Derecho de autor y obra informativa

POR **JAVIER DÍAZ NOCI**

La noticia es una obra protegida por el sistema de derecho de autor que presenta determinadas particularidades legales. Las nuevas características que impone Internet han hecho que las normas jurídicas y la jurisprudencia se enfrenten a nuevos casos que requieren de una interpretación flexible de las leyes de propiedad intelectual. Al mismo tiempo, los organismos internacionales han provocado un movimiento de armonización legal que, pese a todo, aún presenta problemas de ajuste en los dos grandes sistemas jurídicos: la *Common law* y la *Civil law*.

El mundo jurídico, al menos en el mundo occidental, se divide en dos grandes sistemas legales: el de *Common law*, nacido en Inglaterra y que después se ha ido implantando en los países anglosajones, con Estados Unidos a la cabeza, y el sistema legal de raíz romana, derecho continental o *Civil law* (Iturralde, 1995).

Estructura del derecho de autor: dos tradiciones jurídicas

Common law (copyright)

Explicar las diferencias entre ambos sistemas, que van mucho más allá de las lógicas diferencias en la legislación propia de cada Estado, nos llevaría muy lejos. Básicamente, para un jurista de *Common law* la ley es un conjunto de normas que se infieren a partir de los precedentes establecidos en la decisiones de jueces y tribunales (*judge made law*). Para un jurista de los países de la Europa continental, la ley es aquella norma contenida en un código y, por tanto, expresada de forma abstracta. La diferencia es fundamental. Si bien, para el caso de ámbitos legislativos como el que examinamos, de creación más moderna, no lo es tanto: todos los países anglosajones disponen de *Copyright Acts* o códigos sobre derecho de autor, lo cual no quiere decir que las decisiones judiciales no dictaminen el sentido de la ley.

Fundación Telefónica
Telefónica

La primera ley sobre derechos de autor, el *Statute of Anne* o Estatuto de la Reina Ana, es inglesa y data de 1710, aunque en realidad es un caso posterior (*Donaldson vs Beckett*, de 1774), el que marca las líneas fundamentales de las normas británicas sobre el derecho de los autores, que se antepone así al de los impresores, sobre sus obras.

El sistema de *copyright* menciona los 'derechos naturales', que se recogen no solamente en los trabajos preparatorios del Estatuto de la Reina Ana de 1710 sino también en las leyes sobre *copyright* que, inspiradas en él, se promulgaron en varios lugares de EEUU (Nueva York, Virginia, Georgia y Nueva Jersey) entre 1783 y 1786. Esta concepción estaba muy cercana al espíritu inglés, que siempre utilizó la metáfora de la paternidad para referirse a la relación del autor con su obra. Otros Estados, en cambio, prefirieron remitirse al concepto de la propiedad para establecer normas sobre el *copyright*: así, Rhode Island, New Hampshire, Carolina del Norte y Massachusetts.

En 1787 se impone en la Constitución americana el concepto de bienestar público; así, en el artículo 1, sección octava, 8, se establece que el propósito es «promover el progreso de la ciencia y las artes aplicadas, al asegurar por tiempo limitado a autores e inventores el derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos». Se equipara, por un lado, la propiedad industrial a la intelectual, tendencia que permanece vigente en el derecho anglosajón.

Civil law (derecho de autor)

El modelo en la Europa continental será exactamente el contrario y, como en tantas otras cosas, se inspira en el sistema francés. Todo se centra en el trabajo individual de las personas, verdadero sujeto de derechos. La Revolución de 1789 acaba con el sistema de privilegios, aunque en otros lugares de Europa las monarquías se resisten a abandonarlo. En España, sin ir más lejos, la apertura que había comenzado Carlos III acaba con la Real Orden de 21 de junio y cédula del Consejo de 1 de julio de 1784, prohibiendo la venta de libros extranjeros sin licencia del Consejo, y la resolución de Carlos IV de 24 de febrero y auto del Consejo de 12 de abril de 1790, prohibiendo todos los papeles periódicos a excepción del *Diario de Madrid*, es decir, el periódico oficial, y aun este «ciñéndose a los hechos, y sin que en él puedan ponerse versos, ni otras especies políticas de cualquiera clase». El ambiente no era aquí el más propenso ni para la labor crítica ni para la reivindicación de la autoría de textos periodísticos.

Principales diferencias

En cualquier caso, mientras que el derecho anglosajón ve, en buena medida, a las empresas como motoras de la obra intelectual -el sistema del *star system* de Hollywood es un claro ejemplo-, el derecho continental parece confiar más en la capacidad del individuo -un 'artista' más que un 'artesano'- como promotor de la industria cultural.

