



## La Cultura como valor para la Democracia

Daniel J. García López

### I. ¿Es la propiedad intelectual una verdadera propiedad?

La globalización económica en la que estamos inmersos no ha conllevado, paradójicamente, la difusión de la cultura, es decir, la posibilidad de que más personas puedan acceder a más medios a menor coste, lo que podría comportar la ampliación de la democracia. Frente a la difusión de la cultura como medio de democratización, con la creación de una opinión pública formada, se alzan los abusivos criterios patrimoniales de la Propiedad Intelectual impidiendo que todos tengan la posibilidad de realizar *su propia interpretación de las Escrituras*<sup>1</sup>.

Desde que el acceso a los medios informáticos y a Internet se ha flexibilizado, los medios de comunicación tienden a equiparar en un mismo plano la copia privada y la copia ilegal (piratería) siendo ambas un mal con graves perjuicios económicos, sociales y culturales. No obstante, esta equiparación resulta falsa en tanto que la copia ilegal o piratería consiste en la comercialización (ánimo de lucro) de copias privadas pero éstas, en sí mismas (sin comercialización), no representan un ilícito<sup>2</sup>. Quizás la razón se encuentre en que con la digitalización, el soporte material, que justifica el escollo económico del acceso a la cultura, ha perdido su razón de ser.

Este freno a la democracia tendría explicación —que no quiere decir justificación— si la Propiedad Intelectual fuera realmente una propiedad. No obstante, ya desde finales del siglo XIX se viene diciendo que la terminología empleada en la ley de 1879<sup>3</sup> era inadecuada pues tenía el inconveniente de inducir a error respecto del fundamento del derecho<sup>4</sup>.

Veamos qué es lo que separa la propiedad de la propiedad intelectual<sup>5</sup>:

- a) Por su materialización: La propiedad se ejerce sobre una cosa, existiendo identificación entre el dominio y la cosa sobre la que éste recae. La propiedad intelectual, por el contrario, se ejerce sobre una creación intelectual (*corpus mysticum*) que va incorporada a un objeto material (*corpus mechanicum*) sin el cual no existiría.
- b) Por su limitación temporal: La propiedad es perpetua. La propiedad intelectual viene limitada en el tiempo según lo establecido por la ley.

<sup>1</sup> HOBBS, T., *Behemoth*, Tecnos, Madrid, 1992, p.30.

<sup>2</sup> El artículo 270 del Código Penal señala como conducta delictiva “quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de terceros, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios”.

<sup>3</sup> Con esta ley se pasó de la Propiedad Literaria a la Propiedad Intelectual. Actualmente la Ley de Propiedad Intelectual viene regulada en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

<sup>4</sup> AZCÁRATE, G., *Historia del Derecho de Propiedad II*, Madrid, 1883, p.317.

<sup>5</sup> RODRÍGUEZ-TOQUERO Y RAMOS, P., *Filosofía de la Propiedad Intelectual, marco jurídico y organizativo*, en Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p.256 y siguientes.

- c) Por su nacimiento: La propiedad nace por la adquisición del dominio mediante ocupación, donación, tradición,...La propiedad intelectual nace del acto propio de creación de la obra.
- d) Por su contenido: La propiedad carece del derecho moral que sí existe en la propiedad intelectual.
- e) Por la transmisión: La propiedad intelectual no puede transmitirse en bloque puesto que contiene unas facultades que son inalienables e irrenunciables para su autor. Por el contrario, la propiedad sí puede transmitirse en su conjunto.

La solución que puede darse a este problema es eliminar el término propiedad intelectual y sustituirlo por el de Derecho (derechos) de autor. Así lo encontramos en la legislación alemana “*urheberrecht*”; en Italia “*diritto d’autore*”; en Francia “*droits des auteurs*”; en el Reino Unido y Estados Unidos, sin embargo, se usa el término “*copyright*” (derecho de reproducción). La lógica irracional del mercado ha hecho que si antes se consideraba (socialmente) obra de arte lo establecido en un Museo (carácter personal del derecho de autor), ahora se considera obra lo que produce beneficios, lo que es susceptible de regirse por la ley de la oferta y la demanda (elemento patrimonial del derecho de autor). Este cambio que se plantea –Derechos de autor— aunque en principio es puramente terminológico y superficial, podría conllevar, al sustituir la emotividad del concepto, un cambio en la forma de ver las obras procedentes del intelecto y evitar que sean los elementos patrimoniales o la rentabilidad los que determinen qué es o deja de ser obra de arte.

