

“A la manera que el aire y el fuego”: una perspectiva jurídica sobre la difusión de la investigación en Humanidades a través de la red

JAVIER FAJARDO FERNÁNDEZ
Universidad de Navarra
jfajardo@unav.es

*El pensamiento por su esencia se evade de toda apropiación exclusiva;
cuando se transmite por medio de su publicación a los entendimientos
que lo reciben, cesa de pertenecer a aquel de quien emana, siendo, a
la manera que el aire y el fuego, riqueza universal que se comunica y
extiende por doquiera sin disminuir su foco*
(Renouard, Augustin-Charles)

En efecto, al difundir su obra el autor no puede evitar perder en cierto modo el control sobre sus posibles efectos beneficiosos o dañinos. Si esta afirmación era correcta en el paradigma Gutenberg, mucho más para la edición digital en red. Estas líneas sólo pretenden dar una idea sobre algunos de esos efectos jurídicos que pueden resultar de interés a un investigador humanista que hace las veces de director, secretario, administrador o webmaster de una publicación digital (revista electrónica, web, blog, etc.) dedicada a las Humanidades, especialmente en materia de propiedad intelectual.

1. BREVE INTRODUCCIÓN A LA PROPIEDAD INTELECTUAL

A nadie se le oculta que la propiedad intelectual se encuentra en estos momentos en una encrucijada. Simplificando mucho, hay dos modos de entenderla. Según el planteamiento que podemos llamar tradicional o neoclásico, atribuir al autor la propiedad intelectual sobre la obra que ha creado está perfectamente justificado como expresión del Derecho natural y como incentivo fundamental para la creación, la innovación y la creatividad de los autores, piezas claves de nuestra sociedad. Pero está cobrando fuerza un grupo de planteamientos que podemos llamar minimalistas, alternativos, libertarios, abiertos o de *open culture*, según los cuales el argumento del derecho de los autores no está justificado (porque nunca lo ha es-

tado o porque ha dejado de estarlo a causa de los avances tecnológicos)¹. Aunque en el futuro esto puede cambiar, en nuestro país, hoy y ahora, leyes, jueces y autores se encuadran mayoritariamente en el modelo neoclásico y protegen a autores y editores (aunque sin duda menos de lo que ellos querrían).

La propiedad intelectual en España está regulada principalmente en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante, TRLPI)². De acuerdo con la tradición europea continental de la que formamos parte, nuestro Derecho protege al autor como persona física que crea una obra original, desde el momento mismo en que la obra queda fijada a un soporte y por el hecho mismo de su creación, esté o no registrada³.

El derecho de autor comprende dos grandes grupos de derechos: los derechos morales y el derecho de explotación.

Los derechos morales más importantes son el derecho al reconocimiento de la autoría, a la integridad de la obra, a decidir divulgarla o no divulgarla, a modificarla y a retirarla por motivos ideológicos (art. 14 TRLPI). Los derechos morales no tienen carácter patrimonial y son personalísimos del autor, irrenunciables e intransmisibles *inter vivos* (algunos de ellos pueden ser asumidos por los herederos *mortis causa*, art. 15 TRLPI).

El derecho de explotación, que sí es patrimonial, comprende cuatro facultades básicas: el derecho a reproducir o hacer copias de la obra (art. 18 TRLPI), el derecho a distribuir esas copias (o poner a disposición del público la obra entregando ejemplares tangibles, art. 19 TRLPI), el derecho a la comunicación pública (o acto por el que una pluralidad de personas puede tener acceso a ella sin entrega de ejemplares tangibles, como ocurre con la representación musical o teatral, la retransmisión por radio, TV o cable, el acto de colgarla en la red, etc., art. 20 TRLPI) y el derecho a transformarla (o elaborar una obra diferente que se derive de ella, como ocurre cuando se traduce, se hace una adaptación a otro género, etc., art. 21 TRLPI). El titular tiene el monopolio sobre el derecho de explotación de la obra, por lo que nadie puede hacer lícitamente un acto de ese tipo sin su autorización (art. 17 TRLPI). Las cuatro facultades se pueden ceder de forma independiente por acto *inter vivos* o *mortis causa* (arts. 23 y 43.1 TRLPI). El contrato de edición es un modo frecuente de ceder en exclusiva algunas facultades de explotación (art. 58 TRLPI).

¹ Por mencionar una obra representativa de cada corriente: Breyer (1970-1971: 281-351) y Litman (2004), <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=472141> [4/9/2013].

² En texto es de 1996 con diversas modificaciones posteriores, la última de 2006. En marzo de 2013 se ha presentado un borrador de Anteproyecto de reforma. Su origen remoto está en la Convención de Berna de 1886, cuya versión vigente se firmó en París en 1973. Es muy relevante la normativa europea, en especial la Directiva 2001/29/CE (DDASI). Hay otras normas internacionales igualmente aplicables como el Acuerdo sobre aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio de la OMC (AADPI/TRIPS de 1994) o el Tratado sobre Derechos de Autor (TDA/WCT de Ginebra, 1996). La ley española refleja en general los textos internacionales. Para el estudio básico de la ley española son fundamentales: *Comentarios a la Ley de propiedad Intelectual* (2007) y *Comentarios a la Ley de propiedad Intelectual* (2007). Para la normativa internacional, Ricketson y Ginsburg (2006).