Las diferencias al respecto se están acortando: no es raro que, como ha ocurrido con la última reforma de la Ley de propiedad intelectual española en 2006, se hayan concedido derechos de propiedad intelectual sobre obras colectivas -por ejemplo, diarios- a las empresas que los editan bajo su nombre. Esto se ha hecho para el caso de los resúmenes de prensa y sin

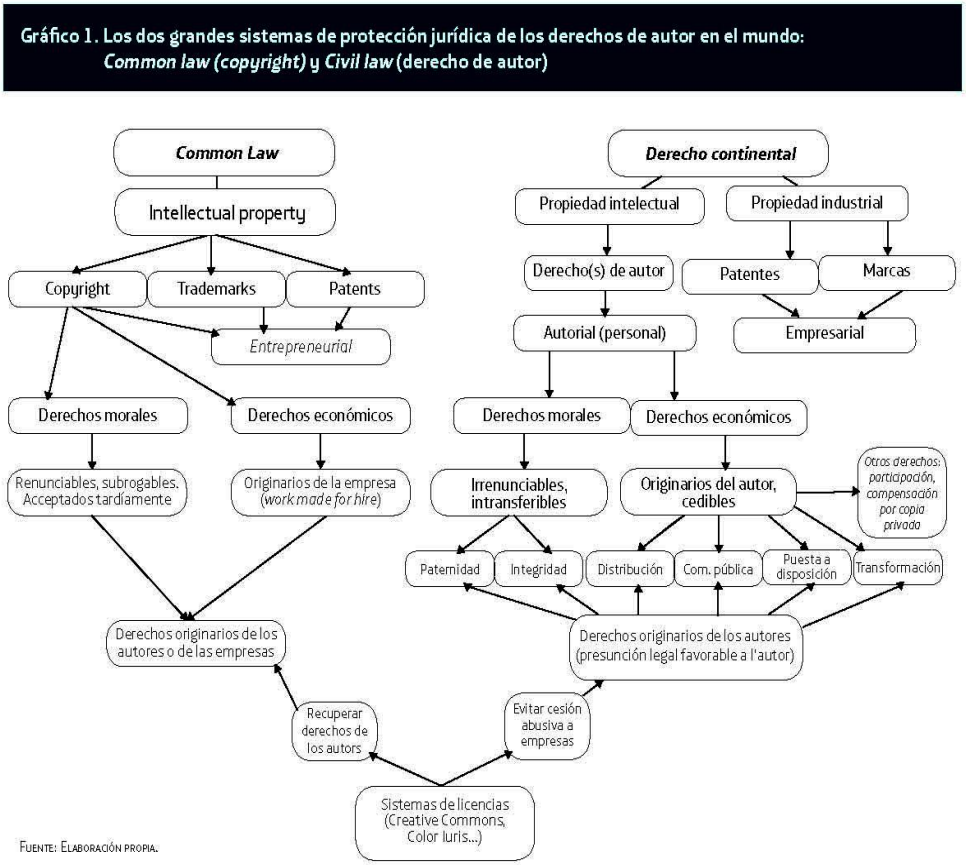
Fundación Telefónica
Telefónica

detrimento de que corresponda a cada autor individual, es decir, al periodista, una compensación económica por ello, a la que puede renunciar, sin embargo.

Esta diferencia fundamental ha influido también en la concepción dual de los derechos de los autores, derechos morales y derechos patrimoniales. El reconocimiento de los primeros era muy débil en el sistema de *copyright*, mientras que el sistema de derechos de autor continental los cree derechos personales, irrenunciables e inalienables.

Si bien la presión de organismos internacionales como la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) ha hecho que los países de *Common law* -comenzando por los EEUU- se hayan visto obligados a reconocer los derechos morales y los hayan incluido en sus códigos, dicho reconocimiento no los hace intransferibles, sino que la persona jurídica, esto es, la empresa, puede situarse en lugar del autor si este le cede también los derechos morales; es decir, y hablando técnicamente, se subroga en la condición de autor. El gráfico 1 sintetiza esta idea.

Gráfico 1. Los dos grandes sistemas de protección jurídica de los derechos de autor en el mundo: *Common law* (*copyright*) y *Civil law* (derecho de autor)



Fuente: Elaboración propia

Otra diferencia fundamental, que ha dado lugar a no pocos equívocos sobre la terminología, es

Fundación Telefónica
Telefónica

que bajo el término *intellectual property* los juristas de *Common law* incluyen no solo el *copyright*, es decir, la protección dispensada a los autores de obras de espíritu, cualesquiera que estas sean y sea cual sea su extensión o calidad; en todas partes, solo se requiere que sean obras originales y hayan sido externalizadas y registradas sobre algún tipo de soporte; no se protegen las meras ideas, sino también marcas comerciales y patentes, que en los países del área continental no son propiedad intelectual sino industrial y, por tanto, están sujetas a leyes hasta cierto punto similares pero con términos de protección diferentes.

Aunque, para complicar algo más las cosas, la propiedad intelectual no sea una verdadera propiedad, porque para empezar tiene un plazo, por así decirlo, de caducidad: al cabo de generalmente 70 años después de la muerte del autor -término armonizado por las leyes internacionales y que se establece para proteger los derechos de los herederos de los autores hasta un cierto punto-, toda obra pasa al dominio público. Con algunas excepciones muy discutidas, como *Peter Pan*, al que la ley británica de 1988 reconoce derechos que no tienen plazo temporal a beneficio de un hospital para niños, si bien dicha excepción no se extiende a la mayoría de los países, que aplican sus propias leyes y plazos a las obras que, aunque producidas por un autor extranjero, se explotan comercialmente en dichos países.

