

Premi Duran i Bas 2012



Martina Fuster Ferrer
Núm. Col.: 37.228
eapia7@gmail.com

[LA PROTECCIÓ DE LA PROPIETAT INTEL·LECTUAL A TRAVÉS DE LES LLICÈNCIES A LA XARXA]

Actualment les noves tecnologies han dotat a la societat d'una enorme capacitat de comunicació que ha modificat substancialment moltes realitats normatives. La Propietat Intel·lectual ha sigut una d'elles i mitjançant el present pretenc desenvolupar un estudi on procuraré analitzar algunes qüestions que impliquen la utilització de contractes d'autorització d'ús d'obres artístiques via Internet.

Agraïments

Volia agrair a la comunitat jurídica per haver-me concedit aquest guardó. Igualment el paper d'aquells que en saben molt i s'han esforçat en compartir aquest coneixement dedicant-me el seu temps i ensenyant-me. Sobretot a l'Antoni Rubí i Puig, a la Blanca Barba i a la Raquel Xalabarder, entre molt d'altres acadèmics i persones que m'ajuden o m'han ajudat a encaminar les contestacions als meus constants interrogants. També al meu estimat Roger que hem fa ser conscient de la dimensió de la catàstrofe ja que malgrat ser una músic amb molt de talent i que un any endarrere tocava arreu d'Europa actualment està patint en primera persona les conseqüències d'un sistema que no protegeix als artistes i únicament alimenta aquells que fan espectacles que agradin a les masses al marge que l'espectacle que ofereixin sigui per oïdes poc educades. Tot en detriment de l'enriquiment que aporta incentivar la cultura de qualitat i diversa per qualsevol societat.

ÍNDIX

1. RESUM.....	4
2. MATERIALS I MÈTODE.....	5
3. VISIÓ JURÍDICA DE L'ERA DE L'ACCÉS	7
3.3. ELS CONTRACTES ELECTRÒNICS	10
3.4. LA DESINTERMEDIACIÓ	12
3.5. QUINS DRETS AFECTA	13
3.6. MITJANS PER FER VALDRE AQUESTS DRETS	13
3.6.1. <i>Sistemes de control de còpia i reproducció:</i>	14
3.6.2. <i>Sistemes de marcatge:</i>	14
3.7. ELS AGENTS D'INTERLOCUCIÓ DE CONTINGUTS.....	14
3.8. LA DIGITALITZACIÓ: EL PAPER DE LES BIBLIOTEQUES DESPRÉS DE LA DARRERA REFORMA DEL RD 10/96 DE 2006 I DELS EMPRESARIS QUE ADMINISTREN LES OBRES DIGITALITZADES	15
3.9. LES LLICÈNCIES D'ÚS EN AQUEST NOU CONTEXT	17
3.10. LES PLATAFORMES DE DIFUSIÓ DE L'OBRA: LA BOTIGA EN XARXA	18
3.11. MERCAT DELS SERVEIS DE LA SOCIETAT DE LA INFORMACIÓ	20
3.11.1. <i>Característiques principals</i>	21
3.12. LES CULTURA COM A VALOR PÚBLIC.....	22
4. NOCIONS BÀSIQUES SOBRE LA JURISDICCIÓ A INTERNET DE LA PROPIETAT INTEL·LECTUAL.....	23
4.1. PAPER DE LES NORMES DE DRET INTERNACIONAL PRIVAT	24
4.1.1. <i>La determinació de la competència judicial internacional</i>	24
4.1.2. <i>Dret aplicable i llei més relacionada amb el cas</i>	26
4.2. NORMATIVA ESPANYOLA.....	28
4.2.1. <i>Criteri establert en base a l'àmbit material</i>	28
4.2.2. <i>Criteri establert en base a l'àmbit subjectiu de la LPI</i>	30
4.3. EL COS NORMATIU QUE REGULA AQUESTA MATÈRIA	32
4.3.1. <i>Legislació nacional:</i>	32
4.3.2. <i>Legislació internacional</i>	33
4.4. PROBLEMES DE LA PROTECCIÓ DEL DRET D'AUTOR A L'ENTORN EN LÍNEA	34
5. CANVIS EN EL FUNCIONAMENT DEL COPYRIGHT: "TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS"	36
5.1. GESTIÓ DE DRETS A LES XARXES INFORMÀTIQUES.....	37
5.2. ASPECTES DE FONDS DE LES LLICÈNCIES A LA XARXA.....	39
5.3. FIGURES AFINS.....	40
5.3.1. <i>Les llicències "Creative Commons"</i>	41
5.4. PRACTICA COMERCIAL DE LES LLICÈNCIES A LA XARXA DE LA PROPIETAT INTEL·LECTUAL	43
5.4.1. <i>Elements per l'estudi del contracte</i>	44
6. CONCLUSIONS: CONDICIONS LEGALS A LA XARXA.....	54
7. BIBLIOGRAFIA	57

1. Resum

Actualment les noves tecnologies han dotat a la societat d'una enorme capacitat de comunicació que ha modificat substancialment moltes realitats normatives. La Propietat Intel·lectual ha sigut una d'elles i mitjançant el present pretenc desenvolupar un estudi on procuraré analitzar algunes qüestions que impliquen la utilització de llicències en les plataformes de difusió d'obres en xarxa.

Bàsicament em limitaré a recollir algunes idees dels meus referents bibliogràfics i alguns dels seus apunts per aconseguir argumentar una crítica al mètode que la indústria cultural està optant per poder explotar els drets de propietat intel·lectual en aquests portals de la xarxa on els usuaris obtenim accés a les obres protegides.

Per començar tractaré d'introduir varies nocions que considero interessants sobre el debat d'aquesta temàtica de manera que puguem entrar a la segona part de l'estudi on abordaré la complexitat processal que involucra qualsevol conflicte relacionat a la resolució judicial d'alguna problemàtica. Per acabar parlaré sobre les postures que qüestionen el paper de les llicències i que recullen alguns arguments per defensar com el sistema seria més senzill d'executar si pròpiament es dissenyessin programes informàtics que mitjançant plataformes de difusió dels drets d'autor permetin un control a priori i evitar la falta d'aplicació de la legalitat vigent que pretén investir un sistema internacional de recaptació a posteriori amb totes les complicacions que a la practica això comporta.

Idealment busco treballar en traçar una solució legal mitjançant la qual es pugui evitar post-posar la tensió del interessos convergents a una qüestió d'incompliment contractual o a una complexa labor de coordinació de totes i cada una de les entitats de gestió que existeixen a escala mundial.

2. Materials i Mètode

En el seu marc teòric, la legislació de la propietat intel·lectual, especifica què es pot fer amb una obra i què no indicant que el titular de drets té un control legal gairebé absolut de l'obra. Conseqüentment en aquest context, el rol de les autoritzacions juga un paper força important.

Arrel d'aquesta realitat, a mitjans dels anys vuitanta, Richard Stallman va ser pioner llançant el projecte GNU el qual és un tipus de programari completament lliure que pretén romandre en aquest format ja que la motivació del seu creador era retrobar l'esperit de cooperació que va prevaldre en les orígens de les comunitats d'usuaris d'ordinadors. A efectes legals perquè tots els usuaris poguessin "executar, copiar, modificar i distribuir" el projecte havia de ser alliberat sota una llicència dissenyada per garantir aquests drets i alhora evités restriccions posteriors dels mateixos usuaris. Aquesta iniciativa va marcar un tendència que va comportar la proliferació de varis projectes sobretot referents al programari lliure com són per exemple: Free Software Foundation, Linux, OpenSourceInitiative (OSI), Creative Commons, entre d'altres...

En més de vint anys d'història de totes aquestes iniciatives han sorgit multitud de llicències, fins al punt que l'ús d'aquestes autoritzacions s'ha convertit en un problema. Per aquest motiu inicialment he volgut escoltar els arguments emparats pels defensors d'aquests projectes, que sobretot han proliferat en l'àmbit de programari informàtic, i posteriorment he procurat trobar la via d'exportar-les en el terreny de l'obra l'audiovisual i de la creació musical que és on jo treballa.

Mitjançant la lectura dels materials publicats pels detractors d'aquests projectes he pogut construir una base de referents bibliogràfics en el tractament legal de la matèria contractual en la protecció de la propietat intel·lectual. En paral·lel he recollit les inquietuds d'un sector que passa per dificultats de tipus econòmic per poder sostenir la seva activitat procurant aportar una opinió concreta i una alternativa en la protecció legal de la matèria que tingui una possible execució pràctica.

De fet el projecte 'Mega'¹ que ha tret a la llum Kim 'Dotcom' Schmidt, creador del lloc web de descàrregues Megaupload, al costat del seu soci Mathias Ortmann, s'ha fet en aquest mateix sentit i deixant de banda la utilització de llicències. Segons comenten² aquesta plataforma de difusió de contingut en xarxa que aquest empresari ha dissenyat operarà de manera similar al tradicional sistema de lloguer mitjançant el que operen els existents videoclubs, els quals, sí que proporcionen un mètode de revertir aquesta explotació comercial de l'obra al seu creador sense necessitat de penalitzar als usuaris d'Internet que estem acostumats a l'accés gratuït a continguts. A més evitarà futures batudes i

¹<http://kim.com/mega/>

²<http://www.periodistadigital.com/tecnologia/internet/2012/10/21/kim-dotcom-nuevo-megaupload.shtml>

demandes per infracció de propietat intel·lectual ja que ni 'Mega' ni el proveïdor del servei al 'núvol' podrà saber què contenen els fitxers enviats i intercanviats, perquè no disposaran de les claus de desxifrat. Així, només els usuaris podran controlar l'accés a qualsevol fitxer enviat, com una cançó, una pel·lícula, un videojoc, un llibre o un senzill document de text. És a dir, la responsabilitat, si n'hi ha, recauria sobre cadascun dels usuaris. Des del punt de vista dels experts jurídics que han impulsat aquest projecte l'única manera d'aturar aquest tipus de servei seria declarar el xifrat en sí com una cosa il·legal i d'acord amb la Carta de les Nacions Unides sobre Drets Humans: la privacitat és un dret humà bàsic.

La metodologia emparada per elaborar aquest estudi bàsicament ha consistit en buscar referents i arguments per respondre a les qüestions plantejades en la proposta de treball pel qual vaig ser premiada. Aquest guardó, al tractar-se d'una candidatura on les noves promocions havíem de pensar un esquelet de investigació sobre el idealment tractaríem un tema concret, estava fet des de la inexperiència tan en la investigació i tot el seu protocol com en la matèria en si. Per tan bàsicament he procurat satisfer les meves expectatives de creixement professional i tractar de complir amb els objectius però igualment ser conscient que encara que m'hagués agradat poder dur a terme una investigació més rigorosa m'he d'acontentar amb una primera temptativa a l'estudi de la matèria i feta sense cap tipus de rigor ni seguint cap protocol. Tot plegat m'ha servit per tenir ganes d'aprendre sobre el funcionament acadèmic, motiu pel qual he començat a estudiar un Màster sobre la Societat de la informació i el coneixement i amb ganes de donar continuïtat a aquest modest treball.

Tot i així estic força satisfeta ja que he procurat auxiliar els meus dubtes sobre la viabilitat de poder aplicar aquests principis tendents a predicar la desregulació de tota la matèria de la que s'ocupa la propietat intel·lectual actualment i crec que puc afirmar que és una normativa que avui en dia està més viva que mai.

3. Visió jurídica de l'era de l'accés

Internet ha multiplicat el potencial de difusió i transmissió de la informació. En conseqüència s'han manifestat noves insuficiències normatives que corroboren la necessitat adaptativa de les lleis a la realitat canviant.

En aquest nou context la complexitat deriva del mitjà en el qual aquesta informació es transporta, l'anomenat ciberespai, el qual és obert i on els límits territorials dels estats es desdibuixen. Per altra banda, Internet té una amplíssima capacitat integradora i permet una dissociació creixent de la proximitat espacial i la realització de moltes funcions quotidianes. Per tot l'anterior, la seva existència a totes les facetes de la vida es a dia d'avui inapel·lable.³

En conseqüència molts drets s'han vist profundament influïts per les innovacions tecnològiques com és el cas dels drets d'autor. La protecció de la propietat intel·lectual es veu intensament afectada per aquesta capacitat de circulació massiva i a gran velocitat. En primer lloc ja que s'han abolit els límits territorials. En segon terme perquè han canviat els suports en els quals es transporta la informació i han quedat marginats a supòsits casi anecdòtics els casos on es fan còpies de les obres en un suport material (CD's, edicions en paper...). Avui en dia ningú negarà que majoritàriament les reproduccions es duen a terme en un format immaterial (arxius MP3, PDF's...). Motiu pel qual, el Dret ha d'arbitrar procediments de garantia i gestió de drets que rebassin les fronteres nacionals i que adaptin els sistemes nacionals de control de còpies al nou context.

3.1. Dret de les noves tecnologies de la informació i comunicació: Internet

Per definir el contingut d'aquesta matèria jurídica cal partir de la definició de quines tecnologies es refereix i encara que sigui de manera molt elemental direm que agrupen els components i les tècniques utilitzades en el tractament i la transmissió de les informacions, principalment de la informàtica, de Internet i de les telecomunicacions. Són tecnologies que afavoreixen la comunicació i el intercanvi de informació en el món actual. Si n' haguéssim de fer un llistat caldria ser conscient de que es tracta d'un concepte canviant. Per exemple, al segle passat hi inclouríem la televisió o el telèfon mentre que a dia d'avui parlariem dels telèfons intel·ligents o les tauletes de lectura i en menys de 3 anys de ben segur que caldrà parlar de quelcom diferent. La manera com l'ús d'aquesta tecnologia s'ha estès de manera universal ha obligat als juristes i als legisladors al replantejament de la dogmàtica jurídica.

³ Lessig, Lawrence, and Florencio Cabello. *El código 2.0*. Traficantes de Sueños, 2009.

Internet com a mitjà, es concep com un sistema internacional de comunicació-, anomenat com la xarxa de les xarxes- apte pel transport de textos, imatges, vídeos i sons. És un conjunt descentralitzat de xarxes de comunicació interconnectades que utilitzen la família de protocols TCP/IP, garantint que les xarxes físiques i heterogènies que la componen funcionin com una xarxa lògica única i d'abast mundial. Sens dubte Internet s'ha convertit en una eina bàsica de comunicació i en la font de fonts d'informació.

Aquests primers anys del present segle XXI estan significant la consolidació de l'ús de les noves tecnologies de la informació en tots els àmbits i aspectes de la societat i com no pot ser d'altra manera també en el món de la creació. Davant d'aquesta revolució el Dret també intervé i, més que mai, entra en consonància la premissa que tota regulació requereix un cert grau de flexibilitat —per adaptar-se als canvis— i un cert grau d'estabilitat, per a no provocar inseguretat social.

Aquesta implementació de la tecnologia en un valor social tan genuí com és la cultura comporta que la regulació de molts dels seus aspectes estigui dotada d'un caràcter interdisciplinari i transversal⁴. Per tan, complexa i que requereix d'un procés paral·lel de conscienciació i sensibilització dels professionals de les indústries culturals, dels creadors i titulars de drets de propietat intel·lectual, així mateix, com de la societat en general respecte a la necessitat d'introduir i utilitzar lícitament les noves tecnologies de la informació en els seus hàbits d'accés a la cultura com a premissa prioritària. Segurament aquest és un procés que ha d'anar de la mà de normes coherents, d'educació i de l'enfortiment d'un sistema de tutela a nivell internacional.

3.2. Les obres protegides per la propietat intel·lectual

L'objectiu d'aquest epígraf és introduir d'una manera general quin és el punt de partida per poder establir els llindars de control dels drets exclusius que les lleis de propietat intel·lectual ofereixen a l'autor.

Per contra no és entrar a estudiar el concepte de la Propietat Intel·lectual, ni les normes referents a Internet que afecten aquesta matèria jurídica. Ni tampoc examinar la legislació relativa als serveis de la societat de la informació⁵, que tan sols m'agradaria apuntar que sol ser d'aplicació horitzontal a tots els àmbits del Dret relacionats amb la prestació d'aquest servei, independentment

⁴ Veure per exemple: Menéndez Mato, Juan Carlos. *El contrato vía Internet*. Editorial Bosch, 2005. Qualsevol estudi referent a com afecta Internet en un aspecte determinat conté una introducció relativa al seu impacte i a les seves normes que se'n veuen afectades.

⁵ Per abordar aquest contingut jo he utilitzat: Adame Martínez, Miguel Angel. *Derecho en Internet*. 1998., Garrote Fernández-Díez, Ignacio. *El derecho de autor en Internet: la directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información*. Comares, 2001.

del seu caràcter⁶.

