

EL SISTEMA DE LICENCIAS ABIERTAS EN EL SECTOR PÚBLICO: EL TRÁNSITO AL MODELO INFORMACIONAL EN LA GESTIÓN DEL CONOCIMIENTO(*)

JAVIER GUILLEM CARRAU

SUMARIO: I. LOS CONTENIDOS LIBRES Y EL MODELO INFORMACIONAL.– II. EL SISTEMA JURÍDICO ANTE LA CREACIÓN INTELECTUAL Y LA INNOVACIÓN: 1. El conflicto permanente entre protección de la innovación y fomento del desarrollo técnico-creativo. 2. Proteccionismo versus competitividad. 3. El mercado del conocimiento ante las TIC. 4. El reto jurídico de la gestión de soportes digitales.– III. EL DOMINIO PÚBLICO Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL ANTE LAS LICENCIAS ABIERTAS O LIBRES: 1. Bases teóricas de la protección de los bienes inmateriales. 2. la actividad creadora, la teoría del dominio público y la administración: A) Propiedad intelectual y Teoría del dominio público. B) Las licencias abiertas y la propiedad intelectual de titularidad pública o de los contenidos creados o adquiridos por la Administración. C) El concepto de licencia Creative Commons en el marco de Open Data: a) Origen de las Creative Commons. b) Objeto y clases de licencias Creative Commons. c) Encaje de las licencias Creative Commons y los derechos de autor.– IV. CONSIDERACIONES SOBRE EL LUGAR DE LAS LICENCIAS CREATIVE COMMONS EN EL SECTOR PÚBLICO: 1. La Administración ante el mercado del conocimiento. 2. La reutilización de información del Sector Público. 3. La licencia– V. CONCLUSIONES.

RESUMEN: Los poderes públicos se encuentran en la compleja configuración del mercado del conocimiento ante el reto, entre otros, de la gestión de los soportes digitales que no puede quedar reducido a la lucha contra la piratería. El concepto de licencia abierta cumple, por su objeto y clases, una función de gran utilidad para el fomento de la reutilización de la información por el sector público así como para garantizar mayores cotas de transparencia y fomentar la innovación y la creatividad.

Palabras clave: licencias abiertas; sector público; gestión del conocimiento.

ABSTRACT: Nowadays, Governments have a challenge related to the management of digital contents that is not only concerning the fights against piracy. Open licences represents a useful tool in order to promote the information recycling and to grant higher rates of public transparency and to develop innovation and creativity.

Key words: open licences; public sector; knowledge management.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 14 de abril de 2011 y evaluado favorablemente para su publicación el 5 de mayo de 2011.

I. LOS CONTENIDOS LIBRES Y EL MODELO INFORMACIONAL

Numerosos estudios se hacen eco de los cambios que se están produciendo actualmente en los modelos productivos, y fundamentalmente el decaimiento del modelo de la propiedad intelectual en favor del modelo informacional, que fomenta la puesta a disposición de contenidos y productos intelectuales «libres» pertenecientes o que forman parte del conocido como dominio público (2).

El concepto de licencias abiertas aparece asociado a estos movimientos con el fin de proporcionar licencias de uso, para los contenidos, basadas en la idea de que algunas personas pueden no querer ejercer todos los derechos de Propiedad Intelectual que le permite la ley. Las licencias están redactadas en varios idiomas y adaptadas a las diferentes legislaciones nacionales. Estas licencias están íntimamente relacionadas con el movimiento de Archivos Abiertos (OAI), se incluyen en los Repositorios Institucionales para que los autores cuando depositen sus documentos puedan elegir las condiciones de acceso y protección de su obra.

El debate es de gran actualidad y no se ha concretado una posición académica pacífica en torno a este proceso incipiente de aplicación del modelo informacional en el sector público.

Desde el punto de vista económico, el sector de la cultura o mercado de los contenidos está experimentando un gran desarrollo en la llamada Sociedad de la Información. En este mercado de contenidos, el elemento clave es la identificación de nuevas formas de gestión y entrega de los soportes que permitan a los consumidores e investigadores acceder a contenidos protegidos respetando plenamente los derechos de autor. En el ámbito de las Administraciones públicas, la complejidad de analizar esta cuestión radica en que se interconectan factores técnicos, como son la modernización de las Administraciones públicas y la adaptación de sus contenidos a los nuevos entornos de usuarios, y de política legislativa, como son las nuevas orientaciones en relación con la reutilización de la información que llegan desde las instituciones comunitarias.

Así, por un lado, con la aparición de las primeras licencias libres, aplicadas al software, el anglicismo *copyright* y su antagonista, el neologismo *copyleft* empezó a utilizarse en foros de debate y a aplicarse en el marco de los planes de modernización de las Administraciones públicas y de sus procesos de gestión, aunque sea sólo parcial o sectorialmente (3). Por otro

(2) <http://derecho-internet.org/proyectos/documentacion/kelsen/teoria/introduccion.html>, accesible el 3.11.2009.

(3) Véase, por ejemplo, en la Comunidad Valenciana, en el ámbito de la Conselleria de Educación, se ha desarrollado el proyecto *lliurex*, que recoge los resultados de los planteamientos desarrollados en los diversos Congresos de Software libre celebrados en la ciudad de Valencia, accesible todo ello en <http://lliurex.net/home/>.

lado, en el contexto de gestión de contenidos y conocimientos por la propia Administración, se interconectan las disposiciones relativas a la existencia de un dominio público sobre determinadas propiedades intelectuales y la utilización de las licencias abiertas o libres (tipo *Creative Commons*) como instrumento de reutilización de la información pública, por un lado, o de puesta a disposición de los contenidos de obras colectivas o individuales de carácter artístico o científico-académico, por otro (4).

II. EL SISTEMA JURÍDICO ANTE LA CREACIÓN INTELECTUAL Y LA INNOVACIÓN

1. El conflicto permanente entre protección de la innovación y fomento del desarrollo técnico-creativo

Este marco de intereses, bajo la tutela del derecho de la propiedad intelectual, se puede deducir del hecho personal, del hecho cultural y del medio normativo de la acción creadora, elementos todos ellos que no dejan de reflejar las dificultades derivadas de la inmaterialidad de estos derechos, sobre los que BAYLOS propone un tratamiento científico de síntesis, que permita su incorporación junto con otras instituciones a una disciplina jurídica nueva, que le proporcione lugar y encuadramiento propios, centrada en la competencia económica (5).

Por eso, debe destacarse la importancia de la regulación de las diversas disciplinas de propiedad intelectual como parte de un único sistema de inno-

(4) Como apunta BOYLE (2008). *The Public Domain*, accesible en <http://www.thepublicdomain.org/download/>, p. 179) el fenómeno del acceso libre a contenidos en internet es imparable y no tiene parangón hasta la fecha «...If you go to the familiar Google search page and click the intimidating link marked «advanced search,» you come to a page that gives you more fine-grained control over the framing of your query. Nestled among the choices that allow you to pick your desired language, or exclude raunchy content, is an option that says «usage rights.» Click «free to use or share» and then search for «physics textbook» and you can download a 1,200-page physics textbook, copy it, or even print it out and hand it to your students. Search for «Down and Out in the Magic Kingdom» and you will find Cory Doctorow's fabulous science fiction novel, online, in full, for free. His other novels are there too—with the willing connivance of his commercial publisher. Search for «David Byrne, My Fair Lady» and you will be able to download Byrne's song and make copies for your friends. You'll find songs from Gilberto Gil and the Beastie Boys on the same page. No need to pay iTunes or worry about breaking the law». Lo importante además no es que se pueda acceder y que se pueda imprimir, escuchar y reproducir sino que también permite cambiar, adaptar, customizar y mezclar a gusto del internauta «...All this copying and sharing and printing sounds illegal, but it is not (at least if you went through the steps I described). And the things you can do with this content do not stop with simply reproducing it, printing it on paper, or sending it by e-mail. Much of it can be changed, customized, remixed—you could rewrite the module of the class and insert your own illustrations, animate the graphs showing calculus in action, morph the photo into somethingnew».

(5) BAYLOS, H.: *Tratado de...*, p. 60.

vación y el examen del grado en el que las reformas en cada uno de estos sectores de este sistema promueven coherentemente el progreso cultural y el crecimiento de la inversión en investigación y desarrollo productivos.

A escala europea, el Parlamento y el Consejo de la Unión Europea han considerado que, sin medios eficaces de tutela de los derechos de propiedad intelectual, la innovación y la creación se desincentivan y las inversiones se reducen. De ahí la importancia otorgada a la garantía efectiva del derecho sustantivo de propiedad intelectual en el acervo comunitario. Véase, por ejemplo, el considerando tercero de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual (6).

2. Proteccionismo versus competitividad

No obstante, en el ámbito comunitario, parte de la doctrina ha criticado que la Comisión Europea, como sujeto legislador en la materia, ha llevado a la Unión por un camino de peligroso proteccionismo que amenaza con contener la, ya de por sí difícil, corriente del conocimiento (bancos de datos e información en términos que restringen, más que promueven, el trabajo de la ciencia de base, que es la verdadera fuente de riqueza en la economía del conocimiento, etc.) (7).

Opina este sector de la doctrina que mientras las condiciones pro-competitivas de un mercado europeo integrado son consideradas en la vieja economía sobre ejes tangibles, «...el excesivo proteccionismo que emana de Bruselas arroja una sombra en las perspectivas de crecimiento a largo plazo en una gran parte del mundo desarrollado. En cierta manera, la proliferación desequilibrada de derechos de la propiedad intelectual se ha convertido progresivamente en un cáncer para las economías de libre mercado en el mundo desarrollado, haciéndolas todavía más vulnerables ante los países en vías de desarrollo que son capaces de adoptar unos mínimos estándares de protección de la propiedad intelectual más competitivos» (8).

(6) Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual (DOUE L 157 de 30.4.2004). Así, la Ley 19/2006, de 5 de junio por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitario [BOE 134/2005, de 6 de junio] contiene nuevas diligencias judiciales de carácter previo, medidas de aseguramiento de la prueba, mecanismos de reparación y ampliación del catálogo de acciones.

(7) REICHMAN, J.: «La guerra delle banche ...», p. 36; y con SAMUELSON, P.: «Intellectual Property Rights...», p. 51. (REICHMAN, J.: «From the Riders to Fair Followers...», p. 1 ; y «The TRIPS Agreement Comes of Age; Conflict or...», p. 72).

(8) REICHMAN, J.: «From the Riders to Fair Followers...», p. 1; y «The TRIPS Agreement Comes of Age; Conflict or...», p. 72.

Éste es el centro del debate actual en la materia de la protección del conocimiento, que se resume en la tensión entre las fuerzas centrípetas y centrífugas de proteccionismo y la liberalización para el fomento de la competitividad.

3. El mercado del conocimiento ante las TIC

Constituye una tarea difícil realizar consideraciones sobre las licencias abiertas sin una revisión de aquellos aspectos más singulares derivados de la aparición de las TIC en las sociedades democráticas avanzadas, con carácter general, y en el mercado del conocimiento, con carácter singular.