³ La propiedad intelectual no debe confundirse con la propiedad industrial, que regula las patentes y marcas. La propiedad intelectual protege durante un periodo de tiempo largo las obras fruto de la creación intelectual (artística, literaria o científica) de una persona física desde el momento mismo de la creación (arts. 1 y 10.1 TRLPI), estén o no registradas (por lo que el registro es meramente probatorio, sencillo y barato). Por el contrario, el derecho de patentes protege durante un periodo de tiempo relativamente breve (20 años) al que registra una invención o modelo de utilidad, registro que sólo se consigue tras un procedimiento complicado y caro. Aquí sólo vamos a hablar de propiedad intelectual, que es la relevante en Humanidades.

El derecho de explotación está protegido durante un periodo largo pero limitado, que en nuestro país y para autores fallecidos después del 7 de diciembre de 1987 comprende toda la vida del autor más 70 años después de su muerte, y para los fallecidos antes de esa fecha es la vida más 80 años (arts. 26 y DT 4ª TRLPI). Pasado este periodo de tiempo, la obra pasa a dominio público y puede ser explotada por cualquiera sin necesidad de autorización. Los derechos morales no están sometidos a limitación temporal.

La ley prevé una serie de límites o excepciones al derecho de explotación, es decir, situaciones en las que se permite a alguien realizar un acto de explotación sin necesidad de autorización del titular. Estos límites están regulados en los arts. 31-40 bis TRLPI: copia privada (art. 31 TRLPI), uso en el curso de procedimientos oficiales (art. 31 bis TRLPI), derecho de cita (art. 32.1 TRLPI), ilustración de enseñanza (art. 32.2 TRLPI), recopilaciones en forma de revista de prensa (*press clipping*) (art. 32.1 II TRLPI), trabajos sobre actualidad difundidos por medios de comunicación (art. 33 TRLPI), obras en la vía pública (art. 35 TRLPI), reproducción por bibliotecas y archivos (art. 37 TRLPI), actos oficiales y ceremonias religiosas (art. 38 TRLPI) y parodia (art. 39 TRLPI). Quien realiza un acto de explotación bajo el amparo de una de estas excepciones no infringe el derecho de propiedad intelectual del titular. Las excepciones son imperativas, es decir, no pueden ser suprimidas por el titular de la obra utilizada.

Hay infracción del derecho de autor cuando se atenta contra sus derechos morales (p. e., plagiar, es decir, atribuirse total o parcialmente la autoría de una obra ajena) o contra su derecho de explotación (cuando se reproduce, distribuye, comunica públicamente o transforma una obra ajena sin autorización del titular y sin encontrarse en ninguno de los supuestos de excepción legal). La infracción puede reclamarse por vía civil, de la que se derivará una condena a pagar una indemnización monetaria que puede consistir, a elección del perjudicado, en el daño realmente ocasionado, o en la cantidad que el titular habría exigido por autorizar el acto infractor (art. 140 TRLPI), aparte de otras medidas cautelares y consecuencias accesorias, como la destrucción de las obras resultantes de la infracción, clausura de páginas web, etc. (arts. 130 y 140 TRLPI). En algunos casos la infracción puede suponer también la comisión de un delito contra la propiedad intelectual, del que puede resultar una condena de entre seis meses y dos años de cárcel (arts. 270 y 271 CP). Desde la llamada "ley Wert-Sinde" se prevé también la posibilidad de cerrar páginas web por un procedimiento administrativo (art. 158 TRLPI, introducido por DF 43ª de la Ley de Economía sostenible 2/2011).

Además de estos derechos de autor, la ley reconoce "otros derechos de propiedad intelectual" llamados también "derechos conexos" a favor de intérpretes, productores de fonogramas o de obras audiovisuales, entidades de radiodifusión, autores de meras fotografías, titulares de determinadas producciones editoriales y titulares de bases de datos. Estos derechos tienen características que los distinguen del derecho de autor, entre ellas una duración menor (15 años el más breve y 50 años el más largo).

La regla general sobre los derechos de explotación y los derechos conexos es que son patrimoniales y se pueden ceder a título oneroso o gratuito (art. 42 TRLPI). Pero la ley también prevé otros derechos patrimoniales a los que llama "remuneraciones equitativas", caracterizados porque son irrenunciables y sólo se pueden exigir a través de las entidades de gestión colectiva, unas asociaciones previstas

legalmente (arts. 147-157 TRLPI) que defienden los intereses de algunos grupos profesionales (la SGAE de autores y editores de música, CEDRO de autores y editores de textos escritos, DAMA de guionistas y directores audiovisuales, AIE de intérpretes musicales, AISGE de intérpretes audiovisuales, EGEDA de productores audiovisuales y VEGAP de fotógrafos).