## II. Los requisitos de la Propiedad Intelectual

Señalaba Gayo<sup>6</sup> que el creador de una obra era propietario de la parte inmaterial de su personalidad, es decir, de las ideas plasmadas sobre un soporte material (lienzo, pergamino, manuscrito...) incluso después de la enajenación del manuscrito o de la tela. De ahí que no son objeto de protección los elementos materiales (papel, tinta, pintura...), es decir, el soporte en el que queda plasmado el elemento inmaterial<sup>7</sup> (ideas). Tampoco será objeto de protección por la Propiedad Intelectual el trabajo manual del autor pues se valora exclusivamente la obra. Es más, la Ley establece en el art.3.1a) que “los derechos de autor son independientes, compatibles y acumulables con [...] la propiedad y otros derechos que tengan por objeto la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual”.

Hecha esta precisión, el primer requisito que podemos indicar es el de la legalidad. No toda obra considerada literaria, artística o científica va a gozar de tutela jurídica ya que es necesario que no haya oposición entre la obra a proteger y el orden jurídico dentro del cual pretende su defensa. Por lo que no podrán ser protegidas las obras que vayan en contra de la ley, la moral<sup>8</sup> y el orden público<sup>9</sup>. Respecto a los

---

<sup>6</sup> Instituta, II, 77-78

<sup>7</sup> Aquí opera la distinción entre *corpus mechanicum*, entendido como el soporte material, y *corpus mysticum*, esto es, la obra intelectual. Lo que se protege, por ejemplo, es la novela en sí, no cada uno de los ejemplares editados que constituyen copia idéntica de la creación original. Vid.MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., Curso de Derecho Civil III, ed.Colex, 2004, p.89 y 90.

<sup>8</sup> Que la legalidad dependa de una moral que debe entenderse como dominante creo que acarrearía problemas de inseguridad jurídica. Es por ello que parece más precisa su referencia al orden público.

<sup>9</sup> VEGA VEGA, J.A, *Derecho de autor*, Tecnos, Madrid, 1990, p.97.

problemas que puede entrañar este requisito me remito al posterior apartado “Disquisiciones, prejuicios y tabúes” (Propiedad Intelectual versus apología del genocidio).

Otro de los requisitos que han de darse es el de la exteriorización, es decir, la obra –creada por el ingenio humano<sup>10</sup>—debe ver la luz en un soporte material –*corpus mechanicum*— independiente de la *mens creatoris*. Por tanto debe ser una idea exteriorizada y divulgada y no algo que la persona conserve en su mente. Incluso el art.10 habla de medios tangibles o intangibles, que se conozcan ahora o en el futuro.

Otro fundamental requisito es el de la originalidad como menciona el art.10 de la Ley de Propiedad Intelectual. La obra original ha de tener su origen en el creador que expresa una idea propia y no una idea ajena. De ahí que queden excluidos de la protección las copias serviles o miméticas (plagio) pero hay que tener en cuenta que sí es posible crear obras originales (aunque esto es discutible) a través de obras preexistentes. Este es el caso de las obras derivadas. Pero esta originalidad no hay que entenderla como altura creativa sino que, como se ve de la voluntad de legislador comunitario<sup>11</sup>, no es necesario una obra meritoria pues esto depende de la interpretación subjetiva y coyuntural.

### III. Disquisiciones, Prejuicios y Tabúes

#### 1. Tratamiento Constitucional

La Constitución de 1978 reconoce en su art.20.1 apartado b) “la producción y creación literaria, artística, científica y técnica”. Su ubicación dentro del texto constitucional en la sección 1º del capítulo segundo sobre Derechos y Libertades, nos hace remitirnos directamente a lo dispuesto en el art.53 de la magna Carta. Este artículo establece que los derechos comprendidos en el capítulo segundo sólo podrán ser regulados por ley que respete su contenido esencial, además de la posibilidad del recurso de amparo para tutelar estos derechos. Sin embargo, la ley que regula la Propiedad Intelectual no es una Ley Orgánica como cabría esperar, de ahí que algunos autores entiendan que el derecho reconocido en el art.20.1 b) no es un Derecho Fundamental, sino que encajaría más bien en el art.33.1 sobre la propiedad privada<sup>12</sup>. Mas, si no es un Derecho Fundamental, ¿por qué ubicarlo entre los Derechos Fundamentales? ¿Por qué no se incluyó directamente en el art.33.1 CE? Es por ello que otros autores, sin embargo, entienden que si que se trata de un Derecho Fundamental.

