



# Copyright vs. Copyleft: problemática jurídica del software libre

---

GUSTAVO LEÓN Y LEÓN DURÁN

**Sumario:** I. Copyright y Derecho de Autor. II. Copyleft. III. Defensores del Copyleft. IV. Clases de Copyleft. V. Naturaleza jurídica del Copyleft. VI. Copyright versus Copyleft. VII. Notas bibliográficas. VIII. Otras obras consultadas.

## I. COPYRIGHT Y DERECHO DE AUTOR

A pesar de que se tiende a identificarlos, el concepto de “*Copyright*” no es un sinónimo del concepto de “Derecho de Autor”. Se trata de sistemas jurídicos en realidad distintos. El primero se fundamenta en el “*common law*” o derecho consuetudinario que responde a la tradición jurídica anglosajona y el segundo en el derecho positivo o “*statute law*” que responde a la tradición jurídica latina, lo que a su vez determina que el “*Copyright*” ponga mayor énfasis en la actividad de la explotación comercial de la propiedad intelectual en tanto que el “Derecho de Autor” tienda a relevar el carácter personal del autor sobre la obra intelectual. Esto es así aunque, como bien apunta la Dra. Delia Lipszyc, “se ha venido desarrollando un proceso de gradual acercamiento entre las dos orientaciones como consecuencia de los efectos armonizadores que sobre las legislaciones nacionales tiene el Convenio de Berna en el que predomina la concepción continental así como los trabajos de uniformación [sic] legal que se realizan en el seno de la Comunidad Económica Europea”<sup>1</sup>.

Teniendo presente esta distinción se puede definir al “*Copyright*” como “el derecho exclusivo concedido por la ley al autor de una obra para divulgarla como creación propia de él, para reproducirla y para transmitirla, distribuirla o comunicarla al público de cualquier manera o por cualquier medio, y también para autorizar a otros a que la

---

1. LIPSZYC, Delia, *Derecho de Autor y Derechos Conexos*, UNESCO, CERLALC y ZAVALIA Editores, Buenos Aires, 1993, p. 39.

utilicen de maneras definidas”<sup>2</sup>. Sobre esta definición debemos precisar dos aspectos fundamentales: primero que la protección se otorga a las “obras originales” siempre que se encuentren expresadas en forma tangible por los sentidos; y segundo, que las ideas no se protegen por sí mismas sino en la forma en que estas han sido expresadas. A este respecto hay que puntualizar que tales principios aplican por igual en el *Copyright* como en el Derecho de Autor<sup>3</sup>.

Tanto el *Copyright* como el Derecho de Autor tienen su fundamento tanto en el hecho, generalmente indiscutido, de que el autor tiene un justo derecho a ser retribuido por la labor fruto de su ingenio, esto es, por el fruto de su trabajo creativo; pero también en el interés de la sociedad de promover la producción intelectual para aprovecharla en beneficio del mejoramiento de las condiciones de vida de sus integrantes. Y en este contexto es innegable que las creaciones del intelecto desempeñan un papel decisivo como instrumentos de formación, información, promoción cultural y entretenimiento; y que una de las formas de alcanzar el progreso, o, al menos, de lograr los resultados más óptimos que determinada situación lo permita, consiste en desarrollar la educación y la capacidad profesional, en fomentar la investigación y la producción intelectual y en difundir la información de la manera más amplia que sea posible<sup>4</sup>.

En el caso particular del *Copyright* es importante anotar que la protección conferida a los autores puso énfasis, desde su origen, en la intención de los gobernantes de promover el saber en beneficio de la colectividad concediendo un derecho exclusivo a los autores sobre sus creaciones. Así, el Estatuto de la Reina Ana, dictado en Inglaterra el 10 de abril de 1710, tuvo por propósito el fomento del saber atribuyendo a los autores de libros impresos o sus cesionarios un derecho exclusivo a reimprimirlos por un plazo de veintiún años contados a partir de su publicación. En forma similar, la Constitución de los Estados Unidos de América subraya la necesidad de que su Congreso tenga el poder de “promover el progreso de la ciencia y las artes útiles asegurando a los autores e

- 
2. OMPI GLOSARIO de derecho de autor y derechos conexos, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), WIPO publication N.º 816 (EFS), Ginebra 1980, p. 58.
  3. CABANELLAS, Guillermo, en su *Diccionario de Derecho Usual*, (Cuarta Edición, Bibliográfica Omeba Editores Libreros, Buenos Aires, 1962, Tomo I, p. 641) define al Derecho de Autor como aquel que tiene toda persona sobre la obra que produce; y especialmente, el que corresponde por razón de las obras literarias, artísticas, científicas, técnicas para disponer de ellas por todos los medios que las leyes autorizan. La Ley Peruana, Decreto Legislativo N.º 822, define al Derecho de Autor como aquel que recae sobre todas las obras del ingenio, en el ámbito literario o artístico, cualquiera que sea su género, forma de expresión, mérito o finalidad (art. 3). A su turno todas las legislaciones de Derecho de Autor exigen que la obra o creación tenga caracteres de originalidad y asimismo establecen que la protección alcanza exclusivamente a la forma de expresión mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras (en el caso de la Ley Peruana, Decreto Legislativo N.º 822, la originalidad se exige en el literal n del art. 5; y en cuanto a la precisión de que la protección alcanza exclusivamente a la forma de expresión de las y no a estas en sí mismas, esta aparece consignada en el art. 8 y en el 9, literal a).
  4. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), “El ABC del Derecho de Autor”, Mayenne, Francia, 1982, p.5.

inventores por un tiempo determinado el derecho exclusivo sobre sus respectivas creaciones”<sup>5</sup>. Es interesante anotar que en las discusiones de la aprobación de dicha Constitución se aceptó esta necesidad en forma unánime. En los documentos federales del legislador James Madison, que sirvieron para la aprobación de la referida Constitución, se describe el fin de este postulado reconociéndose que “La utilidad de este poder era prácticamente incuestionable. El Derecho de Autor había sido formalmente concedido en Gran Bretaña como un derecho integrante del *common law*. El derecho sobre las invenciones útiles debía pertenecer a los inventores por iguales razones. El bienestar del público coincide plenamente en ambos casos con los derechos individuales de los creadores sobre sus creaciones<sup>6</sup>. Estas ideas fueron ratificadas por la Corte Suprema de los Estados Unidos cuando, al explicar la filosofía económica que inspira su texto constitucional, referida al poder de “promover el progreso de la ciencia y las artes útiles asegurando a los autores e inventores por un tiempo determinado el derecho exclusivo sobre sus respectivas creaciones”, surge la convicción de que la promoción del esfuerzo individual por méritos propios es la mejor manera de avanzar hacia el bienestar público<sup>7</sup>.

En principio y en tanto la obra intelectual no sea publicada o comunicada al público de cualquier forma, el autor tendrá sobre ella un poder absoluto de disposición. No obstante, una vez que la obra es publicada o comunicada al público, la sociedad adquiere un interés de acceder a ella, pues como ya mencionamos, ello contribuye a la cohesión, progreso y bienestar social. Por tales motivos la gran mayoría de los Estados del mundo, independientemente de su sistema político y económico, reconocen la importancia de la protección del Derecho de Autor y del *Copyright* como instrumento de desarrollo y en tal virtud sancionan leyes específicas sobre la materia o incorporan a sus legislaciones disposiciones de protección a la Propiedad Intelectual pero le imponen una serie de limitaciones justificadas en razones de interés público y de orden educativo y cultural, las cuales pretenden buscar un equilibrio entre los diferentes y opuestos intereses en juego: el de los autores, de obtener una justa retribución por su trabajo; y el de la sociedad de acceder a las obras intelectuales, para utilizarlas y disfrutarlas en beneficio del progreso y bienestar social.

Esta dialéctica es la que permanentemente ha sido objeto de debate jurídico tanto de los legisladores como de los tribunales que se han visto obligados a encontrar soluciones, a veces no muy satisfactorias, para encontrar el punto de equilibrio entre el interés de los autores de obtener una justa retribución por su trabajo en virtud del derecho exclusivo que se le ha concedido para explotar sus creaciones y el interés de la sociedad de acceder a dichas creaciones para disfrutarlas y aprovecharlas en beneficio de la colectividad y el progreso social. Y hoy más que nunca podemos apreciar que los

---

5. Constitución de los Estados Unidos de América, art. I, apartado 8, numeral 8.

6. Citado en “Intellectual Property and the National Information Infrastructure” reporte elaborado por la Information Infrastructure Task Force y el Working Group on Intellectual Property Rights; Washington D.C., U.S.A., 1995, p. 19.

