

Parte I - Una mirada global al libro académico y al acceso abierto

Capítulo 4 - El marco legal desde tres miradas

Ana del Arco Blanco

SciELO Books / SciELO Livros / SciELO Libros

ARCO BLANCO, A. El marco legal desde tres miradas. In: GIMÉNEZ TOLEDO, E. and CÓRDOBA RESTREPO, J.F., eds. *Edición académica y difusión*. Libro abierto en Iberoamérica [online]. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario - Editorial Comares, 2018, pp. 61-110. ISBN 978-958-784-167-1. <https://doi.org/10.12804/th9789587841671.08>.



All the contents of this work, except where otherwise noted, is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International license](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

Todo o conteúdo deste trabalho, exceto quando houver ressalva, é publicado sob a licença [Creative Commons Atribuição 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

Todo el contenido de esta obra, excepto donde se indique lo contrario, está bajo licencia de la licencia [Creative Commons Reconocimiento 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

Capítulo 4

El marco legal desde tres miradas

A. Propiedad intelectual y acceso abierto a libros científicos

Ana del Arco Blanco

Introducción

Este capítulo tiene por objeto analizar qué efectos han tenido en España las declaraciones internacionales, las disposiciones europeas y la normativa nacional sobre acceso abierto a los contenidos científicos. En particular qué políticas de acceso abierto han implantado las universidades, instituciones y centros de investigación y si la transformación en curso del modelo editorial español se ha extendido a la publicación en abierto de libros.

Partiendo del análisis de algunas políticas de las universidades e instituciones sobre acceso abierto y de la regulación del contrato de edición entre autor y editor en la Ley de Propiedad

Intelectual —LPI—, se pone de relieve la dificultad de coordinar esas recomendaciones de las universidades con la cesión de los derechos de propiedad intelectual (derechos de explotación sobre un libro) a un editor literario. En esencia porque, adelantamos, las editoriales españolas no están publicando libros científicos en acceso abierto (ni en los contratos de edición se prevé, con carácter general, que transcurrido un periodo de tiempo la publicación pueda archivar en un repositorio académico de acceso libre).

Los siguientes apartados se centran en libros de interés para la comunidad científica, académica o universitaria o que tratan de disciplinas científicas. Nos referiremos a las obras escritas que no sean publicaciones periódicas o seriadas y que hayan sido creadas por el personal docente e investigador para impartir docencia o como fruto de su actividad investigadora; en esencia, a los manuales y a otros materiales prácticos docentes en forma de libro, a las monografías y a obras colectivas por capítulos.

Vinculada al concepto de libro de ciencia surge la cuestión de qué se entiende por editorial científica o académica y cuáles son las variables a tener en cuenta para considerar a una editorial como tal. En España las fuentes para la identificación de editoriales académicas más recurrentes son, principalmente y de forma conjunta, tres:¹ 1) la que hacen los propios editores (a través de DILVE² y

¹ Son los tres parámetros de los que se parte para identificar qué editoriales españolas pueden calificarse como académicas en Elea Giménez Toledo, ed., *La edición académica española. Indicadores y características* (Madrid: Federación de Gremios de Editores de España, 2017).

² DILVE ES la plataforma que permite la gestión y distribución de información bibliográfica y comercial del libro (los *metadatos*), de forma centralizada y normalizada en España. Federación de Gremios de Editores de España, *DILVE. Distribuidor de información del libro español en venta* (Disponible en: https://www.dilve.es/dilve/dilveweb/index_dilve.jsp).

del ISBN);³ 2) las editoriales vinculadas a instituciones científicas o académicas y vinculadas a la Administración del Estado y 3) que se trate de editoriales percibidas como relevantes para los investigadores y que figuren en los rankings Scholarly Publishers Indicators —SPI— de prestigio de las editoriales.⁴

1. Acceso abierto al conocimiento científico

1.1. Declaraciones sobre acceso abierto

Las políticas de acceso abierto son la respuesta a la demanda de instituciones de investigación y de parte de la comunidad científica a que los resultados de su investigación y su producción científica estén disponibles de forma gratuita en Internet (especialmente cuando hayan sido financiadas con fondos públicos), para que

cualquier usuario [las pueda] leer, descargar, copiar, distribuir o imprimir, con la posibilidad de buscar o enlazar al texto completo del artículo, arrastrarlo para su indexación, usarlo como datos para el software, o utilizarlo para cualquier otro propósito legítimo, sin otros obstáculos financieros, legales o técnicos propios de tener acceso a Internet. La única restricción a la reproducción y distribución, y el único papel del copyright en esto, debería ser ofrecer a los autores

³ Es la sigla de *International Standard Book Number*, que es el número internacional para dotar a cada libro de un código numérico que lo identifique. Federación de Gremios de Editores de España, Agencia del ISBN (Disponible en: <https://agenciaisbn.es>).

⁴ Elea Giménez Toledo, Jorge Mañana Rodríguez y Carlos Tejada Artigas, *Scholarly publishers indicators (SPI)*, 2ª edición (2014). Consultado el 4 de marzo de 2018, en: Ilía, *Investigación sobre el libro académico*, <http://ilia.cchs.csic.es/SPI>.

control sobre la integridad de sus obras y el derecho a ser debidamente reconocidos y citados.⁵

La citada es la primera declaración internacional del movimiento que utiliza el término de acceso abierto, la Budapest Open Access Initiative (2002).

A la declaración de Budapest le siguen otras dos iniciativas o declaraciones, la Bethesda Statement on Open Access Publishing (2003) y la Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities (2003).⁶ Estas insisten en la necesidad de que los resultados de la investigación se difundan en abierto, de la forma que sea más inmediata, amplia y efectiva posible. Definen qué implica poner contribuciones en acceso abierto y los estándares técnicos que han de cumplir los repositorios en que se archivan las contribuciones para dar acceso libre en el momento en que sea posible.

La declaración de Berlín termina su texto poniendo de relieve que el proceso de transición al acceso abierto cambia la forma de difusión del conocimiento, lo que tiene incidencia en términos legales y económicos. Refleja un compromiso de las organizaciones firmantes con el objetivo de encontrar soluciones para apoyar el desarrollo de un marco legal y económico para

⁵ Leslie Chan, Darius Cuplinskas, Michael Eisen, Fred Friend, Yana Genova, Jean-Claude Guédon, Melissa Hagemann, et al., *Budapest Open Access Initiative* (Budapest, 14 de febrero de 2002. Disponible en: <https://www.budapestopenaccessinitiative.org/translations/spanish-translation>).

⁶ Patrick O. Brown, Diane Cabell, Aravinda Chakravarti, Barbara Cohen, Tony Delamothe, Michael Eisen, Les Grivell, et al., *Bethesda Statement on Open Access Publishing* (Bethesda, 20 de junio de 2003. Disponible en: <http://www.earlham.edu/~peters/fos/bethesda.htm>) y *Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities* (Berlín: Max Plank Society, 2003. Disponible en: <https://openaccess.mpg.de/Berlin-Declaration>).

facilitar un uso y acceso adecuados. En esencia, es el preludeo de un cambio en el modelo tradicional de acceso al conocimiento académico/científico.

2. Políticas de la Unión Europea

2.1. El *punto sin retorno* y los colores del acceso abierto

En la Unión Europea, a través de distintos (numerosos) instrumentos, se aspira a la actuación concertada en las políticas de acceso abierto entre las partes involucradas: la Comisión, los Estados miembros, la sociedad civil, los investigadores, las universidades, las organizaciones de investigación y tecnología, las empresas, las entidades que financian la investigación, las editoriales y las empresas de servicios.⁷

Por su parte, la Recomendación de la Comisión de 17 de julio de 2012,⁸ relativa al acceso a la información científica y a su preservación, hace un llamamiento a que los Estados miembros hagan extensivas sus políticas de acceso abierto a las publicaciones científicas. Pone de relieve que estas políticas deben llevarse a cabo teniendo en cuenta el reto que plantean los derechos de propiedad intelectual.

Las declaraciones e instrumentos anteriores han sido plasmados con contundencia por la Comisión Europea al hacer del

⁷ Es, por ejemplo, el llamamiento que contienen las Conclusiones del Consejo de la UE sobre la transición hacia un sistema de ciencia abierta. Consejo de la Unión Europea. “Conclusiones del Consejo sobre la transición hacia un sistema de ciencia abierta” (Bruselas, 27 de mayo de 2016. Disponible en: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/st-9526-2016-init/es/pdf>).

⁸ Comisión Europea, “Recomendación de la Comisión de 17 de julio de 2012 relativa al acceso a la información científica y a su preservación” (Bruselas, 17 de julio de 2012. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32012H0417>).

acceso abierto a las publicaciones científicas el principio general del Horizonte 2020, que es el programa para la financiación de la investigación y la innovación durante el periodo 2014-2020. En él se establece que, a partir de 2014, todos los artículos que se produzcan con la financiación europea de este programa han de ser accesibles en alguna de estas dos formas:

1. Vía dorada: el editor permitirá inmediatamente el acceso en línea a los artículos.
2. Vía verde: los investigadores (no el editor) habrán de poner sus artículos a disposición del público en un depósito en acceso abierto dentro de los seis meses siguientes a su publicación, o en el plazo de doce meses en el caso de ciencias sociales y humanidades.⁹

2.2. Intercambio de resultados y protección de los derechos de propiedad intelectual

La apuesta por el acceso abierto para la difusión de publicaciones científicas por ambas vías (dorada y verde) del Horizonte 2020 requiere de algunos matices. En esencia, hay que precisar a qué publicaciones afecta y cómo se coordina este mandato de acceso abierto a las publicaciones con el respeto a los derechos de propiedad intelectual de los distintos titulares.

