

Nuevos paradigmas para la propiedad intelectual en la era tecnológica: las denominadas licencias libres¹

David López Jiménez*

Resumen: Durante los últimos años, la tecnología ha evolucionado a una velocidad de vértigo. De hecho, la misma ha permitido modificar la concepción que, entre otros aspectos, ostentamos sobre las relaciones personales, pero también por lo que se refiere a diferentes cuestiones vinculadas con la propiedad

¹ Este artículo es presentado tal como originalmente escrito. This article is presented as it was originally written. Este artículo se presenta tal como fue escrito originalmente. Questo articolo è presentato nella stessa forma in cui è stato scritto. Cet article est présenté comme il a été écrit. Dieser artikel wird präsentiert, wie sie ursprünglich geschrieben wurde. Una versión de este texto ha sido presentado para el III Congreso de Derechos Humanos realizado en Santiago de Chile los días 5, 6 y 7 de Septiembre de 2012.

* Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (España) con nota media de sobresaliente. Doctor (con mención europea) por la Universidad de Sevilla (España) con sobresaliente *cum laude* por unanimidad del Tribunal. También es Doctor por la Universidad Rey Juan Carlos (España), igualmente, con sobresaliente *cum laude* por unanimidad del Tribunal. Es Premio Extraordinario de Doctorado. Ha realizado, con beca completa, diferentes postgrados universitarios (tres Máster, así como un curso de experto) en varias Universidades de España. Ha efectuado varias estancias de investigación en diferentes países europeos. Es autor de varias monografías, algunas de ellas publicadas por la prestigiosa editorial *Thoms on Reuters*, así como de numerosas publicaciones en diversas revistas científicas, nacionales e internacionales. También ha sido director de varias tesis de master y doctorado. Profesor e investigador de la Universidad Autónoma de Chile. Correo electrónico: dlopezjimenez@gmail.com.

intelectual. Este progreso ha venido acompañado de un elenco de acuerdos relativos a la forma de compartir información y obras con otras personas. Dada la importancia que están adquiriendo, a nivel mundial, dedicaremos el presente artículo de investigación al examen de las licencias libres que, como la práctica pone de relieve, están siendo reconocidas por los Tribunales de Justicia de diversos países. Finalmente, cabe precisar que estamos ante un supuesto en el que los hechos han evolucionado más rápido que el Derecho.

Palabras clave: Internet. Libertad contractual. Licencias libres. Normativa. Propiedad intelectual.

1 INTRODUCCIÓN

Como es conocido, los cambios de carácter tecnológico han servido, en gran medida, para modificar las condiciones de vida de las personas, propiciando, de esta manera, el desarrollo económico de las sociedades.

Inicialmente, el desarrollo digital y tecnológico fue visto por parte de muchos con relativo optimismo, ya que, entre otros extremos, favorecía las alternativas para la creación, producción y explotación respecto de las obras con derechos de propiedad intelectual. Ahora bien, se ha puesto de manifiesto que la nueva realidad digital ha supuesto ciertos hándicap que no deben pasar desapercibidos ni, en modo alguno, infravalorados.

La propiedad intelectual es uno de los sectores más dinámicos que, en la actualidad, existe, representando en los países occidentales un porcentaje notable del PIB de los mismos. Generadora de riqueza y empleo, las instituciones gubernamentales –sobre todo en el plano europeo- han comprendido que la propiedad

intelectual es uno de los valores más firmes para competir en la economía global con la mano de obra asiática o la investigación y desarrollo americanos. Su relevancia queda fuera de toda duda, si bien, como seguidamente veremos, es objeto de importantes violaciones. Este último extremo se ha agudizado, en gran medida, debido a las Tecnologías de la Información y de la Comunicación.

Antes de entrar en la ordenación legal de esta sugerente cuestión, cabe precisar que el desarrollo tecnológico, qué duda cabe, ha sido motor y clave recurrente del desenvolvimiento y configuración de los derechos de autor y derechos afines. Así, se advierte, con meridiana claridad, en cuanto se repara en que el Derecho de la propiedad intelectual ha ido formándose, a lo largo del tiempo, como respuesta a nuevos retos planteados por la tecnología. El último desafío realmente importante planteado, en este ámbito, ha venido de la mano de la tecnología digital, en la que descansan los medios y soportes electrónicos y digitales como vías de explotación de obras y prestaciones protegidas. En efecto, esta tecnología permite reducir, convertir en un mismo formato o estructura material interna, lo que, en la realidad, se percibe en distintos formatos de comunicación, como son textos, sonidos o imágenes, y admite almacenarlos en los mismos soportes, con la singularidad de que ese formato y el protocolo de tratamiento es común al de los equipos informáticos y al de los modernos medios de telecomunicación.