7. Proceso MAZER versus STEIN, 347 U.S. 201, 219 (1954).

problemas que el progreso tecnológico y particularmente la tecnología digital vienen provocando respecto de las facultades de reproducción y comunicación pública de las obras intelectuales que son justamente las esenciales al *Copyright* y al Derecho de Autor y que ahondan este debate. Un ejemplo palpable de esta discusión se dio en la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en el sonado caso SONY de 1984 conocido también como el caso “VCR” o “Betamax”. En este proceso la demandante UNIVERSAL CITY STUDIOS, INC. emplazó a la SONY CORP. en su condición de fabricantes de las videograbadoras, alegando que dichos aparatos se utilizaban para violar los derechos de autor de las obras y producciones audiovisuales por ellos distribuidas. Respecto de la Ley de Derechos de Autor (*Copyright Act*) la Corte Suprema de los Estados Unidos de América afirmó que dicha ley involucraba el difícil balance entre los intereses de los autores e inventores sobre el control y explotación de sus obras y descubrimientos y de otro lado los antagónicos intereses de la sociedad en la libre circulación de las ideas, la información y el comercio<sup>8</sup>. Otro caso más reciente, conocido como NAPSTER, fue uno

- 
8. Proceso SONY, CORP. versus UNIVERSAL CITY STUDIOS, INC., 464 U.S. 467, (1984), en el cual se discutió sobre la responsabilidad contribuyente para cometer la violación a los Derechos de Autor y responsabilidad vicaria por tal violación. En este proceso la demandante UNIVERSAL CITY STUDIOS, INC. emplazó a la SONY CORP. en su condición de fabricantes de las videograbadoras, alegando que dichos aparatos se utilizaban para violar los derechos de autor de las obras y producciones audiovisuales por ellos distribuidas. Se imputaba a la SONY CORP. una responsabilidad contribuyente para cometer la violación a los Derechos de Autor (en inglés *contributory copyright infringement*) y la responsabilidad vicaria o indirecta por tal violación (en inglés *vicarious copyright liability*) al permitir a los usuarios de las videograbadoras grabar las emisiones televisivas de la UNIVERSAL CITY STUDIOS, INC., en forma no autorizada. La doctrinas de la responsabilidad contribuyente y vicaria en la violación a los derechos de autor, de antigua data en el derecho americano, establecían que la persona que materialmente contribuía a una conducta infractora de los derechos de autor realizada por terceros, con plena conciencia de la infracción cometida por tales terceros, podía ser igualmente considerada como responsable por dicha violación. La Corte Suprema de los Estados Unidos de América declaró infundada la demanda de UNIVERSAL CITY STUDIOS, INC. bajo la premisa de que los fabricantes de los equipos grabadores de videocasetes no eran responsables de las infracciones a los derechos de autor que podían cometer los usuarios de tales aparatos. El fundamento del fallo fue el siguiente: los fabricantes y proveedores de la tecnología, que tiene usos substancialmente legales, —la tecnología puede ser utilizada para realizar actos perfectamente lícitos al margen de la posibilidad potencial para realizar actos infractores a los derechos de autor— no pueden ser responsabilizados bajo la doctrina de la “responsabilidad contribuyente y vicaria para la infracción a los derechos de autor” por actos imputables a los usuarios de los equipos videograbadoras por sus conductas infractoras de los derechos de autor. En el caso controvertido la SONY CORP. no tenía el control del destino final de los equipos grabadores de videocasetes y estos equipos tenían primordialmente un uso lícito. En ese sentido se consideró que los equipos grabadores de videocasetes podían ser utilizados por muchos usuarios para grabar programas de televisión y obras intelectuales protegidas por el derecho de autor, inclusive en forma íntegra, para verlos luego en horarios más convenientes en su tiempo libre (*time shifting*), lo cual podía ser considerado como un uso primordialmente lícito que caía bajo la excepción del “*fair use*” o “usos honrados” y que en modo alguno podía ser considerado como una infracción a los derechos de autor. Finalmente la Corte Suprema anotó que no se había acreditado en el proceso que la utilización generalizada o extendida del betamax hubiera afectado negativamente al mercado potencial de las obras intelectuales protegidas por el derecho de autor ni tampoco que existiera plena conciencia, de parte de la demandada, de un presunto uso infractor atribuible a su actuación.

de los más sonados que ha enfrentado el Derecho de Autor en el entorno digital. NAPSTER es un programa de ordenador inventado por un adolescente que terminó siendo una de las aplicaciones de software de mayor crecimiento en el menor tiempo en toda la historia de las computadoras personales y que usó la tecnología “peer to peer” o “P2P” (punto a punto o puerto a puerto). Básicamente el sistema funciona como sigue: una vez cargado el programa en la computadora, este escaneaba el disco duro y compilaba un directorio con los títulos de todos los archivos de obras musicales que encontró en la computadora. Este directorio de títulos de obras musicales —no los archivos de las obras musicales en sí mismos— era luego enviado por el sistema al servidor originario de NAPSTER donde era incorporado a su base de datos conjuntamente con los directorios de los demás títulos de obras musicales de todos los usuarios del programa NAPSTER que siguieron el mismo proceso. La siguiente oportunidad en que cualquiera de los millones de usuarios de NAPSTER se conectaban a la Internet, la computadora, al margen de cualquier otra operación que pudiera estar realizando en forma simultánea, mandaba automáticamente un mensaje al servidor de NAPSTER informando estar conectada a la red e indicando el número de la dirección electrónica del Protocolo de Internet asignado al usuario por el proveedor de Internet que sirve para enviar y recibir mensajes a través de la red. El servidor de NAPSTER guarda esta información de tal manera que, fuera del directorio de obras musicales contenido en los discos duros de las computadoras de cada usuario, puede saber si el usuario NAPSTER en cuestión está conectado en ese instante al sistema y las direcciones Internet de cada usuario conectado. Entonces cuando el usuario hace un requerimiento de determinado título de una obra musical al servidor de NAPSTER este último le envía directamente al usuario la información de todos los usuarios conectados en ese momento, que tienen grabada, en los respectivos discos duros de sus computadoras, la canción deseada y permite que el usuario que pidió la canción se pueda conectar con cualquiera de ellos para solicitarle el envío del archivo musical. El proceso termina con la transmisión remota del archivo musical al usuario que la solicitó, que es remitida desde otro usuario que tenía grabado dicho archivo musical en el disco duro de su computadora. Desde la perspectiva del Derecho de Autor, NAPSTER presenta una interesante problemática puesto que en realidad sólo actuaba facilitando el acceso de sus usuarios a la información sobre las obras musicales. NAPSTER jamás reprodujo, copió, almacenó, comunicó públicamente o distribuyó obra musical alguna. Lo único que NAPSTER copiaba y almacenaba era la información de los listados de títulos de obras musicales que cada usuario del sistema tenía en el disco duro de su respectiva computadora, listados que no eran protegidos por el derecho de autor. De lo que en todo caso se podía acusar a NAPSTER era que usaba esta base de datos para permitir a terceros hacer copias ilícitas de las obras musicales protegidas por el derecho de autor. Pero uno se podía preguntar válidamente si NAPSTER tenía que ser directamente responsable por las infracciones a los derechos de autor cometidas por sus usuarios como en efecto se discutió en el indicado proceso legal<sup>9</sup>.

