Aspectos legales y de explotación del software libre

David Megías Jiménez (coordinador)
Jordi Mas (coordinador)
Malcolm Bain
Manuel Gallego
Manuel Martínez Ribas
Judit Rius

XP08/M2114/00341

UOC
Universitat Oberta de Catalunya
www.uoc.edu

David Megías Jiménez

Ingeniero en Informática por la UAB. Magíster en Técnicas Avanzadas de Automatización de Procesos por la UAB. Doctor en Informática por la UAB. Profesor de los Estudios de Informática y Multimedia de la UOC.

Jordi Mas

Ingeniero de software en la empresa de código abierto Ximian, donde trabaja en la implementación del proyecto libre Mono. Como voluntario, colabora en el desarrollo del procesador de textos Abiword y en la ingeniería de las versiones en catalán del proyecto Mozilla y Gnome. Es también coordinador general de Softcatalà. Como consultor ha trabajado para empresas como Menta, Telépolis, Vodafone, Lotus, eresMas, Amena y Terra España.

Malcolm Bain

Abogado y socio de Id Law Partners, Barcelona, despacho dedicado al asesoramiento en el derecho de la propiedad intelectual e industrial y de las tecnologías de la información. Se especializa en el derecho aplicable al software y contenidos libres y participa (como asesor y pro bono) en varios proyectos de software libre, entre otros, los proyectos Campus y Edit@, liderados por la UOC.

Manuel Gallego

Licenciado en Derecho por la Universitat Pompeu Fabra y Máster en Derecho de la Empresa. En la actualidad, trabaja como abogado en la firma Fornesa, Prada & Fernández de Barcelona, especializado en el área mercantil: Operaciones Societarias, Contratación mercantil y Nuevas Tecnologías.

Manuel Martínez Ribas

Abogado y socio de Id Law Partners, Barcelona. Ha sido coordinador y responsable de proyectos europeos. Conferenciante habitual en Barcelona, Madrid (ESADE, IESE, Abad Oliva, Fomento, Recoletos, Cámara Barcelona, Instituto Catalán de Tecnologías, Internet Global Conference, Univ. Pompeu Fabra, Univ. Politécnica Barcelona, Univ. Navarra), Bruselas, París (Univ. Paris), Fontainebleau (INSEAD), Darmstaad, Munich, Estocolmo, Amsterdam, Milán, Roma, Londres, Zurich. Autor de varias publicaciones de comercio electrónico, prueba digital, agentes electrónicos, RFID.

Judit Rius

Licenciada de Derecho y Master en Estudios Internacionales por la Universitat Pompeu Fabra. Beca de La Caixa para estudiar un Master en derecho, ciencia y tecnología en la Universidad de Stanford. Abogada en ejercicio, especializada en la asesoría a empresas del sector informático y farmacéutico, ha colaborado en proyectos de investigación subvencionados por la Unión Europea y es coautora de un estudio sobre Derecho y Comercio Electrónico en España.

Primera edición: febrero 2009
Fundació per a la Universitat Oberta de Catalunya
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona
Material realizado por Eureca Media, SL
© Autores: Malcolm Bain, Manuel Gallego, Manuel Martínez Ribas, Judit Rius
Depósito legal: B-1.635-2009

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño general y la cubierta, puede ser copiada, reproducida, almacenada o transmitida de ninguna forma, ni por ningún medio, sea éste eléctrico, químico, mecánico, óptico, grabación, fotocopia, o cualquier otro, sin la previa autorización escrita de los titulares del copyright.

Introducción

Ofensivas en el mundo de la tecnología

En enero del 2003 comienzan los rumores y en marzo se inicia el primer ataque: no se trata de la segunda guerra del Golfo, sino de la ofensiva de SCO contra IBM primero, y contra la comunidad de desarrolladores de software libre después en relación con código incluido en el núcleo (*kernel*) del sistema operativo GNU/Linux 2.4, la última versión liberada por esas fechas.

