

La transmisión de derechos de los creadores visuales en la red. Algunas cuestiones

Autor: Javier Gutierrez Vicén

Abogado. Director General
Entidad de Gestión VEGAP

Resumen

Este artículo presenta unos apuntes para la reflexión sobre la realidad “disfrazada” que se esconde tras el denominado libre acceso a las obras protegidas por el derecho de autor.

Por otra parte, se analizan los defectos técnico-jurídicos que presentan las licencias *Creative Commons* así como la solución que ofrece la gestión colectiva en la gestión de los derechos de autor en el entorno digital.

Palabras clave: open access initiative, free culture, copyleft, licencias creative commons, copyright, derecho de autor, gestión colectiva, creadores visuales, on line art, VEGAP.

Abstract

This article presents a series of notes which invite to reflect on the “disguised” reality hidden behind the so called free access to works protected by copyright.

It also analyzes the technical-legal defects posed by creative commons licenses, as well as the solution offered by collective management as regards the management of copyrights within the digital environment.

Key words: open access initiative, free culture, copyleft, creative commons licenses, copyright, author right, collective management, visual creators, on line art, VEGAP.

Recibido: 15.07.2009

Aceptado: 11.09.2009

I. Introducción

¿Qué cambios sociales y económicos han sido necesarios para que el pasado año una corporación multinacional, con mucho poder económico, haya sido galardonada con el premio Príncipe de Asturias de Comunicación y Humanidades? ¿Por que en la promoción y defensa del movimiento copyleft se pone como modelo ejemplar de la economía de la cooperación a Google? ¿Es también economía de la cooperación la venta del teléfono móvil “Dream” que comercializa Google?

La corporación Google se define por sus expertos en comunicación como “un emperador magnánimo que conquista provincias para entregárselas a sus aldeanos”.

Esta definición produce escalofríos a algunos de sus aldeanos y el nivel de confusión que se está alcanzando en la economía de los derechos de autor en la red digital también produce escalofríos a estos mismos aldeanos de la “Aldea Global”.

Actualmente fruto del intenso trabajo de comunicación y de lobby que realizan las corporaciones multinacionales como Hewlett Packard, Microsoft, Google, IBM, y algunas otras organizaciones del mismo tenor, ha generado un estado muy confuso en la percepción de cuestiones que hasta hace tan solo diez años eran muy nítidas.

Me refiero a conceptos como el de autor, el de obra de creación, derechos de explotación o mercado de derechos de propiedad intelectual.

¿A qué se debe que sean precisamente los grandes operadores del mercado de derechos de propiedad intelectual quienes hayan promovido intencionadamente y con tanto éxito esta confusión?

Los esfuerzos económicos empleados para ello solo pueden tener una respuesta: Detrás de este objetivo de confundir a todo el mundo se esconde un gran negocio. Es mi propósito en este artículo acercar esta percepción al lector.

La campaña que se denominó “Open Access Initiative” fue promovida con los auspicios de Google y Microsoft y tuvo su eclosión con el manifiesto de Budapest en el año 2001.

En este Manifiesto se promocionaba el acceso libre, gratuito y en línea de los artículos y ensayos científicos entendiendo por acceso libre: “su puesta a disposición gratuita en Internet permitiendo a cualquier persona leer, descargar, copiar, transmitir, imprimir, buscar o enlazar el texto integral de tales artículos, desplazarse por ellos para indexarlos, pasarlos como datos a un programa o servirse de ellos para cualquier otra finalidad. Sin más barrera financiera, legal, o técnica que las indisociables del acceso y la utilización de Internet. La única limitación para su reproducción y distribución y la única función del derecho de autor en este ámbito debería ser la de garantizar a los autores un control sobre la integridad de sus trabajos y el derecho a ser correctamente reconocidos y citados.”

De todo ello nos da cuenta en un excelente artículo titulado “La protección jurídica del denominado conocimiento libre” la profesora de derecho mercantil de la Universidad Jaume I, María José Senent Vidal, que se publicó en el número 21 de la Revista de Propiedad Intelectual en el año 2005.

Pues bien, es tristemente conocido por los investigadores universitarios más lúcidos que, desde entonces y hasta ahora, han surgido como por ensalmo diversos operadores en la red digital que ofrecen servicios de búsqueda especializados en diferentes campos de la investigación científica.

Estos amantes de la economía de la cooperación han creado bases de datos en las que incorporan estos artículos científicos a los que acceden de forma gratuita y que después suministran a los consumidores bajo el pago de cantidades nada despreciables.