El Libro Verde de la Comisión Europea, de 27 de julio de 1995, sobre los derechos de autor y los derechos afines en la sociedad de la información, constituye, sin lugar a dudas, el primer eslabón de una cadena que intenta unir los intereses de la sociedad de la información y el desarrollo de sus tecnologías con el respeto a la propiedad intelectual y al plazo necesario para que las industrias de la cultura y el entretenimiento adapten sus contenidos a los nuevos modelos de negocio. Repárese en que,

como decimos, es el primero de ellos en el plano europeo, si bien se ha sucedido un largo elenco de los mismos.

Mientras que Estados Unidos avanzaba en la publicación de su *Digital Millenium Act* (DMA), hoy en día en pleno vigor y que ha sido esencial para las victorias judiciales sobre *Napster*, *Grokjster* y se utiliza con buenas perspectivas para combatir el intercambio de archivos “Punto a Punto” (P2P), Europa se afanaba en crear la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. Esta Directiva se convertirá en el punto de partida esencial para proteger los derechos de propiedad intelectual en la sociedad de la información². Sin embargo, su elaboración se retrasa en exceso y no ve la luz hasta dos años después de la ley americana, lo que unido al plazo de implementación en cada Estado miembro de la Unión Europea, prolonga aún más su puesta en marcha.

Debemos aludir a la promulgación de tres Directivas comunitarias, no necesariamente todas en materia de Derecho de autor, pero sí profundamente interrelacionadas, como son: la mencionada Directiva 2001/29/CE relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información; la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico; y la Directiva 2004/48/CE relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual. Todas ellas han sido transpuestas al ordenamiento interno español:

² En cuanto a tal norma, véase Serrano Cañas, José Manuel. La transposición de la directiva 2001/29/CE. Una visión comparada. En Rafael García Pérez, Marcos A. López Suárez (Coords.), *Nuevos retos para la propiedad intelectual: II Jornadas sobre la Propiedad Intelectual y el Derecho de Autor/a* (A Coruña, 22 e 23 de marzo de 2007), Coruña, Universidade da Coruña, Servicio de Publicaciones, 2008.

la primera, por la Ley 23/2006 de reforma de la Ley de Propiedad Intelectual, la Directiva sobre comercio electrónico, por la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico, y la de respeto de propiedad intelectual, por la Ley 19/2006 de ampliación de los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial.

La unidad presentada por las industrias de las telecomunicaciones y tecnología digital en sus argumentos resultó muy poderosa frente a la desunión entre las diversas industrias de la propiedad intelectual, los intereses, en ocasiones contrapuestos, de las empresas europeas frente al dominio de las multinacionales americanas en los sectores de la música o audiovisual; o los intereses representados por los distintos grupos de autores a través de las entidades de gestión.

Ahora bien, cabe la posibilidad de que la propiedad intelectual sea tutelada en base a diversas fórmulas, de reciente creación, como es el caso de *Creative Commons*, cuyas particularidades analizaremos en el presente estudio. Antes de ocuparnos de las particularidades de esta modalidad de licencias, cabe adelantar que las mismas gozan de un mayor protagonismo como consecuencia de la generalización de Internet y el fomento de la sociedad de la información. Es, en esta nueva etapa, cuando los ciudadanos tienen un acceso masivo a numerosas obras sobre las que, además, pueden efectuar numerosas acciones –descargarlas, modificarlas o colgarlas nuevamente en Internet-. Como veremos, en este tipo de licencias, el autor cede una serie de derechos, por lo que, en consecuencia, la obra del autor podrá ser, en cierta medida, reutilizada.

Antes de entrar en materia, determinaremos que el concepto de licencia es susceptible de ostentar dos amplias concepciones. Por un lado, la de carácter negativo que puede ser reputada como un comportamiento del cedente dirigido a permitir y no imposibilitar un tipo de conducta. Y, por otro, de tipo positivo en virtud de la cual el cedente no sólo posibilitaría el acto, sino que, más allá,

garantizaría el uso de dicho derecho garantizando, de esta manera, su pleno disfrute.

2 BREVES CONSIDERACIONES EN TORNO A LA PROPIEDAD INTELECTUAL: INCIDENCIA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

Con carácter previo a ocuparnos de la definición de propiedad intelectual, nos referiremos brevemente al origen y evolución protagonizados por el derecho de autor. En este sentido, representa un hecho relativamente reciente en la historia de las instituciones. En efecto, será con el advenimiento de la imprenta y de los grabados cuando precisamente se desarrollan los principios de lo que la propiedad intelectual es hoy. Podemos, en cierta medida, determinar que la técnica, que en aquellos momentos imperaba, revolucionó, de manera relevante, las condiciones de divulgación de las obras intelectual. De hecho, permitió situar en el mercado, al alcance de los consumidores y/o usuarios que así lo desearan, un número indefinido de ejemplares de la creación intelectual. Relacionado con cuanto comentamos, debe repararse en que el surgimiento de esta primera técnica que permitía difundir la palabra escrita puso de manifiesto un aspecto nuclear en el desarrollo de la propiedad intelectual. Nos referimos, en efecto, a la distinción entre, por un lado, el objeto de la propiedad intelectual, esencialmente formado por la obra de arte en cuestión y, por otro, los materiales que le sirven de base. Estos últimos no son sino las herramientas en virtud de las cuales la obra intelectual se trasladan a los que serán sus posibles receptores. En consecuencia, queda fuera de toda duda el efecto que las nuevas técnicas tuvieron sobre la propiedad intelectual. Salvando las distancias, podemos, si se nos permite la expresión, poner de relieve que con las nuevas

