

CREACIÓN, EDICIÓN Y LECTURA EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN: ENTRE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y EL ACCESO A LA CULTURA

FERNANDO CARBAJO CASCÓN

Entre la propiedad intelectual y el acceso a la información

La tecnología digital ofrece nuevas formas de expresión o representación de creaciones intelectuales (obras literarias, artísticas, científicas, musicales, audiovisuales) y prestaciones artísticas e industriales conexas (interpretaciones artísticas y ejecuciones musicales, fonogramas, grabaciones audiovisuales, emisiones de radio y de televisión, bases de datos). Así viene sucediendo en los últimos años, en el ámbito de la lectura, con las llamadas publicaciones electrónicas: diarios y revistas digitales y los libros electrónicos, que se plasman en nuevos soportes digitales tangibles (CD, DVD, CD-ROM) e intangibles (archivos digitales almacenados en la memoria interna de equipos como ordenadores, teléfonos móviles, agendas digitales, reproductores MP3 y MP4, lectores de libros electrónicos, tabletas, etc.). También han generado nuevas y más ágiles y versátiles formas de creación, como ha ocurrido con el hipertexto o *hyperlinking*, las obras multimedia y los *weblogs*. Finalmente, las nuevas tecnologías de la información, junto con las telecomunicaciones avanzadas, permiten nuevas formas de difusión de contenidos entre el público: la difusión en línea (a distancia, por medios electrónicos), a la carta o bajo demanda, permitiendo el acceso y disfrute individualizado de cada miembro del público, sea mediante el mero acceso en línea para disfrute en pantalla (*streaming*), o sea a través de la descarga de copias digitales (*downloading*) en el equipo receptor del usuario. Esta difusión o puesta a disposición en línea de contenidos digitales se califica como un servicio de la sociedad de la información, definido por la legislación europea y española de comercio electrónico como «todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a

distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario» (Ley 34/2002, de 11 de julio, Anexo A).

Estas nuevas formas de representación, creación y difusión han dado lugar, a su vez, a nuevos modelos de negocio; aunque considero más correcto hablar de nuevos modelos de difusión de contenidos digitales, comerciales y no comerciales. Por un lado el modelo comercial, que pone a disposición del público contenidos (en régimen de descarga o mero acceso en línea) en régimen de pago por uso, acompañado normalmente de medidas tecnológicas de control de acceso, bloqueo o encriptación de contenidos y control del copiado (*modelo de copyright digital*). Por otro lado el modelo de acceso abierto o libre, que pone a disposición del público contenidos permitiendo su libre reproducción, distribución, comunicación e incluso su transformación o modificación (*modelos de open access-licencia pública general-copyleft*). Finalmente el modelo de intercambio directo de archivos con contenidos entre los usuarios a través de *programas y redes peer to peer*, el cual, aunque a priori se presenta como una tecnología neutral para la difusión de contenidos de todo tipo, se usa normalmente para compartir contenidos sin autorización, identificándose así frecuentemente como piratería en línea.

En este nuevo entorno social, económico y cultural que constituye la llamada sociedad de la información o sociedad del conocimiento (sociedad conectada), donde todo gira en torno a la información entendida en sentido amplísimo (es decir, comprendiendo todos los contenidos que conforman el acervo cultural), a la vista de la creciente importancia que en las últimas décadas ha ido adquiriendo la llamada industria de la cultura, de la información y del entretenimiento (esto es, el llamado capitalismo cultural o capitalismo cognitivo), es evidente la relevancia que adquiere

la propiedad intelectual, como mecanismo de incentivo a la creación e inversión en contenidos, en bienes o productos culturales.

Pero la sociedad de la información ha traído consigo, por encima de todo, la era del acceso, de la democratización de la cultura; en el sentido, por una parte, de que las nuevas tecnologías potencian la libertad de creación, expresión e información al margen de los intermediarios culturales tradicionales (editores y productores); y, por otra parte, de que potencian las posibilidades de acceso a la cultura, a contenidos de todo tipo, decantando nuevas formas de acceso, de lectura, de disfrute de los contenidos, permitiendo incluso interactuar con los contenidos digitales y contribuyendo a su difusión o, más aún, a su transformación, desarrollo y evolución (creación gregaria).