En Madrid, por ejemplo, las universidades han tenido que crear un “pull” económico para poder financiar las adquisiciones de estos textos a través de estos buscadores para optimizar las economías universitarias. Este “pull” que recibe el castizo nombre de “Consorcio Madroño”, paga las búsquedas de estos materiales de investigación.

Entre los buscadores más utilizados se encuentra “Science-Direct”. Este buscador está cerrando sus ejercicios contables con importantes beneficios económicos gracias al ingente material gratuito que se encuentra en la red y es capturado por el buscador. Además, el efecto llamada que el uso del propio buscador provoca en la comunidad científica, hace que le envíen voluntariamente muchos artículos y ensayos de forma gratuita para ser divulgados. Pero, por otra parte, este ángel de bondad, ejemplo acrisolado de la economía de la colaboración, suministra los artículos bajo pago. Así, por ejemplo, para descargarse un texto científico de 6 páginas, el consumidor ha de pagar 31 dólares con 50 céntimos que hoy en día es un precio respetable para un libro.

Otro tanto ocurre con bancos de imagen y otros archivos digitales que compilan en sus bases de datos obras que se han incorporado en la red con la voluntad de sus autores de facilitar su libre acceso. De esta forma se diseminan en la red millones de fotos e imágenes de libre acceso que son compiladas en bancos de imagen, que como el que tutela Google, se ofrecen bajo pago a las agencias publicitarias con la ignorancia completa de los autores de estos usos de sus fotos e imágenes. Cuando las obras

aparecen utilizadas en anuncios publicitarios, los autores podrán estar felices o no por ello. Quien en todo caso lo esta es la compañía que ha proporcionado este material, habiéndolo obtenido de forma gratuita y entregándolo bajo precio.

Existen unas evidentes y explícitas relaciones de hermandad cuando no de identidad de sus promotores entre el movimiento Free Culture, el movimiento Free Access y el movimiento Copyleft.

También existe una hermandad, aunque son más bien hermanastros, entre el Copyleft y la corporación *Creative Commons*. A nadie se le oculta por otra parte, que existen unas relaciones de complicidad entre los promotores en España del movimiento Copyleft y la plataforma “Todos contra el canon”. Sin embargo, son menos conocidos por la opinión pública los intereses económicos que están impulsando los apoyos de todo tipo que las corporaciones multinacionales están brindando a estos movimientos para sostenerlos y potenciarlos entre los creadores, la clase política y la opinión pública. Estos intereses económicos no son otros que los que nacen de los nuevos modelos de negocio que permite realizar la red digital con su capacidad de difusión y la posición jurídica que da la titularidad de un programa de ordenador y de una base de datos.

El gran secreto es poder absorber los contenidos del ingenio engulléndolos gratuitamente y devolverlos al mercado comercializándolos bajo pago.

Como siempre, como en todas las engañifas mercantiles, al igual que en los juegos de ilusionismo, el secreto es de una enorme simpleza, lo que es complejo, lo que es de difícil comprensión, es el disfraz que oculta el secreto.

Voy a intentar acercarme a este lado oscuro del mercado de los derechos de autor de los creadores visuales en la red digital. Abordaré en primer lugar una reflexión que amplíe lo ya iniciado. Continuaré con un breve análisis de las denominadas licencias *Creative Commons*, destacando lo que los analistas en esta materia ya han publicado, de manera especial, ese gran maestro de maestros que es Antonio Delgado, que hizo un trabajo magistral al respecto que presentó en el curso académico regional de la OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina en noviembre de 2005. Mencionaré de pasada la escasa jurisprudencia que existe sobre estos peculiares contratos de adhesión que a mi juicio, entre otras materias normativas, conculcan la Ley 7/1998 de 13 de Abril sobre Condiciones Generales de Contratación y, por supuesto, conculcan distintas materias del TRLPI 1/1996 de 12 de Abril, nuestro código civil y la Ley 34/2002 de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información.

Quiero aclarar antes de continuar que ha sido esta escandalosa conculcación legal la que me ha llevado a dar importancia a un fenómeno que, por otro lado, es tan triste y tan mediocre desde el punto de vista técnico- jurídico como lo son estas licencias *Creatrive Commons*.

Terminaré refiriéndome a la gestión colectiva de los derechos de autor de los creadores visuales en la red digital.

