

LA PROMOCIÓN LEGAL DEL ACCESO ABIERTO A LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA

*Fernando Carbajo Cascón**

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Mercantil

Universidad de Salamanca (España)

SUMARIO: I. PROPIEDAD INTELECTUAL Y ACCESO A LA INFORMACIÓN EN LA SOCIEDAD DEL CONOCIMIENTO.- II. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL MOVIMIENTO *OPEN ACCESS*.- III. IMPULSO NORMATIVO DEL ACCESO EN LÍNEA A LA INFORMACIÓN: 1. Unión Europea; 2. España. IV. LA CREACIÓN DE REPOSITARIOS DE OBRA Y DATOS CIENTÍFICOS (*OPEN ACCESS/OPEN SCIENCE*): 1. El caso español. Art. 37 de la Ley 14/2011 de Ciencia, Tecnología e Innovación; 1.1. La particular situación de las tesis doctorales en España. Real Decreto 99/2011, de 28 de enero, por el que se regulan las enseñanzas oficiales de doctorado; 2. El caso argentino. Ley 26.899, de 13 de noviembre de 2013.

I.- PROPIEDAD INTELECTUAL Y ACCESO A LA INFORMACIÓN EN LA SOCIEDAD DEL CONOCIMIENTO

Superados sus orígenes iusnaturalistas, propios del humanismo de la ilustración y de la Revolución Francesa (otorgar al creador un derecho de propiedad sobre el fruto de su actividad intelectual), la evolución del derecho de propiedad intelectual ha respondido fundamentalmente a una ideología utilitarista, considerándose hoy día mayoritariamente como un mecanismo jurídico creado artificialmente por el hombre no sólo para proteger los frutos de su esfuerzo intelectual, sino también, y

* Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Salamanca (acreditado para Catedrático de Universidad). Investigador Principal del Grupo de Investigación Reconocido de la Universidad de Salamanca “Propiedad Intelectual, Innovación y Desarrollo Socioeconómico (EURIPIDES)”. Este trabajo se enmarca en los siguientes Programa de Investigación I+D+I: “*Propiedad Intelectual y Universidades: uso de contenidos con fines educativos y científicos; protección, explotación y transferencia de resultados*”, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (DER2013-44872-R), para los años 2014-2016, del que el autor es Investigador Principal; “*Protección y Titularidad de los Resultados de la Investigación y Transferencia y Difusión del Conocimiento en las Universidades de Castilla y León*”, financiado por la Junta de Castilla y León (SA266U13), para los años 2013-2016, del que el autor es investigador principal.

fundamentalmente, para fomentar la creación intelectual y la inversión industrial en contenidos culturales, científicos, de entretenimiento o de información en general. Con tales fines, la legislación de propiedad intelectual otorga con un derecho exclusivo a creadores, intérpretes e industria de la cultura y de la información para incentivar el proceso de investigación, creación y difusión de la ciencia, la cultura y la información, favoreciendo indirectamente el acceso de todos los ciudadanos a la información y el desarrollo cultural, científico, técnico y económico del conjunto de la Sociedad.

Es cierto, no obstante, que la atribución de un derecho de exclusiva a creadores, intérpretes e industria que les permite prohibir el acceso y uso de sus contenidos sin autorización, puede bloquear el acceso a los contenidos y, en consecuencia, a la información, impidiendo así el fin político-legislativo de impronta utilitarista que subyace a la legislación de propiedad intelectual. Por eso, en correspondencia con la función social ínsita en el derecho constitucional de propiedad propio del Estado Social y Democrático de Derecho (especialmente perceptible en los distintos derechos de propiedad intelectual y, particularmente, en los derechos de autor y conexos), la propia legislación sobre propiedad intelectual estableció desde el principio límites temporales a la protección otorgada a los titulares de derechos (de manera que, cuando caduca la protección, los contenidos pasan a engrosar el acervo cultural, científico y técnico de la Sociedad siendo libremente utilizables por cualquiera independientemente del fin perseguido) y, con el tiempo, ha venido estableciendo paulatinamente límites materiales al derecho exclusivo para favorecer el acceso a contenidos protegidos mientras dure la protección reconocida a los mismos. Entre estos límites materiales que favorecen el acceso a contenidos protegidos y, con ello, a la información de carácter cultural, científico o técnico contenida en los mismos, destacan la copia privada, la cita y las revistas de prensa, la ilustración para la enseñanza, la reproducción con fines de investigación y el préstamo público en bibliotecas, archivos y museos, la parodia o el uso de contenidos para elaborar trabajos o difundir información sobre temas de actualidad.

En la era de la información -en la sociedad del conocimiento- parece claro que los límites materiales previstos en la legislación de propiedad intelectual son claramente insuficientes para satisfacer la ingente demanda de información que exige el nuevo modelo socioeconómico. Además, la utilización de medidas tecnológicas para controlar el acceso no autorizado a los contenidos protegidos (encriptación, medidas de control

del copiado, etc.), hace que en muchas ocasiones esos límites resulten inaplicables e inoperantes, ya que en la explotación en línea de contenidos la Ley prioriza la voluntad de las partes plasmada en los contratos de licencia de usuario final (que permiten la reproducción de contenidos para uso personal del usuario, y que es un contrato de adhesión predispuesto por el prestador de servicios de la sociedad de la información) sobre la aplicación de los límites legales a los derechos exclusivos¹. Quien detente los derechos de explotación sobre los contenidos protegidos (normalmente un editor o un productor de fonogramas, grabaciones audiovisuales o bases de datos previa cesión de derechos por el autor o autores) reclamará un pago para el acceso a la información (modelo de negocio “*pay per use*”) autorizando la reproducción con fines de uso personal, sea para una persona individualmente o sea en forma de licencia multiusuario celebrada con empresas o instituciones de cualquier tipo (Universidades, Administración Pública, bibliotecas o archivos, etc.). Los modelos de difusión comercial de contenidos o “modelos de negocio” pueden consistir en pagos singulares por descargar una copia digital de una concreta obra o prestación, incluyendo “*bonus*” o descuentos en función del número de descargas realizadas², o pueden consistir en modelos de suscripción a una base de datos de contenidos (literarios, científicos, musicales, audiovisuales) para que el usuario se conecte en cualquier momento y desde cualquier punto para disfrutar de esos contenidos mientras dure su conexión al servicio³. En ambos casos, el titular del servicio, contando con la previa autorización de los titulares de derechos sobre esos contenidos (derechos de autor y derechos conexos), autoriza mediante licencia al usuario (contrato de licencia de usuario final) para que realice una reproducción provisional (modelo “*streaming*” o acceso) o duradera (modelo descarga o “*downloading*”) con fines de uso personal⁴.

Así las cosas, los sucesivos avances tecnológicos y la aparición de nuevos modelos de negocio basados en dichos avances (modelos de pago por uso en formato descarga o “*streaming*” y régimen contractual de licencia de usuario final) complican la solución del dilema incentivo-acceso a través de los límites materiales a los derechos

¹ Cfr., en la normativa europea, art. 5.5 de la Directiva 2011/29/CE, de 22 de mayo de 2011, sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información, y, en España, art. 161.5 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996, reformada por la Ley 23/2006.

² Modelo típico del servicio itunes o amazon.

³ Modelo propio del servicio spotify, google play o nubico.

⁴ La reproducción duradera puede ser permanente (copia intemporal) o puede limitarse en el tiempo, de manera que la copia descargada tenga un periodo de duración transcurrido el cual desaparece (copia evanescente).

exclusivos. Pero al mismo tiempo la tecnología ofrece soluciones alternativas para facilitar el acceso los contenidos, es decir, para favorecer el acceso en línea a todo tipo de obras y prestaciones, sea para su mera consulta con fines exclusivamente personales (sin restricciones de acceso, es decir libre, y con carácter gratuito), o sea siguiendo un modelo de difusión de la información en régimen de acceso abierto (“*Open Access*”) a través de redes telemáticas que permita al usuario que accede en línea a un contenido reproducirlo libremente para uso personal o para compartirlo y ponerlo a disposición de terceros mediante su comunicación en línea, su distribución en ejemplares fuera de línea e incluso, llegado el caso, para transformar el contenido.

En un modelo simple de acceso en línea, el titular del servicio autorizaría a cada miembro del público a realizar gratuitamente una reproducción provisional de la obra que pone a disposición en un sitio en línea con la única finalidad de acceder y disfrutar de la misma mientras dure la conexión⁵ o, en su caso, para descargar una copia con fines de uso exclusivamente personal (es decir, sin posibilitar la redifusión de la misma en línea o fuera de línea ni tampoco su transformación). Esta licencia de usuario final gratuita puede tener carácter expreso (exponiendo las condiciones de acceso, reproducción y uso en unas condiciones generales visibles en la web) o implícito (entendiendo que existe autorización implícita para reproducir provisional o permanente una obra o prestación con fines de uso personal en el hecho de poner a disposición del público en Internet cualquier contenido no protegido ni sujeto a ninguna otra condición⁶.

⁵ Un ejemplo puede ser de Google Books, donde se autoriza el acceso y la reproducción provisional (mientras dure la conexión) para navegar por parte del contenido que se pone a disposición; no se autoriza la descarga ni tampoco la impresión. Es el modelo también que están siguiendo algunas Bibliotecas nacionales o panacionales, como el proyecto de Biblioteca Digital Europea, Europea (www.europeana.eu). Para facilitar este tipo de usos los contenidos deben estar en dominio público o bien contar con la autorización de los titulares de derechos, salvo que puedan ampararse en algún límite o licencia legal, como sucede en Europa con el nuevo régimen de las obras huérfanas (Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas). En Estados Unidos de América, la sentencia dictada por el Juez de Distrito Chin, el 14 de noviembre de 2013, en el caso “The Authors Guild c. Google Inc.”, aplica el límite genérico del “*fair use*” o uso leal para considerar lícita la reproducción y puesta a disposición de obras literarias y científicas por parte del servicio Google Books sin solicitar la autorización ni remunerar a autores y editores. Contrasta con esta decisión (apelada ante el tribunal superior), la sentencia que fue dictada en Francia por el Tribunal de Grande Instance de Paris, 3ª Sala, 2ª Sección, con fecha de 18 de diciembre de 2009 en el caso seguido por la asociación de editores franceses contra Google France y Google Inc., en la que se declara la infracción de derechos de reproducción y de comunicación pública de los autores y editores (como titulares derivativos) por parte de Google.

⁶ En ambos casos la licencia es a los únicos fines de reproducir con fines de uso y disfrute personal, de modo que el usuario que acceda a la copia en línea de un contenido no podrá luego proceder a una comunicación pública, distribución o transformación del mismo, ya que estos otros actos de explotación

En el modelo o formato “*Open Access*” se permite el acceso abierto y universal a contenidos de todo tipo mediante contratos de licencia pública general (“*General Public License*”), por medio de los cuales los titulares de derechos, amparándose en la libertad de criterio que les confiere su derecho de propiedad, deciden poner a disposición del público sus contenidos sin las restricciones propias de los derechos exclusivos reconocidos por la legislación de propiedad intelectual, permitiendo el acceso, la copia o reproducción, la distribución, la comunicación e incluso -en ocasiones- la transformación o modificación de esos contenidos (a través de la conocida cláusula “*copyleft*”, que fomenta no sólo el libre acceso e intercambio de contenidos sino también la creación gregaria o en cadena), con la única condición ineludible de reconocer la titularidad de derechos sobre esos contenidos citando la fuente original.

Conviene distinguir, por tanto, entre acceso libre (y gratuito) a la información y acceso abierto, el cual -este último- facilita no sólo el acceso a la información por parte de los usuarios sino también la reutilización o redifusión de esa información e incluso la capacidad de interacción con la misma. A través principalmente del “*Open Access*” se estaría haciendo realidad la vieja idea del “procomún” en el acceso, difusión y generación del conocimiento (la ciencia, la técnica y la cultura libres), respetando al mismo tiempo el sistema de la propiedad intelectual⁷. Aunque la idea de cultura libre y las licencias públicas generales, en particular aquellas que incorporan la cláusula “*copyleft*”, se presenten frecuentemente como una herramienta contraria a la propiedad intelectual (copia libre o copia abandonada), realmente los distintos tipos de licencias públicas generales parten del expreso reconocimiento a la propiedad intelectual, si bien proponen un modelo alternativo para la difusión de contenidos consistente en autorizar el acceso y difusión de contenidos bajo algunas condiciones⁸, lejos del modelo comercial típico de la industria del “*copyright*”. Puede decirse, entonces, que la licencia

no quedarían comprendidos en la licencia básica. Dependerá luego del responsable de la web utilizar medidas tecnológicas para bloquear la copia (descarga) y modificación del contenido, permitiendo solamente su acceso en línea o su descarga pero impidiendo cualquier alteración del mismo.

⁷ En ningún caso puede incluirse en el régimen de “*open access*” el intercambio de archivos con copias ilícitas de contenidos de terceros en sistemas o redes “peer to peer” (P2P), a no ser que sea el propio titular de derechos de autor o conexos el que voluntariamente suba una copia de sus contenidos a estas redes autorizando al público a su copia y redifusión mediante una licencia pública general.

⁸ Este tipo de licencias ofrecen algunos derechos a terceras personas (reproducir, distribuir, comunicar, transformar), en su caso bajo ciertas condiciones (reconocimiento del autor, uso no comercial, no modificar). Será entonces cada titular quien libremente, con fundamento en su derecho de autor, decida difundir su obra o prestación entre el público siguiendo un modelo abierto y general, otorgando una licencia pública para todo aquel que quiera aceptarla mediante el simple uso del contenido licenciado dentro de los márgenes permitidos por el licenciante.

pública general (GPL) se erige en el soporte jurídico del conocimiento libre o abierto, siendo el paradigma de esta novedosa y atípica fórmula contractual (que trastoca considerablemente las reglas sobre transmisión de derechos de propiedad intelectual contenidas en las legislaciones nacionales)⁹ las ya célebres licencias “*creative commons*”¹⁰. Por lo tanto, ni las licencias públicas generales ni, en particular, el “*copyleft*” son algo contrario u opuesto al “*copyright*” o propiedad intelectual, sino que, realmente, la licencia pública general y el “*copyleft*”¹¹ parten del reconocimiento previo y necesario del “*copyright*” o derecho de autor por el simple hecho de la creación de una obra original y son una expresión de la soberanía del autor sobre su obra (o del titular del derecho conexo sobre su prestación) para escoger libremente la forma de difusión de su obra entre el público.