En este nuevo marco socioeconómico y cultural aparecen así frecuentemente confrontados la propiedad y el acceso, el mercado y la cultura. Como se ha dicho ya, estamos en la era del acceso, pero estamos también en la era de la nueva economía, donde la información se convierte en un recurso económico fundamental y surge un mercado virtual global donde el comercio electrónico de contenidos es la pieza fundamental del nuevo capitalismo cultural o capitalismo de la información. Y en el centro del debate se sitúa el manido y turgente concepto de información. Es habitual utilizar el concepto de información para, ditirámbicamente, exaltar la libertad de expresión e información (e implícitamente el acceso a la cultura) por encima del derecho de propiedad y la libertad de empresa. Sin embargo, como el dios Jano, la información tiene dos caras: de una parte se perfila como mensaje que fluye directamente (perspectiva dinámica que sirve de soporte a la libertad de expresión e información); de otra parte se presenta como un contenido, fruto del esfuerzo intelectual del creador y de la inversión industrial en su presentación externa (perspectiva estática que sirve de soporte a la propiedad y a la libertad de empresa). Ambos perfiles son compatibles: la idea, el hecho, la noticia no se protegen, fluyen libremente; pero sí se protege la creación que supone dar forma a esa idea, hecho o noticia, es decir, la obra original; y también se tutela el soporte industrial que sirve de vehículo de expresión de la obra hacia el público. Los contenidos y las ideas que contienen y que fluyen de los mismos generan conocimiento y conforman la cultura, pero proteger el contenido, fruto del esfuerzo intelectual del creador o del artista y de la inversión empresarial, mediante derechos de propiedad (derechos exclusivos y excluyentes), no significa que la cultura, la ciencia y la información (el conocimiento) resulten apropiables mediante derechos subjetivos exclusivos.

Entonces, la propiedad intelectual no es un obstáculo a la cultura, a la ciencia y a la información, como habitualmente se presenta en los últimos tiempos por los grupos anarcotecnológicos que abogan incansablemente por su desaparición. Todo lo contrario: la propiedad intelectual es una creación artificial del legislador de los siglos XVIII y XIX que surge precisamente para incentivar la creación y la inversión en bienes culturales y, en definitiva, para estimular la generación de conocimiento y cultura (y también para impulsar el desarrollo

económico en ese sector empresarial) en beneficio de toda la sociedad. De hecho, la propiedad intelectual descansa en el espíritu filosófico práctico del utilitarismo, ideado por Jeremy Bentham y desarrollado por John S. Mill: reconocer un derecho exclusivo y excluyente (derecho de propiedad) para proteger las creaciones intelectuales y los productos de la inversión industrial, de modo que nadie pueda utilizarlas sin autorización del autor y del editor-productor, con el objetivo directo e inmediato de promover nuevas creaciones e inversiones, estimulando la competencia entre creadores, artistas e industria, y la finalidad indirecta y última de favorecer el desarrollo cultural y socioeconómico en beneficio de toda la Sociedad.

Ahora bien, si la propiedad intelectual recae sobre bienes culturales y es un incentivo para generar conocimiento y cultura, es preciso también establecer legalmente unos límites a los derechos de propiedad para favorecer el acceso a los contenidos, es decir, para facilitar el acceso a la cultura y procurar el ejercicio de los derechos fundamentales de libertad de expresión e información. Surge así lo que los economistas identifican como el dilema entre incentivo y acceso, que se ha tornado aún más complejo, más problemático, con la aparición de las nuevas tecnologías de la información, las cuales incrementan notablemente las posibilidades de acceso a la información al tiempo que permiten oponer vallas electrónicas al acceso y disfrute de los contenidos sin autorización.

Uno de los pilares fundamentales de la moderna legislación de propiedad intelectual consiste en el necesario equilibrio entre derechos exclusivos (derechos de autor, derechos conexos de intérpretes e industria) y límites o excepciones a los mismos. Esto es, el equilibrio entre propiedad y acceso, disponiendo límites temporales y materiales a los derechos exclusivos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación. Límites que constituyen una clara expresión de la función social de la propiedad (cláusula fundamental del Estado Social de Derecho) reflejada en las Constituciones modernas (art. 33.2 Constitución Española). Límites como la copia privada (compensada por el canon o compensación equitativa), la reproducción y préstamo en bibliotecas o la parodia (cf., arts. 31-39 de la Ley de propiedad intelectual de 1996), que, hoy día, ante el avance imparable de las TIC y las inmensas posibilidades de acceso y disfrute que ello conlleva, se antojan claramente insuficientes para lograr un equilibrio coherente y estable entre las necesidades de protección de autores, intérpretes e industria y las exigencias de acceso a la cultura del conjunto de la Sociedad.

El denominado *digital copyright* ha intentado adaptar el derecho de propiedad intelectual a las nuevas tecnologías y al nuevo modelo de sociedad de la información, ampliando el alcance de los derechos tradicionales de explotación de obras y prestaciones artísticas e industriales (reproducción digital provisional y permanente; comunicación pública interactiva o puesta a disposición en línea). Y también ha intentado proteger los derechos de propiedad intelectual frente a las facilidades de reproducción y transmisión digital que ofrecen las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, mediante las llamadas medidas tecnológicas

de protección y los sistemas de identificación para la gestión digital de derechos (*Digital Rights Management*; sistemas DRM). Esto hace que muchos de los límites o excepciones queden sin efecto en la práctica; y el acceso y uso constreñido a lo que digan los contratos de licencia de uso celebrados en línea.

Sin embargo, lo cierto es que las medidas tecnológicas son ineficaces y las posibilidades de acceso imparables e incontrolables. El acceso supera a la propiedad, surgiendo e imponiéndose progresivamente en el conjunto de la Sociedad una cultura de la trasgresión que hace que la legislación de propiedad intelectual pierda eficacia casi por completo. Esta cultura de la trasgresión se concentra fundamentalmente en el fenómeno del intercambio de archivos en *programas peer to peer*, que genera una auténtica percepción de piratería doméstica.