II. Las creaciones visuales y su explotación en la red

El proceso de digitalización ha permitido el desarrollo de sinergias no existentes hasta el momento. El ensamble de un conjunto de redes y sistemas abiertos que permiten el desarrollo de nuevos servicios en los sectores de la informática y de las telecomunicaciones, facilita a su vez el desarrollo de actividades comerciales en el seno de la enseñanza y de la cultura. Hoy en día, la irrupción de este fenómeno, que es a la vez técnico y económico, en el seno de la enseñanza, la ciencia y la cultura, tiene en la actividad publicitaria su aglutinante.

La publicidad a estos efectos constituye al mismo tiempo un motor de procesos y un estilo de comunicación que fuerza al espectáculo y al entretenimiento en estos ámbitos.

Nunca hasta ahora la ciencia, la educación y la cultura tuvieron necesidad ni del espectáculo ni del entretenimiento, mas bien les miraban con recelo y repugnancia, conscientes de la frivolidad y de la codicia que ocultan.

Las obras creadas en la red quedan liberadas de su vínculo con el objeto material, hecho éste que es novedosísimo en la plástica, pues era una de sus características principales, si no la principal, que la diferenciaba frente a las otras obras de creación.

El arte en la red se hace en el ciberespacio para ser disfrutado en el ciberespacio y carece, en consecuencia, de materialidad. Además estas obras de creación están marcadas por otra de las características del entorno digital: la interactividad del receptor.

Estos elementos en sí mismos conllevan en su seno aspectos que generan dificultades para garantizar el respeto del derecho de autor de los creadores. Estas dificultades son comunes a todas las obras de creación en la red, pero en el caso de las creaciones visuales, dos elementos agravan más las posibilidades del respeto al derecho de autor.

Por una parte, la imagen es el aglutinante y elemento más poderoso del lenguaje audiovisual, esto se comprueba fácilmente porque no existe ningún ordenador sin pantalla y la inmensa mayoría de los sitios Web tienen imágenes.

Se puede desarrollar la navegación en la red sin sonido pero no sin imagen.

Por otra parte, la multiplicidad de imágenes existentes y la versatilidad de su utilización y aplicación las convierte en un elemento muy apetecible para su utilización.

Al tener además una fortísima carga simbólica, existe una relación, dentro del inconsciente colectivo, con estas imágenes que es un poco ambivalente, pues, de un lado, algunas de ellas tienen un contenido simbólico que trasciende de el arte mismo (como por ejemplo el “Guernica” de Picasso) lo que genera en las masas valoraciones cuasi religiosas y, de otro lado, su “instantaneidad”, es decir, el hecho de que en la percepción de la imágenes no existe una secuencia temporal -como ocurre en el caso de las obras literarias o musicales- junto a su versatilidad, lo que permite que puedan ser aplicadas en cualquier campo y para casi cualquier propósito. Cambiando su significado según se realice la aplicación simbólica, pudiendo una misma imagen significar dos cosas contrarias.

Ello hace que junto a una actitud admirativa, conviva igualmente un cierto desprecio o minusvaloración, que crea una suerte de relación social con el arte que anima a la gente e incluso a algunos creadores a considerar las obras de arte como “ausentes de autor” como si se tratase de obras que desde su origen han nacido del acervo común. Por ello, invocar la autoría de estas creaciones, para una parte de la opinión pública, es considerado casi como un abuso, como una actitud antisocial. Esto ocurre de manera especialmente clara con la fotografía.

Se confunde así la creación como fenómeno mayéutico que corresponde al esfuerzo del ser humano como individuo, con la cultura, potencia social, resultado del tamiz de la dialéctica social, la digestión social de lo generado y su validación histórica.

Esta situación especial, que hace que las obras de creación visual en el entorno digital estén sometidas a unos peligros especiales o específicos con relación al derecho de autor de sus creadores, se agrava además ante las características económicas que se presentan con relación al fenómeno de las actividades de las empresas que operan en la red.

La exigencia que el negocio digital presenta y que fuerza a las empresas a la realización de inversiones muy fuertes, está impulsando unos movimientos de concentración de empresas que se están desarrollando al margen de las regulaciones antimonopolio en todo el mundo. Se trata de unos procesos de inversión de carácter transnacional y las concentraciones de capitales están buscando criterios de complementariedad para generar nuevas sinergias.

Este fenómeno de concentración está dando pie a la aparición de grandes grupos empresariales que ejercen una suerte de monopolio vertical. Cuando estos grupos de empresas trabajan en ámbitos culturales, es frecuente que sus capitales tengan orígenes de lo más diverso, completamente alejados de la cultura. Esto, inevitablemente, genera una ausencia de vínculos estrechos y reales hacia la cultura y una necesidad de obtención de rentabilidad inmediata.