En el llamado mercado «de la cultura» o «de los contenidos» se comercializa el conocimiento como cualquier otro bien o servicio. Como señala la doctrina, las nuevas tecnologías y el desarrollo del entorno virtual ha permitido el incremento exponencial en los canales de distribución y la puesta a disposición de los consumidores y usuarios de estos bienes. La explotación de contenidos sometidos a las restricciones de la propiedad intelectual implica la necesidad de concesiones, cesiones, etc., que precisan de las consiguientes autorizaciones y licencias. Por ello, la complejidad en esta materia es máxima ya que la negociación se llevará a cabo bien de manera individual por el titular del derecho, bien por la intervención de una entidad de gestión, en diferentes mercados de producto, cuya definición es fruto de combinar los tipos de contenido y sus características (libros, fotografías, películas, canciones, etc.) (9).

Desde un punto de vista amplio, tecnología, gobernanza y transparencia pueden ser entendidos dentro del contexto de modernización e incorporación de las TIC a la actividad social. Desde la sociología, en sus consideraciones generales sobre la utilización de las nuevas tecnologías, Castells considera que la revolución de la tecnología de la información, debido a su capacidad de penetración en todo el ámbito de la actividad humana, constituye el punto de entrada para analizar la complejidad de la nueva economía, sociedad y cultura en formación. En este contexto, por un lado, la funcionalidad de la tecnología se concreta en la facilitación de la actividad relacional (10). Se habla entonces de la tecnología al servicio de las relaciones entre personas, órganos e instituciones y constituye, sin duda, uno de los elementos centrales de la sociedad en que vivimos. Por otro lado, la tecnología desempeña una función de apoyo al conjunto de herramientas que se ponen al servicio de los

(9) JIMÉNEZ SERRANIA, V.: «El conflictivo mercado de la gestión de los derechos de Propiedad Intelectual: notas sobre el informe de la Comisión Nacional de la Competencia acerca de la gestión colectiva», *Diario La Ley*, nº 7403, Sección Doctrina, 17 mayo 2010, año XXXI.

(10) CASTELLS, M. (1996): *La era de la información. La sociedad red*, vol.1, Alianza Editorial, 2ª ed., Madrid, p. 35.

gestores públicos para optimizar sus procesos de producción, en este caso de gestión, de la propiedad intelectual (11).

En un marco de continuo desarrollo de las TIC, las licencias abiertas pueden constituir una mejora de la gestión del conocimiento por el sector público. La Administración propiamente dicha, y el sector público en general, recoge, produce, reproduce y difunde una amplia gama de información relativa a numerosos ámbitos, por ejemplo información social, económica, geográfica, meteorológica o turística y sobre empresas, patentes y educación. Incluso el legislador comunitario considera que la información del sector público constituye una materia prima importante para diversos productos y servicios de contenidos digitales y se convertirá en un recurso cada vez más importante con el desarrollo de los servicios inalámbricos de contenidos (12). Esto es, en términos de mercado, la Administración en su actuación genera una serie de *outputs* diferenciados que tendrán usos primarios y secundarios y un ámbito preferente de explotación (on line, presencial, etc.) con una amplia gama de derechos valorables económicamente y, por lo tanto, susceptibles de ser transmitidos o sujetos a licencia de uso.

Como es sabido, entre las ventajas de las nuevas tecnologías, puede señalarse que ayudan al funcionamiento de los procesos. Así, inciden en la rapidez de las comunicaciones, en el incremento de la información disponible y, en consecuencia, en la variedad, la especialización y el pluralismo de una sociedad. Su importancia es evidente en el fomento de la cultura participativa y en la remoción de los obstáculos derivados incluso de situaciones de incapacidades, etc. (13).

No obstante, es notorio que la introducción de las TIC en el ámbito de la propiedad intelectual, tampoco es un panorama exento de riesgos. Entre los riesgos asociados a esta evolución, se han descrito los riesgos de seguridad y la piratería; la despersonalización ya que el tecnicismo de las tecnologías tiene poco que ver con el subjetivismo de la dialéctica y la relación social; la reducción de la participación en el sistema a la élite «informatizada» y el

(11) PALOMAR OLMEDA, A.: «Un paso más en la aplicación de la tecnología en el procedimiento administrativo: hacia un procedimiento administrativo común de base tecnológica», *Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías*, Aranzadi, 2003, p. 92 y 93.

(12) Apartado (5) de la Directiva 2003/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre de 2003, relativa a la reutilización de la información del sector público.

(13) Entre otros, véase: AUSTRALIAN GOVERNMENT Information Management Office (2003): *EGovernment Benefits Study* (2006) y *e-Government Strategy: Responsive Government: A New Service Agenda.*, disponibles en <http://www.agimo.gov.au/publications/2007>; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.J.: «La aprehensión jurídica de la democracia y el gobierno electrónicos» en COTINO HUESO, L. (Coord.): *Libertad, democracia y gobierno electrónicos*, Editorial Comares, 2006, p. 138 y ss.; RUIZ MIGUEL, C.: «(2007): «La Libertad política en la democracia electrónicamente influida» en COTINO HUESO, L. (coord.): *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, 2007, p. 50.

acrecentamiento de la brecha digital; la fragmentación del discurso de los autores y el antagonismo en la percepción de la sociedad; y el mito orwelliano del control permanente y total de la ciudadanía (14).

Por ello, deben ser objeto de especial atención, ante las posibilidades que ofrecen las tecnologías de la información y la comunicación en facetas tan concretas como interlocución con los actores del sistema, tanto el acceso libre como los límites de las nuevas tecnologías a través de los diversos tipos de licencias de uso, etc.

En definitiva, aunque las tecnologías de la información tienen un potencial genuino para incrementar la transparencia y la capacidad de respuesta del sistema, si no se emplean con sabiduría pueden llevar a situaciones de gran cinismo. Por ello, deben sopesarse los beneficios potenciales de las tecnologías de la información frente a sus eventuales riesgos antes de decidir al respecto (15).

En conclusión, el mercado del conocimiento encuentra en las TIC un potencial revulsivo de doble efecto, con beneficios y contradicciones.

4. El reto jurídico de la gestión de soportes digitales

En el marco de las TIC, la gestión del conocimiento encara como desafío jurídico-económico la gestión de los soportes digitales. La cuestión es encontrar nuevas formas de gestión y entrega de los soportes que permitan a los consumidores e investigadores acceder a contenidos protegidos respetando plenamente los derechos de autor.

Este debate está de actualidad plena en la UE, donde la Comisión Europea adoptó el *Libro Verde sobre Derechos de autor en la economía del conocimiento* con el fin de iniciar un proceso para recabar los puntos de vista de los investigadores sobre las nuevas formas de entrega de los contenidos digitales (16).

(14) Entre otros, véase: FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.J.: «La aprehensión jurídica...», p. 141 y ss.; RUIZ MIGUEL, C.: «La Libertad política en ...», p. 49.

(15) PARLIAMENT OF CANADA (2006): *How can information technology transform the way Parliament works?*, PRB 00-28E, Revised 2, October 2006, p. 13

(16) En el ámbito comunitario, se ha iniciado un proceso de revisión de la normativa existente en torno a los llamados derechos de autor. Señala la Comisión Europea que la expresión «economía del conocimiento» se emplea generalmente para describir la actividad económica que no se basa en recursos «naturales» (como el suelo o los minerales), sino en recursos intelectuales, como los conocimientos técnicos y especializados. Un aspecto clave de la economía del conocimiento es la posibilidad de tratar el conocimiento y la educación (también denominados «capital humano») como activos comerciales o productos y servicios educativos e intelectuales, que pueden exportarse con una gran rentabilidad. Obviamente, la economía del conocimiento es más importante en las regiones con escasos recursos naturales. [Bruselas, 16.7.2008, COM(2008) 466 final].

La Comisión considera que «un nivel elevado de protección de los derechos de autor es esencial para la creación intelectual» y que las medidas de protección «relativas a los derechos de autor responden también al imperativo de estimular el progreso y la innovación» (17).

La legislación vigente en materia de derechos de autor ha procurado tradicionalmente encontrar el equilibrio entre la compensación por las inversiones y creaciones del pasado y la difusión futura de los productos del conocimiento, introduciendo una lista de excepciones y limitaciones que afectan a determinadas actividades concretas relacionadas con la investigación científica, las actividades de las bibliotecas y las prerrogativas para facilitar el acceso a los contenidos a las personas con minusvalías. A este respecto, la Directiva 2001/29/CE incluye una lista exhaustiva de excepciones y limitaciones. No obstante, estas excepciones no son obligatorias para los Estados miembros y cuando las han adoptado a nivel nacional, a menudo las han formulado de manera más restringida que en la Directiva (18).

Considera la Comisión Europea que la Directiva ha armonizado el derecho de reproducción, el derecho de comunicación al público, el derecho de puesta a disposición del público y el derecho de distribución. El principio básico del esfuerzo de armonización era ofrecer a los titulares de los derechos un elevado nivel de protección, por lo que el alcance de los derechos exclusivos se definió de manera muy amplia. Algunos interesados ponen en duda que la introducción de derechos exclusivos se traduzca en una distribución justa de los ingresos entre todas las categorías de titulares de derechos. Es público que los autores (por ejemplo, compositores, directores de película y periodistas) y, en particular, los artistas intérpretes o ejecutantes sostienen que no han obtenido ingresos importantes por ejercitar el nuevo derecho de «puesta a disposición» en relación con la explotación en línea de sus obras.

(17) Para la Comisión Europea los derechos de autor garantizan el mantenimiento y el desarrollo de la creatividad en interés de los autores, los productores, los consumidores y el público en general. Se necesita un sistema riguroso y eficaz de protección de los derechos de autor y los derechos afines a los derechos de autor, con el fin de que autores y productores reciban una compensación por su labor creativa y para animar a productores y editores a invertir en actividades de creación (véanse los considerandos 10 y 11 de la Directiva).

(18) Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, DO L 167 de 22.6.2001, p. 10. En 2007 la Comisión publicó un informe en el que evaluaba cómo han transpuesto los Estados miembros los artículos 5, 6 y 8 de la Directiva y cómo los han aplicado los órganos jurisdiccionales nacionales, véase *Report on the application of the Directive on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (2001/29/EC)*, disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/copyright-info/copyright-info_en.htm. En nuestro ámbito, son de referencia los artículos 31 y siguientes del Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

Además de adaptar los derechos exclusivos al entorno en línea, desde el punto de vista de la Comisión, la Directiva introdujo una lista exhaustiva de excepciones a la protección de los derechos de autor, pese a que no existía ninguna obligación internacional en este sentido. El motivo principal fue al parecer el deseo de limitar la capacidad de los Estados miembros de introducir nuevas excepciones o de ampliar el ámbito de las existentes más allá de lo permitido en el marco de la Directiva. En el proceso legislativo, los Estados miembros fueron introduciendo gradualmente la lista actual de excepciones, que incluye una excepción obligatoria y 20 excepciones facultativas.

