura legal en nuestro país.

Otro punto importante a debatir sería la responsabilidad subsidiaria en la que incurrirían los desarrolladores de este tipo de software que animan e incitan a compartir cuanta más música mejor, al igual que determinados prestadores de servicios de Internet (ISP), pero prefiero no entrar a discutir dicha cuestión por las limitaciones de extensión de este trabajo.

- **Medidas Tecnológicas de Protección (DRM) como medios de control**

Como hemos estado viendo hasta ahora, el devenir de la comercialización de las obras musicales en la nueva era digital ha estado marcado por la liberalización en la distribución de las mismas, ayudado en gran medida por las redes de intercambio de archivos. Al mismo tiempo, la industria discográfica ha estado invirtiendo grandes recursos económicos y humanos en el desarrollo de tecnologías que evitasen precisamente eso la libre distribución de las obras a través de Internet.

Por este motivo, desde hace más de una década se han venido desarrollando lo que se han denominado “medidas tecnológicas de protección” que, incluidas dentro de los propios archivos digitales, permiten al usuario hacer un uso u otro de la obra, impidiendo o permitiendo desde el acceso a la obra a la realización de copias a partir de un original y siempre según los deseos de la casa discográfica.

En el entorno digital, una de las primeras medidas tendentes a impedir la realización de copias a partir de un original fue la introducida por el *Audio Home Recording Act* de 1992, que introdujo los artículos 1001 y siguientes del *Copyright Act* Americano. A través de esta norma y del denominado “*Serial Copy Management System*”, el legislador americano obligó a todos los fabricantes de dispositivos capaces de realizar copias digitales a incorporar en dichos aparatos alguna tecnología que impidiese la realización de copias digitales (y por lo tanto perfectas) a partir de otra copia digital, en un intento por impedir la realización de sucesivas e infinitas copias digitales y perfectas.

Pero la controversia llegó con la aparición de los *Digital Rights Management (DRM)*, que más que tecnologías anticopias eran sistemas que permitían el control de uso de un archivo digital, permitiendo a un usuario, por ejemplo, escuchar una obra un determinado número de veces, compartirla con sus amigos o familiares, transferirlas a un dispositivo portátil o realizar un determinado número de reproducciones/copias de la misma. La aparición de los DRM no era más que el intento de la industria discográfica de controlar sus productos y por lo tanto, de evitar la distribución irrestricta de los mismos.

Ante la aparición de estas nuevas tecnologías que se encuentran embebidas dentro de cientos de aparatos que van desde teléfonos móviles, hasta reproductores de audio portátiles, consolas de videojuegos, lectores de discos digitales o reproductores multimedia, se encontró la industria con la necesidad de asegurarse de que dichas medidas iban a ser respetadas y por lo tanto no franqueadas o modificadas.

Fue en el seno de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y en sus Tratados de 1996 cuando apareció por vez primera la necesidad de proporcionar “protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado o del Convenio de Berna y que, respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados por los autores concernidos o permitidos por la ley”⁵. Este espíritu, que fue recogido también en la Directiva 2001/29/CE, y en especial en su artículo 6, ha finalizado con la aprobación de la reciente Ley 23/2006 de incorporación al ordenamiento jurídico español de la

⁵ Artículo 11 del Tratado OMPI sobre Derecho de Autor.

citada Directiva Europea, amén de lo ya establecido por el artículo 270.3 del Código Penal español.

Los nuevos artículos 160 y siguientes de la LPI ofrecen una protección integral a las medidas tecnológicas eficaces, ya que se podrá perseguir a quien fabrique, importe, distribuya, venda o posea con fines comerciales cualquier dispositivo, producto o componente, así como contra quienes presten algún servicio que tenga un uso comercial o una finalidad limitada al margen de la elusión de la protección, o que esté concebido, producido o adaptado principalmente con la finalidad de eludir una medida tecnológica eficaz.

A pesar de que el legislador se ha encargado de ilegalizar la elusión de medidas de protección de obras, la utilización del término “medida tecnológica eficaz” me parece cuanto menos contradictorio, sobretodo por la incorporación del adjetivo “eficaz”.