En primer lugar, el mandato no se refiere a los libros, sino a artículos de revista. Tampoco parece extensivo a libros colectivos por capítulos. Dicho esto, la Comisión Europea pretende incentivar la difusión en abierto de las publicaciones en general y anima a los autores a proponer a los editores licencias en esta

⁹ Comisión Europea, “Comunicado de prensa. El acceso abierto a las publicaciones de investigación alcanza el llamado «punto sin retorno»” (Bruselas, 21 de agosto de 2013. Disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-786_es.htm).

línea o adendas a los contratos de cesión de derechos ya existentes. A través de estas adendas¹⁰ se articula la reserva de una serie de derechos sobre las distintas versiones de la obra cuya publicación ha sido aceptada. Por ejemplo, sobre la versión que se ha presentado al editor o sobre la que ha sido aceptada para su publicación, a archivarla en un repositorio académico; sobre la versión publicada, a utilizarla para fines docentes, reutilizarla para otras publicaciones o compartirla entre profesionales del sector.¹¹

Por otra parte, las condiciones en que ha de facilitarse el acceso a las publicaciones serán las que se establezcan en el acuerdo de subvención (por lo que este puede establecer o recomendar una vía específica, ambas o incluso ninguna).

Por último, la previsión que desarrolla el artículo 43 sobre explotación y difusión de resultados de estas publicaciones del Reglamento (UE) n.º 1291/2013, por el que se establece el programa Horizonte 2020, es algo abierta. Y lo es porque parece condicionar, en su apartado segundo, el mandato de acceso abierto “a reserva de las restricciones derivadas de la protección de la propiedad intelectual”.¹²

La anterior parece ser una especie de cláusula bondadosa que pretende abarcar todos los escenarios. En el sentido de que lo establecido en el cuerpo normativo ha de entenderse

¹⁰ Un ejemplo de Copyright Transfer Agreement —CTA—: <https://authorservices.wiley.com/asset/Copyright-Transfer-Agreement-Sample.pdf>

¹¹ En derecho español estos usos sobre la versión publicada se permiten en virtud y con los matices de nuestro sistema de límites previstos en los arts. 31 a 40 bis de la LPI.

¹² Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. “Reglamento (UE) No 1291/2013”. Estrasburgo, 11 de diciembre de 2013. Disponible en: http://ec.europa.eu/research/participants/data/ref/h2020/legal_basis/fp/h2020-eu-establact_es.pdf

sin perjuicio de los derechos de propiedad intelectual de titulares. Sin embargo, en el marco de la financiación de un proyecto, creo que lo determinante son los requisitos que establezcan las bases de su concesión. En esencia, que la forma de cesión de los derechos, una vez concedido el proyecto, debe ajustarse a las políticas que establezcan los acuerdos y contratos concretos para la participación en cada proyecto. Por ejemplo, IPERION CH¹³ es un proyecto de Horizonte 2020 que remite para la publicación de sus resultados al repositorio OpenAIRE¹⁴ (y por tanto a sus políticas sobre acceso abierto).

3. Propiedad intelectual vs. acceso abierto

3.1. Derechos de autor y derechos conexos, en breve

El concepto de autoría y de obra es el punto de partida natural para abordar la propiedad intelectual. En España, se encuentra el Real Decreto Legislativo 1/1996, conocido como Ley de Propiedad Intelectual —LPI—, que es la norma que regula el derecho de autor y los derechos afines o conexos a los de autor, entre otras cuestiones.

El mundo de las creaciones inmateriales o incorpóreas, creaciones originales intelectuales exteriorizadas, de las obras instrumento para comunicar sensaciones y sensibilidades se concreta en una serie de facultades. El contenido del derecho de autor está integrado por dos facultades vinculadas: derechos morales y derechos de explotación. En cuanto a estos últimos, es el artículo 17 de la LPI el que enumera las cuatro categorías

¹³ IPERION CH (consultado el 4 de marzo de 2018, en: <http://www.iperionch.eu/publications>).

¹⁴ Open AIRE (consultado el 4 de marzo de 2018, en: <https://www.openaire.eu/what-is-self-archiving>).

de facultades o derechos de explotación: reproducción, distribución, comunicación pública y transformación (en esencia, determinan el control que los titulares tienen sobre las obras, es decir, si permiten la explotación y en qué términos).¹⁵

El tema que nos ocupa justifica la mención, que no un análisis exhaustivo, de algunos artículos de la LPI relativos al libro y al sector editorial. Un breve recorrido por preceptos que definen el libro como objeto de protección y cómo los autores de obras científicas y literarias articulan la cesión de sus derechos de explotación.

3.1.1. El libro como objeto de protección

El concepto general de obra que da el artículo 10 de la LPI es una enumeración muy extensa y no exhaustiva. Al mencionar como objeto de propiedad intelectual las creaciones originales literarias, artísticas o científicas (expresadas en cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro), entra en un largo listado de ejemplos de obras protegidas. Entre ellas, las obras que pertenecen a distintos campos creativos, como el libro “obra científica, literaria o de cualquier otra índole con extensión suficiente para formar volumen, que puede aparecer impresa o en otro soporte”.¹⁶

En la misma línea, la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, el libro y las bibliotecas da una definición de libro que abarca los *nuevos* soportes de la edición y los documentos en red de entornos digitales, así: “obra científica, artística, literaria o de

¹⁵ España, “Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia” (Madrid, 12 de abril de 1996).

¹⁶ España, “Real Decreto Legislativo 1/1996”, artículo 10.

cualquier índole que constituye una publicación unitaria en uno o varios volúmenes y que puede aparecer impresa o en cualquier otro soporte susceptible de lectura”.¹⁷ En la definición de libro se entienden incluidos “los libros electrónicos y los libros que se publiquen o se difundan por Internet o en otro soporte que pueda aparecer en el futuro, los materiales complementarios de carácter impreso, visual, audiovisual o sonoro que sean editados conjuntamente con el libro y que participen del carácter unitario del mismo, así como cualquier otra manifestación editorial”.¹⁸

Las obras protegidas por derechos de propiedad intelectual, entre ellas el libro, pueden tomar forma de obras colectivas, obras en colaboración, obras compuestas y obras derivadas. Esto tiene una transcendencia práctica importante en cuanto a las autorizaciones que han de recabarse de los titulares para su explotación (y en cómo se articula la cesión de derechos a un tercero, por ejemplo a un editor o a un repositorio académico, o a ambos) y en cómo se computa el plazo de duración de los derechos de los distintos titulares de la obra.

Las obras derivadas, por ejemplo, las traducciones, adaptaciones, revisiones, anotaciones, los compendios, resúmenes, extractos y cualquier transformación de una obra literaria, artística o científica (sin perjuicio de los derechos de autor sobre la obra original y de, en su caso, la necesidad de autorización), también son objeto de propiedad intelectual. El autor de una obra original, volvemos al libro, puede ser también autor de su traducción o compilación, o no serlo porque eso es realizado por un tercero.

¹⁷ España, “Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, el libro y las bibliotecas” (Madrid, 22 de junio de 2007), artículo 2.

¹⁸ *Ibid.*

3.1.2. El contrato de edición

La definición actual del contrato de edición viene precedida de una serie de artículos (del 42 al 47 de la LPI) relativos a la transmisión de los derechos de explotación de las obras objeto de propiedad intelectual, aplicables al contrato de edición y a otros contratos de explotación de obras (por ejemplo, al contrato de representación teatral y ejecución musical).

Entre estas disposiciones generales destacamos, por su trascendencia práctica en los contratos y por su espíritu tuitivo hacia la figura del autor, las disposiciones que limitan el ámbito de la cesión espacial y temporalmente. En esencia, esto significa que la cesión de los derechos de autor a través de un contrato no puede hacerse por tiempo indefinido ni para un ámbito territorial sin delimitar o mundial. Si las partes no establecen el tiempo de duración y el territorio en que se explotará la obra, la cesión se entenderá por cinco años y limitada al país en que se realice la cesión.

La LPI centra la definición del contrato de edición en la explotación de soportes tangibles y en ejemplares físicos. Esto se refleja en que el contrato es un instrumento para la transmisión conjunta de dos derechos de explotación, la reproducción y la distribución: “Por el contrato de edición el autor o sus derechohabientes ceden al editor, mediante compensación económica, el derecho de reproducir su obra y el de distribuirla. El editor se obliga a realizar estas operaciones por su cuenta y riesgo en las condiciones pactadas y con sujeción a lo dispuesto en esta Ley”.¹⁹

Entre las previsiones de la ley para el contrato de edición, a lo largo de los artículos 58 a 73, la LPI se refiere a las condiciones

¹⁹ España, “Real Decreto Legislativo 1/1996”, artículo 58.

de validez del contrato, a los supuestos de nulidad y a las obligaciones del autor y del editor.

Se trata de una regulación tan tradicional que está pensando solo en ediciones de ejemplares impresos y en la distribución física de libros. Desde luego casa mal o insuficientemente con el libro electrónico, los nuevos modelos de negocio y las actuales formas editoriales de producción. Un ejemplo de las disfunciones que la regulación de este contrato presenta actualmente es que, entre supuestos cuya ausencia determinaría la nulidad del contrato, se refiere la tirada a “el número máximo y mínimo de ejemplares que alcanzará la edición o cada una de las que se convengan”.²⁰

La decisión por parte de los autores de integrar una obra ya publicada, un libro, en un repositorio académico en acceso abierto habría de tener en cuenta en qué términos se cedieron en su día los derechos de explotación al editor (i.e. duración del contrato, ámbito territorial, exclusiva y modalidades de explotación, entre otros).

A través del contrato de edición el editor recibe la titularidad derivativa de los derechos del autor. Por tanto y, es verdad que con algunos matices, si el contrato está vigente habría que solicitar, por regla general, al editor autorización para incluir la publicación en el repositorio.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que en el sector editorial se utilizan, cada vez más, otros instrumentos de contratación que no siempre implican la cesión de derechos al editor, es decir, no son contrato de edición (en consecuencia, no habría

²⁰ Se ocupa de las disfunciones y de las cuestiones prácticas que no abarca la actual regulación. Laboratorio de ideas sobre el libro, *El Libro y su marco normativo: presente y porvenir* (Madrid: Laboratorio del Libro, 2015. Disponible en: <http://laboratoriodellibro.com/project/los-titulares-de-derechos-y-la-propiedad-intelectual/>).

inconveniente en que el autor disponga de la obra para que forme parte de un repositorio o para otros usos que considere). Piénsese por ejemplo en un contrato a través del cual el autor encarga la prestación de servicios editoriales (para maquetación, impresión y encuadernación) a cambio de una remuneración al editor. O en el llamado contrato de *sello editorial* en el que el autor remunera al editor por permitirle usar su marca editorial sin que el editor asuma riesgo alguno.