En todo caso, la Comisión considera que las condiciones de aplicación de las excepciones están formuladas en términos bastante generales. Puede decirse que el enfoque elegido por los redactores ha dejado a los Estados miembros un amplio margen de maniobra a la hora de aplicar las excepciones previstas en la Directiva. Aparte de la excepción relativa a la reproducción transitoria, las legislaciones nacionales pueden ser más restrictivas que la Directiva en cuanto al alcance de las excepciones. La lista de excepciones que contiene la Directiva ha conseguido cierto grado de armonización: al existir una lista exhaustiva de excepciones, los Estados miembros no pueden mantener o introducir excepciones que no figuren en la lista.

Además, de conformidad con el artículo 5, apartado 5, de la Directiva, las excepciones y limitaciones contempladas en la misma únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho. Esta disposición se conoce como la «prueba del criterio triple» (19).

Sobre la base de estas afirmaciones, la Comisión ha planteado en el Libro Verde si deberían fomentarse los acuerdos contractuales entre los titulares de derechos y los usuarios en cuanto a la aplicación de las excepciones a los derechos de autor, o elaborarse directrices al efecto. En el Libro Verde, la Comisión ha formulado una segunda cuestión relativa al fomento de los acuerdos contractuales o de elaboración de directrices o modelos de licencias para dichos acuerdos, entre los titulares de derechos y los usuarios sobre otros aspectos no cubiertos por las excepciones a los derechos de autor.

(19) La formulación del artículo 5, apartado 5, refleja las obligaciones internacionales de la Comunidad en el ámbito de los derechos de autor y los derechos afines. La prueba del criterio triple figura en términos similares en el artículo 9, apartado 2, del Convenio de Berna y, sobre todo, en el artículo 13 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio («Acuerdo sobre los ADPIC»), de los que es parte la Comunidad. Así pues, esta prueba forma parte integrante del marco internacional de los derechos de autor que la Comunidad y sus Estados miembros están obligados a respetar. Se ha convertido en una referencia para todas las limitaciones de los derechos de autor.

En definitiva, la Comisión plantea en el Libro Verde si resulta adecuado un enfoque basado en una lista de excepciones no obligatorias, habida cuenta del carácter evolutivo de las tecnologías de Internet y las actuales expectativas económicas y sociales con el fin de sugerir si deberían ser obligatorias algunas categorías de excepciones para reforzar la seguridad jurídica y mejorar la protección de los beneficiarios de las mismas.

En este contexto, el Libro Verde se centra en las excepciones de los derechos de autor que más afectan a la difusión de conocimientos, como son la excepción en beneficio de bibliotecas y archivos (20), la excepción que autoriza la difusión de obras con fines educativos y de investigación (21), la

(20) Señala la Comisión que por lo que se refiere a las bibliotecas y otros establecimientos similares, se han planteado dos problemas fundamentales: la producción de copias digitales de materiales pertenecientes a las colecciones de las bibliotecas y la entrega electrónica de estas copias a los usuarios. La digitalización de libros, material audiovisual y otros contenidos puede responder a un doble propósito: preservar el contenido para las generaciones futuras y ponerlo a disposición de los usuarios finales en línea. El marco jurídico vigente no contempla una excepción general al derecho de reproducción en favor de las bibliotecas o los archivos. Las reproducciones solamente se autorizan en casos específicos, entre los que posiblemente se incluirían algunos actos necesarios para la conservación de obras pertenecientes a los catálogos de las bibliotecas. Por otra parte, la excepción en beneficio de las bibliotecas y las normas nacionales de aplicación no son siempre claras en aspectos como la conversión de formatos o el número de copias que pueden hacerse al amparo de esta excepción. Las disposiciones de aplicación a este respecto se derivan de decisiones políticas legislativas adoptadas a nivel nacional. Algunos Estados miembros adoptan normas restrictivas sobre las reproducciones que pueden hacer las bibliotecas. Estos últimos años, a las bibliotecas y otros establecimientos de interés general les interesa cada vez más no solo conservar (digitalizar) las obras, sino también hacer sus colecciones accesibles en línea. Según las bibliotecas, en ese caso los investigadores ya no tendrían que desplazarse a las bibliotecas o a los archivos y podrían fácilmente encontrar y consultar la información que necesitan en Internet. Asimismo, los editores señalan que están digitalizando sus propios catálogos con objeto de crear bases de datos interactivas en línea donde este material pueda consultarse fácilmente desde el ordenador del usuario¹¹. Estos servicios requieren el pago de una cuota de suscripción, afirma la Comisión.

(21) La Comisión parte de la constatación fáctica de que tanto los profesores como los estudiantes recurren cada vez más a la tecnología digital para acceder o difundir materiales educativos. El uso del aprendizaje en línea representa actualmente una parte importante de las actividades curriculares normales. Si bien la difusión de materiales educativos en línea a través de la red puede incidir positivamente en la calidad de la enseñanza y de la investigación en Europa, también puede entrañar un riesgo de infracción de los derechos de autor cuando la digitalización o la puesta a disposición de copias de los materiales de investigación y estudio están protegidas por derechos de autor. La excepción del interés general con fines educativos y de investigación se concibió para conciliar los intereses legítimos de los titulares de los derechos con el objetivo más general del acceso a los conocimientos. La Directiva sobre derechos de autor permite a los Estados miembros establecer excepciones o limitaciones a los derechos de reproducción y comunicación al público «cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica, siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor». Esta excepción se ha aplicado muchas veces en sentido estricto y no cubre el aprendizaje a distancia o a domicilio basado en Internet. Asimismo, con frecuencia la

excepción en favor de personas con minusvalías (22); y una posible excepción para contenidos creados por el usuario.

En su reflexión sobre la excepción por fines educativos, la Comisión europea vuelve a plantear la cuestión de la búsqueda de licencias al preguntar si debería la comunidad científica y de investigadores participar en regímenes de concesión de licencias con los editores para mejorar el acceso a las obras con fines educativos o de investigación. Ajena en apariencia al movimiento *Open Data*, la Comisión solicita conocer ejemplos satisfactorios de regímenes de concesión de licencias, que permitan el uso en línea de obras con fines educativos o de investigación.

Por último, la Comisión introduce el debate sobre los contenidos puestos en línea por los usuarios de la red. Actualmente, la Directiva no contiene una excepción que permita la utilización de los contenidos existentes protegidos por derechos de autor para crear obras nuevas o derivadas. Acertadamente, la Comisión ha identificado que los consumidores son no solo usuarios, sino también, y cada vez más, creadores de contenidos. La convergencia favorece el desarrollo de nuevas aplicaciones basadas en la capacidad de las TIC para implicar a los usuarios en la creación y la distribución de contenidos. Las aplicaciones Web 2.0, como los blogs, podcasts, wikis, o las webs de vídeos compartidos, permiten a los usuarios crear y compartir fácilmente textos, vídeos o imágenes, y desempeñar un papel más activo y participativo en la creación de contenidos y la difusión de conocimientos. Sin embargo, existe una diferencia importante entre los contenidos creados por los usuarios y los contenidos existentes que los usuarios se limitan a cargar y que normalmente están protegidos por derechos de autor.

excepción solo se aplica a la copia de extractos de material de investigación y no a toda la obra. En ocasiones, los Estados miembros han optado por una excepción limitada a los fines educativos, no aplicable a la investigación.

(22) Considera la Comisión que las personas con minusvalías deberían tener la oportunidad de beneficiarse de la economía del conocimiento. Para ello, no solo necesitan acceder físicamente a los centros de enseñanza o a las bibliotecas, sino también tener la posibilidad de acceder a las obras en formatos que se adapten a sus necesidades (por ejemplo, Braille, caracteres grandes, audiolibros y libros accesibles vía electrónica). La Directiva contiene una excepción al derecho de reproducción y al derecho de comunicación al público en beneficio de las personas con minusvalías. Aunque todos los Estados miembros han aplicado esta excepción, en algunas legislaciones nacionales se ha limitado a determinadas categorías (por ejemplo, las personas con deficiencias visuales). Algunos Estados miembros exigen el pago de una compensación a los titulares de los derechos por el uso de sus obras en el marco de la excepción. Una cuestión que preocupa en general a las personas con minusvalías es el coste, en términos de tiempo y dinero, que supone la puesta a disposición de copias de libros que solo existen en formato papel o en un formato digital que no es fácilmente convertible a Braille. Los titulares de derechos creen que debe garantizarse una protección adecuada contra la piratería y el uso indebido, especialmente por lo que se refiere a la entrega de formatos digitales, que son fáciles de reproducir y de divulgar inmediatamente en Internet.

En nuestro ámbito, ha sido la Comisión Nacional de la Competencia quien ha apostado por recomendar una revisión integral de la Ley de Propiedad Intelectual en materia de gestión colectiva. En aras de introducir competencia, se propone una apuesta por la libertad de gestión, resultando imprescindible erradicar el intervencionismo administrativo. La reciente reforma legislativa conocida como la «Ley Sinde» incorporada a la Ley de Economía sostenible parece que no ha tenido estas recomendaciones en cuenta (23).

En este contexto, el Libro Verde de la Comisión parece marcar la pista de los retos jurídicos de la gestión de los contenidos digitales, pero no define claramente una armonización estricta a escala comunitaria.

III. EL DOMINIO PÚBLICO Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL ANTE LAS LICENCIAS ABIERTAS O LIBRES

Como es conocido, en el Ordenamiento jurídico vigente se establecen las bases que han permitido la afirmación de la existencia de un dominio público sobre determinadas propiedades intelectuales e industriales. La regulación sobre Propiedad Intelectual protege las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas en cualquier medio. La obra está protegida por el solo hecho de su producción no es necesario inscribirla en el registro de la Propiedad Intelectual, pero la inscripción en el Registro ofrece la ventaja de proporcionar una prueba de que los derechos inscritos existen y que pertenece a un titular la reserva de derechos.

La expresión «propiedad intelectual e industrial» nos evoca esencialmente el derecho exclusivo a utilizar una marca, un diseño, un modelo o una patente y, en general, todo signo distintivo que permita ser identificado por el consumidor. En este contexto, las expresiones «propiedad industrial» y «propiedad intelectual» encierran una subdivisión en materia de derechos intelectuales en dos grandes rúbricas: de un lado, el derecho de autor o propiedad intelectual, literaria o artística; de otro, el derecho del inventor, del creador de dibujos y modelos y del usuario de signos distintivos de carácter mercantil, o propiedad industrial.

La expresión propiedad intelectual refleja la posición de los iusnaturalistas revolucionarios del siglo XVIII al proclamar el derecho de autor como una de las propiedades más legítimas y naturales y aún de los iusnaturalistas anteriores que desde el siglo XVII llaman al autor propietario. La expresión suscita en la doctrina alemana un doble recelo: de un lado, la resistencia a admitir que el derecho de autor sea un derecho de propiedad; de otro, ante el significado puramente

(23) COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA: Informe sobre la gestión colectiva de Derechos de Propiedad Intelectual, 19.1.2010, disponible en www.cnc.es.

patrimonialista del término propiedad, frente al término *Urheberrecht* o derecho de autor cuyo contenido está integrado por una serie de facultades no sólo de índole patrimonial, sino también personal y moral. El derecho anglosajón utiliza normalmente el término de *intellectual rights*. En cuanto a la propiedad industrial, se suscitan divergencias análogas. Aquí se contraponen una denominación tan cargada de significados, tanto históricos como culturales, la francesa *propriété industrielle*, introducida por la primera Ley moderna de patentes de 7 de enero 1971 a la germánica *gewerblicher Rechtsschutz* o protección jurídica industrial, que es ciertamente mucho más ambigua y genérica y cuya aceptación no presupone tomar partido a favor de una posición doctrinal determinada. Tampoco es frecuente la inglesa *industrial property* (24).