La historia reciente de las medidas tecnológicas de protección ha demostrado el inmaduro estado de las mismas con respecto a la facilidad de su elusión, con ejemplos como el del *Content-Scrambling System* (CSS)⁶, la protección anticopia que traen todos los DVD's comerciales y que fue fácilmente franqueada por Jon Lech Johansen⁷, por aquel entonces (1999) un joven de apenas 16 años. Johansen logró también romper otras medidas tecnológicas, como el FairUse de Apple que está incluida en todas las canciones del servicio Apple iTunes, o el sistema DRM de los archivos de media de Microsoft.

Aunque tampoco hay que ser un ingeniero informático ni un experto en criptografía para ser capaz de eludir una medida tecnológica. Tomando como ejemplo las canciones descargadas del servicio de Apple iTunes o Sony Connect, éstas posibilitan a sus usuarios la realización de determinadas acciones, como son el acceso a la obra un ilimitado número de veces, la reproducción simultánea de la misma en un número limitado de ordenadores, o la realización de hasta 5 grabaciones de la obra en un disco compacto. Pues bien, cuando realizamos la copia de dicha canción descargada de iTunes o de Connect en un CD, la protección de gestión de derechos desaparece completamente, dando como resultado un CD con obras musicales completamente desprotegidas y con las que sería legal incluso hacer subsiguientes copias. ¿Estamos entonces ante verdaderas medidas tecnológicas eficaces cuando éstas desaparecen

⁶ http://en.wikipedia.org/wiki/Content-scrambling_system (última revisión el 19 de noviembre de 2006)

⁷ http://en.wikipedia.org/wiki/Jon_Lech_Johansen (última revisión el 19 de noviembre de 2006)

cuando realizamos una acción que el mismo DRM posibilita? Dicho de otra forma ¿estarían protegidas estas medidas si no cumplen el requisito de “eficacia” que exige la legislación, no sólo española, sino internacional?

Otro de los puntos controvertidos de los DRM es la interoperabilidad. A día de hoy, prácticamente cada fabricante de dispositivos ha desarrollado una tecnología de protección de contenidos propia y, en general, incompatible con el resto de medidas que hay en el mercado. Esto implica que, por ejemplo, no sea posible la transferencia de una canción descargada de iTunes a un dispositivo que no sea capaz de “leer” archivos protegidos con el DRM de Apple, que son prácticamente todos excepto los fabricados por la propia empresa californiana, lo cual obliga al usuario a eludir dicha medida tecnológica si quiere reproducir dichas canciones en un dispositivo que no sea el iPod.

En este sentido, algunos ordenamientos jurídicos, como el francés, han adaptado la Directiva 2001/29/CE de la Sociedad de la Información, de tal manera que obligan a la interoperabilidad de las diferentes medidas tecnológicas para que así, los usuarios puedan transferir los archivos musicales protegidos por DRM a cualquier dispositivo, sin importar la medida que incluya cada uno. De esta forma, el Gobierno Francés podría obligar a los fabricantes de aparatos y a los proveedores de contenidos a crear una medida tecnológica que sea compatible con cualquier reproductor, lo que podría acarrear alguna implicación legal, ya que la precitada Directiva no contemplaba dicha exigencia.

Sin perjuicio de lo establecido en las legislaciones internas de cada país, creo que esta interoperabilidad entre tecnologías debería ser una exigencia a la hora de poner en el mercado una medida de protección para que los usuarios tengan la posibilidad, por ejemplo, de realizar “usos justos” con las obras que adquieren legalmente, como la transferencia del contenido de un DVD a un reproductor portátil, de forma que le permita disfrutar de la obra desde el lugar que desee. Parte del fracaso en la comercialización de obras protegidas implementadas con algún tipo de DRM a través de Internet se debe a la falta de interoperabilidad entre servicios y productos, algo en lo que tienen que trabajar en el futuro los desarrolladores de dichas tecnologías.