Esta necesidad de rentabilidad inmediata conlleva un interés voraz por adquirir los derechos de los creadores y sustituirles en su capacidad de obrar.

Nos encontramos, pues, con que uno de los fenómenos que afectan a la creación visual, como lo es el de la violación sistemática de los derechos de autor de estos creadores por vía de los contratos que se les presentan y que tiene una agravación especial en el caso de las obras realizadas en la red o en la utilización de estas obras a través de la red.

Este nuevo estado de conciencia codiciosa se está extendiendo en los ámbitos más diversos, incluso en los museos. Véase como ejemplo el artículo del Dr. Trevor Carmichael publicado en el número 2 del pasado año de Noticias del ICOM animando a los museos a obtener beneficios lucrativos mediante la explotación de licencias de propiedad intelectual.

Esta loca carrera por obtener y explotar los derechos de autor al margen de los autores (“ el derecho de autor es demasiado importante para dejarlo en manos de los

autores”) ha creado a su vez al menos dos líneas de actividad diferentes. La primera está constituida por una tendencia a utilizar de forma abusiva los límites a los derechos de autor invocándolos en supuestos y en situaciones que nada tienen que ver ni con el espíritu ni la letra de las normas limitativas a los derechos de autor.

Algún historiador del arte y otros especialistas en estética, respetables en su especialidad pero completamente legos en derecho, han aventurado teorías muy peregrinas que partiendo del concepto del “aura” en el arte de Walter Benjamin y la supuesta pérdida de este valor inmaterial como consecuencia de la reproducción del original, conlleva de por sí la conclusión de que dichas reproducciones en el arte son “otra cosa” y no precisan, en consecuencia, para ser realizadas contar con el permiso del autor. Y tras esta alegre decisión se une todo ello en un disparatado aserto relativo al límite de la cita que, sin embargo, es invocado no como un límite al derecho de autor sino como “un derecho de cita”.

No está de más recordar que la propiedad intelectual es un derecho de propiedad especial, tal y como lo recoge el artículo 428 del Código Civil, y que el derecho de propiedad es contemplado en nuestra Constitución como un derecho fundamental, aun cuando venga en todo caso limitado por su función social (artículos 33.1 y 32.2 CE). Mientras que por su parte el derecho de acceso a la cultura que recoge el artículo 44 CE, no es un Derecho Fundamental, sino un principio rector de la política social y económica que la Constitución exige a los poderes públicos. Una cosa es que la Constitución establezca un principio que orienta la creación del legislador, y otra que el poder público haya de asumir el compromiso constitucional de asegurar el ejercicio y disfrute del acceso a la cultura. Una cosa es que a los ciudadanos no se les pongan barreras de acceso a la cultura y otra cosa distinta es que se elimine un Derecho Fundamental, como lo es el de la propiedad intelectual, para establecer determinado tipo de beneficios que son de índole particular.

Llegado este punto, he de hacer una breve disquisición sobre problemas procedimentales que crea Internet y que aún no han sido resueltos.

La actual ausencia de una “Lex mercatoria” en el ámbito de la red digital está generando problemas enormes de inseguridad jurídica, especialmente en materia del derecho aplicable ante las infracciones del derecho de autor.

La “Lex loci protectionis” recogida como principio tanto en el Convenio de Berna como en el artículo 10.4 del Código Civil español deviene en insuficiente, pues no se identifica con la “Lex fori” dado el carácter plurilocalizado de las infracciones en Internet.

Numerosos tratadistas han abordado esta cuestión. Cabe mencionar en nuestro país a A. L. Calvo Carrascosa y J. Carrascosa así como a Lydia Esteve González.

Conscientes de este problema los Estados Unidos impulsaron en 1992 la iniciativa de un convenio mundial de exequátur bajo los auspicios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado cuyas negociaciones finalizaron en 2004. El convenio no ha sido ratificado hasta el momento.

Parece que los fuertes intereses económicos que están en juego y la necesidad de obtención inmediata de retornos económicos por parte de las empresas que han invertido fuertes recursos en la generación de nuevos modelos de negocio en la red son la única razón que está impidiendo la elaboración de una convención mundial que regule esta “Lex mercatoria” internacional en la red digital.

III. Las licencias *Creative Commons*

La otra línea, hermanada con la anterior por su propósito final, es menos burda y más taimada y está evolucionando en una rápida elipse cuyo arco de apertura es cada vez mayor. Me refiero, naturalmente, al movimiento “Copyleft” y a sus parientes próximos, el movimiento “Free Culture” y la promoción de las llamadas “Licencias Creative Commons” que en realidad son, tras su absorción por el sistema, unas estrategias que el sistema mismo está generando para facilitar el engullimiento acelerado de los derechos de los autores.