Como señala Galán, los planteamientos doctrinales, conscientes de las diferencias entre propiedad industrial y propiedad intelectual, propugnan su estudio paralelo bajo una denominación que adiciona ambos sectores en una categoría unitaria, por ejemplo, al modo de los tratados internacionales sobre la materia (25).

Frente a este concepto de propiedad intelectual, GARCÍA VIDAL destaca que la doctrina y la jurisprudencia contraponen el de dominio público porque lo más habitual es utilizar la noción de dominio público por oposición a los derechos de propiedad industrial, englobando en ella todos los bienes que no están protegidos por derechos de propiedad industrial y que, por lo tanto, son libremente utilizados por cualquiera, al no gozar nadie de un derecho de exclusiva sobre los mismos porque nunca han estado protegidos o su protección por medios de la propiedad intelectual ha finalizado (26).

1. Bases teóricas de la protección de los bienes inmateriales

Tras la teoría de los bienes inmateriales, como primer intento de profundizar en el sentido de las creaciones intelectuales y de las concepciones aplicables a la industria y al comercio en cuanto objeto de protección jurídica, la Teoría de los Signos distintivos tiene la virtud de contemplar la función suspensiva de la competencia de los signos distintivos y de permitir una comprensión conjunta de la misma sin dividir en facultades personales y patrimoniales (27).

(24) BAYLOS, H.: *Tratado de Derecho Industrial*, Tecnos, 1978, p. 73.

(25) GALÁN CORONA, E. (coord. por BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.), en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 56.

(26) GARCÍA VIDAL, A.: «Bienes públicos, bienes inmateriales y propiedad industrial», en PAREJO ALFONSO/PALOMAR OLMEDA, *Derecho de bienes públicos*, Tomo II, Aranzadi-Thomson, 2009, p. 466.

(27) Entre otros: BAYLOS, H.: *Tratado de ...*, p. 105; BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: *Apuntes de Derecho Mercantil*, Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 50; GONDRA ROMERO, J. M^o: «Teoría General de los signos de empresa», en la obra colectiva *Estudios en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, coord. Pro Juan Luis IGLESIAS DE PRADA, Tomo I, Civitas, 1996, p. 852.

Entre las teorías sobre la naturaleza jurídica de las instituciones objeto de estudio pueden distinguirse las teorías monistas, que consideran prioritario unificar todas las facultades del titular del derecho, y las teorías dualistas, que distinguen entre los aspectos morales y patrimoniales del titular del derecho sobre la creación.

De este modo, por un lado, las teorías monistas parten de la necesidad de constituir, como manifestaciones de un derecho unitario, todas las facultades que corresponden al titular, tanto en el orden personal como en el económico. El derecho en cuestión se configura con una doble composición de facultades personales y patrimoniales. En este sentido, desde la teoría del derecho de la personalidad, se postula que las facultades le corresponden al autor por derivación de su personalidad y de este aspecto moral derivan el resto de facultades. Algún sector de la doctrina, considera complementarios los aspectos patrimoniales, es decir, como relaciones económicas complementarias al derecho. Las críticas a esta postura doctrinal de carácter monista se centran en que ésta actúa como quebradora de la clasificación de los derechos en patrimoniales y extrapatrimoniales y que no tiene en cuenta que la personalidad y, por ende, aquello que se le asocie, goza de las características de imprescriptible e inalienable (28).

Por otro lado, se entiende por doctrina dualista toda aquella teoría que escinde el derecho sobre creaciones intelectuales en dos tipos de derechos diferentes, que no deben ser confundidos, aunque manifiestan una interferencia recíproca: derecho moral y derecho patrimonial, despreocupándose del derecho moral —personal, ilimitado e inalienable— y reduciendo sus consideraciones al derecho patrimonial —transmisible y temporalmente limitado. Así, se reconoce el derecho patrimonial del creador como un derecho absoluto sobre un *quid externus*, parecido al derecho de la propiedad pues recae sobre un objeto autónomo. Los cuestionamientos de esta afirmación consisten en la susceptibilidad de la creación intelectual para constituirse, en si mismo, como un objeto jurídico autónomo pues cumplen los requisitos básicos para ello: individualizables, valubles económicamente y apropiables económicamente.

En primer lugar, en el marco de las teorías dualistas conviene referir aquellas teorías que parten del derecho patrimonial del creador como derecho absoluto sobre un algo externo. En este contexto, se desarrollan las teorías del derecho de propiedad, la teoría del derecho sobre bienes inmateriales y la teoría de los derechos intelectuales.

(28) Entre otros, véase: BAYLOS, H.: *Tratado de...*, p. 459; FERNÁNDEZ NOVOA, C.: *Tratado sobre...*, p. 30; LACRUZ BERDEJO, J.L.: (coord. por BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.) en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 30.

Desde el punto de vista de la teoría del derecho de propiedad, entendiendo la propiedad en sentido elástico, estos derechos están cercanos al derecho de propiedad; es decir, como carácter arquetípico para señalar cualquier género de dominio sobre un bien exterior al sujeto y que necesita de una expresión exterior para la determinación de la relación de pertenencia del sujeto y su obra, el derecho intelectual se configura como un derecho de propiedad. Esta teoría ha sido cuestionada sobre numerosos argumentos de entre los que sobresalen el carácter negativo y excluyente del dominio del signo distintivo respecto al de la propiedad, la temporalidad frente a la perpetuidad, la categorización frente a la individualización, la ausencia de facultades de goce y disfrute y la ausencia de inmediatez de derecho-objeto.

En cambio, la teoría del derecho sobre bienes inmateriales configura los derechos intelectuales como una categoría nueva junto a la propiedad, que se describe por un señorío sobre el bien de carácter autónomo, independiente del sujeto, y que se circunscribe únicamente al derecho de carácter patrimonial que posee el autor para la explotación económica de su obra (29).

Sobre las críticas a las teorías mencionadas aparecen las tesis sostenidas por los partidarios de la teoría de los derechos intelectuales. Ante la insuficiencia de las categorías existentes (reales, personales y familia), la de los derechos intelectuales comprende aquellos derechos que aúnan un elemento personal y otro patrimonial y cuyo reconocimiento permitiese proteger los productos de la inteligencia humana y a sus titulares (autor, inventor, usuario de signo distintivo) (30).

En segundo lugar, siguiendo a BAYLOS, en el marco de las teorías dualistas sobre la naturaleza jurídica de los signos distintivos del comercio, conviene referirse a las teorías que parten del derecho patrimonial del creador como derecho a ejercer en exclusiva una actividad económica. El reconocimiento del derecho patrimonial del creador como derecho a ejercer en exclusiva una actividad económica ha sido desarrollado por las teorías del derecho a la no imitación, de los derechos de clientela y de los derechos de monopolio. En este contexto, la Teoría del derecho a la no imitación parte de la idea de que la ley no crea un monopolio al titular del derecho sobre el signo distintivo sino que concede a dicho sujeto la facultad de disfrute de una cosa determinada, esto es, que no consiste en la posibilidad de poseer con carácter exclusivo de un determinado objeto sino en la de impedir a otros que posean objetos semejantes o análogos. Además, la exaltación de la función económica de las instituciones, su utilidad y su contenido patrimonial, en el contexto de la teoría de los derechos de clientela, determina que la necesidad de obtener benefi-

(29) FERNÁNDEZ NOVOA, C.: *Tratado sobre...*, p. 33

(30) BAYLOS, H.: *Tratado de ...*, p. 428.

cios en la concurrencia económica se manifieste en una tendencia constante a la obtención de clientela ya sea por medio de bienes materiales como las invenciones, ya sea con la ayuda de un bien inmaterial como la marca o el rótulo. La protección de dichos derechos queda vinculada a la aparición de circunstancias económico-sociales determinadas. Estos derechos no podrán ser reconocidos sino en una sociedad en la que la competencia produce valores económicos y el régimen de libre mercado alumbra una riqueza nueva, que es la que se deriva de la captación del cliente. Precisamente, el derecho sobre el signo distintivo surge cuando la libertad se sustituye por la exclusividad, constituyéndose como derechos frente a los rivales, no frente al consumidor. Esta tesis ha sido muy criticada pues la clientela es un *aleas* inestable sobre la que es difícil fundar derecho alguno.

Por último, entre las teorías que encuadran a los signos distintivos como derechos patrimoniales del creador de los mismos, consistentes en el derecho a ejercer en exclusiva una actividad económica hallamos la teoría de los derechos de monopolio. Desde la teoría de los derechos de monopolio, los derechos de la propiedad intelectual se traducen en una situación de monopolio en cuanto incluyen un efecto suspensivo de la competencia. Este monopolio económico que se constituye en categoría jurídica es similar a los antiguos privilegios de impresión pero no graciables y constituidos de acuerdo a la ley.

2. La actividad creadora, la teoría del dominio público y la administración

Las Administraciones públicas desarrollan una actividad creadora en soporte papel o electrónico, bien de contenidos propios bien de contenidos adquiridos o cedidos por terceros. Estos contenidos surgen de la actividad propia (o de la identificada «de fomento») de la Administración en el ámbito de los contenidos y de la propiedad intelectual, un conjunto de derechos de explotación (reproducción, distribución, comunicación pública y transformación) y de mera remuneración (derecho de participación en obras plásticas, derecho de compensación por copia privada y la compensación por usos secundarios de comunicación pública) que han de ser gestionados por la Administración sin que el bien en cuestión, en este caso derecho de propiedad intelectual, pierda su condición de formar parte del dominio público y que, en su caso, la utilización por un sujeto no impide su uso por otros.

Respecto a los derechos de explotación, es conocido que en nuestro Ordenamiento para poder explotar un determinado tipo de contenido será necesario recabar las autorizaciones o cesiones pertinentes, respecto a los diferentes derechos que concurren sobre los mismos. De este modo, se generan una serie de productos para «un mercado del conocimiento», cuyas caracterís-

ticas se abordan seguidamente. En este contexto, desde principios de 2003, los autores disponen del mecanismo de cesión legal de derechos sobre sus creaciones, de las licencias abiertas que han representado un replanteamiento del sistema general de derechos de autor (31).

Teniendo presente el criterio de la rentabilidad y el principio de explotación de activos y de eficiencia en la gestión de los recursos públicos, las Administraciones Públicas se encuentran en la actualidad con la encrucijada de decidir que modelo de tratamiento de la información y de los contenidos propios deciden desarrollar, bien fortaleciendo el modelo de propiedad intelectual clásico, bien facilitando el tránsito al modelo informacional.

En dicho marco, independientemente del modelo que se adopte, sigue vigente la teoría del dominio público que se constituye en base jurídica de la autonomía funcional de decisión de cada Administración en el ámbito de sus actuaciones en materia de propiedad intelectual.