En definitiva, critico tanto la ineficacia de las medidas tecnológicas, que en este sentido es de agradecer, ya que de ser realmente eficaces nos impondrían condiciones restrictivas y abusivas, como su configuración actual, con medidas

incompatibles entre sí o que en muchos casos pueden implicar un riesgo para la seguridad o la privacidad del usuario.

- **Licencias Creative Commons como estrategia para explotar obras**

En los últimos años se ha popularizado en Internet un espíritu crítico contra los principios esenciales de las leyes de propiedad intelectual que ha supuesto un auténtico movimiento revolucionario contra los mismos. Lo que se inició en los años 80 como una revelación contra los cimientos legales de los derechos sobre programas de ordenador, se ha ido extendiendo hasta abarcar prácticamente cualquier campo de la creación artística y científica gracias, en gran parte, a Lawrence Lessig y a sus Licencias Creative Commons.

Las Licencias Creative Commons (CC) son una serie de textos que, de forma gráfica y sencilla, permiten a los visitantes de una página web conocer los términos de uso de la misma, especificando claramente qué utilizaciones de las obras se permiten y cuáles no. Además de esto, las Licencias CC han estado desde el principio rodeadas de un halo de liberalidad, como perfectamente lo describe su creador en el libro “Free Culture”, libertad ante las restrictivas normas de las leyes de propiedad intelectual y que, según Lessig, no hacen otra cosa que restringir la capacidad creativa de la sociedad. Debido en gran parte a esta sensación liberalizadora, las Licencias CC han conseguido calar bien hondo en la mayoría de bloggers de todo el mundo y también se han extendido, aunque más tímidamente, entre creadores musicales y audiovisuales.

Poco se ha discutido sobre la exactitud, la precisión jurídica y la conveniencia de las Licencias CC en el sector musical, lo cual considero necesario por cuanto las Licencias están siendo utilizadas en su mayoría por creadores que poco o nada saben sobre leyes, y en especial sobre las de propiedad intelectual. Por eso creo que es necesario que, a pesar de ser éstas unas licencias con un espíritu positivo, nos planteemos si están realmente adecuadas a nuestro ordenamiento jurídico español y si son tan adecuadas para todo tipo de obras. Por ello, voy a analizar de manera sucinta determinados puntos de las licencias, y en especial el texto de las *Reconocimiento - No Comercial – Compartir Igual 2.5 España*⁸.

⁸ Texto completo de las Licencias en <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/es/legalcode.es> (última revisión 19 de noviembre de 2006)

Llama en primer lugar la atención, la terminología utilizada para denominar a las partes de la licencia, por un lado el *licenciador*, expresión que resulta cuanto menos curiosa, ya que en la jerga jurídica española la parte otorgante se ha denominado tradicionalmente *licenciante*, y por otro el licenciatario.

En el segundo párrafo de las Licencias, se especifica que el *“El licenciador le cede los derechos contenidos en esta licencia, siempre que usted acepte los presente términos y condiciones”*. Cuando hablamos en términos jurídicos, es importante e incluso necesario, hacerlo con los términos adecuados en aras de *provocar* una mayor seguridad jurídica. En el texto que acabo de leer se habla de una cesión de derechos, lo que implica la renuncia de un derecho a favor de otra persona, en este caso el licenciatario. Creo que la palabra “cesión” ha sido erróneamente escogida ya que significa la transmisión de un derecho a favor de otra persona, cuando creo que el espíritu del texto hace indicar que en vez de una verdadera *cesión*, estamos hablando de una *autorización* de permitir determinados usos bajo determinadas circunstancias. Éste entiendo que es un error grave en la traducción de las licencias (ya que en inglés utiliza la palabra *grant*, que puede ser perfectamente traducida como “autorizar”) que debe ser subsanable al afectar a los cimientos de las propias Licencias.