tecnologías³ estamos ante un estado de revolución similar, para la propiedad intelectual, que la acontecida hace ya casi seis siglos⁴.

La propiedad intelectual es el conjunto de derechos de carácter personal y patrimonial que corresponden al autor por el simple hecho de la creación de la obra, teniendo plena disposición sobre la misma y el derecho exclusivo a su explotación sin más limitaciones que las establecidas en la ley. Como conjunto de derechos de carácter personal y patrimonial que corresponden al autor por el mero hecho de la creación de una obra, se convierte en un concepto complejo cuya protección resulta esencial para que los creadores puedan desarrollar su actividad con la garantía de generar los ingresos económicos suficientes como para vivir de ello.

Igualmente, hemos de considerar que la Propiedad Intelectual se divide en dos grandes áreas. Por un lado, la propiedad industrial que básicamente alude a las invenciones, y, por otro, el derecho de autor que está vinculado con las obras literarias y artísticas.

El Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI) en España - Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril- consiste en un complejo entramado de 164 artículos, varias disposiciones adicionales y transitorias para regular la explotación de diversos tipos de obras individuales y colectivas, musicales y literarias, audiovisuales o multimedia, programas de ordenador, ejecuciones, interpretaciones de las mismas, así como la gestión

³ Malmierca Lorenzo, Marta. La obra escrita y las nuevas tecnologías. *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 78, septiembre – diciembre, p. 58, 2009, dispone que las nuevas tecnologías ofrecen a los titulares de derechos de propiedad intelectual nuevas formas de negocio, ya que, en virtud de las mismas, se multiplican las alternativas en virtud de las que sus obras y prestaciones pueden ser explotadas comercialmente y ser accesibles al público.

⁴ Sobre esta cuestión, véase Erdozain López, José Carlos. *Derechos de autor y propiedad intelectual en Internet*, Madrid, Tecnos, 2002.

individualizada de algunos de los derechos inherentes a las obras como la gestión colectiva y sus consecuencias.

La explotación digital comprende, al menos, cuatro actos dotados de sustantividad, desde un punto de vista técnico y comercial, a saber: la digitalización de los contenidos; el almacenamiento de esos contenidos en los servidores o dispositivos electrónicos desde los que se transmiten o desde los que se recuperan los contenidos protegidos; la transmisión digital desde esos dispositivos, y la obtención de copias por el usuario.

3 LA PIRATERÍA DE OBRAS TUTELADAS POR DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL: CONCEPTO Y CARACTERES

En cuanto a la legislación, todos los países desarrollados conceden el máximo grado de protección a la propiedad intelectual, tipificando, en este sentido, como delito las actividades vulneradoras de la misma.

Entendemos por piratería, en términos jurídicos, la explotación de una obra ajena del intelecto humano con ánimo de lucro y en perjuicio de un tercero que no interviene en la reproducción, distribución o comunicación pública realizada por quien delinque y el acceso del público en general, que, sin delinquir, se beneficia directamente del disfrute de la obra a precios muy inferiores a los que tendría que abonar por el acceso autorizado por los titulares. La tecnología digital, así como la sociedad de la información, han determinado que el autocontrol de la tecnología analógica quedase pronto superada, de manera que son los propios usuarios los que contribuyen a la copia y distribución de las obras entre un gran colectivo.

El Tribunal Supremo español utilizó una terminología, en nuestra opinión, muy acertada, al comparar piratería con

parasitismo. Si examinamos la definición, con un poco de detalle, percibiremos que resulta compleja, pues, además de un tanto técnica, exige un mínimo conocimiento de cómo se produce la explotación de las obras y qué es lo que realmente adquiere un consumidor cuando compra un DVD, o abona el acceso a un determinado programa audiovisual a la carta o se descarga una canción desde un sitio autorizado.