Más que de propiedad, tendríamos que hablar de un sistema de licencias: los autores, o aquellos a quienes se pueda considerar como tales en determinados supuestos (como las empresas cuando se trata de una obra colectiva) ceden determinados usos de la obra con un alcance temporal necesariamente limitado antes de que las obras pasen al derecho público. En realidad, eso es lo que hacen sistemas como *Creative Commons* o *Color Iuris*: ayudar a los autores a determinar y publicar qué permiten hacer con sus obras -y con qué límites- y qué no.

¿Qué se entiende por propiedad intelectual?

Entenderemos por propiedad intelectual aquello que el Ministerio de Educación español definía: la propiedad intelectual es el conjunto de derechos que corresponden a los autores y a otros titulares (artistas, productores, organismos de radiodifusión…) respecto de las obras y prestaciones fruto de su creación.

Y esta otra definición de la OMPI, que es la que aceptan todos los países miembros de esta organización de las Naciones Unidas: la propiedad intelectual (PI) tiene que ver con las creaciones de la mente: las invenciones, las obras literarias y artísticas, los símbolos, los nombres, las imágenes y los dibujos y modelos utilizados en el comercio.

La propiedad intelectual se divide en dos categorías: la propiedad industrial, que incluye las invenciones, patentes, marcas, dibujos y modelos industriales e indicaciones geográficas de procedencia, y el derecho de autor, que abarca las obras literarias y artísticas, tales como las novelas, los poemas y las obras de teatro, las películas, las obras musicales, las obras de arte (como los dibujos, pinturas, fotografías y esculturas) y los diseños arquitectónicos. Los derechos relacionados con el derecho de autor son los derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes sobre sus interpretaciones y ejecuciones, los derechos de los productores de fonogramas sobre sus grabaciones y los derechos de los organismos de radiodifusión sobre sus programas de radio y de televisión.

Fundación Telefónica
Telefónica

A quién protege el derecho de autor: personas naturales y jurídicas

En principio, sobre todo en el sistema continental, el autor es la persona natural que con su ingenio, sea asalariado o actúe por su cuenta, crea la obra. Luego cederá los derechos de explotación, algunos o todos, con el alcance que crea oportuno.

Todos los derechos son 'originariamente' del autor. Hay algunas excepciones: en el derecho anglosajón una persona natural puede ceder la autoría a una persona jurídica, e incluso en el continental, donde las obras colectivas -diarios, revistas, informativos de radio o televisión- se considera que han sido creadas por las empresas que las promueven.

Autor es quien firma la obra. Y solo el autor puede decidir si la firma o no y cómo, si con su nombre o con seudónimo (Doutrelepoint, 1997). Esto afecta muy especialmente a la obra periodística, porque hay libros de estilo de medios de comunicación que determinan cuándo y cómo debe firmarse una información. Si se trata de una mera noticia, sin demasiada aportación del periodista, una simple relación de datos, normalmente se determina que la información no será firmada o lo será a nombre del medio. De lo contrario, corresponde al autor o autores firmar la pieza. También obligaría a reconocer, por ejemplo, la autoría de una agencia de noticias si se emplea material servido por esta. Igualmente, correspondería al periodista decidir exactamente cómo la firma, aunque es habitual llegar a un acuerdo con la empresa, ya que las informaciones firmadas con nombres y apellidos reales acostumbran a tener más credibilidad entre el público.

En Internet, por cierto, podría interpretarse que los metadatos permiten indicar la autoría, ya que existe un campo o *tag* específico para ello, aunque normalmente no aparezca en el texto accesible al público el nombre del autor.

Tan autor es, por tanto, la empresa que crea un diario bajo su nombre como el fotógrafo, dibujante o periodista que publica en ellos su aportación, como en el caso, sobre todo, pero no únicamente (recordemos las fotografías que los ciudadanos de a pie envían a las televisiones para que sean emitidas en los espacios dedicados a la información meteorológica), de los medios de Internet, los usuarios. Los contenidos creados por los usuarios (*user generated contents*) están adquiriendo cada vez más importancia, sea en forma de comentarios, de noticias, de aportaciones audiovisuales (así ocurre, como luego veremos, de narrativas transmediáticas) o de obras que continúan o modifican obras preexistentes.

Tendencias de armonización e influencia entre ambos sistemas

Las presiones de los diferentes organismos internacionales o supranacionales, como la OMPI o la Unión Europea (Garrote, 2003) y las propias necesidades del comercio de noticias en un mercado global, que Internet ha revelado más claramente en los últimos decenios, han conducido a una unificación o armonización de los sistemas de protección de los derechos de autor en ambas tradiciones jurídicas. El profesor Georges Koumantos, en la Convención de Madrid el 13 de diciembre de 1979, constató tres tendencias:

– Los sujetos protegidos por las convenciones internacionales no son tanto los autores como

Fundación Telefónica
Telefónica

los organismos, públicos o privados, que difunden la obra. Se priman los intereses económicos más que los intelectuales. Eso, en el caso del periodismo, supone dar más importancia a los derechos de las empresas dueñas de los medios de comunicación (en muchos casos multinacionales muy poderosas) que a los autores de las informaciones.