2. LA PUBLICACIÓN DIGITAL

La publicación digital puede tener muchas formas: revista en papel con versión on-line; revista únicamente on-line; página web de un departamento, instituto o grupo de investigación; base de datos colgada en la web; blog personal; grupo en red social; lista de correo por la que se envía material con cierta regularidad a un grupo de personas interesadas, etc. Debemos distinguir la protección de la publicación digital y la de su contenido.

a) Las *páginas web* y los *blogs* son “colecciones de obras, datos u otros elementos independientes dispuestos de manera sistemática o metódica y accesibles individualmente por medios electrónicos”, por lo que, a efectos de propiedad intelectual, podemos considerarlas bases de datos (art. 12.2 TRLPI). Toda base de datos tiene una doble protección jurídica. Por un lado, su estructura y diseño, si son suficientemente originales, tienen protección propia del derecho de autor (art. 12.1 II TRLPI). Por otro, hay una protección *sui generis* de la inversión realizada por su titular al buscar, seleccionar y organizar los datos (art. 133.1 TRLPI). Esta protección sólo resulta infringida por una extracción y reutilización del contenido de la base que sea total, significativa cualitativa o cuantitativamente, repetida o sistemática (art. 133.1 II y 2 TRLPI), y dura quince años a partir de su puesta a disposición del público (art. 136.1 y 2 TRLPI). Por lo tanto, un webmaster no debe ni copiar el diseño de otras páginas (aunque es cierto que muchos carecen de la mínima originalidad para que se puedan entender protegidas) ni extraer sistemáticamente contenido de ellas.

b) La protección de la página en tanto que base de datos que hemos mencionado es independiente de la protección de los *materiales que contiene* (*textos, imágenes, gráficos etc.*) (art. 133.4 TRLPI). Si el material es suficientemente original como para estar protegido, sigue siéndolo aun después de ser colgado en la red. Es decir, aunque el hecho de colgarlo facilita el acceso y la copia del contenido, eso no hace que disminuya su protección legal.

3. PUBLICACIÓN DE CONTENIDO REMITIDO POR SUS AUTORES

Para colgar en la red un material protegido hay que estar autorizado por su titular, porque el acto de colgarlo (*upload*) es un acto de explotación (concretamente, de comunicación pública, art. 20.2.i y j TRLPI). Lo normal será que las obras que vayan a conformar la publicación digital sean solicitadas a sus autores o remitidas por éstos por propia iniciativa. El envío de una obra con esta finalidad y su aceptación por la publicación pueden considerarse una oferta y aceptación de un contrato de edición (digital), por el que el autor cede sus derechos sobre la obra al editor y éste se obliga a publicarla en el ámbito digital (arts. 1261 CC y 58 TRLPI). Lo

más correcto sería que el contrato se celebrara por escrito o que se sometiera a unas condiciones generales predisuestas por el editor, pero aun a falta de ambos el contrato sigue siendo válido (a pesar de los arts. 45 y 61 TRLPI) y se rige por los arts. 42-73 TRLPI. Salvo que diga lo contrario (y si no hay contrato escrito no puede decirlo), los derechos cedidos se limitan a lo mínimo imprescindible para que pueda cumplir su finalidad (art. 43.2 TRLPI), es decir, se tratará de una cesión no exclusiva (art. 48 TRLPI), limitada al idioma, país y medio de difusión para el que se entregó (art. 43.1 TRLPI) y por cinco años (art. 43.2 TRLPI). La edición puede ser onerosa o gratuita (y en este ámbito será muy frecuente lo segundo).

Las publicaciones de las que estamos hablando se ajustarán con frecuencia a la definición legal de publicación periódica (claramente las revistas, de forma menos clara los blogs) (art. 2.j Ley del Libro 10/2007). El responsable de la publicación debería comunicar expresamente a los remitentes de trabajos si sus originales son aceptados o rechazados, pero en cualquier caso si la obra no ha sido publicada en un mes desde su envío o aceptación (si es diaria) o en seis meses (si no lo es) el autor podrá considerar que ha sido rechazada y enviarla a otra publicación distinta (art. 52 II TRLPI).

Lo normal es que las revistas sólo admitan originales inéditos, pero otros formatos propios de la red (páginas web, blogs, etc.) con frecuencia también están interesados en divulgar obras ya publicadas. Como el titular de una obra publicada no es el autor, sino el editor (art. 58 TRLPI), si un autor remite una obra suya previamente publicada, antes que nada habrá que ver si puede volver a publicarla. Muchas revistas tienen su propia política de reproducción posterior de sus artículos y habrá que atenerse a ella (p. e., las revistas del gigante de la edición de revistas científicas Elsevier permiten que sus artículos figuren en el repositorio oficial de la universidad del autor y en su página web personal). Si no existen esas condiciones y el contrato de edición no dice nada al respecto o no hay contrato escrito, se entiende que la cesión al editor tiene efectos mínimos (art. 58 TRLPI) y dura cinco años (art. 43.2 TRLPI). En cualquier caso, el autor de una obra aparecida en una publicación periódica conserva el "derecho a explotarla en cualquier forma que no perjudique la normal de la publicación en la que se haya insertado" (art. 52 I TRLPI).

4. USO PERMITIDO AL USUARIO LEGÍTIMO, UTILIZACIÓN DE MATERIALES AJENOS Y RESPONSABILIDAD

¿Qué puede hacer con el contenido que encuentra en una página web el usuario que accede a ella? Toda página web o blog debería disponer de un apartado con las condiciones de uso (*AUP, Acceptable User Policies*) que aclare este punto, ya sea para permitir un uso más generoso que el previsto legalmente o para endurecerlo. La contradicción entre lo establecido en la ley y en las condiciones de uso debe resolverse a favor de las segundas, salvo en lo que se refiere a los límites legales, que son imperativos.