Continuant, per tant, en l'estudi de la matèria vull aportar el meu punt de vista ja que evocaré el present, partint de que la major afectació en l'enorme creixement dels mitjans tecnològics en la Propietat Intel·lectual té més importància en dos dels seus aspectes:

- El procés creatiu
- La divulgació de l'obra

Pel que fa al procés creatiu únicament en faig menció ja que òbviament també la manera com es du a terme cada una de les facetes de la creació en molts àmbits ha sofert un canvi considerable amb les innovacions tecnològiques. També en conseqüència hi ha molts aspectes que poden haver variat com per exemple: l'escala de valors de les aportacions, els intermediaris necessaris...etc. Però en tot cas, aquesta part no serà subjecte a més consideracions ja que la normativa vigent el que protegeix és l'obra resultant i no el procés de creació. Tot i així si que més endavant parlarem d'algunes de les implicacions que comporten aquestes modificacions sistèmiques⁷.

Per altri, és en allò referent a la divulgació de l'obra on vull centrar el meu estudi. En primer lloc ja que considero que aquests canvis als quals m'he referit tenen conseqüències primordialment en el mercat on l'objecte d'aquesta branca jurídica es desenvolupa; reproduint-se, comunicant-se públicament, distribuint-se i transformant-se. En segon lloc perquè analitzant el tràfic de les creacions protegides pels drets d'autor sí que entra en joc la protecció legal on, com deia, no es defensen les idees sinó la seva expressió literària o científica.

També perquè aquest nou paradigma ha afectat a les fonts d'alimentació per les quals es finançava el procés creatiu quan es va estructurar l'actual sistema de protecció de drets. El qual ha canviat considerablement i és evident que això fa trontollar el manteniment dels creadors. A més, perquè en l'actualitat s'imposen les pressions de la voluntat d'explotació econòmica imposada pels agents de mercat que compareixen i els que han intervingut tradicionalment en l'explotació dels drets de Propietat intel·lectual. Igualment considero que aquests, en algunes ocasions tracten a la creació

⁶ Llei 34/2002, de 11 de juliol, de serveis de la societat de la informació i de comerç electrònic. « *Objeto: Las obligaciones de los prestadores de servicios incluidos los que actúen como intermediarios en la transmisión de contenidos por las redes de telecomunicaciones - Las comunicaciones comerciales por vía electrónica - La información previa y posterior a la celebración de contratos electrónicos - Las condiciones relativas a su validez y eficacia - El régimen sancionador aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información.* » Wikipedia

⁷ Francis Gurry, Conferencia sobre la dirección futura del derecho de autor: "El derecho de autor debe ser un acicate para el dinamismo cultural, en lugar de salvaguardar intereses creados"

com una propietat més objecte del comerç. Potser sense tenir en compte el valor afegit que implica per una societat incentivar l'enriquiment cultural com una matèria que si es vol que sigui de qualitat i diversa, segurament serà deficitària en termes econòmics però que compensa en termes d'enriquiment social i que, per tan, requereix d'un tractament que s'ajusti a la seva naturalesa.

Avui en dia, el numero de persones que tenen accés a la xarxa supera els 2.000 milions i per tota aquesta gent podria ser possible l'accés a les obres via Internet⁸. En canvi el seu règim regulatori no ha permès que en els darrers anys s'instaurin uns fonaments prou sòlids en l'educació de la societat per a la valoració d'aquest patrimoni cultural com a un bé que també tingui un valor patrimonial⁹ i se'ns ha acostumat a la idea de la cultura gratis. A més, la desregulació o la dispersió normativa existent en molts dels aspectes que impliquen la comunicació a la xarxa i la dificultat d'accés a la justícia intensifica la necessitat de tornar a definir molts conceptes de la nomenclatura analògica que han quedat obsolets i han incentivat la gratuïtat de l'ús de l'obra aliena.

Actualment el procés de crear normes que suposin garanties sembla que avança cap a un model on el sistema de: "tots de drets protegits" que en teoria regeix el sistema de protecció de la Propietat Intel·lectual pugui fer-se efectiu també a Internet¹⁰. Per aquest motiu, en aquells indrets de la xarxa on s'hi poden trobar obres protegides estan creixent l'atorgament d'autoritacions d'ús mitjançant l'establiment de llicències electròniques que haurien de ser coherents amb la seva essència: aconseguir l'acord entre l'autor i tothom que vulgui excedir a l'obra i procurar per la llibertat d'ambdues parts.

3.3. Els contractes electrònics

Si partim de la idea que el sistema vigent de protecció de drets d'autor fa una reserva al seu titular és lògic que d'entrada haguem de considerar en especial el paper de la figura contractual. És mitjançant el negoci jurídic on la llei empara la possibilitat de poder cedir-ne el seu contingut i aquesta és la raó per la qual a continuació entraré a fer una breu caracterització de l'ús d'aquest instrument en l'entorn d'Internet amb els denominats contractes electrònics¹¹.

Aquesta denominació fa referència a la manera com es formalitza un contracte

⁸ Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), The World in 2010: ICT facts and figures.

⁹ Veure els estudis del comité asesor sobre observancia de la WIPO.

¹⁰ Com demostren models de negoci com: Spotify, Filmin, Itunes, Mega...

¹¹ Per més informació veure, per exemple : "GUIA DE CONTRACTACIÓ DE L'ARTISTA VISUAL: ...la qual sorgeix després de deu anys d'assessorament jurídic a artistes, durant els quals hem pogut comprovar la necessitat que tenen els creadors visuals, sobretot als inicis de la seva carrera professional, de conèixer els instruments jurídics que tenen al seu abast, a fi de protegir els seus interessos en les seves relacions professionals" http://www.catarragona.net/files/pdf201/guia_de_contractacio.pdf o amb aquest mateix propòsit trobem la "Guia sobre seguridad y privacidad en el Comercio Electronico" INTECO

independentment de quin sigui el seu objecte. Partint d'aquest punt de vista la llei¹² defineix la contractació electrònica com aquella que es celebra a distància sense que les parts estiguin simultàniament presents, sent enviat en origen i rebut en destí el contracte per mitjà d'equips electrònics de tractament i emmagatzematge de dades i que són en la seva totalitat transmesos, encaminats i rebuts per mitjà de cable, radio, mitjans òptics o d'altres medis electromagnètics. Val a dir que aquesta determinació és complexa perquè la regulació d'aquesta figura implica tornar a definir drets de les persones tan essencials com la llibertat d'expressió i de la informació, la intimitat, l'autodeterminació informativa, la protecció de dades..entre d'altres. Tanmateix la normativa civil relativa al consentiment, la legislació comercial, les normes de protecció dels consumidors, l'ordenació del comerç minorista, la publicitat i el marc legal del comerç electrònic¹³.

Resumidament la seva principal peculiaritat consisteix en que l'intercanvi del consentiment es fa mitjançant xarxes de comunicació oberta. A més a continuació faré una mera enumeració que utilitzarem a fi de destacar-ne les seves qualitats més pròpies.

3.3.1. Característiques principals

- ⤴ Celebració a distància o sense que les parts estiguin simultàniament presents a través de xarxes obertes.
- ⤴ Enviat i rebut per mitjà d'equips electrònics de tractament i emmagatzematge de dades (Es a dir; transmesos, encaminats i rebuts per cable, radio, mitjans òptics o per altres mitjans electromagnètics).
- ⤴ Altres requisits formals referents a la informació que el prestador de serveis ha de proporcionar al destinatari:
 - Descripció dels passos tècnics que s'han de donar per celebrar el contracte
 - Confirmació del contingut del contracte
 - Descripció de les mesures tècniques encaminades a detectar errors en les dades
 - Enumeració de les llengües en que el consumidor podrà celebrar el contracte
 - Enumeració dels codis de conducta als que es troba subjecte

¹² Llei 34/2002, de 11 de juliol, dels serveis de la societat de la informació i del comerç electrònic.

¹³ Camacho Clavijo, Sandra. *Partes intervenientes, formación y prueba del contrato electrónico*. 2005.

- ⤴ Principals normes que poden afectar el contingut del contracte¹⁴: Normatives comunitàries i internacionals, Codi civil i Codi Mercantil, Llei de propietat intel·lectual (Text Refós pel Real Decret Legislatiu 1/1996 del 12 d'abril" i modificada per la Llei 23/2006 de 7 de juliol)¹⁵, Llei de protecció de dades de caràcter personal (Llei Orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de Protecció de Dades de Caràcter Personal)¹⁶, Llei sobre firma electrònica (Llei 59/2003, de 19 de desembre, de firma electrònica), Llei de la societat de la informació i el comerç electrònic (Llei 34/2002, de 11 de juliol, de serveis de la societat de la informació i de comerç electrònic)¹⁷, Llei d'arbitratge (Llei 60/2003, de 23 de desembre, d'arbitratge), Llei general de defensa de consumidors i usuaris (Reial decret legislatiu 1/2007, de 16 de novembre), Llei sobre condicions generals de contractació (Llei 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contractació) i totes les pertinents normes de desenvolupament. A més es podrien afegir les normes relatives a la matèria fiscal, processal i en matèria de comerç minorista.
- ⤴ Lloc de celebració del contracte: on el destinatari del servei efectua la seva petició (excepte si cap de les dues parts és consumidor i aquestes pacten el contrari).
- ⤴ Llei aplicable i jurisdicció competent: els contractes amb elements d'estrangeria s'atendran a les regulacions establertes als tractats internacionals que Espanya sigui part i en el seu defecte a les normes de Dret privat internacional del Codi Civil.
- ⤴ Solució extrajudicial: es podrà incloure una clàusula addicional de submissió a arbitratge.

3.4. La desintermediació

Molts autors parlen d'una revolució digital pel fet que l'entrada de les noves tecnologies afecta a tots els sectors econòmics i socials. Aquesta s'ha anat gestant progressivament ja que en primer terme va suposar el creixement de la indústria del Hardware i a posteriori del Software, ambdues considerades com els fonaments de la societat de la informació. En l'actualitat amb l'indústria dels buscadors i les plataformes de distribució a la xarxa al capdavant hem passat al que alguns autors anomenen com la societat del coneixement i segurament no està molt lluny la societat de l'entreteniment¹⁸.

¹⁴ Camacho Clavijo, Sandra. *Partes intervinientes, formación y prueba del contrato electrónico*. 2005..

¹⁵ D'ara en endavant LPI.

¹⁶ D'ara en endavant LOPD.

¹⁷ D'ara en endavant LSSIC

¹⁸ Planas i Silva, Carlota. "Los contratos editoriales en la era del acceso: la desintermediación legal." *El "copyright" en cuestión: diálogos sobre propiedad intelectual*. Universidad de Deusto; Deustuko Unibertsitatea, 2011.

La velocitat de tota aquesta progressió ens permet afirmar que la indústria del contingut és sens dubte una tortuga tecnològica en comparació al ritme en que evoluciona el mercat dels productes tecnològics.

Sembla ser que la operativa de la indústria informàtica, la qual predica compartir els descobriments amb els altres programadors a fi de millorar el producte, s'ha difós al funcionament <de facto> de intercanvi del coneixement a través de la xarxa. Això comporta que el principi que defineix la Propietat Intel·lectual s'hagi anat mutant i la reserva de tots els drets que conté hagi passat a la socialització dels mateixos. Tan mateix en aquest context el contingut cultural s'ha convertit en un gran be de consum, per tan, necessita buscar com conciliar amb aquesta nova tendència a compartir els continguts sense que això impliqui un empobriment per la creació.

3.5. Quins drets afecta

En el nou mitjà digital els drets que es necessiten revisar no són únicament els que tradicionalment han sigut més utilitzats en el tràfic de les obres, és a dir, el de reproducció i distribució sinó que requereix repensar el dret de comunicació pública, el de posada a disposició al públic i el de transformació ja que tots ells s'han convertit en l'expressió dels drets digitals. A més aquest procés de reestructuració no s'acaba aquí ja que implica mirar tan el passat com el futur contractual davant dels autors presents com als venidors.

3.6. Mitjans per fer valdre aquests drets

Les mesures més comunes per fer valdre aquestes facultats són:

- Registre de les obres
- L'ús de Símbols o Indicacions en els arxius que contenen les obres
- Afiliació a entitats de gestió: SGAE/CEDRO/VEGAP/DAMA/AIE/AISGE/AGEDI/EGEDA¹⁹
- Tasques del Ministeri de cultura i de la comissió de la Propietat intel·lectual
- Ús de mesures tecnològiques

Degut a la utilització de les anteriors s'ha desenvolupat un sistema l'objectiu del qual és donar seguretat a l'exercici de les facultats dels titulars de drets. Es poden classificar aquestes dos grups de

¹⁹ Per tenir xifres sobre la funció d'aquestes corporacions hi ha una interessant taula a la comissió nacional de la competència (<http://www.cncompetencia.es>) amb dades del AEVAL 2012

mesures en base als següents criteris:

3.6.1. Sistemes de control de copia i reproducció:

- Original-copia: pèrdua de qualitat
- Pervertir el contingut perquè no pugui ser reproduïble en un ordinador
- Xifrar el contingut i vendre la clau de desxifratge al comprador. És a dir:
 - El comprador es pot descarregar la versió xifrada (Per exemple d'una cançó)
 - Quan efectua el pagament es descarrega una llicència
 - Programari reproductor serà capaç de desxifrar el contingut a través de la clau impresa en la llicència i en conseqüència utilitzar l'arxiu tantes vegades com vulgui (Exemple: fer sonar la cançó).

3.6.2. Sistemes de marcatge:

- Marques d'aigua: Sistema que permet amagar un missatge en un contingut. Amaga una clau privada que permet recuperar el missatge correctament
- Impremta digital: Indica qui és el comprador

3.7. Els agents d'interlocució de continguts

La normativa que afecta als agents que tradicionalment han operat en la interlocució de contingut necessita completar com es cedeixen els drets de reproducció, de distribució, de comunicació pública i transformació en aquest nou paradigma ja que la indústria ho està definint pel seu compte²⁰. A nivell legislatiu, a més, cal repensar també com es normativitza el fet que en el territori digital hem passat del comerç de coses físiques al immaterial ja que, insisteixo: ara les modalitats de comercialització binària eliminen el suport.

A nivell nacional la resposta legal davant d'aquesta revolta ha sigut de poc voltatge i no regula a fons la nova realitat. En l'última reforma de 2006 de la LPI, alguna part de la doctrina, era partidària de que fossin les operadores de telecomunicacions qui assumís el pagament d'aquesta explotació global a través de la xarxa però aquesta proposta no va arribar a introduir-se a la normativa. Més aviat

²⁰ Un exemple d'això n'és el nou projecte empresarial Megabox de Kim Dotcom on aquest ha dissenyat una base de continguts digital on els usuaris accediran als arxius mitjançant un sistema de xifratge d'arxius.

el que aquesta modificació va promoure fou la consolidació del nous protagonistes de l' anteriorment referida socialització facultant a les biblioteques, filmoteques i hemeroteques a copiar per a preservar dintre del àmbit corresponent²¹ tal i com veurem amb més detall més endavant. A més no s'han fet prou ajustaments en la nomenclatura analògica per adaptar-la a la realitat digital ja que moltes realitats, com per exemple el llibre digital, queda sense reconeixement a efectes fiscals.

L'arrel del problema és comú a nivell internacional i el trànsit d'obres ho és també, així que el més probable és que les respostes vinguin a la via del àmbit internacional. Les grans víctimes de la pirateria foren inicialment la indústria de la música, l'audiovisual, la dels videojocs i en l'actualitat la del llibre²². A causa de que els interlocutors no disposen d'instruments legals per poder defensar-se, molts estan condemnats a desaparèixer sinó són capaços de re inventar-se i re formular les seves relacions amb els actors de sempre. Aquests, per ara, només poden protegir-se mitjançant la contractació entre el qui fa possible el producte cultural i els consumidors, quedant pendent la definició legal de qui són aquests agents i en quina mesura es poden protegir²³. A més molts productes digitals requereixen d'una entitat productiva que sàpiga coordinar els diferents aspectes de la producció a fi d'aconseguir-ne un bé final i evidentment tota inversió material requereix de certa seguretat jurídica per a poder-ne garantir el bon fi de la mateixa.

No són pocs els qui defensen que Internet permet reduir el camí fins a l'autor de continguts, eliminant-ne intermediaris, però això no hauria de suposar la desprotecció total dels que actuaven legítimament en el mercat analògic i continuen fent-ho aportant valor afegit i qualitat al producte final. Han de quedar ben regulades aquestes noves relacions amb els autors.