Tres son los problemas que afectan fundamentalmente a la propiedad intelectual. La venta ambulante de música⁵, películas y videojuegos, las descargas de contenidos a través de Internet⁶ y las copias para amigos, conocidos, familiares o compañeros de trabajo o universidad. Además de los problemas citados y que afectan esencialmente a la música, al cine y a los videojuegos, algunos sectores identifican otros problemas que les afectan de forma específica: los editores y autores literarios ven cómo las fotocopias de libros, además de su digitalización y comercialización, sin su correspondiente autorización, asolan sus mercados, mermando, de manera notable, sus posibilidades de expansión. Los desarrolladores de programas informáticos comprueban cómo la amortización de programas que exigen grandes inversiones de tiempo y dinero se dificulta enormemente al utilizarse sus programas en varios ordenadores con el abono de una única licencia, práctica que no sólo afecta a las empresas privadas, sino que ocurre, con más frecuencia de la deseada, en las mismas instituciones públicas.

El control de estas actividades resulta muy complejo, pues están ampliamente extendidas, apenas tienen rechazo social alguno

⁵ Como dispone Hernández, Pablo. Nuevos conceptos de propiedad intelectual o derecho de autor: la supervivencia de la música en un mercado de gratuidad. *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 78, septiembre a diciembre, p. 27, 2009.

⁶ Se habla, en este sentido, de la ciberrevolución que ha afectado, de manera relevante, a las artes y a la cultura.

y exigen, para su persecución, la obtención de pruebas en los domicilios y ordenadores de los particulares. Tres son los tipos de medidas propuestos por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) para perseguir este tipo de actividades, a saber: sensibilización de la sociedad, legislación adecuada y aplicación de las leyes. A nuestro entender, debería añadirse uno más que no es sino la autorregulación de la industria con la participación de todos los agentes, directa o indirectamente, relacionados en este ámbito.

La piratería permite el acceso a muchas obras sin pagar por el mismo o pagando una cantidad sensiblemente inferior, con lo que ya tenemos un primer argumento a favor de la misma. Lógicamente, el usuario que proporciona la excusa del precio, difícilmente entiende que el valor de la obra nada tiene que ver con el valor del soporte en que la misma se ha fijado.

Las víctimas de la piratería resultan difícilmente identificables y cuando hablamos de obras musicales o cinematográficas, la imagen que la sociedad ve es la de los artistas que triunfan y viven muy por encima de la media económica del resto de los ciudadanos. Es imprescindible que los consumidores conozcan, a través de campañas adecuadas, que las obras artísticas dependen, en gran medida, de muchas personas que contribuyen a su creación y que están muy lejos del lujo e ingresos que obtienen los artistas conocidos. Pero es que, además del importante número de personas que intervienen en la realización, miles de personas deben su puesto de trabajo al proceso de distribución que permite el acceso a la obra a todos los ciudadanos.

4 LA TUTELA DE LOS DERECHOS DE AUTORA TRAVÉS DE LAS LICENCIAS *CREATIVE COMMONS*

A través de la red, se ha facilitado el acceso a toda clase de información, pero también a obras audiovisuales o artísticas.

De manera complementaria, ha hecho posible poder compartir nuestras obras con quien se quiera. Tal extremo resulta posible, entre otros medios, en virtud de la licencia *creative commons*.

4.1 Concepto y caracteres

El modelo *copyleft*, constituye una alternativa al modelo tradicional de licencia denominado *copyright*⁷. En realidad, como puede apreciarse, el concepto, en sí mismo, puede ser concebido como una suerte de juego de palabras, como se puede apreciar, respecto de *copyright*⁸. De hecho, parece tomar como punto de partida la paradoja o antagonismo que impera entre los vocablos de tipo anglosajón *right-left*, que pueden ser traducidos como derecha-izquierda, por lo que, en cierta medida, el concepto va sensiblemente más allá. En efecto, deberíamos centrarnos en el verbo *to leave* que puede ser traducido como “dejar”. En consecuencia, ante una noción de carácter sensiblemente altruista en el ámbito de la propiedad intelectual.

Antes de entrar en materia, debe insistirse en la idea de que obra libre no es, en cualquier caso, sinónimo de dominio público sin límites. No en vano, a través de esta modalidad de licencias, se busca garantizar el amparo de los derechos de autor.

Las licencias *copyleft* surgieron en relación a los programas de ordenador y, en su primera versión, se permitía hacer uso

⁷ A pesar de lo que, *a priori*, pueda parecer, *creative commons* no está, en absoluto, abiertamente en contra del *copyright*. No en vano, su objetivo fundamental reside en complementar el régimen actual de los derechos de autor. Igualmente, debe señalarse que la diferencia fundamental entre el *copyright* y las licencias *creative commons* estriba en que en el primer supuesto enunciado se reservan, de manera automática, todos los derechos, mientras que, sin embargo, en el segundo, es el autor quien decide qué derechos desea reservar y cuáles libera a través de las licencias que comentamos.

⁸ Xalabarder Plantada, Raquel. Las licencias Creative Commons: ¿una alternativa al *copyright*?. *UOC Papers: revista sobre la sociedad del conocimiento*, núm. 2.

del *software* para cualquier fin, copiarlo y modificarlo, con la condición de que el programa se pusiera al alcance del resto de usuarios bajo la misma licencia. Sin embargo, no todas las licencias *creative commons* son *copyleft*.