Como alternativa al sistema comercial de difusión que hemos identificado como *copyright* digital, la propia tecnología ofrece nuevas formas de difusión de contenidos. Modelos de acceso abierto en forma de licencias públicas generales (GPL), en las que el creador decide libremente subir sus contenidos a la Red permitiendo a los usuarios en general reproducir, distribuir y comunicar su obra, autorizando o no —según los casos— la transformación de la misma y realizar o no usos comerciales. Este modelo de libre acceso se ha generalizado para todas las manifestaciones creativas, incluyendo las obras y materiales científicos en Universidades, por medio de plataformas *opencourseware* y repositorios institucionales. El modelo paradigmático de GPL son las *licencias creative commons*, aunque existen otras alternativas (*licencias color iuris* y modelos específicos de *licencias open access*). Este modelo de acceso abierto tiende a identificarse de forma genérica con el revolucionario término *copyleft*, pero en rigor el *copyleft* no es más que una cláusula que se puede incorporar o no a la licencia pública general, obligando a compartir por igual (*share alike*) a todo aquel que haga una transformación de la obra original autorizada por el autor (es decir, obligar a quien transforma una obra a poner a disposición del público la obra resultante de la transformación en las mismas condiciones de acceso autorizadas en origen por el primer autor de dicha obra: permitir la reproducción, la distribución, la comunicación pública e incluso una nueva transformación). De esta manera el *copyleft* se convierte en la máxima expresión de la idea del procomún, que se sustancia ahora en la iniciativa de compartir las creaciones con toda la Sociedad mundial y de impulsar las creaciones compartidas o creaciones gregarias.

Este modelo *copyleft* (expresado en abstracto) no es un anticopyright, sino que es *copyright*. Dicho de otra forma: el *copyleft* tiene lugar en todo caso a través del *copyright*. El autor decide libremente poner su obra a disposición del público en abierto permitiendo una serie de usos y prohibiendo otros (por ejemplo, usos comerciales o la transformación de la obra), gracias a la libertad que le confiere su derecho de propiedad intelectual sobre la obra, el cual nace con el simple hecho de la creación de la obra y su plasmación en un soporte. El *copyleft* es, en suma, una alternativa al modelo de difusión comercial, que puede generar ingresos por otras vías (publicidad, venta en formatos distintos, conciertos, conferencias, recitales, etc.). Por tanto, el modelo de licencia

pública general (GPL) es distinto del intercambio de archivos en redes o intercambio *peer to peer*, que constituye una clara infracción a los legítimos derechos de propiedad intelectual si los archivos compartidos en la Red contienen contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual de terceros.

Así es, el intercambio de archivos no puede ampararse en el límite de copia privada, como habitualmente se defiende en algunos foros. Bajar y subir contenidos son actos de reproducción y de comunicación interactiva respectivamente, y que por tanto requieren la autorización de los legítimos titulares de la propiedad intelectual (autores, intérpretes, editores y productores, cadenas de radio y televisión). La Ley de propiedad intelectual vigente ofrece mecanismos para perseguir a los infractores, pero el problema está en la identificación de esos infractores en la Red, ante la obligación de proteger datos personales, el derecho a la intimidad y la privacidad de las comunicaciones. Se puede localizar la dirección IP del infractor, pero su identificación requiere necesariamente la colaboración del proveedor de acceso a Internet (ISP), el cual, normalmente, se niega a facilitar la identidad escudándose en el deber de respetar el derecho a la intimidad y la privacidad de las comunicaciones. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 29 de enero de 2008 (caso *Promusicae c. Telefónica*), dispuso que, de acuerdo con la legislación comunitaria sobre comercio electrónico, los Estados miembros no tienen la obligación de imponer a los intermediarios de la sociedad de la información la necesidad de identificar a los infractores de ilícitos civiles (en este caso ilícitos contra la PI), sino sólo de ilícitos penales graves; aunque dejó la puerta abierta a la posibilidad de que las legislaciones nacionales sobre comercio electrónico obliguen a los ISPs a identificar a los internautas para combatir ilícitos civiles concretos, como son los ilícitos contra la propiedad intelectual o los ilícitos contra los derechos a la propia imagen.

Esto explica las reformas legislativas recientes (años 2009-2010) en Suecia, Francia y Gran Bretaña, obligando a los ISP a identificar, bajo control administrativo y judicial, a los infractores de derechos de propiedad intelectual que se esconden tras una concreta dirección IP. En estos dos últimos países se han impuesto las llamadas leyes de respuesta gradual o leyes de tres avisos para combatir el P2P, de modo que si tras dos avisos el infractor no cesa en su comportamiento ilegal, se produce un tercer aviso de desconexión durante periodos de entre 1 y 6 meses (con la obligación de seguir abonando la cuota de conexión al ISP y sin la posibilidad de contratar con otro ISP del mismo país). En España, el proyecto de Ley de Economía Sostenible de 2010 prevé, en su Disposición Final segunda, un procedimiento administrativo (Comisión de propiedad intelectual) controlado judicialmente por los Tribunales del orden contencioso-administrativo, teóricamente para perseguir a los proveedores de enlaces a descargas P2P, verdaderos «guardias de tráfico» de las descargas y que frecuentemente obtienen pingües ingresos publicitarios al actuar como agregadores de la demanda masiva de contenidos, los cuales hasta el momento no han podido ser combatidos por la Ley de propiedad intelectual pues, en rigor, el intermediario proveedor de enlaces ni reproduce ni comunica contenidos, limitándose a poner

a disposición de los usuarios enlaces a esos contenidos (caso elrincondejesus.com).