Avui en dia també ha aparegut un nou interlocutor: el digitalitzador o conversor de continguts. Per la importància del mateix i per la seva tasca crec que no pot ser oblidat per la nostra normativa.

3.8. La digitalització: El paper de les biblioteques després de la darrera reforma del RD 10/96 de 2006 i dels empresaris que administren les obres digitalitzades

Tal i com comentàvem al apartat que anterior, des de l'any 2006, varen materialitzar-se algunes reformes legislatives entre les que considero pertinent destacar l'entrada en vigor de Llei 23/2006, de 7 de juliol. Per l'anterior es modifica el RD1/96 i mitjançant el mateix les biblioteques suposen actualment una excepció legal als drets exclusius d'explotació que la legislació adjudica als autors²⁴.

²¹ Veure per exemple la llei 10/2007, de 22 de juny, de la lectura, del llibre i de las biblioteques.

²² Memoria del "informe de la pirateria y habitos de consumo de contenidos digitales", segon trimestre del 2009.

²³ Thompson, John B. *Merchants of culture*. Polity, 2010.

²⁴ Llei 23/2006, de 7 de juliol, pel que es modifica el RD 1/96. "Art. 8. Se modifica la rúbrica y se modifica el apartado 1 y se añade un

Aquesta consideració està justificada en el fet que en aquestes institucions generalment de caràcter públic no es pretén fer negoci. A més l'objectiu que persegueixen és el de la conservació i l'accés al patrimoni cultural. La reforma d'aquesta norma busca que aquesta institució pugui reproduir les obres propiciant la digitalització de les obres de domini públic amb l'objectiu de que se'n dugui a terme un control eficient.²⁵

Això és un exemple de com el Dret intervé donar-li valor a determinats bens ja siguin de caràcter material o immaterial. També de com en tots el Drets excloents s'han de contrarestar alguns dels seus efectes amb l'objectiu de fer prevaldre l'interès general d'una societat. Aquestes excepcions quan qui les exerceixen ja no són institucions públiques i en canvi són els empresaris de la nova economia, argumentant que exerceixen com a garants de la custòdia d'aquest interessos comuns, crec que si la nostra societat pretén fer prevaldre aquest interès comú i no el particular no està de menys que se'n qüestioni la seva tasca i a més que se'n controli detingudament la seva conducta. En el món digital moltes plataformes de contingut poden oferir serveis similars a les biblioteques i això és evidentment un avanç per la facilitat en l'accés a la cultura que això implica, però aquesta gestió de continguts ha de disposar d'un marc legal que permeti la consecució d'objectius que vagin més enllà de la recerca del benefici propi. En l'estat actual de les coses cal partir del qüestionament sobre si l'argument utilitzat per justificar el paper de les biblioteques perd el seu esperit quan es tracta d'una empresa que sí que té afany de lucre i sobretot donada l'enorme facilitat d'aquestes grans corporacions mercantils en saltar-se la cadena d'acords que els sistema actual requereix²⁶.

A més la digitalització és una activitat purament mecànica, però comporta alguns elements de valor, els quals són tan la mateixa digitalització, com la propietat que se'n deriva, així com la de totes les "metadades" que s'introdueixen a fi de localitzar e identificar l'obra en el ciberespai, entre d'altres extrems. Tota la materialització d'aquesta conversió de dades és un procés complexa ja que per començar no tots els continguts es poden digitalitzar de la mateixa manera i a més gràcies a aquesta poden sorgir noves modalitats d'obres, i així doncs al permetre's, caldria pactar-ne tots els seus aspectes com la propietat inicial i la futura. Degut a aquesta realitat cal trobar un equilibri entre les

nuevo apartado 3 al artículo 37 con la siguiente redacción: «Artículo 37. Reproducción, préstamo y consulta de obras mediante terminales especializados en determinados establecimientos.1. Los titulares de los derechos de autor no podrán oponerse a las reproducciones de las obras, cuando aquéllas se realicen sin finalidad lucrativa por los museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos de titularidad pública o integradas en instituciones de carácter cultural o científico y la reproducción se realice exclusivamente para fines de investigación o conservación.»

²⁵ Llei 16/1985, de 25 de juny, del patrimoni històric espanyol, on es defineix quin és l'objecte del patrimoni cultural i quines obligacions té l'estat i quines tenen els propietaris privats: «En consecuencia, y como objetivo último, la Ley no busca sino el acceso a los bienes que constituyen nuestro patrimonio histórico [...] Porque en un Estado democrático estos bienes deben estar adecuadamente puestos al servicio de la colectividad en el convencimiento de que con su disfrute se facilita el acceso a la cultura y que ésta, en definitiva, es camino seguro hacia la libertad de los pueblos».

²⁶ Vease el caso "Google Books" i una lectura del mateix de Lessig, Lawrence. "For the love of culture: Google, copyright, and our future." *The New Republic* 26 (2010): 2010.

dues postures extremes a fi de poder donar un marc legal al paper d'aquest nou intermediari: el digitalitzador de continguts.

Jo no tinc cap idea clara. Només sé que els dos extrems que estan davant nostre, si operen sols poden ser horribles per a la nostra cultura. L'extrem defensat pels abolicionistes de drets d'autor, que obliga al lliure accés a totes les formes de la cultura, segurament reduiria l'abast i la diversitat de la cultura. Per tan, estic en contra de l'abolicionisme. Per altra banda no veig cap raó per donar suport a l'altre extrem, generalment impulsat per la indústria de continguts, que cerca la llicència de cada ús de la cultura en qualsevol context. Aquest extrem en reduiria radicalment l'accés i per tan seria com tornar al passat.

3.9. Les llicències d'ús en aquest nou context

Deixant que aquest procés de digitalització avanci sense fre comportarà segons les postures més extremistes la desaparició de les biblioteques físiques²⁷. També hi ha diferents opinions sobre quines són les conseqüències de la desintermediació del productor cultural ja que per molts es pot entendre com un benefici per al ciutadà que accedeix a la cultura des de qualsevol aparell que tingui accés a la xarxa, però aquesta realitat es dilueix davant del fet que ens trobem davant d'una botiga global que ofereix productes de gran consum, és a dir, una oferta limitada a un públic seleccionat i definit prèviament²⁸. També en aquesta enumeració de factors que afecten en el context actual cal preguntar-nos sobre les fonts d'alimentació d'alguns dels autors qui fins a dia d'avui obtenien subvencions, préstecs o ajudes del diner públic. Quan el moment econòmic complicat en el que ens trobem obliga a reestructurar la despesa pública disminuint la quantitat de diners invertits en cultura. Aquest últim apunt el faig únicament per remarcar que aquest canvi de rumb en el valor que la nostra societat li doni a determinats bens, condiona òbviament, donant-li més espai a l'entrada del poder privat en la direcció i control d'aquests.

Alertem-nos també del fet que els grans senyors tecnològics busquen consums instantanis, amb productes cada vegada més econòmics o de domini públic²⁹. Malgrat aquests agents econòmics no estan protegits per la Propietat intel·lectual si que ho estan pels contractes que subscriuen amb els seus clients emparant-los a utilitzar els continguts que aquests disposen³⁰. Segons les opinions més

²⁷ Rifkin, Jeremy, J. Francisco Álvarez, and David Teira. *La era del acceso: la revolución de la nueva economía*. Barcelona: Paidós, 2000.

²⁸ Serra, Eugènia. "Digitalització? Parlem-ne." *BiD: textos universitaris de biblioteconomia i documentació* (2009).

²⁹ Vesae "Orphan Works" a Google

³⁰ En aquest mateix sentit s'esgrimeixen els arguments de la teoria defensada per Lawrence Lessing a "Por una cultura libre: como los grandes grupos de la comunicación utilizan la tecnología y la ley para clausurar la cultura i controlar la creatividad", *Traficantes de sueños*, Mapas 2005.

pessimistes tot apunta a que en mans del mercat aquesta situació evolucioni cap a una societat on la creació i producció d'obres amb valor tornarà a estar a les mans de mecenes i els continguts estaran únicament a les mans d'aquells consumidors que estiguin disposats a pagar un preu i que en conseqüència la societat s'empobrirà.

Igualment crec que la pretesa desintermediació que vol eliminar figures com la del editor, per citar-ne algun, també comporta riscos ja que l'autor no aconsegueix més poder ja que ha de negociar amb empreses amb més autoritat i amb estructures més verticals pel que compta amb menys capacitat de negociació. Per això considero que avui en dia l'industria cultural li és vital la popular frase de "renovar-se és viure", sobretot si la cultura pretén seguir viva i no convertir-se en un simple be de consum³¹ ni democràtic, ni local. Ambdues característiques que, des de la meua òptica, formen part de les grans virtuts de la mateixa i que justifiquen la necessitat de la legislació internacional de trobar el consens per regular el manteniment de la seva tutela.

Per tan, plantejar que la figura contractual pot ajudar a trobar un punt d'equilibri en aquest context, cal d'una major justificació on pugui donar suficients arguments per fer-ne una opció jurídicament viable per fonamentar el control. Però de moment en aquest punt començaré abordant un primer comentari referent a les condicions establertes en el contractes mitjançant els quals es compren continguts digitals i on veiem que en general aquest negoci jurídic en aquest àmbit ha tendit ha adoptar el model de la industria del software. És a dir, són llicències d'adhesió on els consumidors no tenen còpies físiques i les quals contenen limitacions tan pel que fa al seu ús com en el seu transport³². Aquí no ens centrarem a analitzar quines són les afectacions amb les normes de protecció de dades de caràcter personal o d'altres normatives afectades però sí que es pertinent avançar que les condicions es regulen de forma anàrquica i sense una veritable consciència per part del consumidor. No obstant per entendre aquesta eina jurídica ens calen més consideracions ja que a efectes pràctics aquesta figura és normalment el marc legal mitjançant el qual es protegeixen aquestes plataformes de contingut digital que són avui en dia són cada vegada més habituals en moltes de les nostres accions quotidianes.

3.10. Les plataformes de difusió de l'obra: la botiga en xarxa

El desenvolupament del comerç ha sigut i és un dels pilars d'aquesta revolució tecnològica. La rapidesa i la universalitat de la xarxa és el que afavoreix un comerç àgil, internacional i que presenta

³¹ Planas i Silva, Carlota. "Los contratos editoriales en la era del acceso: la desintermediación legal." *El "copyright" en cuestión: diálogos sobre propiedad intelectual*. Universidad de Deusto; Deustuko Unibertsitatea, 2011.

³² Per exemple, una incompatibilitat en els formats dels arxius entre els diferents aparells de lectura en la compra d'un llibre digitalitzat.

molts avantatges pels operadors econòmics.

Igualment això suposa un nou medi on es dona una manifestació de la voluntat i cal una normativa que pugui solucionar els problemes que es plantegen tan a nivell nacional com internacional. Per fer-ho cal primer plantejar si continua sent vàlid l'esquema negocial bàsic de cada ordenament jurídic quan es presenten tals novetats tècniques.

En el nostre sistema l' integració dels mitjans telemàtics com a nous suports de manifestació de la voluntat comporten la necessitat d'adaptar el Dret preexistent de les obligacions i els contractes. En particular, en allò referent a la perfecció, execució i prova dels contractes electrònics i en tot allò relatiu als aspectes de regulació dels mitjans telemàtics com a canals de manifestació de la voluntat³³.

Els efectes d'aquest negoci jurídic en el funcionament de l'industria cultural i molt particularment en el seu sistema legal han tingut també un impacte considerable³⁴ però els instruments legislatius vigents encara no han donat una veritable resposta a aquesta realitat. Òbviament el factor més determinant és la socialització del contingut cultural convertint-se en un bé de consum més i per tan potser la seva regulació també ha de tendir a acostar-se a la regulació d'altres bens que formen part d'aquest poder tan ampli de decisió d'obtenir-los o no per part del consumidor (equiparat, almenys en quan a volum de venda, al consum d'electrodomèstics, moda, tecnologia ...etcètera). A més no totes les vessants d'aquesta industria avancen al mateix ritme i és per això que la transposició al món digital no es fa al mateix ritme pel sector musical, que pel sector llibreter o cinematogràfic...etc³⁵.

Amb la venda en xarxa el mercat és mundial i les polítiques de preus són molt agressives. Per aconseguir que una oferta sigui viable cal descartar la d'aquells autors que no són de consum global ja que el altres autors estaran fragmentats. En quan als lectors, l'audiència o les persones en general s'agrupen per gustos i tecnologia i no per territoris ni fronteres nacionals. Cal vigilar també amb els riscos que comporten les situacions de domini³⁶.

³³ Llei espanyola 34/2002, la Directiva 97/7/CE de protecció dels consumidors i la normativa sobre comerç electrònic 2000/31/CE.

³⁴ Reunión Mundial sobre las Nuevas Modalidades de Concesión de Licencias en el ámbito del Derecho de Autor – Facilitar el Acceso a la Cultura en la Era digital 4-5 de Noviembre 2010; Ginebra
(http://www.wipo.int/copyright/es/activities/copyright_licensing_modalities.html)

³⁵ " L'ICEC i els sectors culturals 2012" és un document que recull dades sobre l'activitat duen a terme les diferents indústries culturals e il·lustra aquesta afirmació. Aquesta entitat publica anualment una memòria de la seva activitat on parlen bàsicament la seva activitat com a entitat pública . En tot cas, és útil ,a fi de poder tenir una diagnosi de l'activitat dels diferents sectors culturals:
(http://www20.gencat.cat/docs/CulturaDepartament/ICIC/Documents/Arxiu%20ICIC/ICEC_2012.pdf)

³⁶ Cuervo García, José Álvaro, and Francesco Domenico Sandulli. "Creación empresarial y dominio de mercado: el caso del departamento de justicia de los Estados Unidos contra Microsoft." *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía* 808 (2003): 217-232.

3.11. Mercat dels serveis de la societat de la informació

El concepte de comerç electrònic planteja considerables dificultats en la seva construcció jurídica, per la seva incertesa i per la confusió sobre el seu objecte. En aquest treball jo partiré de la consideració d'aquesta funció com una forma de dur a terme l'activitat socioeconòmica de compra i venda de bens o serveis que es desenvolupa en el mercat electrònic.

Per delimitar-ne el concepte em resulta imprescindible una enumeració dels principis informadors del seu règim jurídic introduïts en la Llei model sobre comerç electrònic³⁷ emesa per la Comissió de les Nacions Unides pel Dret internacional mercantil. Aquesta normativa pretén recollir una sèrie de pautes amb les que s'hauria d'inspirar tota reglamentació jurídica referent al comerç electrònic, però prescindiré del seu estudi exhaustiu en aquesta ocasió³⁸ i en faré com deia una breu caracterització dels seus trets:

- **Principi d'equivalència funcional:** es tracta de reproduir en el context desmaterialitzat del comerç electrònic les mateixes situacions jurídiques ja regulades en el suport material o document en paper.
- **Principi de neutralitat tecnològica:** tracta d'evitar que la rapidesa en la que avancen les innovacions tecnològiques provoquin una ràpida opulència de les normes i ho fa permetent que les normes ordenadores del comerç electrònic no puguin excloure cap tècnica de comunicació. Per tant té en compte la tecnologia present i futura.
- **Principi d'inalteració del Dret preexistent:** malgrat l'electrònica és un nou suport de voluntat negocial i la seva acceptació no ha d'implicar la necessitat de crear un nou Dret o modificar el Dret preexistent.

A més té una clara relació amb el concepte de serveis de la societat de la informació, que hi queda incardinat³⁹. Les normes que disciplinen el comerç electrònic no regulen una definició d'aquesta actuació però incardinen aquest concepte dins d'una categoria més ampla de "serveis de la societat de la informació"⁴⁰. Són normes conscients que la societat actual és capaç de produir, subministrar i consumir informació l'objecte principal de la qual és el transit d'aquesta mateixa informació. Per aquest motiu aquesta normativa es planteja com protegir al consumidor usuari i de preveure com

³⁷ Llei 51/162 de desembre del 1996

³⁸ Vega, José Antonio Vega. *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*. Editorial Reus, 2005.

³⁹ Camacho Clavijo, Sandra. *Partes intervinientes, formación y prueba del contrato electrónico*. 2005..

⁴⁰ Directiva 2000/31/CE de 8 de juny de 2000 relativa a determinats aspectes jurídics de la societat de la informació, la LSSCI i la Constitució Espanyola de 1978.

aquesta societat de la informació⁴¹ pot afectar al transcurs de la política general, europea i nacional de protecció del consumidor⁴².