– El derecho de autor capitula ante los hechos ilegales. Aunque la acción sea la misma (por ejemplo, una copia ilegal), la tecnología permite ahora no solo copiar más rápida y fidedignamente, sino también enmascarar mucho más fácilmente el delito. La internacionalización de las comunicaciones plantea problemas que jurídicamente no son nuevos (determinar qué legislación sustantiva y procesal y qué tribunales son competentes, básicamente) pero que se multiplican por mil con las nuevas tecnologías, además de encarecer el proceso hasta hacerlo inasequible para nadie que no disponga de los recursos de las grandes empresas. Aunque el problema sea más policial que judicial, el Derecho se ve desbordado por los hechos, de manera que todas las soluciones que propone no palian el problema sino de forma muy parcial.

– El derecho de autor está sufriendo una profunda modificación de su estructura. Lo que de momento es un derecho fundamentalmente absoluto y exclusivo que asegura a su titular poder impedir a cualquiera (es un derecho *erga omnes*, por lo tanto) la utilización de su obra sin su permiso, está convirtiéndose en un mero derecho de compensación a su titular, cuando este puede alcanzar a detectar la infracción y hacer valer sus derechos por vía legal, por los perjuicios causados mediante una remuneración compensatoria.

Las razones de estas transformaciones las expone el propio Koumantos (1981, p. 14): una, de orden ideológico: los derechos exclusivos han sido objeto de crítica; otra, económica, ya que los *mass media* (y tecnologías como Internet, a pesar de las veleidades libertarias de sus primeros valedores, que no han hecho a la postre sino acentuar esta tendencia) se han convertido en grandes corporaciones económicas con un enorme poder transnacional, tanto en términos meramente económicos como de influencia en la opinión pública; y tercera, de tipo político: la fuerza de los consumidores, ante la cual se doblega el mercado. Los autores individuales, por tanto, poco tienen que hacer si no es, en todo caso, uniendo sus fuerzas en asociaciones sectoriales. «Toda nuestra existencia cultural, todo nuestro porvenir [aseguraba el profesor Kumatos en 1979] dependen de la actividad creadora de determinadas personas que producen obras del espíritu y de la actividad comercial de otras personas que aseguran al menos la primera publicación de estas obras».

Internet, por otra parte, está planteando problemas como el de los agregadores (pero también el de las empresas que viven de hacer *press clippings* o resúmenes de noticias), que ofrecen obra intelectual ajena sin intervención intelectual propia. Se ha discutido mucho, con pocos resultados prácticos hasta ahora, el caso de *Google News*. *Google News* nunca da la noticia entera, sino que ofrece el enlace, considerado en la mayor parte de las ocasiones como asimilable a una cita. Es decir, y este es el principal argumento que esgrimen en su defensa, los agregadores dan acceso, y por tanto negocio, a las informaciones originales, que para ser leídas o consultadas en su integridad deben serlo en la sede web original. Sin embargo, los editores de diarios se han mostrado contrarios a estas prácticas desde el momento en que Google -por cierto, no mediante intervención humana sino mediante algoritmos- jerarquiza

Fundación Telefónica
Telefónica

dichas noticias y por tanto las prioriza. A principios de 2013, mediante la técnica de los *ancillary rights* o derechos secundarios, el parlamento alemán aprobaba una ley que limita dichas prácticas.

Cesión de los derechos de explotación: empresas, profesionales, usuarios

Para que una obra sea explotada y reporte beneficios económicos debe ser puesta en el mercado a disposición del público, de manera que este adquiera una licencia de uso para su disfrute. Mientras las obras dependían para su publicación de estar registradas en un soporte físico (papel, discos, etc.), la tenencia del soporte material indicaba los términos del disfrute de la obra en él contenida: uno podía disfrutar de la música contenida en el CD que adquiría o en el libro que compraba, mientras tuviese dichos objetos. Cuando los cedía -los vendía, los regalaba- la licencia de uso pasaba a manos de otra persona.

En estos momentos, y cada vez más, las obras ya no precisan de un soporte material para su comercialización, transmisión y disfrute. Y, al mismo tiempo, que toda la información sea digital la convierte en fácilmente copiable sin merma de calidad y de forma prácticamente instantánea, lo que nunca había ocurrido antes y ha añadido nuevos retos al sistema de protección jurídica de las obras intelectuales.