El problema de esta alternativa “tecncontractual” está en su alcance jurídico, más allá de su función de utilidad social; y en el exacto conocimiento del alcance de sus términos por los autores o titulares de derechos que decidan recurrir a las mismas¹². En

⁹ Aunque algunos ordenamientos, como el francés o el alemán, ya han dado entrada en sus ordenamientos a la posibilidad de emplear este tipo de licencias para la transmisión de derechos exclusivos.

¹⁰ El origen de los movimientos precursores del conocimiento libre se sitúa en el ámbito del software; en concreto la licencia GNU de software libre desarrollada por parte de la “*Free Software Foundation*”. Y en el terreno de la literatura científica y académica en la “*Open Access Initiative*”. Posteriormente, el movimiento “*Creative Commons*” ha extendido la idea de la cultura libre a todo tipo de contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual, especialmente los contenidos científicos (pero también los literarios y musicales), convirtiéndose en el principal exponente de la creación y difusión de contenidos al margen de los modelos y canales comerciales basados en el modelo de explotación tradicional del “*copyright*”. Cfr., <http://www.creativecommons.org>.

¹¹ Aunque es frecuente recurrir al término “*copyleft*” para caracterizar todo el movimiento de acceso libre a la información, confrontándolo al modelo tradicional de difusión de contenidos a través de intermediarios comerciales propio del “*copyright*”, realmente no deben confundirse las licencias públicas generales (GPL) con la cláusula “*copyleft*”. Esta cláusula puede formar o no parte de una licencia pública general y requiere en todo caso que el titular permita, por medio de una licencia pública general, la transformación o modificación de su obra, para, posteriormente, obligar al responsable de la obra resultante de la transformación (obra derivada) a poner la misma a disposición del público (sea de forma onerosa o gratuita) con las mismas condiciones; esto es, permitiendo el libre acceso y modificación de la obra. Sólo así puede lograrse la máxima libertad en la circulación de contenidos por la Red; y sólo así se lograría alcanzar plenamente la idea del “procomún”. Ahora bien, no todo autor está dispuesto a dejar que se modifique libremente su obra, y por eso el movimiento “*creative commons*” no es propiamente dicho un movimiento “*copyleft*” (como sucede con el movimiento de software libre y la licencia GNU). Es un movimiento más sutil y complejo que pone a disposición del titular de contenidos varios modelos de licencia para que escoja libremente entre ellas cuando quiera difundir su obra o contenido en abierto.

¹² Sobre la naturaleza y problemática jurídicas de las licencias “*creative commons*”, vid. XALABARDER PLANTADA R., “Licencias creative commons: ¿una alternativa al copyright?”, en UOC Papers, Nº 2, marzo 2006; accesible en www.uoc.edu/uocpapers; SENENT VIDAL M^a J., *La protección jurídica del denominado conocimiento libre*, en Revista de Propiedad Intelectual (pe.i), nº 21, 2006, pgs. 81 y ss.; DELGADO A., “*Las licencias creative commons (Informe de Derecho Español)*”, en AA.VV., *El derecho de autor ante los desafíos de un mundo cambiante (homenaje a la profesora Delia Lipszyc)*, Edit. Palestra/Asociación Peruana de Autores y Compositores, Lima, pgs. 236 y ss.; También SANCHEZ

particular, aunque se discute la misma naturaleza contractual de este tipo de licencias no parece haber problema en admitir la existencia de un contrato entre el titular de derechos o un cesionario y cada miembro del público, apreciando una oferta en la declaración pública de voluntad del titular plasmada en la licencia y una aceptación por actos concluyentes en el usuario que accede a la obra y la usa dentro de los términos de la licencia¹³.

Llegados a este punto, a la vista de las extraordinarias posibilidades de acceso abierto a la información que brindan las nuevas tecnologías, la cuestión fundamental que se presenta es si el acceso abierto debe quedar al libre arbitrio del titular de derecho o si el legislador puede intervenir para obligar a los titulares de derechos a poner a disposición del público sus contenidos en régimen de acceso abierto cuando se den determinadas condiciones. Cuestión esta que adquiere una especial relevancia en relación con la difusión de resultados de la investigación científica a través de repositorios institucionales gestionados por Universidades y Centros de Investigación.

II.- ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL MOVIMIENTO *OPEN ACCESS*

El origen de las iniciativas “*open access*” se sitúa en la reunión del “*Open Society Institute*” celebrada en Budapest en diciembre de 2001, patrocinada por la

ARISTI R., “Las licencias creative commons: un análisis crítico desde el derecho español”, en Revista Jurídica del Deporte y el Entretenimiento, nº 7, 2008. Finalmente, CARBAJO CASCÓN F., “Acceso abierto y piratería de libros electrónicos en Internet”, en CORDÓN GARCÍA J.A./CARBAJO CASCÓN F./GÓMEZ DÍAZ R./ALONSO ARÉVALO J. (Coords.), *Libros Electrónicos y contenidos digitales en la sociedad del conocimiento. Mercado, servicios y derechos*, Pirámide (Anaya) 2012, Capítulo23, pgs. 504-536.

¹³ Lógicamente estaríamos ante un contrato de adhesión, al que resultarían de aplicación las reglas generales del derecho común sobre obligaciones y contratos y las normas sobre control de las condiciones generales de la contratación. No parece que tenga mucho sentido la aplicación de las disposiciones generales sobre transmisión de derechos de explotación de la legislación de propiedad intelectual, puesto que las licencias públicas generales quedan lejos de la finalidad de éstas, que no es otra que la cesión de derechos de explotación del autor o derechohabientes a un tercero (editor, productor) para la utilización económico-industrial de la obra. Las licencias públicas generales tienen carácter perpetuo, mundial e irrevocable. Cualquier limitación en el tiempo o el territorio, así como la posibilidad de revocación de la licencia es directamente contraria a la globalidad del medio natural de expresión de este tipo de licencias y, además, casi imposible de controlar, por lo que se tornaría *de facto* ineficaz. Por eso se dice que, realmente, las licencias públicas generales equivalen en la práctica a una renuncia a los derechos exclusivos autorizados en la licencia. Una vez que el contenido se pone a disposición del público con una licencia pública general, se difundirá libremente por la red y fuera de la red. Ahora bien, no se trata de una renuncia total sobre la obra, sino sobre los derechos cedidos o autorizados en la licencia. Si un usuario se excediera en los usos permitidos por el licenciante, podrá ser perseguido por infracción de los derechos de propiedad intelectual.

Fundación Soros, y de la que surgió la “*Budapest Open Access Initiative*”, con la declaración de 14 de febrero de 2002, que busca impulsar el acceso libre a contenidos científicos y académicos¹⁴. La iniciativa “*Open Access*” propone dos estrategias básicas para alcanzar sus objetivos: a) el autoarchivo de sus trabajos por parte de los propios investigadores en repositorios de acceso público creados al efecto; y b) la publicación de revistas alternativas en formato digital en las que no se utilice el “*copyright*” para restringir el acceso y uso de los materiales científicos publicados (modelo comercial), sino para autorizar expresamente el acceso y utilización libre de esos materiales, buscando fórmulas alternativas de financiación.

Poco tiempo después, la “*Bethesda Statement on Open Access Publishing*”, de 20 de junio de 2003, patrocinada por distintos sectores implicados en la publicación científica en una reunión celebrada en el Howard Hughes Institute en Chevy Chase, Maryland, realizó un nuevo impulso a las políticas de acceso abierto con la finalidad última de estimular la discusión en el ámbito de la comunidad biomédica y fomentar el rápido y amplio acceso abierto a literatura científica primaria¹⁵. Más tarde, destaca la “*Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities*”, de 22 de octubre de 2003, patrocinada por la Sociedad Max Planck, y que abunda en los

¹⁴ “*Por acceso abierto a la literatura científica erudita, entendemos su disponibilidad gratuita en Internet, para que cualquier usuario la pueda leer, descargar, copiar, distribuir o imprimir, con la posibilidad de buscar o enlazar al texto completo del artículo, recorrerlo para una indexación exhaustiva, usarlo como datos para software, o utilizarlo para cualquier otro propósito legal, sin otras barreras financieras, legales o técnicas distintas de la fundamental de acceder a la propia Internet. El único límite a la reproducción y distribución, y la única función del copyright en este marco, no puede ser otra que garantizar a los autores el control sobre la integridad de su trabajo y el derecho a ser acreditado y citados. Las nuevas revistas científicas no se basarán en el copyright para restringir el acceso y uso de los materiales que publican. En vez de eso, se aplicará el copyright y otras herramientas para asegurar el acceso abierto permanente a todos los artículos que se publiquen*”.

¹⁵ “*Una publicación de acceso abierto es la que cumpla las siguientes condiciones: 1. El autor o autores y titulares del copyright garantizan a los usuarios el derecho al acceso libre, irrevocable, mundial y perpetuo, así como una licencia para copiar, usar, distribuir, transmitir o comunicar al público la obra y a efectuar y distribuir obras derivadas, en cualquier medio digital para cualquier propósito razonable, sujeto a la atribución de autoría, así como el derecho a realizar un número reducido de copias impresas para uso personal. 2. Una versión completa de la obra y materiales complementarios, incluyendo una copia de la licencia, será depositada inmediatamente preferiblemente en formato electrónico estándar en un repositorio en línea gestionado por una institución académica, asociación educativa, entidad gubernamental o cualquier otra organización reconocida, con la finalidad de procurar el acceso abierto, la distribución ilimitada, la interoperabilidad y el archivo perpetuo*”.

principios y valores de la declaración de Budapest¹⁶ También, la “*Declaration on Access to Research Data from Public Funding*”, del Comité para la Política Científica y Tecnológica de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), de 30 de marzo de 2004, según la cual fomentar un acceso abierto y amplio a los resultados de la investigación aumentará la calidad y la productividad de los sistemas científicos mundiales. No conviene olvidar la “*Open Course Ware Initiative*” del Massachussets Institute of Technologie, cuyo objetivo es poner a disposición del público materiales docentes de todo tipo. Y finalmente el “*Acuerdo de la Asociación de Universidades Europeas sobre Open Access*”, de 25 de enero de 2008, donde se establecen como objetivos de las Universidades el desarrollo de políticas para controlar y poner a disposición del público los resultados de la investigación de sus miembros, la creación de repositorios institucionales y políticas de información sobre derechos de propiedad intelectual a sus miembros y de reserva del derecho a utilizar sus producciones científicas.

En definitiva, las características principales del acceso abierto a la información son las siguientes: *a)* las obras en acceso abierto deben ser libremente accesibles para todos; *b)* el acceso abierto se refiere fundamentalmente a documentos que están en línea, es decir digitales y accesibles a través de Internet; *c)* alcanza preferentemente a obras científicas; *d)* los artículos de revista son el principal documento objeto del movimiento; *e)* los autores no perciben dinero por su esfuerzo; *f)* hay un amplio rango de modalidades de uso para los documentos, ya que se facilita la reproducción, distribución, comunicación pública e incluso la transformación, pero esencialmente se debe garantizar la autoría y la integridad de la obra; *g)* los documentos deben estar depositados en un repositorio que permita la interoperabilidad en base al cumplimiento

¹⁶ “*Definimos el acceso abierto como una amplia fuente de conocimiento humano y patrimonio cultural aprobada por la comunidad científica*” (...) *Las contribuciones de acceso abierto deben satisfacer dos condiciones: –Los autores y depositarios de la propiedad intelectual deben garantizar a todos los usuarios por igual, el derecho gratuito, irrevocable y mundial de acceder a un trabajo erudito, lo mismo que licencia para copiarlo, usarlo, distribuirlo, transmitirlo y exhibirlo públicamente, y para hacer y distribuir trabajos derivativos, en cualquier medio digital para cualquier propósito responsable, todo sujeto al reconocimiento apropiado de autoría, lo mismo que el derecho de efectuar copias impresas en pequeño número para su uso personal. –Una versión completa del trabajo que incluya una copia del permiso, en un conveniente formato electrónico estándar, se deposita (y así es publicado) en por lo menos un repositorio online, que utilice estándares técnicos aceptables, que sea apoyado y mantenido por una institución académica, sociedad erudita, agencia gubernamental, o una bien establecida organización que busque implementar el acceso abierto, distribución irrestricta, interoperabilidad y capacidad archivística a largo plazo*”.

de una serie de protocolos informáticos para que proveedores de servicios y motores de búsqueda como OAIster o Google Scholar puedan recolectar los metadatos de estos repositorios y crear bases de datos de ámbito mundial donde los productos de la investigación estén universalmente disponibles.

Por lo demás, las políticas de acceso abierto siguen dos estrategias fundamentales: 1. *Ruta dorada*: Publicar en revistas electrónicas que permitan el acceso abierto¹⁷. 2. *Ruta verde*: Depositar en repositorios¹⁸. No es extraño, sin embargo, que las revistas en acceso abierto o bien las obras contribuciones publicadas en las mismas sean puestas también, sucesiva o simultáneamente, a disposición del público a través de repositorios institucionales de bibliotecas universitarias o de centros de investigación.