3.11.1. Característiques principals

L'ús de moderns procediments de comunicació dirigits a obtenir el correcte intercanvi d'una oferta i una acceptació contractual imposen un sèrie d'incidències en qüestions diferents i les normatives que més hi afecten són les referents a la firma electrònica⁴³, a les condicions generals de contractació⁴⁴ i a les consideracions referents a les clàusules abusives.

Dèiem anteriorment que analitzant les condicions establertes en el contractes mitjançant els quals es compren continguts digitals veiem que en general han adoptat el model de la indústria del software. És a dir, són llicències d'adhesió on els consumidors no obtenen còpies físiques i les quals contenen limitacions tan pel que fa al ús com en el transport⁴⁵ de l'obra. De nou, no entrarem a analitzar quines són les afectacions amb les normes de protecció de dades de caràcter personal ja que malgrat és també un tòpic en boga innegable no crec que sigui pertinent en aquest estudi ja que potser no té major importància en aquest àmbit del comerç. En tot cas sí que considero que es pertinent anticipar-nos i comentar que de les característiques més genuïnes dels mercat d'aquest nou punt de venda en destaquen principalment les següents característiques:

- La no operativitat entre els diferents aparells de reproducció i, per tant, qui compri un contingut digital determinat no podrà transportar-lo a la xarxa lliurement ja que existeixen incompatibilitats entre els diferents lectors.
- Posició restrictiva de caràcter vertical en l'oferta i selecció del que es posa a la venda. Es a dir, limitació de la diversitat de lectors i de continguts ja que el productor ha d'amortitzar la inversió igualment.
- Las polítiques de preu i de compra poden canviar en qualsevol moment.
- Es pot fer un rastreig digital de l'ús que en fa el comprador.
- Les empreses tecnològiques són les mateixes a nivell mundial: consum global. El resta dels autors es trobarà fragmentats dintre de l'espai digital.

⁴¹ Castells, Manuel. "Informacionalismo, redes y sociedad red: una propuesta teórica." *La sociedad red: una visión global*. Alianza Editorial, 2006.

⁴² Cavanillas Múgica, S. "la protección del consumidor i la sociedad de la información", Marcial Pons, 2004.

⁴³ Incidències de la directiva 2000/31 a la llei 59/2003 de 19 de desembre de firma electrònica o d'ordenació del comerç minorista llei 47/2002 de 19 de desembre.

⁴⁴ Llei 7/1998, de 13 de abril, sobre condicions generals de la contractació. (D'ara en endavant LCGC)

⁴⁵ Per exemple, una incompatibilitat en els formats dels arxius entre els diferents aparells de lectura en la compra d'un llibre digitalitzat.

3.12. Les cultura com a valor públic

En un epígraf anterior ja m'he referit a la biblioteca com a institució però novament crec que és pertinent parlar del valor que es pot aportar a través d'aquestes entitats públiques a una societat. Sens dubte aquest es materialitza en incrementar l'enriquiment cultural de la seva població posant a l'abast de tothom l'accés a la informació i fins ara finançat amb el diner públic. Qüestió, aquesta última, que no dubto que cal revisar en els temps que corren de tensions en la tresoreria de la despesa pública però que considero que és massa complexa i que en el present no tinc capacitat per abordar.

Però igualment considero que si partim de la idea que l'aflorentament i l'expansió d'aquestes iniciatives és purament una qüestió a les mans del rumb polític que cada Estat adopti no és necessari perdre massa temps en el seu marc teòric. Potser és més sensat procurar analitzar-ne l'estat actual de la qüestió i relacionar-ho amb aquells aspectes referents als drets de la Propietat Intel·lectual que se'n deriven en quan són punts d'accés a les obres.

Veiem per tan, que per afavorir l'accés a la cultura es poden dur a terme polítiques legislatives com la que s'ha fet per incrementar la qualitat de les biblioteques públiques. Mitjançant la qual se les ha fet beneficiàries de l'exempció legal que contempla la LPI⁴⁶ on s'exclou la remuneració per la posada a disposició d'una obra mitjançant el préstec. A més, els preceptes de la normativa comunitària⁴⁷ ha introduït alguna modificació al tractament legal del cànon digital⁴⁸ d'acord amb l'esperit de la comunitat europea de poder facilitar un marc legal adequat al món de la creació⁴⁹. També en aquest sentit és important parlar de com després de la sentència del TJUE de 26 d'octubre del 2006 condemnant a Espanya per no haver fet correctament la transposició de la directiva 92/100/CEE⁵⁰, referent al lloguer i al préstec, el legislador nacional va promulgar el Projecte de llei de la lectura, el llibre i les biblioteques⁵¹ on es determina que la manera de poder participar en la remuneració de l'autor en aquesta posada a disposició es farà mitjançant un sistema de gestió col·lectiva obligatori. Però es dubtós que les entitats de gestió estiguin capacitades per assumir aquest

⁴⁶ En el seu Article 37

⁴⁷ DIRECTIVA 2001/29/EC del parlament europeu i del consell de 22 de maig de 2001 d'harmonització de determinats aspectes del copyright i aspectes relacionats a la societat de la informació

⁴⁸ Com és la modificació de l'article 25 de la LPI introduïda per la L23/2006 on es regula compensació per copia privada. Veure "¿El apasionante mundo de las bibliotecas?" BiB numero 18 de 2007.

⁴⁹ Per desenvolpar més exhaustivament d'aquest epígraf és interessant la lectura del article de PATRICIA RIERA BARSALLO "L'apassionant món del dret d'autor?" i publicat a la Biblioteca de la Universitat Oberta de Catalunya. El qual diu "El que imposa la sentència: ..Com els lectors ja coneixen, el punt de discrepància va estar en la forma com es va aplicar el contingut de l'article 5 d'aquesta Directiva; per a la Comissió Europea, aquest article definia com a norma general que els autors havien de percebre remuneració pel préstec de les seves obres, i com a excepció d'aquesta norma general, que algunes institucions no participessin en aquest sistema de pagament de remuneració. Partint d'aquesta interpretació, la Comissió (i més tard el TJUE) va entendre que Espanya incomplia la norma, ja que en eximir tantes institucions del pagament de remuneració pels préstecs que es feien es produïa de facto un incompliment de la norma general."

⁵⁰ Directiva 92/100/CEE del Consell, de 19 de novembre de 1992, sobre drets de lloguer i préstec i d'altres drets afins als drets d'autor en l'àmbit de la propietat intel·lectual

⁵¹ LLEI 10/2007, de 22 de juny, de la lectura, del llibre i de les biblioteques. («BOE» 150, de 23-6-2007.)

mandat amb totes les implicacions que comporta i el nivell de coordinació que això significa a nivell internacional amb les seves homologues de cada país on les obres circulin.

De nou m'agrada deixar una reflexió per tancar aquest punt ja que el sistema s'actualitza posant mesures a fi de fer efectiu el dret d'explotació de l'obra i certament aquesta manera de blindar el procediment té un sentit quan el que es pretén és sostenir-ne el manteniment en termes econòmics. Arribat a aquest punt hem sembla oportú opinar que crec que és evident que el dret de remuneració pretén que l'autor pugui seguir desenvolupant la seva activitat creativa amb seguretat i que considero que és normal que per continuar creant l'autor necessiti disposar dels recursos adequats per fer-ho. Però, potser, avui en dia degut a la quantitat de traves legals que ens trobem, per equilibrar els interessos en joc i respondre a la necessitat d'una extensa coordinació entre tots els sistemes legals per fer-ne efectiu aquest control, ens toca preguntar-nos si realment mitjançant els drets d'autor és on cal buscar aquesta reverdiment monetari cap a la creació.

4. Nocions bàsiques sobre la jurisdicció a Internet de la propietat intel·lectual

La protecció jurídica de la propietat intel·lectual s'entén com un dret de propietat que té per objecte les creacions originals, les interpretacions de tals creacions i determinades creacions literàries, artístiques o científiques.

Aquesta tutela es regeix pels principis de territorialitat i d'assimilació del estranger al nacional cosa que implica que en cada estat el seu titular només tindrà reconeguts aquells drets que les lleis d'aquell país li atribueixin. Igualment, els drets es reconeixen en cada estat en la mesura que les lleis d'aquell territori afirmen la seva existència i el grau de protecció depèn de l'estat on es sol·liciti aquesta.

D'acord amb aquest principi la normativa nacional⁵² estableix que "*els drets de propietat intel·lectual e industrial es protegiran dintre del territori espanyol d'acord amb la llei espanyola, sense perjudici de l'establert en els convenis i tractats internacionals en els que Espanya sigui part*".

Aquests principis estan totalment en tensió amb la naturalesa fortament internacional de la creació i la transmissió de les obres. A més, la falta de consens internacional comporta una incertesa que dificulta l'establiment d'un mercat i una eficient tutela de la Propietat intel·lectual.

⁵² Art.10.4 del Codi Civil espanyol de 1889.

4.1. Paper de les normes de Dret Internacional Privat

La naturalesa global de Internet comporta que en el medi digital una infracció de drets de Propietat intel·lectual adquireixi fàcilment un caràcter internacional. Les infraccions succeeixen quan una persona diferent al autor o al titular dels drets d'autor exploten un o més drets sense autorització o sense poder acollir-se a cap de les excepcions legals o de "*fair use*"⁵³ que en legitimarien aquesta utilització.

En aquest context en el que el contingut passa a ser disponible a través de la xarxa i accessible des de qualsevol ordinador ubicat a qualsevol país del món molts casos tenen connexions amb ordenaments estrangers. Sorprèn que en aquest escenari la normativa internacional que s'encarrega de regular aquesta matèria encara no hagi adoptat cap convenció mundial a fi de garantir una tutela judicial efectiva de la Propietat Intel·lectual i que els avenços hagin succeït únicament en l'àmbit d'algunes convencions regionals a les quals ens referirem breument més endavant⁵⁴.

4.1.1. La determinació de la competència judicial internacional

La presentació de demanades per infracció de drets de la propietat intel·lectual ha incrementat en els darrers anys i en moltes ocasions, com comentava, aquestes reclamacions adquireixen un caràcter internacional. Principalment degut a que algun dels seus elements està connectat amb un ordenament jurídic diferent del lloc on es sol·licita la tutela i òbviament ja que des del moment en que el contingut es posa a disposició a través de la xarxa aquest passa a ser accessible des de qualsevol ordinador connectat del món.

En aquests supòsits, en vista de la connexió del cas amb un ordenament estranger, el tribunal on es presenta la demanada, es veu obligat abans de començar a conèixer sobre l'assumpte a determinar si té de la necessària competència judicial internacional per resoldre sobre el cas.

En vista de la normativa espanyola, amb caràcter general, els instruments vigents estableixen dos criteris generals alternatius a partir dels quals els tribunals nacionals poden declarar-se competents. Aquests són:

⁵³ A Estats Units, el "*fair use*" és una doctrina legal sobre el copyright, que permet un ús limitat del material amb drets d'autor, sense la necessitat de requerir permís als titulars de tal dret. Aquest ús condicionat concerneix a qualsevol que no posseeixi els drets sobre el material, i comprèn una llicència d'ús restringida a finalitats didàctiques o de revisió de material. En aquest context vull referir-me als usos permesos legalment.

⁵⁴ Esteve González, Lydia, "Protecció internacional de la Propietat Intel·lectual en el context digital: Quo vadis", tesis sobre donde se produce el hecho dañoso. *Aspectos internacionales de las infracciones de derechos de autor en Internet*. Comares, 2006.

- ▲ (Art.2) R44/01⁵⁵ **Fòrum general:** Domicili del demandat
- ▲ (Art.5.3) R44/01 **Fòrum delicti comissioni:** Atribueix competència als tribunals del lloc on s'ha produït el fet il·lícit, és a dir, on s'ha verificat la infracció.

En relació al contingut del Fòrum delicti comissioni, el qual, ens permet delimitar quin és el seu àmbit material, prèviament vull comentar que en aquesta ocasió no és apropiat entrar a analitzar en detall aquest aspecte relatiu a una matèria de Dret internacional privat. Primer, ja que no està exempt de conflicte i a més perquè requereix d'un tractament curós donada la complexitat de la matèria. Així doncs, em limitaré a manifestar-me a favor del *criteri de focalització*⁵⁶ a la hora d'interpretar (l'Art 5.3) R/01 i (l'Art.23) de la LOPJ⁵⁷ versos el *criteri d'accessibilitat* propugnat per la Cour de Casation francesa⁵⁸.

Només per clarificar mínimament aquest concepte direm que el criteri de focalització ,resumit en poques paraules , tracta d'ajudar a trobar un mètode per equilibrar la tutela judicial efectiva de la propietat intel·lectual sense perjudicar la tutela judicial efectiva del demandat. Pretén servir per indicar quin són els indicis per determinar quan una activitat va dirigida al estat on es presenta la demanada. La raó principal per la qual considero que aquest criteri és el més adequat és degut a que en aquesta primera fase l'objectiu consisteix en examinar si els Tribunals d'un país estan prou relacionats amb el supòsit de fet i si és pertinent atribuir-ne la competència. Per tant, la subordinació d'aquesta competència no hauria de qüestionar si una llei sanciona una activitat o no ho fa com òbviament afavoreix el criteri d'accessibilitat. Ja que penso que és contraproductent e incita al Fòrum Shopping⁵⁹.Personalment estic a favor de l'opinió que defensa que el fer prevaldre l'accessibilitat i per tan, facilitar que la demanda pugui presentar-se als Tribunals d'una manera més oberta, en aquesta ocasió provoca un excessiu risc de que els litigis estiguin poc connectats amb l'estat qui els resol, a més, de que podrien exigir l'obligació de litigar en llocs imprevisibles. I cal, en conseqüència, evitar-ho.

En resum, mitjançant l'aplicació d'aquest sistema basat en la proximitat del cas amb el tribunal, cal saber si el contingut d'una pàgina Web es dirigeix a un estat per a posteriori entrar a

⁵⁵ R44/2001 relatiu a la competència judicial, el reconeixement i l'execució de resolucions judicials en matèria civil i mercantil (D'ara en endavant, R44/01)

⁵⁶ Martínez, López-Tarruella. "Criterio de " focalización" y" forum delicti commissi" en las infracciones de propiedad industrial e intelectual en Internet." *Pe. i: revista de propiedad intelectual* 31 (2009): 13-52.

⁵⁷ Llei Orgànica 6/1985, de 1 de juliol, del Poder Judicial (D'ara en endavant LOPJ)

⁵⁸Com ha suggerit O, CHACARD, nota sentència del tribunal de Casacion francesa de 9 de desembre de 2003, del assumpte "Castellbalnc", *Rev. Crit. de int. pr.* 2004 p.634.

⁵⁹ Fòrum Shopping és el nom informal donat a la pràctica adoptada per alguns litigants que busquen que el seu cas es tramiti al tribunal que probablement li pugui proporcionar un judici més favorable. Alguns estats estan considerades en determinades qüestions com a actors-amigables i per tant s'han convertit en imants de litigi tot i que hi ha poca o cap connexió entre els problemes jurídics i la jurisdicció en la qual han de ser objecte de litigi

analitzar si el contingut d'aquesta és constitutiu d'infracció. Per fer-ho cal seguir l'important jurisprudència al respecte a fi de que aquests criteris ens serveixen per ponderar el pes de cada un dels indicis que indiquen l'existència d'aquest lligam.

Tanmateix, els tribunals, per determinar si posseeixen de la competència judicial internacional en les accions relatives a infraccions de propietat intel·lectual també poden utilitzar el fòrum comentat en primer terme. Per tan tenir en compte quin és el lloc del *domicili del demandat*. A tal efecte cal diferenciar:

- **Quan el demandat està domiciliat a la Unió Europea:** Els tribunals espanyols hauran d'aplicar el R44/01 i tanmateix tenir en compte el Conveni de Lugano⁶⁰ quan el demandat estigui domiciliat a Suïça, Islàndia i Noruega.
- **Quan el demandat NO està domiciliat a la Unió Europea:** El tribunal haurà d'analitzar la seva normativa nacional a fi de determinar la seva competència. A l'empara de la legislació espanyola caldrà seguir les directrius del (Art. 22) de la LOPJ⁶¹.

4.1.2. Dret aplicable i llei més relacionada amb el cas

Com comentava el primer pas que ha de seguir qualsevol tribunal que rep una demanda consisteix en determinar si posseeix de la necessària competència judicial internacional. En segon terme, passarà a determinar quin és el Dret aplicable a aquell litigi. Aleshores podrà determinar si hi ha hagut infracció i en el seu cas quines són les conseqüències que se'n deriven.