La inclusión, generalmente en los avisos legales, de cláusulas jurisdiccionales atractivas deja claro al usuario, sea de donde sea, que se somete voluntariamente a la legislación sustantiva y procesal y a los Tribunales del país de la razón social del medio al que está accediendo. Resulta difícil, sin embargo, en muchas ocasiones determinar dónde y quién ha cometido el acto ilícito; y caro y complicado perseguirlo. Por tanto, no nos hallaríamos ante un vacío legal bien contemplado, en general, por las normas del derecho público internacional, sino ante una dificultad de procesamiento y ejecución de las leyes, cuando no de prueba. En cualquier caso, la mayoría de los medios se decanta por una mención expresa a la jurisdicción atractiva (por ejemplo, *Financial Times*)[1], si bien en algunos casos se recurre a la mención expresa de las leyes y tribunales aplicables[2] y en otros se plantea como una renuncia a la propia jurisdicción del usuario[3].

Bien sea mediante contrato laboral (lo que en el mundo anglosajón es el *work made for hire*), bien mediante contrato civil o mercantil (*freelance*), las empresas se aseguran una cesión en exclusiva de los derechos de explotación de los periodistas, de manera que se impide que estos hagan uso de sus obras fuera del medio. Con una excepción: la norma española del derecho de colección, que permite a los autores, los periodistas -o los fotógrafos, o los dibujantes- publicar antologías de sus obras.

Aun más, las empresas tienden a hacerse con los derechos de transformación, lo que incluye, por ejemplo, el de traducción, necesario para licenciar esas obras para que las publiquen otros medios extranjeros; y lo que es más importante, con los derechos de nueva cesión a terceros, lo que permite los cada vez más frecuentes acuerdos entre medios de varios países para compartir contenidos, en algunos casos adaptados.

Con algunos límites, toda la jurisprudencia internacional, desde hace ya años[4] (es taxativa al

Fundación Telefónica
Telefónica

respecto: al tratarse de razones sociales diferentes, no se entiende que, no habiendo pacto en contra, se haya producido una cesión para un diario impreso y otro digital, o para un diario impreso y una recopilación en CD-ROM. Ello va en línea de lo que dispone la ley española (TRLPI 1/1996), que en su art. 43 dice que «si no se expresan específicamente y de modo concreto las modalidades de explotación de la obra, la cesión quedará limitada a aquella que se deduzca necesariamente del propio contrato», y cuyo art. 51 regula la transmisión de los derechos del autor asalariado e indica que, salvo pacto en contrario, «se presumirá que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario».

Es decir, para que la obra que un periodista produce para un diario impreso en virtud del contrato laboral que mantiene con la empresa que lo produce pueda ser reutilizada para la versión digital de ese mismo diario, producida por una empresa diferente, con la que en principio no mantiene contrato alguno, debe incorporarse expresamente en el contrato suscrito con la primera empresa la posibilidad de que esta, a su vez, ceda los derechos sobre la obra a la segunda empresa, puesto que, según el art. 51.3, «en ningún caso podrá el empresario utilizar la obra o disponer de ella para un sentido o fines diferentes». Por tanto, si la presunción legal es a favor del autor, la empresa está obligada a negociar con este las cesiones en exclusiva, cosa que obviamente hacen.

Cláusulas compensatorias

Aunque no están tan extendidas como sería deseable para la profesión, no son del todo infrecuentes las cláusulas en contratos y convenios que estipulan algún tipo de remuneración compensatoria para los periodistas por este concepto. El *Estatut Marc de Redacció* aprobado por el Col•legi de Periodistes de Catalunya, en su artículo 3, bajo el enunciado de 'Drets d'autor', estipula muy claramente que la venta o cesión de material informativo propio a otros medios de comunicación, incluso aquellos participados total o parcialmente por la propia empresa a quien se han cedido en primera instancia los derechos de explotación de la obra informativa, está sometida al menos a informar al autor de estas negociaciones, a hacer constar naturalmente su nombre como autor de la obra en cualquier caso.

En algunos casos, sí hay medios que siguen estas recomendaciones -algunas superfluas: por ley, siempre es obligado mencionar el autor de una obra-. Por ejemplo *La Vanguardia*, que en el artículo 3.14 de su Convenio colectivo menciona los derechos morales («la propiedad moral de los derechos de autor corresponde a los redactores literarios y gráficos») y los patrimoniales, si bien en este caso se emplea una cláusula de remisión que lo deja todo abierto: «Si existiera una regulación expresa de carácter individual se estará a lo que las partes hayan acordado». Como ya en su día consiguieron los trabajadores de *El País*[5], la empresa está obligada a informar (cuando no a negociar) a los representantes de los trabajadores (bien sea el Comité de empresa, bien sea el Comité de redacción, si lo hay) de las cesiones a terceros, lo que incluye por cierto a las empresas subsidiarias del grupo, creadas en ocasiones para confeccionar la página web a partir de obra -legalmente, al menos- ajena de la obra de sus trabajadores y, debería entenderse, a negociar posibles compensaciones.