Así pues, por el momento el acceso gana sobradamente la batalla a la propiedad intelectual. La trasgresión es masiva y parece incontrolable. Las medidas legales, si llegan, lo harán demasiado tarde y van a ser muy discutidas por el conjunto de la Sociedad, pues una parte muy importante de los ciudadanos vive plácidamente cobijada tras esa actitud trasgresora masiva. La legislación de propiedad intelectual puede perder su legitimidad en una Sociedad que se va acostumbrando a disfrutar de los bienes culturales de forma gratuita y que no piensa ni le importa en exceso el incentivo que la propiedad intelectual supone para autores, intérpretes e industria. Ante esta situación de naturaleza psicosocial y la falta de eficacia de las medidas tecnológicas (DRM), que constituyen la base de los modelos de negocio basados en el pago por uso, la solución parece abocada inevitablemente a la compensación equitativa: un canon aplicado a los operadores de redes que se lucran con el tráfico masivo de datos en Internet fruto de las descargas y que incluso utilizan las facilidades de acceso y descarga a contenidos como publicidad de sus servicios; un canon o compensación equitativa diferente del canon por copia privada, aunque se presentaría como epígono del mismo y que, lógicamente, acabarán pagando los usuarios, aplicándose indiscriminadamente al conjunto de los internautas con conexión de banda ancha. Pero en el dilema entre la injusticia de la aplicación indiscriminada y la necesidad de remunerar equitativamente a los autores, intérpretes e industria de la cultura, teniendo muy presente que la mayoría del tráfico de datos a través de redes telemáticas implica la transmisión y acceso a contenidos protegidos, el legislador responsable debería optar por la justa compensación, midiendo adecuadamente la cuantía de ese canon y su correspondencia y complementariedad con el canon por copia privada.

2.

Creación, edición, difusión y lectura en la sociedad de la información

Aunque con notorio retraso respecto al sector musical y audiovisual, la digitalización viene adquiriendo en los últimos años una relevancia creciente en el sector editorial, aportando nuevas posibilidades creativas e industriales, una mayor calidad al proceso productivo y comercial, así como nuevas vías y fórmulas de explotación de los productos editoriales entre el público. Figuran en este proceso desde las simples librerías electrónicas en Internet o las producciones multimediales en formatos CD, CD-ROM o DVD, hasta las más modernas ediciones digitales difundidas exclusivamente a través de Internet, pasando por las iniciativas de impresión bajo demanda, los audiolibros o la comercialización —últimamente— de reproductores o lectores de libros electrónicos. La tecnología digital favorece la expansión de la industria editorial, surgiendo paulatinamente editores plurimediativos que compatibilizan la explotación gráfica o impresa tradicional con la explotación electrónica fuera de línea y en línea, aprovechando además la Red como medio de publicidad y

promoción. La complementariedad de los distintos modelos de negocio empleando en la promoción y comercialización las tecnologías de la información y de la comunicación se presenta actualmente como un modelo de explotación *long tail*, que busca aprovechar las sinergias entre la edición digital y la difusión en línea para promoción y comercialización con los modelos de impresión bajo demanda y los audiolibros.

Pero, como hemos visto, la digitalización aporta también nuevas e importantes posibilidades para la libertad de expresión (que incluye la libertad de creación) e información de los creadores, ya que éstos pueden crear, editar y difundir sus obras a través de Internet, al margen de los cauces tradicionales controlados por la industria de la cultura. Las nuevas tecnologías permiten así la eclosión del régimen de autoedición y de la explotación de su obra por el propio autor al margen de la industria (editores y productores), implementando su propio sitio de comercio electrónico (mediante fórmulas comerciales de pago por uso, impresión bajo demanda o cualquier otra), o bien difundiendo sus contenidos en régimen abierto y gratuito mediante modelos no comerciales (licencias públicas generales, *santo y seña* del movimiento *copyleft*; a través, fundamentalmente, de licencias *creative commons*). Estas posibilidades de autoedición y difusión que la tecnología ofrece a los creadores están en íntima relación con las nuevas formas de expresión y creación como los blogs y los cuentos o relatos interactivos.

En el terreno de los soportes y de la difusión, últimamente empieza a abrirse camino el llamado *e-book hardware*, gracias a la invención de la técnica conocida como «tinta electrónica» y la mayor comodidad que ofrecen los nuevos equipos de lectura, asimilables a un gran libro (soporte o continente digital) que contiene multitud de obras literarias y gráficas (contenidos digitalizados) a disposición del lector, añadiendo además la técnica del *hyperlinking* para facilitar el acceso a informaciones complementarias mediante el acceso a otros contenidos almacenados en el mismo equipo lector o incluso a contenidos externos alojados en *websites* mediante la conexión universal a Internet. Incluso, los lectores de libros electrónicos de última generación y las nuevas tabletas digitales permiten la conexión a diarios y revistas electrónicas, ofreciendo así un servicio de lectura completo al usuario.