Las imprecisiones jurídicas continúan en el apartado de Definiciones, y específicamente en el apartado b. cuando dice que es *“autor la persona o entidad que creó la obra”*, imprecisión debida también por una traducción literal de las Licencias. Según el artículo 5 LPI, *se considera autor a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica*; pues bien, las Licencias expresan que una entidad puede ser considerada autor, cuando la legislación española reserva dicho status solamente a la persona natural y en ningún momento a la jurídica. Además, habla de *“obra compuesta e independiente”* como la obra nueva que incorpore otra preexistente; no deja de ser contradictorio el uso de ambos términos conjuntamente, puesto que difícilmente puede ser independiente una obra compuesta, ya que siempre dependerá de la originaria. Con algunas salvedades, el resto de definiciones son copias exactas de la ley que, evidentemente, sí ofrecen una información veraz y precisa.

En el punto dos, en un intento por aclarar que las Licencias no pretenden reducir o restringir los límites legales a los derechos exclusivos del autor, nombra de manera enunciativa el erróneamente llamado “derecho de copia privada” o “derecho de cita”; nuestra LPI en ningún momento otorga derechos a los ciudadanos, sino que establece límites al derecho exclusivo de los autores. Decir “derecho de copia privada” no deja

de ser una confusión terminológica que, en aras de una mayor precisión jurídica, las Licencias deberían corregir por el más correcto “límite de copia privada” en vez de “derecho” porque, de nuevo, en ningún momento estamos ante un derecho *per se*.

El apartado tercero de las Licencias podríamos considerarlo como el núcleo de las mismas, ya que detalla los derechos que serán *cedidos* a favor del licenciatario, de manera no exclusiva, no remunerada, sin límite territorial ni temporal. La enumeración de los derechos *cedidos* es compleja y poco clara, con mezcla de términos y conceptos que se puede explicar cuando leemos el texto de las Licencias originales en inglés y nos damos cuenta de que las españolas no son más que una traducción casi literal de las mismas, lo que provoca la falta de claridad legal que antes enunciaba. Es especialmente impreciso el último párrafo de este artículo que especifica que los precitados derechos “*se pueden ejercitar en todos los medios y formatos, tangibles o intangibles, conocidos o por conocer*”. Nuestra LPI, intentando salvaguardar la figura del autor ante posibles abusos de los productores o editores, obliga en el artículo 43 a especificar expresamente los derechos de explotación que se ceden, e impone el punto 5 que dicha *transmisión no alcanzará a las modalidades de utilización o medios de difusión inexistentes o desconocidos al tiempo de la cesión*, algo que parece ir en contradicción con esa *cesión a medios o formatos conocidos o por conocer* que imponen las Licencias. Efectivamente, la ley preponderaría en este conflicto por lo que podría entenderse esta cláusula de las Licencias como nula de pleno derecho; cláusula que por otro lado constituye de nuevo una traducción literal del texto americano cuya legislación sí permite este tipo de cesiones ilimitadas.

Los textos resumidos de las Licencias suelen ser calificados como “*leíbles por humanos*”, en contraposición del texto completo que parece estar más enfocado a otros especímenes, como los abogados. Pues bien, el punto cuarto de las Licencias establece una serie de *Restricciones* a la *cesión* de derechos que ahí se establece, *restricciones* que están enumeradas de manera confusa, ininteligible y farragosa, de nuevo por una excesiva literalidad en la traducción del inglés al español.

Sin entrar a detallar cada una de las imprecisiones terminológicas, contradicciones y repeticiones en la que incurre dicho apartado, sí citar al menos como anécdota otra cláusula nula de pleno derecho. El punto 4.e) especifica que, a pesar de que estas Licencias son gratuitas, el *licenciador se reserva el derecho exclusivo a percibir, tanto individualmente como mediante una entidad de gestión de derechos, o varias, (por ejemplo: SGAE, Dama, VEGAP), los derechos de explotación de la obra, así como los*

derivados de obras derivadas, conjuntas o bases de datos, si dicha explotación pretende principalmente o se encuentra dirigida hacia la obtención de un beneficio mercantil o la remuneración monetaria privada. En otras palabras, dice que el *licenciador* tendrá derecho a una remuneración, en su caso tramitado a través de una Entidad de Gestión, sólo si se hacen usos comerciales de su obra. Pues bien, los artículos 31.2 (de copia privada) o 90.4 LPI (de remuneración de los autores audiovisuales) establecen determinados derechos remuneratorios a favor de los autores, derechos que son irrenunciables. Mientras que la LPI te especifica que estos derechos son irrenunciables, las Licencias hacen que el *licenciador* renuncie a ellos para explotaciones no comerciales; de nuevo, un grave error que debe ser corregido en futuras revisiones de los textos.