A) Propiedad intelectual y Teoría del dominio público

Así, en el contexto de una sistematización general de la Administración pública en el seno del Estado social, la doctrina sitúa la naturaleza del dominio público en el ámbito de las prestaciones propias de la asistencia vital de la Administración, que abre o construye bienes a la utilización colectiva, efectuando una labor prestacional que palie las carencias del individuo (32).

En nuestro Orden constitucional, el dominio público se define como un régimen demanial que comporta la titularidad pública de los bienes sobre los que recae, quedando éstos sujetos a un régimen exorbitante en comparación con la propiedad privada, caracterizado por su exclusión del comercio y su afectación o vinculación finalista. Señala BLANQUER CRIADO que, en España, el criterio casi uniforme hasta la década de 1970 fue la concepción del dominio público como propiedad administrativa pero a partir de entonces se fue abriendo camino la concepción del dominio público como un título de atribución de potestades administrativas, tesis que el Tribunal Constitucional ha hecho suya (33).

(31) LABASTIDA I JUAN, I.: «Les llicències de *Creative Commons* a l'Estat espanyol», *Bid, Textos Universitaris de biblioteconomia i documentació*, n° 15, desembre 2005.

(32) Y, como oportunamente apunta Forsthoff distinguiendo entre «espacio vital efectivo» y «espacio vital dominado» (véase: FORSTHOFF, E.: *Tratado de Derecho Administrativo*, IEP, Madrid, 1958, p. 478).

(33) Destaca BLANQUER CRIADO que la Sentencia del TC 227/1988 declara que «...en efecto la incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico "iure privato". El bien público es así una res

La doctrina mayoritaria entiende que el dominio público al que se refiere la Constitución española tiene en el Derecho vigente una configuración determinada por un conjunto de legislación positiva, claramente dentro de la tradición latina, y por una doctrina jurisprudencial y dogmática definida (34).

Fernández González extrae los siguientes elementos de la definición de dominio público: el dominio público supone una relación de propiedad; se trata de propiedades administrativas, o propiedades especiales, con notas que las separan de la propiedad común; pues son bienes cuyo titular es una Administración pública; se trata de bienes que están formalmente afectados a la utilidad pública; están sometidos a un régimen jurídico especial caracterizado por la intransferibilidad (35).

extracommercium y su afectación, que tiene esa eficacia esencial, puede perseguir distintos fines: típicamente, asegurar el uso público y su distribución pública mediante la concesión de los aprovechamientos privativos, permitir la prestación de un servicio público, fomentar la riqueza nacional (art. 339 del Código Civil)» (véase: BLANQUER CRIADO, D.: *Derecho Administrativo, 2 Los sujetos, la actividad y los principios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 1045).

(34) La naturaleza jurídica del dominio público es para NIETO GARCÍA «*uno de los torneos dogmáticos más persistentes de la cultura jurídica europea*» (véase: NIETO GARCÍA, A.: «La nueva regulación de los bienes comunales», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 233, enero-marzo 1987, p. 14). Señala SAINZ MORENO que a la situación actual se ha llegado a lo largo de un proceso histórico cuyos orígenes pueden situarse en la clasificación romana de las cosas (*suma divisio rerum*) en cosas que se encuentran en el comercio de los hombres (*res intra commercium*) y cosas que están fuera del comercio (*res extra commercium*), bien por el derecho divino (*res sacrae, res religiosae, res sanctae*) bien por el derecho humano (*res publicae, res universitates, res communes omnium*). Esta distinción ha seguido en cada uno de los países del continente europeo una evolución diferente, aunque, sin embargo, la situación actual presenta entre todos ellos puntos de coincidencia notables cuando no compensables (véase: SAINZ MORENO, F.: «El Dominio público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza, cincuenta años después de la Fundación de la RAP», *Revista de Administración Pública*, n.º 150, sept/dic 1999, p. 481 y 513). En contra de dicha compensabilidad, González García considera que las soluciones que se pueden encontrar en el Derecho alemán no son trasladables, sin más, al Derecho francés o al español, ni al contrario. Este autor apunta que entre los Ordenamientos jurídicos de raíz romanista si es posible apreciar —debido a que la propia institución del dominio público tenga dicho origen— una notable influencia de los términos del debate acerca del carácter que tiene el *domaine publique* francés. Para González García, esta influencia se manifiesta tanto en la posición de signo antipropietarista mantenida en el país vecino a lo largo del siglo XIX como en el cambio habido, tanto aquí como allí, debido a la autoridad de Hauriou, que la decantó hacia un lado de la balanza, considerando el dominio público como propiedad administrativa y no como una forma más del derecho de propiedad. Desde la aprobación de la Constitución en nuestro país se está inclinando la balanza con imparable rapidez en contra de la formulación que ha resultado prácticamente unánime durante mucho tiempo, la que consideraba que el dominio público era una forma de propiedad. Así, entre otros, el artículo 132 de la Constitución reconoce la existencia de una categoría de bienes públicos a la que denomina dominio público (véase GÓNZALEZ GARCÍA, J.V.: *La titularidad de los bienes de dominio público*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 35 y ss., 104 y ss.).

(35) FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.J.: «El Dominio Público», en *Lecciones de Dominio Público*, dir. BOCANEGRA SIERRA, R., Editorial Colex, 1999, p. 18 y 39.

No obstante, sostiene el autor, las peculiaridades del régimen jurídico del dominio público estricto aparecen en cada uno de los elementos citados, constituyendo precisamente lo que imposibilita la configuración de una «teoría general del dominio público», y menos aún que ésta estuviera edificada sobre los principios generales que recoge el artículo 132 de la Constitución (36).

Así, frente a la mayoría de nuestra doctrina que tiende a estudiar el dominio público desde la óptica de las Instituciones de derecho privado, parte de la doctrina tiende a incluir el mismo como un conjunto de bienes destinados directamente a una función pública, que se constituyen en instrumento y contenido de la misma y que quedan inaccesibles a los sujetos privados.

Para FONT I LLOVET, la institución del dominio público se caracteriza, entre otras notas, por el hecho de referirse a bienes que son inapropiables dominicalmente pero accesibles e utilizables por los ciudadanos, por la colectividad, ya sea directamente en supuestos de uso público, ya sea indirectamente en los casos de afectación a un servicio público a través del acceso a la prestación del servicio. En este sentido, el dominio público juega el papel de representar un instrumento de participación o acceso a lo público, sin que en nada padezca dicho carácter público, puesto que por definición no puede haber apropiación, sino que, bien al contrario, el mayor uso y, en definitiva, la total accesibilidad o participación social en la utilidad proporcionada por el bien público no hace nada más que corroborar tal naturaleza pública. Por ello, no basta, señala la doctrina, que un bien recaiga en la titularidad de una Administración para entender cumplida plenamente su función pública y satisfecha la obligación prestacional de ésta. Deben producirse además todas aquellas circunstancias de integridad material y de gestión eficiente de los bienes y recursos que requiere y exige su efectiva y real, no meramente formal, afectación. De este modo, cristaliza la participación social en la utilidad proporcionada por el bien público, tanto en los medios como en el resultado del proceso económico. Se destaca que el dominio público es, por tanto, un ámbito exento de la propiedad privada siendo de gran relevancia el régimen constitucional sobre la toma de decisiones en esta materia, entre otras causas, por la expresa sujeción al principio de reserva de ley que preceptúa la Carta Magna (37).

Por eso, debe atenderse a la cuestión de la utilización del dominio público por los particulares. Siguiendo la matización doctrinal, que distingue la utiliza-

(36) GONZÁLEZ GARCÍA, J.V.: «La titularidad de los bienes...», p. 124.

(37) Apunta FONT I LLOVET que es responsabilidad del legislador el establecimiento de mecanismos por los cuales se produzca la citada exclusión de un bien del tráfico jurídico ordinario. Asimismo el análisis dogmático de otros preceptos constitucionales relacionados, lleva a afirmar al autor que existe una suerte de preferencia por la figura del dominio público en relación a la propiedad privada (véase: FONT I LLOVET, T.: «La ordenación constitucional ...», pp. 3930 y 3932).

ción según el destino de los bienes sea un servicio público o un uso público (38), podría afirmarse que como bienes de dominio público se caracterizan por ser de uso privativo, reservado a aquellos que reúnen las condiciones y requisitos determinados para ello, excluyendo del uso a los demás interesados, como en el caso de la propiedad industrial de los signos geográficos tipo denominaciones de origen, o permitiendo su uso general, como la propiedad intelectual derivada del acceso a contenidos creativos.

Llegados a este punto, el régimen de las concesiones demaniales asociado desde un sector de la doctrina administrativista a la propiedad intelectual o industrial como objeto de demanio no parece aplicable al asunto que nos ocupa (39).

En cambio, señala GARCÍA VIDAL, que los bienes, que según las normas de Derecho industrial y la doctrina mercantilista, conforman el dominio público nada tienen que ver con los bienes de dominio público en el sentido técnico-jurídico del Derecho administrativo. Entre otras razones, apunta el profesor García Vidal, porque nadie es titular del dominio público al que se refiere el Derecho industrial, faltando así uno de los requisitos esenciales del demanio, como es el de la titularidad pública de los bienes. En definitiva, como concluye García Vidal, en el ámbito de la propiedad industrial, el dominio público hace referencia a «*bienes que no pertenecen a nadie en exclusiva y que pueden ser utilizados por cualquiera (bien porque así lo ha dispuesto expresamente el legislador, bien porque, siendo susceptibles de apropiación en exclusiva, nadie ha solicitado sobre ellos un derecho de propiedad industrial, o bien porque, habiendo sido objeto de un derecho de exclusiva, éste ha caducado)*». En sentido económico, el bien puede ser utilizado por múltiples usuarios pero no serían estrictamente bienes de dominio público (40).

En consecuencia con la doctrina académica citada, debemos afirmar que, en el marco del tránsito hacia el modelo informacional de gestión de contenidos, las licencias abiertas sobre informaciones o creaciones de carácter público, no se pueden comprender como licencias o autorizaciones administrativas; al ser éstas un mero permiso de carácter unilateral, que no permite encuadrar en su categoría a las *Creative Commons*, en los diversos términos que se analizan en el siguiente apartado de este estudio sobre todo porque no hay un titular del derecho.

(38) FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.J.: *El dominio público ...*, pp. 55 y 62.

(39) RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, C.: *Propiedad industrial, propiedad intelectual y Derecho administrativo*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 79 y ss., y «El dominio público inmaterial», en GONZÁLEZ GARCÍA, J.V.: *Derecho de los bienes públicos*, 2ª ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1099.

(40) GARCÍA VIDAL, A.: «Bienes públicos, bienes inmateriales ...», pp. 494 y 496.

En todo caso, en nuestro Ordenamiento jurídico, el dominio público es complejo en cuanto a su objeto, al régimen jurídico y a su utilización y, en la concepción administrativista, no hay una clara aceptación o conexión con el Derecho de la Propiedad Industrial.