El asunto es candente, y también sorprendente. La primera pregunta sería: ¿como es posible que se hayan dedicado tantos recursos y esfuerzos que involucran a veces a instituciones públicas en la labor de promoción de estas iniciativas supuestamente privadas, libertarias, contraculturales y antisistema?

Los orígenes del movimiento “Free Culture” los encontramos por una parte en la “Open Access Initiative”, al que me referí anteriormente, y por otra parte en el movimiento del “Software libre” que inspira a su vez el proyecto “Creative Commons”.

Para hablar de “Free Culture” hay que remontarse a la “Free Software Foundation”, creada por Richard Stallman en 1985. Richard Stallman, formó parte del laboratorio de inteligencia artificial del “Massachusetts Institute of Technology” hasta 1984 y redactó el Manifiesto GNU para crear una alternativa libre al sistema operativo Unix, de forma que cualquier usuario pudiese ejecutar copiar, distribuir, estudiar cambiar y mejorar dicho Software, y redactó una licencia de cesión derechos de propiedad intelectual denominada “General Public Licences” (GPL).

Los recursos de esta fundación provienen de Google, IBM, Hewlett Packard Invent, MYSQL y Linux, lo cual se puede comprobar en la página de la Fundación ([http:// www.fsf.org/donate/patron/index.html](http://www.fsf.org/donate/patron/index.html)).

El éxito del Software libre es muy claro dentro del sector empresarial institucional y gubernamental y lo utilizan empresas tan importantes como Telefónica, IBM o Hewlett Packard.

Por su parte el profesor Laurence Lessig de la Universidad de Stanford y el profesor James Boyle de la Duke Law School, inspirados en la “Free Software Foundation”, han construido a su vez una filosofía desde el 2001 para justificar sus denominadas licencias “Creative Commons”. Esta doctrina es expuesta por el Profesor Lessig en su libro “Free Culture”, y no solamente se ordena desde descripciones de libre acceso a la cultura, realizadas de forma muy amplia, y en un tono que a cualquier jurista con

un mínimo rigor le levanta sospechas, sino que además, se contienen ataques explícitos y directos contra el sistema de protección del derecho de autor que existe en Europa, además de los ataques al “Copyright” norteamericano.

El profesor Lessig desarrolla su movimiento con la cooperación de la Hewlett Packard Foundation, McArthur Foundation, y otras organizaciones importantes y muy influyentes como la Computer Tyme web Hosting, contando con generosas ayudas de empresas periodísticas y servicios de telecomunicación. Cabe mencionar en nuestro país las aportaciones de Telefónica española y sus filiales iberoamericanas quienes, por ejemplo, financiaron el año 2007 una gira del Profesor Lessig por diferentes países de América latina para promover las licencias “Creative Commons”.

Las licencias “Creative Commons”, inspiradas en las GPL de la Free Software Foundation se proponen, según explica la corporación, facilitar modelos de licencias que permitan liberar de forma fácil el uso, la distribución y en su caso la modificación de toda clase de obras de propiedad intelectual, excepto el software, para el que recomiendan expresamente el uso de una licencia GPL.

Estas licencias no son, desde el punto de vista jurídico, licencias. Para hablar con propiedad, son formularios propuestos por la organización a los titulares de los derechos sobre las obras que decidan utilizar. Más que fórmulas de contratos de licencias de explotación, estos formularios constituyen en realidad ofertas públicas de celebración de tales licencias. Las mismas aparecen predispuestas en modelos contractuales para ser otorgadas por las partes a distancia y en línea, teniendo como destinatarios a cualquier miembro del público que accede a la red y sin limitación en cuanto al número de eventuales “licenciarios”, de acuerdo con la nomenclatura que utiliza la organización. Tanto la oferta de la licencia como su aceptación son declaraciones de voluntad de las partes que requieren, de acuerdo con nuestro Código Civil, el efectivo conocimiento de quien las emite y de sus respectivos destinatarios.

Estos modelos de ofertas públicas de celebración de contratos de licencias “on line” que son las licencias *Creative Commons* vulneran el artículo 1262 párrafo primero del Código Civil que para el nacimiento del contrato exige el concurso de la oferta y de la aceptación, pues en ninguno de los formularios se expresa en que manera comunicará el licenciario su aceptación al autor licenciante y, a su vez, el autor solo conocerá de esta aceptación cuando se entere, si es que se entera, de la utilización de su obra por el licenciario.