Otras vías de explotación comercial de contenidos

Fundación Telefónica
Telefónica

Por tanto, la mayoría de los medios se ocupan de hacerse con los derechos de explotación con el mayor alcance posible a título oneroso (mediante el pago de un sueldo o precio a los periodistas) o no oneroso, en el caso de los usuarios que envían cualquier tipo de contenidos[6]. En este caso, acostumbra a haber una cláusula mediante la cual, cuando los contenidos cedidos a título no exclusivo (no se impide, por tanto, la explotación paralela o posterior de dichos contenidos, de nuevo en régimen no exclusivo, aunque rara vez se produce: ¿qué lector envía su comentario o aportación a más de un medio?) por los lectores se explotan de alguna manera -por ejemplo, una cesión a terceros-, el autor pueda obtener una compensación equitativa por su trabajo. Por ejemplo, la *BBC* propone al lector hacer un uso no venal de sus contenidos, lo que es común en todos los cibermedios (aunque habría que ver qué ocurre cuando la aportación del usuario se añade o completa una noticia de la versión *Premium* y, por tanto, de pago), a cambio de garantizarle que los moderará y hará un uso racional de los mismos, y además le garantiza una cesión no exclusiva[7], lo cual va más allá de un mero reconocimiento de paternidad (derecho moral) e incluye también los derechos de explotación económica de las obras.

La mayoría de los medios, por tanto, propone dos regímenes diferentes de explotación, según la obra sea susceptible de explotación comercial o sea esta más difícil aisladamente, como en el caso de los comentarios o de las entradas de los lectores en la redes sociales, a cuyas reglas, por cierto, se someten los medios: ¿qué ocurre cuando un medio, es decir, una persona jurídica, abre una cuenta en Facebook o Twitter? Que se somete a las reglas, también sobre propiedad intelectual, de estas, con lo que está de alguna manera cediendo derechos sobre sus propios contenidos y aquellos que le aportan los usuarios, a terceras personas jurídicas. Un caso paradigmático es de la red social propia Eskup, de *El País*, que emplea licencias *Creative Commons* (no así el sitio web completo del diario, que se rige por normas propias). Si bien, y significativamente, mientras que la licencia *Creative Commons* empleada en Eskup permite «copiar, distribuir y comunicar públicamente los contenidos de nuestra web», se preocupa de dejar claro que «no se pueden hacer obras derivadas, ni hacer un uso comercial en Internet de esos contenidos» y la licencia ni siquiera se aplica, «no al menos directamente […] a los contenidos de los usuarios, cuyos derechos quedan estrictamente reservados a su titular», cuyo consentimiento es necesario para cualquier acción transformativa.

No obstante, muchas veces el pago por las colaboraciones no es directamente monetario, sino en prestigio. Y ello ha provocado ya algunos litigios. El propio Jonathan Tasini, quien ya en su día pleiteó con éxito contra *The New York Times*, llevó en 2012 a los tribunales del Estado de Nueva York a *The Huffington Post*, medio basado parcialmente en la producción de noticias propias, pero sobre todo en prácticas de agregación y en la colaboración no remunerada económicamente de una pléyade de colaboradores, algunos muy prestigiosos (modelo que, por cierto, se ha exportado a países como Canadá, Francia o España, donde la versión de este diario digital está bajo la órbita de Prisa), que mantienen un *blog* en su sitio web. En esta ocasión, Tasini no ha obtenido satisfacción a su demanda: el Tribunal del Distrito Sur de Nueva York le negó el amparo que este había solicitado al considerar que le correspondía, a él como al resto de firmas del *HuffPost*, un porcentaje de la venta del medio a American On Line, ya que el interés de AOL se debía, entre otras cosas, al prestigio de dichos ‘blogueros’. El Tribunal considera que en esta ocasión tanto los periodistas como Tasini aceptaron cobrar en prestigio y nada podían reclamar ante una venta en paquete de la cabecera en la que colaboraban gratuitamente.

Fundación Telefónica
Telefónica

Conclusiones

Asistimos a una doble armonización o unificación de las normas sobre propiedad intelectual o derecho de autor aplicable a las noticias, a sus autores y a los cesionarios de los derechos patrimoniales. Por una parte, una armonización legal, de las normas escritas sobre este ámbito jurídico, que han conseguido que los países de *Common law* reconozcan los derechos morales de autor, si bien con la particularidad de aceptarlos siempre que la empresa pueda subrogarse en la condición de autor. A su vez, reformas legales como la denominada *loi Hadopi* francesa hacen que la legislación continental acepte, por vía de la reforma, que de alguna manera la persona jurídica, y en concreto las empresas periodísticas, puedan ser consideradas autoras de la obra colectiva y subrogarse en la consideración de autor y, por tanto, en contra de lo que era tendencia hasta el momento: hacer que por defecto se consideren cedidos de forma automática y si no se estipula en contrario los derechos de explotación de la obra.

En España, una reforma similar, aunque de momento de más limitado alcance, se ha operado a través de la presunción de que es la empresa la que detenta los derechos de reproducción en forma de *press clipping* de la obra colectiva, olvidando que en realidad lo que se reproduce son las obras individuales. Por ello la ley se cuida de expresar que en todo caso se establecerá una compensación con dichos autores.