B) Las licencias abiertas y la propiedad intelectual de titularidad pública o de los contenidos creados o adquiridos por la Administración

En relación con el concepto de propiedad industrial, las licencias abiertas encuentran a voluntad del legislador acomodo en la naturaleza la propiedad intelectual de titularidad pública o de los contenidos creados o adquiridos por la propia Administración.

Como es conocido, el otorgamiento de una licencia sobre el derecho no significa la pérdida de la categoría; aunque se predique por algún sector doctrinal para la propiedad intelectual las características de los bienes de dominio público, con las atribuciones y principios que se consagran en la legislación vigente.

Diez Picazo apunta que es tradición en nuestra doctrina administrativista declarar que el objeto del demanio es solamente el derecho de propiedad; o, para expresarlo con mayor exactitud, que el dominio público es una titularidad administrativa sobre las cosas de naturaleza plena, directa y *erga omnes*, sujeta al régimen exorbitante del Derecho Común aunque, desde el punto de vista de los principios generales, nada parece oponerse a la existencia de otros derechos patrimoniales (derechos reales sobre cosa ajena o, incluso, derechos personales) que tengan carácter demanial y estén protegidos por el régimen exorbitante llamado *demanio*. Esto se explica, afirma Diez Picazo, porque hoy en día se habla de una propiedad de derechos, no sólo de cosas corporales (41).

Las Administraciones públicas pueden crear unas licencias-tipo, adaptadas a sus necesidades, para facilitar la reutilización o emplear las licencias de Difusión Abierta (nacidas para la gestión de los Derechos de Propiedad Intelectual). Aunque en este estudio va a ser analizado singularmente el caso de las licencias *Creative Commons*, el Proyecto Aporta cita, entre otros sistemas de licencias abiertas, los siguientes: Aire Incondicional (42), Arte

(41) Díez PICAZO, L.M.: «Breves reflexiones sobre el objeto del demanio: los iura in re aliena», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 35, octubre-diciembre 1982, p. 4.

(42) Esta licencia es de tipo copyleft basada en GNU, *Creative Commons* y Electronic Frontier Foundation. El Proyecto Aporta explica que este tipo de licencia regula las condiciones en las que un trabajo puede ser reproducido, distribuido, comunicado públicamente y transformado, libremente. Sólo puede ser empleada con fines no comerciales.

Libre (43), Color Iuris (44), Common Documentation License (CDL) (45), Licencia Pública de la Unión Europea (46), Licencia de Documentación Libre (47) y, por último, Publicación Abierta (Open Content) (48)

C) El concepto de licencia *Creative Commons* en el marco de *Open Data*

En la introducción de este estudio se ha afirmado que el concepto de licencia abierta aparece asociado a los movimientos de software libre y se desarrolla con el fin de proporcionar licencias de uso, para las obras, basadas en la idea de que algunas personas pueden no querer ejercer todos los derechos de Propiedad Intelectual que le permite la ley.

Hay que recordar que el ejercicio de los derechos de Propiedad Intelectual es voluntario, así como la pertenencia a las asociaciones de gestión colectiva de derechos reconocidas en nuestro Ordenamiento.

En cierta manera, el tipo de licencias *Creative Commons* están conectadas con las iniciativas y proyectos de *Open Data*, relacionados con el e-government

(43) Esta licencia es también una licencia de tipo copyleft que permite a los usuarios hacer mayor uso de las obras, facilitando su acceso y consintiendo ampliarlas y enriquecerlas siempre que se haga referencia al autor. Para el Proyecto Aporta, esta licencia reconoce y protege los derechos de autor y permite a los usuarios emplear con creatividad una obra artística.

(44) Esta licencia es un contrato bilateral aceptado por las partes y depositado en un tercero de confianza. Constituye para el Proyecto Aporta un paso intermedio entre el copyright y el copyleft. Simboliza mediante un Código de colores la cesión del derecho de transformación de la obra y de los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública. Así, sobre el derecho de transformación, el rojo no permite generar obras derivadas, el amarillo permite realizar obras derivadas para usos no comerciales, verde permite realizar obras derivadas, para usos comerciales y no comerciales y azul permite obras derivadas para usos no comerciales y la cesión en cadena. En cuanto a los derechos de reproducción, distribución y comunicación, el rojo corresponde a que la puesta a disposición es sin ánimo de lucro y el verde, con o sin ánimo de lucro. Este tipo de licencia están implantadas en red.es y en el ayuntamiento de Zaragoza, a modo de ejemplo.

(45) Esta licencia es de tipo copyleft que impone una serie de condiciones a la redistribución que es totalmente gratuita. El Proyecto Aporta considera que es inapropiada a aquellos que deseen un mayor control sobre su obra, al no permitir a los autores restringir el uso con precisión

(46) Esta licencia copyleft ha sido creada por iniciativa de la Comisión Europea. Ajustada a los requisitos de la legislación europea, responde a la necesidad de un instrumento jurídico adecuado de interoperabilidad en toda la UE.

(47) Señala el Proyecto Aporta que esta licencia de tipo *copyleft* puede aplicarse prácticamente a la totalidad de manuales, libros de texto, u otros documentos, que puedan ser copiados y redistribuidos de manera comercial o no.

(48) Se trata de una Licencia copyleft siempre y cuando el autor no ejerza ninguna de las «Opciones de la licencia». Exige la cesión en cadena aunque la aparición de GFDL y CC ha reducido su uso según afirma el Proyecto Aporta

y la transparencia en la gestión pública ya que estos proyectos emplean normalmente estas licencias en sus portales web.

Recientemente, la Comisión Europea ha hecho público un estudio en el que subraya el creciente peso específico de España dentro del debate europeo sobre «*Open Data*» (49), por la aparición o consolidación de iniciativas regionales, como *Open Data Euskadi* o Fundación CTIC; la creación de conjuntos de datos o la realización de consultas públicas sobre la información de carácter local, promovidas por los ayuntamientos de Zaragoza y de Gijón; la progresiva participación en el mercado comunitario de organizaciones sectoriales, como ASEDIE, y de empresas reutilizadoras netamente españolas; la conformación de plataformas cívicas, no lucrativas, como Pro Bono Publico y su Desafío AbreDatos 2010; y, por último, por el surgimiento, en las Redes Sociales españolas, de una activa comunidad de ciudadanos y profesionales que, a través de sus blogs y perfiles personales, comparten información, orientan a empresas y administraciones o expresan sus inquietudes respecto de la apertura y la reutilización (50).

a) Origen de las *Creative Commons*

BOYLE sitúa el origen de las *Creative Commons* en el año 2002, en Estados Unidos de América, con el nacimiento de un proyecto de licencias libres destinado a cualquier creación artística. Este movimiento es una organización sin ánimo de lucro que fue fundada por Lawrence Lessig (51).

En el ámbito del Derecho comparado europeo, en el año 2002, se anunció la utilización de este tipo de licencias en el sector público de los Países Bajos sobre la base de un estudio previo de referencia (52).

(49) Este informe está disponible en http://ec.europa.eu/information_society/policy/psi/docs/pdfs/ea2009/es_final.pdf, accesible el 14.12.2010.

(50) Véase <http://datos.fundacionctic.org/>, accesible el 14.12.2010 y, respecto a la participación ciudadana, <http://twitter.com/%21/proyectoaporta/open-data-ogov-risp/subscribers>

(51) BOYLE, que fue miembro del Consejo de *Creative Commons* desde sus inicios, afirma que CC es un hijo espiritual de Larry Lessig «...*On December 15, 2002, in San Francisco, a charitable organization called Creative Commons was launched. Creative Commons was the brainchild of Larry Lessig, Hal Abelson, and Eric Eldred. ... The authors and creators of those CC works have chosen to share it with the world, with you, under generous terms, while reserving certain rights for themselves. They may have allowed you to copy it, but not to alter it-to make derivative works. Or they may have allowed you to use it as you wish, so long as you do so noncommercially. Or they may have given you complete freedom, provided only that you attribute them as the owner of the work*». Véase: BOYLE (2008). *The Public...*, p. 181.

(52) La relación de iniciativas públicas y legislación sobre las licencias *Creative Commons* está disponible en http://wiki.creativecommons.org/Public_Sector_Information, accesible el 13.12.2010.

En el ámbito interno, a partir del año 2003, el concepto *Creative Commons* se desarrolla en la Universidad de Barcelona como sistema para publicar el material docente del profesorado (53). La recepción de las licencias *Creative Commons* y su transposición a las normas de nuestro Ordenamiento Jurídico se ha realizado a través de un procedimiento abierto y participativo de acceso público (54) y el resultado de los trabajos se hizo público en 2004 (55).

El Ministerio de Industria, a través del proyecto Aporta se ha interesado en las licencias en relación con la Ley 37/2007 de reutilización de la información del sector público (56). Otras administraciones públicas también han estudiado la viabilidad de las licencias y en el caso de la Generalitat de Catalunya su uso se ha extendido desde el Departamento de Justicia a otros departamentos e incluso se ha incluido en su normativa editorial (57) y en sus avisos legales. En la mayoría de proyectos e iniciativas de *Open Data* anteriormente descritas, se utilizan las licencias *Creative Commons* también.

b) Objeto y clases de Licencias *Creative Commons*

Como explica BOYLE, la idea de las *Creative Commons* fue simple. Frente al copyright que se adhiere automáticamente sin más formalidades a la creación cuando se acaba de escribir o se guarda el documento con los efectos de «all rights are reserved» para el autor «to the author», con el desarrollo de la World Wide Web, se inicia un giro copernicano. De repente, las personas y las instituciones comenzaron a ofrecer contenidos en línea (blogs, photo sites, videologs, podcasts, materiales, etc.) con la posibilidad de que fueran leídos o escuchados e incluso copiados, reenviados, traducidos, etc. (58).

(53) LABASTIDA I JUAN, I.: «Presentación» UOC Papers, Revista de la sociedad del conocimiento, n° 2, marzo de 2006. Esta información del nacimiento del movimiento *Creative Commons* está disponible en <http://creativecommons.org/about/>, accesible el 3.11.2009, p. 2; XALABANDER PLANTADA, R.: «Las licencias *Creative Commons*, ¿una alternativa al copyright?», UOC papers, *Revista sobre la sociedad del conocimiento*, n° 2, marzo 2006, p. 2.

(54) Para ello, como describen los autores citados en la nota anterior, se trabajó a través de una lista de correo (Documento en línea: <<http://lists.ibiblio.org/mailman/listinfo/cc-es>>. Fecha de última consulta: 9 de septiembre de 2008). Las actividades comenzaron el 25 de febrero de 2004 con un mensaje de bienvenida (Documento en línea: <<http://lists.ibiblio.org/pipermail/cc-es/2004-February/000000.html>>. Fecha de última consulta: 8 de diciembre de 2008).

(55) Documento en línea: <<http://derecho-internet.org/wiki/index.php/PresentacionEnMadridDeCcEs>>. Fecha de última consulta: 28 de agosto de 2009.

(56) Disponible en http://www.proyectoaporta.es/web/guest/index.jsessionid=6125D730760F552B7ABE6FB299FABFD2.aporta_appl25., accesible el 13.12.2010.

(57) Véase el artículo 13 de la norma relativo a las licencias de uso abierto, accesible el 28.5.2010 en http://www.gencat.cat/piv/pdf/normativa_editorial.pdf.