Tampoco parece que sea un contrato de edición, siguiendo a Sánchez Arísti,²¹ el contrato por el que las partes acuerdan que el plazo del que dispone el editor para poner en circulación los ejemplares de la obra es de dos años, transcurrido el cual, si el editor no hubiera publicado o iniciado la edición de la obra cualquiera de las partes podrá optar por rescindir el contrato, con la sola consecuencia de la devolución del original al autor por parte del editor.

3.1.3. Protección de las producciones editoriales

La labor creativa del editor no pasa necesariamente por la concepción de una obra en origen y sí, siempre, por aportar un valor añadido a los contenidos y por la concepción de un catálogo conjunto de títulos o una línea editorial. Como parte de la definición del editor que da la Ley de la lectura, el libro y las bibliotecas, en unos términos quizás poco afortunados, dice que “concibe obras literarias, científicas y en general de cualquier temática”.²²

²¹ Rodrigo Bercovitz, (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (Madrid: Tecnos, 2017), 1030.

²² “Editor: persona natural o jurídica que, por cuenta propia, elige o concibe obras literarias, científicas y en general de cualquier temática y realiza o encarga los procesos industriales para su transformación en libro, cualquiera que sea su soporte, con la finalidad de su publicación y difusión o comunicación”. España, “Ley 10/2007”, artículo 2.

Además de los derechos de propiedad intelectual que corresponden a los titulares originarios (i.e. autores o traductores, prologuistas, todos ellos autores en sentido amplio), la LPI protege determinadas producciones editoriales.²³ En concreto, el artículo 129 de la LPI concede derechos similares a los del autor a quien divulgue determinadas obras (obras inéditas en dominio público) u obras de ciertas características (obras no protegidas individualizadas por sus características técnicas).

Respecto a qué se entiende por obra inédita hay dos posturas:²⁴ la que considera inédita la obra de la que no se han distribuido un número suficiente de ejemplares para satisfacer razonablemente las necesidades del mercado (pero que ha sido reproducida) y la que la equipara a obra no divulgada de ninguna forma, ni reproducida, ni distribuida, ni comunicada al público. A mi entender, es la segunda opción la que mejor casa con un escenario digital en el que el número de ejemplares distribuido no es relevante. De hecho, porque no hay una distribución propiamente dicha. Más que hablar de copias o de tiradas de ejemplares lo que sería determinante para considerarla o no obra inédita es que la obra haya sido o no puesta a disposición del público en Internet, comunicada públicamente.

Al integrar una obra, por ejemplo en forma de libro, en una biblioteca digital o en un repositorio académico de acceso abierto habrá que tener también presente si sobre esa edición individualizada el editor puede tener derechos para, en su caso, solicitarle autorización.

²³ El plazo de protección se establece en el artículo 130 LPI y durará 25 años computados desde el día 1 de enero del año siguiente al de la divulgación lícita de la obra (o contados desde el año siguiente al de la publicación).

²⁴ Se refiere a ellas, Bercovitz, *Comentarios a la Ley de Propiedad*, 1774.

3.1.4. Obras huérfanas y obras en dominio público

El interés por las obras huérfanas y por las obras en dominio público considero que surge más vinculado a los proyectos de digitalización masiva de libros y a la construcción de bibliotecas digitales, que a la creación de repositorios científicos.²⁵

Las obras huérfanas se mostraron como un obstáculo a los proyectos de digitalización, principalmente de libros (ya que de sus titulares no se podían recabar los permisos para su digitalización y puesta *on line*). Sin embargo, la conexión de la obras huérfanas con el tema que nos ocupa está en que para ellas también se aspira a impulsar su conservación, difusión y puesta a disposición gratuita en internet.

La Comisión Europea se ha ocupado de las obras huérfanas a través de numerosos instrumentos.²⁶ Como medida clave de la Estrategia Europea 2020 se contempló el establecimiento de un marco jurídico que facilitase la digitalización y divulgación de obras y prestaciones protegidas por derechos de autor y afines cuyos titulares de derechos no hubiesen sido identificados o, si lo fuesen, no estuviesen localizados.

La digitalización de la información también ha incentivado el interés por las obras artísticas, literarias o científicas en dominio público, su difusión, circulación y preservación.²⁷ La Comisión

²⁵ Un estudio introductorio a lo que fue el proyecto de Google (hito como proyecto de digitalización masiva de libros de bibliotecas académicas) y al tipo de obras que lo integraban: obras en dominio público, obras huérfanas y de obras sujetas a derechos de autor, ver: Ana del Arco, “Una introducción a la Directiva 2012/28/CE sobre ciertos usos de obras huérfanas” (*Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia* 32 (2013)).

²⁶ En particular a través de la Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012 cuya transposición al derecho nacional se hizo vía el artículo 37 bis de la LPI.

²⁷ Ginsburg lo define como “el tema en el candelero”. Ginsburg, “‘‘Une chose

Europea insiste en las bondades de la digitalización como forma para preservar y compartir en línea los contenidos que integran el patrimonio cultural europeo. Su Comunicación de 22 de julio de 2014,²⁸ anima a los Estados miembros a aprovechar las ventajas de la digitalización y señala cómo la digitalización y la accesibilidad en línea del material cultural modifican los modelos tradicionales y exigen una manera nueva de enfocar nuestro acceso al patrimonio artístico y cultural.

La integración de libros que lleguen a adquirir la condición de obras huérfanas en una biblioteca digital pasa por una búsqueda previa y diligente de los titulares de derechos en los términos que se establece en el artículo 37 bis y su Real Decreto de desarrollo.²⁹ En cuanto a las obras en dominio público, la temporalidad de los derechos de explotación determina su paso a dominio público y, por tanto, que resulte permitida su reproducción, distribución, comunicación pública y, claro, su puesta en acceso libre e internet y que pasen a formar parte de bibliotecas digitales.³⁰

publique?’ - The Author’s Domain and the Public Domain in Early British, French and US Copyright Law”, como se citó en: Paul Torremans, ed., *Copyright Law: A Handbook of Contemporary Research* (Cheltenham: Edward Elgar, 2007), 133.

²⁸ Comisión Europea, “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones. Hacia un enfoque integrado del patrimonio cultural europeo” (Bruselas, 22 de julio de 2014. Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/com/com_com\(2014\)0477_/com_com\(2014\)0477_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/com/com_com(2014)0477_/com_com(2014)0477_es.pdf)).

²⁹ España, “Real Decreto 224/2016, de 27 de mayo, por el que se desarrolla el régimen jurídico de las obras huérfanas” (Madrid, 27 de mayo de 2016).

³⁰ A nivel europeo se han desarrollado plataformas que ayudan a calcular la entrada de obras en dominio público y a clarificar su estatus, un ejemplo es el calculador de la Biblioteca Digital Europea, Europea. Europea Foundation,

4. Acceso abierto y edición científica en España

4.1. La transformación en curso del sector editorial

Tras la revisión de todo modelo de negocio está la búsqueda de su sostenibilidad económica. En parte, el sector del libro se está sirviendo para su transformación de los modelos ideados y de la experiencia del sector musical y del audiovisual.

En un escenario de libros impresos el modelo consiste en reflejar los costes de producción (derechos de autor, traducción, edición, maquetación, diseño, impresión, encuadernación, distribución) como parte del precio de venta al público, para que la venta implique, en su caso, un retorno económico para el editor e ingresos para la cadena de agentes (autores, distribuidores y librerías).

En un entorno de plataformas virtuales y archivos digitales cambia, por supuesto, la forma en que los usuarios acceden a los contenidos. Quizás esto no sea lo más relevante en el sentido de que, más allá de la experiencia lectora, en la venta de libros por unidades en formato electrónico el coste del libro también repercute en el precio de venta al público —PVP—³¹ de la unidad.

Lo digital ha llevado a los editores a nuevos intermediarios o a intermediarios que se han transformado (i.e. plataformas de distribución *on-line*). Ha hecho que los operadores conciben otras maneras de relacionarse y que, más allá de la venta de ejemplares por unidad, se hagan frecuentes las licencias por uso de

Out Of Copyright. Determining the Copyright of Works (Consultado el 4 de marzo de 2018, en: <http://outofcopyright.eu/calculator.html>).

³¹ Llama la atención, por alarmante, y refleja las dificultades del sector, el dato de que únicamente el 29,5 % de los lectores entrevistados obtiene los libros electrónicos pagando por ellos que se presenta en el último informe de hábitos de lectura: Federación de Gremios de Editores de España, *Hábitos de Lectura y Compra de Libros en España 2017* (Conecta, 2018).

los contenidos. Piénsese por ejemplo en la contratación de bases de datos que incluyen el acceso a parte del catálogo editorial de artículos de revistas o monografías especializadas.³²

También se han desarrollado aplicaciones multiplataforma para la reproducción de textos editados vía *streaming* que ofrecen distintos modelos de suscripciones.³³ Han surgido intermediarios que aglutinan una serie de catálogos de distintas casas editoriales en digital y dan servicios sobre esos fondos a bibliotecas.³⁴

Si bien no está centrada en exclusiva en publicaciones científicas, en España el modelo de la editorial Traficantes de Sueños³⁵ simultanea, para algunos títulos, la venta de la edición impresa de libros con la puesta a disposición en abierto y gratuita en Internet del formato PDF. Desde sus inicios, esta editorial ha apostado por difundir las publicaciones mediante licencias Creative Commons, que permiten que los libros se puedan copiar, distribuir, comunicar públicamente y descargar desde su página web. En esta se advierte de los costes que implica producir un libro y anima a los usuarios a asociarse al proyecto y a

³² Estas bases de datos permiten el acceso a un *nuevo* concepto de libro. En publicaciones jurídicas las bases de datos especializadas incorporan libros *dinámicos* en el sentido de que gozan de un sistema de actualización a cada cambio legislativo o jurisprudencial que se incorpora en el libro de forma inmediata (i. e. para el libro jurídico la base de datos que provee la editorial: Tirant lo Blanch, *Tirant editorial* (Consultado el 4 de marzo de 2018, en: <https://www.tirant.com/editorial/>)).