La jurisprudencia, por su parte, es tan vacilante como la doctrina pues si en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1985 niega el carácter de derecho fundamental a la propiedad intelectual, las sentencias de 5 de junio de 1987 o de 29 de marzo de 1996 presuponen el carácter de derecho fundamental. El Tribunal

<sup>10</sup> Podría surgir el debate de los cuadros pintados por el chimpancé Congo (enseñado por el investigador Desmond Morris), admirado por Picasso, Miró y Dalí, que llegaban a venderse, allá por 1957, por encima de obras de Andy Warhol.

<sup>11</sup> La directiva 91/250/CEE, de 14 de mayo de 1991, dice en su art.1.3 que “el programa de ordenador quedará protegido si fuera original en el sentido de que sea una creación intelectual propia de su autor. No se aplicará ningún otro criterio para conceder la protección”. La directiva 93/98/CEE, de 29 de octubre de 1993, expresa en el art.6 que “las fotografías que constituyan originales en el sentido de que sean creaciones intelectuales propias del autor”.

<sup>12</sup> CONTRERAS y otros, *Curso de Derecho civil III*, Colex, 2004, p.240.

Constitucional en la sentencia 153/1985 viene a decir que el derecho consagrado en el art.20.1 b) es “una concreción del derecho a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones”.

Como indicó Gregorio Peces-Barba en su intervención ante la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, el 19 de mayo de 1978<sup>13</sup>, “está en entredicho, no en cuanto propiedad privada, sino en cuanto a su constitucionalización, hasta el punto de que en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas no figura, como signo de ese proceso de desconstitucionalización, como derecho fundamental, que no de desaparición; que es, además, una forma de propiedad mucho más espiritual, mucho más moral, que está mucho más vinculada directamente a la persona, como es la producción y creación literaria, artística y científica, que está en alza. No es coherente que mientras hay una tendencia científica a la desconstitucionalización que no a la desaparición de la propiedad privada, hay una tendencia paralela y contradictoria a la constitucionalización de esta producción y creación literaria, científica y artística”. Finalmente, esta enmienda fue rechazada.

Hay autores que entienden que “el derecho de autor o la propiedad intelectual es un derecho unitario y, consecuentemente, su reconocimiento constitucional debe ser unitario y no fragmentado” y “se produce en el art.33 CE, como propiedad especial que es”<sup>14</sup>. Si hacemos caso a estas posturas mayoritarias que encuadran la propiedad intelectual en el art.33 y no en el art.20, habrá que tener en cuenta el apartado 2º de este art.33: “la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes”.

Por otro lado, el art.10.2 de la Constitución establece que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos”. Esta declaración consagra en el art.27.2 el derecho de toda persona “a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”. Es decir, se consagra la propiedad intelectual pero sin mencionar tal concepto. Aunque, también hay que decirlo, en su apartado primero establece otro derecho, en colisión con la propiedad intelectual: “toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”. Como ha señalado el Tribunal Constitucional en su sentencia 36/1991, de 14 de febrero, (RTC 1991/36) respecto al art.10.2 de la Constitución de 1978 “esta norma se limita a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los Convenios y Tratados Internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución. Es evidente, no obstante, que cuando el legislador o cualquier otro poder público adopta decisiones que, en relación con uno de los derechos fundamentales o las libertades que la Constitución enmarca, limita o reduce el

---

<sup>13</sup> PECES-BARBA, G., *La Constitución Española de 1978. Un estudio de Derecho y política*, Ed.Fernando Torres, Valencia, 1981, p.311 y siguientes.

<sup>14</sup> BERCOVITZ, *comentarios a la LPI, art.1* citado en OLLERO TASSARA, *los llamados derechos morales del autor en los debates parlamentarios*, en Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1995, p.38.

contenido que al mismo atribuyen los citados Tratados o Convenios, el precepto constitucional directamente infringido será el que enuncia ese derecho o libertad, sin que a ello añada nada la violación indirecta y mediata del art. 10.2 C.E., que por definición no puede ser nunca autónoma, sino dependiente de otra, que es la que este Tribunal habrá de apreciar en su caso". Por tanto, los derechos consagrados en los Tratados Internacionales en los que España sea parte se aplicarán como contenido esencial del derecho si éste previamente está reconocido en la Constitución española. Así, nuestro texto constitucional recoge en su artículo 44 el derecho de todos a la cultura, además del deber de los poderes públicos de promover y tutelar el acceso al mismo. Sin embargo, la citada sentencia del Tribunal Constitucional establece que el art.10.2 se utilizará para los Derechos Fundamentales reconocidos en el capítulo II del Título I mientras que el derecho a la cultura del art.44 se encuentra en el capítulo III. Por su parte, el nuevo Estatuto de Andalucía, Ley Orgánica 2/1997 de 19 de marzo, establece en su artículo 33 que "todas las personas tienen derecho, en condiciones de igualdad, al acceso a la cultura". Éste si se enmarca dentro de los derechos sociales a la par que el testamento vital o la igualdad de género.