Se aprecian, por otra parte, dos tendencias claras en el dominio de la información de actualidad -incluidas las aportaciones de los usuarios, que reciben, hasta cierto punto, un trato diferenciado-: por un lado, que las empresas están interesadas en una cesión exclusiva de los derechos patrimoniales y, por otro, que sistemáticamente consideran su propia legislación nacional atractiva.

Cada vez es mayor, por otra parte, la corriente a favor de incorporar en la tradición jurídica de derecho civil la doctrina del *fair use*. Mientras que entre nosotros se aplica el principio del ‘lucro cesante’ y el ‘daño emergente’ (se pierde lo que se deja de ganar), la norma del *fair use* actúa a posteriori y se basa en la aplicación de cuatro reglas: la ‘regla transformativa’, basada en el propósito y carácter del uso; la naturaleza de la obra original y de que tenga derechos de autor o no, ya que si se trata de una *orphan work* (sin autor conocido) o de una obra en el dominio público solo se perseguiría por parte de los poderes públicos una posible transgresión de los derechos morales, por ejemplo, la falta de atribución de paternidad a la obra original; que lo que utiliza la obra derivada sea una parte sustancial o no de la obra original, y el efecto sobre el mercado potencial, lo que equivaldría a nuestro ánimo de lucro. De alguna manera, se toleran aquellas obras derivadas que no tienen ánimo de lucro directo y presente.

La gran ventaja del *fair use* es que es un instrumento flexible. La desventaja, para el sistema de derecho civil continental, es que se deja la decisión última en manos de los jueces, que en la *Common law* crean la ley pero entre nosotros ‘solo’ la interpretan. Pero, sobre todo, las reglas del *fair use* tratan de proteger un derecho, el del acceso a la cultura, que figura en la filosofía misma del *copyright* y que se ha de conjugar junto con el lógico derecho de los autores y de los cesionarios de sus derechos -aunque a menudo parezca que solo se proteja a estos últimos- a ganarse la vida con el sudor de su intelecto.

Fundación Telefónica
Telefónica

Notas

[1] Por ejemplo, *Financial Times* se reserva el derecho a acudir a otras instancias nacionales: «Para exclusive beneficio de FT y con la extensión posible en la jurisdicción aplicable, FT retendrá el derecho a llevar o sumarse a procedimientos referentes al fondo de la materia en los tribunales del país de residencia de usted o, allá donde estos términos y condiciones son habituales en el curso de su actividad o profesión, el país de la sede social del negocio en que usted aceptó estos términos y condiciones o (si es diferente) el país donde desarrolla principalmente usted su actividad».

[2] «Legislación aplicable y jurisdicción: la relación entre PRISACOM y el USUARIO se regirá por la normativa española vigente y cualquier controversia se someterá a los Juzgados y Tribunales de la ciudad de Madrid». *Cadena Ser* (Véase: *http://www.cadenaser.com*); «Legislación applicable y jurisdicción: Estos términos y condiciones se gobernarán y construirán de acuerdo a la legislación inglesa». *Financial Times* (Véase: *www.ft.com*).

[3] «Con el uso del *website* el USUARIO asume con renuncia expresa a cualquier otro foro que somete a los Juzgados y Tribunales de Madrid capital cualquier controversia que pudiera derivarse en su relación con la EMPRESA». ABC Periódico Electrónico SL.

[4] Casos *Dernières Nouvelles d'Alsace*, *Tasini et al. vs New York Times* en 1998; el fallo de la Corte Suprema de los EEUU de 25 de junio de 2001 a favor de los periodistas autónomos; el caso *De Volkrant* en Holanda.

[5] Véase el capítulo de Pedro Gorospe, a la sazón periodista y miembro del Comité de empresa de Prisa (Larrañaga y Díaz, 2003).

[6] Naturalmente, en todos los casos rige la exigencia y el supuesto de que todo lo que envían los usuarios y colaboradores es original y disponen de los derechos sobre dicha obra, independientemente de su calidad (Ornebring, 2008). La responsabilidad que se derive del incumplimiento de este precepto recae en el usuario o colaborador, no en el medio, que siempre se reserva el derecho de eliminar (*remove*) cualquier contenido que considere que no respeta este mandato legal.

[7] «Conservará usted cualquier derecho de reproducción sobre su aportación y esta cesión no es exclusiva, de forma que puede continuar usando el material que nos ha remitido de cualquier manera, incluyendo el uso por parte de terceros».

Bibliografía

Bercovitz Rodríguez-Cano, R. et al. (2006). *Las reformas de la Ley de propiedad intelectual.* Valencia: Tirant lo Blanch.

– et al. (2007). *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*. Madrid: Tecnos.

Fundación Telefónica
Telefónica

Bochurberg, L. (1994). *Le droit de citation, propriété littéraire et artistique, droits voisins et droit des marques. Étude de droit comparé, oeuvres littéraires, oeuvres artistiques et photographiques*. París: Masson.

Cabedo Serna, L. (2011). *El derecho de remuneración del autor*. Madrid: Dykinson.