³³ Un ejemplo de servicio para leer libros digitales en Internet basado en el modelo de suscripción *premium* mensual y anual es: 24symbols, *24symbols.com* (Consultado el 4 de marzo de 2018, en: <https://www.24symbols.com>).

³⁴ Casalini Libri es un ejemplo de plataforma que gestiona los fondos de un conjunto de editores para prestar sus servicios a bibliotecas: Casalini Libri, *Casalini Libri* (Consultado el 4 de marzo de 2018, en: <http://www.casalini.it/>).

³⁵ Traficantes de sueños, *Traficantes.net* (Consultado el 4 de marzo de 2018, en: <https://www.traficantes.net/>).

colaborar mediante donaciones que le permitan hacer sostenible esta práctica de seguir *liberando* libros.

4.2. Acceso abierto a la producción científica española

4.2.1. Legislación española y acceso abierto

Las políticas de acceso abierto se han adoptado en España a través de la Ley 14/2011, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación. En su artículo 37.2 se prevé que el personal investigador cuya actividad investigadora esté financiada mayoritariamente con fondos de los Presupuestos Generales del Estado haga pública una versión digital de los “contenidos que le hayan sido aceptados para publicación”,³⁶ en el momento en que sea posible, pero no más tarde de doce meses después de su publicación. A continuación especifica que se trata de “contenidos [aceptados para su publicación] en publicaciones de investigación seriadas o periódicas”,³⁷ por tanto no extiende el mandato a la publicación en abierto de libros.

Otra norma que ha hecho eco de los postulados del acceso abierto es el Real Decreto 99/2011, de 28 de enero, por el que se regulan las enseñanzas oficiales de doctorado que contiene un precepto relativo a la puesta a disposición del público de las tesis doctorales que afecta a trabajos inéditos y a las tesis en la modalidad de agrupación de publicaciones.³⁸

³⁶ España. “Ley 14/2011, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación” (Madrid, 1 de junio de 2011. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2011-9617>), artículo 37.2.

³⁷ *Ibíd.*

³⁸ España. “Real Decreto 99/2011, de 28 de enero, por el que se regulan las enseñanzas oficiales de doctorado” (Madrid, 28 de enero de 2011), artículo 14.5.

4.2.2. Repositorios y mandatos de acceso abierto

Las medidas adoptadas por las universidades sobre acceso abierto a la ciencia son dispares. Se podría decir que la implantación de las políticas se ha centrado en la creación de repositorios pero no ha ido acompañada, al menos en España y para las publicaciones en formato libro, de una tendencia de las editoriales académicas a prever la posibilidad de ediciones a las que se permita el acceso abierto, libre.³⁹

En España existen, según la base de datos de repositorios institucionales españoles de acceso abierto, 83 repositorios de universidades y centros de investigación. Algunos de estos repositorios contienen únicamente la producción resultante de la actividad investigadora de sus miembros.⁴⁰ Es el caso del repositorio DIGITAL.CSIC que cuenta con 152 482 registros de los que un 68 % están disponibles en acceso abierto. Algunas de estas publicaciones están bajo un periodo de embargo y en el repositorio se indica la fecha en que terminará el embargo y pasarán a estar disponibles.⁴¹

³⁹ Sin embargo sí es frecuente que revistas científicas permitan el autoarchivo y su difusión en abierto. Según la base de datos para autoarchivo de revistas científicas españolas, hay 1850 revistas que permiten el acceso abierto y el autoarchivo en repositorios de los artículos publicados. Acceso abierto a la ciencia, *Acceso abierto.net* (Disponible en: <http://www.accesoabierto.net/>).

⁴⁰ Algunos repositorios incluyen exclusivamente materiales docentes, como MDX que es un repositorio cooperativo con materiales y recursos digitales resultantes de la actividad docente de las universidades miembros (entre otras, la Universidad Autónoma de Barcelona, Universidad Politécnica de Cataluña y Universidad Pompeu Fabra). Materials Docents en Xarxa, *mdx.cat* (Disponible en: <https://www.mdx.cat>).

⁴¹ También centrado en exclusiva en la producción científica de sus miembros, el Repositorio de la Universidad Europea de Madrid, en el que al buscar por 'libros' se localizan 191 registros, si bien en su mayoría se trata de títulos meramente referenciados que no permiten acceder al texto completo. Universidad Europea de Madrid, *Repositorio de Producción Científica. Abacus* (Disponible en: <http://abacus.universidadeuropea.es/>).

En una primera aproximación, llama la atención lo indeterminados y confusos que resultan los términos *campus virtual* o *aula virtual*, y no queda del todo claro, al menos desde la perspectiva de un jurista, si son siempre conceptos distintos del de repositorio académico o de las bibliotecas digitales.

Los mandatos de acceso abierto aprobados por distintas universidades españolas, en ocasiones, requieren el depósito de todas las publicaciones por parte de su personal investigador (no solo los resultados de proyectos de investigación) y, en otras, simplemente recomiendan a los investigadores el archivo de sus trabajos en los correspondientes repositorios.

Esta última es la política, por ejemplo del repositorio Biblos-e Archivo de la Universidad Autónoma de Madrid, que ofrece la posibilidad de que sus investigadores puedan depositar en él los artículos de revista (*preprints*, *postprint* o la versión impresa, en función de lo que permita el editor).⁴² De hecho, es frecuente que los repositorios recomienden que previamente, si las publicaciones que se van a depositar han sido publicadas con anterioridad, se comprueben los términos en que se hizo la cesión de derechos al editor y si estos prevén políticas de autoarchivo (a través de plataformas de carácter internacional como Sherpa/Romeo y para las revistas nacionales en Dulcinea). Repositorios como el de la Universidad de Granada (llamado DIGIBUG), someten a un filtro de profesionales especializados la integración de la producción académica en el repositorio por parte del personal docente e investigador, con el fin de valorar los posibles derechos de propiedad intelectual concurrentes.

⁴² También posters, ponencias y comunicaciones a congresos, informes técnicos o de investigación, libros, capítulos de libros, así como trabajos de fin de grado o trabajos de fin de master. Universidad Autónoma de Madrid, *Biblos-e Archivo* (Disponible en: <https://repositorio.uam.es/>).

Con carácter general no puede afirmarse, siguiendo a De Román,⁴³ que las normativas de las universidades que han aprobado mandatos de acceso abierto obliguen a depositar o publicar todos los trabajos del personal docente e investigador adscrito a las mismas dentro de un plazo temporal determinado. Las previsiones sobre acceso abierto son, a mi entender, meras recomendaciones, algo dubitativas. Quizás porque sean conscientes de la necesidad de coordinar estas políticas con el respeto a los derechos de propiedad intelectual de posibles titulares.

5. Hacia un modelo sostenible de edición científica en acceso abierto

La manera habitual de difusión de las publicaciones científicas en forma de libro es y sigue siendo en España la cesión de los derechos de explotación a un tercero y, por tanto, la publicación a través de casas editoriales científicas. La forma de divulgación de publicaciones científicas en acceso abierto, al menos en España, está centrada principalmente en publicaciones seriadas o revistas.

La implantación de las políticas de acceso abierto en España se ha materializado principalmente en la creación de numerosos repositorios de universidades e instituciones. Con carácter general, las políticas de universidades, instituciones y centros de investigación simplemente recomiendan a los investigadores el depósito de sus publicaciones en repositorios. En paralelo, no se han desarrollado, al menos para libros, políticas de edición en abierto por parte de las casas editoriales o que prevean que, pasado un tiempo, las publicaciones podrán archivar en repositorios.

⁴³ Raquel de Román Pérez, “Propiedad intelectual y acceso abierto a artículos científicos” (En: Isabel Espín Alba (coord.), *Propiedad Intelectual en el siglo XXI: nuevos continentes y su incidencia en el derecho de autor* (Madrid: Reus Editorial, 2014)).

Tras numerosas declaraciones internacionales sobre políticas de acceso abierto, la Comisión Europea ha sido contundente al hacer del acceso abierto a las publicaciones científicas el principio general del Horizonte 2020, el programa para la financiación de la investigación y la innovación de referencia de la Unión Europea.

Sin embargo, uno de los obstáculos de los modelos de publicación en abierto que ofrecen acceso a contenidos gratuitos es que no hay un retorno económico de potenciales compradores. En esencia la pregunta es quién y cómo se sufragan los costes de estas publicaciones.⁴⁴ La búsqueda de nuevos modelos debería pasar por un diálogo y una actuación coordinada entre todos los agentes (comunidad científica, editores, bibliotecas, universidades), que repercuta en la calidad de las publicaciones y que sea económicamente sostenible.

⁴⁴ Elea Giménez reflexiona sobre el particular al referirse al modelo de *Knowledge Unlatched* y destaca la importancia de que exista un diálogo entre editores, bibliotecarios y autores. Elea Giménez Toledo, “Knowledge Unlatched: ¿quién asume el coste de las publicaciones científicas en abierto?” (*Blok de Bid*, 27 de enero de 2016. Disponible en: <http://www.ub.edu/blokdebid/es/content/knowledge-unlatched-quien-asume-el-coste-de-las-publicaciones-cientificas-en-abierto>).

B. Principales premisas para la adopción de políticas en América Latina

Fredy Adolfo Forero Villa

Google entregó al profesor de derecho de la Universidad de Illinois, Paul Heald, 18 830 dólares para financiar la producción de un artículo en el que se analizaban las ventajas del dominio público.⁴⁵ El artículo escrito en coautoría y publicado en el 2012 no hace referencia al patrocinador, y es anunciado como un *paper* objetivo, generado en el seno de la academia.

Este ejemplo hace parte de cientos de casos en los que Google ha financiado investigaciones académicas para promocionar teorías en contra de la regulación en los mercados en los que desarrolla sus modelos de negocio. Estos casos han sido denunciados por *The Wall Street Journal*⁴⁶ en una investigación publicada en julio de 2017 en la que señala que Google paga entre 5000 y 400 000 dólares por investigación, para influir en la opinión pública en temas relacionados con el derecho de autor, la protección de datos personales y las medidas antimonopolio.