Existe desde hace años un consenso creciente sobre la conveniencia de impulsar los modelos alternativos de difusión y acceso abierto a contenidos, fundamentalmente los de carácter científico, respetando en la medida de lo posible los legítimos derechos de propiedad intelectual. Se trata de potenciar el acceso libre y gratuito a contenidos (fundamentalmente científicos) preexistentes o de nueva creación, ya sea únicamente para su consulta y utilización personal o ya para facilitar su ulterior difusión mediante actos de comunicación y distribución e incluso mediante su transformación. En particular, en el ámbito de la investigación científica se viene entendiendo -cada vez con mayor convencimiento- que los modelos de “*Open Access*” benefician a toda la comunica científica: a los científicos, en tanto que autores y lectores/usuarios de la literatura científica y técnica; a las instituciones, empresas y otras compañías de investigación que financian su investigación, porque verán cómo se incrementa su imagen como centro de investigación o ente colaborador o impulsor de la investigación; y al público en general, que se beneficiará materialmente en un contexto en el que toda o una buena parte de la literatura científica y técnica sea de acceso libre y fácil. Los defensores de este movimiento, afirman que suprimiendo las barreras para el libre acceso y uso de los trabajos de investigación se incrementa considerablemente su difusión y la posibilidad de que alguien se interese y lea lo que se ha escrito, una vez comprobado empíricamente el notable incremento medio que se produce en el número

¹⁷ Vid. Directory of open access journals. <http://www.doaj.org/>.

¹⁸ Vid. Registry of Open Access Repositories (ROAR) <http://roar.eprints.org/>.

de citas recibidas por los artículos publicados en webs, revistas o repositorios en régimen de libre acceso.

Se busca, en definitiva, generar un nuevo modelo de gestión del conocimiento científico, alejado del modelo tradicional de explotación editorial y basado más en la colaboración y en la compensación entre los miembros de la comunidad científica y cultural. Un modelo, se dice, que puede tener un impacto significativo (mayor que el actualmente conocido) en la efectividad y eficiencia de la investigación científica y en la diseminación del conocimiento cultural entre la ciudadanía. Ello implicaría una progresiva sustitución del modelo de propiedad intelectual por un modelo puramente “informativo” que fomenta la puesta a disposición de contenidos “libres de derechos” para ser compartidos por todos los interesados, incrementando la difusión de la ciencia y la cultura y la generación de nuevos contenidos a partir de los anteriores.

En los últimos años este ideal del acceso abierto promovido desde la sociedad científica ha sido apoyado por organizaciones internacionales, como la Unión Europea, e incluso por algunos Estados, que quieren aprovechar las posibilidades de acceso que ofrece la Red para incrementar el volumen de información disponible y, con ello, fomentar el conocimiento de la comunidad científica e incrementar la cultura en general de los ciudadanos. La cuestión es si el impulso institucional al acceso abierto debe quedar en un mero fomento de este tipo de iniciativas o puede llegar a imponerse legal o reglamentariamente, como ha ocurrido en algunos países, entre ellos España y, recientemente, la Argentina, en el ámbito de la información científica.

III.- IMPULSO NORMATIVO DEL ACCESO EN LÍNEA A LA INFORMACIÓN

Como se acaba de exponer, el conocimiento abierto requiere la autorización del acceso con facultades de reproducción, distribución, comunicación pública e incluso transformación de la obra. Sin embargo, en la era del acceso es preciso ampliar las posibilidades de acceso a contenidos preexistentes, aunque sólo sea para la consulta y uso personal. Se trata de dar acceso a la información y al conocimiento que se desprende de los contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual. Aunque en rigor el movimiento “*Open Access*” establece como premisa el acceso y difusión

libre de contenidos, en sentido amplio podríamos incluir dentro de esa “filosofía” cualesquiera otras iniciativas de puesta a disposición de contenidos en Red facilitando su acceso -siquiera sea su simple acceso- de forma gratuita y con fines exclusivamente de uso y disfrute personal.

1. Unión Europea

Desde la Unión Europea se vienen sucediendo en los últimos años un conjunto importante de resoluciones programáticas (no tienen valor normativo directo) que apuestan decididamente por el fomento de la accesibilidad en línea de contenidos depositados en bibliotecas, archivos, museos, fonotecas, filmotecas, hemerotecas y cualesquiera otras instituciones similares. El objetivo básico es potenciar fundamentalmente la digitalización, conservación y puesta a disposición de contenidos preexistentes en dominio público y también los protegidos por derechos de propiedad intelectual vigentes que estén incluidos en el repertorio de bibliotecas, archivos y museos. Mientras en los modelos de conocimiento libre y en el caso de materiales en dominio público se permitiría la copia, distribución, comunicación e incluso la transformación, en el caso de materiales protegidos se garantizaría únicamente el acceso, negociando, en su caso, otros actos de explotación con los titulares de derechos.

El punto de partida de estas resoluciones comunitarias está en el *Proyecto i2010 de Biblioteca Digital Europea*. Por lo tanto, no se relacionan directamente con el conocimiento libre, sino con la digitalización y accesibilidad de materiales preexistentes y con protección vigente. Se trata, en concreto, de la *Comunicación de la Comisión, de 30 de septiembre de 2005, “i2010 Bibliotecas Digitales”* (COM2005, 465 final), que establece las bases para la creación de una biblioteca virtual europea para hacer accesible el patrimonio cultural y científico de Europa, combinando el entorno multicultural con los avances tecnológicos mediante la creación de un único punto de acceso multilingüe, fomentando la digitalización, preservación digital y accesibilidad en línea de materiales, con atención preferente a contenidos de texto e imagen, y respetando en todo caso los legítimos derechos de propiedad intelectual. En relación con éste último punto, se ponen de manifiesto las dificultades que el actual régimen de tutela de la propiedad intelectual plantea para la accesibilidad en línea, puesto que la Directiva 29/2001/CE, de 22 de mayo, sobre la adaptación de los derechos de autor y derechos

afines a la sociedad de la información (DDASI), sólo permite a bibliotecas, archivos, museos y establecimientos similares la digitalización con fines de conservación y puesta a disposición de los usuarios en terminales específicos dispuestos dentro del mismo establecimiento (consulta *in situ*, cfr., arts. 5.2 c. y 5.3 n.; cfr., art. 37.3 TRLPI 1996), excluyendo por completo la posibilidad del llamado préstamo virtual o puesta a disposición gratuita a distancia de los recursos de estos establecimientos. Se llega así a la conclusión de que sólo puede ofrecerse material digital en línea si es de dominio público o si cuenta con el consentimiento expreso de los titulares de derechos.

La posterior *Comunicación y Recomendación de la Comisión, de 24 de agosto de 2006, sobre la digitalización y accesibilidad del material cultural y la conservación digital* (COM2006 3808 final), insiste en la necesidad de potenciar el valor cultural y económico del patrimonio europeo, ampliando la disponibilidad de los contenidos europeos tanto en beneficio de los usuarios finales como de los operadores económicos que deseen ofrecer productos y servicios relacionados con los bienes culturales. Ante las dificultades que plantean los derechos de propiedad intelectual, se recomienda comenzar por la digitalización y puesta a disposición de obras en dominio público, y, para liberar siquiera parcialmente el acceso a materiales protegidos, se recomienda también potenciar los mecanismos de gestión de licencias sobre *obras huérfanas* y *obras descatalogadas*, así como acuerdos en forma de licencia no exclusiva con los distintos titulares de derechos de propiedad intelectual.

Las *Conclusiones del Consejo de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2006, sobre la digitalización y la accesibilidad en línea del material cultural y la conservación digital* (DOCE 2006/C297/01), confirman la importancia de emprender trabajos en la digitalización, conservación y puesta a disposición de contenidos digitales, dentro del pleno respeto de la legislación comunitaria e internacional en materia de propiedad intelectual, animando a los titulares de contenidos a alcanzar acuerdos para que sus contenidos puedan ser objeto de búsqueda y resultar accesibles a través del punto común de acceso multilingüe, e instando a las autoridades competentes para impulsar acuerdos singulares o colectivos entre instituciones culturales (bibliotecas, archivos...) y los titulares de propiedad intelectual para lograr que los contenidos protegidos puedan hacerse accesibles en línea mediante contratos de licencia, así como a establecer mecanismos técnicos y jurídicos para la digitalización y accesibilidad de

obras huérfanas y descatalogadas, estableciendo un marco legislativo adecuado para la conservación digital con especial atención al depósito legal de materiales digitales.

El Informe del Alto Grupo de Expertos en Bibliotecas Digitales i2010 sobre los derechos de autor, la preservación digital, obras huérfanas y obras descatalogadas, de 18 de abril de 2007, pone de manifiesto la insuficiencia de los límites al derecho de autor (en particular los límites de reproducción y puesta a disposición en bibliotecas e instituciones similares) para fomentar la digitalización, conservación y puesta a disposición de contenidos culturales, recomendando a los Estados miembros la creación de soluciones legales adecuadas para permitir el uso con fines no comerciales o comerciales de obras huérfanas, siempre que una búsqueda razonable o de buena fe de los titulares de la propiedad intelectual no ofrezca ningún resultado positivo, previendo en todo caso remuneraciones por si aparecen en algún momento los titulares de derechos, y recomendando también que se impulsen acuerdos de licencia con titulares de derechos para permitir la digitalización y el acceso sobre obras descatalogadas que estén en el repertorio de bibliotecas, archivos y museos, incluso aunque fuera solamente en redes cerradas, y dejando abierta en todo caso una posible revocación de la licencia por los titulares si decidieran volver a comercializar la obra¹⁹.

La Resolución del Parlamento Europeo, de 27 de septiembre de 2007, “i2010: Hacia una biblioteca digital europea” (2006/2040 INI), recomienda, en una primera fase, la digitalización y puesta a disposición de materiales de texto libres de derechos por estar en dominio público, para, en una segunda fase, integrar contenidos de todo tipo con protección vigente, potenciando los acuerdos con los titulares de derechos, prestando especial atención a las obras huérfanas y descatalogadas. A juicio del Parlamento Europeo, la biblioteca digital europea debería permitir a los usuarios consultar íntegramente contenidos libres de derechos y, siquiera en forma de extractos, los contenidos protegidos, así como la posibilidad de hojear virtualmente los contenidos (de forma parecida al proyecto de “Google Books Search”), previendo que el acceso a la totalidad del contenido pueda efectuarse a partir de enlaces, de acuerdo con los titulares y a cambio de una remuneración justa.

¹⁹ Estos acuerdos con autores y editores para poner a disposición del público copias digitales de obras descatalogadas ya se están llevando a cabo en algunos países, como Francia o Noruega. Esta circunstancia permite la recuperación de obras “perdidas” o desconocidas para el gran público, y no excluye una explotación comercial paralela o ulterior por parte de un editor o productor en un formato diferente (por ejemplo un libro impreso, digital o impresión bajo demanda).

En junio de 2008, el Alto Grupo de Expertos en Bibliotecas Digitales publicó el “*Informe Final sobre conservación digital, obras huérfanas y obras descatalogadas*”, así como un “*Informe Final sobre acciones comunes entre instituciones públicas y entidades privadas*” (“*Public Private Partnerships*”) que contiene recomendaciones sobre la cooperación pública-privada en el área de la información científica.

La Comisión siguió adelante con su proyecto de digitalización y diseminación responsable del conocimiento por medio de la *Comunicación de la sobre los derechos de autor en la economía del conocimiento*, de 19 de octubre de 2009²⁰, donde se estudian los problemas que para la propiedad intelectual y las expectativas comerciales de editores y productores a la vista de los nuevos modelos de negocio en Red generan la reclamación de accesibilidad en línea de las colecciones de bibliotecas y archivos, comprometiéndose a efectuar en el futuro un estudio para facilitar la negociación de licencias colectivas para llevar a cabo proyectos de digitalización a gran escala y puesta a disposición por parte de bibliotecas y archivos, o incluso una posible excepción legal para favorecer ese proceso²¹.

Finalmente, se publicó la ya mencionada *Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas*, que se centra en los criterios que debe cumplir la llamada “búsqueda diligente” para poder declarar una como huérfana, en la extensión de tal reconocimiento en todos los Estados de la UE y en los usos autorizados que podrán llevar a cabo en relación con dichas obras huérfanas las bibliotecas, archivos y otras entidades de promoción cultural.

La postrera *Recomendación de la Comisión de 27 de octubre de 2011, sobre la digitalización y accesibilidad en línea del material cultural y la conservación digital*²², insiste en la necesidad de seguir avanzando en el proceso de digitalización, conservación y accesibilidad de contenidos culturales respetando los derechos de propiedad intelectual, apostando fuertemente por una rápida implementación de la normativa sobre obras huérfanas para conseguir ese objetivo.

²⁰ COM (2009) 532 final.

²¹ Vid. al respecto CURTO POLO, M., “La propiedad intelectual en bibliotecas y archivos: su actividad más allá de los límites previstos en el artículo 37 TRLPI”, en CORDÓN GARCÍA J.A/CARBAJO CASCÓN F./GÓMEZ DÍAZ R./ALONSO ARÉVALO J. (Coords.), *Libros Electrónicos y contenidos digitales en la sociedad del conocimiento. Mercado, servicios y derechos*, Pirámide (Anaya) 2012, Capítulo 23, pgs. 550 y ss.

²² COM (2011) 7579 final.

El respeto a la propiedad intelectual debe combinarse con amplias posibilidades de acceso y es preciso impulsar acuerdos con los distintos grupos de intereses. La era de la información así lo exige. Pero para conseguir que el acceso al patrimonio cultural sea mucho más amplio, es preciso emprender conversaciones serias para celebrar amplios contratos de licencia multiusuario entre las instituciones y entidades culturales y los autores, editores y productores, para lo cual entiendo que será fundamental la intervención de las entidades de gestión colectiva.

2. España

En España el reconocimiento de los modelos de acceso abierto en la difusión de contenidos viene produciéndose desde hace unos años a través de diferentes Leyes; unas relativas a la propiedad intelectual y a la sociedad de la información, y otras, de carácter transversal, que pretenden impulsar la economía sostenible y la mayor generación y difusión de la ciencia y la tecnología.