9. Caso A&M RECORDS, INC. versus NAPSTER INC. (7 ILR —P&F— 1, 239 F3d 1004) sobre violación de derechos de autor por la utilización ilícita del sistema peer to peer y límites al “fair use” o usos honrados. En el caso NAPSTER objeto de comentario, los abogados de A & M RECORDS,

Está claro que no ha sido posible hasta el momento encontrar el fiel de la balanza entre el interés de los autores de obtener una justa retribución por su trabajo en virtud del derecho exclusivo que se le ha concedido para explotar sus creaciones y el interés de la sociedad de acceder a dichas creaciones para disfrutarlas y aprovecharlas en beneficio de la colectividad y el progreso social, especialmente en países en vías de desarrollo ávidos de beneficiarse de los recursos y oportunidades que brinda la tecnología digital. Por ello,

---

INC., reconociendo que NAPSTER no era directamente responsable por las infracciones a los derechos de autor cometidas por sus usuarios, invocaron la doctrina de la “responsabilidad contribuyente para la infracción a los derechos de autor” (*contributory copyright infringement*) que en el derecho anglosajón consistía en considerar la existencia de responsabilidad subsidiaria o vicaria (*vicarious liability*) en la infracción a los derechos de autor respecto de quienes han contribuido materialmente a la conducta infractora de terceros con conocimiento de causa y que, por tal razón, podían ser responsabilizados por tal conducta. Ya la Corte Suprema de los Estados Unidos de América había utilizado esta doctrina en el precedente referido al caso conocido como caso “SONY”, “VCR” o “Betamax” en los seguidos por la UNIVERSAL CITY STUDIOS contra la SONY, que se ha comentado anteriormente y en este caso la Corte Suprema de los Estados Unidos de América declaró infundada la demanda bajo la premisa de que los fabricantes de los equipos grabadores de videocasetes no eran responsables de las infracciones a los derechos de autor que podían cometer los usuarios de tales aparatos. Los abogados defensores de NABSTER INC., alegaron estar en la misma situación de la SONY señalando que su programa substancialmente no era para usos infractores y que el brindar facilidades para compartir archivos de las obras musicales no constituía una infracción a los derechos de autor. Además que dentro de las obras musicales a las cuales se facilitaba el acceso había un gran número cuyos autores no habían manifestado su intención de prohibir su copia, reproducción o distribución y que por el contrario la promovían. Pero la Corte Distrital determinó que el caso NABSTER no era similar al caso SONY porque en el caso NABSTER los usos infractores realizados por los usuarios no eran substancialmente mínimos sino por el contrario representaban un alto porcentaje en comparación con los usos legales, es decir, que el uso significativo del programa NABSTER era el cargar y descargar obras musicales, la gran mayoría protegida por el derecho de autor. Para la Corte Distrital, NAPSTER era responsable de no haberse asegurado que los usuarios no estaban intercambiando obras musicales protegidas por el derecho de autor o que, por lo menos, la parte substancial de este intercambio estaba circunscrito a la transferencia lícita de obras musicales. La sentencia de la Corte Distrital fue apelada por NABSTER y revocada en parte por la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito en el extremo referido a la aplicación de la “contribución para la infracción a los derechos de autor” por actos imputables a los usuarios de los equipos por sus conductas infractoras de los derechos de autor, el cual podría aplicarse únicamente en el caso que: (a) el titular del derecho de autor suministre la documentación conteniendo información específica e identificando puntualmente la actividad infractora, para darle al demandado conocimiento actual y específico de las obras musicales ilícitamente reproducidas; (b) que el demandado tenga la oportunidad de bloquear el acceso a su sistema a los usuarios que están suministrando las obras musicales en forma ilícita; y (c) que el demandado falle en retirar del sistema las obras musicales ilícitas. Ahora bien, como en el proceso se demostró que la demandante había aportado pruebas de más de doce mil obras musicales ilícitamente reproducidas que aparecían en la base de datos de NAPSTER entonces la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito estimó que NAPSTER tuvo conocimiento actual y específico de las obras musicales ilícitamente reproducidas que estaban siendo transmitidas a través de su sistema. Además la Corte consideró que NAPSTER tuvo también la facultad de bloquear el acceso a su sistema a los usuarios que están suministrando las obras musicales en forma ilícita pero que falló en bloquear el acceso a su sistema a los usuarios que están suministrando las obras musicales en forma ilícita a pesar de los requerimientos efectuados por la demandante; y por tales razones declaró fundada en parte la demanda.

coincidiendo con el Dr. Baldo Kresalja, podemos señalar que el diseño de políticas nacionales que regulen y canalicen las tensiones inherentes que genera la aplicación de derechos de propiedad intelectual en la era digital es un desafío y un reto para todos los países. Y para los países en vías de desarrollo este desafío tiene grandes implicancias para la obtención de sus objetivos económicos. Hay una variedad de temas controvertidos, tales como la protección de las bases de datos, los temas relacionados a las patentes de negocios y modelos alternativos de propiedad como el *open source movement*. Cada uno de ellos representa la fábrica legal de la era de la información con importantes ramificaciones para las estrategias de desarrollo<sup>10</sup>.

## II. COPYLEFT

La expresión “*Copyleft*” surge en contraposición al *Copyright* como una de las formas en que se manifiesta el debate sobre el punto de equilibrio entre el interés de los autores de obtener una justa retribución por su trabajo en virtud del derecho exclusivo que se le ha concedido para explotar sus creaciones y el interés de la sociedad de acceder a dichas creaciones para disfrutarlas y aprovecharlas en beneficio de la colectividad y el progreso social. Si por *Copyright* entendemos “el derecho exclusivo concedido por la ley al autor de una obra para divulgarla como creación propia de él, para reproducirla y para transmitirla, distribuirla o comunicarla al público de cualquier manera o por cualquier medio, y también para autorizar a otros a que la utilicen de maneras definidas” el *Copyleft* pretende justamente todo lo contrario, esto es, que la obra pueda ser usada, reproducida y distribuida sin ninguna limitación así como modificada en la forma que se crea conveniente y lo hace precisamente valiéndose del *Copyright*. El vocablo inglés “*right*” alude al concepto “derecho” mientras que el vocablo inglés “*left*” se refiere a su opuesto, el izquierdo. Una posible traducción al idioma castellano sería algo así como “izquierdos de autor” pero, al traducirlo, el término pierde fidelidad en el alcance de su concepto así como en la ilustración de la contraposición que le se pretende dar respecto del *Copyright*. Por ello, al igual que muchos términos del idioma inglés, el término *Copyleft* se ha popularizado en el lenguaje castellano común y corriente sin traducirlo tal como ocurre con los términos “*software*”, “*Internet*” “*laptop*” etc.

Aunque en sus orígenes el *Copyleft* surgió vinculado al ámbito del software hoy se extiende a las obras literarias, las obras musicales, las obras artísticas e inclusive las patentes. Sin embargo, para efectos de este trabajo, nos referiremos particularmente al *Copyleft* vinculado al ámbito del *software* del cual partieron sus demás variantes aplicables a otras formas de expresión de obras intelectuales. Fue Richard Stallman, el creador y mentor de la Fundación para el Software Libre (en inglés *Free Software Foundation*)

---

10. KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo, “Protección jurídica del conocimiento y desarrollo económico” Discurso pronunciado siendo Ministro de Justicia de la República de Perú en el V Encuentro Latinoamericano de Patentes —ELDIPAT 2004, Lima 26 de mayo de 2004; publicado en *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, N.º 1, Palestra Editores, Lima 2005, página 396.

y de la Licencia Pública General (*General Public License* o GPL) quien acuñó este término. Refiere una anécdota que Don Hopkins, amigo de Stallman, le escribió una carta consignando diversos conceptos, entre ellos uno que decía “*Copyleft-all rights reversed*” (Copyleft-todos los derechos invertidos). A Stallman le resultó original la frase y adoptó el término *Copyleft* para identificar el nuevo concepto de uso, reproducción y distribución irrestricta del *software* que él pretendía imponer. Es así que la representación gráfica del *Copyleft* está constituida por el diseño de una letra “c” invertida encerrada en un círculo justamente para mostrar la contraposición con el *Copyright*. Hay quienes sostienen que el término “*Copyleft*” proviene de un mensaje contenido en el programa Tiny Basic, una versión del Basic distribuida libremente y escrita por el Dr. Li Chen Wang a finales de los años setenta. El listado del programa contenía las frases “@copyleft” y “todos los perjuicios reservados” siempre en contraposición al término “Copyright” y “todos los derechos reservados”, términos usados habitualmente en las menciones de reserva del derecho de autor. Así lo asevera la Enciclopedia Wikipedia<sup>11</sup>. Sin embargo se atribuye a Richard Stallman haber popularizado el término para aplicarlo al nuevo concepto de uso, reproducción y distribución irrestricta del *software*.