Aquest segon aspecte és clau, a més de ser el més conflictiu de la qüestió, degut a que existeixen divergències normatives substancials en les diferents regulacions referents a la matèria. Per tant, en un context tan poc dotat de la deguda seguretat jurídica, la resolució final en un sentit o un altre està totalment condicionada al curs d'aquest procediment judicial ja que en funció de sota quina legislació s'analitzi el cas poden derivar graus de protecció molts diferents.

Resulta molt evident que el principi de territorialitat establert en un altre episodi on la tecnologia digital encara no era vigent ha imposat un nou repte pel Dret Internacional Privat. Avui en dia aquest ha d'adaptar-se a aquesta nova realitat digital.

⁶⁰ Conveni de Lugano, de 16 de setembre de 1988 relatiu a la competència judicial, al reconeixement i l'execució de resolucions judicials en matèria civil i mercantil.

⁶¹ Article 22 LOPJ: "*En el orden civil, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes: Con carácter general, cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a los juzgados o tribunales españoles, así como cuando el demandado tenga su domicilio en España*".

En defecte d'una regulació internacional a mida cal seguir els passos esmentats però es pertinent comentar que per aquest motiu la demanda per gran part de la doctrina és que per la seguretat en el tràfic electrònic cal promulgar una norma específica i també a nivell internacional on s'estableixin uns criteris uniformes en tractar aquesta matèria⁶².

Actualment el fet és que un acte que atempta contra els drets d'autor i protegit per les normes d'un país determinat pot no ser-ho en d'altres països de manera que si no es flexibilitzen els criteris referents al fòrum d'adjudicació de la competència judicial internacional buscant criteris de proximitat no s'aconseguirà proporcionar en aquesta matèria la deguda tutela judicial efectiva.

Sense més dilacions i entrant en la matèria d'aquest epígraf trobem que per determinar la norma aplicable entren en joc les normes de conflicte i que aquestes tornen a posar de manifest la necessitat de que els preceptes es regulin de manera harmonitzada. Ja que la realitat legal actual comporta respostes diferents depenent del fòrum utilitzat⁶³ les opcions són: *lex fori* (s'aplicarà llei processal del jutge que coneix del assumpte)/*lex loci delicti commissi* (s'aplicarà la llei del lloc on es va cometre el greuge) /*lex loci proteccionis*(s'aplicarà llei del lloc on es reclama la protecció).

Des del meu punt de vista crec que una regulació adequada del Dret aplicable basada en el principi de seguretat hauria de considerar:

- ⤴ La llei amb el lligam més estret amb la situació de fet
- ⤴ El centre del interès econòmic en joc
- ⤴ El lloc on es causa el perjudici major
- ⤴ En defecte de totes les anteriors: la llei escollida per les parts

Però a la llum de la normativa vigent en primer lloc cal qualificar l'acció i en fer-ho diferenciem:

- **Llei aplicable en relacions de caràcter contractual:** Utilitzarem el *criteri de l'autonomia de la voluntat* i aleshores podrem triar la llei del lloc de compliment de l'obligació o la del domicili del demandat
 - *Submissió tàcita* (Art.24) o *expressa* (art.23)

⁶² Prof Jane Ginsburg, with Prof. Rochelle Dreyfuss and Prof. François Dessemontet "INTELLECTUAL PROPERTY - PRINCIPLES GOVERNING JURISDICTION, CHOICE OF LAW AND JUDGMENTS IN TRANSNATIONAL DISPUTES, American Law Institute 2008

⁶³ Esteve González, Lydia, "Protecció internacional de la Propietat Intel·lectual en el context digital: Quo vadis", tesis sobre on es produeix el fet danyós. *Aspectos internacionales de las infracciones de derechos de autor en Internet*. Comares, 2006.

– *Compliment de l'obligació (art.5.1)/ Domicili del demandat (Art. 2 RBI)*

Si el demandat no està domiciliat a un estat membre de la Unió Europea aleshores cal afegir-hi a aquesta normativa altres criteris de producció interna de cada estat. Com per exemple⁶⁴ el que afegeix a aquests criteris d'altres com el del lloc de celebració del contracte.

- **Llei aplicable en relacions de caràcter extra contractual:** La regulació a nivell comunitari la trobem al (Art.8.1) del REGLAMENT (CE) No 864/2007 del parlament europeu i del consell de 11 de Juliol de 2007 relatiu a la llei aplicable a las obligacions extracontractuals⁶⁵. Aquest desplaça (l'Art 10.4) del Codi Civil espanyol⁶⁶ pel seu caràcter universal. Aquesta solució deixa sense una tutela legal predeterminada a les accions plurilocalitzades, que en el medi digital són les més freqüents, motiu pel qual la jurisprudència està jugant un rol tan important en aquesta matèria.

La clau d'aquesta qüestió, i novament molt resumidament i evitant endinsar-nos a analitzar tot l'interessant debat al respecte, és que la norma dicta que en les infraccions de Propietat intel·lectual *la llei aplicable serà la del país per la qual es reclama la protecció*⁶⁷. Per tan es pot demanar la tutela per la totalitat dels danys fruit d'aquell conflicte pel qual es pot fer al estat on el *demandat té el seu domicili* o el *domicili de la sucursal* mitjançant la qual aquest actua indegudament (Art.5.4). Alternativament també pot acudir al *lloc on es du a terme el fet generador de la infracció* (Art.5.3)⁶⁸ o allà *on es crea el greuge emergent* d'aquesta vulneració. Aleshores, però, ens haurem de limitar a l'exercici de l'acció pels danys locals.

4.2. Normativa espanyola

En concret les normes imperatives i dispositives que conformen el regim jurídic d'aquesta matèria estableix el següent sistema:

4.2.1. Criteri establert en base a l'àmbit material

La llei capital reguladora d'aquesta matèria és la Llei de Propietat intel·lectual⁶⁹. L'objecte de la qual són les obres o creacions originals d'un autor i altres drets de Propietat Intel·lectual anomenats

⁶⁴ l'Art.22.3 de la LOPJ

⁶⁵ D'ara en endavanat, «Roma II»

⁶⁶ Publicat al BOE núm. 206 de 25 de julio de 1889. D'ara en endavant CC.

⁶⁷ Martínez, López-Tarruella. "Criterio de "focalización" y "forum delicti commissi" en las infracciones de propiedad industrial e intelectual en Internet." *Pe. i: revista de propiedad intelectual* 31 (2009): 13-52. Veure:III. Alcance de la competencia de los tribunales designados por el Forum Delicti Comissioni"

⁶⁸ Veure STC Cas Fiona Shevill.

⁶⁹ Reial Decret Legislatiu 1/1996, de 12 d'abril, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de propietat intel·lectual i es regularitzen, s'aclareixen i s'harmonitzen les disposicions legals vigents sobre la matèria

drets connexes, afins o veïns que s'adjudiquen a qui interpreta o efectua determinades produccions o prestacions. La complexitat en la matèria esdevé en que tot el ventall de drets que la LPI contempla són independents, compatibles i acumulables.

Com comentava en l'apartat anterior en la protecció d'aquesta matèria regeix el principi de territorialitat. De manera que en cada estat, el titular, només tindrà atribuïts aquells drets que aquell territori estableixi en la mesura en que l'ordenament li concedeixi aquesta condició de titular de drets.

En l'ordenament jurídic espanyol cal partir de l'anàlisi de les següents normes:

- (Art.10) del CC "*los derechos de PI...*": el qual opera com a norma de conflicte.
- Del (Art.163) LPI⁷⁰ al (Art. 167) de la LPI: A aquests efectes, entre els anomenats articles estableix tres criteris que passarem a analitzar superficialment a continuació per determinar l'aplicació d'aquesta norma als titulars de drets nacionals o estrangers que reclamin la seva protecció a Espanya:

a) Normes d'aplicació directa

Titulars nacionals i els qui mantinguin un lligam estret amb el país⁷¹. Així doncs s'aplica a:

- Nacionals i nacionals del estats de la UE
- Els/les qui tinguin residencia habitual a Espanya
- Aquells/es qui puguin acreditar obres publicades a Espanya: aquesta s'entén com la posada a disposició al públic d'un numero d'exemplars que satisfaci raonablement les necessitats estimades d'acord amb la naturalesa i la finalitat de la mateixa. El requisit formal que implica aquesta opció consisteix en presentar la demanda dintre del període comprés dintre dels 30 dies següents a la primera publicació en un altre país.

L'àmbit de protecció inclou tots els drets de la LPI i per saber-ne els terminis de protecció ens remetrem a la norma del Conveni de Berna⁷². Aquest, a més, disposa que caldrà atendre a la legislació del país on es reclami la protecció per evitar que els períodes que aquestes normes fixin no siguin

⁷⁰ "...1. Se protegerán, con arreglo a esta Ley, los derechos de propiedad intelectual de los autores Españoles, así como de los autores nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea."

⁷¹ Art.163 de la LPI

⁷² Conveni de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de setembre de 1886, completat a PARIS el 4 de maig de 1896, (Art.7.8).

superiors als establertes en la protecció que estableix el país d'origen de l'obra.

b) Pel regim convencional

L'acord internacional en matèria de Drets d'autor que determina la llei aplicable és el Conveni de Berna. A la llum d'aquesta norma⁷³ podran reclamar l'aplicació de la LPI per a la protecció dels seus drets:

- Els autors estrangers que els resulti aplicable el conveni
- Les seves obres que quedin subjectes al conveni

L'àmbit de protecció inclou el reconeixement de tots els drets d'explotació ⁷⁴, el dret de compensació equitativa per copia privada⁷⁵ i els drets morals que es reconeixen a tots els autors al marge de la seva nacionalitat.

En relació a la durada de la protecció s'aplicarà la legislació d'origen quan els terminis que contempli siguin inferiors a la LPI i pel contrari quan siguin terminis superiors s'aplicarà la llei espanyola.

c) Regim de reciprocitat

Equiparació al nacional espanyol sempre que la protecció oferides al seu país també protegeixi al nacional espanyol.

4.2.2. Criteri establert en base a l'àmbit subjectiu de la LPI

a) Drets dels artistes intèrprets o executants nacionals o estrangers.

Arrel d'aquesta categoria de la LPI⁷⁶ disposa una protecció directa i amb una durada de 50 anys. La qual la podran sol·licitar els titulars:

- Nacionals comunitaris
- Persones amb residència habitual a Espanya, que efectuïn les seves interpretacions a

⁷³ Art.5.1 del Conveni de Berna

⁷⁴ Art.17 a 23 del la LPI

⁷⁵ Art 25 LPI

⁷⁶ Art 164 de la LPI

Espanya

- Quan una interpretació d'un autor es faci en un suport audiovisual protegit per la LPI
- Quan les interpretacions d'un autor s'incorporin en una emissió de radiodifusió protegida per la LPI.

Igualment queden albergats per la normativa espanyola els artistes les interpretacions dels quals queden subjectes al Conveni de Roma.

Els terminis comentats es calcularan en funció de la major o menor durada i novament s'acomodaran a la durada establerta en la legislació nacional del artista sempre que resulti inferior a la legislació espanyola. Ja que els artistes estrangers a qui se'ls equipara als espanyols pel règim de reciprocitat sempre s'atendran als terminis que contempla la legislació del país on és nacional l'artista sense que en cap cas sigui superior a la contemplada a la LPI.

b) Aplicació de la LPI als productors, editors i realitzadors de simples fotografies.

Els qui ostenten aquesta condició custodiada a la LPI⁷⁷ disposen d'una protecció directa. La qual la podran sol·licitar per una durada de 50 anys els productors i 25 anys per a editors i realitzadors de simples fotografies. Els titulars són:

- Ciutadans espanyols o que habitin a Espanya
- Ciutadans comunitaris o empreses domiciliades en algun estat membre de la Unió Europea
- Nacionals de tercers països que publiquin a Espanya per primera vegada o dintre dels 30 primers dies o que ho hagin fet en un altre país.
- Productors de fonogrames que gaudeixin de la subjecció al conveni de Roma.

Els terminis novament es calcularan en funció la major o menor durada establerta en la legislació nacional del titular i s'aplicarà la legislació nacional del productor sempre que resulti inferior a la legislació espanyola. Els altres queden condicionats a la reciprocitat.

c) Entitats de radiodifusió nacionals o estrangeres

⁷⁷ Art 165 de la LPI

Aquestes entitats gaudiran d'una tutela⁷⁸ directa i durant 50 anys sempre i quan estiguin domiciliades a Espanya o un estat membre de la UE. Igualment cobreix a les entitats que els hi sigui aplicable el conveni de Roma.

Els terminis novament es calcularan en funció la major o menor durada establerta en les normes d'origen del subjecte i, per tant, s'aplicarà la legislació nacional d'aquest sempre que resulti inferior a la legislació espanyola.

4.3. El cos normatiu que regula aquesta matèria⁷⁹

4.3.1. Legislació nacional:

- Real decret legislatiu 1/1996, de 12 d'abril, pel que s'aprova la llei de propietat intel·lectual. Amb posterioritat aquesta ha sigut modificada per múltiples lleis, com són:
 - Ley 5/1998 de 6 de març, en la que s'incorpora la directiva 96/9/CE sobre la protecció jurídica de les bases de dades.
 - Llei 19/96, de 5 de juny, la qual modifica qüestions en matèria d'accions i procediments.
 - Llei 10/2007 de 22 de juny, de la lectura el llibre i de les biblioteques on s'estableix una remuneració als autors pel préstec de les seves obres.
 - RD 396/1988, de 25 d'abril, sobre el control de tirada.
 - RD 479/1989, de 5 de maig, sobre la comissió arbitral de Propietat Intel·lectual.
 - RD 1434/92, de 27 de novembre, de desenvolupament dels Art.24, 25 i 140 de la Llei 22/1987, de 11 de novembre.
 - RD 325/1994, de 25 de febrer, en la que modifica l'anterior.
 - RD 1248/1995, de 14 de juliol, de la composició i procediment d'actuació de la comissió arbitral de Propietat Intel·lectual.

⁷⁸ Art 166 de la LPI

⁷⁹ Per estudiar aquest punt de manera adequada el Minsiteri de cultura disposa d'una base de dades on recull totes les normatives referents a la matèria:

<http://www.mcu.es/legislacionconvenio/loadSearchLegislation.do?cache=init&legislation.area.id=PROI&layout=legislacionPropIntelectual&language=es>

- RD 281/2003, de 7 de març, del reglament del registre general de la Propietat intel·lectual.
- Orden Pre/1743/2008, de 18 de juny, on es relacionen els aparells subjectes al pagament de la compensació equitativa
- LO 15/2003, on es modifica el codi penal en els delictes relatius a la propietat intel·lectual e industrial (art. 270-272) i les seves disposicions comunes (arts. 287-288).
- Llei 19/2006, de 5 de juliol, per la que s'amplien els mitjans processals per facilitar l'aplicació de diverses normatives comunitàries.
- Llei Orgànica 6/1985, de 1 de juliol, del Poder Judicial, LOPJ.

4.3.2. Legislació internacional

- Conveni de Berna, de 8 de setembre de 1886 per la protecció d'obres literàries i artístiques.
- Convenció Universal de Ginebra sobre Drets d'Autor, de 6 de setembre de 1952 i revisada a Paris el 1971.
- Convenció internacional de Roma, de 26 d'octubre de 1961, sobre la protecció d'Artistes Intèrprets o executants, els productors de fonogrames i els organismes de radiodifusió.
- Conveni de 14 de juliol de 1967 on s'estableix l'organització mundial de la Propietat intel·lectual.
- Conveni de 29 d'octubre de 1971, per la protecció de productors de fonogrames.
- Conveni de Brussel·les, de 1974, sobre la distribució de senyals portadores de programes distribuïts per satèl·lits.
- Acord sobre els aspectes de drets de propietat intel·lectual relacionats amb el comerç, Marrakech, de 15 d'abril de 1994.
- Tratado de la Organización Mundial de la propiedad intelectual sobre los derechos de Autor, acordat a Ginebra del 2 al 20 de desembre de 1996.
- Tractat de la organització mundial de la Propietat intel·lectual sobre Interpretació o Execució i Fonogrames acordat a Ginebra del 2 al 20 de desembre de 1996.

- Reglament (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Referit en aquest epígraf com a RD 44/2001)

4.4. Problemes de la protecció del dret d'autor a l'entorn en línia

La limitació territorial de la protecció dels drets d'autor i dels connexos implica sobretot inseguretats jurídiques. Principalment perquè a través de la xarxa cada una de les infraccions impliquen que les seves conseqüències es poden estendre per tot el món. En canvi les respostes legals a aquestes inobservances de la normativa es limiten a ser considerades des de la perspectiva d'una sola seu d'anàlisi.