Con esta ofensiva salieron a la luz tensiones que ya existían entre el mundo del software propietario y el del software libre. Ya en el año 2000, Microsoft había hecho varias declaraciones críticas contra GNU/Linux, un sistema operativo que comenzaba a adquirir parte del mercado hasta entonces reservado a Microsoft (Windows) y a varias otras empresas que distribuyen en forma propietaria diferentes versiones de Unix (IBM AIX, Oracle-Solaris). Más recientemente, en octubre del 2007, Microsoft declara que Linux infringe unas 283 patentes suyas.

También en el año 2003, la Comisión Europea redacta y el Parlamento Europeo debate una propuesta de directiva para permitir –o no– que se otorguen patentes sobre los programas de ordenador inventivos y para determinar los requisitos formales para obtener esta forma de protección. Después de la movilización de una gran parte de la comunidad de desarrolladores de software (no solamente los involucrados en el software libre, sino también empresas de desarrollo de software comercial y otros actores del sector), en 2005 el mismo Parlamento rechaza definitivamente la propuesta –la primera vez en la historia de la Unión Europea.

Estas dos "historias de horror", por llamarlas de alguna manera, indican que los aspectos legales del software en general y del software libre en particular se encuentran en el corazón de los debates actuales en el mundo de las nuevas tecnologías. Estas tensiones no son sólo cuestiones técnicas sobre la estabilidad, la escalabilidad o la seguridad de un software, sino que surgen de temas más fundamentales sobre quién es el titular legal del código incluido en el programa, quién puede distribuirlo, y cómo y cuánto se habrá de pagar por un sistema informático hasta la fecha considerado gratuito y de disponibilidad ilimitada.

Es más: estas discusiones forman parte de un debate más amplio sobre la libertad, la cultura y la explotación de las obras inmateriales –entendido este concepto como cualquier programa, película, música, texto o imagen en formato digital– en la nueva sociedad de la información. Este debate incorpora varias controversias similares, por ejemplo, la polémica sobre la descarga de música

o películas desde las redes *peer-to-peer* (P2P) o la lucha para obtener un mayor control por parte de los titulares de los derechos sobre las obras difundidas por las redes y el "ámbito" de ese control: espacial –en qué países–, temporal –por cuánto tiempo– y funcional –qué se puede hacer con ellas, pensando sobre todo en los sistemas DRM (*digital rights management*).

El dilema de la industria "propietaria" es éste: como las nuevas tecnologías permiten la copia y la difusión masiva (y a bajo coste) de obras inmateriales protegidas por ley (el derecho de la propiedad intelectual e industrial), ¿cómo se pueden establecer nuevos mecanismos de control –tecnológicos y legales– para proteger a los autores y a los titulares de los derechos sobre estas obras?

Movimientos de oposición

Frente a esta tendencia –marcada sobre todo por las grandes empresas de entretenimiento y las compañías discográficas– vemos surgir un movimiento de protesta que reivindica la libertad de la cultura y del conocimiento, y de sus elementos constitutivos: música, textos escritos, obras visuales, programas de ordenador... Este movimiento de protesta no es originado por "revolucionarios de pelo largo". Muy al contrario, un equipo de profesores de derecho de las universidades de Harvard y Stanford, por ejemplo, han formado un centro de asistencia para la difusión de obras digitales (Creative Commons), por el cual han establecido un nuevo sistema de implementación del *copyright* (derechos de autor) que permite a los autores variar cuidadosamente el grado de control sobre la copia, la modificación y la difusión de sus obras.

Otro componente de esta protesta es el movimiento de software libre, liderado en su día y para algunos aún hoy, por la Fundación para el Software Libre, la *Free Software Foundation* (FSF). El software es parte intrínseca de la cultura, no solamente como conocimiento tecnológico, sino también como medio de acceso por excelencia a la cultura y al conocimiento. El software subyace en la red de redes, Internet, que interconecta a los actores comerciales, a los ciudadanos y a las instituciones públicas. Pensemos, además, que el software se ejecuta en los ordenadores y los hace funcionar, y que éstos son elementos esenciales en la creación de conocimiento y las relaciones sociales, comerciales, científicas y educativas de hoy.