Si la página web o blog es de acceso no restringido y gratuito, se presume que su titular permite el acceso a todo el mundo. El que entra en ella es un usuario legítimo "cuyo acceso al contenido [...] con fines de consulta se funda en el consentimiento directo o indirecto de la persona que constituyó la base de datos" (STJUE 9-11-2004). Si la página (o, más frecuentemente, la revista electrónica o la base

de datos on-line) es de pago, sólo podrán acceder a ella los licenciarios, es decir, los que han celebrado un contrato con el titular de la página por el que éste les cede de forma no exclusiva el acceso a los datos y el uso de su contenido. En este caso los únicos usuarios legítimos serán los licenciarios, y sólo podrán usar el contenido en los términos autorizados por la licencia.

El usuario legítimo de una publicación electrónica tiene derecho a leer el contenido de la página en pantalla, "extraer y reutilizar partes no sustanciales de la página [...] con independencia del fin a que se destine" (art. 134.1 I TRLPI), hacer una copia privada en formato electrónico permanente de la parte que es lícito extraer (art. 135.1.a TRLPI), imprimirla en papel, o enviarla a personas de su ámbito personal (familiares y amigos), que de este modo se convertirán también en usuarios legítimos.

Lo que no puede hacer un usuario legítimo es extraer y reutilizar partes sustanciales de la página (la extracción dejaría de ser lícita), ni explotar la parte lícitamente extraída de forma que afecte a la explotación normal de la página (arts. 134.2 y 135.2 TRLPI). Ejemplos de explotación ilícita son copiarla en su propio blog (aun citando la fuente), transformarla, hacer copias para enviarlas en masa, ofrecer al público en general la descarga del documento en pdf, etc. Por tanto, la reutilización en la propia página de un contenido encontrado en una página ajena de la red supera el ámbito del uso permitido al usuario legítimo. El administrador de una página web que se plantea incorporar a su página un material ajeno que no le ha sido remitido por su autor debe informarse antes de las condiciones de uso establecidas por el titular de ese material. A falta de esa información, podemos adelantar las siguientes reglas.

a) *Enlaces a otras páginas web.* Se presume que quien tiene una página web ve con buenos ojos su difusión salvo que diga lo contrario. Los enlaces externos deben admitirse siempre que no generen confusión en el lector. Si al lector le resulta claro que el material enlazado pertenece a una página distinta de la enlazante, como ocurre en los enlaces a la página principal del enlazado (enlaces de superficie) y en algunos a páginas secundarias (enlaces profundos), el enlace es legítimo. Por el contrario, los enlaces que hacen creer al lector que la página enlazada o su contenido corresponden a la página enlazante (enlaces ensamblados y *frames*) son comunicaciones públicas parasitarias ilícitas.

b) *Copia y uso de materiales protegidos sin autorización de sus titulares.* No se puede copiar un material de una web y reproducirlo en la propia página sin autorización del titular, ni siquiera aunque se cite la fuente y la página de destino carezca de fines lucrativos, porque es un acto de comunicación pública ilícito (salvo que las condiciones de utilización autoricen a ello o la página indique que su contenido está sometido a una licencia Creative Commons). El webmaster que esté interesado en reproducir material ajeno tendrá que pedir autorización al webmaster de la página cuyo contenido le interesa o limitarse a incluir un enlace de los admisibles. Naturalmente, en la red también es posible hacer uso del derecho de cita (art. 32.1 I TRLPI).

Las SAP Alicante 9-1-2007 y SAP Valencia 13-12-2007 condenaron en vía civil a páginas web de Humanidades Digitales por haber incorporado contenidos ajenos sin autorización del titular. En un ámbito muy distinto, la SAP Valencia 15-6-2011 condenó a la clínica demandada a pagar 5.000 € en concepto de daño moral por

haber plagiado la página web de la clínica demandante (y ello a pesar de que la demandada había retirado el texto en cuanto fue requerida para hacerlo).

El gestor de la página que cuelga sin saberlo materiales ajenos sin autorización de su titular porque han sido enviados por un tercero responde por ello salvo que disponga de un procedimiento que le permita retirarlos cuando el titular lo solicite (art. 16.1 LSSICE). Así ocurre especialmente con las páginas web 2.0 destinadas principalmente a acoger material enviado por los usuarios. En la SJdM nº 7 de 20-9-2010 la red social de vídeos compartidos YouTube fue absuelta ante la demanda interpuesta por un grupo de productoras cinematográficas, porque cuando YouTube recibe una reclamación del titular para retirar un vídeo colgado por un tercero no autorizado es capaz de retirarlo con suficiente celeridad (un día).