En Europa se homogeneizó la duración de los derechos de autor en los países adheridos al Convenio de Berna, que, como es conocido, establecía la duración de los derechos durante toda la vida del autor más setenta años tras la muerte del mismo. Como puede colegirse, en Europa los derechos de autor tenían un plazo superior al que se tenía en Estados Unidos, por lo que, en consecuencia, las obras de los autores estadounidenses tenían una mayor protección en Europa que en su propio país.

Antes de entrar en el contenido de las licencias, cabe indicar el origen y caracteres de lo que *creative commons* supone. A finales del siglo XX, en concreto en 1998, el Congreso de los Estados aprobó la extensión de la temporalidad de los derechos de autor. En respuesta a tal reforma, el editor *Eric Eldred* inició una batalla legal en la que pretendía defender los derechos constitucionales. El caso terminó llegando hasta el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. El abogado defensor era profesor de Derecho de la Universidad de Stanford. Se trataba del reconocido *Lawrence Lessig* –hoy en la Universidad de Harvard-. Aunque, todo hay que decirlo, *Eldred* terminó perdiendo el caso, tomó la acertada decisión, junto a *Lessig*, de aprovechar los esfuerzos invertidos en el caso para crear un proyecto denominado *creative commons*⁹ para utilizar la ley, de manera más flexible, con el objetivo de volver al equilibrio entre autor y usuario, pues no se había podido cambiar la ley.

En efecto, como decimos, esta última *-creative commons-* representa una organización sin ánimo de lucro que ofrece un

⁹ Inicialmente, crearon lo que denominaron *copyright commons*, modificando, posteriormente, el nombre, pasando a denominarse *creative commons* que es el que hoy mantiene.

sistema flexible de derechos de autor para el trabajo de tipo creativo. Como es ya conocido por muchos, fue fundado¹⁰, en mayo de 2002, por *Lawrence Lessig*, profesor de la Universidad de Stanford¹¹, para ofrecer un modelo legal y una serie de aplicaciones informáticas que facilitaran la distribución y uso de contenidos dentro del dominio público. Un modelo que, con el transcurso de los años, se ha extendido en el plano mundial. De hecho, a fecha de hoy, numerosos objetos presentes en la Red ostentan la licencia que comentamos. Buena muestra de ello, son gran parte de las obras que pueden descargarse de numerosos portales virtuales.

En el caso de las licencias *creative commons*, el autor que crea la obra y quiere explotarla, a través de Internet, elige algún tipo de estas licencias y, al ponerla a disposición del público, la identifica con el símbolo “CC” y le adjunta la licencia¹². Cuando un usuario decide utilizar una obra, se convierte en licenciatarario

¹⁰Entre los participantes vinculados, directa o indirectamente, con su fundación, debemos destacar a: *James Boyle, Michael Carroll, Lawrence Lessig, Hal Abelson, Eric Saltzman y Eric Eldred*. Por lo que respecta a los apoyos de personas jurídicas, cabe referirse a la labor realizada por *Berkman Center for Internet & Society -Harvard Law School-*.

¹¹De hecho, la sede está radicada en la *Stanford Law School* (California –Estados Unidos-).

¹²Con carácter general, Rodríguez Moro, Luis. Notas sobre las licencias Creative Commons. En Rafael García Pérez, Marcos A. López Suárez (Coords.), *Nuevos retos para la propiedad intelectual: II Jornadas sobre la Propiedad Intelectual y el Derecho de Autor/a (A Coruña, 22 e 23 de marzo de 2007)*, Coruña, Universidade da Coruña, Servicio de Publicaciones, 2008; Rodríguez Moro, Luis. Creative commons: un nuevo entendimiento de la cultura y la adecuación de sus licencias a la normativa española. *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 28, p. 65-80; Navas Navarro, Susana. Dominio público, disseminación “on line” de las obras de ingenio y cesiones “creative commons”: (necesidad de un nuevo modelo de propiedad intelectual). *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo 32, p. 239-262, 2011; Buganza, Carmen. La gestión del derecho de autor y las licencias “Creative Commons”. En Ana I. Herrán, Aitziber Emaldi Cirión, Marta Enciso (Coords.), *Derecho y nuevas tecnologías*, Vol. 3, Bilbao, Universidad de Deusto - Deustuko Unibertsitatea, 2011.

y se compromete a aceptar y respetar las condiciones que el autor ha establecido para el uso de la obra. De entre éstas condiciones, son relevantes aquellas que excluyen la posibilidad de utilizar la obra con fines o usos comerciales -identificada con una señal de prohibición en la que se inserta el símbolo del euro-.