La *Disposición Adicional tercera de la Ley 23/2006, de 7 de julio, de reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996*, dispone que: “*El Gobierno favorecerá la creación de espacios de utilidad pública y para todos, que contendrán obras que se hallen en dominio público en formato digital y aquellas otras que sean de titularidad pública susceptibles de ser incorporadas en dicho régimen, prestando particular atención a la diversidad cultural española. Estos espacios serán preferentemente de acceso gratuito y de libre acceso por sistemas telemáticos, mediante estándares de libre uso y universalmente disponibles. Asimismo, a estos espacios podrán incorporarse las obras cuyos autores así lo manifiesten expresamente*”. Se trata de un apoyo expreso a los estándares abiertos para el acceso y uso de información, asumiendo el Gobierno un compromiso de volcado a la red de las obras que estén en dominio público y de las obras que sean de titularidad pública, invitando además con carácter genérico y abierto a los creadores de todo tipo de obras para sumarse a esa iniciativa, aprovechando los puntos de acceso que sean implementados por la Administración si así lo desean.

En la misma línea, la *Disposición adicional decimosexta de la Ley 57/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información*, intitulada:

“Contenidos digitales de titularidad pública para su puesta a disposición de la sociedad”, establece que: “Siempre que por su naturaleza no perjudique el normal funcionamiento de la Administración, ni afecte al interés público o al interés general, los contenidos digitales o digitalizados de que dispongan las Administraciones Públicas, cuyos derechos de propiedad intelectual le pertenezcan sin restricciones o sean de dominio público, serán puestos a disposición del público en los términos legalmente establecidos, de forma telemática sin restricciones tecnológicas, para su uso consistente en el estudio, copia o redistribución, siempre que las obras utilizadas de acuerdo con lo anteriormente señalado citen al autor y se distribuyan en los mismos términos”. Esta norma no hace sino abundar en lo ya previsto en la DA 3ª de la Ley 23/2006, reforzando con ello el firme compromiso de la Administración con la digitalización y acceso abierto.

Finalmente, la *Disposición adicional decimoséptima de la misma Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información*, intitulada: *“Cesión de contenidos para su puesta a disposición de la sociedad”*, concreta y refuerza la invitación genérica formulada a los creadores en la DA3ª de la Ley 23/2006, disponiendo que: *“Las personas físicas o jurídicas podrán ceder sus derechos de explotación sobre obras para que una copia digitalizada de las mismas pueda ser puesta a disposición del público de forma telemática, sin restricciones tecnológicas o metodológicas, y libres para ser usados con cualquier propósito, estudiados, copiados, modificados y redistribuidos, siempre que las obras derivadas se distribuyan en los mismos términos”*. Con ello el legislador español reconoce expresamente la importancia del acceso abierto a los contenidos, asumiendo un compromiso para poner a disposición del público los contenidos de titularidad pública y alentando a los titulares de derechos de propiedad intelectual para que -si lo desean- pongan sus contenidos a disposición del público en régimen de acceso abierto por medio (aunque no lo diga) de licencias públicas generales²³.

²³ Desde luego la técnica legislativa es defectuosa. Primero porque se hace una declaración genérica en una disposición adicional de una Ley sumamente heterogénea como es la Ley 56/2007, en lugar de contemplar esa forma de cesión o licencia de derechos de propiedad intelectual en su sede natural: la Ley de Propiedad Intelectual de 1996, reconociendo a los autores la posibilidad de otorgar autorizaciones al público para acceder y usar sus contenidos en el capítulo relativo a la transmisión de derechos de autor (cfr., arts. 42 y ss. TRLPI 1996). En segundo lugar, porque parece querer imponer la cláusula *“copyleft”* (compartir por igual), en lugar de dejar libertad a los creadores para que decidan libremente qué tipo de licencia pública general utilizan para poner sus contenidos a disposición del público en forma de acceso abierto. Aunque creo que la comentada DA 17ª Ley 56/2007 debe relativizarse, en el sentido de que se

IV. LA CREACIÓN DE REPOSITARIOS DE OBRA Y DATOS CIENTÍFICOS (*OPEN ACCESS/OPEN SCIENCE*)

En la línea de fomentar el acceso en línea a contenidos culturales y científicos de todo tipo, el movimiento de acceso abierto a la información científica (sea obra científica o meros datos de la investigación) ha encontrado también plasmación normativa en los últimos tiempos. Acceso abierto, que, como antes se dijo, supone un escalón más en las políticas de favorecimiento del acceso “libre” a la información empleando los medios y técnicas de la sociedad de la información; un escalón más que - a través de la fórmula de las licencias públicas generales- implica no sólo el acceso para consulta, sino también la posibilidad de reutilizar esos contenidos mediante su distribución fuera de la Red, su comunicación al público por cualquier medio e incluso su transformación (cláusula “*copyleft*”).

El acceso abierto a la información científica, entendido en sentido amplio, comprende por igual el acceso a obra científica protegida por derechos de autor (“*Open Access*” en sentido estricto)²⁴ y el acceso a datos resultantes de la investigación científica, fórmulas matemáticas, métodos o procedimientos de operación, hechos, ideas y datos experimentales o cualquier información resultante del proceso investigador que se anota habitualmente en los llamados “cuadernillos de investigación” pero no se plasma de forma ordenada en una obra científica y que no goza de una protección

trata de una declaración genérica del legislador reconociendo la licitud de este tipo de modelos alternativos de difusión de contenidos en forma de licencias públicas generales, sin que pueda prejuzgar o determinar obligatoriamente el contenido concreto de esas licencias, que podrá ser definido por cada creador de acuerdo con sus intereses. De hecho, exigir la cláusula “*copyleft*” iría contra la esencia misma de la propiedad intelectual (la libertad de elegir que ese derecho atribuye al autor para decidir cómo difunde su obra) y por eso deben criticarse abiertamente las políticas de algunos repositorios institucionales que conforman de antemano el modo en que los autores deben poner a disposición del público los contenidos que archivan en el repositorio.

²⁴ Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo español (Sala Primera, Civil) de 8 de noviembre de 2012, la obra científica, mencionada en el art. 10 TRLPI, es susceptible de protección como objeto del derecho de autor, pero no por su contenido -científico, técnico o útil en la práctica- ni tampoco por la formación o experiencia de quienes las realizan, impulsan o por los esfuerzos de quienes las financian, sino por tener -si la tiene- una forma de exposición original. Esto es, de forma idéntica al resto de las creaciones intelectuales, pues como es sabido (cfr. art. 9 ADPIC) el derecho de autor no protege las ideas o conceptos que subyacen a una creación intelectual, sino la obra en tanto que expresión o forma exterior elaborada de dichas ideas y conceptos siempre que dicha forma sea original e independientemente del método para su elaboración y del soporte en que se plasme exteriormente.

específica por medio de derechos de propiedad intelectual (“*Open Science*” / “*Open Data*”)²⁵.

En el ámbito de la Unión Europea, la *Comunicación de la Comisión, de 14 de febrero de 2007, sobre acceso, distribución y conservación de información científica en la era digital*, llama la atención sobre la necesidad de potenciar la investigación, la difusión de la ciencia y la competitividad en una economía basada en la ciencia y en la información, fomentando modelos de difusión de información de acceso abierto, incrementando para ello el número de repositorios (en forma de autoarchivo del autor o de revistas científicas digitales) y los puntos de acceso, sobre todo por parte de las Universidades. En este sentido, la Comisión Europea considera que las prácticas habituales de cesiones de derechos de autor sobre obra científica a editores de revistas dificultan la utilización de contenidos en régimen de “*Open Access*”, sucediendo lo mismo con el volcado de material científico a bases de datos protegidas en Europa por el llamado derecho “*sui generis*” del fabricante²⁶, por lo cual -dice- deben ponerse los medios para facilitar el acceso a estos materiales desde dentro de las Universidades y centros de investigación a través de repositorios en régimen de acceso abierto.

Este impulso del acceso abierto aboga por el desarrollo de políticas universitarias e institucionales que supediten la financiación o la atribución de reconocimientos científicos a la publicación de los resultados de las investigaciones en repositorios institucionales de acceso abierto, facilitando herramientas de autoarchivo; la llamada Ruta Verde. En sintonía con ello, las editoriales científicas tradicionales tendrían que adaptarse progresivamente a esta realidad si no quieren desaparecer, y para ello podrán combinar modelos de explotación comercial con modelos de acceso abierto financiados bien por los propios autores que quieren publicar en esa revista (para lo cual

²⁵ Lo cual no impide que pueda hablarse de una suerte de “*propiedad científica*” a modo de propiedad débil (lejos del derecho exclusivo característico de los derechos de propiedad industrial e intelectual) que justifique cierto señorío del investigador o grupo de investigador que haya generado esa información científica, ya para impedir la usurpación y usos no autorizados por parte de terceros o ya para decidir su divulgación a la comunidad científica a través de repositorios o publicaciones especializadas, a modo de resultados preliminares o provisionales de una investigación. Es esta la problemática que subyace al caso “DNA Antiguo” resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Secc. 15ª) de 23 de enero de 2004. Vid. al respecto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R., “La protección de la investigación”, *Aranzadi Civil*, nº 20, 2005; CASAS VALLÉS R., “La Ciencia va al Juzgado (“El caso DNA antiguo”)), *Pe.i Revista de Propiedad Intelectual*, nº 16, 2004, pgs. 107 y ss.

²⁶ Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos. En España, arts. 133 y ss. TRLPI.

deberá potenciarse la calidad de la misma y la revisión por pares) o bien por las propias instituciones científicas, universitarias y culturales; esto es, la denominada Ruta Dorada.

Aunque proliferan ya las iniciativas de “*Open Access*” por parte de instituciones o entidades públicas y privadas²⁷, el problema fundamental reside en cómo persuadir a los investigadores y creadores de obra científica para que archiven sus datos y creaciones resultantes de la investigación en revistas científicas o repositorios institucionales de acceso abierto. Ante esta tesitura, algunos Estados han decidido “salir por la tangente”, tomando la vía más directa: establecer mandatos de depósito en repositorios de acceso abierto a los investigadores financiados con fondos públicos. Es paradigmático el caso de España, seguido recientemente muy de cerca por la República de Argentina.

1. El caso español. Art. 37 de la Ley 14/2011 de Ciencia, Tecnología e Innovación

La facultad de decidir la divulgación de la obra es la primera -junto al derecho de paternidad- de las facultades morales o personalísimas que corresponden al autor por el simple hecho de la creación (art. 14.1 TRLPI español). Una vez divulgada la obra surgen los derechos patrimoniales de explotación (art. 17 TRLPI), es decir, el derecho a prohibir o autorizar la reproducción (art. 18 TRLPI), distribución (art. 19 TRLPI), comunicación pública (art. 20 TRLPI) y transformación (art. 21 TRLPI) de la obra. Así, la decisión de divulgar o no la obra, el lugar y la forma concreta de hacerlo corresponderán exclusivamente al autor, independientemente del tipo de obra de que se trate. En el terreno de la obra científica será el autor quien libremente decida como difundir las obras resultantes de su actividad docente e investigadora. De modo que podrá optar por modelos de difusión o explotación comercial, concertando contratos de edición u otorgando licencias de explotación con terceros interesados entre los que puede incluirse la propia universidad o centro donde trabaja el autor, o bien por una difusión en abierto mediante licencias públicas generales (GPL) del tipo *creative commons* o similares, a través de su propio sitio en línea (web, blog), en sitios en línea

²⁷ Vid. ALONSO ARÉVALO J./CARBAJO CASCÓN F./CORDÓN GARCÍA J.A., “La propiedad intelectual y los derechos de autor en bibliotecas y centros de información: revistas digitales y acceso abierto”, en TORRES RIPA J./GÓMEZ HERNÁNDEZ J.A. (Coords), *El copyright en cuestión*, Deusto, Bilbao, 2011, pgs. 135 y ss., especialmente pgs. 145-149.

de terceros (revistas en acceso abierto) o por medio de repositorios científicos institucionales.

La difusión en abierto (“*Open Access*”) de contenido científico o de cualquier otra naturaleza, mediante licencias pública generales del tipo “*creative commons*” o similares, debe resultar, en principio, de una decisión libre del autor o titular de los derechos de explotación. Así, para incluir una copia digital de una obra en un repositorio científico institucional o en revistas científicas de acceso abierto, es necesario contar con el consentimiento del autor, o que lo haga él mismo en régimen de autoarchivo. Sin embargo, siguiendo la estela de las iniciativas científicas y las políticas públicas de promoción del acceso abierto (principalmente en información científica), el legislador español ha decidido apartarse de la normativa general de propiedad intelectual para imponer y garantizar la difusión en abierto de la obra científica en algunos casos determinados. Y lo ha hecho por medio de una norma particular incluida dentro de una Ley especial sobre ciencia y tecnología: el art. 37 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (LCTI), intitulado “*Difusión en acceso abierto*”.

Tras disponer el art. 37 LCTI en su apartado 1 que los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación²⁸ impulsarán el desarrollo de repositorios, propios o compartidos, de acceso abierto a las publicaciones de su personal de investigación, y establecerán sistemas que permitan conectarlos con iniciativas similares de ámbito nacional e internacional, el apartado 2 de la misma norma establece que: “*El personal de investigación cuya actividad investigadora esté financiada mayoritariamente con fondos de los Presupuestos Generales del Estado hará pública una versión digital de la versión final de los contenidos que le hayan sido aceptados para publicación en publicaciones de investigación seriadas o periódicas, tan pronto como resulte posible, pero no más tarde de doce meses después de la fecha oficial de publicación*”²⁹.

²⁸ Piensa fundamentalmente en Universidades y Centros de Investigación de carácter público.