Sin embargo, si la infracción de propiedad intelectual cuestionada se refiere a los materiales colgados en el campus virtual de una universidad, la universidad sí que responde de la infracción (como ocurrió en las SJM nº2 Barcelona 2-5-2013 y SJM nº8 Barcelona 12-9-2013, que condenaron a sendas universidades por colgar material protegido en sus campos virtuales sin contar con licencia CEDRO específica para ello).

c) Aunque esto no se refiere estrictamente a propiedad intelectual y cabe confiar en que los usuarios de las páginas dedicadas a Humanidades Digitales no suelen causar problemas en este campo, no está de más recordar que el gestor de la página web tiene la obligación de *moderar los comentarios vertidos por sus usuarios*. Si son insultantes y atentan contra el honor de un tercero, el titular de la página puede terminar pagando por ello con base en el art. 16.1 II LSSICE, como ocurrió en las SSTS 9-12-2009, 10-2-2011 y 26-2-2013. Pero cuando la ofensa o la falsedad afirmada por el autor del comentario no era manifiesta, el titular de la página no responde (STS 18-5-2010, SAP Madrid 20-12-2005). No está sujeto a estas responsabilidades (ni por daño al honor, ni por infracción de propiedad intelectual) el prestador de servicios de alojamiento o búsqueda que adopta un papel puramente pasivo, como es el caso de los buscadores (art. 15 LISSECE y STJUE [Gran sala] 23-3-2010, STJUE 16-2-2012 y SAP Barcelona 17-9-2008, todas ellas absolviendo a Google).

d) *Uso de obras en dominio público*. Es presumible que muchas páginas de Humanidades Digitales estén dedicadas a la comunicación pública on-line de obras literarias, plásticas (p. e. reproducción de cuadros, dibujos, grabados, fotografías, etc.), históricas (documentos) o musicales que ya han accedido al dominio público. En estos casos debe tenerse en cuenta que, aparte del derecho de explotación correspondiente al autor, que desaparece con el paso de la obra a dominio público (arts. 26 y 41 TRLPI), pueden existir también otros derechos conexos con contenido patrimonial que todavía no se hayan extinguido.

La edición crítica de una obra (introducción, decisiones editoriales, cortes, notas, adaptación para la escena, etc.) que goce de la suficiente originalidad es en sí misma una obra derivada protegida, cuyo autor (el editor) goza del mismo monopolio de explotación sobre su obra que cualquier otro autor de una obra originaria (arts. 9.1 y 11 TRLPI). La SAP 22-1-2010 declaró que el demandante era el auténtico autor de la adaptación teatral empleada en la representación realizada en el Teatro Real de Madrid de la zarzuela barroca *Celos aun del aire matan*, de Hidalgo

y Calderón de la Barca y condenó a las entidades que se negaban a reconocerlo a indemnizarle por ello.

El que divulga lícitamente una obra inédita en dominio público (p. e., el que descubre un “nuevo” auto inédito de Calderón de la Barca cuya existencia se desconocía hasta ahora) tiene atribuidos por ley derechos equivalentes a los del autor por un periodo de 25 años desde la divulgación (arts. 129.1 y 130.1 TRLPI).

La editorial que publica una obra de dominio público no inédita (p. e., una editorial que reedita *La vida es sueño* en una edición que prescinda del aparato propio de una edición crítica protegida) dispone durante 25 años del monopolio de la explotación de su propia edición, pero esta protección sólo cubre la edición en cuanto puede ser individualizada “por su composición tipográfica, presentación y demás características editoriales” (arts. 129.2 y 130.2 TRLPI). Esto significa que la editorial puede oponerse a que un tercero escanee y cuelgue en la red su edición, pues el formato escaneado reproduce totalmente las características editoriales, pero no puede oponerse a que otra editorial haga su propia edición de la misma obra. La SJDm nº 2 Madrid 14-6-2005 consideró que la edición del *Libro de horas de Carlos V* llevada a cabo por la demandante no cumplía los requisitos exigidos por el art. 129.2 TRLPI para estar protegida. Si la obra editada es una partitura musical, la protección de los arts. 129.2 y 130.2 TRLPI será más estricta, dada la especial importancia que tiene la labor de edición y corrección en la edición musical.

El investigador que encuentra un documento, manuscrito o libro raro en una biblioteca o archivo debe recordar que el titular de la biblioteca o archivo no es el titular de los derechos de explotación de la obra, pero sí el dueño y titular de los derechos de explotación sobre el soporte (arts. 3.1 TRLPI y 348 y 353 CC). A falta de otras condiciones de acceso más específicas, el investigador autorizado es un usuario legítimo del archivo o biblioteca y puede hacer una copia para uso privado y con fines de investigación en cualquier formato (p. e., copia a mano, fotografía, escaneo) (arts. 31.2, 32.2 y 37 TRLPI), pero no tiene ningún derecho de explotación sobre lo que copie. Puede incorporarlo en una obra de su propia autoría dentro de los límites del derecho de cita, es decir, citando la fuente, con finalidad de “análisis, comentario o juicio crítico”, y sin sobrepasar la cantidad “justificada por el fin de esa incorporación” (art. 32.1 I TRLPI). Para cualquier uso público (uso editorial, exposición, comunicación pública en página web, etc.) es necesario el permiso expreso del titular de la biblioteca o archivo donde se encontró la obra, permiso que no es exclusivo⁴. Si la obra descubierta era inédita, no divulgada y de dominio público, el investigador que la descubra y divulgue tendrá el derecho exclusivo a su explotación durante 25 años (arts. 129.1 y 130.1 TRLPI).