El movimiento del software libre

Frente a la tendencia de apropiarse del conocimiento científico y tecnológico de las grandes empresas de informática –lideradas quizás por Microsoft, pero también por otras como Oracle, Apple, Macrovision y demás–, se erige el *movimiento de software libre* (*libre* y *abierto*, por ahora no hacemos diferencia), un movimiento que quiere mantener y proteger la libertad en este sector fundamental para la sociedad moderna. Se argumenta que la tendencia "propietaria" amenaza con dejarnos en una sociedad del permiso –del "permiso por favor" que hay que pedir a los titulares del conocimiento, un permiso que se otor-

gará bajo condiciones restrictivas y, a veces, draconianas. Otra vez vemos la importancia de los aspectos legales, ya que estas restricciones y prohibiciones se expresan en las licencias de uso –para instalar un software, para ver una película, para escuchar una canción...

Justamente, lo que quizás diferencia el sector del software de otros elementos de esta protesta general es que el movimiento de software libre se basa, para marcar su protesta, estricta y directamente en las leyes actuales y se diferencia del software propietario por el uso de dichas leyes. El software libre se distingue del software propietario no por su calidad o su tecnología, aunque se ha argumentado que tiene ventajas en relación con estas características, sino por ***la licencia de uso*** –por utilizar el término más común–, que no contiene las medidas de protección y de control que se incluyen tradicionalmente en las licencias de software propietario.

Por lo tanto, el software libre está íntimamente vinculado con el derecho. Destaquemos, por ejemplo, que:

- El software se protege por los derechos de autor, y los titulares y los usuarios tienen que acatar el régimen legal de la propiedad intelectual para, por un lado, permitir su uso, y por el otro, poder utilizar, distribuir o modificar cualquier obra (programa) protegida.

- Por el momento, en la Unión Europea el software en sí mismo no es patentable, por las restricciones de sus licencias y su misma naturaleza. Sin embargo, como comentaremos, los intentos de instaurar las patentes de software son un peligro para el movimiento del software libre.

- El software se distribuye generalmente bajo licencia, y las licencias tienen varias formas y clausulados para determinar los usos, los derechos, las restricciones y las prohibiciones.

- La mayoría de los usuarios más avanzados de aplicaciones informáticas –y algunos no tanto– requieren adaptar el software estándar a sus procesos. El software libre lo permite bajo ciertas condiciones, sin que sea necesario pedir autorización suplementaria.

Notemos que ahora en 2007 y 2008, varias empresas "tradicionales" de software, que usan un modelo "propietario" o "privativo" para la distribución de sus productos, se están subiendo a bordo del movimiento libre. Microsoft ha publicado varios programas bajo licencias libres (de su propia redacción), Sun ha liberado el entorno Java bajo la licencia GPL y ha comprado MySQL, Yahoo! ha comprado y gestiona ahora el proyecto Zimbra. Queda por ver si son compromisos reales con el desarrollo basado en principios y ética libre o estrategias comerciales...

Ejemplos

Si examinamos los diversos asuntos relacionados con el software libre que se han comentado en la prensa (o los que se comentarán en este mismo curso), veremos que en cada uno subyace una cuestión legal fundamental.