Asimismo, la cultura digital permite nuevas fórmulas de difusión de la información por parte de terceros intermediarios que, en muchos casos, no hacen una explotación real de contenidos ajenos sino una simple puesta a disposición de tales contenidos, actuando como meros agregadores de información. En función de las circunstancias es preciso valorar si ese tipo de actos puede perjudicar realmente los intereses de autores y editores o si, por el contrario, contribuyen a la difusión (y posterior adquisición o acceso) de los contenidos de terceros. Así sucede, en particular, con los populares servicios *Google Books* y *Google News* y con plataformas como *YouTube* o similares.

También, sitios de comercio electrónico de contenidos como *lulu.com*, *e-libro.net* o *bubok.com*, ofrecen un servicio de intermediación editorial consistente en editar, promocionar y comercializar libros digitales o en formato de impresión bajo demanda repartiéndose los ingresos correspondientes con

el autor. No se trata de un tipo tradicional de edición, pues no se produce una transmisión de derechos de explotación del autor al editor (cf., art. 58 LPI), sino que el intermediario se limita a recibir la obra del autor y editarla en uno o varios formatos preestablecidos (que normalmente decide el propio autor), para luego promocionar y poner a disposición del público dicha obra a través de su sitio en línea, por lo que se aproxima más a la prestación de un servicio en forma de producción, promoción y distribución, aunque en este caso virtual.

En esta línea, parece que se va a situar el futuro servicio *Google Editions*, que ofrecerá ediciones digitales para su consulta por el usuario que adquiera los derechos de uso desde cualquier dispositivo y desde cualquier lugar. Al parecer no habrá cesión de derechos de autor, sino un servicio de intermediación para la puesta a disposición de obras literarias «en la nube», es decir, exclusivamente para su acceso y consulta en línea universal e intemporal, sin autorizar descargas, y todo ello —lógicamente— a precios reducidos ofreciendo seguramente modelos de suscripción a contenidos plurales. La presencia



by Teo

de un megaeditor con las características de Google, que tiene acreditada la seguridad de sus servidores y de sus contenidos, junto al control de datos personales de los usuarios, puede ser la respuesta a la piratería en constante crecimiento a través de sistemas de intercambio de contenidos.

En fin, los nuevos soportes o equipos de lectura y las amplias posibilidades que ofrece la Red para la promoción,

la difusión y la comercialización global de contenidos están causando una profunda renovación en las bases del negocio editorial, permitiendo además la entrada de nuevos operadores que, a modo de intermediarios, agregadores o incluso de nuevos editores digitales, están revolucionando las formas de crear, editar, difundir y leer. En medio de toda esta vorágine se sitúan las publicaciones electrónicas, y, en particular, el libro electrónico.

El concepto mismo de libro electrónico o «e-book» es ambiguo. En la actualidad se consideran libros electrónicos los equipos lectores de contenidos literarios y gráficos electrónicos (*e-book hardware*) y también las obras literarias, gráficas y científicas que, en forma monográfica o unidad de presentación, se ponen a disposición del público en formato digital en su totalidad o por partes (capítulos), sea en ejemplares electrónicos o fuera de línea, sea prealmacenados en equipos de lectura electrónica, o sea en archivos informáticos para su puesta a disposición en línea mediante comunicaciones interactivas; y en este último caso puede tratarse de libros electrónicos en línea, ya para su mera lectura en pantalla mientras dure la conexión en línea (*streaming*), o ya permitiendo la descarga (*downloading*) de un archivo con una copia de la obra o prestación en la memoria interna de un equipo electrónico (desde un ordenador cualquiera hasta un lector de contenidos) para su recuperación por el usuario en cualquier momento; sin perjuicio, en su caso, de que se autorice además la impresión en papel de la totalidad o parte del contenido del libro.

Sin embargo se trata de un concepto alegal desde la perspectiva de la propiedad intelectual, pues en realidad el libro tradicional ha sido siempre el soporte (*corpus mechanicum*) de obras literarias, científicas y gráficas (*corpus mysticum*). Siempre ha existido una tendencia a confundir la obra con su soporte: la obra musical con el libro, la obra audiovisual con el libro, la obra literaria con el libro. Quizás por eso se produce la confusión actual al hablar del libro electrónico indistintamente como soporte electrónico para la lectura y como obra literaria, gráfica o científica (es decir, como contenido) en formato digital. Sin embargo, la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas define en su art. 2 a) el libro como una obra científica, artística, literaria o de cualquier otra índole que constituye una publicación unitaria en uno o varios volúmenes y que puede aparecer impresa o en cualquier otro soporte susceptible de lectura; incluyendo expresamente en esta amplia definición los libros electrónicos y los libros que se publiquen o se difundan por Internet o en otro soporte que pueda aparecer en el futuro, así como los materiales complementarios de carácter impreso, visual o audiovisual o sonoro que sean editados conjuntamente con el libro y que participen del carácter unitario del mismo, así como cualquier otra manifestación editorial.