El *Copyleft* utiliza el *Copyright* para liberar plenamente los derechos sobre la obra intelectual, en este caso el *software*, a fin de garantizar que cada persona que reciba una copia de dicho *software* o una versión derivada de dicho *software*, pueda a su vez usar, modificar y redistribuir tanto el propio *software* como las versiones derivadas del mismo. Es decir, como hemos apuntado anteriormente, el *Copyright*, confiere a su titular el derecho exclusivo sobre una obra para divulgarla como creación propia de él, para reproducirla y para transmitirla, distribuirla o comunicarla al público de cualquier manera o por cualquier medio, y también para autorizar a otros a que la utilicen de maneras definidas. En este contexto, el *Copyleft* valiéndose del *Copyright* promueve que el titular del *Copyright*, en ejercicio del derecho exclusivo que le es concedido por Ley, imponga al futuro usuario del software del cual es titular, una serie de condiciones destinadas a garantizar plenamente el uso, reproducción, modificación y distribución sin trabas del *software*. Ello lo materializa en la Licencia de Uso del *Software* la cual se entiende, en forma general, como el contrato en virtud del cual el titular del *Copyright* o Derecho de Autor, denominado comúnmente “Licenciante” pone el *software* a disposición de un tercero, denominado usualmente “Licenciario”, para que éste lo utilice en beneficio propio, bajo determinadas condiciones o prestaciones, pero sin involucrar la traslación de la titularidad de los derechos de autor. En el caso particular del *Copyleft* la Licencia de Uso debe incluir cláusulas específicas que garanticen las tres libertades básicas propuestas por el *Copyleft*, a saber:

- a) la libertad de usar el software sin limitación alguna;
- b) la libertad de distribuir y redistribuir todas las copias del software que quiera; y
- c) la libertad de modificar el software de la forma que estime por conveniente.

---

11. Enciclopedia Wikipedia en <http://es.wikipedia.org/wiki/Copyleft>, página 3.



Sin embargo, estas tres libertades no son suficientes por sí solas para asegurar los fines y objetivos del *Copyleft*. En efecto, el *Copyright* contempla dos categorías de obras: las “originarias” que son las creadas en forma primigenia; y las “derivadas”, definidas como las basadas en otra existente, sin perjuicio del Derecho de Autor de la obra “originaria” y de la respectiva autorización para utilizarla. En el caso de las obras “derivadas”, la originalidad —que, como hemos visto es una de las condiciones esenciales para recibir la protección por el *Copyright* y por el Derecho de Autor— radica en el arreglo, la adaptación o transformación de la obra “originaria” o preexistente o en los elementos creativos de su traducción a un idioma distinto. En este contexto, el creador de una obra “derivada” que revista originalidad se convierte a su vez, y sin perjuicio de los derechos de autor que correspondan al titular de la obra “originaria”, en titular de derechos de autor sobre dicha obra “derivada” accediendo a todas las prerrogativas que el Derecho de Autor le confiere en forma exclusiva. En consecuencia, en el caso del *software* podría ocurrir que el autor de un *software* “derivado” estaría en condiciones de exigir el pleno respecto a sus derechos de autor restringiendo la posibilidad de que los usuarios de dicho *software* “derivado” puedan a su vez usarlo, modificarlo y redistribuirlo, desnaturalizando el objetivo del *Copyleft*. Por ello resulta indispensable que la Licencia de Uso del *software* bajo el entorno del *Copyleft* contemple no sólo las tres libertades básicas propuestas por el *Copyleft*, (la libertad de usar el *software* sin limitación alguna; la libertad de distribuir y redistribuir todas las copias del *software* que quiera; y la libertad de modificar el *software* de la forma que estime por conveniente) sino adicionalmente se debe incluir otras cláusulas tales como:

- a) establecer que la licencia Copyleft no puede ser revocada ulteriormente;
- b) disponer que todo software “derivado” de otro con Copyleft se encuentre sujeto siempre a su vez a una Licencia Copyleft a fin de facilitar y asegurar su modificación sin trabas (lo que se ha denominado en la jerga informática como el “efecto viral del Copyleft”), lo que se logra especialmente estableciendo el acceso irrestricto al código fuente y permitiendo su descompilación<sup>12</sup>; y
- c) establecer un sistema obligatorio para reconocer y documentar al autor inicial y al autor de cada sucesiva modificación del *software* por medio de los manuales de uso, descripciones, documentación técnica u otros medios.

La génesis del *Copyleft* como la del *Software Libre*, está arraigada a la concepción de que el *software* nació para ser libre, esto es, que todo usuario debería tener el derecho de ejecutarlo, copiarlo, modificarlo y distribuirlo sin limitación alguna. Esta idea subyace desde el origen del *software* en el cual se consideraba a este como parte integrante de

---

12. Se entiende por *Código Fuente* del software el conjunto de instrucciones escritas en lenguaje de programación destinado a ser leído por el ser humano y que son el fundamento del programa de ordenador pues es allí donde se expresa el carácter creativo del software. El *Código Fuente* es luego traducido a lenguaje de máquina por otro código llamado *Código Objeto* el cual es binario lo que permite que sea interpretado por el microprocesador de una computadora. Este procedimiento se denomina “*Compilación*”. La descompilación es realizar el procedimiento inverso para acceder al *Código Fuente* a través del *Código Objeto*.

la computadora, etapa en la cual los investigadores y desarrolladores del *hardware* — *software* incluido— estaban mayormente vinculados a universidades y entidades de gobierno que compartían la información y permitían el acceso a los códigos fuentes del *software*. En efecto, en tanto el *software* se comercializaba conjuntamente con la computadora o *hardware*, no existía debate sobre la problemática jurídica de su protección pues se consideraba a la computadora, incluido el *software*, como un invento. El problema surge cuando el *software* se independiza de la computadora que lo contenía y se va convirtiendo en un producto autónomo, comerciable a gran escala y con un mercado independiente. A ello se aúna la creación de las microcomputadoras. Entonces el modelo de negocios cambia de la venta de grandes y costosos equipos de *hardware* que incluía intrínsecamente el *software*, con un mercado restringido a grandes empresas, corporaciones y entidades, a la comercialización, a gran escala, de *hardware* constituido por computadoras personales al alcance de grandes mayorías y de *software* aplicable a cualquier *hardware* que pasa a ser accesible a un gran público. Este nuevo panorama tuvo como consecuencia paulatina que el *software* se escape de la esfera de la protección de la Propiedad Industrial pues las versiones sucesivas de los programas de ordenador iban perdiendo el carácter de “novedad” requisito que se considera indispensable para recibir una protección por medio de la Patente de Invención. Sin embargo el *software* no podía quedar desprotegido legalmente en cuanto a la inversión de tiempo y dinero destinado a su creación, desarrollo y mejoramiento. La solución generalizada fue extender al *software* la protección brindada por el *Copyright* o Derecho de Autor considerada como la más idónea, otorgándole el tratamiento de una “obra literaria” por tratarse de una obra creativa expresada por escrito, convirtiendo al creador del *software* en un “propietario” de derechos exclusivos y al usuario en un mero licenciatario de su utilización.

Al transformarse el *software* en un bien apropiable por particulares estos propietarios imponían derechos exclusivos, sobre sus respectivas creaciones, conferidos por el *Copyright* limitando en muchos casos el acceso al conocimiento y a la información. De ahí surge la denominación “*software propietario*” también llamado “*software no libre*”, “*software privativo*” o “*software privado*” para definir al *software* en el cual, el titular del *Copyright* o derecho de autor impone restricciones a su uso, modificación y distribución y al acceso de su código fuente. La ideología del *Copyleft* surge con la intención de revertir, en forma permanente, estas restricciones impuestas sobre la diseminación y desarrollo del conocimiento permitiendo que todas las partes del *software* sean usadas, modificadas y distribuidas sin limitación alguna con el propósito de impedir que estas restricciones nacidas del *Copyright* priven a la sociedad del beneficio potencial que brinda el uso del *software*. Se desprende como objetivo inspirador del *Copyleft* la promoción de la cultura y el desarrollo ilimitado de la creación intelectual la que se ve estimulada por la posibilidad de compartir libremente el conocimiento, el arte y la cultura, propiciada por la posibilidad de intercambiar datos e información a un costo mínimo gracias a que la red formada por la Internet y la tecnología digital. En el sistema del *Copyleft* se busca también que los autores y creadores puedan vivir de su trabajo creativo pero sin limitar el derecho del público de acceder a la copia o distribución de las obras

de tal suerte que la información cobre mayor valor por la posibilidad de acceder a ella libremente con la única condición de respetar el reconocimiento de la autoría de la creación para compensar al autor en forma directa o indirecta<sup>13</sup>. Los defensores del *Copy-left* cuestionan los diversos argumentos filosóficos, económicos y jurídicos que sirven de sustento a la existencia del “*software propietario*” basados en el *Copyright* pero irónicamente se valen de este último para revertir sus efectos.