De lo expuesto se aprecia que tanto a nivel internacional como a nivel nacional, salvo lo expuesto sobre la problemática del art.10.2 CE, se reconoce el derecho de toda persona al acceso a la cultura. Sin embargo, como tantos otros Derechos Fundamentales (derecho al trabajo, derecho a una vivienda digna,...), éste no se cumple. Quizá una de las respuestas a la no realización de los Derechos Fundamentales, como en este caso el Derecho a la cultura, deba plantearse desde la economía en tanto que los Derechos Fundamentales deben desplegar sus efectos en un sistema de mercado que produce e incrementa las desigualdades (económicas) artificiales entre las personas. Pero al mismo tiempo, un arma para poder paliar las consecuencias negativas del sistema de mercado es la cultura puesto que "una sociedad jerárquica sólo sería posible basándose en la pobreza y en la ignorancia"<sup>15</sup>. En fin, el derecho a la cultura es un arma sin munición pues el sistema de mercado evita la posibilidad de usarlo.

## 2. Propiedad Intelectual versus apología del genocidio

En cuanto al primero de los requisitos de la Propiedad Intelectual, el de la legalidad, se dijo que era necesario que no hubiera contradicción entre la obra y el orden jurídico. Aquí surgiría la cuestión sobre si cumplen el requisito de la legalidad aquellas obras que expresan un contenido cercano al delito de apología del genocidio. Ejemplos de esta situación lo vemos en los casos de "*Auschwitzlüge*" (mentira de Auschwitz). Pocas son las sentencias<sup>16</sup> que se han hecho eco de este crucial asunto, tan de moda por cierto sector revisionista que niega, entre otras cosas, la existencia de campos de concentración o que reivindican el advenimiento de un nuevo *Führer* o Caudillo<sup>17</sup>. Claro que esto puede chocar con la libertad de expresión y el pluralismo, principios básicos del Estado social y democrático de Derecho. El problema está en

<sup>15</sup> ORWELL, G., 1984, editorial Destino, 2002, p.23.

<sup>16</sup> Destaca la Sentencia del Tribunal Constitucional 214/1991, de 11 de noviembre, sobre el caso Friedman.

<sup>17</sup> En España destacan los tan "laureados" –materialización de la hipocresía social– y "alzados" (con resquicios de "movimientos gloriosos" nacional-catolicistas) por determinados medios de comunicación: Pío Moa o César Vidal. Tema aparte es lo que salió a la luz hace un par de años, un libro escrito por el Imán de Fuengirola en donde se establecen consejos para pegar a una mujer sin dejar huella, algo sumamente aberrante y que, por la violación de los Derechos Humanos que propugna esta obra, debería quedar fuera de tutela jurídica.

ver si es apología la negación de los hechos históricos que acontecieron en un sistema político que realizó actos de genocidio. Habría que analizar cuál es el conocimiento y la voluntad de quien difunde públicamente dichos actos<sup>18</sup> pues no es lo mismo que un historiador, estudioso de la materia, niegue la existencia de campos de concentración (e implícitamente pretenda la rehabilitación del sistema que realizó genocidios) a que sea un adolescente reclutado por grupos *neonazis*, el cual no tiene conciencia de la trascendencia de sus palabras, el que manifieste su actitud intolerante (quizá promovida por una falta de educación, problemas de afecto, etc).

El artículo 20.4 de la Constitución española establece que los límites a la libertad de expresión se encuentran en “los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que los desarrollen, y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia<sup>19</sup>” además de otros límites como la seguridad nacional o la administración de justicia. En relación a la apología del genocidio, la libertad de expresión de quien realiza dichos actos entrará en conflicto con el art.15 CE (derecho a la vida), art.14 (igualdad y no discriminación), art.10 (dignidad de la persona) y la seguridad nacional. Hay que tener en cuenta que el mensaje racista, sexista y xenófobo queda fuera del ámbito protegido constitucionalmente de la libertad de expresión pues ésta puede verse limitada por el derecho al honor de grupos humanos sin personalidad jurídica pero con una neta y consistente personalidad por cualquier otro rango dominante de su estructura y cohesión, como el histórico, el sociológico, el étnico o el religioso” (STC 176/1995). Pero no sólo se va a limitar la libertad de expresión cuando entra en conflicto con otro derecho sino que también, como en la apología del genocidio, queda fuera *per se* y “su mera existencia puede justificar de modo independiente una restricción de la libertad de expresión, sin necesidad de imputarles la lesión de derechos fundamentales de terceros, individuos o grupos, lo que haría desaparecer los problemas de legitimación procesal para perseguirlos”<sup>20</sup>.