²⁹ Continúa diciendo la norma que la versión electrónica se hará pública en repositorios de acceso abierto reconocidos en el campo de conocimiento en el que se ha desarrollado la investigación, o en repositorios institucionales de acceso abierto (ap. 3) y que esa versión pública podrá ser empleada por las Administraciones Públicas en sus procesos de evaluación de los investigadores (ap. 4). Apunta asimismo que el Ministerio de Ciencia e Innovación facilitará el acceso centralizado a los repositorios y su conexión con iniciativas similares nacionales e internacionales (ap. 5).

La versión electrónica del trabajo científico se hará pública en repositorios de acceso abierto reconocidos en el campo de conocimiento en el que se ha desarrollado la investigación, o en repositorios institucionales de acceso abierto (art. 37.3 LCTI) y esa versión pública podrá ser empleada por las Administraciones Públicas en sus procesos de evaluación de los investigadores (art. 37.4 LCTI). El Ministerio de Ciencia e Innovación facilitará el acceso centralizado a los repositorios y su conexión con iniciativas similares nacionales e internacionales (art. 37.5 LCTI).

Vemos pues cómo la imposición legal del acceso abierto se aplica únicamente a las obras científicas incluidas en publicaciones de investigación seriadas o periódicas (es decir, a los artículos científicos publicados en revistas de cualquier disciplina científica), y sólo cuando sean fruto de investigaciones financiadas mayoritariamente con fondos de los Presupuestos Generales del Estado. Por lo tanto, en todo caso quedan fuera del alcance de esta obligación legal los contenidos científicos más elaborados publicados en forma de tratados, obras colectivas, monografías o manuales³⁰. Y también las obras científicas publicadas en revistas o cualesquiera otras publicaciones seriadas o periódicas, analógicas o digitales, que no procedan de investigaciones financiadas mayoritariamente con fondos de los Presupuestos Generales del Estado³¹. Es decir, quedan fuera de la obligación de publicar en acceso abierto en repositorios la mayoría de las creaciones científicas, pues son pocas -actualmente poquísimas- las investigaciones “premiadas” con una financiación pública estatal en forma de becas, subvenciones o ayudas a la investigación.

Según dispone la legislación española el autor debe publicar en el repositorio de acceso abierto “*una versión digital de la versión final*” publicada en revistas científicas³². Parece, entonces, que la versión digital almacenada en el repositorio no puede ser una mera copia digital de la versión editada por el editor comercial; a no ser,

³⁰ Decisión loable, pues no puede compararse el esfuerzo que conlleva una publicación en una revista científica con la creación de un tratado, manual o estudio monográfico; esfuerzo que debe llevar asociada la posibilidad del autor de negociar un contrato que le reporte beneficios, por exiguos que estos puedan llegar a ser.

³¹ En particular quedan fuera las publicaciones periódicas resultado de investigaciones financiadas por las Instituciones de la Unión Europea, Comunidades Autónomas (regionales) o Administraciones Locales, salvo que se quiera interpretar que los presupuestos de CCAA y entes locales forman parte también de los presupuestos generales del Estado; algo, sin embargo, que no se desprende por sí sólo del tenor literal del art. 37.2 LCTI). En todo caso, lo anterior no impedirá que estas otras administraciones puedan incluir el acceso abierto de los resultados de la investigación dentro de las condiciones de concesión de las ayudas.

³² Al margen, por tanto, de la posible publicación de los denominados “preprints” o esbozos o publicaciones preliminares de una versión final o definitiva.

claro está, que se cuente con la autorización expresa de éste último³³. Por lo demás, se intenta conciliar la difusión en abierto de publicaciones científicas seriadas por medio de repositorios institucionales o de otro tipo (por ejemplo, revistas y bases de datos de acceso abierto) con una difusión comercial (modelo propietario) previa en revistas científicas de editoriales comerciales (sean éstas analógicas o digitales); algo que es de extraordinaria importancia, pues parece claro que una difusión inmediata en acceso abierto podría comprometer el aprovechamiento comercial de la misma, destruyendo así el sistema de revistas científicas comerciales, así como el impacto positivo que para la carrera del investigador provoca la publicación de sus trabajos en revistas nacionales o internacionales prestigiosas³⁴. A tales fines, se fija un plazo no superior a doce meses desde la fecha oficial de la publicación para ingresar una copia de la obra en un repositorio para su difusión en régimen de acceso abierto; plazo que, en principio, parece razonable para facilitar la coexistencia entre modelos propietario (edición de revistas científicas)³⁵ y modelo de acceso abierto y permitir a los editores comerciales mantener su negocio basado en las novedades científicas, si bien es cierto que esta obligación bloquea explotaciones comerciales secundarias o derivadas de esos contenidos científicos a través de otros productos o servicios como bases de datos digitales, conocida como es la clara tendencia de los editores científicos a volcar el contenido de sus revistas en bases de datos con el afán de comercializarlas en régimen de licencias de pago por uso (licencias multiusuario) entre bibliotecas, centros de investigación, empresas y despachos profesionales.

El requisito de que la investigación esté financiada mayoritariamente con fondos de los Presupuestos Generales del Estado deja un margen importante para la duda,

³³ Aunque la Ley de Propiedad Intelectual española no reconoce un derecho autónomo a los editores sobre sus producciones editoriales (a diferencia de lo que ocurre con los fonogramas, grabaciones audiovisuales y emisiones de radio y televisión), salvo en los casos -excepcionales- del art. 129 TRLPI, a nadie se le oculta que admitir como lícita la digitalización de una copia comercial de la obra supondría (incluso aunque la cesión al editor tuviera carácter no exclusivo) un acto de competencia desleal por aprovechamiento del esfuerzo ajeno, susceptible de perseguirse por la vía de la competencia desleal (art. 4.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal).

³⁴ A día de hoy, salvo excepciones, no puede decirse que las obras publicadas en repositorios institucionales o en revistas de acceso abierto gocen del mismo impacto científico que las publicadas en las revistas tradicionales. Y lo mismo puede decirse de la evaluación de la actividad investigadora (que repercute en incrementos salariales, reconocimientos profesionales o concesión de ayudas para la investigación), que se guía fundamentalmente por los índices de impacto de las revistas y editoriales donde se publican los trabajos del investigador.

³⁵ No así, probablemente, si la obligación se extendiera a tratados, manuales y monografías, cuya periodo de vida útil (y por tanto de amortización económica por el editor) es muy superior, y cuya publicación en acceso abierto excluiría radicalmente la posibilidad de ediciones sucesivas.

puesto no queda claro si la actividad investigadora tiene que ser objeto de una financiación específica (por ejemplo becas de investigación doctoral o postdoctoral, proyectos de I + D, etc.) o si, por el contrario, el hecho de desplegar una actividad de investigación en un centro financiado exclusiva o mayoritariamente por fondos estatales (funcionarios o trabajadores de universidades y centros de investigación públicos) determina que los resultados de dicha investigación se consideren financiados en todo caso por fondos de los Presupuestos Generales del Estado. Entiendo que por la forma de redacción del precepto en la “*mens legislatoris*” están solamente los casos de investigaciones que reciben financiación específica, puesto que son muchos los funcionarios y empleados de universidades y centros de investigación que tienen entre sus funciones la investigación, si bien no existe una norma que les obligue como tal a investigar (salvo, quizás, en el caso de algunos centros de investigación) y, por lo general, su actividad (especialmente en el caso de profesores e investigadores universitarios) no está sometida a un control jerárquico que proponga, dirija y controle la actividad de investigación³⁶.

La Ley no prevé sanción ni consecuencia alguna para los casos de incumplimiento del deber legal de difundir los resultados de la investigación financiada en régimen de acceso abierto en repositorios institucionales. Es lógico pensar que si la investigación obtiene financiación de los Presupuestos Generales del Estado en forma de programas I + D + I, las bases de convocatoria de estos proyectos incluyan condiciones específicas en desarrollo de lo previsto en el art. 37.2 LCTI, supeditando la liberación de fondos o la concesión de nuevos programas a esta circunstancia, con lo cual el deber legal de difundir los resultados de la investigación en régimen de acceso abierto pasaría a convertirse en una suerte de obligación contractual o cuasi-contractual en virtud del compromiso adquirido al concursar libremente en la convocatoria de financiación y en la recepción de las ayudas.

De lo expuesto hasta el momento se desprende la clara apuesta del legislador español por el acceso abierto de obra científica financiada, aunque puede decirse que no resulta tan diáfano el alcance real de ese objetivo por las dudas que el art. 37.6 LCTI genera sobre el alcance del deber de archivar la obra científica financiada en

³⁶ Y en el caso de tesis doctorales o trabajos posdoctorales o predoctorales que puedan dar lugar a la publicación de resultados parciales en revistas científicas, hay que decir que sólo algunas tesis y trabajos pre- y postdoctorales gozan de financiación específica (becas).

repositorios institucionales. Efectivamente, el apartado 2 del art. 37 LCTI hay que ponerlo en relación directa con lo dispuesto en el apartado 6 del mismo precepto, según el cual: *“Lo anterior se entiende sin perjuicio de los acuerdos en virtud de los cuales se hayan podido atribuir o transferir a terceros los derechos sobre las publicaciones, y no será de aplicación cuando los derechos sobre los resultados de la actividad de investigación, desarrollo e innovación sean susceptibles de protección”*. Nos encontramos ante dos posibles excepciones o cláusulas de salvaguardia susceptibles de dejar sin efecto la regla general sentada en el apartado 2.

Del primer inciso del citado art. 37.6 LCTI se desprende que el deber de difundir en abierto las obras científicas no más tarde 12 de meses después de su publicación en publicaciones de investigación seriadas o periódicas, se entenderá sin perjuicio de los acuerdos que, en su caso, hubiera alcanzado el autor con terceros (editores) para transmitirles los derechos sobre esas publicaciones. Se trata de una regla carente por completo de rigor, que, a mi juicio, puede interpretarse en un doble sentido. De un lado podría argüirse que si bien el autor es libre de celebrar acuerdos con terceros para la publicación de su obra en revistas científicas, ello no le libera de garantizar la difusión en abierto de su obra 12 meses después de la fecha oficial de la publicación³⁷. De otro, podría defenderse que si el autor alcanza con un tercero (editor o cualquier otro tercero) un acuerdo de cesión (licencia) de derechos de explotación sobre su obra, tendrá preferencia lo pactado en dicho acuerdo sobre el deber legal de archivar esa obra en un repositorio de acceso abierto, abriéndose así la posibilidad de dejar sin efecto la obligación de archivar y difundir una copia digital de esa obra científica en un repositorio institucional a los 12 meses de su publicación en una publicación periódica.

Entiendo que la segunda interpretación se ajusta más a la intención del legislador, pues en el primer caso nos encontraríamos ante una interpretación tautológica o recurrente ya que estaría reiterando lo previsto como norma general en el art. 37.2 LCTI: a saber, que el autor de obra científica financiada puede celebrar contratos de cesión de derechos con terceros para publicar su obra en una revista u otra publicación científica, pero que en todo caso deberá archivar una copia digital en un repositorio de acceso abierto a los doce meses de la fecha oficial de publicación. Antes bien, parece que el art. 37.6 LCTI tiene una clara impronta de excepción respecto a la

³⁷ Circunstancia, por tanto, que debería tener muy presente el editor científico, resultando ineficaz cualquier cláusula de cesión exclusiva por un tiempo superior a 12 meses.

regla general: el autor de obra científica podrá acordar con terceros una cesión en exclusiva de su obra para su publicación en revistas, sitios web, blogs, etc. o para su inclusión en bases de datos electrónicas, por un plazo superior a 12 meses, dejando así sin efecto la obligación de difundir en acceso abierto que establece el art. 37.2 LCTI³⁸. Contribuye además a esta interpretación el hecho de que figure junto a otro supuesto claramente excepcional en el art. 37.6 LCTI, como es la declaración de no aplicar la obligación de acceso abierto del art. 37.2 cuando los derechos sobre los resultados de la actividad de investigación, desarrollo e innovación sean susceptibles de protección³⁹.

Así las cosas, si la apuesta por el acceso abierto de resultados de la investigación financiados por el Estado es firme (de lo cual no estoy muy convencido) debería ser mucho más clara, modificando el art. 37 LCTI para señalar que una versión digital de las obras científicas susceptibles de publicarse en publicaciones seriadas que sean financiadas mayoritariamente por fondos del Estado deberán archivarse en todo caso en repositorios institucionales para su difusión en régimen de acceso abierto, sin perjuicio de que esa obligación pueda diferirse hasta 12 meses en el caso de que el autor acordase con terceros su previa difusión en publicaciones seriadas o periódicas. Con ello, no se impediría una explotación por parte de terceros más allá de esos doce meses (sobre todo a través de bases de datos o revistas electrónicas), pero tendría que coexistir

³⁸ O, aunque no lo diga la norma, aplazando esa obligación legal hasta el momento en que transcurra el tiempo pactado para la cesión de derechos en el contrato, o los cinco años que establece el art. 43.2 TRLPI para los casos en que el contrato no señale un plazo determinado de cesión.