### III. DEFENSORES DEL COPYLEFT

Los dos principales grupos defensores del *Copyleft* son la Fundación para el Software Libre (en inglés *Free Software Foundation*) y el Movimiento para el Software de Código Abierto (*Open Source Initiative* OSI). El primero fue fundado en el año 1985 por Richard Stallman y fue constituido con el objeto de promover los derechos de los usuarios de las computadoras para poder usar, estudiar, copiar, modificar y redistribuir el *software*. La Fundación para el Software Libre (*Free Software Foundation*) promueve el desarrollo y uso del *software libre*, particularmente el sistema operativo GNU que se usa en la variante GNU/Linux. La Fundación para el Software Libre (*Free Software Foundation*) parte de la premisa indiscutida de que las tecnologías digitales de la información contribuyen al mundo haciendo que sea más fácil copiar, modificar, distribuir e intercambiar la información y que, dentro de este contexto, las computadoras contribuyen a que este proceso sea más fácil para todos; por ello acusa al *Copyright* de propiciar que el *software* tenga un “propietario” o titular de un derecho exclusivo que autoriza su uso y explotación, señalando que la mayor parte de estos “propietarios” pretenden privar al resto del mundo del beneficio potencial que ofrece el *software*. Sobre estas premisas la Fundación para el Software Libre (*Free Software Foundation*) invoca el derecho a la “libertad” como eje fundamental de su discurso, libertad que se expresa especialmente en las siguientes libertades básicas:

- a) la libertad para ejecutar el software con cualquier propósito, sea este privado, educativo, público, comercial, etc., (libertad 0);
- b) la libertad para estudiar y modificar el software y adaptarlo a las propias necesidades teniendo, para ello, el derecho de acceder al código fuente (libertad 1);
- c) la libertad para distribuir y redistribuir copias del software en forma gratuita como onerosa (libertad 2); y
- d) la libertad de distribuir y redistribuir versiones modificadas del *software* de manera que la sociedad pueda a su vez beneficiarse con las mejoras efectuadas respecto de la versión primigenia (libertad 3)<sup>14</sup>.

---

13. Ver <http://www.desarrolloweb.com/articulos/2364.php>

14. Ver [http://es.wikipedia.org/wiki/software\\_libre](http://es.wikipedia.org/wiki/software_libre)

Debe anotarse que el concepto de este derecho de “libertad” es fundamental en la filosofía que inspira a la Fundación para el Software Libre (*Free Software Foundation*) que se expresa en la idea antagónica de que los desarrolladores de *software propietario* usan el *software* protegido por el *Copyright* para quitarle la libertad a los usuarios mientras que los desarrolladores de *software libre* usan justamente el *Copyright* para garantizar esta libertad. De esta concepción se infiere el daño presunto que el *software* “propietario” provoca a la sociedad al impedir que un número mayor de usuarios acceda al *software*; al prohibir que los usuarios puedan estudiar, modificar, adaptar o arreglar el *software* de acuerdo a sus particulares necesidades de tal manera de poderlo utilizar en forma óptima; al obstaculizar que otros desarrolladores accedan al *software* para mejorarlo o para crear un nuevo *software* sobre la base del primero, lo que a su vez contribuye al progreso tecnológico y social; y finalmente de causar un perjuicio a la cohesión social y a la colaboración mutua en la comunidad de usuarios ya que, al no poder compartir ni distribuir copias del *software* para su estudio, modificación, adaptación o arreglo, a pesar de que tales copias podrán ser obtenidas a un costo mínimo o marginal, se impide tal reproducción imponiendo un precio que restringe su obtención legal. Es importante precisar que, al disponerse como un derecho derivado de la “libertad” que todo *software* “derivado” de otro con *Copyleft* se encuentre sujeto siempre a su vez a una Licencia *Copyleft*, lo que ya hemos señalado se denomina en la jerga informática como el “efecto viral del *Copyleft*”, la idea es propiciar la propagación de la utilización de *software libre* para que este desplace del mercado al *software propietario* creando una sociedad de la información verdaderamente a disposición de los ciudadanos con *software* que la gente pueda leer, arreglar, adaptar y mejorar, no solamente ejecutar<sup>15</sup>.

El segundo importante grupo defensor del *Copyleft* es el Movimiento para el Software de Código Abierto (*Open Source Initiative* OSI) que se fundó en 1998 liderado, entre otros, por Eric Steven Raymond y Bruce Pernees, con el objeto de desarrollar y promover el uso de “*software de código abierto*”<sup>16</sup> en beneficio de la colectividad especialmente a través del *software de código abierto* certificado por la propia OSI. Para tales efectos se entiende que un *software* cumple con las condiciones de la OSI para merecer tal certificación cuando cumple los siguientes requisitos<sup>17</sup>:

- a) Ser de libre distribución, esto es que la licencia no debe restringir en forma alguna la venta o entrega del *software* ni obligar al pago de regalías u cualquier otro pago por tal venta o entrega.

---

15. Ver <http://www.gnu.org/philosophy/why-free.es.html>

16. Se entiende por *Software de Código Abierto* aquel cuyo su código fuente puede ser examinado. Aunque por regla general se comprende como tal al software distribuido y desarrollado en forma libre ello no necesariamente es así ya que existe software de código abierto que es semilibre (que viene con la autorización para que los usuarios lo puedan utilizar, copiar, distribuir y modificar —incluyendo las versiones modificadas— pero sin fines de lucro) o incluso software completamente no libre.

17. Ver <http://opensource.org>

- b) *software* debe incluir el código fuente y debe permitirse su distribución tanto en código fuente como en código objeto o forma compilada. Si por cualquier caso el *software* es distribuido sin incluir el código fuente entonces se debe publicitar debidamente la forma de acceder al respectivo código fuente ya sea brindando la posibilidad de descargarlo en línea vía internet en forma gratuita o suministrando su reproducción al costo razonable de la misma.
- c) Permitirse la modificación del *software* y la realización de obras derivadas del mismo así como su correspondiente distribución bajo los mismos términos de la licencia del *software* originario.
- d) Que la licencia únicamente pueda prohibir la distribución del código fuente modificado cuando se permita la distribución de “archivos de actualización o parches” con el código fuente con el propósito de modificar el *software* al tiempo de su elaboración. La licencia debe expresamente permitir la distribución del *software* derivado del código fuente modificado y puede requerir que el *software* derivado lleve un nombre o número de versión distinta a la del *software* originario.
- e) No permitir la discriminación de personas o grupos de personas.
- f) No permitir la discriminación con relación al destino que se le dará al *software*, es decir, la licencia no debe permitir restricciones en el uso del *software* para cualquier propósito, sea este comercial, educativo, privado, científico, recreativo, etc.
- g) Los derechos concedidos sobre el *software* deben aplicarse por igual a todos quienes el referido *software* le haya sido distribuido sin necesidad de que tales personas requieran obtener una licencia adicional.
- h) Los derechos concedidos sobre el *software* no deben restringirse a ser distribuidos ligados con un *software* determinado. Asimismo si el *software* obtenido de una distribución es usado dentro de los términos de la licencia del referido *software*, todos aquellos que reciban el *software* por redistribución deberán tener los mismos derechos que aquellos otorgados en conjunto con la distribución de *software* primigenia.
- i) La licencia no debe establecer restricciones respecto de otro *software* que pudiera ser distribuido con el *software* licenciado. Por ejemplo, la licencia no debe exigir que todo el *software* distribuido en el mismo soporte deberán ser *software de código abierto*.
- j) La licencia deberá respetar la neutralidad tecnológica, esto es, ninguna cláusula de la licencia podrá recomendar u obligar el uso de determinada tecnología o estilo de interfaz.