⁴ Por ejemplo, respecto a la Biblioteca Nacional de España pueden consultarse sus condiciones de reproducción para uso público en http://www.bibliotecanacional.es/webdocs/Servicios/Repro_Normativa.pdf [29/9/2013]; el formulario de solicitud de uso público en http://www.bibliotecanacional.es/webdocs/Servicios/Repro_FormularioUsoPublico.pdf [29/9/2013] y las tasas debidas por uso público en <http://www.bibliotecanacional.es/es/Servicios/ReproduccionDocumentos/UsoReproducciones/Tasas/> [29/9/2013].

5. MODELO DE DISTRIBUCIÓN, OPEN ACCESS, OPEN CULTURE Y CREATIVE COMMONS

Las revistas académicas siguen siendo un elemento esencial en la elaboración y recepción de la investigación en todas las ramas del saber, y las Humanidades no son una excepción. Muchas de ellas se encuentran ante el reto de decidir cuál va a ser su relación con el formato electrónico.

Teniendo en cuenta que con frecuencia el autor académico no vive de los ingresos que le proporcionan sus publicaciones, sino del sueldo que percibe por su trabajo en una institución educativa o investigadora, y que con sus obras científicas pretende maximizar prestigio y difusión más que rentabilidad económica, el movimiento "Open Access" (OA) promueve que toda la producción científica esté accesible gratuitamente en la red, ya sea porque las revistas sean de acceso gratuito (vía dorada) o porque las revistas de pago permitan la incorporación de sus contenidos a repositorios institucionales gratuitos, en ocasiones con un lapso temporal o "embargo" o en un formato distinto al empleado en la versión original (vía verde)⁵, y si el editor de la revista no autoriza esta inclusión sugieren que sea el mismo autor el que modifique unilateralmente el contrato en ese punto⁶. También existen otros repositorios privados no institucionales donde para facilitar su difusión el autor "deposita" (más bien, comunica públicamente) en favor de cualquier interesado obras suyas inéditas, publicadas o provisionales⁷.

El acceso gratuito es un incentivo indiscutible para facilitar la difusión de la producción académica y la revista electrónica, por lo que parece aconsejable para aquellas publicaciones digitales que tengan su financiación resuelta de otro modo. Si la publicación mantiene en paralelo las ediciones en papel y digital, será razonable que la segunda incorpore las novedades con un "embargo" no superior a 6 meses o un año.

El movimiento "Open Culture" aspira a promover un entorno en el que los autores renuncian a parte de sus derechos de propiedad intelectual y generan así un grupo de obras de acceso colectivo y gratuito para todo el mundo. Para ello promueven que los autores concedan licencias abiertas ("open licenses") que permiten al usuario legítimo un uso de la obra licenciada mayor del concedido por la ley. Las licencias abiertas nacieron en el ámbito de la programación informática (licencias Copyleft, conocidas también como GNU o GPL, General Public License)⁸. Las licencias "Creative Commons" han nacido para ser aplicadas a muchos otros ámbitos⁹. Consisten en que el autor cede o concede una licencia sobre una

⁵ El movimiento OA nació con la Declaración de Budapest sobre acceso abierto (*Budapest Open Access Initiative* o *BOAI*) de 2002, <<http://www.budapestopenaccessinitiative.org/>> [26-9-2013]. Recopilan la información sobre publicaciones en Acceso Abierto, entre otros, el Open Access Directory <http://oad.simmons.edu/oadwiki/Main_Page> [26/9/2013] y Opendoar, <<http://www.opendoar.org/>> [26/9/2013].

⁶ Por ejemplo, <http://oad.simmons.edu/oadwiki/Author_addenda> [26/9/2013] y <<https://osc.hul.harvard.edu/dash/authors/addendum/generate>> [26/9/2013].

⁷ Social Science Research network (SSRN) es tal vez el ejemplo más conocido, <<http://www.ssrn.com/>> [16/9/2013].

⁸ El manifiesto originario de 1983, en <<http://www.gnu.org/gnu/manifiesto.en.html>> [26/9/2013]. Los términos de la licencia GNU en <<https://gnu.org/licenses/gpl.html>> [26/9/2013].

⁹ La fundamentación de Creative Commons en Lessig, Lawrence, *The Future of Ideas. The Fate of the Commons in a Connected World*, Vintage Books, New York, 2002. El texto de las licencias está en la página web oficial, <<http://creativecommons.org>> [26/9/2013]. Un estudio favorable en Xalabarder Plantada (2006: 1-12), <<http://www.uoc.edu/uocpapers/2/dt/esp/xalabarder.pdf>> [26/9/2013], y otro mucho más crítico en Sánchez Arísti (2007: 417-447), del que tomo el orden de exposición de las licencias y buena parte del juicio crítico del final.

obra suya a cualquier persona que acceda a ella y respete los límites que se le imponen. La licencia Creative Commons es no exclusiva, gratuita, de ámbito mundial, duración perpetua (mientras dure el derecho de explotación) e irrevocable. Creative Commons proporciona seis tipos distintos de licencia que se diferencian en el mayor o menor número de actos de explotación que autorizan a realizar al licenciatario. Los distintos tipos se componen combinando cuatro condiciones impuestas al licenciatario fácilmente identificables gracias a unos símbolos gráficos o iconos:

- *BY* o atribución (obligación de reconocer la autoría del autor),
- *NC* o *non-commercial* (prohibición de usar la obra con fines comerciales),
- *ND* o *non derivative* (prohibición de realizar actos de transformación o prohibición de realizar obras derivadas),
- *SA* o *share alike* (compartir igual, u obligación de someter la obra derivada a una licencia igual a la que tiene la obra original).