³⁹ Ahora bien, no debe tratarse de un simple acuerdo de cesión de derechos para publicación en revistas científicas analógicas. La cesión debe tener el alcance necesario para excluir una difusión paralela en abierto de la misma obra científica a través de repositorios institucionales o privados. Dicho de otra forma, debe tratarse de un contrato de cesión en exclusiva de derechos y modalidades de explotación que excluya la difusión en línea en acceso abierto; por ejemplo un contrato de licencia de explotación por el que el autor cede al tercero editor no sólo los derechos de reproducción y distribución para la explotación de su obra en revistas científicas editadas en papel, sino también los derechos de reproducción digital y comunicación pública interactiva o puesta a disposición para hacer una explotación primaria de la obra por medio de revistas digitales y/o una explotación secundaria (a partir de una primaria analógica) a través de bases de datos electrónicas. De modo que si el autor y editor acuerdan únicamente la cesión de derechos sobre la obra científica para su explotación en forma de artículo científico publicado en una revista editada en papel, es posible que dicho acuerdo no excluya por sí solo el deber legal de incluir una copia digital de la misma obra en un repositorio de acceso abierto 12 meses después de la publicación en la revista, en tanto en cuanto la cesión de derechos para la explotación en un formato analógico de revista-papel no impide una explotación o difusión paralela en formato digital (lo que supone derechos de reproducción digital y de puesta a disposición no incluidos en la primera cesión al editor), máxime cuando ésta viene obligada por una disposición legal. Asimismo, si el autor cede a un tercero los derechos de reproducción digital y puesta a disposición para la explotación de la obra en una revista electrónica de aparición periódica, esta cesión sólo exime del deber de publicar en un repositorio si tiene lugar en exclusiva (lo cual requiere en todo caso un pacto expreso), pues de lo contrario nada impide una difusión paralela en otro formato distinto al de la revista en un repositorio institucional, sobre todo si va a tener lugar 12 meses después (es decir, con tiempo razonable para que el editor pueda beneficiarse de la novedad y, en su caso, amortizar la inversión realizada, evitando así posibles problemas de competencia desleal).

obligatoriamente y competir con la difusión en abierto en repositorios institucionales transcurrido el plazo de doce meses desde su fecha oficial de publicación.

En cuanto a la segunda exclusión, contenida en el segundo inciso del mentado art. 37.6 LCTI, parece referirse a la posibilidad de que en una publicación científica existan datos que, como resultados de la investigación, desarrollo o innovación, sean susceptibles de generar creaciones industriales que puedan protegerse por medio de derechos de propiedad industrial (patentes y modelos de utilidad, títulos de obtención vegetal, diseños industriales, marcas, esquemas de trazado de productos semiconductores) o intelectual (programas de ordenador, bases de datos), lo que puede justificar su no difusión en repositorios institucionales a la espera de una evaluación de las posibilidades que esa información puede tener para el desarrollo de creaciones industriales, su protección y explotación (evaluación que debería llevarse a cabo entre el investigador o equipo de investigación y la propia institución).

En definitiva, el comentado art. 37 LCTI destaca por una redacción imprecisa, oscura y por la defectuosa técnica legislativa empleada (regulación al margen de la normativa general sobre propiedad intelectual e industrial sin ningún tipo de coordinación sistemática), que denota con claridad el mar de incertidumbres en que se mueve el legislador en esta materia, buscando una posición intermedia entre la promoción del acceso abierto y la conveniencia de mantener el *status quo* en el mundo de la difusión científica. No deja de ser una muestra de precipitación e incluso improvisación, aprovechando una Ley de Ciencia y Tecnología para realizar modificaciones sustanciales en el régimen ordinario de los derechos de autor, y revela que la política de acceso abierto se adopta sin excesiva convicción, dejándose llevar por la marea o la moda del “*Open Access/Open Science*” pero poniendo al mismo tiempo diques de contención para que sus efectos no resulten perniciosos para el tejido empresarial de la edición científica para la explotación de la innovación y para la promoción profesional de los investigadores.

A mi juicio es evidente que el deber legal de difundir determinadas obras científicas en régimen de acceso abierto a través de repositorios institucionales conculca grave y directamente el derecho moral irrenunciable e inalienable que tiene todo autor a decidir sobre la divulgación de su obra, al tiempo que limita los legítimos derechos

patrimoniales de reproducción y comunicación pública interactiva⁴⁰. Derechos por cierto que no dejan de ser una concreción del derecho constitucional de propiedad reconocido en el art. 33 de la Constitución Española de 1978. Perjudica la protección que el ordenamiento jurídico-privado concede a todo autor, incluyendo los creadores de obra científica, a la que se remite con carácter general la propia Ley 14/2011 de Ciencia, Tecnología e Innovación, cuando en su art. 14.1 a) señala que el personal investigador que preste servicios en Universidades públicas tendrá el derecho a ser reconocido y amparado en la autoría o coautoría de los trabajos de carácter científico en los que participe. De modo que la LCTI quita con una mano al autor de obra científica lo que previamente la ha dado con la otra mano⁴¹. Si el legislador quiere verdaderamente fomentar el acceso abierto a los resultados de la investigación científica, como plasmación de la función social de la propiedad (art. 33.1 CE) y siguiendo el principio informador de las políticas públicas que constituye el acceso a la cultura, a la ciencia y a la información (art. 44 CE), no debería conformarse con incluir una disposición aislada en una Ley diferente a la de Propiedad Intelectual, sino que debería también modificar ésta para establecer una limitación o excepción a los derechos de autor (TRLPI 1996), cohonstando así el acceso a la cultura y la ciencia con la tutela reconocida a los creadores sobre sus creaciones intelectuales *ex art. 27.2* de la Convención de Derechos Humanos de 1948. En definitiva, una disposición en la normativa específica sobre ciencia y tecnología que afecte a los legítimos derechos del autor debería tener encaje simultáneamente a modo de excepción en la normativa general sobre propiedad intelectual, pues sólo así se estaría haciendo realidad la función social de la propiedad establecida como límite genérico al también genérico derecho de propiedad reconocido en el art. 33 de la Constitución Española de 1978.

⁴⁰ Más aún, el art. 37.2 LCTI tampoco menciona la necesaria libertad que ha de tener el autor para escoger la licencia pública general conque desea que su obra se ponga a disposición del público. Esto es, si además de la libre reproducción, distribución y comunicación pública característica de la difusión en régimen de acceso abierto, quiere permitir todo tipo de usos de la obra, incluyendo usos comerciales y la misma transformación de la obra ("*copyleft*"), o si desea excluir usos comerciales y la transformación de la obra, como por lo demás es presumible en el caso de obras científicas. (Es habitual de hecho encontrar licencias públicas generales de obra científica en la modalidad "*creative commons*" de reconocimiento-nocomercial-sinobra derivada. Un repositorio que imponga a los investigadores la cláusula "*copyleft*" resultará radicalmente contrario al derecho moral de exigir el respeto a la integridad de la obra y el derecho patrimonial de transformación.

⁴¹ Y lo hace al margen por completo de lo establecido con carácter general en la Ley de Propiedad Intelectual, sin que pueda alegarse al respecto que la LCTI establece una limitación al derecho de autor sobre la base de la prioridad de la ley especial sobre la ley general, pues en este caso, concurriendo paridad en la jerarquía normativa al tratarse de dos leyes ordinarias, existe una evidente jerarquía normativa material de la legislación de propiedad intelectual sobre otra ley específica o sectorial que regula parcialmente (incidentalmente) la materia afectando gravemente a sus principios básicos.

Sea como fuere, no deja de ser significativo que las excepciones recogidas en el art. 37.6 LCTI pueden convertir en papel mojado la política de acceso abierto, en tanto en cuanto en su actual redacción parece dejar a la voluntad del autor la posibilidad de negociar con terceros una transmisión amplia de derechos en régimen de exclusiva para evitar el archivo y difusión de la obra en repositorios institucionales, de manera que la decisión última sobre publicar o no la obra científica en un repositorio institucional 12 meses después de su publicación en una revista científica dependerá del propio autor, quien podrá negociar un acuerdo en exclusiva con terceros editores que excluya esa publicación posterior en el repositorio u optar por publicar directamente sus trabajos en el repositorio o por pactar cesiones no exclusivas a terceros con la vista puesta en la publicación en el repositorio 12 meses después de la primera publicación en revistas científicas⁴².

Quizás la solución final a estas dudas razonables venga de la mano de las condiciones preestablecidas en las convocatorias de programas de becas ayudas de I + D, si la Administración financiadora incluye como condición inexcusable para recibir la financiación (o exige su devolución en caso de incumplimiento) la obligación del investigador de difundir los resultados de su investigación susceptibles de publicación en revistas científicas en repositorios institucionales en régimen de acceso abierto, como muy tarde 12 meses después de su publicación en una revista o publicación periódica o seriada. Esa condición incluida en las bases de la convocatoria de ayudas y programas de investigación puede entenderse que vincularía al investigador o investigadores que participen en la misma y resulten beneficiarios de tales ayudas o programas, produciéndose así una suerte de aceptación tácita (de naturaleza contractual o cuasicontractual) de las condiciones de difusión de los resultados de la investigación susceptible de ser publicados en publicaciones periódicas, resultando obligados a publicar

⁴² Una cuestión importante que queda en el aire, es si un autor podrá negociar con terceros la cesión exclusiva de derechos digitales para eludir así el deber de difusión en abierto, cuando la obra científica sea el resultado de un proyecto de investigación financiado mayoritariamente por fondos de los presupuestos generales del Estado y en las bases de la convocatoria del proyecto se haga constar, como condición para su concesión, la obligatoriedad de la difusión en abierto en los términos del art. 37.2 LCTI. Entiendo que en estos casos, la participación en la convocatoria puede suponer una aceptación de las condiciones del concurso o convocatoria por "*facta concludentia*", comprometiéndose el autor o grupo de autores a publicar en abierto sus resultados en la forma expresamente prevista en dicha convocatoria, sin que pueda apartarse ese compromiso por un acuerdo posterior con terceros editores para evitar la publicación en el repositorio, el cual, por cierto, debería ajustarse a los términos establecidos en el citado art. 37.2 LCTI, de modo que los investigadores tendrían derecho primero a publicar sus obras en revistas científicas dejando para 12 meses después su publicación en abierto en algún repositorio en régimen de acceso abierto.

en repositorios en régimen de acceso abierto sin perjuicio de que puedan también acordar con terceros su publicación en revistas o publicaciones periódicas de otro tipo, en exclusiva durante un periodo máximo de doce meses y de forma no exclusiva transcurrido ese plazo.

1.1. La particular situación de las tesis doctorales en España. Real Decreto 99/2011, de 28 de enero, por el que se regulan las enseñanzas oficiales de doctorado

El art. 14.5 del Real Decreto 99/2011, de 28 de enero, por el que se regulan las enseñanzas oficiales de doctorado, establece que: *“Una vez aprobada la tesis doctoral, la universidad se ocupará de su archivo en formato electrónico abierto en un repositorio institucional y remitirá, en formato electrónico, un ejemplar de la misma así como toda la información complementaria que fuera necesaria al Ministerio de Educación a los efectos oportunos”*⁴³.

Esta norma reglamentaria es radicalmente contraria a la Ley de Propiedad Intelectual, que reconoce al autor la propiedad intelectual (derechos morales de paternidad, divulgación, etc., y derechos de explotación patrimonial, como reproducción, distribución, puesta a disposición en línea) sobre sus obras por el simple hecho de la creación, atribuyéndole la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, *sin más limitaciones que las establecidas en la Ley* (cfr., arts. 1 y 2 LPI). Incluso podría decirse que resulta contraria al mismo derecho de propiedad constitucionalmente reconocido (art. 33 CE 1978) y al art. 27.2 de la Convención de Derechos Humanos de 1948.

En concreto, el art. 14.1 LPI establece que corresponde al autor el derecho moral inalienable e irrenunciable *“a decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma”*. Sucede así que una norma reglamentaria (decreto de doctorado) se opone frontalmente a un derecho de carácter personalísimo y patrimonial al mismo tiempo (el derecho de autor) reconocido por una norma anterior con jerarquía de Ley que desarrolla una de las

⁴³ Según el art. 14.6 del mismo RD, sólo en ocasiones excepcionales, determinadas por la comisión académica del programa de doctorado, como pueden ser entre otras la participación de empresas en el programa o Escuela, la existencia de convenios de confidencialidad con empresas o la posibilidad de generación de patentes que recaigan sobre el contenido de la tesis, las Universidades habilitarán procedimientos para salvaguardar la no publicidad de la tesis doctoral.

manifestaciones del derecho constitucional de propiedad, en este caso sobre bienes inmateriales de tipo científico⁴⁴. Y se opone también, paradójicamente, a otra norma reglamentaria salida del mismo Ministerio de Educación, como es el Real Decreto 1791/2010, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el estatuto del estudiante universitario (promulgado apenas un mes antes), cuyo art. 7.1 letra x) reconoce como derecho común de los estudiantes universitarios el reconocimiento de la autoría de los trabajos elaborados durante sus estudios y la protección de la propiedad intelectual de los mismos, mientras que el art. 10 letra f) reconoce específicamente el derecho a contar con el reconocimiento y protección de la propiedad intelectual a partir de los resultados de la Tesis Doctoral y de los trabajos de investigación previos en los términos que se establecen en la legislación vigente sobre la materia.

En suma, este Real Decreto atribuye a los estudiantes, incluidos los de doctorado, la propiedad intelectual sobre su Tesis Doctoral, de acuerdo con la legislación vigente, que no es otra que la de Propiedad Intelectual; la cual, como se ha dicho, no se limita a reconocer el derecho personal de autoría o paternidad de la obra (que incluye el derecho a decidir cuándo y cómo se divulga la obra), sino también los derechos patrimoniales de explotación. Una cosa es que las Universidades procedan al archivo y custodia de las tesis doctorales y otra muy distinta es que procedan a efectuar una difusión de la misma en régimen de acceso abierto. Podría argumentarse de contrario que la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, obliga en su art. 37.2 y 3 al personal investigador de las Universidades Públicas y Centros de Investigación a hacer públicos los resultados de su investigación mediante versiones electrónicas en repositorios de acceso abierto institucionales o reconocidos en el sector. Sin embargo, podría discutirse si un doctorando es personal investigador (en sentido estricto lo son solamente aquellos que disfruten de becas de una Administración Pública); y finalmente esa norma se refiere únicamente a los frutos de la actividad investigadora que esté financiada mayoritariamente con fondos de los Presupuestos Generales del Estado y que hayan sido aceptados para publicación en publicaciones de investigación seriadas o periódicas, tan pronto como resulte posible, pero no más tarde de doce meses después de la fecha oficial de publicación. Por lo tanto, no incluye obras monográficas (como suelen ser las tesis doctorales) y se refiere

⁴⁴ Vid. al respecto la acerada crítica de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. “Un expolio ilustrado”, en Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, nº 8/2013, Tribuna.

sólo a las que sean financiadas mayoritariamente con fondos públicos. Por lo demás, como hemos visto, el propio art. 37 en su apartado 6 deja abierta la posibilidad de dejar sin efecto la publicación en el repositorio si el autor alcanza acuerdos de cesión exclusiva de derechos digitales con terceros o si de la obra científica se desprenden resultados susceptibles de protección mediante derechos de propiedad industrial.