La idea básica tras el Movimiento para el Software de Código Abierto (*Open Source Initiative* OSI) es que mientras más usuarios puedan acceder fácilmente al uso, reproducción, modificación y distribución del código fuente del *software* mayor será la posibilidad

de que dicho *software* evolucione. El usuario lo podrá mejorar y adaptar para usos diversos en un tiempo mucho más corto y disponiendo menos recursos que cualquier mejora desarrollada en forma convencional y en forma solitaria por el desarrollador del *software* originario. Los miembros del Movimiento para el Software de Código Abierto que este procedimiento abierto, comunitario y cooperativo de desarrollo del *software* produce mejores y más óptimos resultados que el modelo de desarrollo tradicional cerrado, en el cual sólo unos pocos desarrolladores tienen acceso al código fuente y el resto únicamente puede usar el código objeto. En el ensayo dirigido a apoyar el *software libre*, titulado “La Catedral y el bazar”, el hacker Eric Steven Raymond, uno de los fundadores del Movimiento para el Software de Código Abierto (*Open Source Initiative OSI*), expone y desarrolla los distintos modelos de desarrollo de *software*, al comentar los exitosos resultados del proyecto de *software* denominado *fetchmail* que fue puesto en práctica precisamente para probar la efectividad de las ideas sobre ingeniería de *software* sugeridas por la historia del desarrollo del sistema operativo Linux, que se constituyó en el primer esfuerzo consciente y exitoso de usar el mundo entero como un nido de talento a través del uso de la internet la que posibilita la interconexión y colaboración de miles de usuarios y desarrolladores, muchos de ellos capaces de ofrecer mejoras innovadoras y sustanciales al *software* que se pretende desarrolla bajo este sistema. Eric Steven Raymond nos habla de dos modelos de desarrollo de *software* sustancialmente diferentes: el primero denominado modelo “catedral” que corresponde a la mayoría de *software no libre y propietario*; y el segundo, llamado modelo “bazar” que corresponde al *software de código abierto*<sup>18</sup>. La expresión “catedral” alude en forma analógica a un templo o iglesia principal de una diócesis en la cual hay un obispo que dirige a su grey la cual debe limitarse a seguir sus enseñanzas tal como las grandes empresas desarrolladoras de *software* propietario obligan a los usuarios de su *software* a limitarse a la utilización de dicho *software* sin poder adaptarlo a sus necesidades, modificarlo, reproducirlo y distribuirlo por no tener acceso al código fuente; igualmente “los errores y problemas de desarrollo son fenómenos truculentos, insidiosos y profundos” que “toman meses de revisión exhaustiva para unos cuantos el alcanzar la seguridad de que se han eliminado todos” motivando con ello que se den intervalos tan largos entre cada versión del *software* que se libera y “la inevitable desmoralización cuando estas versiones largamente esperadas, no resultan perfectas”. A su turno la expresión “bazar”, refiriéndose al mercado público o a la tienda, colmado de individuos, en que se venden bulliciosamente productos de varias industrias, alude al hecho de que muchos usuarios y desarrolladores, con propósitos y enfoques dispares, pueden acceder libre e intensamente al código fuente del *software*, pudiendo adaptarlo a sus necesidades, modificarlo, estudiarlo reproducirlo y distribuirlo, por tener acceso libre al código fuente lo que permite, mediante “el esfuerzo serio de muchas voluntades convergentes”, que en forma colectiva se pueda encontrar las mejores soluciones y alternativas de desarrollo al *software* creado utilizando esta modalidad; en el enfoque de programación estilo “bazar” se asume que “los errores son fenómenos relativamente evidentes cuando se exhiben a miles de entusiastas

---

18. Ver <http://biblioweb.sindominio.net/telematica/catedral/html>

desarrolladores asistentes que colaboran al parejo sobre cada una de las versiones”. En consecuencia “se liberan las versiones del *software* con frecuencia para poder obtener una mayor cantidad de correcciones, logrando como efecto colateral benéfico el perder menos cuando un eventual obstáculo se atraviesa”. Bajo el modelo de desarrollo de *software* propuesto por el Movimiento para el Software de Código Abierto (*Open Source Initiative OSI*) se sigue el estilo de desarrollo de *software* concebido inicialmente por Linus Torvalds, el creador del sistema operativo Linux, consistente en liberar rápida y frecuentemente las versiones “beta” o de prueba del *software* que se viene desarrollando, delegar toda acción posible de desarrollo a terceros para que bajo su cooperación se encuentren las soluciones más adecuadas a los problemas u errores encontrados y finalmente ser abierto al máximo a todas las modificaciones y mejoras propuestas “al punto de la promiscuidad”, pues ello contribuirá al desarrollo óptimo del *software* en el menor tiempo y al menor costo en la medida que “con muchas miradas todos los errores saltarán a la vista” lo que se ha bautizado con el nombre de “Ley de Linus”<sup>19</sup>.

Es interesante anotar que, aunque ambos grupos postulan principios similares existen diferencias irreconciliables entre las ideologías de cada uno. De hecho, las diez propuestas del Movimiento para el Software de Código Abierto (*Open Source Initiative OSI*) son completamente equivalentes a las cuatro libertades propuestas por la Fundación para el Software Libre (*Free Software Foundation*) y en ambos casos los dos grupos promueven el uso de la Licencia Pública General (*General Public License* o GPL) como el principal modelo de licenciamiento de *software*. No obstante, la Fundación para el Software Libre (*Free Software Foundation*) pone énfasis en el tema del derecho de libertad del usuario para utilizar, copiar, estudiar, modificar o distribuir el *software* sin tener que pagar o requerir autorización por ello, como un principio moral o ético que se expresa en la igualdad de acceso a la información; la facultad de adaptar el *software* a las propias necesidades sin depender de la voluntad de una empresa que es la única que sabe cómo hacerlo; la posibilidad de los creadores y desarrolladores del *software* de compartirlo con otros creadores y desarrolladores de *software* y con los usuarios del mismo; y la obligación moral de anteponer el interés individual sobre el interés colectivo, pues la creatividad se considera una contribución social en la medida que la sociedad sea libre de aprovechar sus resultados<sup>20</sup>. Entre tanto el Movimiento para el Software de Código Abierto (*Open Source Initiative OSI*) tiene una perspectiva completamente pragmática del tema, en la que no intervienen juicios de valor ético o moral respecto de que el *software libre* es el único moralmente “bueno” y que el *software propietario* es siempre moralmente “malo”, en la cual el derecho de libertad del usuario para utilizar, copiar, estudiar, modificar o distribuir el *software* sin tener que pagar o requerir autorización por ello, no es un principio moral o ético, sino que, constituye un axioma que el método más óptimo para el desarrollo de *software* de alta calidad, al más bajo costo de

---

19. *Op. cit.*, <http://biblioweb.sindominio.net/telematica/catedral/html>

20. CARRANZA TORRES, Martín, en *Problemática jurídica del software libre*, Editorial Lexis Nexos, Buenos Aires, 2004, página 44, citando diversos textos de Richard Stallman.

producción y en el menor tiempo posible, es el método abierto, comunitario y cooperativo de desarrollo en el cual cualquiera puede acceder libremente al código fuente del *software* (modelo de desarrollo de software “bazar”); en contraposición con el método cerrado característico del desarrollo del software propietario, en el cual sólo unos pocos desarrolladores tienen acceso al código fuente y el resto únicamente puede usar el código objeto (modelo “catedral” de desarrollo de *software*). Como parte de esta diferenciación de concepciones filosóficas y de la reacción negativa que en la comunidad empresarial tenía respecto del *software libre*, identificado como inviable para la realización de negocios, es que el Movimiento para el Software de Código Abierto (*Open Source Initiative* OSI) no utilizó la expresión “*software libre*” sino la de “*software con código abierto*” (*Open Source Software*) ya que si bien la citada expresión “*software libre*” no implica necesariamente que el *software* sea gratuito o se encuentre exento de costo alguno, el término en cuestión había ocasionado más de una discusión por su ambigüedad, particularmente en el idioma inglés pues en dicho idioma el vocablo “libre” puede referirse tanto a la “libertad” como a la “gratuidad”; dejando en claro que no había razón para descartar la posibilidad de lograr beneficios económicos con el *software de código abierto*.