Crec que és important si més no, que quedin recollits en aquest apartat i encara que sigui a mode enunciatiu els tres grans arguments a favor de modificar els principis aplicables a la determinació de la competència judicial i al Dret aplicable. Aquests són:

1. La tensió latent entre aquesta expansió de la informació de caràcter global envers al principi de territorialitat i sobirania inherent al concepte geogràfic de jurisdicció.
2. La dificultat de vincular una infracció amb un espai físic. També de concretar on s'ha produït els danys fruit d'aquesta.
3. D'acord amb el sistema vigent on s'estableix un fort lligam entre el litigi i el tribunal d'accés, hauríem de construir una jurisdicció mundial. La qual cosa que no té cap sentit sense un corresponent sistema mundial d'execució de sentències.

A més per acabar aquest anàlisi de caràcter més tècnic volia concloure amb un breu resum de les conseqüències d'aquesta problemàtica, destacant-ne bàsicament els punts en els que els titulars de drets que procuren fer-los valer es troben amb més dificultat en la pràctica⁸⁰:

- Els països i els seus corresponents tribunals han de tolerar i gestionar un elevat grau de discreció en decidir si tenen competència per conèixer d'un assumpte. En deteniment del *dret a un jutge predeterminat*, un dret considerat fonamental i del que hauria de gaudir tot ciutadà.
- A més, la falta d'harmonització implica un risc elevat en la pràctica de l'anomenat "*forum shopping*" que en definitiva és una estratègia on es pretén seleccionar quina és la llei aplicable que és més favorable pel cas. Tampoc està exempt de problemes el que un tribunal que coneix

⁸⁰ Xalabarder, Raquel. "Copyright: Choice of Law and Jurisdiction in the Digital Age." *Ann. Surv. Int'l & Comp. L.* 8 (2002): 79.

d'un cas hagi d'aplicar una *legislació estrangera*. Evidentment això incrementa exageradament els costos de la justícia.

- Tampoc es pacífica la gestió de les resolucions providents d'altres països com de fer valer les pròpies fora del propi país. (*Procediment Exequator*)

5. Canvis en el funcionament del copyright: "todos los derechos reservados".

Fins ara hem vist que un sistema global de transmissió de la informació requereix de l'observança de moltes qüestions i crec que arribat aquest punt ens podem permetre afirmar que el Dret internacional en quan a proporcionar una tutela de la Propietat Intel·lectual, de moment, presenta encara molts temes per resoldre⁸¹. No obstant el sistema vigent ordena de manera que els contractes propis de transferència d'aquesta vessant immaterial de la propietat són molt usuals.

Sens dubte la complexitat en aquest mètode deriva en el fet que en l'àmbit dels negocis jurídics han anat sorgint noves figures contractuals que procuren donar resposta a les diverses necessitats que s'han anat manifestant i que sovint es veuen afectades per moltes matèries normatives diferents. Com són aspectes de: Dret de les comunicacions, de Dret privat, de Dret penal, de Dret de les noves tecnologies, de Drets de la propietat intel·lectual, de Drets de tutela del consumidor... entre d'altres. Per tant, malgrat ser una temàtica en flamant debat, encara resulta difícil de demarcar-ne el contorns. A més en quan a aquestes llicències, que bàsicament permeten que la informació circuli cedint determinats drets sobre la mateixa, cal tenir en compte que són una manera peculiar de caracteritzar una cessió oferint la possibilitat de transferir algunes facilitats respecte la utilització d'una propietat aliena e intangible. Només procurar entendre aquest concepte ja parteix d'una idea massa complexa com per estar exempta de conflicte i més en un món on la circulació de la informació és global gràcies al avenços tecnològics i es configura a un ritme trepidant.

Tanmateix, les transaccions electròniques, requereixen d'un gran consens per poder ajustar totes les diferències subscrietes en la sobirania de cada un dels sistemes normatius que interactuen en regular els aspectes que es consideren necessaris per confirmar el caràcter essencial d'un contracte: el consentiment⁸².

Tot i així des de l'origen la Propietat Intel·lectual i la tecnologia han anat avançant plegades, cada novetat tecnològica ha comportat modificacions legislatives per re definir el Dret, establir excepcions o re dibuixar-ne els límits. No obstant la tecnologia digital posa en qüestionament dos pilars fonamentals del sistema: d'una banda facilita la realització de còpies i de l'altre permet prescindir del suport físicament tangible que conté l'obra.

També perquè encara aquesta tecnologia i la seva utilització en entorns en xarxa és neutral en

⁸¹ Nimmer, Raymond T. "Licensing on the Global Information Infrastructure: Disharmony in Cyberspace." *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 16 (1995): 224.

⁸² Lemley, Mark A. "Terms of use." *Minn. L. Rev.* 91 (2006): 459.

termes de Drets d'autor i no obstant paulatinament hauria de correspondre al ordenament jurídic la regulació de las conseqüències dels actes que aquesta evolució tecnològica es limita a fer possibles⁸³. A més, curiosament, el regim de propietat s'ha vist reforçat. Ja que s'ha ampliat la definició del dret de reproducció encaixant a dintre d'aquesta acció qualsevol reproducció digital sense necessitat d'explotar-la, tal i com tradicionalment s'exigia.

Però abans d'entrar a veure de manera més analítica els aspectes que configuren les llicències mitjançant aquest epígraf, a més de tancar amb aquest treball, vull començar fent una panoràmica sobre alguns dels interrogants relatius al falta de rigor normatiu que crec que planteja la generalització del ús d'aquestes xarxes informàtiques a través d'Internet. Ho faré procurant partir des de l'òptica de voler entendre el moment actual com una era de noves oportunitats de control dels bens protegits per la propietat intel·lectual mitjançant sistemes d'identificació. Igualment recalcant el potencial que les mesures tecnològiques de protecció de les obres han assolit, les quals, estan jugant un rol molt important degut a que proporcionen unes possibilitats de control tan exhaustives que han suscitat en la doctrina el debat sobre si el dret d'autor jugarà algun paper a llarg termini o es limitarà a ser un complement legal del joc entre les relacions contractuals i l'acció d'aquestes mesures⁸⁴. Igualment han generat una discussió acadèmica sobre si actualment existeix un nou <dret d'accés> o si aquest ja formava part de monopoli de la propietat intel·lectual. En particular ja que diuen que el regim de propietat intel·lectual sembla haver evolucionat per passar de ser una monopoli d'exploració a un monopoli en el control de l'ús.

5.1. Gestió de drets a les xarxes informàtiques

Degut a les característiques d'aquest escenari crec que hi han tres alternatives per la gestió dels Drets d'autor a Internet. Aquestes són:

- Administració individual
- Societats de gestió
- Càmeres de compensació o "clearing houses"

Precisament en aquest punt és on vaig pensar que podria ser indicat emprendre la meva argumentació a fi de procurar defensar que si precisament la xarxa ha sigut la que ha facilitat que la comunicació sigui tan ràpida i descentralitzada geogràficament, fer valdre aquesta premissa de que els

⁸³ Sirinelli, P "The adaptation of copyright in the face of new technologies" en Wipo Worldwide Symposium on the future of copyright and neighboring Rights, publication OMPI 731, Ginebra, 1994.

⁸⁴ Garrote Fernández-Díez, Ignacio. "El derecho de autor en Internet." *Editorial Comares, Granada* (2001).

Drets d'autor estan reservats als seu titular, en aquesta realitat és summament costós i potser inclús una contradicció en un mitjà que es caracteritza per compartir informació i possibilitar l'intercanvi d'arxius i contingut com més millor.

Per tant mitjançant el present treball desitjava poder contribuir a demostrar que legalment la primera d'aquestes opcions, és a dir, l'administració individual és possible, però havent-lo acabat opino que segurament no és la millor alternativa a la reforma del sistema i procuraré explicar-me a continuació. En primer lloc sempre i quan mantinguem com a objectiu d'aquesta reserva de drets la possibilitat que els titulars puguin fer circular les obres a través de la xarxa sense que impliqui necessàriament que no puguin decidir sobre les condicions amb les que volen que aquestes s'utilitzin. O que passi com actualment on sovint en disposar l'obra a la xarxa el titulars de drets en perden la potestat d'administració de manera absoluta sense tenir en consideració si aquest és el seu desig. A més ja que sóc partidària de defensar que si els Drets d'autor es varen constituir, fou per intentar crear una eina mitjançant la qual es pogués defensar l'originalitat d'algunes aportacions humanes i valorar-ne la gran contribució a l'enriquiment cultural que per una societat aquestes comporten. Igualment perquè estic convençuda que si en el seu moment es va optar per crear una categoria de propietat particular és perquè aleshores ja havíem entès el valor en termes no econòmics que això suposa. Penso que eludir aquest fet seria un pas endarrere on es tornaria a ponderar en termes merament de consum i no conceptuals quins són els resultats dels rendiments que els particulars n'obtenen, tal i com sembla que actualment el anàrquic marc permès opera. I també, perquè crec que és evident que continuar defensant que un sistema que basava la seva operativa en el fet que el suport on es produïen les reproduccions era físic, i per tan material, està obsolet i necessita d'una dinàmica diferent. Altrament estariem ignorant la realitat on és un suport intangible i no material a través del qual es produeixen moltes d'aquestes transferències d'informació i on les normes han de ser coherents amb aquest nou paradigma si volen continuar vigents.

Originàriament pensava que simplificant la parla tècnica del llenguatge jurídic i fent una interpretació de les clàusules que haurien de contenir aquests acords dirigida als titulars de drets podria acostar les eines de protecció a qui haurien de ser més utilitàries, es a dir, al seus titulars. Tot plegat amb l'objectiu que aquests i la comunitat de juristes puguem entendre millor amb quines condicions es cedeixen els drets a les plataformes de venda a la xarxa d'obres les quals contracten en línia amb els usuaris. Conseqüentment, l'autor, entengués quines són les decisions derivades d'aquesta cessió amb la successiva posada a disposició en xarxa exercida de manera voluntària.

Per acabar mitjançant l'anàlisi de les llicències "on line" crec que és interessant que tots nosaltres, els usuaris, entenguem una mica més de tots els protocols d'acceptació de les condicions legals i

sobretot del seu contingut.

En resum, procurar qüestionar si legalment existeixen els mitjans per aconseguir que de manera voluntària i segura sigui l'autor o algun representat escollit per aquest qui opta per posar el seu contingut a la xarxa ja que aquesta és real, funcional i disposa dels deguts mecanismes de control.

5.2. Aspectes de fons de les llicències a la xarxa

D'acord amb tot el plantejat amb anterioritat considero que el que ens interessa veure en aquest punt és quins són els aspectes que cal plantejar-nos de cara a poder iniciar la protecció de la Propietat Intel·lectual a Internet a través d'una llicència:

- Àmbit d'aplicació objectiva: **que és una obra** protegida ? (una pagina web és una obra o una eina...)
- Presumpcions relatives a la cessió dels drets patrimonials: **quines són?**
- **Llei aplicable** a les transmissions digitals
- En relació als **Drets morals** i a la creixent possibilitat de manipulació de les obres: haurien de continuar tenint el mateix valor?
- Drets patrimonials: com adaptar-los al entorn digitalitzat? Quin és **el sistema adequat per poder explotar l'obra** en aquest mitjà de manera segura?
- Sobre la necessitat de calibrar els **límits**: la divisòria de reproducció per ús privat/i el d'accés en línia de fitxers digitals a les biblioteques. **Quin paper** juguen?
- Prestadors de serveis a la xarxa: Tenen **responsabilitat civil?**
- Friccions del dret d'autor amb el dret contractual: s'ha de fer una interpretació per extensió de l'atribució de drets en un nou entorn mitjançant **la contractació electrònica?**
- Paper de l'ús de les mesures tecnològiques per a la protecció dels drets: Es lícit sempre i quan persegueixin la finalitat de confeccionar un sistema **d'identificació i seguiment?**
- Els actuals sistemes de gestió de drets: poden **adaptar-se** a aquesta tecnologia digital i a les xarxes informàtiques o **són instruments obsolets?**

Evidentment no pretenc contestar totes aquestes preguntes ja que tan sols les plantejo perquè crec que l'hora de redactar o acceptar una llicència cal tenir-les en compte i segurament optar per una postura determinada que ha de quedar expressada en aquest contracte. És a dir, les idees enumerades no ho són per ser analitzades pel seu significat ni tampoc entrar en el debat doctrinal al respecte sinó més aviat per procurar enumerar quins aspectes que cal plantejar-nos previament a l'hora de subscriure un acord . A continuació provaré d'exemplificar el tipus de qüestionament al que vull referir-me mitjançant exemples:

- Té prou originalitat l'obra i per tant està protegida legalment per estar dotada de les característiques que la llei exigeix?
- Posant-la a disposició de tercers a través d'una pagina web a què estic autoritzant? a que puguin reproduir-la en un context lucratiu? (És a dir: quin canal de distribució afecta aquesta posada en xarxa? i com és l'afectació que comporta a altres formes d'explotació?.. Per exemple: una discoteca que posa l'obra musical que un autor ha posat a la xarxa per fer-se propaganda. Malgrat aquest negoci obté un benefici d'aquesta reproducció no en fa partícip al músic...etc). Què fer si només vull que se'n faci un ús específic? (Per exemple: explotació no comercial)?
- Quin cos normatiu determina les característiques de la protecció? (per entendre el marc legal de la meva tutela).
- Si dispenso a través de Internet de la meua obra vol dir que per aquesta via no hi ha possible contraprestació econòmica pels titulars de drets?, ...entre d'altres.

A efectes pràctics segurament cap d'aquestes qüestions té un resposta única però com deia jo les considero part del procés de reflexió previ que hauria d'acompanyar una posterior negociació de condicions.

5.3. Figures afins

Insisteixo en que en el seu marc teòric, la legislació de la Propietat Intel·lectual, especifica què es pot fer amb una obra i què no indicant que el titular de drets té un control legal gairebé absolut de l'obra. No obstant en quan a fer efectiu aquest principi crec que recau un pes massa gran cap al titular de drets ja que en la societat de la informació el trànsit és massiu i d'abast mundial de manera que el control del compliment d'aquesta voluntat és de difícil seguiment.

Tot i així el domini absolut per part de l'autor està limitat per algunes consideracions que

especifica la LPI en el seu Capítol II referent als límits i on es concreten algunes situacions en les quals aquesta autorització no serà necessària. En aquest sentit, es pot distingir entre diversos tipus d'obres depenent dels permisos que doni l'autor. Fent-ne una classificació les que ens podem trobar són dels tipus següents:

Obres de copyright "estricte": per defecte si l'autor no dona permís no es pot copiar, redistribuir, modificar o ampliar una obra.

Obres on l'autor cedeix drets a altres de manera parcial o total:

– Obres sota el **domini públic**: implica que tots els drets, llevat dels irrenunciables i il·limitats, ja no tenen validesa.

– Obres **lliures** o amb **copyleft** (recíproques o robustes): L'autor permet que tercers gaudeixin de les quatre llibertats essencials, però podria afegir restriccions. Normalment amb la condició que la redistribució sigui en els mateixos termes.

– Obres amb **licències permissives**: Són aquelles que l'autor reté tots els drets reservats per excloure garantia i permet la redistribució i la modificació en les condicions que es consideri oportuna en la llicència. Són conegudes en l'àmbit universitari on es publiquen els resultats de les investigacions finançades per entitats públiques i es pretén revertir aquest coneixement a qualsevol ciutadà.

Arrel d'aquesta classificació han sorgit varis projectes sobretot referents al programari lliure com són per exemple: El projecte GNU, Linux, OpenSourceInitiative (OSI), Creative Commons, entre d'altres...La definició de programari lliure està pensada per a maximitzar les llibertats de l'usuari receptor de l'aplicació original (A). Per tan, les llibertats del receptor de la còpia d'(A') dependran de la llicència amb què es va publicar l'obra original (A).

5.3.1. Les llicències "Creative Commons"

Amb la voluntat de fer una lectura a priori de la voluntat de l'autor abans que un tercer pugui accedir a la seva obra varen sorgir les llicències Creative Commons i, crec que hem de fer-ne un breu comentari en aquest treball.

Aquestes són models de llicències estandarditzades que faciliten que l'autor autoritzi l'ús i l'exploració de la seva obra publicada a Internet. El projecte s'ha entès i s'ha explicat com un moviment

d'oposició al copyright però la realitat és molt més complexa⁸⁵.