2. El caso argentino. Ley 26.899, de 13 de noviembre de 2013

El legislador argentino ha decidido también dejarse llevar por la senda del conocimiento libre, siguiendo muy de cerca la regulación española en la promoción de la difusión de obra científica aunque de forma más completa y cuidada en su redacción (lo cual no impide que incurra en los mismos errores de concepto e incoherencias sistemáticas)⁴⁵ y más ambiciosa y diáfana en sus objetivos.

La Ley 26.899 comienza por imponer a los organismos e instituciones públicas que componen el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (mencionados en el art. 4 de la Ley 25.467 de 20 de septiembre de 2001, de Ciencia, Tecnología e Innovación) y que reciben financiamiento del Estado nacional, la obligación de desarrollar repositorios digitales institucionales de acceso abierto, propios o compartidos, en los que se depositará la producción científico-tecnológica resultante del trabajo, formación y/o proyectos, financiados total o parcialmente con fondos públicos, de sus investigadores, tecnólogos, docentes, becarios de posdoctorado y estudiantes de maestría y doctorado; producción científica -continúa- que abarcará el conjunto de documentos (artículos de revistas, trabajos técnico-científicos, tesis académicas, entre otros), que sean resultado de la realización de actividades de investigación (art. 1).

Junto al deber de fomentar el acceso abierto de obras científicas (“*Open Access*”), la citada Ley promueve asimismo el acceso abierto de datos de la investigación (“*Open Science*”), disponiendo al efecto que los mismos organismos e instituciones integrados en el SNCTI deberán establecer políticas para el acceso público a datos primarios de investigación a través de repositorios digitales institucionales de acceso abierto o portales de sistemas nacionales de grandes instrumentos y bases de

⁴⁵ Errores e incoherencias incluso más abruptas que en el caso español, por cuanto en la Argentina el derecho de autor tiene reconocimiento constitucional expreso, como enseguida veremos, mientras que en España se incluye implícitamente en el genérico derecho de propiedad constitucional.

datos, así como también políticas institucionales para su gestión y preservación a largo plazo (art. 2).

Para hacer realidad el objetivo perseguido (fomentar el acceso abierto de obras científicas y datos primarios de investigación) el legislador argentino opta, al igual que el español, por imponer o forzar el archivo y difusión en repositorios institucionales de las obras y datos resultantes de investigaciones financiadas con fondos públicos. Así, el art. 5 de la Ley 26.899 dispone que: *“Los investigadores, tecnólogos, docentes, becarios de posdoctorado y estudiantes de maestría y doctorado cuya actividad de investigación sea financiada con fondos públicos, deberán depositar o autorizar expresamente el depósito de una copia de la versión final de su producción científico-tecnológica publicada o aceptada para publicación y/o que haya atravesado un proceso de aprobación por una autoridad competente o con jurisdicción en la materia, en los repositorios digitales de acceso abierto de sus instituciones, en un plazo no mayor a los seis (6) meses desde la fecha de su publicación oficial o de su aprobación (...) Los datos primarios de investigación deberán depositarse en repositorios o archivos institucionales digitales propios o compartidos y estar disponibles públicamente en un plazo no mayor a cinco (5) años del momento de su recolección, de acuerdo a las políticas establecidas por las instituciones, según el artículo 2º”.*

Para hacer efectivo el plan de promoción del acceso abierto de obras y datos científicos, la Ley 26.899 establece que todo subsidio o financiamiento proveniente de agencias gubernamentales y de organismos nacionales de ciencia y tecnología del SNCTI, destinados a proyectos de investigación científico-tecnológica que tengan entre sus resultados esperados la generación de datos primarios, documentos y/o publicaciones, deberá contener dentro de sus cláusulas contractuales la presentación de un plan de gestión acorde a las especificidades propias del área disciplinar, en el caso de datos primarios y, en todos los casos, un plan para garantizar la disponibilidad pública de los resultados esperados según los plazos establecidos en la misma Ley (art. 3). Los repositorios digitales institucionales, a cuya creación obligan los arts. 1 y 2, deberán ser compatibles con las normas de interoperabilidad adoptadas internacionalmente, y garantizarán el libre acceso a sus documentos y datos a través de Internet u otras tecnologías de información que resulten adecuadas a los efectos, facilitando las condiciones necesarias para la protección de los derechos de la institución y del autor sobre la producción científico-tecnológica (art. 4).

Como puede apreciarse, la legislación argentina es más ambiciosa que la española en el objetivo de promover el acceso abierto a la información científica. No sólo porque da un importante paso cualitativo al incluir expresamente en la obligación de divulgar en abierto los datos primarios de la investigación (ya que la legislación española parece restringirse al acceso abierto de obra científica, no incluyendo expresamente los datos de la investigación; al menos los que no formen parte y puedan extraerse de la obra científica)⁴⁶, sino también porque resulta más exigente desde el punto de vista subjetivo (al señalar con detalle todos los sujetos sometidos a esta obligación, hasta el punto de incluir expresamente estudiantes de maestría, doctorado y posdoctorado), objetivo (pues se extiende a toda la obra científica financiada por fondos públicos estatales, incluyendo trabajos de maestría, tesis doctorales e investigación postdoctoral, sea publicada en revistas científicas, en publicaciones monográficas, tratados u obras colectivas, e incluso obras científicas no publicadas ni aceptadas para publicación pero sometidas a algún proceso de evaluación y aprobación por una autoridad pública) y temporal (acorta los plazos a seis meses desde la fecha de publicación o, en su caso, de aprobación por la autoridad competente). En el caso de los datos primarios de investigación no se establece un plazo máximo para su depósito por parte de los investigadores obligados, sino que se fija un plazo máximo de cinco años para su puesta a disposición pública desde el repositorio, a contar desde el momento de su recolección⁴⁷.

⁴⁶ Para despejar dudas sobre un concepto todavía no arraigado, el segundo párrafo del art. 3 de la Ley 26.899 aporta una meritoria definición de “dato primario”, incluyendo en la misma a todo dato en bruto sobre los que se basa cualquier investigación y que puede o no ser publicado cuando se comunica un avance científico pero que son los que fundamentan un nuevo conocimiento. Es decir, dato primario resultante de la investigación en el que se fundamenta un descubrimiento o avance científico, independientemente de si está incluido o no en una publicación (obra científica) en la que se comunica el avance o descubrimiento científico.

⁴⁷ Surge inmediatamente la duda de cuál es el plazo máximo en que los investigadores deben archivar en el repositorio esos datos de investigación. Una primera aproximación podría sugerir la aplicación analógica del plazo de seis meses previsto en el párrafo primero del mismo art. 5 para las obras científicas publicadas, aceptadas o autorizadas, pero no parece que sea esa la intención del legislador. De ser así habría incluido expresamente la obligación de archivo o depósito de los datos de investigación junto a la de las publicaciones científicas. Parece, más bien, que el legislador ha querido conceder flexibilidad a las instituciones responsables de los repositorios institucionales (principalmente Universidades y Centros de Investigación públicos) para que reglamenten internamente el tratamiento que se debe dar a esos datos de investigación, poniendo como plazo máximo para su difusión pública cinco años desde el momento de su recolección. Así las instituciones del SNCTI que gestionen repositorios institucionales de acceso abierto podrán reglamentar el plazo de que disponen sus investigadores para comunicar la existencia de esos datos primarios de investigación y la obligación de depósito de los mismos, dejando cierta libertad o flexibilidad para evaluar la importancia o trascendencia que tienen o pueden tener esos datos primarios para el desarrollo inmediato o futuro de invenciones, diseños o cualesquiera otras creaciones susceptibles de protección y explotación a través de derechos exclusivos de propiedad industrial o en régimen de

Por lo demás, al igual que sucede en la legislación española se plantean dudas sobre el alcance real de la obligación de difundir en abierto los resultados de la investigación: ¿abarca únicamente los trabajos de investigación que resulten de programas específicos de ayuda a la investigación (becas, subvenciones, programas I + D) o alcanza a cualquier resultado de una actividad de investigación desarrollada en el seno de instituciones que conforman el SNCTI por el hecho de estar éstas financiadas con fondos públicos? Como dije antes, entiendo que el legislador estaría pensando en los trabajos resultantes de actividades de investigación que gocen de una financiación específica. Así lo demuestra el tenor literal del art. 3 de la Ley 26.899, al señalar que todo financiamiento o subsidio proveniente de organismos integrados en el SNCTI “*destinado a proyectos de investigación científico-tecnológica que tengan entre sus resultados esperados la generación de datos primarios, documentos y/o publicaciones*”, deberá contener en sus cláusulas contractuales la presentación de un plan para garantizar la disponibilidad de esos resultados en los repositorios digitales institucionales. Parece evidente que se refiere a los datos y obras científicas resultantes, en su caso, de planes específicos de financiación de actividades de investigación.

Sea como fuere, lo cierto es que -como ya se puso de manifiesto en relación con el ordenamiento jurídico español- la nueva legislación argentina sobre acceso abierto entra en abierta contradicción con la normativa general sobre propiedad intelectual (derechos de autor). La Ley 11.723 de 28 de septiembre de 1933, sobre el régimen legal de la propiedad intelectual⁴⁸, establece en su art. 2 que el derecho de propiedad de una obra científica, literaria o artística, comprende para su autor la facultad de disponer de ella, de publicarla, de ejecutarla, de representarla, y exponerla en público, de enajenarla, de traducirla, de adaptarla o de autorizar su traducción y de reproducirla en cualquier forma. De modo que la imposición del almacenamiento de una copia digital de la obra en un repositorio institucional y su puesta a disposición del público en línea en régimen

secreto empresarial (“*know how*”), teniendo muy presentes los derechos de que pueda disponer la Universidad o Centro de Investigación sobre esas creaciones industriales o, en su caso, terceras entidades públicas o privadas que hubieran financiado la investigación y que hubieran pactado con el centro y los investigadores la transferencia y explotación de los resultados de la investigación. En este sentido, el art. 6 párrafo segundo de la misma Ley 26.899 indica que podrán excluirse de la difusión en repositorios aquellos datos primarios o resultados preliminares y/o definitivos de una investigación no publicada ni patentada que deban mantenerse en confidencialidad, requiriéndose a tal fin la debida justificación institucional de los motivos que impidan su difusión, siendo potestad de la institución responsable en acuerdo con el investigador o el equipo de investigación, establecer la pertinencia del momento en que dicha información deberá darse a conocer.

⁴⁸ Modificada por última vez por la Ley 26.570 de 25 de noviembre de 2009.

de acceso abierto (se entiende que permitiendo la libre reproducción, distribución y comunicación de la obra con la única obligación de citar el autor y la fuente original) atenta directamente contra la norma general que atribuye al autor el señorío sobre su obra por el simple hecho de la creación y el consecuente poder de divulgarla cuando, donde y como quiera y, por lo tanto, de escoger libremente el modo de difusión de la misma⁴⁹.

Más aún, en la Argentina el derecho de autor tiene raigambre constitucional, al establecer el art. 17 de la Constitución Nacional (dentro de un amplio reconocimiento del derecho de propiedad) que “*Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento por el término que le acuerde la Ley*”. Y apuntala el art. 28 de dicha Constitución que “*Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio*”⁵⁰. De modo que el art. 5 de la comentada Ley 26.899, por el que se obliga legalmente a los investigadores cuya actividad de investigación haya sido financiada con fondos públicos a depositar y autorizar expresamente el depósito de una copia digital de su obra o los datos primarios de sus investigaciones en repositorios digitales de acceso abierto de sus instituciones, corre un riesgo notable de inconstitucionalidad al detraer al autor el dominio y libre disposición sobre su obra expresamente reconocidos en el mencionado art. 17 de la Constitución y garantizados por el art. 28 del mismo texto.

En suma: la exigente imposición del acceso abierto de la información científica financiada con fondos estatales como deber legal puede poner en riesgo el ámbito de decisión del legítimo propietario de la propiedad intelectual sobre obra científica reconocido constitucionalmente en la Argentina y en la Ley de propiedad intelectual⁵¹; y

⁴⁹ Y, como expuse antes en relación con el ordenamiento español, no creo que pueda alegarse al respecto la primacía de la ley especial sobre la ley general, en tanto en cuanto la segunda está limitando derechos básicos que corresponden al autor por el simple hecho de la creación, primando la jerarquía material de la ley autoral sobre la ley de acceso abierto. Una alteración en el principio de autoría necesitaría realizar una modificación en la misma Ley de Propiedad Intelectual.

⁵⁰ A lo anterior se puede añadir que el derecho de autor aparece reconocido como derecho humano en varios de los Tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional en virtud de lo dispuesto en el inciso 22 del art. 75 de la misma Constitución nacional de la República Argentina (reforma de 1994) y que, según indica la misma norma, deben considerarse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos; entre ellos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁵¹ Más aún si no se deja libertad al investigador para elegir el tipo de licencia pública general con el que desea poner su obra o datos de investigación a disposición del público desde el repositorio institucional.

también el sector de negocio de las editoriales científicas, pues además de limitar en exceso el periodo razonable de amortización de la publicación (sobre todo en el caso de monografías, tratados y obras colectivas) restringe los nuevos modelos de negocio basados en bases de datos y libros electrónicos comercializados a bibliotecas, centros de investigación, empresas y despachos profesionales en régimen de licencia de pago por uso⁵².