### 3. Originalidad versus reproducción: una visión marxista

Otro de los requisitos es el de la originalidad. Dice el art.1 de la LPI que la obra “corresponde al autor por el solo hecho de su creación”, mientras que el art.10.1 habla de “creaciones originales”. La LPI protege la “creación” por lo que habrá que delimitar el campo de actuación de este término. Acudiendo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua, el término “crear” tiene diversas acepciones:

- a) Producir algo de la nada
- b) Establecer, fundar, introducir por vez primera algo; hacerlo nacer o darle vida, en sentido figurado.
- c) Instituir un nuevo empleo o dignidad.

---

<sup>18</sup> Cabe también preguntarse si negar los crímenes cometidos por las cruzadas religiosas en la Edad Media sería apología del genocidio e implícitamente la rehabilitación de los regímenes absolutistas, es decir, como apunta Muñoz Conde “¿hasta qué época histórica alcanza considerar como apología del genocidio la difusión de las ideas de regímenes políticos que hace años cometieron hechos que pueden hoy calificarse de genocidios conforme al art.607.1?” MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal Parte Especial*, Tirant lo Blach, Valencia, 2004, p.764.

<sup>19</sup> Que cierta, aunque también utópica, es la cita de Pitágoras: “*educad a los niños y no será necesario castigar a los hombres*”.

<sup>20</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F., CÁMARA VILLAR, G., y otros, *Derecho Constitucional II*, Tecnos, Madrid, 2004, p.181.

d) Hacer, por elección o nombramiento, a alguien lo que antes no era.

Para lo que nos interesa, la acepción primera y segunda vienen a reflejar que para que una obra sea original y por tanto protegida por la LPI es necesario que el autor la cree de la nada, que antes no hubiera existido materialmente.

La monografía del jurista y filósofo Bernard Edelman “Le droit saisi par la photographie: éléments pour une théorie marxiste du droit” (1973)<sup>21</sup>, además de realizar diversas tesis acerca de una teoría marxista del Derecho –se puede estar o no de acuerdo con este sistema jurídico-económico pero no se puede negar la gran importancia que ha tenido en la configuración del Estado social y democrático de Derecho—, dedica varias páginas al tema de la originalidad y la creación de la obra.

Edelman habla de dos paradojas. La primera de ellas, que podemos identificar con una paradoja simple, viene a decir que la “realidad” de la que el cliché cinematográfico reproduce la imagen pertenece siempre a alguien. De ahí surge una segunda paradoja, identificada como paradoja de la paradoja o paradoja compleja, pues lo que yo reproduzco “pertenece” a todo el mundo, es decir, a la comunidad; en otros términos, si lo que reproduzco forma parte del dominio público (las calles, los ríos, mares territoriales...), esto no será de mi propiedad más que a condición de que me lo reapropie. Si, por ejemplo, una persona realiza una fotografía de una calle peatonal que es de dominio público, es decir, de todos y de nadie, esta fotografía, aún reproduciendo algo que es de todos, pertenece a la propiedad del que pulsó el botón de la cámara y no a todos. La actividad específica del cineasta o del fotógrafo se ejerce sobre algo real ya investido por la propiedad, es decir, ya constituida en propiedad común (dominio público), de ahí que el derecho debe hacer una hazaña al crear una categoría por la cual se permite apropiarse lo que ya ha sido apropiado. Es lo que se conoce como *sobre-apropiación de lo real*<sup>22</sup>. Este concepto viene a establecer, por tanto, que la propiedad intelectual derivada de la fotografía y el cine está adquirida por superposición sobre una propiedad ya establecida.

Sin embargo, como decía Victor Hugo<sup>23</sup>, la propiedad intelectual no es “una transmisión, ni una adquisición, sino una creación: la propiedad literaria, reconcilie a los artistas con la sociedad mediante la propiedad”. Por ello que el concepto clave sea el de creación *ex nihilo* y no el de mera reproducción. Dice la RAE que reproducir consiste en la copia de un original, por tanto, se puede aplicar el siguiente esquema:

*La Propiedad Intelectual es creación de la nada.*

*La reproducción es copia de algo ya existente.*

*La reproducción no es creación y tampoco Propiedad intelectual*

No obstante, si se defiende que la reproducción fotográfica de un dominio público entra dentro de la propiedad intelectual se entra en un círculo vicioso en donde la propiedad demuestra a la propiedad (sobre-apropiación de la propiedad). De una forma metafórica –algunos dirían que cuasimística— Franz Kafka, maestro de lo absurdo y la paradoja, decía en sus Diarios, el día 6 de noviembre de 1917: “una jaula salió en busca de un pájaro”. El absurdo se convierte en ley, la propiedad demuestra a la propiedad.