#### IV. CLASES DE COPYLEFT

Por su intensidad el *Copyleft* puede ser fuerte o débil lo que dependerá del grado de amplitud y eficacia con que se hace cumplir las condiciones de libre utilización del *software* desarrollado derivado de uno con licencia *Copyleft*. Mientras mayor sea la posibilidad de hacer cumplir esta libre utilización del *software* derivado en los mismos términos de la licencia originaria con *Copyleft*, estaremos ante un *Copyleft* fuerte. Esto es lo que ocurre en el caso de las llamadas “Licencias Persistentes” en las que no se permite la modificación de los términos de la licencia original en el *software* derivado que haya podido desarrollarse a partir del *software* licenciado. Tal es el caso de las licencias GPL o *General Public License* (en idioma castellano Licencia Pública General) elaborada justamente para garantizar las libertades de usar, modificar y redistribuir tanto el propio *software* como las versiones derivadas del mismo. Por el contrario el *Copyleft* será débil en la medida que no todas las características de libertad de utilización sean impuestas a su vez al *software* derivado en forma igual al del *software* originario con *Copyleft*. Esto es lo que ocurre en el caso de la licencia LGPL o *Lesser General Public License* (en idioma castellano Licencia Pública General Menor) elaborada como una alternativa para fomentar la creación y uso de bibliotecas de *software* permitiendo que el usuario de un *software* que está enlazado con la biblioteca pueda ejecutar ese programa usando una versión modificada de la biblioteca y permitir que otro *software* pueda enlazar con ella y ser redistribuido, sin la exigencia de que lo sea bajo una nueva licencia *Copyleft* de tal suerte que *software* con cualquier licencia pueda ser compilado y enlazado con bibliotecas con *software* con *Copyleft* y pueda ser distribuido luego sin necesidad de cambiar su licencia.



Atendiendo a su extensión el *Copyleft* puede ser completo o parcial. Será completo cuando todas las partes del *software* así como de las versiones sucesivas que se deriven del *software* originario, puedan ser usadas, modificadas y redistribuidas libremente, sin limitación alguna. Lo único que no puede modificarse en este caso son los términos de la licencia con *Copyleft* (como ocurre con las licencias GPL o *General Public License* (en idioma castellano Licencia Pública General ya mencionadas). Por su parte el *Copyleft* será parcial cuando algunas partes del *software* derivado del *software* originario con *Copyleft* no se encuentren sometidas a su modificación ilimitada, es decir, que no se exige el cumplimiento irrestricto de todos los principios establecidos en el *Copyleft*, como ocurre en el caso de las denominadas “Licencias Intermedias” tales como la Sun Public License (SPL), la Mozilla Public License (MPL; que es la licencia que utilizó Netscape Communications Corp. para liberar su software Netscape Communicator 4.0) y la Artistic License.

Finalmente es menester precisar que no todo *software de código abierto* ni todo *software libre* está sometido al *Copyleft*. Esto ocurre cuando las licencias no exigen al usuario que el *software* derivado que pudieran desarrollarse a partir del *software* licenciado se encuentre sometido a las mismas reglas del *Copyleft*, es decir, se licencian sin el “efecto vírico”, esto es, sin la obligación de que el *software* “derivado” de otro con *Copyleft* se encuentre sujeto siempre a su vez a una Licencia *Copyleft* a fin de facilitar y asegurar su modificación sin trabas (Sistemas Operativos BSD —*Berkeley Software Distribution*—, servidor web Apache, etc.).

## V. NATURALEZA JURÍDICA DEL COPYLEFT

Hemos analizado los principios y postulados del *Copyleft* y sus principales características. Ahora toca efectuar algunas consideraciones sobre su naturaleza jurídica. Ya hemos indicado anteriormente que el *Copyright* es el derecho exclusivo concedido por la ley al autor de una obra para divulgarla como creación propia de él, para reproducirla y para transmitirla, distribuirla o comunicarla al público de cualquier manera o por cualquier medio, y también para autorizar a otros a que la utilicen de maneras definidas. También hemos apuntado que, en contraposición, el *Copyleft* se vale del *Copyright* para revertir los efectos de este último. Los defensores del *Copyleft* sostienen que este entraña una renuncia al ejercicio del derecho de autor, entendiendo que existe, de parte del titular del derecho de autor, un desprendimiento o dejación de carácter voluntario, libre, unilateral, formal y definitivo de la facultad jurídica subjetiva de disponer de los derechos exclusivos de carácter temporal otorgados al titular del derecho de autor respecto de su obra, y que no existe algún interés u obstáculo de orden público que pueda determinar que tal renuncia pueda dejar de tener plena eficacia por iniciativa individual (como ocurre por ejemplo en el caso de la irrenunciabilidad de los derechos fundamentales de la persona tales como el derecho a la vida, a la integridad física y a la libertad, establecida en el caso peruano, en el artículo 5 del Código Civil; derechos que, por ser de interés público, son irrenunciables). Nosotros pensamos que en realidad no existe una

renuncia al ejercicio de los derechos de autor; por el contrario, en el pleno ejercicio de estos últimos derechos, el titular del derecho, disponiendo de sus derechos, establece expresamente ciertas condiciones para el uso del software de que es titular, consistentes en principio, en que todas las partes del *software* así como de las versiones sucesivas que se deriven del *software* originario, puedan ser usadas, modificadas y redistribuidas libremente, sin limitación alguna y además que exista un acceso irrestricto al código fuente para que las condiciones antes señaladas puedan materializarse plenamente. Nótese que en el marco del *Copyleft* no estamos frente al abandono de los derechos de autor puesto que el abandono se caracteriza por la desidia, expresa o tácita, que hace de los derechos, el dueño de ellos, entre tanto en el *Copyleft* hay una decisión de carácter expreso de restringir el derecho de propiedad. Tampoco se trata de una abstención en el ejercicio de los derechos de autor puesto que en virtud de aquella tan sólo existe una inactividad en el ejercicio de los derechos de autor que puede quebrarse en cualquier momento y la idea del *Copyleft* es justamente que las condiciones impuestas respecto de las ulteriores utilizaciones, modificaciones y distribuciones del software sean permanentes tanto para el software originario con *Copyleft* como para las sucesivas versiones creadas a partir de este. Finalmente el *Copyleft* tampoco constituye una cesión de derechos de autor porque esta última implica la renuncia o transmisión, gratuita u onerosa, de los derechos de autor, a favor de un tercero, mientras que en el *Copyleft* lo que acontece es que el titular del derecho de autor expresamente impone, como hemos anotado, condiciones especiales para el uso del *software* de que es titular, consistentes en que todas las partes del *software* así como de las versiones sucesivas que se deriven del *software* originario, puedan ser usadas, modificadas y redistribuidas libremente, sin limitación alguna y que exista un acceso irrestricto al código fuente. Por todas estas consideraciones estimamos que la naturaleza jurídica del *Copyleft* corresponde a la de un contrato de donación impropia efectuado por el titular del derecho de autor con sus beneficiarios. Se trata de un acto de liberalidad por cuanto, en forma altruista y desinteresada, el titular de los derechos de autor transmite, en forma expresa y definitiva, los derechos de autor sin pretender compensación o recompensa alguna bajo la única condición de que se permita el libre uso, modificación y redistribución libre del *software* y de las versiones sucesivas que se deriven del *software* originario, sin limitación alguna y que exista un acceso irrestricto al código fuente. Se trata de una donación impropia porque la donación se encuentra sujeta al cumplimiento de la condición establecida, esto es, que se permita el libre uso, modificación y redistribución libre del *software*, sin limitación alguna y de que exista un acceso irrestricto al código fuente. Por último existe aceptación de la donación desde el momento en que el donatario acepta los términos de la licencia de uso, la cual en la generalidad de los casos constituye un contrato de adhesión entendido como aquel en que una de las partes fija las condiciones uniformes para cuantos quieran luego participar de él, si existe mutuo acuerdo sobre la creación del vínculo dentro de las inflexibles cláusulas<sup>21</sup>.

---

21. Hemos tomado la definición contenida en el *Diccionario de Derecho Usual*, de Guillermo CABANELLAS (Cuarta Edición, Bibliográfica Omeba Editores Libreros, Buenos Aires, 1962, Tomo I, p. 502).

## VI. COPYRIGHT VERSUS COPYLEFT

¿Es legal utilizar el *Copyleft*? La respuesta es sí. El titular del *Copyright* en ejercicio de los derechos exclusivos de autor de que es titular, tiene toda la potestad de imponer condiciones especiales al uso, modificación y distribución de su creación intelectual que, para estos efectos se denominan *Copyleft*. Lo irónico del caso es que el *Copyleft* pretende limitar al *Copyright* valiéndose de éste último. Sin embargo el propio principio de la autonomía de la voluntad lo permite. El principio de la autonomía de la voluntad comporta dos facetas primordiales: la libertad de contratar y la libertad contractual. Por la primera, se contrata porque se quiere y se contrata con tal persona porque así se desea<sup>22</sup> lo que se manifiesta en el acuerdo de voluntades para alcanzar una finalidad jurídica. La segunda, esto es, la libertad de contratación, se refiere a la libertad que tienen los contratantes de determinar entre sí la forma y el contenido del contrato que han convenido en celebrar. Se reconoce que la libertad contractual se expresa, conforme apunta MESSINEO, de cualquiera de las seis maneras siguientes<sup>23</sup>:

- (i) Las partes pueden establecer libremente el objeto del contrato, siempre que no atente contra el orden público y las buenas costumbres.
- (ii) Las partes son libres para convenir las condiciones y estipulaciones contractuales.
- (iii) Las partes tienen la facultad de escoger la ley nacional o el convenio internacional a que quedará sometido el contrato.
- (iv) Las partes quedan en libertad para determinar la forma del contrato, o bien que éste no quede sometido a formalidad alguna.
- (v) Las partes pueden convenir libremente que no se aplique a un contrato nominado las normas supletorias a la voluntad de las partes que el ordenamiento positivo señale para ese contrato.
- (vi) Las partes están facultadas para celebrar contratos innominados mediante los cuales se busque finalidades prácticas aún no previstas por la ley, siempre que se dirija a realizar intereses mercedores de tutela, según el ordenamiento jurídico.