La dimensión de desarrollo humanitaria y social detrás del movimiento Open Access o acceso abierto es irrefutable, no obstante, la puesta en marcha de estrategias lobistas de

⁴⁵ Christopher Buccafusco y Paul J. Heald, “Do Bad Things Happen When Works Enter the Public Domain?: Empirical Tests of Copyright Term Extension” (Berkeley Technology Law Journal, 15 de agosto de 2012. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2130008>).

⁴⁶ Brody Mullins y Jack Nicas, “Paying Professors: Inside Google’s Academic Influence Campaign” (*The Wall Street Journal*, 14 de julio de 2017. Disponible en: <https://www.wsj.com/articles/paying-professors-inside-googles-academic-influence-campaign-1499785286>).

desregulación de mercados para la monetización del *Big Data*, escudadas en el discurso que promueve el Internet abierto, han hecho que en ciertos escenarios se tergiversen los objetivos y el alcance del movimiento. Esto ha afectado desde la adopción de políticas de acceso a contenido en instituciones de educación superior hasta las negociaciones individuales realizadas por autores independientes, a quienes se les presenta el uso de licencias Creative Commons como la herramienta contractual estándar y de aplicación uniforme.

Sumado a lo anterior, el haber acuñado el término *copyleft* como contraposición etimológica al sistema de protección anglosajón (el *copyright*), a menudo hace que el público asocie el movimiento Open como opuesto a los valores del derecho de autor, llegando incluso a aceptarse el hackeo de información como herramienta para alcanzar los objetivos trazados por el movimiento.

El 5 de septiembre de 2011 Alexandra Elbakyan, desarrolladora de software y neurocientífica de Kasajistán, creó *Sci-Hub*, una base de datos de acceso gratuito de más de 62 millones de artículos científicos. La plataforma es alimentada por diferentes usuarios que *donan* sus claves de acceso a las bases de datos, así su seguridad es burlada, de esta manera cuando un usuario hace una consulta en *Sci-Hub*, la plataforma accede al repositorio de acceso restringido que contiene el artículo requerido, lo extrae, permite su lectura de forma gratuita y hace una copia en su servidor.

Para muchos la creación de *Sci-Hub* representa una cruzada por la circulación libre del conocimiento y la desarticulación de oligopolios que controlen el acceso a las bases de datos, y resulta sorprendente el apoyo demostrado desde diferentes sectores, pese a que el funcionamiento de la plataforma implica serias violaciones internacionales de derecho de autor.

Aunque comparten objetivos, el movimiento Open Access se aparta del sistema de difusión de contenidos de *Sci-Hub* desde sus bases conceptuales. Pese a la existencia de las condiciones socioeconómicas que justifican el movimiento, los métodos empleados por Alexandra Elbakyan contradicen los ideales perseguidos por la corriente de acceso abierto; la democratización de la sociedad de la información empoderando a los autores de sus derechos y garantizando la circulación de contenidos conforme su diseño.

La importancia del acceso al acervo cultural y la producción científica no puede desdibujar el respeto hacia el creador del contenido. La supuesta superioridad moral del hackeo se pierde en el preciso momento en el que se ubica al lector del contenido por encima del autor y se justifica la difusión de conocimiento en perjuicio del creador de dicho contenido.

Uno de los principales argumentos a favor del hackeo para la publicación gratuita de contenidos es la baja participación de los autores en los rendimientos económicos de sus obras. Sin embargo, resulta contradictorio minar el régimen de protección de los autores argumentando que las dinámicas de mercado no permiten el ejercicio efectivo de los derechos en cabeza de esos mismos autores.

El movimiento Open Access ha representado un avance sin precedentes en los procesos de democratización del conocimiento, y las universidades tienen el compromiso social de apoyarlo. No obstante, se deben identificar claramente las diferencias entre los objetivos y alcances del *open access* y aquellas estrategias de debilitamiento del sistema de protección del derecho de autor a favor de los intereses empresariales particulares.

La aplicación de modelos de acceso abierto, como regla irrestricta en todo tipo de contenidos y contextos contribuirá a la consolidación de esquemas oligopólicos en los que predominan

las redes de telecomunicaciones sobre los contenidos que circulan por estas, alejándose también de los principios nobles que dieron origen al movimiento. Una muestra clara de ello se evidencia en el pago de los cargos por el procesamiento de obras o artículos que actualmente cobran algunas plataformas.

En Iberoamérica, el movimiento ha tenido un impacto representativo, a febrero de 2018 se reportó la existencia de 519 repositorios de acceso gratuito en la región. Entre 2010 y 2018, Brasil pasó de tener 25 repositorios a 99; Perú de 8 a 48; Colombia de 12 a 47 y Argentina de 6 a 44,⁴⁷ lo que demuestra un crecimiento exponencial en menos de una década. No obstante, los modelos de negocio de acceso a las obras científicas no se han modificado, y la creación de repositorios gratuitos no ha tenido ningún impacto en los costes de suscripción a las grandes bases de datos. El 50 % de los artículos publicados en 2013 se concentraron en las cinco principales editoriales de obras científicas del mundo.⁴⁸

La adopción de políticas de acceso abierto, sin un análisis previo del contexto universitario de la región y las particularidades de producción de cada institución, ha puesto a algunas universidades de América Latina en una encrucijada, en la que gran parte de su producción intelectual circula de forma gratuita, mientras que deben pagar por el acceso a bases de datos externas, que incluso, pueden incluir en su catálogo investigaciones de la universidad a la que se le cobra el importe de suscripción.

⁴⁷ University of Nottingham, *Directory of Open Access Repositories. Open DOAR* (Disponible en: <http://www.opendoar.org/find.php>).

⁴⁸ Vincent Larivière, Stefanie Haustein y Philippe Mongeon, "The Oligopoly of Academic Publishers in the Digital Era" (*PLoS ONE* 10(6), 10 de junio de 2015. Disponible en: <http://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0127502>)

Se desestima el valor de la producción local, mientras se paga por el acceso a la creación intelectual foránea.

La implementación de políticas *open* en las diferentes instituciones de educación superior en América Latina debe partir de las siguientes premisas.

1. El acceso abierto se rige por los principios básicos del derecho de autor, por lo que es indispensable contar con autorización previa de los autores.
2. Solo podrá usarse una licencia Creative Commons cuando la retribución al autor se dé por un mecanismo alternativo.
3. No todo contenido se debe incluir en repositorios gratuitos.
4. No existe un modelo único de política *open access*.
5. La política *open* debe ser consecuente con la política de administración de intangibles.

1. El acceso abierto se rige por los principios básicos del derecho de autor, es indispensable contar con autorización previa de los autores

En septiembre de 2001 los profesores Harold Varmus, premio Nobel y director del Instituto Nacional de Cancer; Patrick O. Brown, profesor en la Escuela de Medicina de la Universidad de Stanford; y, Michael Eisen, profesor de la Universidad de California, remitieron un comunicado a sus colegas indicando su intención de crear un repositorio de la producción científica de acceso gratuito. El comunicado, de escasos tres párrafos, proponía una consigna revolucionaria por la democratización del conocimiento. Una iniciativa que dio lugar a la creación de la Public Library of Science —PLoS— y al movimiento mundial por el acceso abierto que hoy conocemos.

En el comunicado,⁴⁹ los profesores reconocían el derecho legítimo de los editores de revistas científicas a percibir ganancias, pero solicitaban a sus colegas el abstenerse de publicar en aquellas revistas que no les concedieran a los autores el derecho a usar libremente sus artículos después de la publicación. La comunicación proponía a los autores otorgar derechos a las revistas para la publicación en exclusiva por 6 meses, conservando la potestad de decidir qué hacer con los artículos después de dicho tiempo, y por ende, poder incluirlos en la base de datos gratuita.

El movimiento Open Access no surgió en el momento en el que los autores decidieron renunciar a sus derechos. Por el contrario, nació por una iniciativa que empoderó a los autores y destacó su poder de decisión al momento de autorizar una publicación, su potestad de decidir en qué condiciones circularía su contenido.

Los orígenes del *Open Access* no son otra cosa que el ejercicio puro y simple de derechos autorales, el ejercicio de un derecho de autor que vela porque la obra circule de forma fiel a los intereses intelectuales y espirituales del autor, bien sea que persiga ánimo de lucro o no.

La política *open* deberá garantizar la posibilidad del autor de decidir si hace parte de un repositorio o no. La universidad deberá adoptar formatos claros que permitan a los alumnos autorizar de manera previa la inclusión de sus obras en repositorios gratuitos bajo la política *open*. En todo caso, la autorización de uso de tesis, tesinas, monografías y trabajos en general, no podrá ser instituida como un requisito de grado.

Solo podrán ser incluidas en los repositorios gratuitos aquellas obras de estudiantes que de manera autónoma lo autorizaron.

⁴⁹ Harold Varmus, Patrick O. Brown y Michael Eisen, *PLOS Open Letter* (septiembre 2001). Disponible en: <https://www.plos.org/open-letter>).

La consulta previa permite que los repositorios sean apoyados por aquellos autores que así lo desean, lo que hasta el momento no ha representado un obstáculo para la publicación masiva de contenidos bajo licencias Creative Commons, a la par que se desarrollan nuevos modelos de negocio.

Tratándose de obras producidas por los profesores y personal contratado por la universidad, la autorización se derivará de los contratos celebrados. En estos casos se contará de antemano con los permisos requeridos para la inclusión de las obras en repositorios gratuitos.

2. Solo podrá usarse una licencia Creative Commons cuando la retribución al autor se dé por un mecanismo alterno

Los pilares del movimiento *Open Access* giran en torno a tres preceptos generales:

1. La publicación de las obras científicas, técnicas y profesionales conlleva, en la mayoría de los casos, un valor intrínseco por la acreditación de la institución educativa y del puntaje otorgado al autor.
2. Los docentes tradicionalmente escriben obras científicas en cumplimiento de sus obligaciones contractuales en los campos de docencia, investigación y proyección social, por lo que la retribución al autor se da en términos de salario u honorarios en el marco de contratos laborales y de prestación de servicios.
3. Mientras la literatura se puede dividir por nichos de mercado y hacer perfiles del público objetivo, la obra científica debe circular ampliamente, ser rebatida y modificada.