L'adequat crec que és únicament plantejar quins són els punts que opino que aquestes tenen de positiu⁸⁶, però primer potser és necessari recollir les opcions que aquestes ofereixen:

- *Reconeixement (by)*: aquesta condició apareix en totes les llicències i no pot ser exclosa per l'autor: exigeix el *reconeixement* de l'autor (que n'aparegui el nom) en qualsevol ús o acte d'explotació que es faci de l'obra (estan permesos tots els usos i transformacions).
- *Reconeixement (by) – Sense obres derivades (nd)*: aquesta icona exclou la possibilitat de modificar l'obra (adaptar-la) per a fer-ne una altra: *obra derivada*.
- *Reconeixement (by) - No comercial (nc)*: aquesta tercera icona exclou la possibilitat d'utilitzar l'obra amb *finalitats comercials*.
- *Reconeixement (by) - Sense obres derivades (nd) - No comercial (nc)*: amb aquesta combinació no es permet ni fer obres derivades ni usos comercials.

⁸⁵ "Les llicències creative Commons: una alternativa al copyright?" Raquel Xalabarder, UOC papers 2006.

⁸⁶ M'agradaria comentar que jo com a jurista he estat gairebé un any sencer treballant amb aquestes i dubtant en molts dels seus aspectes i per tan considero més oportú potser deixar que poguem entrar a analitzar-les amb la seva deguda extensió en un altre context.

- *Reconeixement (by) - Compartir igual (sa):*

aquesta quarta icona és la clàusula de *copyleft* que obliga l'usuari a aplicar *la mateixa llicència* a les obres derivades.

- *Reconeixement (by) - No comercial (nc) -*

Compartir igual (sa): aquesta llicència obliga al *copyleft* respecte de les obres derivades, però només en la mesura en què es tracti d'usos no comercials (les finalitats comercials n'estan excloses).

Com comentava, m'agradaria assenyalar tres aspectes que considero molt interessants d'aquestes llicències. En primer lloc considero que demostren la possibilitat d'aconseguir un acord internacional. A més procuren anticipar-se a la ineptitud de la norma vigent en salvaguardar legalment alguns aspectes de la propietat intel·lectual. També és interessant el seu origen donat en la comunitat científica i acadèmica qui indubtablement té uns objectius diferents a la indústria cultural (ja sigui musical, audiovisual, del videojoc...).

Per acabar m'agradaria opinar que crec que el seu ús està molt justificat en tot l'àmbit de creació que té una clara vinculació amb el sector públic ja que asseguren que retorni la inversió comunitària a la societat i sobretot que considero que la seva major virtut n'és la simplicitat del seu ús.

5.4. Pràctica comercial de les llicències a la xarxa de la propietat intel·lectual

Una manera de celebrar els contractes tan innovador com l'electrònic planteja un primer i manifest problema, el qual és la determinació de les normes mitjançant el qual es regeix. Fins fa poc només hi havien unes quantes normes referents a la contractació electrònica amb la qual cosa era necessari recórrer a les regles generals de la contractació. Tanmateix a dia d'avui han sorgit moltes normatives de diferents ordres que aborden qüestions que tenen a veure amb el comerç electrònic i que en conseqüència influeixen en l'operativa de la contractació electrònica, fins al punt que el

problema està en combinar adequadament els diferents preceptes relatius al comerç electrònic, els quals sovint es solapen.

5.4.1. Elements per l'estudi del contracte

A continuació farem una tria dels diferents aspectes que contenen aquestes instruments de manifestació de la voluntat:

OBJECTE: Aquest punt tracta de definir quin aspecte pretén regular la normativa. A l'albor del precepte del nostre sistema vigent trobem la següent definició:

“Article 10 de la LPI : **Obres i títols originals**”

1. *Són objecte de propietat intel·lectual totes les creacions originals literàries, artístiques o científiques expressades per qualsevol mitjà o suport, tangible o intangible, conegut actualment o que s'inventi en el futur, entre les quals s'inclouen:*
 - a) *Els llibres, els fullets, els impresos, els epistolaris, els escrits, els discursos i les*
 - b) *al·locucions, les conferències, els informes forenses, les explicacions de càtedra i qualsevol*
 - c) *altra obra de la mateixa naturalesa.*
 - d) *Les composicions musicals, amb lletra o sense.*
 - e) *Les obres dramàtiques i dramaticomusicals, les coreografies, les pantomimes i, en*
 - f) *general, les obres teatrals.*
 - g) *d) Les obres cinematogràfiques i qualsevol altra obra audiovisual.*
 - h) *e) Les escultures i les obres de pintura, dibuix, gravat, litografia i les historietes gràfiques, els*
 - i) *tebeos o els còmics, i també els seus assajos o esbossos i les altres obres plàstiques, tant si*
 - j) *són aplicades com si no.*
 - k) *f) Els projectes, els plans, les maquetes i els dissenys d'obres arquitectòniques i*
 - l) *d'enginyeria.*
 - m) *g) Els gràfics, els mapes i els dissenys relatius a la topografia, la geografia i, en general, a la*
 - n) *ciència.*
 - o) *h) Les obres fotogràfiques i les expressades per un procediment anàleg a la fotografia.*
 - p) *Els programes d'ordinador.*
2. *El títol d'una obra, quan sigui original, queda protegit com a part de l'obra.*

Article 11 : Obres derivades

Sens perjudici dels drets d'autor sobre l'obra original, també són objecte de propietat intel·lectual:

1r. Les traduccions i les adaptacions.

2n. Les revisions, les actualitzacions i les anotacions.

3r. Els compendis, els resums i els extractes.

4t. Els arranjaments musicals.

5è. Qualsevol transformació d'una obra literària, artística o científica.

Article 12: Col·leccions i bases de dades

- 1. També són objecte de propietat intel·lectual, en els termes que preveu el llibre I d'aquesta Llei, les col·leccions d'obres alienes, de dades o d'altres elements independents com són les antologies i les bases de dades que per la selecció o disposició dels seus continguts constitueixen creacions intel·lectuals, sens perjudici, si escau, dels drets que subsisteixin sobre aquests continguts.*

La protecció que aquest article reconeix a aquestes col·leccions es refereix únicament a la seva estructura per tal com és una forma d'expressió de la selecció o disposició dels seus continguts, als quals no és extensiva.

- 2. A l'efecte d'aquesta Llei, i sens perjudici del que disposa l'apartat anterior, es consideren bases de dades les col·leccions d'obres, de dades o d'altres elements independents disposats de manera sistemàtica o metòdica i accessibles individualment per mitjans electrònics o d'una altra forma.*
- 3. La protecció que es reconeix a les bases de dades en virtut d'aquest article no s'aplica als programes d'ordinador que s'utilitzen en la fabricació o en el funcionament de bases de dades accessibles per mitjans electrònics⁸⁷.*

⁸⁷ Article redactat de conformitat amb l'article 1 de la Llei 5/1998, de 6 de març, d'incorporació al dret espanyol de la Directiva 96/9/CE, del Parlament Europeu i del Consell, d'11 de març de 1996, sobre la protecció jurídica de les bases de dades (BOE núm. 57, de 7 de març, i suplement en català núm. 0, de 20 d'abril).

Article 13: Exclusions

No són objecte de propietat intel·lectual les disposicions legals o reglamentàries i els seus projectes corresponents, les resolucions dels òrgans jurisdiccionals i els actes, els acords, les deliberacions i els dictàmens dels organismes públics, així com les traduccions oficials de tots aquests textos”.

SUBJECTE: Obres d'un autor/obra en col·laboració/obra col·lectiva (els Drets corresponen a qui l'edita i divulga)/obra composta e independent (necessària autorització)/Obres anònimes (editor o qui la tregui a la llum)/col·leccions escollides o obres completes (art.22)

A més cal veure el límits establerts a la Directiva 2001/29 i que queden recollits en la següent taula⁸⁸:

TIPUS DE LÍMITS	
NO IMPEDEIXEN EL COBRAMENT DE DRETS DE REMUNERACIÓ	NO TENEN CANON O TARIFA
Copia privada	Reproduccions provisionals o merament tècniques
Recopilacions d'articles periodístics amb finalitats comercials	Reproduccions per seguretat pública
Recopilacions d'articles periodístics sobre temes d'actualitat	Reproduccions per accessibilitat de discapacitats
Dret de cita e il·lustració en ensenyament	Préstec sense afany de lucre en biblioteques i museus de municipis de menys de 5000 hab. i biblioteques d'institucions incloses al sistema educatiu
Préstec sense afany de lucre en biblioteques i museus de municipis de mes de 5000 hab. i biblioteques d'institucions no incloses al sistema educatiu	Reproduccions d'organismes públics o procediments judicials
Els préstec a museus, arxius, fonoteques...si es fan a entitats d'interès general sense afany de lucre	Ús d'obres situades de forma permanent en la via pública amb motiu d'informacions d'actualitat

⁸⁸ Corredoira y Alfonso, Loreto, "La protección del talento". Tirant lo blanc 2012

Investigacions que es facin dintre de la xarxa privada de museus, arxius, fonoteques...si es fan a entitats d'interès general sense afany de lucre	Ejecció d'obres en celebracions oficials o religioses
	Paròdia d'altres obres

Igualment cal tenir en compte el paper de les disposicions referents a la protecció als consumidors ja que es tracta d'acords celebrats a distància amb totes les implicacions que això comporta en ordre d'equilibrar el coneixement que tenen les parts sobre la transacció. Aquesta és un qüestió de vital importància degut a que tanmateix aquesta facilitat en el intercanvi de informació té moltes avantatges ,també mitjançant aquesta via una de les parts és veu exposada a una quantitat de risc més elevada en quan a l'enteniment de les obligacions que assumeix mitjançant l'acord. Potser cal intervenir protegint al mitjà de celebració d'aquest tracte ja que facilita la inclusió de condicions generals de la contractació.

DURACIÓ DEL DRETS I PAS AL DOMINI PÚBLIC

El Capítol I de la LPI fa referència a la durada del drets. En primer lloc⁸⁹ estableix que els drets d'explotació de l'obra duren tota la vida de l'autor i setanta anys després de la seva defunció o declaració de defunció.

Igualment fa referència a la durada i el còmput en obres pòstumes, pseudònimes i anònimes⁹⁰ fixant els drets d'explotació de les obres anònimes o pseudònimes per setanta anys des de la seva divulgació lícita. Tanmateix per les obres que no hagin estat divulgades lícitament duren setanta anys des de la seva creació, quan el termini de protecció no sigui computat a partir de la defunció o declaració de defunció de l'autor o els autors.

Referent a les obres en col·laboració i col·lectives⁹¹, incloses les obres cinematogràfiques i audiovisuals, duren tota la vida dels coautors i setanta anys des de la defunció o declaració de defunció de l'últim coautor supervivent. I pel que fa a les obres publicades per parts, volums, lliuraments o fascicles que no siguin independents, el termini de protecció comença a transcórrer quan l'obra hagi

⁸⁹ Article 26 de la LPI

⁹⁰ Article 27 de la LPI

⁹¹ Article 28 de la LPI

estat divulgada de forma lícita, el dit termini es computa separatament per a cada element.

A fi i efecte de calcular el còmput del termini de protecció la Llei dictamina dos criteris alternatius els quals es computen des del dia 1 de gener de l'any següent al de la defunció o declaració de defunció de l'autor o al de la divulgació lícita de l'obra, segons escaigui.

L'extinció dels drets d'explotació de les obres determina que passen al domini públic⁹². Tot hi així hi ha assignades algunes condicions per a la seva utilització ja que les obres poder ser utilitzades per qualsevol, sempre que es respecti l'autoria i la integritat de l'obra⁹³.

CONTINGUT DEL DRETS:

Aquest aspecte és segurament el més important ja que comprèn allò a que té dret un creador. Per facilitar-ne la comprensió cal analitzar la llei amb deteniment que compren els següents aspectes:

Drets morals⁹⁴:

- Decidir si la obra ha de ser divulgada i de quina manera.
- Determinar si aquesta divulgació s'ha de fer sota el seu nom, amb pseudònim o signar anònimament.
- Exigir el reconeixement de la seva condició d'autor.
- Exigir el respecte a la integritat de l'obra i impedir deformació, modificació, alteració o atemptat en perjudici dels seus interessos legítims o de la seva reputació.
- Modificar l'obra respectant els drets adquirits per tercers i les exigències de protecció de béns d'interès cultural.
- Retirar l'obra del comerç, per canvi de les seves conviccions intel·lectuals o morals, amb indemnització de danys als titulars de drets d'explotació. Si posteriorment l'autor vol tornar a explotar l'obra haurà d'oferir preferentment els drets al titular anterior, en condicions similars a les originals.

⁹² Article 41 de la LPI

⁹³ En el termes que estableixen els apartats 3r i 4t de l'article 14 de la LPI.

⁹⁴ Article 14 de la LPI

- Accedir a l'exemplar únic o rar de l'obra, en poder d'un tercer, per tal de exercir el dret de divulgació o qualsevol altre que li correspongui. Aquest dret no permet exigir el desplaçament de l'obra i l'accés es farà en el lloc i de la manera que ocasioni menys incomoditats al posseïdor, que en algun cas podrà tenir dret a indemnització.

Drets patrimonials⁹⁵:

- Dret exclusiu d'explotació i les seves modalitats les quals li corresponen a l'autor el seu exercici:
 - **Reproducció**⁹⁶: S'entén per reproducció la fixació directa o indirecta, provisional o permanent, per qualsevol mitjà i en qualsevol forma, de tota l'obra o de part d'aquesta, que permeti la seva comunicació o l'obtenció de còpies.
 - **Distribució**⁹⁷: S'entén per distribució la posada a disposició del públic de l'original o de les còpies de l'obra, en un suport tangible, mitjançant venda, lloguer, préstec o de qualsevol altra forma.
 - **Comunicació pública**⁹⁸: S'entén per comunicació pública qualsevol acte pel qual una pluralitat de persones pot tenir accés a l'obra sense que prèviament se n'hagin distribuït exemplars a cadascuna d'elles.
 - **Transformació**⁹⁹: comprèn la seva traducció, adaptació i qualsevol altra modificació de la seva forma que derivi en una obra diferent.

Pel que fa a les col·leccions escollides o obres completes ¹⁰⁰la cessió dels drets d'explotació sobre les obres no impedeix que l'autor les publiqui aplegades en una col·lecció escollida o completa.

A més els drets d'explotació són independents¹⁰¹ entre si.

IDENTITAT I CAPACITAT DELS SUBJECTES

Segurament aquest és un dels imputes més conflictius de tots i és on jo voldria aportar la meua

⁹⁵ Drets econòmics o de explotació determinats als Art.17 i ss de la LPI

⁹⁶ Article 18 de la LPI

⁹⁷ Article 19 de la LPI

⁹⁸ Article 20 de la LPI

⁹⁹ Article 21 de la LPI

¹⁰⁰ Article 22 de la LPI

¹⁰¹ Article 18 de la LPI

interpretació personal del qüestionament que Mark A. Lemley¹⁰² fa relatiu a la oportuna utilització de les llicències de cessió de drets de propietat intel·lectual en l'entorn en xarxa. Entenc que ell creu que en molts espais virtuals s'utilitza erròniament el concepte de pacte entre les parts ja que *falta un element primordial* dels contractes, com és el consentiment dels qui el subscriuen. A més si es tracta de que adaptem aquesta figura de les autoritzacions per cedir drets d'autor en aquest context el fet que aquesta *conformitat sigui suposada i no real* en fa il·legítim el seu ús com a tals. Potser és una qüestió de temps i de moment estem al punt on molts del debats que s'han obert tracten de demostrar el desencert d'aquesta solució¹⁰³ i tanmateix aquesta situació d'inseguretat jurídica ens alerta de la necessitat que recau sobre la comunitat de juristes de ser més curosos en l'ús de figures del medi analògic en l'àmbit digital. En tot cas considero que tots els arguments sumen en el procés de construir un concepte modern a fi que aquestes relacions virtuals s'ajustin a aquest nou paradigma utilitzant nous instrument eficaços i dissenyats tenint el compte les necessitats del nou medi.

Un altre de les qüestions plantejades en la contractació electrònica és la relativa a la identitat i la capacitat dels subjectes que contracten. Així com de la integritat dels documents en els que consta l'oferta i l'acceptació d'aquesta. Tot i ser tots ells elements de gran importància en la contractació electrònica trobo inadequat entrar en el seu fons per la matèria que aquí ens interessa. Potser ja que es tracta de problemes en les transmissions electròniques que no només afecten a qüestions relatives a la formació del contracte sinó també a la seva execució o compliment quan aquest es du a terme igualment electrònicament.

MOMENT I LLOC DE CELEBRACIÓ:

Resulta destacable aquest punt ja que té interès en la determinació del moment i el lloc de la celebració del contracte. Tots dos elements que tenen transcendència en quant a la formació del contracte, el Dret aplicable i la determinació de la jurisdicció competent.