Quizás por las anteriores consideraciones, siguiendo de cerca el modelo plasmado en la normativa española la Ley 26.899 deja un margen de maniobra a los investigadores al incluir una amplia e importante cláusula de salvaguardia para garantizar los acuerdos de explotación de obra científica que el autor hubiera celebrado con terceros editores o para dejar fuera de la obligación de acceso abierto la información susceptible de encontrar protección a través de derechos de propiedad industrial o, en su caso, en régimen de secreto empresarial.

Establece el art. 6 en su párrafo primero que: *“En caso que las producciones científico-tecnológicas y los datos primarios estuvieran protegidos por derechos de propiedad industrial y/o acuerdos previos con terceros, los autores deberán proporcionar y autorizar el acceso público a los metadatos de dichas obras intelectuales y/o datos primarios, comprometiéndose a proporcionar acceso a los documentos y datos primarios completos a partir del vencimiento del plazo de protección de los derechos de propiedad industrial o de la extinción de los acuerdos previos antes referidos”*⁵³.

Así, un repositorio que imponga a los investigadores la cláusula “*copyleft*” resultará radicalmente contrario al derecho moral de exigir el respeto a la integridad de la obra y el derecho patrimonial de transformación. El autor debería en todo caso poder elegir si la reproducción, distribución y comunicación de su obra (actos que no puede impedir por constituir la esencia del “*Open Access/Open Science*”) por parte de los usuarios que tengan acceso a una copia de la misma puede hacerse o no con fines comerciales y si autoriza en su caso la modificación de la versión original de su obra.

⁵² Sobre los modelos de negocio puede consultarse SÁNCHEZ ARISTI R., “Modelos de negocio en la puesta a disposición de contenidos en Red: licencias de uso comerciales y licencias de uso libres”, en CARBAJO CASCÓN F. (Coord.), *Propiedad Intelectual y Sociedad de la Información*, Monográfico de la Revista Noticias de la Unión Europea, Publicación digital, 2012, ISSN 2254-9080. Vid. también mi opúsculo “Modelos de negocio y respeto a la propiedad intelectual en el libro electrónico”, en CORDÓN GARCÍA J.A./GÓMEZ DÍAZ R./ALONSO ARÉVALO J. (Eds), *Documentos electrónicos y textualidades digitales. Nuevos lectores, nuevas lecturas, nuevos géneros*, Publicación electrónica, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2014, pgs. 159 y ss.

⁵³ En el caso de datos primarios de investigación de una investigación no publicada ni patentada el párrafo segundo del mismo art. 6 establece que directamente podrá excluirse su difusión en régimen de acceso abierto a través de repositorios cuando se considere que deban mantenerse en confidencialidad, requiriéndose a tal fin la debida justificación institucional, debiendo tomar esa decisión la institución responsable del repositorio en acuerdo con el investigador o equipo de investigadores y decidir, en su

En consecuencia, el autor de obra científica o de datos primarios de investigación podrá celebrar contratos con terceros cediendo en exclusiva la explotación de su obra en una o varias formas (formato impreso, formato digital, inclusión en bases de datos, etc.) o el uso y explotación de sus datos de investigación durante el tiempo que libremente estipulen⁵⁴. Mientras esté vigente la cesión de derechos a terceros sobre las obras o datos científicos, los autores deberán proporcionar y autorizar el acceso público a los metadatos de dichas obras y/o datos primarios, entendiendo por “metadato” toda aquella información descriptiva sobre el contexto, calidad, condición o características de un recurso, dato u objeto, que tiene la finalidad de facilitar su búsqueda, recuperación, autenticación, evaluación, preservación y/o interoperabilidad⁵⁵. Una vez transcurrido el tiempo pactado para la cesión de derechos a terceros o si se produce la extinción de tales acuerdos por cualquier causa, se reactiva la obligación de archivar y difundir las obras y datos científicos completos en los repositorios en régimen de acceso abierto⁵⁶.

La fórmula es mucho más clara que la empleada por el legislador español en el art. 37.6 LCTI: es posible excluir de la obligación de difusión en acceso abierto las obras científicas (y los datos primarios de investigación) sobre las que los autores hayan alcanzado un acuerdo de explotación con terceros o -en el caso de los datos de investigación- que se integren en un bien inmaterial para el que se solicita un derecho de propiedad industrial. Precisamente el hecho de mencionar expresamente la obligación de proporcionar acceso público a los metadatos y, sobre todo, el compromiso de dar acceso a los documentos y datos primarios “*completos*” a partir del vencimiento de la extinción de los acuerdos con terceros o del plazo de protección de los derechos de propiedad industrial, no deja margen posible para la duda: los acuerdos exclusivos con

caso, el momento en que deba darse a conocer esa información. Como antes se dijo (supra, nota nº 38), justifican esta exclusión razones de oportunidad para el caso de que a partir de esos datos puedan desarrollarse resultados concretos en forma de invenciones, diseños, signos distintivos o cualesquiera otras creaciones susceptibles de encontrar protección a través de derechos de propiedad industrial.

⁵⁴ Me remito a las explicaciones aportadas ut supra, nota nº 39, sobre el alcance que debe tener la cesión de derechos a terceros para excluir, en su caso, la difusión a través de repositorios pasados seis meses de la fecha oficial de la primera publicación. El acuerdo tiene que ser en exclusiva y abarcar los derechos necesarios para una explotación digital en línea (reproducción digital y comunicación pública interactiva o telemática).

⁵⁵ El legislador parece establecer la obligación de archivar y poner a disposición en repositorios institucionales los datos necesarios para la identificación de la obra o datos de investigación, su contenido (por ejemplo en forma de resumen) y localización o fuente (en caso de haberse publicado por un tercero). Esta exigencia puede tener sentido para las obras científicas que sean editadas y publicadas por terceros, pero no tanto para los datos de investigación cedidos a terceros con la finalidad de desarrollar investigaciones posteriores y, llegado el caso, generar creaciones que puedan llegar a protegerse por derechos de propiedad industrial (patentes, diseños, variedades vegetales) o intelectual (software).

⁵⁶ Previsión esta que no se contempla en el art. 37.6 de la Ley española de Ciencia, Tecnología e Innovación

terceros (editores digitales) o la integración de datos científicos en bienes inmateriales tutelados por derechos de propiedad industrial, dejan sin efecto la obligación de difundir en abierto los resultados de investigaciones financiadas con fondos públicos hasta que transcurra el plazo de cesión de derechos de autor o de protección de la propiedad industrial, devolviendo así, al menos sobre el papel, la libertad de disposición del autor sobre su obra y datos de investigación.

En definitiva, como se dijo antes en relación con el ordenamiento español, si los organismos financiadores quieren garantizar el acceso abierto a través de repositorios institucionales una vez transcurridos los plazos permitidos para la explotación por parte de terceros, tendrán que incluir en los pliegos de condiciones de las convocatorias públicas la obligación de los investigadores que resulten beneficiados con ayudas o subvenciones de archivar inexcusablemente una copia digital de sus obras científicas o datos de investigación en repositorios institucionales de acceso abierto transcurridos seis meses desde la publicación oficial o cinco años desde su obtención (en el caso de los datos de investigación)⁵⁷. Esa condición en la convocatoria pública transformaría el deber legal de difusión en acceso abierto en una obligación contractual o, si se prefiere, cuasicontractual que vincularía a los investigadores que voluntariamente concursen en la convocatoria de ayudas a la investigación; y no podrían obviar esa obligación mediante acuerdos de cesión de derechos en exclusiva con terceros por plazos superiores. (Y en caso de existir tales acuerdos de cesión en exclusiva, ésta devendría ineficaz convirtiéndose así la cesión en no exclusiva y coexistiendo en el espacio digital la versión editada por el tercero con la copia o versión⁵⁸ archivada en el repositorio digital.)

Por eso indicamos que el art. 6 devuelve al autor la libre disposición sobre su obra y datos de investigación “sobre el papel”, ya que si los pliegos de condiciones sobre el acceso a la financiación exigen el archivo y difusión en régimen de acceso abierto en repositorios institucionales transcurridos los plazos fijados en el art. 5 de la Ley 26.899, el investigador quedaría vinculado contractualmente (en tanto que cláusula incluida en las condiciones para el acceso y obtención de la financiación); y en

⁵⁷ En este caso salvo que formen parte de bienes inmateriales protegidos por derechos de propiedad industrial, *ex* art. 6.

⁵⁸ Que en ningún caso puede ser una mera copia o reproducción de la edición realizada por el tercero, sino una copia plasmada en un formato diferente.

consecuencia, el archivo y difusión en repositorios institucionales pasaría de ser un deber legal a una obligación contractual o, cuasicontractual.

Circunstancia esta que podría salvar, quizás, el riesgo de inconstitucionalidad derivado de un deber o imposición legal que contraría el derecho del autor -como propietario del bien inmaterial- a disponer libremente de su obra, expresamente reconocido en el art. 17 de la Constitución Argentina. Al concursar voluntariamente en la convocatoria de financiación de la investigación sobre unas bases objetivas, el investigador que resulte beneficiario de las ayudas se estaría obligando por un acto de autonomía de la voluntad a ceder sus obras o datos de investigación a la entidad gestora del repositorio institucional. Pero el riesgo de inconstitucionalidad seguiría existiendo si los pliegos de condiciones de acceso a la financiación no contemplan expresamente esa obligación de difundir en régimen de acceso abierto a través del repositorio de la institución del investigador, pues en tal caso un deber legal atentaría contra el derecho constitucional del autor sobre sus creaciones intelectuales al margen de la voluntad de éste.

La Ley 26.899 termina señalando en su art. 8º que el incumplimiento de las disposiciones de la misma por parte de las instituciones y organismos integrantes del SNCTI y de los investigadores contemplados en el art. 5º, los tornará no elegibles para obtener ayuda financiera pública para soporte de sus investigaciones. Consecuencia lógica si realmente se quiere fomentar el acceso abierto. Lo que no queda ni mucho menos claro es si la entidad pública financiadora o la institución responsable del repositorio donde el investigador debería almacenar sus obras o datos de investigación, estarían legitimados para reclamar (incluso judicialmente) el cumplimiento de la obligación de archivo y difusión en abierto de los resultados de la investigación financiada. Entiendo que si esa obligación se hace constar expresamente en las condiciones de acceso a la financiación, podría existir esa legitimación para reclamar la difusión en acceso abierto, asimilándola -como he sugerido antes- a un compromiso de cesión de derechos al gestor del repositorio institucional; mientras que si no figura expresamente en el pliego de condiciones de la financiación el investigador podría rechazar la difusión en acceso abierto alegando la jerarquía normativa constitucional (arts. 17 y 28 de la Constitución Argentina) y de la Ley 11.723 de propiedad intelectual.

El tiempo dirá si los investigadores prefieren quedar expuestos a esas sanciones que les apartan de planes y ayudas futuras a la investigación a cambio de publicar en revistas o editoriales que aporten un mayor impacto y trascendencia pública a los resultados de su investigación (y, por qué no, algunas ganancias adicionales a sus salarios).

En cualquier caso, una política pública de fomento del acceso abierto a la investigación científica debería plasmarse de forma concreta en la legislación de propiedad intelectual e incluso en la propia constitución nacional, en tanto en cuanto constituye una excepción relevante a los derechos de autor expresamente reconocidos en el art. 17 de la Constitución Argentina y en la Ley específica (la 11.723) de propiedad intelectual, con jerarquía normativa material respecto a la Ley 26.899 que regula el acceso abierto de los resultados de la investigación.

A diferencia de la Constitución Española, la Constitución Argentina no contempla de forma expresa la función social de la propiedad como límite al derecho constitucional de propiedad; ni tampoco la posibilidad de limitar derechos constitucionales para favorecer el acceso a la cultura, la ciencia y la investigación. Sin estas limitaciones constitucionales, difícilmente una Ley ordinaria puede incluir excepciones a los derechos exclusivos de propiedad sobre la obra que prácticamente dejen éstos sin efecto, como podría suceder con el deber legal de archivo y difusión en repositorios institucionales de acceso abierto previsto en la Ley 26.899. Sobre todo si el art. 28 de la misma Constitución nacional argentina sentencia muy claramente que los principios y garantías reconocidos en la constitución (entre los que cuenta el derecho de propiedad exclusiva de todo autor o inventor sobre su obra o invento por el término que acuerde la Ley, *ex art. 17*) no podrán ser alterados por las Leyes que reglamenten su ejercicio.

Sería necesario, por tanto, como paso previo reformar la Constitución para incluir referencias específicas a la posibilidad de limitar los derechos de propiedad intelectual con fundamento en la función social de la propiedad, en la necesidad de favorecer el acceso a la cultura, la ciencia y la investigación, o en cualquier otro argumento de peso destinado a equilibrar el interés particular del titular de derechos con el interés general. Y consecuentemente, si la política de acceso abierto quiere potenciarse con fundamento en la función social de la propiedad o en la necesidad de

potenciar el acceso a la ciencia y a la investigación, debería modificarse la legislación específica de propiedad intelectual para incluir expresamente esa normativa de acceso abierto como excepción o limitación al derecho exclusivo, indicando el deber del investigador de ceder una copia de su obra o datos de investigación a la institución responsable del repositorio para su difusión en régimen de acceso abierto una vez transcurridos los plazos establecidos en la propia norma para llevar a cabo, en su caso, la publicación por medio de una editorial (comercial o no), o una vez transcurrido el tiempo de cesión a terceros en caso de pactarse por plazos superiores y con carácter exclusivo siempre que no se excluya esta posibilidad en las condiciones establecidas en el acceso al programa de financiación pública.

Quedaría por resolver si el hecho de incluir en los pliegos de convocatoria pública de ayudas a la investigación en la obligación de difundir los resultados de la investigación en repositorios institucionales en régimen de acceso abierto, transformando así el deber legal en obligación contractual o cuasicontractual para quien resulte beneficiario de tales ayudas, serviría por sí solo para solventar los problemas de inconstitucionalidad y jerarquía material planteados por la Ley 26.899.