Castellano Cachero, J.; Feijóo González, C. y Pérez Martínez, J. (2003). Propiedad intelectual e Internet. El nuevo derecho de puesta a disposición. *Telos*, 54.

Colombet, C. (1997). *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo. Estudios de derecho comparado*. Madrid: UNESCO; CINDOC.

De Nova Labián, A. J. (2010). *Delitos contra la propiedad intelectual en el ámbito de Internet, especial referencia a los sistemas de intercambio de archivos*. Madrid: Dykinson.

De Oliveira Ascensao, J. (2002). *Direito da internet e da sociedade da informaçao*. Rio de Janeiro: Editora Forense.

De Valle Chousa, S. (2005). *Los derechos de autor y la propiedad intelectual en el periodismo especializado*. Tesis doctoral [en línea]. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, Servicio de Publicaciones. Disponible en: *http://www.periodistas.org/opi/derechosautor/archivos/tesis_derechos_autor_periodismo.pdf*

Doutrelepont, C. (1997). *Le droit moral de l'auteur et le droit communautaire, analyse en droit comparé et en droit européen.* Bruxelles; Paris: Bruylant.

Dusollier, S. (2010). *Estudio exploratorio sobre los derechos de autor y los derechos conexos y el dominio público* [en línea]. Ginebra: OMPI. Disponible en: *http,//www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/es/cdip_4/cdip_4_3_rev_study_inf_1.pdf*

Federación Internacional de Periodistas. *Authors' Rights a manual for journalists* [en línea]. Disponible en: *http://www.ifj.org/assets/docs/016/056/7556110-f24e638.pdf*

Galán Corona, E. (2006). *Los enlaces en Internet. Propiedad intelectual e industrial y responsabilidad de los prestadores*. Pamplona: Aranzadi.

García Sanz, R. M. (2008). *El derecho de autor en Internet*. Tesis doctoral [en línea]. Madrid: Universidad Complutense. Disponible en: *http://eprints.ucm.es/7662/1/t27502.pdf*

Garrote Fernández-Díez, I. (2003). *El derecho de autor en Internet. Los Tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación al Derecho Español de la Directiva 2001/29/CE*. Granada: Comares.

– (2010). *La reforma de la copia privada en la Ley de propiedad intelectual.* Granada: Comares.

Fundación Telefónica
Telefónica

Gay Fuentes, C. (2006). *La propiedad intelectual en el entorno digital. La participación española*. Madrid: Fundación Alternativas.

Iturralde Sesma, V. (1995). *El precedente en el Common Law.* Madrid: Civitas.

Jiménez Martínez, M. V. (2005). *El autor y las publicaciones periódicas. El régimen jurídico específico del texto refundido de la Ley de propiedad intelectual.* Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá de Henares, Servicio de Publicaciones.

Koumantos, G. (1981). Défis et promesses des mass media pour le droit d'auteur. *Le Droit d'Auteur*, Janvier. Berna: Bureau International de l'Union pour la Protection des Oeuvres Littéraires et Artistiques.

Massaguer Fuentes, J. (1997). Los derechos de propiedad intelectual en Internet. *Comunicación y Estudios Universitarios. Revista de Ciències de la Informació*, No. 7, 61-71. Valencia: Fundación Universitaria San Pablo CEU.

Michinel Álvarez, M. A. (1998). La propiedad intelectual en el plano internacional: ley aplicable al derecho de autor. En E. Fernández Masiá et al., *Los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información*. *Perspectivas de derecho civil, procesal, penal e internacional privado*, pp. 163-190. Granada: Comares.

Miguel Asensio. P. A. (2001). *Derecho privado de Internet*. Madrid: Civitas.

Moreno Martínez, J. A. (2008). *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías: sus incidencias por Ley 23/2008*, de 7 de julio. Madrid: Dykinson.

Ornebring, H. (2008). The consumer as producer of what? User-generated tabloid content in The Sun (UK) and Aftonbladet (Sweden). *Journalism Studies*, 9(5), 771-785.

Ortega Díaz, J. F. (2006). *Los enlaces en Internet, propiedad intelectual e industrial y responsabilidad de los prestadores.* Pamplona: Aranzadi.

Palao Moreno, G. y Plaza Penadés, J. (2009). *Nuevos retos de la propiedad intelectual.* Pamplona: Aranzadi.

Pérez de Castro, N. (2001). *Las obras audiovisuales. Panorámica jurídica*. Madrid: Reus.

Salokannel, M. (1997). *Ownership of rights in audiovisual productions, a comparative study*. London: Kluwer Law International.

Strowel, A. (1993). *Droit d'auteur et copyright, divergences et convergences. Étude de droit comparé*. Bruxelles; Paris: Bruylant.

Fundación Telefónica
Telefónica

– (2001). Liability With Regard to Hyperlinks. Columbia – *VLA Journal of Law & the Arts*, Summer.

Tushnet, R. (2004). Copy this essay, How fair use doctrine harms free speech and how copying serves it. *The Yale Law Journal*, 114, 535-590.

Fundación Telefónica
Telefónica