ALTRES QUESTIONS D'INTERÉS DELS CONTRACTES A DISTÀNCIA:

- Protecció de dades de caràcter personal

Òbviament també té efectes la qüestió de la protecció de les dades de caràcter personal en la mesura en la que la contractació electrònica facilita la seva captació i emmagatzematge. Però és secundari tot i ser una via mitjançant la qual es poden produir vulneracions de la privacitat dels qui

¹⁰² Lemley, Mark A. "Terms of use." *Minn. L. Rev.* 91 (2006): 459

¹⁰³ Tanmateix qüestiona aquesta eina qui ha sigut el meu tutor en aquest treball. Puig, Antoni Rubí. "Cambiar las reglas del (video) juego. Mecanismos de control contractual en plataformas de entretenimiento online." (2012).

utilitzin aquest mitjà de contractació.

- Zones fosques

Al regir en el nostre sistema de contractes i obligacions els principis d'autonomia privada i la llibertat de forma no hi ha dubte sobre l'admissibilitat en el nostre dret dels contractes electrònics, caracteritzats per com es manifesta el consentiment, amb l'única excepció d'aquells supòsits on la llei imposa la firma original dels contractes¹⁰⁴.

A més per evitar l'aplicació analògica del codi del comerç¹⁰⁵ a la contractació electrònica afegeix que perquè sigui vàlida la celebració dels contractes per aquesta mitjà no serà necessària la prèvia acceptació de les parts sobre l'ús de mitjans electrònics. L'anterior degut a que d'acord amb aquesta normativa anterior el contracte electrònic tan sols produïa efectes si hi havia acord previ sobre aquest aspecte entre les parts.

- Contractes d'adhesió

Si els condicions establertes a un contracte electrònic han sigut predisposades per una de les parts en el marc d'una activitat professional o empresarial i han sigut redactades amb la finalitat de ser incorporades a una pluralitat de contractes tindran la condició de "condicions generals de la contractació" i hauran de complir amb un algunes pautes¹⁰⁶. Aquestes regles seran nul·les de ple dret si contradiuen en perjudici del adherent una norma imperativa o resulten abusives, això sí, sempre i quan es donin les circumstàncies que preveu la normativa general per la defensa dels consumidors i usuaris¹⁰⁷.

Els aspectes claus per fer-ne un ús correcte són:

- Proporcionar informació prèvia sobre el tipus d'acord que subscriu el consumidor¹⁰⁸.
- Proporcionar informació sobre l'execució del contracte¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Aquesta qüestió ha sigut abordada per la LSSI, l'article 23.1. El qual estableix: "Validez y eficacia de los contratos celebrados por vía electrónica: Los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez. Los contratos electrónicos se regirán por lo dispuesto en este Título, por los Códigos Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial."

¹⁰⁵ Art. 51.2 de Codi del Comerç de 1885

¹⁰⁶ Llei 7/1998, de 13 de abril, sobre condicions generals de la contractació (LCGC).

¹⁰⁷ Previstes en l'Art.10 de la Llei 26/1984 de 19 de juliol

¹⁰⁸ Art.39.1 i 40 de (LCGC). Tanmateix el Art.27 de la llei 34/2002, de 11 de julio, de serveis de la societat de la informació i del comerç electrònic (LSSICC)

¹⁰⁹ Art. 40.7 LGCC i Art. 28 LSSICC

- La prestació del consentiment ha de ser expressa¹¹⁰.
- L'execució del contracte ha de materialitzar-se en 30 dies¹¹¹.
- En cas de que el pagament es faci amb targeta de crèdit: si hi ha frau o pagament indegut es podrà exigir una immediata anul·lació del càrrec¹¹².
- Dret a desistiment, el qual, es pot exercir dins dels 7 dies posteriors a la compra sense penalització. És un remei contra la contractació irreflexiva o compulsiva davant dels supòsits de contractació que es presenten en escenaris no habituals de contractació¹¹³.
- Protecció de dades de caràcter personal¹¹⁴.
- Irrenunciabilitat del drets: quan un comprador sigui un consumidor¹¹⁵ els drets reconeguts en el capítol tercer referents a la protecció de la salut i la seguretat seran irrenunciables i podran ser exercits pel mateix encara que la legislació aplicable al contracte sigui una diferent a la espanyola, si el contracte presenta un vincle suficient amb la de qualsevol estat membre de la unió.
- Inversió de la càrrega de la prova¹¹⁶ amb el que correspon al predisposant.
- Aquesta contracte serà acceptat a judici com a prova documental¹¹⁷.

Malgrat ser contradictori la majoria de contactes a distància es pensen sota l'empara del règim que regula el comerç minorista¹¹⁸ però semblen ser prou els arguments que apunten a que l'objecte d'aquesta norma exclou aquest tipus de contractes. Els motius més notables són els que diuen que si el venedor no és un professional, és a dir un comerciant, i el comprador no és el destinatari final dels productes venuts, és a dir un consumidor, no resulta d'aplicació la mencionada llei¹¹⁹. També es parla¹²⁰

¹¹⁰ Art. 41 LGCC

¹¹¹ Art.43.3 de la Llei 7/1996, de 15 de gener, de Ordenació del Comerç Minorista (LOCM)

¹¹² Art.46.1 LOCM

¹¹³ Art.44.1 LOCM

¹¹⁴ Art.39.3 LOCM

¹¹⁵ Art.2 i 3 del Real Decret Legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, pel que s'aprova el text refós de la Llei General per la Defensa dels Consumidors i Usuaris i d'altres lleis complementaries.

¹¹⁶ Art.5.1 del Reial decret 1906/1999, de 17 de desembre, pel qual es regula la contractació telefònica o electrònica amb condicions generals en desenvolupament de l'article 5.3 de la Llei 7/1998, de 13 d'abril, de condicions generals de la contractació.

¹¹⁷ Art.24 i 25 de la LSSICC

¹¹⁸ La LOCM quan parla de vendes a distància determina en el seu Art. 3.6 que "Cuando la contratación a distancia de bienes o servicios se lleve a cabo a través de medios electrónicos, se aplicará preferentemente la normativa específica sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico."

¹¹⁹ Art.1.2 LOCM

¹²⁰ Art 38.3 LOCM

de que les ventes a distància no entraran dintre l'àmbit d'aplicació de la regulació. I aquestes són les celebrades mitjançant distribuïdors automàtics o locals comercials automatitzats i les vendes celebrades en subhastes, excepte les efectuades per via electrònica.

6. Conclusions: Condicions Legals a la xarxa

En l'actualitat és molt habitual trobar-nos en quasi totes i cada una de les pàgines Web que accedim a la xarxa amb una pestanya més o menys visible on s'estableixen una sèrie de condicions legals. Aquestes poden referir-se a diferents aspectes de la relació que un tercer pugui tenir amb aquell espai virtual. Sovint contenen diferents apartats i aquestes solen procurar oferir cobertura legal tant del *servei* que es pugui voler fer oferta mitjançant la mateixa, com dotar d'unes regles del joc que els usuaris han de seguir per poder *utilitzar aquella web*. Igualment si el portal es tracta d'un punt de venda a la xarxa pot ser que contingui alguns termes referents a la *relació mercantil* que està executant en l'espai virtual. És a dir, les clàusules que les condicions legals d'una plataforma web conté poden regular molts aspectes diferents.

El més sorprenent no obstant no és aquesta multidisciplinarietat sinó el fet que la seva acceptació legal ha sofert una canvi molt radical en els darrers anys. Tanmateix la importància del seu consentiment ha anat diluint-les fins al punt que la preocupació inicial que la tutela del consumidor imposava com a límit sembla que actualment s'ha deixat de banda. Per mi, prenent un ús més responsable per part del consumidor qui pot haver de veure com es fan valdre en la seva contra unes condicions que segurament no ha llegit.

El consentiment tradicionalment ha sigut l'esquelet principal dels acords privats entre dues parts¹²¹. El funcionament de la signatura electrònica permet simplificar de manera exagerada aquesta expressió del consentiment. Tanmateix aconseguint que molts contractes, que malgrat existir de manera inherent¹²², es donin constantment també de manera escrita en el medi digital. En definitiva malgrat la seva utilitat no sigui només dubtosa sinó probablement també catalogable de massa exhaustiva e intrusiva. No obstant el fet és que la seva acceptació es sustenta en l'acció per part del usuaris de la web fent un clic, per exemple, a una casella que et deriva a un "link" on pots accedir a les condicions legals. Probablement aquesta lectura és una acció que ningú farà abans de tancar la relació entre el usuari i la plataforma.

En realitat no deixa de ser dubtós que s'hagi transformat el concepte del consentiment fins a tal punt en el qual els tradicionalment anomenats contractes unilaterals sembla que pugin haver adoptat una cobertura legal superior que en temps anteriors. Necessariament arribat aquest moment és important tenir present que permetent aquesta transformació del consentiment en aquesta direcció

¹²¹ Radin, Margaret Peggy. "To move the word consent far from what it used to mean." *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 160 (2004): 1-15.

¹²² Com per exemple: el fet que un client entri a un restaurant i demani un café demostra que està acceptant la marca que el propietari hagi escollit.

igualment estem acceptant que la propietat en el ciberespai estigui regida per la llei de qui la posseeix i no per el interès general d'una comunitat que deliberadament determina quines són les necessitats que s'ha de fer valdre per sobre dels diferents interessos particulars.

Es considera que tal i com funciona la xarxa actualment és apuntant cap a una espècie d'anarquisme normatiu, i al marge dels ideals particulars, aquesta falta de consens general en el funcionament del mitjà digital implica imprevisió i molta més responsabilitat per part de la ciutadania en cada un dels seus actes de la que fins ara necessitava. Em pregunto doncs si som conscients d'aquesta realitat, també si hem d'emprendre el procés d'educació pertinent per navegar de manera segura o si simplement hem d'admetre que legalment no estem sabent resoldre aquesta novetat fàctica de falta de liquiditat en l'accés a la informació i respondre a la necessitat d'un canvi planificat.

A més la complexitat de la qüestió augmenta quan el debat enfoca a resoldre's mitjançant els paràmetres establerts a Estats Units, on jo personalment considero que parteixen d'una societat ben diferent a la nostra. On, a més, està ubicada la seu d'aquests que ostenten la titularitat de la majoria de les grans indústries tecnològiques i que a més sembla que piloten mitjançant una tendència jurisprudencial on el debat en qüestió està condicionat pel mercat.

En el sistema normatiu dels Estats Units s'ha creat una diferència entre l'efectivitat dels contractes que es fan entre una empresa i una persona i aquells que s'estableixen entre dos empreses. L'anterior en el món digital és molt més comú que habitual ja que la possibilitat d'establir "links" és simple, a més de ser la operativa de moltes de les pàgines web en funcionament per no dir de la idiosincràsia de la xarxa. Per tant, si una d'aquestes pàgines és considerada un prestador de serveis de la informació i com a tal estableix un contracte tàcitament o explícitament accedint a una pàgina web d'un tercer que conté un material il·lícit és òbviament diferent que si un subjecte accedeix a un portal on obté una llicència per utilitzar determinada informació. Com a conseqüència, en la pràctica aquesta diferenciació que es planteja com una manera d'assentar un mínim de tutela de la part més feble de qualsevol relació, penso, que és molt fàcil de desdibuixar-ne els límits i que es converteixi en ineficaç.

Tanmateix hem de tenir en compte que els robots de recerca d'informació sovint entren en moltes pàgines webs abans de poder trobar la informació particular que busquen i que en aquest camí podem trobar moltes condicions legals contradictòries entre elles que hauríem acceptat.

Probablement desvitalitzar la virtut principal dels contractes, la qual és la possibilitat de blindar les relacions entre particulars, i intentar-la portar més enllà del que les seves possibilitats

permeten, no té cap sentit. Per tant és un bon moment de ser conscients de quines són les necessitats actuals, acceptar que els contractes per si sols en aquest àmbit jurídic no són una eina prou pràctica, ni eficient i continuar treballant per protegir aquells bens que com a societat volem fer valer i en les condicions que s'adeqüin a la realitat del escenari on aquests materialitzen la seva funcionalitat.

Sense més volia agrair novament a la comunitat del Col·legi d'advocats que m'hagi premiat amb el Duran i Bas 2012 i espero poder continuar formant-me i treballant en construir aquest debat permanent que el Dret necessita a fi d'estar present en tots i cada un dels aspectes on aquest és vigent de la nostra societat.

7. Bibliografia

Adame Martínez, Miguel Angel. *Derecho en Internet*. 1998., Garrote Fernández-Díez, Ignacio. *El derecho de autor en Internet: la directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información*. Comares, 2001.

Camacho Clavijo, Sandra. *Partes intervinientes, formación y prueba del contrato electrónico*. 2005.
Castells, Manuel. "Informacionalismo, redes y sociedad red: una propuesta teórica." *La sociedad red: una visión global*. Alianza Editorial, 2006.

Cavanillas Múgica, S. "la protección del consumidor i la sociedad de la información", Marcial Pons, 2004.

Corredoira y Alfonso, Loreto, "La protección del talento". Tirant lo blanc 2012

Cuervo García, José Álvaro, and Francesco Domenico Sandulli. "Creación empresarial y dominio de mercado: el caso del departamento de justicia de los Estados Unidos contra Microsoft." *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía* 808 (2003): 217-232.

Esteve González, Lydia, "Protecció internacional de la Propietat Intel·lectual en el context digital: Quo vadis", tesis sobre donde se produce el hecho dañoso. *Aspectos internacionales de las infracciones de derechos de autor en Internet*. Comares, 2006.

Garrote Fernández-Díez, Ignacio. "El derecho de autor en Internet." *Editorial Comares, Granada* (2001).

Jane Ginsburg, with Prof. Rochelle Dreyfuss and Prof. François Dessemontet "INTELLECTUAL PROPERTY - PRINCIPLES GOVERNING JURISDICTION, CHOICE OF LAW AND JUDGMENTS IN TRANSNATIONAL DISPUTES, American Law Institute 2008

Lessig, Lawrence, and Florencio Cabello. *El código 2.0*. Traficantes de Sueños, 2009.

Lessig, Lawrence. "For the love of culture: Google, copyright, and our future." *The New Republic* 26 (2010): 2010.

Lawrence Lessig a "Por una cultura libre: como los grandes grupos de la comunicación utilizan la tecnología y la ley para clausurar la cultura i controlar la creatividad", Traficantes de sueños, Mapas

2005.

Lemley, Mark A. "Terms of use." *Minn. L. Rev.* 91 (2006): 459.

Martínez, López-Tarruella. "Criterio de " focalización" y" forum delicti commissi" en las infracciones de propiedad industrial e intelectual en Internet." *Pe. i: revista de propiedad intelectual* 31 (2009): 13-52.

Menéndez Mato, Juan Carlos. *El contrato vía Internet*. Editorial Bosch, 2005.

Nimmer, Raymond T. "Licensing on the Global Information Infrastructure: Disharmony in Cyberspace." *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 16 (1995): 224.

O, CHACARD, nota sentencia del tribunal de Casacion francesa de 9 de desembre de 2003, del assumpte "Castellbalnc", *Rev. Crit. de int. pr.* 2004 p.634.

Planas i Silva, Carlota. "Los contratos editoriales en la era del acceso: la desintermediación legal." *El "copyright" en cuestión: diálogos sobre propiedad intelectual*. Universidad de Deusto; Deustuko Unibertsitatea, 2011.

Puig, Antoni Rubí. "Cambiar las reglas del (video) juego. Mecanismos de control contractual en plataformas de entretenimiento online." (2012).

Radin, Margaret Peggy. " To move the word consent far from what it used to mean." *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 160 (2004): 1-15.

Rifkin, Jeremy, J. Francisco Álvarez, and David Teira. *La era del acceso: la revolución de la nueva economía*. Barcelona: Paidós, 2000.

Serra, Eugènia. "Digitalització? Parlem-ne." *BiD: textos universitaris de biblioteconomia i documentació* (2009).

Sirinelli, P "The adaptation of copyright in the face of new technologies" en Wipo Worldwide Symposium on the future of copyright and neighboring Rights, publication OMPI 731, Ginebra, 1994.

Thompson, John B. *Merchants of culture*. Polity, 2010.

Vega, José Antonio Vega. *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*. Editorial Reus, 2005.

Xalabarder, Raquel. "Copyright: Choice of Law and Jurisdiction in the Digital Age." *Ann. Surv. Int'l & Comp. L.* 8 (2002): 79.

Xalabarder, Raquel "Les llicències creative Commons: una alternativa al copyright?", UOC papers 2006.