Si tanto para la universidad como para el docente la retribución por la circulación del contenido se deriva de mecanismos alternos, y estos no proyectaron la explotación económica de la obra, resulta razonable que el contenido circule de forma gratuita, con miras a ampliar el espectro de difusión y los réditos por el reconocimiento del público objetivo. De esta manera se da vida a repositorios de acceso gratuito y es posible agrupar el conocimiento mundial en una vasta red de datos interconectados, anotados, evaluados por pares. Una red en la que cada nueva observación, refutación o dato realza el valor de todo el conjunto.

De esta manera se tiene certeza de que la circulación libre y gratuita de las obras científicas no afectará los intereses de los titulares de derecho de autor y, por consiguiente, el discurso que promulga el acceso abierto resulta no solo razonable y congruente, sino necesario. No obstante, el uso de las licencias Creative Commons en la negociación con autores independientes a la academia puede resultar injusto.

Se ha convertido en una práctica común en las negociaciones con autores independientes en América Latina que se sostenga que no es necesario el pago de regalías cuando el producto editorial resultante se difunda bajo una licencia Creative Commons. Si el editor no persigue ánimo de lucro, se justifica que no pague utilidades al autor, limitando los beneficios en favor de este al reconocimiento que le pueda acarrear la obra. Pero, el uso de una licencia Creative Commons no solo significa que el editor utilizará el contenido de forma gratuita, sino que la autorización se hará extensiva a cualquier internauta que desee explotarla.

La publicación de la obra bajo una licencia Creative Commons implica una renuncia de su autor a la explotación económica de la misma, y si no se verifican mecanismos alternativos de retribución a favor de este, se le está pidiendo una renuncia a cambio de nada.

Tratándose de autores que no recibieron honorarios, patrocinios o salario, no cuentan con mecanismos indirectos de monetización del contenido, como la programación de conferencias o talleres o posicionamiento en un mercado o sector, no se benefician del puntaje docente y, en general, el que no se cuente con un mecanismo alternativo de retribución, es totalmente injusto el uso de una licencia Creative Commons que permita usos subsecuentes con ánimo de lucro. Si el proyecto editorial contempla la difusión gratuita, esta puede realizarse sin necesidad de recurrir al uso de una licencia que implique la renuncia de derechos.

El sistema de protección del derecho de autor se cimenta en el concepto de retribución justa al creador del contenido. Es la respuesta a la necesaria entrega de incentivos a los autores para que acrecienten el acervo cultural y científico, sin embargo, el uso indiscriminado de las licencias Creative Commons en las negociaciones con autores independientes ha implicado una resignificación del paradigma.

Actualmente, Elsevier cobra al autor o entidad que lo presente por la publicación bajo el modelo *open access* entre 65 y 5000 dólares, dependiendo del nivel de prestigio de la revista en la que se desee publicar; mientras que *PLoS* cobra en promedio 2728 dólares y Springer o Taylor & Francis 1260 dólares.⁵⁰

La popularización del pago de los costes de procesamiento de obras o artículos,⁵¹ en escenarios en los que no solo hay

⁵⁰ Pablo Markin. "How much do top publishers charge for Open Access?" (*Open Science*, 20 de abril de 2017 Disponible en: <http://openscience.com/how-much-do-top-publishers-charge-for-open-access/>).

⁵¹ Esos costes son los *article processing charge* —APC— y los *Book Processing Charges* —BPC—. Costos cobrados por las plataformas de administración de repositorios gratuitos a los autores de las obras que alimentan su sistema. Usualmente atribuidos a gastos de estandarización, catalogación y alojamiento.

una falencia en la retribución al autor sino que por el contrario este se ve obligado a pagar un importe por la oportunidad de ser publicado, implica un atentado a los fundamentos filosóficos del derecho de autor y una tergiversación de los objetivos perseguidos por el movimiento *Open Access*. Un escenario en el que la buena voluntad de los autores y las universidades solo implicará un cambio en el modelo de negocio de las bases de datos, sin que esto se traduzca en beneficios concretos para la comunidad.

Se dice que la vía dorada del acceso abierto (o *Gold Open Access*) implica la publicación inmediata del contenido en una modalidad *open* en un canal de alta calidad. La verdadera regla dorada del movimiento debería ser el constatar la retribución justa al creador del contenido por mecanismos alternos de manera previa al uso de licencias Creative Commons. Esto aseguraría que el movimiento Open sea fiel a los pilares que le dieron origen.

3. No todo contenido se debe incluir en repositorios gratuitos

La visión del libro académico como objeto cultural y comercial y las grandes diferencias entre la edición de un libro y una publicación seriada hacen de la catalogación de la producción interna de la universidad un debate álgido, cuyas conclusiones no se pueden extrapolar, por lo que la política *open* debe contar con la suficiente flexibilidad acorde con el proyecto editorial universitario.

La adopción de políticas *open* al interior de las instituciones de educación superior debe mantener el anhelo y los esfuerzos por la difusión amplia y democrática del conocimiento, sin desatender la lógica de retribución justa al creador del contenido y la optimización del uso de los bienes de la universidad.

Las políticas de acceso abierto deben contemplar un proceso de selección objetivo, que permita la exclusión de aquellas obras que sirvan de base para el desarrollo de modelos de negocio autosustentables, bien sea por parte del estudiantado, los profesores o la editorial universitaria, estos últimos, en beneficio de la propia universidad.

Las universidades deben desarrollar políticas institucionales que fomenten la disponibilidad de los resultados de investigación, garantizando que los autores y la editorial universitaria puedan hacer un proceso de curaduría y decidir qué textos se difundirán a través de repositorios gratuitos y cuáles se comercializarán bajo proyectos editoriales autosostenibles.

4. No existe un modelo único de política de acceso abierto

La estructura de producción de conocimiento al interior de las universidades varía sustancialmente entre las instituciones públicas, privadas, clericales e industriales y poseen características propias por regiones y países.

El uso genérico de políticas de acceso abierto, sin el análisis acucioso del contexto local, conlleva a la aprobación de medidas desajustadas, cuya aplicación juega en detrimento del proyecto editorial.

Es necesario que la política *open* sea el resultado de procesos de concertación interdisciplinar, que comprometa las diferentes áreas del alma mater implicadas en la producción, uso y difusión de contenidos, que contemple las diferentes estrategias a mediano y largo plazo que definirán la interacción de la universidad con la sociedad civil y los modelos de generación de puentes con los depositarios del conocimiento creado en sus aulas.

5. La política debe ser consecuente con la política de administración de intangibles

En un escenario de toma de decisiones desarticuladas sobre la administración de intangibles de la universidad, es posible que el departamento de propiedad intelectual considere valioso iniciar los trámites de solicitud de patente o diseño industrial de un resultado de investigación, y que el trámite sea negado porque el *paper* fue publicado en un repositorio, y por consiguiente la información ya hace parte del estado de la técnica.

La institución deberá asegurarse de que no se liberen derechos de obras que puedan servir de base para impulsar proyectos que generen beneficios económicos a los creadores del contenido y a la propia universidad. Así, la política *open* deberá contemplar canales de comunicación entre las diferentes áreas encargadas de administrar la propiedad intelectual de la institución.

C. Desafíos de las obras académicas frente al derecho de autor y al acceso abierto

Paula Alexandra Gil López

1. Protección del derecho de autor en las obras académicas y su relevancia

Para definir si las creaciones académicas son obras protegidas por la propiedad intelectual es necesario revisar su valoración a través de dos corrientes jurídicas de protección: la primera, el *common law*, que no es aplicable al ordenamiento jurídico colombiano pero que vale la pena enunciar y la segunda, proveniente del *civil law*.

A la luz del *common law*, el *copyright* parte de un supuesto estrictamente patrimonial, en donde lo que prevalece son los derechos económicos y el elemento esencial de la originalidad de la obra no radica en otra cosa que en que esta no sea copiada de una obra anterior. Pero, el derecho colombiano, y otros derechos latinoamericanos sustentados en el *civil law*, desarrolla la protección de la obra a través de los derechos de autor, con un componente moral y patrimonial. En el derecho de autor la obra se entiende como “la expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente, y es apta para ser difundida o reproducida”⁵²

Por su parte en la Decisión Andina 351 de 1993 se define la obra como “Toda creación intelectual originaria, de naturaleza

⁵² Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-276 de 1996 (Magistrado ponente: Julio César Ortiz Gutiérrez. 20 de junio de 1996).

artística, científica o literaria susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma”.⁵³ A partir de la definición anterior, la Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia, en su Concepto 11900 de 2013, ha enunciado los siguientes requisitos que las obras deben cumplir para estar protegidas legalmente:

1. Que se trate de una creación intelectual: es decir que sea el producto del ingenio y de la capacidad humana.
2. Que sea original: la originalidad, no puede confundirse con la novedad de la obra, la originalidad se constituye en el sello personal que el autor imprime en su obra y que la hace única.
3. Que sean de carácter literario o artístico, esto se refiere a la forma de expresión de la obra, es decir, del lenguaje utilizado.
4. Que sea susceptible de ser divulgada o reproducida por cualquier medio conocido o por conocer.⁵⁴

Expuestos estos supuestos que se desarrollan en la normativa tanto colombiana como andina, no cabe duda de que los esfuerzos intelectuales que realizan los profesores en los resultados de investigación y otros trabajos académicos suponen, en su gran mayoría, obras protegidas por el derecho de autor, en la medida en que cumplen con los supuestos mencionados de la siguiente manera: son producto del ingenio, son elaboradas con base en un sello personal que las hace únicas, se encuentran incluidas

⁵³ Comunidad Andina, Decisión andina 351 de 1993: régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos (Lima, 17 de diciembre de 1993), artículo 3.

⁵⁴ Dirección Nacional de Derecho de Autor, Concepto 1-2013-11900 (Bogotá, 2013. Disponible en: http://200.91.225.128/Intrane1/desarrollo/CONCEPTOSWEB/arch_conceptos/1-2013-11900.pdf), 1.

dentro del campo *literario* (pues son obras expresadas por escrito mediante letras o signos convencionales) y son susceptibles de ser divulgadas o reproducidas por el derecho de autor.