La combinación de estos cuatro elementos da lugar a seis tipos de licencias (dado que *BY* está presente en todas las modalidades y dos de ellos, *SA* y *ND*, son incompatibles). Expuestos por orden de más restrictivo (que concede menos derechos al licenciatario) a más permisivo, las modalidades de licencia ofrecida por Creative Commons son:

1. *BY-NC-ND*. Permite al usuario realizar cualquier acto de reproducción, distribución y comunicación pública, siempre que sea sin fines comerciales. No permite actos de transformación.
2. *BY-ND*. Permite cualquier acto de explotación incluso con fines comerciales, pero no actos de transformación.
3. *BY-NC-SA*. Permite cualquier acto de explotación y de transformación siempre que sea sin fines comerciales, pero las obras derivadas resultantes tienen que estar sometidas a este mismo tipo de licencia.
4. *BY-NC*. Permite cualquier acto de explotación siempre que sea sin fines comerciales, y también permite obras derivadas, sin someterlas a ninguna condición especial.
5. *BY-SA*. Permite cualquier acto de explotación incluso con fines comerciales y usos derivados, pero las obras derivadas resultantes tienen que estar sometidas a este mismo tipo de licencia.
6. *BY*. Permite cualquier acto de explotación, con fines comerciales o no, incluido cualquier acto derivado, sin someter la obra derivada a ninguna condición. Lo único que se exige al usuario es que reconozca la autoría.

Entre las pocas sentencias dictadas hasta el momento en nuestro país sobre esta materia está la SAP Valencia 13-12-2007, que condenó a una página web dedicada a Humanidades Digitales a retirar el texto discutido e indemnizar con 3.000 € por haber extraído un texto del demandante incorporado a una enciclope-

dia on-line sometido a licencia copyleft (análoga a la licencia Creative Commons *by-sa*) y haberlo incorporarlo después a su propia página web sin mencionar su autoría ni someterlo a la misma licencia que la obra de origen.

¿Es aconsejable someter la obra propia a licencia abierta? Su utilidad y conveniencia es muy clara en el entorno de la programación informática, pues parte de la funcionalidad de un programa está en su adaptabilidad a distintos entornos y usuarios, para lo que es necesario poder modificar el código fuente. También parecen razonables en otros entornos: la elaboración de obras colectivas en entorno wiki como Wikipedia (que usa una licencia *by-sa*); las bases de datos de meras fotografías compartidas por los usuarios; ciertos tipos de música elaborados por DJs y destinados a ser transformados y mezclados; algunas obras que nacen con vocación de convertirse en comunes y colectivas (himnos, etc.). De todas las modalidades, la que genera menos dudas, la más aconsejable y la más usada es precisamente la que más se parece al régimen normal de propiedad intelectual: la licencia *by-nc-nd*.

Pero, si nos centramos en el mundo académico al que se refiere este trabajo, y dejando aparte ahora la adopción de estas licencias entendida como adhesión a la ideología subyacente de la Open Culture, no está claro qué ventaja pueden aportar al autor, al menos tal y como funciona la producción académica hoy en día en Occidente. Las licencias Creative Commons cubren todo el contenido del derecho de explotación, son perpetuas e irrevocables. Privan a la obra de cualquier valor económico, pues todas ellas permiten el uso gratuito, y nadie va a querer pagar por algo que él u otros pueden obtener gratis, por lo que cierran cualquier posibilidad de cesión o coedición con el sector editorial sometido al mercado. En especial, con la excepción, tal vez, de algunas traducciones, no está claro por qué puede interesar a un autor académico que otros transformen su obra sin su autorización (o transformar él mismo la obra de otros). Curiosamente, aunque las licencias Creative Commons ni siquiera prevén el anonimato, pues todas incluyen la cláusula *by*, hasta la fecha no han generado más que obras que han devenido obras colectivas anónimas. Para el uso que pretende, al lector de una obra científica le basta con las facultades que ya tiene como usuario legítimo. Si el autor quiere ampliarlas para favorecer la difusión de su obra en la red, puede hacerlo a través de sus condiciones de utilización sin necesidad de sujetarse a las rigideces de la licencia Creative Commons¹⁰. Por lo tanto, y sin perjuicio de opinión mejor fundada, para el ámbito académico me parece interesante adoptar en la medida de lo posible las propuestas Open Access, pero no lo veo tan claro respecto a las licencias abiertas¹¹.

6. BIBLIOGRAFÍA

Breyer, Stephen, "The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies and Computer Programs", en *Harvard Law Review*, nº 84 (1970-1971), pp. 281-351.

¹⁰ Por ejemplo, añadiendo una cláusula según la cual "el contenido de esta página puede ser reproducido en otras páginas web sin necesidad de autorización expresa del titular, siempre que: la página en la que se reproduce no sea de pago; el artículo se reproduzca íntegramente; se cite el nombre del autor, título y fecha; y se acompañe de un enlace a esta página".