Pero algunas Licencias van más allá; lo dicho anteriormente corresponde a la Licencia *Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual 2.5 España*; pues bien, la Licencia *Reconocimiento-Compartir Igual 2.5 España*⁹, en el punto 3.f) directamente obliga al *licenciador* a renunciar a los precitados derechos irrenunciables tanto si se hacen explotaciones comerciales de su obra como si no. Reitero mi preocupación de que si las Licencias pretenden ofrecer un marco jurídico adecuado para millones de creadores, antes tienen que adecuar su texto y su terminología a la legislación vigente de nuestro país y de esta forma no imponer renunciaciones a derechos que son irrenunciables.

Quiero finalizar mi análisis al texto de las Licencias CC, para no extenderme más, con lo que yo creo que es el principal problema de las mismas, y es la imposibilidad de control de las obras con licencias de este tipo, ya sea por su inexistencia de límite temporal o por la posibilidad de realizar sucesivas obras derivadas sin autorización expresa y por tanto conocimiento del autor originario.

El punto 3 y el punto 7 de las Licencias especifican que la *cesión* de derechos de las mismas es a perpetuidad, y que sólo terminará si el licenciario incumple alguno de los términos allí previstos. Esta disposición, aunque legalmente posible, entiendo que va contra el espíritu de la LPI, que en numerosos artículos (art. 43, 52, 69.3º LPI), intenta salvaguardar los intereses del autor en contraposición de los del editor o productor, al limitar lo máximo posible la duración de cualquier cesión o autorización. A esto se une el interés del licenciante/autor que podría tener interés en limitar las

⁹ Texto completo en <http://creativecommons.org/licenses/by-sa/2.5/es/legalcode.es> (última revisión el 19 de noviembre de 2006)

Licencias por uno u otro motivo. Cuando hablamos de obras musicales este interés es aún mayor, porque se trata de creaciones que pueden tener una relevancia económica; relevancia que podría desvanecerse si una discográfica no apuesta por un grupo que puede no tener todos los derechos o el control de sus obras. Un caso reciente fue el de los Artic Monkeys¹⁰, que aunque no utilizaban Licencias CC, éstas eran en esencia parecidas a los términos de uso de MySpace que obligaba a los músicos a dar una autorización gratuita, mundial y no exclusiva a cambio del servicio de hospedaje. A pesar de los problemas legales que tuvieron Artic Monkeys para publicar su primer álbum, éstos se solucionaron por la limitación temporal de las cláusulas de MySpace, algo que no ocurre con las Licencias CC, que como he dicho son perpetuas.

En definitiva, considero que las Licencias tienen un muy buen espíritu y son una excelente solución para explotar determinadas obras a través de Internet como blogs, podcasts, artículos científicos o videoblogs, con una explotación al margen de las grandes editoras y productoras, aunque al mismo tiempo creo que debería su organización imponerse el reto de adaptarse, primero a la legislación nacional, y segundo a obras como las musicales o cinematográficas que, aunque a priori no puedan necesitar de los recursos de una gran empresa, sí puede darse el caso de que acudan a estas licencias para promocionarse y posteriormente “dar el salto” a otro tipo de fórmulas más comerciales. De hecho, suelo recomendar a grupos noveles los Contratos ColorIURIS¹¹, que además de establecer este límite temporal que considero absolutamente necesario, respetan rigurosamente la legislación española, algo que como hemos visto, no hacen las Creative Commons.

- **Presente y Futuro de la Música en Internet**

La industria musical y la música en general está viviendo momentos inciertos; hemos pasado de acceder a la música de la forma que establecían las grandes discográficas a ser los ciudadanos los que elegimos cómo y dónde disfrutar de nuestros temas favoritos.