Por ejemplo, en España, en 2004 la Junta de Extremadura lanzó LinEX, un amplio programa para promover la creación de una distribución basada en Debian GNU/Linux con el objetivo de instalarlo en todos los centros de educación pública de la región. Tras esta decisión hay, por supuesto, razones tecnológicas y económicas. Sin embargo, las consecuencias legales tienen igual importancia. El uso de software libre otorga una libertad de difusión del software a todos los ciudadanos y residentes sin necesidad de que haya que conseguir otra licencia. Asimismo, la Junta puede modificar fácilmente dichos sistemas para adaptarlos a las necesidades locales sin pedir permiso a los titulares originales –una estrategia de independencia legal considerable. Los centros educativos se benefician del programa por no ser dependiente de uno u otro proveedor (de programas o servicios de mantenimiento y actualización). Y pueden abrir el código fuente de las aplicaciones instaladas para fines educativos (clases de informática, etc.).

El desarrollo de soluciones de ofimática (OpenOffice.org) como alternativa a los paquetes comerciales (MS-Office de Microsoft, principalmente) también tiene sus aspectos legales. Dada la dominación de los *paquetes* comerciales en el mundo empresarial y doméstico, si un usuario de OpenOffice.org quiere compartir archivos de texto, de presentaciones o de cálculo con otras personas usando programas propietarios, es esencial mantener la interoperabilidad entre formatos de datos. Sin embargo, estos formatos son elementos de programa privados (propietarios) y protegidos por leyes de derecho de autor. En ausencia de un estándar público y abierto para dicho formato de datos (como el ODF para documentos), ¿tiene un desarrollador el derecho de descompilar o estudiar el código original de las aplicaciones propietarias para poder exportar o importar archivos de origen propietario a la aplicación libre? ¿La obtención de una patente sobre un formato de exportación de archivos XML implicará la necesidad de obtener una licencia para poder realizar esta interoperabilidad (pensando en la patente que consiguió Microsoft en Estados Unidos en febrero del 2004 sobre los *scripts* en XML para Office 2003 y la reciente aprobación como formato estándar OOXML? ¿La *Open Specification Promise* de Microsoft será suficiente para proteger a usuarios de este nuevo "estándar"?

En 1998, Netscape abrió el código de Navigator para crear una versión libre que hoy se llama Mozilla (y Firefox, Thunderbird, Seamonkey...). Esta decisión radical no sólo provocó la renuncia del director de tecnología (que no veía las razones estratégicas y comerciales de esta decisión), sino que además produjo un debate ardiente sobre los términos y las disposiciones de la nueva licencia o, mejor dicho, las licencias. Netscape tuvo que redactar una licencia para el Navigator inicial (la Netscape Public License, MPL) y una licencia (más abier-

ta) para cualquier modificación futura (la Mozilla Public License). Esta historia tiene lecciones para cualquier desarrollador o empresa que desee "liberar" un programa. ¿Cómo y por qué el titular de los derechos en un programa propietario fue persuadido (por la comunidad de desarrollo libre) para "abrir" la licencia propuesta? ¿Qué obligaciones legales internas o ante terceros tenía que respetar Netscape para que se viera obligado a mantener durante cierto período de tiempo la MPL para el programa original?

En definitiva, la creación de software libre, su modificación y difusión, la reingeniería de software, su interoperabilidad, su patentabilidad, etc. son temas actuales y constantemente presentes en cualquier actividad que gire alrededor del tema central de este curso sobre aspectos legales y de explotación del software libre, y que plantean cuestiones legales importantes. No creemos necesario, en estas circunstancias, dar más argumentos. Sólo queremos indicar una vez más que los aspectos legales del software libre son numerosos y de extrema relevancia, pues condicionan todos los aspectos de un proceso de creación, distribución y uso de software libre. En conclusión, para cualquier persona interesada en crear, desarrollar, distribuir o usar software libre, será fundamental tener un buen conocimiento de los aspectos legales del mismo, y ése es precisamente el propósito de este curso.

Objetivos

El curso se estructura en siete módulos (incluida una introducción) y pretende cubrir los aspectos legales más importantes con respecto a la creación, la distribución, la modificación y el uso del software, y del software libre en particular.

A continuación hacemos una breve referencia a cada una de estos módulos para dar a conocer la estructura y los conceptos que se van a introducir.