<sup>21</sup> Traducción al castellano “La práctica ideológica del Derecho: elementos para una teoría marxista del Derecho”, trad. Roque Carrión Wam, Ed. Tecnos, Madrid, 1980.

<sup>22</sup> EDELMAN, B., *La práctica ideológica del Derecho: elementos para una teoría marxista del Derecho*, p.53.

<sup>23</sup> Al consejo de Estado, 30-9-1849.

Decía el Tribunal de Grande Instance de París en sentencia de 6 de junio de 1969 “un producto natural que no es estilizado (entendido por esto que no está investido de personalidad) pertenece al dominio público”<sup>24</sup>, es decir, en tanto que el que reproduce no crea, su reproducción no es propiedad intelectual sino dominio público. El Derecho nos dice que las calles son de todo el mundo, al igual que los paisajes. Para apropiarme “intelectualmente” de aquello que es de todo el mundo, debo no reproducirlo –pues no haría más que exponer lo que es de todo el mundo—, sino producirlo, crearlo. El fotógrafo que pulsa el disparador se convierte en simple máquina, “su arte se reduce a un proceso puramente mecánico en el que puede mostrar más o menos habilidad y sin posibilidad de asimilación con los que profesan las bellas artes, en los cuales operan el espíritu y la imaginación, y algunas veces el genio formado por los preceptos del arte” (Tribunal de commerce, Turín, 25 octubre 1861)

Edelman nos relata un acontecimiento real acaecido con el asesinato del presidente Kennedy. Un cineasta amateur había rodado, por casualidad, el asesinato de Kennedy, film de 480 imágenes en 8mm, que se había apresurado a vender al editor de *Life magazine*. Posteriormente, se escribió un libro sobre este suceso (Seis segundos en Dallas, por Josuah Thompson) que reproducía 22 imágenes del film. Se inició un proceso y Thomson sostuvo en su defensa tres argumentos:

- 1º Se trataba de un suceso de actualidad;
- 2º sobre el cual ninguna creación se había efectuado;
- 3º y que no podía ser apropiada so pena de crear un verdadero oligopolio de la información.

Puede decirse que el suceso, en la medida en que, por un lado, era parte del dominio público y que, por otro, se había reproducido tal cual, no podía ser apropiado, puesto que el sujeto no había hecho más que seguir el curso objetivo<sup>25</sup>. Sin embargo, todo lo dicho hasta ahora podría ser desvirtuado o, al menos, contra argumentado pues el fotógrafo tiene en cuenta<sup>26</sup> (debería) la luz, el enfoque, la posición de los objetos y de los sujetos, los vestidos, el ángulo...Es por ello que la cuestión queda abierta.

#### 4. De la tergiversación de los conceptos...

En el siguiente punto se analizará la visión social que se da desde el Gobierno de la Propiedad Intelectual. Si visitamos la página web del Ministerio de Cultura<sup>27</sup> destaca en un cuadrado a la derecha un icono cuyo título es el siguiente:

*“Defiende tu cultura contra la piratería”*

Este rótulo es la punta del iceberg de la campaña de sensibilización del Gobierno acerca de la Propiedad Intelectual. Nada más pinchar sobre el icono nos

---

<sup>24</sup> EDELMAN, B., op.cit.p.58, escolio 2º.

<sup>25</sup> EDELMAN, B., op.cit.p.87.

<sup>26</sup> Concepción Sainz García distingue en este punto entre la fotografía artística y la mera fotografía, entre la obra cinematográfica y la mera grabación audiovisual. SAIZ GARCÍA, C., *Objeto y sujeto del Derecho de autor*, Tirant lo Blach, Valencia, 2000, p.83.