¹⁰ <http://www.consumer.es/web/es/tecnologia/internet/2006/04/10/150884.php> (última revisión el 19 de noviembre de 2006)

¹¹ Más información en www.coloriuris.net (última revisión el 19 de noviembre de 2006)

La industria musical lleva unos años experimentando con nuevas formas de explotación basadas tanto en nuevo formatos como los poco exitosos Super Audio CD o DVD-Audio, como por nuevos medios como plataformas *peer-to-peer* legales (Pixbox¹²) como por descargas a través de telefonía móvil o por suscripción, en la mayoría de los casos costosos en un intento por rentabilizar las enormes cantidades invertidas. Además, se han anunciado acuerdos¹³ para comercializar música en sitios web que analizan las mismas a través de técnicas de reconocimientos mediante *Acoustic Fingerprinting* que posibilitarán su identificación para evitar la puesta a disposición de obras sin autorización de los titulares de derechos. Al mismo tiempo, discográficas como Universal van a probar la distribución online gratuita de música en páginas como Spiralfrog¹⁴, basadas en publicidad como medio para obtener ingresos.

Desde mi punto de vista, y aunque muchos afirman que los autores se benefician del intercambio de archivos que los usuarios realizan a través de redes *peer-to-peer*, los creadores de obras musicales deberían tener la posibilidad de decidir en qué forma son explotadas sus obras, todo ello en consonancia con el artículo 14 de nuestra ley. De esta forma creo que los grupos que deciden explotar su música de forma gratuita a través de Internet se beneficiarían aún más si a través de estos medios no se explotasen obras denominadas comerciales, que por otro lado son las que acaparan la mayor parte de las descargas en Internet. Si se impidiese completamente la descarga gratuita de música comercial a través de redes *peer-to-peer*, los usuarios que no están dispuestos a pagar una cantidad por descargarse música tendrían que acudir a aquellos grupos que facilitan sus obras de manera gratuita, provocando un ascenso en el número de descargas de canciones de estos artistas. Siguiendo estas reglas, tanto los artistas más comerciales como los menos, distribuirían su música como entienden que es más oportuno para sus intereses, al tiempo que los consumidores acudirían a unos u otros según si están dispuestos a pagar o no. En definitiva se trata de respetar la forma en la que el sector autoral ha decidido publicar sus obras.

¹² <http://www.terra.es/pixbox/> (última revisión el 19 de noviembre de 2006)

¹³ Un ejemplo es el acuerdo suscrito por Gratenote y MySpace para no permitir a los usuarios de esta última “colgar” música protegida; <http://www.gracernote.com/corporate/press/article.html/date=2006103000> (última revisión el 19 de noviembre de 2006)

¹⁴ <http://www.spiralfrog.com/> (última revisión el 19 de noviembre de 2006)

- Conclusiones

Como he venido sosteniendo durante el presente trabajo, creo que estamos en un punto intermedio entre la forma en la que se divulgaba la música tradicionalmente y la que será en el futuro. Apuesto principalmente por las redes *peer-to-peer* como medio eficaz, sencillo y económico de distribuir la música a través de Internet, pero implementadas con tecnología de identificación de piezas musicales, ya sea mediante marcas de agua o por *acoustic fingerprinting* y, por supuesto, contando con la necesaria autorización de los titulares de derechos de las obras que por éstas circulan. La utilización de este tipo de infraestructuras ayudaría a los proveedores de contenidos a abaratar los costes de instalación y mantenimiento de sus servicios, lo que redundaría en el precio final del mismo, que considero excesivo a día de hoy. Además, las medidas tecnológicas de protección deberían configurarse de tal forma que siempre permitiesen a los usuarios hacer “usos justos” de las obras, como transferirla a dispositivos portátiles o enviársela a un número limitado de amigos.

Finalmente, las Licencias Creative Commons, como herramientas ampliamente utilizadas por los nuevos creadores, deberían adaptarse con mayor precisión a la legislación española para ofrecer a los mismos un texto íntegro y sin fisuras, al tiempo que deberían ofrecer soluciones flexibles como lo hacen otras análogas, como los contratos ColorIURIS.