1) La "filosofía" del software libre

El primer módulo 1 es una breve introducción a la "filosofía" del software libre. Se plantea como una introducción al núcleo del curso. Nuestro único objetivo será situar al estudiante en su contenido.

2 y 3) La propiedad intelectual e industrial

Los módulos 2 y 3 tratan del marco teórico legal de la propiedad intelectual e industrial. La *propiedad intelectual e industrial* es la denominación con la que se conocen diferentes figuras jurídicas que intentan resolver el problema de cómo se han de proteger los bienes inmateriales (como el software), en las que el concepto de *posesión de los bienes materiales* es inexistente. La protección que otorgan estas figuras pasa por el reconocimiento de unos **derechos exclusivos** al autor o inventor que permiten al titular de los mismos **limitar o delimitar el acceso o el disfrute** de los demás sobre el objeto de su propiedad.

La mayoría de países cuentan con legislación nacional sobre propiedad intelectual e industrial, que tradicionalmente varía de un país a otro, y sobre todo de una filosofía jurídica a otra. Por ejemplo, como estudiaremos en el módulo 2, en la propiedad intelectual existen principalmente dos sistemas: los derechos de autor y el sistema del *copyright*. No obstante, en los últimos años ha habido una tendencia mundial a la armonización de las leyes nacionales por medio de tratados internacionales que nos facilitará mucho la comprensión de los diferentes sistemas a los que hagamos referencia.

La propiedad intelectual e industrial se ordena tradicionalmente en dos grandes apartados:

- propiedad intelectual: utilizada con un carácter sinónimo de derechos de autor y *copyright* (sobre obras literarias, artísticas y científicas); y
- propiedad industrial: patentes, marcas...

Confusión terminológica

En los sistemas anglosajones, principalmente Estados Unidos y el Reino Unido, la expresión *propiedad intelectual* engloba patentes y marcas junto a *copyright* y derechos de autor.

Cada sistema de protección tiene sus propios requisitos y ámbitos. No obstante, es posible una superposición de protecciones que se rige generalmente por la regla básica de la independencia de las protecciones. Por ejemplo, como veremos, en algunos sistemas jurídicos es posible que un programa de ordenador sea protegido como obra literaria (derechos de autor) y como integrante de una patente.

4 y 5) Las licencias de uso del software

Una vez el software se encuentra protegido por los derechos de propiedad intelectual e industrial, las licencias de uso de software constituyen el instrumento legal habitual a partir del cual quien ha desarrollado un software permite que otros lo utilicen, a partir de la distribución del mismo.

La licencia de software es un contrato por el que el titular de los derechos sobre el software permite su utilización a otra persona (el usuario) y determina las condiciones bajo las cuales dicho usuario puede utilizar el programa informático, así como las prohibiciones y los límites que debe respetar en tal uso. Cuando se instala un programa informático, o a veces incluso por el simple hecho de abrir el sobre que lo contiene, se dice que se aceptan las condiciones de su licencia de software, lo cual veremos que no siempre es una afirmación válida.

Las licencias de uso se han revelado, para los titulares de software propietario, como un buen instrumento para distribuir software, asegurar la máxima protección a sus derechos exclusivos y permitir la obtención del máximo rendimiento económico –en su caso– en un tradicional modelo de comercialización del software basado en la venta de copias.

Entonces, en los módulos 4 y 5 vamos a estudiar con detenimiento las licencias de software, sus elementos y sus características principales, tanto para software propietario como para software libre.

6 y 7) Licencias de software libre

En los módulos 6 y 7 estudiaremos las licencias de software libre propiamente dichas y algunos aspectos prácticos en su uso y aplicación.

Como lo demuestra el debate en el movimiento de software libre y el de software abierto, la licencia GPL no es la única licencia de software libre. Hay diversos tipos de licencias, que varían principalmente según el grado de libertad otorgada en relación con la copia, la modificación y la distribución ulterior del software en cuestión.