(58) BOYLE (2008). *The Public...*, p. 180.

Los límites del uso de los contenidos deberían pasar por contactar al autor y solicitarle los permisos de utilización singulares, incluso que este hecho se formalizara un contrato siempre que el autor quiera guardar para si todos los derechos, «all rights are reserved». El grupo *Creative Commons* se planteó en este contexto que podía haber un gran número de escritores, fotógrafos, músicos, cineastas, bloggers y académicos que podrían querer compartir sus creaciones y, en lugar de reservar todos los derechos, reservar algunos de los mismos.

Las licencias *Creative Commons* tienen como objetivo permitir que tanto los autores como los usuarios puedan proteger y compartir las obras, eliminando la incertidumbre legal que actualmente existe ante la nueva situación del uso de las obras que Internet permite. XALABANDER apunta que el proyecto *Creative Commons* facilita, por un lado, la publicación de obras en internet autorizando su uso al público y, por otro, su localización y acceso por parte del público (59).

Resume LABASTIDA que las licencias son gratuitas y no requieren registro, de ámbito mundial y no exclusivas. Las licencias *Creative Commons* respetan los derechos morales y contienen la cláusula de no endorsement (60). Para explicar brevemente las licencias *Creative Commons*, se parte de cuatro condiciones que, combinadas, generan seis tipos de licencias.

	Reconocimiento:	El material creado por un artista puede ser distribuido, copiado y exhibido por terceras personas si se muestra en los créditos.
	No comercial:	El material original y los trabajos derivados pueden ser distribuidos, copiados y exhibidos mientras su uso no sea comercial.
	Sin Obra Derivada:	El material creado por un artista puede ser distribuido, copiado y exhibido pero no se puede utilizar para crear un trabajo derivado del original.
	Compartir Igual:	El material creado por un artista puede ser modificado y distribuido pero bajo la misma licencia que el material original.

En función de estas cuatro condiciones combinadas se pueden generar los seis tipos de licencias:

(59) XALABANDER PLANTADA, R.: «Las licencias...», p. 6.

(60) www.ivap.euskadi.net/r61-conprest/es/contenidos/.../es.../labastida.ppt.

	Reconocimiento: El material creado por un artista puede ser distribuido, copiado y exhibido por terceros si se muestra en los créditos.
	Reconocimiento-Sin obra derivada: El material creado por un artista puede ser distribuido, copiado y exhibido por terceros si se muestra en los créditos. No se pueden realizar obras derivadas.
	Reconocimiento – Sin obra derivada – No comercial: El material creado por un artista puede ser distribuido, copiado y exhibido por terceros si se muestra en los créditos. No se puede obtener ningún beneficio comercial. No se pueden realizar obras derivadas.
	Reconocimiento – No comercial: El material creado por un artista puede ser distribuido, copiado y exhibido por terceros si se muestra en los créditos. No se puede obtener ningún beneficio comercial.
	Reconocimiento – No comercial – Compartir igual: El material creado por un artista puede ser distribuido, copiado y exhibido por terceros si se muestra en los créditos. No se puede obtener ningún beneficio comercial y las obras derivadas tienen que estar bajo los mismos términos de licencia que el trabajo original.
	Reconocimiento – Compartir igual: El material creado por un artista puede ser distribuido, copiado y exhibido por terceros si se muestra en los créditos. Las obras derivadas tienen que estar bajo los mismos términos de licencia que el trabajo original.

Las cláusulas de licencias vienen prefijadas. Por defecto, como describe XALABANDER, la licencia autoriza la reproducción, distribución, transformación y comunicación pública de la obra, para cualquier finalidad y para todas las modalidades de explotación, con carácter gratuito y para todo el plazo de protección. Para facilitar la comprensión de la simbología del sistema, cuantos más símbolos, menos usos están permitidos. Como el sistema no es cerrado, caben otros tipos de licencias junto a las seis descritas y se enlazan con las licencias GNU-GLP y GNU-LGPL para el software libre (61).

c) Encaje de las licencias *Creative Commons* y los derechos de autor

BOYLE afirma que para muchos de los creadores de *Creative Commons*, este proyecto fue concebido como la segunda mejor solución creada por

(61) XALABANDER, R.: «Las licencias...», p. 7.

acuerdo entre las partes porque la mejor solución no podía ser obtenida por medio del marco legal. La mejor solución sería la vuelta al requisito formal copyright para conseguir más de 100 años de protección. Aquellos que no quisieran tener el monopolio legal podrían omitir la mención al copyright y el trabajo pasaría a ser de dominio público con un periodo de tiempo durante el que el autor podría reclamar el copyright retroactivamente si la mención fue omitida por error (62).

Así, las cláusulas de las licencias *Creative Commons*, referidas en el anterior apartado de este informe, no son contrarias a la Ley de Propiedad Intelectual (63). Se afirma que, en la transposición de las licencias, se respetaron los derechos morales y los derechos irrenunciables de gestión colectiva para los que se hace una remisión a la legislación nacional (64).

En el Ordenamiento jurídico vigente, la propiedad intelectual distingue, en los derechos de los autores, el derecho moral de los derechos de explotación. En relación con la faceta del derecho moral, la licencia *Creative Commons* contiene la garantía de que quien usa la obra debe citar el nombre del autor, siendo de aplicación subsidiaria lo dispuesto sobre los demás derechos morales en la Ley de Propiedad Intelectual. En cuanto a los derechos de explotación, el artículo 17 de la Ley de Propiedad Intelectual determina que: «Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley» (65)

Al autor, por tanto, le corresponde en exclusiva la decisión sobre la copia (reproducción) de la obra, sobre la distribución de la obra, sobre la comunicación pública de la obra, y sobre la realización de una obra transformada.

Con respecto a estos cuatro derechos, cualquier licencia «prohibitiva» suele establecer interdicciones. La diferencia consiste en que las licencias *Creative Commons* establecen permisos. XALABANDER expone que el autor es titular de su obra y que puede permitir con respecto a ella lo que crea conveniente.

(62) BOYLE (2008). *The Public...*, p. 183.

(63) Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, accesible el 3.11.2009 en http://www.mcu.es/legislacionconvenio/downloadFile.do?docFile=/HTTPD/deploy/pedpas/datos/LegislacionConvenio/legislacion/rd_ley_1-1996.pdf.

(64) DE LA CUEVA, J.: «Por qué las licencias *Creative Commons* son legales en España», Texto leído en la conferencia de los 100 días de las licencias *Creative Commons* en España. Documento en línea: <<http://www.derecho-internet.org/node/272>>. Fecha de última consulta: 9 de septiembre de 2008.

(65) Junto a la conferencia referenciada en la anterior cita, véase XALABANDER, R.: «Las licencias ...», pp. 8 y ss.

En el caso de las licencias *Creative Commons* es que, en lugar de decir «está prohibido» copiar, se dice «está permitido» copiar (o distribuir, difundir o transformar). Compartimos con la doctrina citada que «...esta regulación de permisos, haciéndola clara y transparente para el tercero, en nada atenta contra la Ley de Propiedad Intelectual sino que es el ejercicio del derecho soberano que todo autor tiene sobre su obra. Este acto libérrimo, permitir a los demás utilizar la obra creada, es lo que verdaderamente diferencia las licencias *Creative Commons* de las demás licencias». En definitiva, como indica De la Cueva, sobre la legalidad de estas licencias, en los derechos morales, «...lo que se aplica es la Ley; en los derechos de explotación, lo que se aplica es el derecho exclusivo del autor a decidir quién, cómo y cuándo puede ejercer los derechos a copiar, distribuir, comunicar y transformar» (66).

Como señala la doctrina, la licencia *Creative Commons* no significa necesariamente que su utilización no permita la remuneración de los autores ya que el autor puede autorizar y cobrar por cualquier acto de explotación que autorice más allá de la licencia CC (especialmente si ha excluido los usos comerciales y las obras derivadas), cubren «todos los medios y formatos, tangibles o intangibles, conocidos o por conocer» y tienen carácter perpetuo (67).

Asimismo, el autor puede excluir con la licencia *Creative Commons* la realización de obras derivadas y los usos comerciales. No afectan, en cambio, las excepciones o limitaciones al derecho de autor que —por su interés público— la ley excluye del derecho de autor (68).

Por último, la utilización de una licencia *Creative Commons* genera seguridad jurídica en favor del autor ya que le permite conocer qué derechos está cediendo y graduar los mismos, permitiendo, si así es su voluntad, la posibilidad de que terceros hagan uso comercial de la obra o que la utilicen, a su vez, como punto de partida para crear nuevas obras. Igualmente, la utilización de obras con licencia *Creative Commons* genera seguridad jurídica en favor del usuario de las obras, ya que, frente a «todos los derechos reservados» la licencia expresa rotundamente que el autor, sin necesidad siquiera de pedirle permiso o notificárselo, le está cediendo derechos y le permite disfrutar la obra y tomarla como base, a su vez, para también ser creativo.

(66) <http://www.derecho-internet.org/node/272> , accesible el 3.11.2009.

(67) XALABANDER, R.: «Las licencias...», p. 8 y ss.

(68) XALABANDER, R.: «Las licencias...», p. 10.

IV. CONSIDERACIONES SOBRE EL LUGAR DE LAS LICENCIAS CREATIVE COMMONS EN EL SECTOR PÚBLICO

En el ámbito de las Administraciones Públicas, las licencias *Creative Commons* pueden ser de interés porque, por un lado, facilitan la publicación de obras en Internet autorizando su uso al público y, por otro, su localización y acceso por parte del público y permitiría modular los usos que se quieran autorizar de los contenidos ofrecidos.

1. La Administración ante el mercado del conocimiento

La Administración se encuentra ante un mercado del conocimiento cuyo objeto material son contenidos inmateriales recogidos en los más diversos soportes y con un conjunto de factores técnicos derivados de las TIC en continua evolución, que hacen muy compleja su comprensión por los sujetos que intervienen en el mismo.

Desde el punto de vista normativo, nos encontramos ante un mercado regulado a escala nacional y comunitaria pero cuyas fronteras físicas no concuerdan con los citados ámbitos territoriales. Esto supone una falta de ajuste entre operadores del mercado, administraciones reguladoras y vigilantes del respeto a las normas. Igualmente, las categorías normativas, como es el caso del dominio público, no interconectan correctamente con el objeto de este mercado, el del conocimiento o la propiedad intelectual.

En cuanto a los sujetos del mercado, el ciudadano se presenta ante la Administración con tres roles distintos: consumidor, administrado y creador de contenidos.

La propia Administración es reguladora y operadora sectorial porque no sólo legisla sino que, por la propia naturaleza de su actuación, que abre o construye bienes a la utilización colectiva, efectuando una labor prestacional de las carencias del individuo. En ejercicio de tal competencia prestacional, la Administración pone a disposición la información pública para su reutilización y pone a disposición los contenidos de obras colectivas o individuales de carácter artístico o científico-académico.