Para evitar confusiones y disquisiciones terminológicas, y atendiendo a las posibilidades de lectura múltiples que ofrecen los nuevos medios, equipos y soportes de difusión y reproducción, quizás sea preferible emplear el concepto más amplio y versátil de *publicaciones electrónicas*. Las publicaciones electrónicas hacen referencia tanto a contenidos monográficos como a contenidos periódicos, independientemente del soporte en que se plasmen y de su modo de acceso y disfrute por el usuario. Y este concepto de publicación electrónica entronca con el concepto de *edición digital*.

En Derecho, edición no hace referencia al proceso industrial de producción de un libro en soporte papel, sonoro, audiovisual o digital, sino el proceso jurídico de transmisión de derechos del autor al editor para que este

reproduzca y distribuya la obra entre el público a cambio de una remuneración (art. 58 LPI). Publicar supone la puesta a disposición del público de la obra mediante ejemplares (art. 4 LPI). Ambos conceptos jurídicos exigen, por tanto, la existencia de un soporte tangible, de un ejemplar. Sin embargo, es preciso adaptar las normas a las nuevas realidades sociales y económicas y, por eso, hoy se habla de forma natural de ediciones y publicaciones electrónicas fuera de línea (o en soporte electrónico tangible como DVD, CD o CD-ROM) y de ediciones y publicaciones electrónicas en línea (o en soporte intangible en archivos que se transmiten por redes telemáticas). En las ediciones digitales o publicaciones electrónicas en línea las obras en formato digital intangible se ponen a disposición del público a través de redes de telecomunicación, para que cada miembro individual del público (usuario) acceda a las mismas cuando y desde donde quiera. El acceso requiere en todo caso reproducir la copia digital de la obra de forma provisional o permanente para acceder y disfrutar de las mismas, ya que, con la tecnología digital (salvo cambios futuros en la tecnología), para usar hay que reproducir.

Esta última circunstancia técnica influye decisivamente en las relaciones jurídicas propias del proceso editorial entre autor y editor y también en las relaciones jurídicas del proceso comercial entre editor y usuarios (o entre autor y usuarios en caso de autoedición). Así, para poder hacer publicaciones digitales en línea, el editor debe contar con la autorización del autor para digitalizar la obra y ponerla a disposición del público en redes de telecomunicación facilitando la reproducción provisional (modelos de *streaming*) o permanente (modelos de *downloading*). En rigor, no existe distribución en línea, ya que jurídicamente, la distribución exige la existencia de ejemplares de la obra (cf., art. 19 LPI). Por lo tanto la mal llamada distribución *on line* de contenidos es, en realidad, desde la perspectiva de la propiedad intelectual, una comunicación interactiva o puesta a disposición en línea de contenidos (cf., art. 20.2 i. LPI).

Entonces, las obras que se quieran editar en formato electrónico en línea necesitan que el autor ceda al editor los derechos de reproducción digital y de comunicación interactiva o puesta a disposición en línea. Así el editor podrá digitalizar la obra, almacenarla en un servidor para ponerla a disposición del público, realizar transmisiones digitales a la carta o bajo demanda y autorizar (a cambio de un precio o gratuitamente) el acceso mediante la reproducción provisional (si sólo permite el acceso o lectura en pantalla) y/o la reproducción permanente (si autoriza la descarga en equipos electrónicos). Por lo demás, si el editor quiere hacer una explotación en régimen de impresión bajo demanda o en forma de audiolibro, el autor deberá ceder también los derechos de reproducción impresa o sonora y los derechos de distribución para la comercialización de copias de la obra en ejemplares.

En cuanto al proceso comercial, en el caso de publicaciones electrónicas en línea el usuario no adquiere la propiedad de un ejemplar (libro), lo cual le permitiría disponer posteriormente de él (revenderlo, prestarlo, regalarlo); ni siquiera en los casos en que adquiriera un lector de libros electrónicos que incluye ya en su memoria uno o varios libros digitales. En la economía de contenidos digitales no se

venden copias de libros electrónicos, sino que se comercializan derechos de reproducción para uso personal en forma de contratos de licencia de usuario final (*End User License*); de modo que el lector adquiere derechos de uso y no puede disponer ulteriormente de esa obra, es decir, que no puede revender la copia digital del libro por la simple razón de que no ha adquirido la propiedad sobre la misma, sino derechos de uso temporales o permanentes, razón por la que la venta de esa copia supondría una infracción de derechos de autor.