De esta forma, las citadas licencias no responden a un patrón único, sino que permiten muy diversas variantes, según el grado de disposición de los derechos que determine el autor. En consecuencia, debe destacarse que no cabe identificar la licencia “CC” con obras no protegidas. Se trata, en definitiva, de obras en las que el autor se reserva unos derechos y autoriza otros, según cada caso.

Con carácter general, puede advertirse que existen seis licencias estándar de *creative commons*. Por lo que se refiere a las licencias estándar, debemos precisar que se accede a las mismas a través del propio sitio Web de *creative commons*. El creador de la obra correspondiente únicamente debe responder a dos grandes cuestiones. Por un lado, si da su consentimiento a un posible uso comercial de la obra, y, por otro, si permite la generación de obras de carácter derivado. En otro orden de cuestiones, en caso de un eventual litigio, podría optarse por una determinada jurisdicción. La negativa del autor de que se trate a un cierto uso comercial no debe considerarse óbice para que el autor comercialice su obra de la manera que crea más conveniente. En este sentido, ha de manifestarse que lo que se está cediendo, o no, es el derecho a que otra persona haga este uso de manera libre. En el supuesto de que el autor dé la oportunidad de que se generen obras de carácter derivado puede, en todo caso, imponer el deber de que dichas obras estén sujetas a una licencia de la misma modalidad. Debe tomarse conciencia de que de la combinación de respuestas a estas dos grandes preguntas se derivan las que pueden reputarse las seis licencias estándar actuales.

Las distintas modalidades de licencias brindan la posibilidad de que se acomete la copia o reproducción, la distribución y la

comunicación pública de una determinada obra. Naturalmente, siempre que todo ello no se acometa con fines de carácter comercial y, además, se reconozca al autor y se haga constar el aviso de la licencia que la acompaña. Igualmente, ha de considerarse que estamos ante licencias que ostentan un carácter mundial/internacional y que, por otro lado, no repercuten, en modo alguno, sobre los derechos de carácter moral. Estos últimos son aquellos que los autores no pueden, en modo alguno, ceder en ciertas jurisdicciones europeas. Así, a título de ejemplo, podemos, entre otras, referirnos a la española.

El recurso de las licencias que planteamos es plenamente voluntaria para el potencial interesado. Asimismo, se trata de una alternativa de carácter íntegramente gratuito. Tampoco existe el deber de tener que registrar la obra en un determinado repositorio de la organización que comentamos.

Finalmente, podemos determinar que las licencias *creative commons* presentan, con carácter general, una triple lectura. Así, en primer término, se alude al resumen –o *commons deed*- en el que figura una concisa explicación de lo que se puede hacer y cómo se puede actuar con respecto a la obra sujeta a la licencia. El texto legal –*legal code*- constituye la licencia propiamente dicha, en un sentido amplio¹³. En tercer y último lugar, lo que podría denominarse código –*digital code*- no es sino la incrustación gráfica del signo en la obra de que se trate¹⁴. En principio, ha de afirmarse que esta modalidad de licencias parece estar concebida para el ámbito estrictamente digital, si bien también pueden emplearse para el espacio físico o tradicional.

¹³En realidad, es un nivel más profundo que el anterior. Debemos precisar que el mismo ha ido evolucionando, creándose, en este sentido, varias versiones, siendo la 3.0, la última existente.

¹⁴Esencialmente constituye una suerte de lenguaje solo comprensible para los motores de búsqueda. De hecho, son una especie de metadatos que los buscadores identifican a fin de determinar que se trata de una obra libre.

Existen ciertas particularidades en relación al *software*. En efecto, en atención a las circunstancias concurrentes, derivadas, en gran parte, del código fuente, lo más aconsejable sería recurrir a otros tipos de licencia creados, con carácter específico, para este tipo de obras, como, por ejemplo, las de la *Free Software Foundation* o la *Open Source Initiative*. Todo esto enlaza con el denominado *software* libre en el que destaca *Richard Stallman*, que puede ser considerado el padre del mismo y, además, fundador de la *Free Software Foundation*.

Finalmente, cabe referirse, de manera somera, al instrumento jurídico en virtud del que funcionará *creative commons*. Nos referimos a la licencia de uso que esencialmente adoptará la forma jurídica de los contratos de adhesión. La prestación del consentimiento será implícita por parte del licenciante por el hecho de licenciar una obra bajo esta modalidad de licencias. No obstante, el del licenciatario se considerará prestado cuando el mismo haga uso de la obra licenciada de alguna de las maneras posibles que la propia licencia posibilita.