Como quiera que los derechos exclusivos que se mencionan en los formularios no se transfieren como exclusivas de explotación, sino que permiten al autor y a los terceros y sucesivos contratantes concurrir con cualquier licenciario en las explotaciones de la obra, nos encontramos en realidad ante autorizaciones simples, que solo generan efectos obligacionales entre las partes.

Por otra parte, como estas licencias se presentan “on line” se conculca también la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico que, en su artículo 28, exige la confirmación de aceptante a las condiciones del oferente.

Las licencias *Creative Commons* también conculcan el artículo 5.4 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación que determina que las condiciones ilegibles, ambiguas o incomprensibles que no hubiesen sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente no quedarán incorporadas al contrato.

Estas licencias chocan con el ordenamiento jurídico español en todo lo relativo a la formación del contrato (la oferta, la aceptación y el nacimiento de la licencia). También chocan con las normas que establece la ley de Propiedad Intelectual española, en la medida en que los efectos obligacionales de estas licencias de uso no exclusivo no recogen una clara determinación de las partes, de los actos de explotación autorizados, de la fijación de un término cierto de duración del contrato, sin respetar lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley de Propiedad Intelectual. Las definiciones que en estos formularios se hacen de los conceptos de obra, de obra colectiva, de obra compuesta, de obra derivada, de obras audiovisuales y de bases de datos son contrarias a nuestro ordenamiento jurídico. Y esto último es especialmente relevante para los creadores visuales que se expresan mediante creaciones de videoarte o de arte electrónico. Contravienen también el carácter irrenunciable e inalienable del derecho de remuneración a favor de los creadores que está establecido por la ley y no puede conculcarse por vía contractual.

Por otra parte, la *Creative Commons* Corporation ofrece su sitio Web para que los autores que lo deseen liberen sus obras al dominio público.

Ello es así porque, para el sistema del Copyright, imperante en Estados Unidos de Norteamérica, la expresión “dominio público”, designa de manera genérica la ausencia de reserva de derechos.

Sin embargo, para las legislaciones que se rigen por el sistema del derecho de autor, como es el caso de la mayoría de las legislaciones de la Unión Europea, solo se reconoce el dominio público de la obra una vez que se ha agotado el período de vigencia de los derechos de explotación y aún así subsisten algunos derechos como lo son determinadas facultades del derecho moral que pueden ser ejercidas por los herederos del titular o las administraciones públicas.

Para los países miembros de la Unión Europea es la Directiva Comunitaria en materia de duración (Directiva 93/98/CEE del Consejo de 29 de Octubre de 1993 relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines) la norma que determina la entrada o no de las obras en el régimen de dominio público.

Por otra parte, el autor pierde el control de su obra cuando regula su uso mediante una licencia *Creative Commons*, pues estas licencias constituyen autorizaciones a perpetuidad y los usuarios presumirán siempre que la explotación de esta obra se realiza bajo los términos de estas licencias. Por ello, una vez divulgada en la red una obra bajo licencia *Creative Commons* se hace imposible que el autor pueda retirarla del mercado vulnerándose con ello el derecho moral de arrepentimiento.

Es evidente que con estas licencias se pretende contribuir al debilitamiento del

derecho de autor utilizando a los propios creadores contra el sistema que defiende sus derechos.

También llama mucho la atención que la organización del “Creative Commons” se exonera de cualquier tipo de responsabilidad incluyendo declaraciones y estipulaciones del siguiente tenor: “*Creative Commons no es parte de esta licencia y no ofrece ninguna garantía en relación con la obra. Creative Commons no será responsable frente a usted o a cualquier parte por cualquier teoría legal de cualesquiera daños resultantes, incluyendo pero no limitado, daños generales o especiales (incluido el daño emergente y el lucro cesante), fortuitos o causales en conexión con esta licencia.*”

Todo el conjunto de exoneraciones de la organización mucho más extenso que el anteriormente descrito refleja, en todo caso, la debilidad y la poca credibilidad del sistema “Creative Commons”.

IV. Jurisprudencia española sobre las licencias *Creative Commons*

No existe jurisprudencia sobre esta materia en sentido estricto. Las hasta ahora escasísimas sentencias de nuestras audiencias provinciales en las que aparece en el objeto del litigio las licencias *Creative Commons* no se centran en la valoración jurídica de las mismas. Se trata de demandas interpuestas por SGAE contra locales públicos que se han opuesto a las reclamaciones de esta entidad de gestión argumentando que la música que se difunde en estos establecimientos es solo de autores que permiten el uso de sus obras bajo estas licencias.