<sup>27</sup> <http://www.mcu.es/propint/deficult/index.htm>

aparece en el centro de la imagen un texto que también aparece en un anuncio de televisión:

*“¿Cuánto vale una idea que te hace soñar...que te hace reír...que te hace llorar? Tener una idea...te hace creer en tu idea...luchar por ella... ¿cuánto vale vivir por una idea? Las ideas de unos...ayudan a otros a tener nuevas ideas... ¿cuánto vale la libertad de poder elegir? Una sociedad vale lo que valen sus ideas...Si dejamos que nos las roben... ¿qué nos queda?”*

No pretendo hacer una crítica al Gobierno, pues este mensaje ya lo han dicho otros, no es nada nuevo. Lo que se va a tratar de hacer es desmembrar la política social acerca de la propiedad intelectual y mostrar que muchas de las campañas, eslóganes o artimañas están fundadas en prejuicios o términos mal entendidos, ya sea de forma consciente o subconsciente. Si atendemos separadamente a cada punto del párrafo antes citado, vemos que el término “vale” aparece reiteradamente. El término se usa en su vertiente económica “cuánto vale una idea”, “cuánto vale vivir por una idea”, “cuánto vale la libertad” y, finalmente como corolario, “una sociedad vale lo que valen sus ideas”. Pasemos a analizar cada una de las preguntas suscitadas.

En primer lugar, el valor material de una idea que hace soñar, reír o llorar produce, causa-efecto, la degradación de la idea puesto que soñar es gratis; una idea que haga reír depende del contexto pues puede hacer reír una idea que ridiculiza a un grupo social; y, finalmente, creo que no es necesario pagar para llorar.

En el siguiente punto se nos dice que tener una idea nos hace luchar por ella pues creemos en ella, algo totalmente cierto y positivo...o al menos hasta que nos topamos con el límite de los Derechos Humanos pues tan idea es defenderlos como violarlos y no por ello, la segunda postura, debe ser perseguida. Esta locución nos legitimaría para defender la idea del acceso libre a la cultura o, al menos, la eliminación de todas aquellas trabas económicas accesorias –aunque mayoritarias en comparación a los derechos económicos propios del autor— que dificultan poder gozar en condiciones de igualdad la cultura. Cultura que, como luego se verá, puede llegar a ser un bien de dominio público. Incluso el propio eslogan señala que “las ideas de unos ayudan a otros a tener nuevas ideas” por lo que es necesario el mayor acceso a las mismas para el mayor enriquecimiento social. En cuanto al precio de la libertad, creo que la etapa en donde se pagaba por ser libre y dejar de ser esclavo pasó a la historia, o al menos así debería de ser.

La frase “una sociedad vale lo que valen sus ideas” es un buen eslogan pero fuera de la realidad. Si midiéramos las sociedades, lo que implicaría clasificarlas o estamentarlas (en el sentido peyorativo), por las ideas ¿no pertenecerían a la sociedad las personas que no tengan “ideas” según el concepto que nos da la campaña? ¿Pertenecerían a la sociedad aquellos que distribuyen libre y gratuitamente sus ideas? Creo que el valor de una sociedad lo dan sus personas, que son las que potencialmente piensan, y el respeto a los Derechos Humanos; una sociedad en donde prevalezca el humanismo democrático que aspira a ser un humanismo real en el que confluyan, como nos ilustra Elías Díaz en lo que fue su tesis doctoral de aquéllos tiempos dictatoriales de 1966, “la efectiva incorporación de los hombres [y las mujeres], de todos los hombres [y mujeres], en los mecanismos del control de las decisiones y la real participación de los mismos en los rendimientos de la producción”<sup>28</sup>.

Es por ello que surja la pregunta de si es cierto que una sociedad vale lo que valen sus ideas, ¿por qué se produce una elitización económica de las ideas? ¿Por qué no todo el mundo puede permitirse acceder a la cultura y así enriquecer la

<sup>28</sup> DÍAZ, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, 9º ed., 1998, p.144 y 153.

sociedad? Las ideas, la cultura, no deberían estar bajo el mercado, no debería medirse en términos de rentabilidad o beneficio.

A la pregunta de qué ocurriría si dejamos que nos las roben, creo que queda respondida. Las ideas son de todos, no tienen precio, no pueden robarse. Es más, en la propia página del ministerio de cultura definen a la cultura como “el máximo exponente de la expresión intelectual de nuestra sociedad. La cultura es universal, libre, plural y es sin género de dudas el máspreciado bien de los pueblos y sociedades; su propia identidad”<sup>29</sup>. En esta síntesis, ellos mismos se contradicen.