Así pues, desde el momento en que las obras académicas son creadas y expresadas, el derecho concede a sus autores unas prerrogativas que consisten en un doble reconocimiento: unos derechos morales y otros patrimoniales. Los derechos morales “son prerrogativas que se caracterizan por ser inalienables, irrenunciables, perpetuas e imprescriptibles y que le permiten al autor exigir que su nombre sea mencionado y aparezca en lugar visible de la obra, siempre que ésta sea reproducida, comunicada al público, transformada o distribuida por cualquier forma”.⁵⁵ Así, los derechos morales son de tal relevancia que el legislador ha previsto que no sean susceptibles de renuncia, que sean perpetuos en el tiempo y que dada su naturaleza de inalienable no sean transmitidos o cedidos a ningún tercero.

Por otro lado, los derechos patrimoniales “son las facultades de orden económico y pecuniario que le permiten al autor disponer libremente de su derecho y lograr un beneficio material mediante la enajenación de éste”,⁵⁶ de tal forma que frente a este derecho el autor puede disponer libremente, salvo en aquellos casos en los que media una obra por encargo o que la producción académica sea el resultado del cumplimiento de las funciones laborales del autor o del objeto de un contrato laboral o de prestación de servicios.

En consecuencia de las prerrogativas mencionadas, la protección en su doble aspecto, moral y patrimonial,

⁵⁵ Wilson Ríos Ruiz. *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías* (Bogotá: Universidad de los Andes y Editorial Temis, 2009), 59.

⁵⁶ *Ibid.*, 60.

se relaciona con la tutela de la dignidad humana del autor, quien proyecta o plasma su persona en las obras que crea, y quien válidamente aspira a mantener las condiciones para ejercer esa libertad creadora, por lo que se ha sostenido que la verdadera justificación del derecho de autor es la protección de la persona del autor en su cualidad de creador de obras.⁵⁷

Expuestos los mecanismos que ha previsto la normativa para la protección de las obras académicas, se hace necesario resaltar dos de los retos más importantes a los que se enfrentan las instituciones educativas cuando crean producción académica: el primero, la protección de la propiedad intelectual como herramienta legal, tanto para el debido reconocimiento del esfuerzo intelectual que realizan sus profesores, como para la consecución de recursos para su reinversión en la generación de nuevo conocimiento, y el segundo, el deber que le asiste a las universidades e instituciones de educación superior de poner a disposición de la sociedad el conocimiento creado por ellas.

2. La propiedad intelectual como herramienta legal para la protección de las creaciones y consecución de recursos

La propiedad intelectual no es solo relevante para las obras académicas, también lo es para las creaciones del entorno literario y artístico en la medida en que “sin una adecuada protección los creadores intelectuales perderían cualquier estímulo y motivación para continuar su actividad creadora y no podrían percibir la remuneración económica, traducida en bienestar material,

⁵⁷ Alfredo Vega Jaramillo. *Manual de Derecho de Autor* (Bogotá: Dirección Nacional del Derecho de Autor, 2010), 8.

que se deriva de la utilización de las obras”.⁵⁸ Así, la protección legal, a través del derecho de autor, se convierte no solo en una “herramienta de incentivo a la producción y creación intelectuales y, por tanto, una herramienta disponible por las naciones para contribuir al logro de grados superiores de competitividad y productividad”,⁵⁹ sino que se constituye en un verdadero instrumento para la generación de recursos para su reinversión en la generación de conocimiento y en la creación de nuevas obras.

La protección del conocimiento, a través de la normativa de la propiedad intelectual, responde a la necesidad de otorgar garantías al profesor universitario y a la universidad mediante el reconocimiento de los derechos de propiedad sobre la creación y producción intelectuales, con el fin de estimular y retribuir su producción. Su valor es incalculable, no solo desde el punto de vista de la producción científica, sino que comienza a tener un impacto cada vez mayor en el PIB, como lo ha reconocido el Gobierno colombiano al resaltar las cifras del Banco Mundial cuando señala que la participación de las industrias creativas en el PIB mundial corresponde a un 7 %.⁶⁰

A partir de lo anterior se puede afirmar que los resultados académicos protegidos por el derecho de autor adquieren la relevancia debida si se tienen en consideración también los postulados de la UNESCO, en los que se señala que “Si un país descuida su sistema de educación superior no podría mantener contactos

⁵⁸ *Ibíd.*, 7.

⁵⁹ Departamento Nacional de Planeación, Documento CONPES 3533. Bases de un plan de acción para la adecuación del sistema de propiedad intelectual a la competitividad y productividad nacional 2008-2010 (Bogotá, 14 de julio de 2008), 1.

⁶⁰ Banco Mundial. “Urban Development Needs Creative: How creative industries affect urban areas. Development outreach”. November 2003, como se citó en: Departamento Nacional de Planeación, Documento CONPES 3533, 4.

provechosos con la comunidad científica e intelectual mundial ni disponer de las capacidades y conocimientos que necesita para hacerse cargo de modo independiente de su propio desarrollo”.⁶¹ Además, no es posible desconocer que en América Latina “El 85 % de la investigación científica se hace en las universidades, de tal forma que el Estado y la sociedad deben percibir a la educación superior no como una carga, sino más bien, como una inversión nacional a largo plazo, para acrecentar la competitividad económica, el desarrollo cultural y la cohesión social”.⁶²

Lo anterior ya es reafirmado por el Gobierno de Colombia cuando en su Plan de Acción para la adecuación del sistema de propiedad intelectual reconoce el “incremento de artículos y grupos de investigación (en particular en producciones virtuales), todo esto sin desconocer que es necesario concretar e incrementar estrategias y estímulos que permitan la creación científica y tecnológica con reglas claras de protección de la propiedad intelectual”.⁶³ Así mismo, las cifras del Gobierno colombiano han señalado que entre 2002 y 2006 hubo “un incremento superior al 9 % en promedio anual de artículos de autores colombianos en publicaciones indexadas en el Science Citation Index Expanded y así mismo, se ha registrado un crecimiento significativo en la conformación de grupos de investigación, muchos de ellos con origen en las universidades”.⁶⁴

Dada la importancia del tema dentro de las agendas de los países, es innegable que, además de la declaración del derecho moral al autor, el reconocimiento del derecho patrimonial es

⁶¹ Unesco, *Informe Mundial sobre la Educación 1991* (Santillana, 1992).

⁶² Carlos Tünnermann, *La transformación de la educación superior: retos y perspectivas* (Heredia, Costa Rica: Euna, 1998), 32.

⁶³ Departamento Nacional de Planeación, Documento CONPES 3533.

⁶⁴ *Ibid.*

fundamental tanto para las universidades como para los profesores e investigadores, no solo para la visibilidad de sus esfuerzos intelectuales, sino para la consecución de recursos tanto en dinero como en especie para la generación de nuevo conocimiento; las entidades gubernamentales así lo reconocen cuando señalan que

así como el obrero es digno de su salario, el creador o “trabajador” del intelecto no es menos merecedor de percibir los rendimientos o frutos de su esfuerzo creativo, el cual, por lo demás generalmente está destinado al goce público y constituye un aporte para elevar el nivel cultural de la sociedad y dignificar al ser humano, pues permite una mayor participación de los ciudadanos en los bienes y procesos culturales.⁶⁵

3. El acceso abierto como herramienta para la puesta a disposición del conocimiento

Por su parte, las disposiciones de acceso abierto han sido lideradas por el proyecto internacional denominado Creative Commons, cuyo propósito es el de “...fortalecer a [los] creadores para que sean quienes definan los términos en que sus obras pueden ser usadas, qué derechos desean entregar y en qué condiciones lo harán”.⁶⁶ Su principal fundador es Lawrence Lessig, quien como miembro de la Junta Directiva de la Fundación de Software Libre ha reconocido que el movimiento Creative Commons tienen su origen en las licencias de software libre.

Dicho movimiento de software libre es de tal relevancia para el acceso abierto que vale la pena señalar que sus pilares surgen en

⁶⁵ Vega Jaramillo, *Manual de Derecho de Autor*, 7.

⁶⁶ Creative Commons Colombia. *Creative Commons* (Disponible en: https://co.creativecommons.org/?page_id=12).

el año 1983, cuando su líder, Richard Stallman, ha manifestado que esta iniciativa responde a “Una decisión política y ética que reafirma el derecho a aprender y compartir lo que aprendemos con los demás. El software libre se ha convertido en la base de una sociedad de aprendizaje en la que compartimos nuestro conocimiento de una manera que otros pueden construir y disfrutar”.⁶⁷

4. Acceso abierto en obras académicas

La puesta a disposición pública de las obras académicas bajo el movimiento de acceso abierto ya ha generado pronunciamientos del fundador de Creative Commons, en el lanzamiento de la sección húngara de su proyecto Lessig señaló que: “Las licencias Creative Commons son para aquellos autores que, por alguna razón están de acuerdo con poner sus obras a disposición del público sin ejercer sus derechos económicos”⁶⁸ y estableció que existen tres tipos de autores que están dispuestos a ofrecer acceso libre de sus obras, siendo el primero grupo el que reviste interés para este análisis.

El primero grupo, explica Lessig, esta conformado por “académicos, profesores universitarios e investigadores” y plantea que para la academia “la ganancia a partir del ejercicio del derecho de autor es con bastante frecuencia de marginal importancia, si acaso la tiene” y continua señalando que “la recompensa por el trabajo científico y por las publicaciones que reflejan el resultado del mismo es principalmente el estatus académico, la promoción

⁶⁷ Free Software Foundation. *Free software is software that gives you the user the freedom to share, study and modify it. We call this free software because the user is free* (Disponible en: <https://www.fsf.org/about/what-is-free-software>). (Traducción propia).

⁶⁸ Mihály Ficsor. El autor en la era digital ¿Un concepto en crisis? (*Revista Iberoamericana de Derecho de Autor*, 2007), 48.

en el rango académico, la reputación entre los pares, la posible popularidad pública, apariciones en los medios y la fama que va con ellas”.⁶⁹ De esta forma, para Leissig, las ventajas que ofrece un sistema de Creative Commons para los profesores universitarios no se sustenta propiamente en una retribución económica que es derivada de la explotación del derecho patrimonial, sino que es percibida en unos beneficios que se materializan en salarios, participación en proyectos públicos y privados remunerados, consultorías, invitaciones a eventos, participación como profesores invitados.