En este contexto, las Administraciones públicas contemplan, como el resto de los operadores sectoriales, el proceso de decaimiento del modelo de la propiedad intelectual en favor del modelo informacional, que fomenta, como se ha expuesto, la puesta a disposición de contenidos y productos intelectuales «libres» o «liberados para ciertos usos y con condiciones» pertenecientes o que forman parte del conocido como dominio público o del monopolio reconocido al autor en nuestro Ordenamiento.

2. La reutilización de información del Sector Público

Las licencias abiertas pueden facilitar el cumplimiento por las Administraciones Públicas de Directiva sobre la reutilización de la información pública. En su artículo 8, se dispone que los organismos del sector público podrán autorizar la reutilización de documentos sin condiciones o bien podrán imponer condiciones, en su caso a través de una licencia, teniendo en cuenta los aspectos pertinentes. Estas condiciones no restringirán sin necesidad las posibilidades de reutilización y no se usarán para restringir la competencia. En los Estados miembros en que se utilicen licencias, éstos velarán por que las licencias modelo para la reutilización de documentos del sector público, que podrán adaptarse para responder a solicitudes concretas de licencia, estén disponibles en formato digital y puedan ser procesadas electrónicamente (69).

En el ámbito interno, la norma comunitaria se ha traspuesto mediante la Ley 37/2007, que dispone que en caso de que las administraciones sometan la reutilización de información a condiciones establecidas mediante licencias-tipo, las condiciones de reutilización de información que se incorporen en las

(69) La Directiva debe ser aplicable a los documentos que se hagan accesibles con fines de reutilización cuando los organismos del sector público suministren con licencia, vendan, difundan, intercambien o entreguen información. La Directiva no es aplicable a aquellos casos en que, con arreglo al régimen pertinente de acceso, los ciudadanos o empresas sólo puedan obtener un documento si pueden demostrar un interés particular. A nivel comunitario, los artículos 41 (derecho a una buena administración) y 42 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconocen el derecho de todo ciudadano de la Unión y de toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro a tener acceso a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. Se debe instar a los organismos del sector público a poner a disposición, con vistas a su reutilización, todos los documentos que conserven. Los organismos del sector público deben promover y alentar la reutilización de documentos, inclusive los textos oficiales de carácter legislativo y administrativo, en los casos en los que el organismo del sector público tiene el derecho a autorizar su reutilización. La presente Directiva no se aplicará a: a) los documentos cuyo suministro sea una actividad que se salga del ámbito de la misión de servicio público de los organismos del sector público afectados, definida con arreglo a la legislación o a otras normas de obligado cumplimiento del Estado miembro o, en su ausencia, definida en consonancia con la práctica administrativa común del Estado miembro de que se trate; b) los documentos sobre los que existan derechos de propiedad intelectual por parte de terceros; c) los documentos a los que no pueda accederse en virtud de regímenes de acceso de los Estados miembros, por motivos, entre otros, de: protección de la seguridad nacional (esto es, seguridad del Estado), defensa o seguridad pública, y confidencialidad estadística o comercial; d) los documentos conservados por las entidades de radiodifusión de servicio público y sus filiales, y por otras entidades o sus filiales para el cumplimiento de una misión de radiodifusión de servicio público; e) los documentos conservados por instituciones educativas y de investigación, tales como centros escolares, universidades, archivos, bibliotecas y centros de investigación, con inclusión, si procede, de organizaciones creadas para la transferencia de los resultados de la investigación; f) los documentos conservados por instituciones culturales tales como museos, bibliotecas, archivos, orquestas, óperas, ballets y teatros. (Directiva 2003/98/CE del PE y del Consejo, de 17 de noviembre de 2003, relativa a la reutilización de la información del sector público, DOUE 31.12.2003).

licencias deberán ser claras, justas y transparentes; no deberán restringir las posibilidades de reutilización ni limitar la competencia; no deberán ser discriminatorias para categorías comparables de reutilización (70).

De igual modo, en la Ley 37/2007, se establece que el contenido mínimo de las licencias otorgadas habrá de reflejar al menos la siguiente información: finalidad para la que concede la reutilización; duración de la licencia; obligaciones del beneficiario y del Organismo concedente; responsabilidades de uso; modalidad financiera: carácter gratuito y en su defecto tasa o precio público aplicable. Las licencias deberán estar disponibles en formato digital y ser procesables electrónicamente.

3. La licencia

Ha sido remarcado que predomina actualmente un modelo de la propiedad intelectual de carácter informacional. Este modelo se basa en la preferencia por la oferta de contenidos y productos intelectuales «libres» o «liberados para ciertos usos y con condiciones».

En el ámbito administrativo, estos contenidos son los pertenecientes o que forman parte del conocido como dominio público o del monopolio reconocido al autor en nuestro Ordenamiento.

En todo caso, en el marco de las diversas posiciones doctrinales existentes, se ha afirmado la posibilidad de conceder usos generales sobre los mismos o acotar dichos usos mediante el empleo de licencias.

En dicho contexto, ya se ha mencionado que XALABANDER destaca que, por defecto, la cláusula Creative commons supone la autorización de la reproducción, la distribución, transformación y comunicación pública de la obra, para cualquier finalidad y para todas las modalidades de explotación, con carácter gratuito y por todo el plazo de protección (71). Por ello, entre las clases de licencias anteriormente referidas diversas Administraciones, han elegido la más adecuada para los intereses que se manifiestan en el caso de las Administraciones públicas, la licencia *Creative Commons* reconocimiento-no comercial-sin obra derivada.

En todo caso, el régimen de la licencia garantiza dar transparencia y claridad a las condiciones que se establezcan para acceder a la información; evita discriminaciones y favorece la libre competencia; previene abusos y manipulaciones de la información no deseados. Además, este régimen per-

(70) Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, BOE 276, 17.11.2007.

(71) XALABANDER PLANTADA, R.: «Las licencias Creative...», p. 6

mite a las Administraciones recabar información para analizar la demanda y adaptarse a las necesidades de empresas y ciudadanos, incluso aplicar tarifas a las mismas.

En el Proyecto Aporta, anteriormente citado, se concreta un contenido recomendado para la licencia que sería el siguiente: la finalidad concreta para la que se concede la reutilización, comercial o no comercial; la duración de la licencia; las obligaciones del beneficiario; las obligaciones del organismo concedente; las responsabilidades de uso de la licencia; las modalidades financieras, gratuita o contraprestación económica aplicable; y el formato, ya que, en consonancia con los signos de los tiempos, deberán estar disponibles en formato digital y ser procesables electrónicamente.

Aunque en este trabajo ha sido analizado singularmente el caso de las licencias *Creative Commons*, las Administraciones públicas pueden crear unas licencias-tipo, adaptadas a sus necesidades, para facilitar la reutilización o emplear las licencias de Difusión Abierta (nacidas para la gestión de los Derechos de Propiedad Intelectual (72).

De hecho, conforme a la legislación vigente en materia de derechos de autor, las bibliotecas, los centros de enseñanza, los archivos y los museos accesibles al público ya se benefician de una excepción, formulada en términos muy precisos, al derecho de comunicación al público y al derecho de puesta a disposición de obras u otras prestaciones, a efectos de investigación o de estudio personal, a través de terminales especializados instalados en los *locales físicos* de estos establecimientos (artículo 5, apartado 3, letra n), de la Directiva de reutilización de la información) (73). Cabría plantearse si dichas excepciones se extienden a la información disponible en los *locales electrónicos* o sitios webs de las citadas bibliotecas, centros de enseñanza, archivos y museos.

En esta línea, desde Universidades y Administraciones públicas, como hemos señalado anteriormente, se están desarrollando iniciativas del tipo *Open Data*, en las que las licencias *Creative Commons* tienen un rol fundamental.

(72) A modo de ejemplo, se han citado anteriormente: Aire Incondicional, Arte Libre, Color Luris, Common Documentation License (CDL), *Creative Commons*, Licencia Pública de la Unión Europea, Licencia de Documentación Libre y, por último, Publicación Abierta (*Open Content*).

(73) En esta excepción posiblemente no está incluida la entrega electrónica de documentos a usuarios finales a distancia. Por lo que respecta a la entrega electrónica de materiales a usuarios finales, el considerando 40 de la Directiva señala que la excepción en beneficio de las bibliotecas y archivos no debe aplicarse a las «utilizaciones realizadas en el contexto de la entrega en línea de obras o prestaciones protegidas».

V. CONCLUSIONES

Las Administraciones públicas no pueden permanecer al margen del proceso de decaimiento del modelo de la propiedad intelectual en favor del modelo informacional, que fomenta, como se ha expuesto, la puesta a disposición de contenidos y productos intelectuales «libres» o «liberados para ciertos usos y con condiciones» pertenecientes o que forman parte del conocido como dominio público o del monopolio reconocido al autor en nuestro Ordenamiento.

La actualidad del debate es innegable y sirve para revisar los principios y prioridades de las Administraciones públicas respecto a la gestión del conocimiento.

Sin reincidir en la idea de la necesaria evolución del marco normativo de referencia, la Ley de Propiedad Intelectual, en estas líneas se ha expuesto como la categoría de dominio público sobre la propiedad intelectual interconecta sin dificultad alguna con las licencias *Creative Commons* aun en la concepción tradicionalmente defendida por la doctrina administrativa, que considera que el dominio público sobre la propiedad intelectual se cataloga en una especie de concesiones administrativas sobre el demanio. En el ámbito de la propiedad intelectual, el dominio público se sitúa ante un concepto económico de bien público, accesible e utilizable por parte de todos.

En todo caso, será necesario que concurren las circunstancias que convierten a un bien o un derecho en demanial mediante la correspondiente actuación de la Administración que defina su uso bien general, bien liberados para ciertos usos o con condiciones mediante la creación de unas licencias-tipo, adaptadas a sus necesidades, para facilitar la reutilización o emplear las licencias de Difusión Abierta, entre las que se ha dedicado especial atención a las licencias *Creative Commons*.

Un aspecto fundamental del análisis realizado es la descripción de las bases teóricas de la protección de los bienes inmateriales que pone de manifiesto el conflicto permanente entre protección de la innovación y fomento del desarrollo técnico-creativo.

Es cierto que existen problemas de coordinación derivados de la compatibilidad de licencias y procesos y que pueden llevar consigo ciertos costes de transacción. No obstante, como apunta BOYLE, la clave de las *Creative Commons* es que son un nuevo instrumento en el diseño de un entorno adecuado para la cultura y la innovación. La web misma pone de manifiesto el poder de la creatividad ofrecida bajo este sistema en trabajos de referencia, sistemas operativos, conversaciones culturales, bibliotecas de imágenes y música, etc. Gran parte de la innovación se está generando al margen del modelo de propiedad intelectual y, sobre el mismo, lo único que algunos

legisladores parecen escuchar es que las copias más baratas significan más piratería.

Por ello, el poder legislativo y el ejecutivo se encuentran en la compleja configuración del mercado del conocimiento ante el reto de una mejor gestión de los soportes digitales. En el Ordenamiento vigente, el concepto de licencia *Creative Commons* en el marco de los proyectos e iniciativas de *Open Data* cumple, por su objeto y clases, una función de gran utilidad para el fomento de la reutilización de la información por el sector público así como para garantizar mayores cotas de transparencia y fomentar la innovación y la creatividad.