¹¹ Y en caso de tener que optar por una licencia abierta, que sea *by-nc-nd*.

- Cámara Lapuente, Sergio, "Comentarios a los artículos 133 a 137 de la Ley de Propiedad Intelectual [Derecho sui generis sobre las bases de datos]", en José Miguel Rodríguez Tapia (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Thomson-Civitas, 2007, pp. 719-782.
- Carbajo Cascón, Fernando, *Publicaciones electrónicas y propiedad intelectual*, Madrid, Colex, 2002.
- Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2007, 3ª ed.
- Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, José Miguel Rodríguez Tapia (dir.), Madrid, Thomson-Civitas, 2007.
- Deberes y responsabilidades de los servidores de acceso y alojamiento: un análisis multidisciplinar*, Santiago Cavanillas Múgica (coord.), Granada, Comares, 2005.
- Fajardo Fernández, Javier, "Campus virtual y propiedad intelectual. Comentario a la SJDm nº 2 Barcelona 2-5-2013", en *Diario La Ley*, 7-10-2013.
- Garrote Fernández-Díaz, Ignacio, *El derecho de autor en internet*, Granada, Comares, 2003, 3ª ed.
- Lessig, Lawrence, *The Future of Ideas. The Fate of the Commons in a Connected World*, New York, Vintage Books, 2002.
- Litman, Jessica, "Sharing and Stealing", 2004, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=472141> [4/9/2013].
- Minero Alejandro, Gemma, "Reflexiones acerca de la protección jurídica de las páginas web y la potencial capacidad del derecho de autor y del derecho sui generis sobre bases de datos para adaptarse a las peculiaridades técnicas de las primeras", en *Pe. i. Revista de propiedad intelectual*, nº 39 (2011), pp. 37-114.
- Pantaleón Prieto, Fernando y Soler Presas, Ana, "La protección jurídica de las páginas web", en *Anuario de Derecho Civil*, nº 54 (2001), pp. 1051-1104.
- Renouard, Augustin-Charles, *Traité des droits d'auteur, dans la littérature, les sciences et les beaux arts*, Paris, 1838-1839.
- Ricketson, Sam and Ginsburg, Jane C., *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 2 vols., 2ª ed.
- Sánchez Aristi, Rafael, "Las licencias Creative Commons: un análisis crítico desde el Derecho español", en *Revista Jurídica del Deporte y Entretenimiento*, nº 19 (2007), pp. 417-447.
- Xalabarder Plantada, Raquel, "La responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios", en *IDP: revista de Internet, derecho y política*, nº 2 (2006), <doi: <http://dx.doi.org/10.7238/idp.v0i2.382>>.
- Xalabarder Plantada, Raquel, "Las licencias Creative Commons: ¿una alternativa al copyright?", en *uocpapers*, nº 2 (2006), pp. 1-12, <<http://www.uoc.edu/uocpapers/2/dt/esp/xalabarder.pdf>> [26/9/2013].

RESUMEN

La difusión de contenidos humanísticos a través de Internet debe hacerse teniendo en cuenta las implicaciones legales, y especialmente las relacionadas con la propiedad intelectual. En el presente artículo se proporcionan algunas indicaciones que pueden ser útiles para el gestor de una publicación digital (página web, blog, etc.) dedicada a las Humanidades Digitales. Se proporciona una pequeña introducción a la propiedad intelectual, el contenido del derecho de explotación y de otros derechos conexos. Se explica el régimen aplicable y la protección legal de las obras publicadas digitalmente. Se analizan los modelos de explotación abierta (Open Access) y los tipos de licencias abiertas (Creative Commons), y se proporcionan algunas indicaciones sobre cuándo y para quién puede ser conveniente adoptarlos.

Palabras clave: Propiedad intelectual, límites y excepciones, "Cultura abierta", Derecho Internet.

ABSTRACT

Diffusion of humanistic contents through the Internet should be done taking in account legal implications, especially regarding Intellectual property. This paper addresses some indications that may be useful for the manager of a digital publication (web page, blog, etc.). A very short introduction to Intellectual property is provided. Legal rules and protection of digitally published works are explained. New models of open exploitation as Open Access and Open Licenses (especially, Creative Commons) are analyzed.

Keywords: Intellectual Property, Fair Use, Open Culture, Internet Law.

JAVIER FAJARDO FERNÁNDEZ

Javier Fajardo Fernández es Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil en la Universidad de Navarra. Es licenciado en Derecho por la Universidad Complutense (1992), Doctor por la Universidad de Navarra (1999), con estancias de investigación en las universidades de Manchester (Reino Unido) (2004) y Fordham (Nueva York, EEUU) (2009). Ha impartido docencia sobre prácticamente todas las materias que conforman el Derecho civil. Es el promotor y supervisor de algunas iniciativas novedosas como AJÁ (Asesoramiento Jurídico de Alumnos) y la competición jurídica *Litis Simulatio*. En cuanto a la investigación, tiene publicadas una monografía y una veintena de artículos y capítulos de libro con temáticas que van desde los elementos esenciales del contrato a la armonización del Derecho europeo, la posesión, los retractos arrendaticios o la fe pública registral. Sus aportaciones en materia de propiedad intelectual se centran en las excepciones al derecho de explotación.