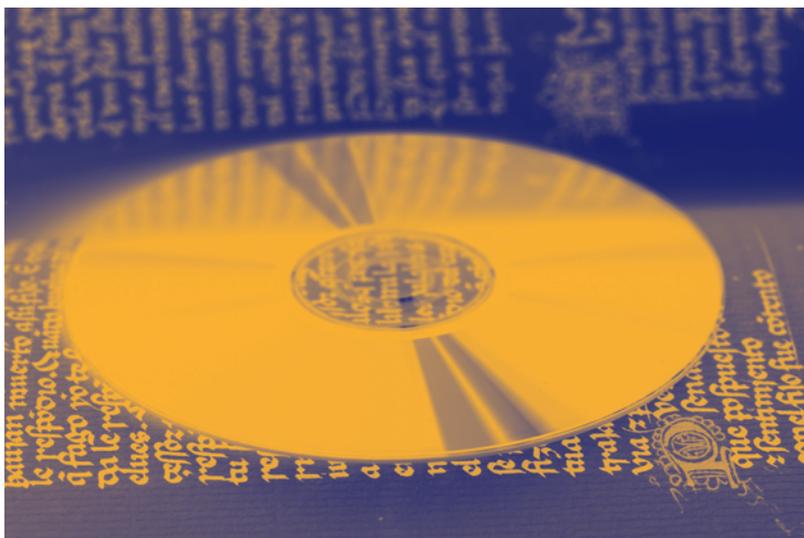
Lo anterior determina, asimismo, que las obras ya publicadas en el formato tradicional en papel requieran nuevas cesiones de derechos para poder ser editadas y puestas a disposición del público en formato electrónico en línea. Así, un viejo contrato de edición que autoriza por sí mismo a reproducir y distribuir ejemplares en papel no es válido para realizar reproducciones digitales en línea que se ponen a disposición del público a la carta en redes telemáticas o se comercializan junto con los equipos de lectura electrónica (*e-books hardware* y tabletas digitales). Será necesario, en todo caso, celebrar nuevos contratos o anexos a los contratos anteriores para la cesión de derechos digitales.

Entonces, la digitalización y puesta a disposición en línea de obras editadas anteriormente en papel sin autorización del autor o de sus herederos (salvo en el caso de obras en dominio público, transcurridos setenta años tras la muerte del autor, o el caso de las llamadas obras huérfanas, que empieza a tener un tratamiento específico en algunos países para favorecer el acceso de usuarios y editores a obras con protección vigente pero que no son objeto de una explotación comercial), sea por el editor en papel o sea por un tercero intermediario o agregador, constituyen actos de infracción de los derechos de propiedad intelectual del autor o de los cesionarios (editores). Así, un editor que decida unilateralmente, basándose en un contrato de edición anterior, realizar una publicación digital, cometerá una infracción contra los derechos del autor, pudiendo el autor o sus herederos solicitar la cesación de la explotación, la retirada de la edición digital del comercio y la indemnización por daños y perjuicios. Del mismo modo, un tercero que —como ha sucedido con *Google Books* en los EE.UU., en Inglaterra o en Francia— decida unilateralmente digitalizar y poner a disposición del

público obras impresas en papel sin pedir autorización al autor y al editor de esas obras, cometerá actos ilícitos contra los derechos del autor y del editor, sin que pueda ampararse en el límite de cita o en la excepción genérica del uso leal o justo (el conocido *fair use* de los sistemas anglosajones del copyright, según el cual no constituye una infracción al derecho exclusivo el uso que no causa un daño a la explotación normal de la obra). Así lo han decidido recientemente las Jurisprudencias estadounidense y francesa (cf., la sentencia del Tribunal de Grande Instance de París de 18 de diciembre de 2009). Es ciertamente discutible que genere un daño a la obra, ya que incluso puede contribuir a su conocimiento y posterior adquisición. Pero no es menos cierto que Google siempre obtiene ingresos indirectos por publicidad aprovechándose del esfuerzo ajeno (contenidos de otros). Además, ese servicio puede perjudicar la explotación normal de las obras por autores y editores, ya que obstaculiza, cierra el camino a un negocio similar o paralelo de los editores: puesta a disposición para consulta y venta de libros electrónicos o en régimen de impresión bajo demanda. De modo que Google podría realizar ilícitos contra la propiedad intelectual y además actos de competencia desleal. En los últimos años Google está alcanzando acuerdos con los editores para digitalizar y difundir sus libros a través de su servicio Google Books, ofreciendo además al usuario la posibilidad de informarle sobre dónde puede adquirir ese libro (librerías electrónicas) o dónde puede consultar un ejemplar (bibliotecas). Asimismo se puede pactar la inserción de publicidad junto al libro repartiéndolo los ingresos derivados de la misma.

Por supuesto, el autor de una obra publicada en el formato analógico o tradicional es libre de negociar la explotación de los derechos digitales con sus anteriores editores en papel, o bien de alcanzar acuerdos con nuevos editores digitales. Así está sucediendo con editores exclusivamente digitales que adquieren derechos de explotación digital pensando en la comercialización masiva a través de equipos de lectura electrónica. (En EEUU se ha desatado una cruenta batalla por los derechos de autor entre los editores tradicionales y los nuevos editores digitales que buscan comercializar libros preexistentes en formato electrónico para los nuevos equipos de lectura como el Kindle de Amazon o el iPad de Apple.) En el futuro inmediato la irrupción en el panorama editorial del libro electrónico del servicio *Google Editions* provocará seguramente una tormenta de dimensiones incalculables en el sector editorial más tradicional.