Si bien esta propuesta de las diferentes fuentes de ingresos que puede percibir un autor con sus obras académicas es viable, no cabe duda que los profesores universitarios y las instituciones a las que pertenecen requieren de recursos adicionales para la consecución de proyectos e investigaciones que puedan generar nuevo conocimiento, pues nada más alejado de la realidad que lo que Leissig afirma al decir que “Parece bastante claro que cuando estos académicos e investigadores ofrecen sus obras gratuitamente basados en licencias Creative Commons, lo hacen porque pueden costearlas; sus obras creativas son subsidiadas por fondos públicos o privados, o son ‘autosubsidiadas’ por sus otros recursos”.⁷⁰

Si bien el acceso abierto tiene un componente altruista, que se concreta en el acceso libre a la cultura y al conocimiento, no puede desconocerse que los Gobiernos latinoamericanos cada vez invierten menos recursos en la educación y los fondos públicos para investigación y desarrollo son cada vez más escasos, esto hace que tanto instituciones de educación superior como sus académicos busquen continuamente otras fuentes de

⁶⁹ *Ibíd.*, 49.

⁷⁰ *Ibíd.*, 49.

financiación, que de no ser suficientes requerirán ineludiblemente ser beneficiados del retorno económico que pudieran percibir de la explotación económica de sus creaciones.

Ahora bien, si se observa la finalidad última del acceso abierto se puede sostener que los principios filosóficos en los cuales se sustenta son totalmente válidos para una sociedad en la que todos puedan construir conocimiento sobre las bases de la construcción científica de otros. Incluso, sus principios ya han sido incorporados por algunas universidades dado que sus propósitos se encuentran alineados con la puesta a disposición del conocimiento creado con las siguientes ventajas adicionales que favorecen a las instituciones de educación superior:

- Mayor impacto de las investigaciones realizadas.
- Fomento del trabajo en redes de investigación, en el entorno nacional y mundial.
- Aumento en la citación de los artículos del autor.
- Presencia en la red y aumento de la visibilidad de la producción científica, académica e intelectual.
- Mayor apropiación social y devolución a la sociedad de los resultados de investigación.
- Agilidad en la comunicación científica.
- Acceso a los contenidos científicos e institucionales.
- Posicionamiento de la identidad institucional ante la comunidad académica y científica.

5. Articulación entre la propiedad intelectual y el acceso abierto

No obstante el reconocimiento que se realiza en la publicaciones a las universidades en la acreditación de su filiación institucional cuando se incluyen contenidos académicos en acceso abierto, también es imprescindible la consecución de recursos para sus

actividades de docencia, investigación y extensión, pues, como se ha mencionado, los Gobiernos, a pesar de reconocer la importancia de la educación en la sociedad, han disminuido los rubros por este concepto.

Así, el surgimiento de las nuevas tecnologías en conjunción con la globalización y el auge del entorno digital hace que el tema de una articulación entre un sistema y otro recobre importancia dentro de las agendas de los países, de los organismos internacionales y, por supuesto, de las instituciones de educación superior. Esa articulación es fundamental, dado que hoy se cuenta con movimientos como el del acceso abierto, que si bien se convierten en una herramienta para que el conocimiento sea creado, usado, procesado, reproducido, comunicado y distribuido masivamente a través de los medios tradicionales y de los nuevos medios que las tecnologías de información y de comunicación han incorporado, también se debe suponer un absoluto respeto por los derechos de los autores, así como una efectiva contraprestación económica a los investigadores y profesores y a las instituciones de las cuales hacen parte.

En Colombia, la Dirección Nacional de Derecho de Autor, que obra como el órgano de Gobierno que atiende “el llamado institucional de fortalecer la debida y adecuada protección de los diversos titulares del derecho de autor y los derechos conexos, contribuyendo a la formación, desarrollo y sustentación de una cultura nacional de respeto por los derechos de los diversos autores y titulares de las obras literarias y artísticas”,⁷¹ también reconoce la importancia entre la articulación de uno y otro, cuando en el Concepto 29992 del año 2012 expresa que

⁷¹ Dirección Nacional de Derecho de Autor. Definición (Disponible en: <http://derechodeautor.gov.co/definicion1;jsessionid=B5D7ACAC46193042AA0F0DAA053483DC.worker0>).

En efecto, el derecho de autor no puede conceder derechos exclusivos que tengan como objeto las ideas, por el contrario, debe propender por establecer un equilibrio entre el interés particular de los autores, frente al interés público de la sociedad, al libre acceso al conocimiento y a la cultura, que en últimas, constituye el motor de desarrollo de los pueblos y lo que genera la producción de las obras del intelecto.⁷²

6. Consideraciones finales

Este documento no busca hacer énfasis en las ventajas o desventajas de la normativa vigente de protección de las creaciones académicas frente al Creative Commons, por el contrario, tiene como propósito plantear la necesidad de articular las políticas de acceso abierto frente al reto diario que tienen las universidades en la obtención de recursos para formular proyectos de conocimiento. Bajo esta perspectiva resalta la importancia de formular nuevos modelos de negocio que atiendan tanto la satisfacción de recursos financieros y en especie para la investigación y la docencia, como también la finalidad última de las instituciones de educación superior que consiste, entre otras, en la puesta a disposición a la comunidad en general del conocimiento que ellas producen como beneficio de la ciencia y la tecnología.

Así, uno de los desafíos más grandes que enfrenta la legislación latinoamericana en su corriente *civil law* frente a la creación de libros consiste en avanzar directa y proporcionalmente a lo que hoy supone el acceso abierto para cumplir la función social de las universidades referida a la promoción y difusión del conocimiento, pues deben plantearse mecanismos en donde autores

⁷² Dirección Nacional de Derecho de Autor, Concepto 1-2012-29992 (Bogotá, 2012. Disponible en: http://200.91.225.128/Intrane1/desarrollo/CONCEPTOSWEB/arch_conceptos/1-2012-29992.pdf), 2.

y usuarios sean igualmente beneficiados de las creaciones del entorno universitario.

Tanto el Gobierno como los diferentes actores de la comunidad y las organizaciones institucionales, privadas y públicas, deben tomar decisiones en relación con el uso, explotación, visibilidad, derechos, deberes y cuidados derivados de la creación de conocimiento. Todos ellos tienen que construir estrategias que permitan acceder a la información, crearla, usarla, transformarla y también legitimarla y protegerla por medio de la propiedad intelectual como área del derecho que protege casi todas las formas en que ella se concreta.

Así pues, Colombia y los demás países sustentados en el sistema de *civil law* necesitan fortalecer y ampliar las estrategias que promuevan la generación de conocimientos y el desarrollo de habilidades tendientes a estimular un espíritu hacia la creación artística, cultural, científica y tecnológica. También deben implementar acciones dirigidas a garantizar el ejercicio pleno de los derechos de propiedad intelectual, especialmente teniendo en cuenta que los usuarios desconocen la importancia de la protección de sus creaciones intelectuales, incluyendo los beneficios económicos que ofrecen.

Por su parte, el desafío de las universidades será el tener una visión de *universidad dinámica*,⁷³ en donde exista una comunidad académica dedicada a la creación, investigación y progreso de la ciencia, recompensada en recursos en dinero y en especie, pero también dedicada a la difusión del conocimiento a través de movimientos como el del acceso abierto. Pues, como lo ha planteado la doctrina, “Los países que aspiren a competir en los nuevos espacios económicos tienen que dar atención preferente al desarrollo científico, al progreso técnico y a la acumulación

⁷³ Tünnermann, *La transformación de la educación superior*, 29.

de información, todo lo cual significa priorizar las inversiones en educación, ciencia, tecnología e investigación. Educar para competir, pero también para compartir”⁷⁴.

Por lo anterior, se destaca la importancia de los derechos de autor en el entorno educativo, siendo de tal relevancia que es necesaria la implementación de modelos de desarrollo económico en torno a la propiedad intelectual, de tal forma que se reconozca el potencial económico y productivo de las creaciones académicas y su cercanía a las necesidades concretas del mercado. Por ello la necesidad de reconocer, como lo ha manifestado la doctrina,⁷⁵ que los procesos de creación intelectual se encuentren dentro de las agendas prioritarias de los países y que estén acompañadas de políticas públicas promovidas por el Estado.

El desafío consiste en la construcción de modelos de negocio y en la formación de leyes que brinden un equilibrio entre los derechos de autor reconocidos a los autores, especialmente en su componente económico para la generación de nuevos recursos que se reinviertan en educación, y las demandas de libre información y acceso a la educación y la cultura por parte de los diferentes sectores sociales de un país. Se plantea la consolidación de un plan de acción de corto y mediano plazo que ponga en marcha un nuevo arreglo institucional en el que las entidades vinculadas al mismo actúen de manera coordinada en la dirección de una meta común: crear condiciones óptimas para formular e implementar políticas que integren el fortalecimiento normativo de la propiedad intelectual con el acceso al conocimiento.

La búsqueda de ese equilibrio ya la han propuesto autores como Fernando Zapata López, quien señala que la era digital

⁷⁴ Ibíd., 29.

⁷⁵ Julio Vergara Herrera, “Innovation and development: a challenge for the country” (*Revista Alternativa Financiera* 7(1), 19-24), 6.

caracterizada por la convergencia de los medios de comunicación tradicionales, los nuevos medios y las novedosas y revolucionarias tecnologías que permiten transportar y difundir las obras y prestaciones en todos los formatos suponen una nueva propuesta normativa y de negocio que permitan interactuar los derechos reconocidos a autores y los usuarios de obras.⁷⁶

Por ahora no hay una respuesta concreta sobre qué modelos de negocio han de ponerse en marcha para lograr el equilibrio deseado, pues si bien a lo largo del documento se han presentado ventajas y características de uno y otro sistema, ahora es responsabilidad de los Gobiernos plantear propuestas que beneficien tanto a los autores y a las universidades como a los usuarios de tales contenidos.

⁷⁶ Fernando Zapata López, “Presente y futuro del derecho de autor” (*Revista Iberoamericana del Derecho de Autor* 15, enero-junio de 2015) 17.