En el contexto antes expuesto es perfectamente válido desde el punto de vista legal que, en ejercicio de la libertad contractual, el titular del derecho de autor establezca en los Contratos de Licencia de Uso del *software*, condiciones especiales que permitan cumplir los objetivos del *Copyleft*, tales como permitir el libre uso, modificación y redistribución libre del *software* y de las versiones sucesivas que se deriven del *software* originario, sin limitación alguna, y de que exista un acceso irrestricto al código fuente del *software*; y es igualmente válido que tales condiciones especiales sean aceptadas por el licenciante expresando libremente su voluntad de acatarlas. Desde la perspectiva estrictamente jurídica, se aplica el aforismo “Qui dit contractuel dit juste” (Toda obli-

---

22. Alberto G. SPOTA, citado por Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE, en su obra *Estudios sobre el contrato privado*, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1983, Tomo I, página 53.

23. Francesco MESSINEO, citado por Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE, op.cit., páginas 53 y 54.

gación, para ser justa, debe ser libremente consentida y toda obligación libremente consentida, es justa). Los particulares pueden contratar cuando quieran, como quieran y con quien quieran, y lo que acuerden tiene valor de ley<sup>24</sup> pues el contrato es ley entre las partes. En nada obsta, para la aplicación de este principio, que los Contratos de Licencia de Uso del *software*, tengan generalmente la categoría de “Contratos de Adhesión” caracterizados porque en ellos es “el ofertante —generalmente una persona jurídica de gran pujanza económica, titular de un monopolio de hecho o de derecho— quien determina las cláusulas de la futura convención sin que se permita su libre discusión”<sup>25</sup> ya que la propia adhesión es una forma de expresar el consentimiento; y manifestar su voluntad bajo la modalidad de una adhesión, en modo alguno puede enervar al acto de su carácter contractual pues la adhesión comporta, sin lugar a dudas, una aceptación<sup>26</sup>.

¿Es justo el *Copyleft*? En realidad carece de sentido contestar esta pregunta pues en la medida que es legalmente permitido, entonces es válido contratar bajo su influjo. La justicia es un valor subjetivo, un constante e inalcanzable ideal de perfección que jamás podrá llegar a convertirse en una perfecta realidad<sup>27</sup>. El *Copyleft* es una modalidad contractual que pretende fomentar un método de desarrollo de *software* abierto, comunitario y cooperativo en el cual cualquiera puede acceder libremente al código fuente del *software*; y cuyos seguidores consideran como el método más óptimo para el desarrollo de *software* de alta calidad, al más bajo costo de producción y en el menor tiempo posible. En contraposición, el *Copyright*, concede de derechos exclusivos de carácter temporal otorgados por la ley al autor de una obra para divulgarla como creación propia de él, para reproducirla y para transmitirla, distribuirla o comunicarla al público de cualquier manera o por cualquier medio, y también para autorizar a otros a que la utilicen de maneras definidas. El *Copyright* pretende igualmente fomentar la creatividad intelectual que finalmente beneficia a la colectividad, pero a través de premiar el esfuerzo individual y la iniciativa privada fomentando, para ello en el campo creativo del *software*, el método cerrado de desarrollo de *software*, característico del desarrollo del *software propietario*, en el que sólo unos pocos desarrolladores tienen acceso al código fuente y el resto únicamente puede usar el código objeto, esto porque se asigna un valor especial a la creación intelectual ; y sus seguidores estiman, con iguales fundamentos, que es el mejor método para el desarrollo de *software*. Hay que recordar que no todos los

---

24. Enciclopedia Jurídica OMEBA, Editores Driskill S.A., Buenos Aires, 1991, Tomo XVIII, página 501, en el acápite: Libertad Contractual.

25. Enciclopedia Jurídica OMEBA, loc. cit. página 501, en el acápite: Los Contratos de Adhesión.

26. Decimos esto porque, respecto del Contrato de Adhesión, en la doctrina hay un debate jurídico relacionado con la validez de la aceptación efectuada por la parte débil del contrato, a quien se le imponen, sin posibilidad de discusión o contradicción, las estipulaciones contractuales efectuadas unilateralmente por la parte fuerte. El debate apunta a cuestionar si tal aceptación puede explicar la generación de un acto jurídico contractual a la luz de la teoría contractual. Sin embargo es menester indicar que la doctrina mayormente se ha inclinado a considerar la adhesión como una aceptación que perfecciona el contrato.

27. LEÓN Y LEÓN DURÁN, Gustavo Arturo, en *Diccionario de palabras huecas y otros peruanismos*”, BookXpress, Lima, 2002, página122; al comentar el concepto “Justicia”.

creadores intelectuales realizan sus obras con el único y exclusivo propósito de obtener un beneficio económico personal. Los hay para quienes el reconocimiento como autor de valía es suficiente recompensa pues la satisfacción de su ego está por encima del dinero que pudieran eventualmente obtener por la explotación de su obra. Pero igualmente hay que reconocer que existen otros autores que, lícitamente tutelados u otras veces expoliados por empresas, ponen énfasis en la obtención de un provecho económico por la obtención de sus creaciones que, si bien están dirigidas a beneficiar a la sociedad, no es menos cierto que principalmente benefician en muchos casos a los empresarios que lucran con dichas creaciones. Ya sea en el caso del *Copyleft* como el del *Copyright*, los usuarios del software nos tenemos que avenir a aceptar los términos del Contrato de Licencia de Uso propuesto por el titular del derecho bajo la modalidad de Contrato de Adhesión sin poder discutir sus estipulaciones; y de no aceptarlas tendremos que buscar otras alternativas que puedan existir en el mercado; por lo cual todas las críticas que pudieran dirigirse contra el *Copyright* son igualmente válidas para el *Copyleft*. En tal sentido hablar si uno u otro sistema es justo o injusto resulta muy relativo y no deja de estar condicionado a la perspectiva que tengamos respecto del punto de equilibrio entre el interés de los autores de obtener una justa retribución por su trabajo en virtud del derecho exclusivo que se le ha concedido para explotar sus creaciones y el interés de la sociedad de acceder a dichas creaciones para disfrutarlas y aprovecharlas en beneficio de la colectividad y el progreso social.

#### OTRAS OBRAS CONSULTADAS

- A) LIPSZYC, Delia, “Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos”, UNESCO, CERLALC y ZAVALIA, Buenos Aires, Argentina, 2004.
- B) Copyright in the Cultural Industries, edited by Ruth Towse, Massachussets, USA, 2002.
- C) *Copy Fights: The future of Intellectual Property in the Information Age*; Edited by Adam Thierer and Clyde Wayne Crews Jr., foreword by Declan McCullagh; CATO INSTITUTE, Washington D.C., USA, 2002.
- D) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo (Director), Montes de Oca, Ángel (Coordinador), Auki Keith, Christensen Kory D., Elbert, Cristian, Massaguer José, Maurer, Hill, Palazzi, Pablo y Perrit (h), Henry H. en *Derecho de Internet*, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 2004.
- E) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo y HOAGUE, Eleanor C., *Diccionario Jurídico/Law Dictionary, English-Spanish/Inglés-Español*, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 2001, Tomos I y II.
- F) ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Derecho de Autor*, Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual, Dirección Nacional del Derecho de Autor, Caracas, Venezuela, 1998, Dos Tomos, “2da. Edición, revisada y actualizada de la obra “El nuevo régimen del derecho de Autor en Venezuela” y su correspondencia con la legislación, la jurisprudencia y la doctrina comparadas.