4.2 Modalidades

En la actualidad, existen seis licencias de *creative commons* que esencialmente posibilitan la reproducción, distribución y comunicación de las obras siempre y cuando se cumplan las premisas inicialmente establecidas por el titular de los derechos¹⁵. A fecha de hoy, las diversas licencias precisan, por un lado, el reconocimiento del autor de la obra en cuestión, y, por otro, de

¹⁵A este respecto, cabe determinar que las licencias se han elaborado esencialmente tomando en consideración cuatro condiciones básicas, a saber: el reconocimiento –*attribution*–, la no-comercialización –*non comercial*–, la no creación de obras de carácter derivado –*no derivate Works*– y, finalmente, el compartir por igual –*share alike*–.

aquellas partes que el licenciatario determine al respecto. Por lo que se refiere a las licencias de carácter estándar que imperan, a este respecto, son las siguientes: reconocimiento; reconocimiento no comercial; reconocimiento no comercial compartir igual; reconocimiento no comercial sin obra derivada; reconocimiento compartir igual; y reconocimiento sin obra derivada.

Además de los tipos de licencias recientemente esbozados, cabe aludir, de manera breve, a otras que existen, en el ámbito de *creative commons*, como son: dominio público, que, como su propio nombre pone de relieve, es una cesión al dominio público, basándose, para ello, en la jurisdicción norteamericana; *developing nations* que representa una licencia pensada únicamente para permitir usos en relación a la obra de que se trate, si bien sólo en el ámbito de los países en desarrollo; *sampling* que, en realidad, es, a su vez, un grupo de tres licencias diferentes pensadas para todos aquellos materiales que sean susceptibles de ser mezclados, como, por ejemplo, música, vídeo y/o imagen; *founder's copyright* que es una suerte de licencia basada en lo que puede reputarse la primera licencia sobre *copyright* de los Estados Unidos, de 1790, en la cual la extensión de los derechos sobre una obra tenía un plazo de duración de 14 años prorrogable por otros 14 más –si el autor lo consideraba apropiado–, ya que, en caso contrario, la obra pasaría al dominio público; y, finalmente, la que se denomina *share music* que podría considerarse la equivalente a la que llamamos reconocimiento no comercial sin obras derivadas.

A pesar de que nos hemos referido a diversas modalidades de licencias, el proyecto de *creative commons* está, en cierta medida, en permanente desarrollo. De hecho, en la actualidad, se están generando nuevos tipos de licencias que se suman a las que ya existen. No en vano, los creadores de obras están reclamando nuevas tipologías de licencias acordes con lo que, a este respecto, reclaman los propios creadores de las obras.

4.3 Utilidad e internacionalidad

Tal y como hemos adelantado, las licencias *creative commons*, son aplicables más allá de las obras puramente virtuales, dado que también resultan posibles en el ámbito físico o tradicional cuyo autor no desee reservarse todos los derechos derivados de su obra.

Así, por ejemplo, por lo que a España se refiere, el usuario que más recurre a estas licencias hoy día es el autor de un *blog* o de un determinado sitio web, o, en el ámbito de las redes sociales, el usuario de *Flickr* dedicada a la fotografía. En suma, como la práctica pone de relieve, las licencias *creative commons* son objeto de recurso no sólo por parte de personas físicas, sino por Universidades públicas y privadas y por la propia Administración Pública.

Las licencias *creative commons* tienen versiones en los distintos idiomas oficiales que imperan en España a saber: el catalán, vasco, gallego e incluso una versión en asturiano. En tales adaptaciones han colaborado distintos organismos públicos españoles. Interesa, asimismo, reseñar que el Reino de España se formalizan un enorme número de este tipo de licencias, llegándose a alcanzar cifras cercanas a los 10 millones de obras licenciadas.

Aunque, inicialmente, la legislación aplicable a este tipo de licencias fue la más cercana a donde se puso en práctica *creative commons*, que no es sino la norteamericana, debemos manifestar que, habida cuenta de los intereses despertados por múltiples organizaciones de otros países, se adaptaron las licencias a otros Estados. Lo que, en este sentido, se hizo fue conservar, en cierta medida, la misma filosofía de la licencia original, pero, todo hay que decirlo, cambiando, añadiendo o, en su caso, eliminando aquellas posibles partes que eran oportunas y convenientes para que los textos sean válidos en esa concreta jurisdicción en la que las licencias iban a surtir efecto. A este respecto, debemos considerar

que las primeras instituciones que participaron en las licencias *creative commons* fueron de Brasil, Finlandia y el país nipón.

4.4 Algunas posibles críticas: oposición al sistema enunciado

En el presente apartado nos referiremos a algunas de las posibles críticas¹⁶ formuladas respecto al modelo *creative commons*.

Así, en primer lugar, se ha determinado que estas licencias no representan, en modo alguno, verdaderas licencias. Se dispone que son formularios propuestos por la organización de los que emana a los titulares de los derechos sobre las obras que, en su caso, decidan emplear. En realidad, más que contratos de licencias de explotación, se erigen en formularios que incluyen ofertas públicas de celebración de tales licencias. De hecho, como la práctica pone de relieve, estas fórmulas constan predispuestas en modelos contractuales con la finalidad de ser otorgadas por las partes en línea. Su destinatario son cualquier miembro del público que accede a la Red. Habida cuenta de la nomenclatura a la que recurre la organización, no hay número máximo de los posibles y eventuales licenciarios.