En ningún caso las audiencias provinciales han analizado el contenido de las licencias dado que no se trataba de objeto de la “litis”.

En aquellos casos en que SGAE ha perdido sus apelaciones (Audiencia Provincial de Alicante y Audiencia Provincial de Madrid) las salas han declinado la apelación por falta de acreditación por parte de SGAE de uso de obras de autores tutelados por esta entidad de gestión.

V. La gestión colectiva de las creaciones visuales en la red

Los creadores visuales españoles, al igual que los creadores visuales de los restantes países de la Unión Europea tienen una doble oportunidad para defender sus derechos de autor en la red digital.

Por una parte, el marco jurídico que regula sus derechos es el propio del sistema denominado del Derecho de Autor y no del sistema denominado de *Copyright*. Por otra parte disponen de una entidad de gestión colectiva (VEGAP) para gestionar sus derechos en la red.

Históricamente, el sistema del *copyright* es más antiguo que el sistema del derecho de autor. Pero además diré que el sistema de *copyright* es más primitivo y rudimentario.

El sistema del *Copyright* comienza en 1709 con el Estatuto de la reina Ana de Inglaterra, con el fin de abolir el monopolio de la Compañía de Impresores de Inglaterra que se otorgó mediante una Carta Real en 1557. La reina Ana abolió este privilegio y atribuyó mediante privilegio real al autor el “Derecho único de imprimir o de disponer de los ejemplares” de sus obras. El editor debía obtener los derechos mediante cesión del autor. Este derecho se limitaba a 14 años, prorrogable otros 14 años más si al cumplirse el primer término aún vivía el autor.

La atribución del derecho exclusivo al autor se hacía con el objeto de que este cediera su derecho a los editores que podían así adquirir el derecho a explotar las obras sin necesidad de tener que obtener esta concesión a través de la monopolística Compañía de Impresores de Inglaterra.

Desde sus inicios, el sistema del *Copyright* no ha tenido nunca en cuenta los intereses personales de los autores. Se trata de un mecanismo cuyo punto de mira es el tráfico mercantil que busca la libre concurrencia de las empresas y no la protección del derecho de autor como derecho subjetivo.

Por ello los países que participan de este sistema han sido siempre refractarios al reconocimiento del derecho moral y, sin embargo, muy favorables a considerar como autores o primeros titulares del derecho de autor a personas jurídicas.

Muy por el contrario, el sistema del Derecho de Autor nace y se desarrolla con otros objetivos y perspectivas.

El derecho de autor nace en Francia tras la Revolución Francesa cuyo objetivo, entre otros, es la supresión de todos los privilegios reales. Los Decretos de 1791 y de 1793 son definitivos en la historia del derecho de autor. En el primero se reconocen a favor del autor los derechos de reproducción y de representación y en el segundo se habla ya de derechos de propiedad de los autores.

Como explica muy bien Antonio Delgado, la propiedad intelectual cuando aparece en el campo jurídico en el siglo XVIII supone un profundo cambio en la idea que hasta entonces se tenía de propiedad. El cambio consistió en “transformar el trabajo en propiedad” (Ripert).

En su génesis el sistema del Derecho de Autor pone un mayor énfasis en la consideración personal del autor, en su carácter de derecho subjetivo. Para Le Chapelier, su propiedad era “la más sagrada, la más personal”.

La jurisprudencia francesa de la época redondeó estos logros iniciales con el reconocimiento del derecho moral.

De ello nos da noticia R. Lindom en su ensayo “Une création prétorienne: Les droits de la personnalité”. En él nos da cuenta de que “en 1814 el Tribunal del Sena ya se ocupó del primer caso y, antes de transcurrir un siglo puede decirse que el contenido de este derecho (facultades de divulgación, reivindicación de la paternidad, respeto de la obra y retractación) ya lo había establecido la jurisprudencia francesa.”

La influencia de Kant y de Fichte permitieron la consolidación del derecho moral y la sustitución en la ley prusiana de 1837 de la expresión: “propiedad del autor” por

la más adecuada y definitiva:” derecho de autor” (Urheberrecht).

Junto a las ventajas del sistema del Derecho de Autor hablemos ahora de las ventajas de su gestión colectiva.

Los autores además de poder gestionar los derechos por si mismos pueden hacerlo también de forma colectiva a través de las entidades de gestión. Estas entidades se convierten en una herramienta excelente en la red digital para hacer efectiva la protección de sus derechos frente a las explotaciones masivas de obras.