En España, los 7 mayores grupos editoriales han lanzado recientemente un servicio en línea de promoción y distribución de libros en formato electrónico en lengua castellana y catalana: *libranda.com*. Esta plataforma actúa como catálogo para la difusión y conocimiento de libros electrónicos frente al público y como distribuidora de copias de esos libros para tiendas *on line* (librerías virtuales), de modo que si un usuario estuviera interesado en descargar una copia de un libro electrónico concreto el sistema le indica las librerías donde puede encontrar esa copia remitiéndole por medio de un enlace. Este sistema pretende trasladar al ciberespacio el sistema de distri-



bución tradicional de libros, implicando autores, editores y libreros (prescindiendo de los distribuidores mayoristas) y conservando la estructura tradicional del precio fijo de venta con el reducido margen de descuento del cinco por ciento (cf., arts. 9-11 Ley 10/2007); seguramente con la intención de conservar el negocio del papel al tiempo que se despliega el mercado del libro digital. Desde luego no se vislumbra el éxito a corto plazo, pues no existe una oferta real de contenidos de calidad ni de actualidad y no todas las librerías en línea disponen de los títulos que busca el usuario, lo que obliga, en ocasiones, a transitar por varias librerías hasta dar con el título deseado. Además no parece que la estructura tradicional de editor-librero pueda tener éxito a corto plazo en el mercado virtual, donde el usuario busca la facilidad en la localización y obtención de libros electrónicos a un precio muy inferior al del papel; menos aún si los formatos digitales de libros electrónicos no son compatibles con todos los equipos de lectura o al menos con los más utilizados por los usuarios en el mercado.

Por el momento puede decirse que el abastecimiento del mercado legal de libros electrónicos es bastante pobre. No existen demasiados títulos disponibles y los más novedosos se ofrecen a precios que se antojan demasiado elevados para los usuarios de libros electrónicos en comparación con los precios en papel. El trasfondo de esta falta de abastecimiento del mercado reside en una errónea estrategia comercial del sector editorial y, sobre todo, en el desacuerdo generalizado entre gremios de editores y asociaciones de autores y traductores (incluyendo también los agentes literarios) sobre los contratos de cesión de derechos digitales. Son muchos los puntos de desacuerdo, pero el principal, como es natural, reside en la remuneración de autores y traductores, pues los editores pretenden cesiones globales de los derechos digitales sobre todas las obras preexistentes y acuerdos puntuales sobre obras nuevas ofreciendo una remuneración no sobre copia comercializada (libro descargado) sino sobre los resultados totales de la explotación del editor.

Entretanto los nuevos editores digitales comienzan a ofrecer nuevos modelos de negocio consistentes en la producción digital con sistemas DRM seguros y la intermediación en la comercialización repartiéndole ingresos al cincuenta por ciento o porcentajes aproximados; y algunos incluso planean ya una comercialización exclusivamente mediante acceso en línea universal e intemporal desde cualquier dispositivo susceptible de conectarse a la Red.

En definitiva, puede decirse, como conclusión, que el sector editorial no ha aprendido de los errores y fracasos del sector musical y audiovisual; y que, por tanto, parece abocado al fracaso ante el avance imparable de la piratería mediante el intercambio de archivos en redes *peer to peer*, donde el libro electrónico empieza a adquirir protagonismo. Efectivamente, ante la falta de abastecimiento del mercado a precios razonables, el P2P funciona como alternativa abundante, fácil y gratuita, oponiendo así una barrera infranqueable a la eclosión y consolidación del mercado del libro electrónico. El lector, incluso el más fiel comprador de libros tradicionales, ante las dificultades para

encontrar libros electrónicos a precios asequibles, acabará por acostumbrarse a encontrar fácilmente todos los libros electrónicos gratuitos que desee en el ciberespacio, participando así de lleno en la cultura de la trasgresión (aunque no renuncie a seguir comprando libros en papel, siendo esta la gran ventaja del sector editorial frente al musical y el audiovisual: el libro como objeto de culto).

Según datos recientes, el 35% de las descargas de libros electrónicos son ilegales (frente al 98% en la música o el 75% en el sector audiovisual), lo cual es mucho en un mercado que acaba de comenzar y donde los equipos lectores aún no se han extendido a toda la sociedad (a diferencia de los reproductores MP3 y MP4). Son las consecuencias de llegar tarde a un mercado que evoluciona de forma fulgurante. Son las consecuencias, en fin, de la falta de una visión estratégica del nuevo mercado digital y de la evolución de la sociedad de la información. Al final quienes se benefician son los operadores de redes, los productores e importadores de equipos de reproducción y los intermediarios que, como agregadores de información, aportan valor en la cadena de difusión de contenidos obteniendo sus ingresos por publicidad y comercio de datos personales.

¿Cuál es el futuro? Muy negro a corto plazo, la solución pasa por una compensación equitativa mediante el ya comentado canon sobre operadores de telecomunicaciones y también por una evolución del mercado para ofrecer contenidos con valor añadido, de fácil acceso y precios populares. El futuro está seguramente en los modelos de acceso, no en los de descarga.