En segundo término, debe ponerse de manifiesto, según la opinión que seguimos, que el sistema choca frontalmente con el art. 1262 del Código civil español. En efecto, como es sabido, para el nacimiento del contrato resulta preciso el concurso efectivo de la oferta y de la aceptación. En el supuesto de *creative commons*, no se expresa de qué forma el licenciario comunicará su aceptación al autor licenciante.

¹⁶Seguiremos, en gran medida, a GUTIÉRREZ VICÉN, Javier. La transmisión de derechos de los creadores visuales en la red. Algunas cuestiones. *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 78, septiembre a diciembre, p. 79-81, 2009.

En tercer término, dado que esta suerte de licencias se realizan de manera virtual, vulneran la norma imperante en materia de comercio electrónico. Nos referimos a la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Es el art. 28 de la misma la que exige la confirmación de aceptante a las condiciones de oferente.

En cuarto lugar, el sistema *creative commons* vulnera el art. 5.4 de la Ley española 7/1998 de condiciones generales de la contratación. Tal precepto dispone que las condiciones ilegibles, ambiguas o incomprensibles que no hubieran sido aceptadas, de forma expresa, por escrito por el adherente no quedarán incorporadas al contrato.

En quinto término, se opone al art. 43 de la Ley de Propiedad Intelectual española. Los efectos obligaciones de estas licencias de uso no exclusivo no incluyen, de manera clara, la determinación de las partes, los actos de explotación autorizados, la fijación de un término cierto de duración del posible contrato. Igualmente, debe considerarse que en el sistema *creative commons* el autor pierde el control de su obra cuando regula su control a través de este tipo de licencias. Representan autorizaciones a perpetuidad por lo que, en consecuencia, los usuarios presumirán que la explotación se realiza bajo los términos de tales licencias. Una vez que se ha divulgado una obra, recurriendo a la misma, se hace, de todo punto, imposible que el autor pueda, si así lo considera oportuno, retirarla del mercado, por lo que se estaría vulnerando, con ello, el derecho moral de arrepentimiento.

En suma, el modelo *creative commons* choca frontalmente con el ordenamiento jurídico español en todo lo relativo a la formación del contrato. Nos referimos, en concreto, a la oferta, la aceptación y el nacimiento de la licencia.

REFERENCIAS

Buganza, Carmen. La gestión del derecho de autor y las licencias “Creative Commons”. En Ana I. Herrán, Aitziber Emaldi Cirión, Marta Enciso (Coords.), *Derecho y nuevas tecnologías*, Vol. 3, Bilbao, Universidad de Deusto - Deustuko Unibertsitatea, 2011.

Erdozaín López, José Carlos. *Derechos de autor y propiedad intelectual en Internet*, Madrid, Tecnos, 2002.

Gutiérrez Vicén, Javier. La transmisión de derechos de los creadores visuales en la red. Algunas cuestiones. *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 78, septiembre a diciembre, 2009.

Hernández, Pablo. Nuevos conceptos de propiedad intelectual o derecho de autor: la supervivencia de la música en un mercado de gratuidad. *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 78, septiembre a diciembre, 2009.

Malmierca Lorenzo, Marta. La obra escrita y las nuevas tecnologías. *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 78, septiembre – diciembre, 2009.

Navas Navarro, Susana. Dominio público, diseminación “on line” de las obras de ingenio y cesiones “creative commons”: (necesidad de un nuevo modelo de propiedad intelectual). *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo 32, 2011.

Rodríguez Moro, Luis. Creative commons: un nuevo entendimiento de la cultura y la adecuación de sus licencias a la normativa española. *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 28, 2010.

Rodríguez Moro, Luis. Notas sobre las licencias Creative Commons. En Rafael García Pérez, Marcos A. López Suárez (Coords.), *Nuevos retos para la propiedad intelectual: II Jornadas sobre la Propiedad Intelectual y el Derecho de Autor/a (A Coruña, 22 e 23 de marzo de 2007)*, Coruña, Universidade da Coruña, Servicio de Publicaciones, 2008.

Serrano Cañas, José Manuel. La transposición de la directiva 2001/29/CE. Una visión comparada. En Rafael García Pérez, Marcos A. López

Suárez (Coords.), *Nuevos retos para la propiedad intelectual: II Jornadas sobre la Propiedad Intelectual y el Derecho de Autor/a (A Coruña, 22 e 23 de marzo de 2007)*, Coruña, Universidade da Coruña, Servicio de Publicaciones, 2008.

Xalabarder Plantada, Raquel. Las licencias Creative Commons: ¿una alternativa al copyright?. *UOC Papers: revista sobre la sociedad del conocimiento*, núm. 2.