Además, la gestión colectiva es la mejor defensa que tienen los autores para garantizar la naturaleza exclusiva de sus derechos de autor.

La denominada economía global, está en muy buena medida influida por Estados Unidos, país que se rige por el sistema del *Copyright*, y, por ende, las concepciones jurídicas y mercantiles norteamericanas intentan extenderse en todos los usos de comercio en el mundo.

El sistema del *Copyright* es muy propicio para crear presunciones irrefragables de cesión o de legitimación de los autores a favor de las industrias que explotan las obras a diferencia del derecho de autor en el que nos encontramos con presunciones simples, que permiten la prueba en contrario.

Por ello el sistema de gestión colectiva además de las posibilidades materiales que permiten la especialización, concentración y economía de medios que ofrecen a los autores, permite realizar un sistema de licenciamiento en la red con un control muy detallado de los procesos que evita el desarrollo de las cadenas de sublicenciamiento o subcesiones que impiden en la práctica al autor controlar las sucesivas explotaciones de sus obras.

El Libro Verde de los derechos de autor y de los derechos afines de la Sociedad de la Información de la Comisión Europea ha sido muy claro ante las presiones recibidas para que se implantase un sistema de licencias no voluntarias para los usos en la red.

La Comisión dice en este texto que “no solo no ve ninguna justificación válida para imponer a gran escala licencias no voluntarias para la creación de obras multimedia o para la introducción de obras y prestaciones protegidas en las autopistas de la información, sino que considera que esas licencias no voluntarias, en caso de introducirse a escala nacional, plantearían problemas para la circulación de las obras y prestaciones protegidas”.

Por otra parte, uno de los objetivos que promueve la Comisión Europea para facilitar el licenciamiento en la red ya ha sido alcanzado por las entidades de gestión colectiva de derechos de los creadores visuales en Europa. Se trata de la creación de un sistema de los denominados “Central Licensing”. Es decir, un sistema de gestión centralizado para la emisión de licencias de derechos de autor en la red digital.

El On Line Art (O.L.A) con sede en Bruselas es el sistema de gestión centralizada de licencias para usos en la red que han creado las sociedades de autores de la creación visual de los países miembros de la Unión Europea entre los que se encuentra la entidad de gestión española VEGAP.

Voy a concluir este artículo con una afirmación de Victor Hugo que dirijo a los artistas y aquellos juristas que somos sus amigos: “La libertad es, en la filosofía, la razón; en arte, la inspiración; en política, el derecho”.

Conclusiones

Primera.- el error del régimen “sui generis”

La determinación de desplazar fuera del campo de la propiedad industrial tanto a el software como a las bases de datos para incorporarlos dentro del campo de la propiedad intelectual, dotando así a sus titulares del mismo régimen de protección que a los titulares de derechos de autor bajo un régimen “sui generis”, ha provocado una situación jurídica que conlleva confusión e inseguridad.

Segunda.- adquirir gratis para vender bajo precio

Esta regulación, ciertamente forzada por intereses económicos, pero contraria a los fundamentos del derecho de autor, está permitiendo que los titulares de bases de datos, en cualquiera de sus múltiples manifestaciones, tengan una apetencia por adquirir el mayor número de obras de creación y de la ciencia de forma gratuita, pues una vez que las obras son adquiridas legalmente, el titular de la base de datos puede explotarla libremente y ofertar sus contenidos y servicios con gran versatilidad, mediante diferentes modelos de negocio bajo precio.

Tercera.- la animosidad interesada

Para alcanzar este propósito ha sido necesario desarrollar desde muy diferentes ángulos una intensa campaña bidireccional: Por una parte se ha argumentado la importancia del libre acceso a las obras concibiéndolo como un acto emancipador y solidario. Por otra parte, se ha demonizado a quienes defienden el derecho de autor y a sus organismos de gestión colectiva.

Cuarta.- hacia una “lex mercatoria” global

Uno de los mayores problemas jurídicos que presenta la actividad de Internet en este momento lo constituyen tanto la ausencia de una “lex mercatoria” global, como la ausencia de un sistema procesal adecuado para el ámbito global.

Quinta.- las licencias *creative commons* no son licencias

Con independencia de cualquier otra consideración, los formularios de adhesión que se proponen bajo la denominación de licencias “Creative Commons” presentan unas graves deficiencias que violentan la legislación en vigor en muchos países y que lesionan la seguridad jurídica, por lo que no puede recomendarse su uso y, mucho menos, para su aplicación en un ámbito global, como es la actividad en Internet.