El módulo 6 establece criterios de clasificación de las licencias en función de los derechos otorgados y los derechos retenidos (licencias permisivas, con *copyleft*, híbridas), y comenta varias licencias paradigmáticas de cada tipo. Asimismo, aporta algunos comentarios sobre ciertas iniciativas casi (o pseudo-) libres, como la de Microsoft Shared Source.

Finalmente, en el módulo 7 analizaremos algunos aspectos y consecuencias prácticas de las licencias de software libre, la gestión de los aspectos legales de proyectos libres (como la selección de licencias, cómo se puede asegurar la compatibilidad del código, etc.), las estrategias de licencia duales, etc. Asimismo, hemos agregado dos apartados específicos sobre la protección de datos personales y sobre el control de la exportación de productos de cifrado, dos temas relevantes para la gestión de los aspectos legales de proyectos de software.

Contenidos

Módulo didáctico 1
Introducción a los aspectos legales del software libre
Malcolm Bain, Manuel Gallego, Manuel Martínez Ribas y Judit Rius

1. La libertad del software
2. Software libre y software abierto: lo mismo
3. Las licencias de software libre
4. El modelo de software libre
5. Terminología

Módulo didáctico 2
Propiedad intelectual: derechos de autor y *copyright*
Malcolm Bain, Manuel Gallego, Manuel Martínez Ribas y Judit Rius

1. El concepto tradicional de los derechos de autor
2. Derechos de autor y software
3. Objeto y requisitos de protección
4. Autores y titulares de derechos
5. Contenido de los derechos de autor
6. Límites a los derechos de autor
7. Medidas de protección
8. El sistema anglosajón de derechos de autor: el *copyright*
9. Derechos de autor y software libre
10. Derechos de autor y derecho *sui generis* de las bases de datos
11. Conclusión

Módulo didáctico 3
Propiedad industrial
Malcolm Bain, Manuel Gallego, Manuel Martínez Ribas y Judit Rius

1. Definición y objeto de las patentes
2. Titulares, duración y contenido de las patentes
3. Origen y marco normativo de la protección del software por las patentes
4. Patentes de software y software libre
5. Marcas
6. Secretos industriales
7. Conclusiones

Módulo didáctico 4
Las licencias de software (I)
Malcolm Bain, Manuel Gallego, Manuel Martínez Ribas y Judit Rius

1. El concepto de licencia de software
2. Función jurídica y económica
3. Naturaleza jurídica y marco normativo
4. Elementos subjetivos: las partes en las licencias de software
5. Elementos objetivos en las licencias de software

6. Aceptación de las licencias de software. Licencias *shrink-wrap* y *click-wrap*
7. Conclusiones

Módulo didáctico 5

Las licencias de software (II)

Malcolm Bain, Manuel Gallego, Manuel Martínez Ribas y Judit Rius

1. Consideraciones generales sobre derechos, prohibiciones y limitaciones en las licencias de software
2. Derechos, prohibiciones y limitaciones en las licencias de software propietario
3. Derechos y libertades en las licencias de software libre
4. Garantías y responsabilidades
5. Pactos sobre jurisdicción competente y derecho aplicable
6. Contratos accesorios a la licencia de software
7. Conclusiones

Módulo didáctico 6

Licencias de software libre

Malcolm Bain, Manuel Gallego, Manuel Martínez Ribas y Judit Rius

1. Aspectos generales de las licencias libres
2. Estudio particular de las licencias de software libre
3. Otras licencias de tipo "libre"
4. Conclusiones

Módulo didáctico 7

Las licencias libres en la práctica

Malcolm Bain, Manuel Gallego, Manuel Martínez Ribas y Judit Rius

1. Unos mitos legales... para desmitificar
2. Algunos temas legales relacionados con las licencias
3. Licencias libres y otras ramas del derecho
4. Los datos personales y la protección de la intimidad
5. El software libre y los controles sobre los productos de seguridad
6. Conclusiones