## 5. ...a la criminalización de la cultura

Finalmente, desde el Ministerio nos dicen que “la piratería impide el desarrollo de lo intelectual. Mata las ideas. Hace imposible la creación. La piratería amenaza y erosiona nuestra cultura, nuestra identidad...”. Esto entronca con el siguiente tema a tratar: el prejuicio<sup>30</sup> hacia la copia privada. Y es que nos han inculcado desde “los grandes medios llamados de comunicación que incomunican”<sup>31</sup> que la copia privada es equiparable a la piratería. No obstante, la piratería consiste en la comercialización del plagio, de la copia. Sin embargo, si una persona descarga un disco de música o fotocopia un libro no comercia con ello. Y aunque parece que está claro...las apariencias engañan. Sólo hay que hacer un sondeo entre la sociedad y ver qué respuesta aduciría una persona si se le preguntara si el disco de música que es descargado a través de programas de transferencia de datos es o no piratería<sup>32</sup>. Seguramente la respuesta sería que es piratería y que debería estar sancionado como un delito. Esta falacia se debe al papel que juegan los medios de información comprados por las empresas que invierten en (sobre todo) el comercio musical. No obstante, la cuestión se pone en tela de juicio cuando toca el bolsillo propio, es decir, cuando se impone un canon<sup>33</sup> a cada cd o dvd virgen<sup>34</sup>, esto es, un impuesto indirecto gestionado por una empresa privada como es SGAE (que no representa a todos los artistas), la cual lo justifica apelando a que los artistas se ven perjudicados por la piratería (de nuevo se vuelve a identificar piratería con copia privada). Por lo que si una persona compra un cd para grabar, por ejemplo, los apuntes de clase que tiene en formato Word o, inclusive, grabar las vistas de un juicio, deberá pagar un canon que luego revertirá en los artistas, pero no todos los artistas, sino que, paradójicamente, a aquellos que dan más beneficios a SGAE. “Es como si la industria del quinqué de

---

<sup>29</sup> <http://www.mcu.es/propint/deficult/tucultura.htm> visto el 12 de noviembre de 2006.

<sup>30</sup> Prejuicios derivados de juicios de valor mostrados a la opinión pública como juicios de hecho. Es decir, mientras que los juicios de hecho predicen verdad o falsedad (v.gr. Gloria tiene 4 años), los juicios de valor se basan en valoraciones, valga la redundancia, subjetivas, en gustos personales,...(v.gr.El arte neoclásico es feo). La falacia consiste en mostrar como un juicio de hecho lo que es simplemente una valoración subjetiva. Vid. TUSÓN, J., *Los prejuicios lingüísticos*, Octaedro, Barcelona, 1996 págs.13 a 25 y 111 a 116.

<sup>31</sup> Lo que Eduardo Galeano llama “el divorcio entre la realidad real y la realidad virtual que los medios muestran como única realidad posible” en la conferencia “La memoria del fuego. El terrorismo como sistema” 2 de septiembre de 2004, Biblioteca Centrale Passerini Landi, Piacenza (Italia).

<sup>32</sup> Recientemente una jueza de Santander ha sentenciado que descargar música sin ánimo de lucro no es un delito, pues de lo contrario comportaría la criminalización de comportamientos socialmente admitidos y muy extendidos. Véase fundamento jurídico único de la Sentencia del juzgado de lo Penal nº3 de Santander 309/2006, de 14 de julio (JUR 2006/250526).

<sup>33</sup> “Tasa compensatoria por copia privada”

<sup>34</sup> Ahora también pretenden establecerlo en las Bibliotecas a la hora de sacar un libro.

gasoil pretendiera imponer un canon en el recibo eléctrico por la bajada en ventas de sus productos”<sup>35</sup>

Este canon frenará el desarrollo de la Sociedad de la Información y, por tanto, la democratización de la sociedad en general. Nadie discute que Leonardo da Vinci fuera un artista y un inventor. Pero si hubiera nacido en nuestra época seguramente hubiera tenido bastantes problemas. Leonardo fue un sintetizador pues combinaba las distintas artes y ciencias para conseguir nuevas aplicaciones y objetos. El plagio como instrumento para la creación a través de la sintetización. De igual forma, Marcel Duchamp al incorporar un bigote, perilla y una inscripción (*LHOOQ* “ella tiene el culo caliente”) a la *Gioconda* creó algo nuevo pero sirviéndose de lo anterior, de nuevo el arte como sintetización.

## 6. La cultura como bien de dominio público

La Propiedad Intelectual surge como una forma de rentabilidad, es decir, en tanto que la descosificación de la economía ha conllevado que la producción de bienes y servicios de carácter cultural se conviertan en un *best seller* del mercado. Partiendo de esta base, no absoluta pues es sólo una interpretación, hay que decir que la Propiedad Intelectual también es una forma de control de la información. Sin embargo, la información en general es un bien público...paradoja insalvable.

Señala el art.132.2 de la Constitución de 1978 que “son bienes de dominio público estatal los que determine la ley...”. Por lo que, en nuestro ordenamiento jurídico, en principio, la Propiedad Intelectual no es un bien de dominio público puesto que no hay una ley que lo reconozca así. Es más, el art.1 de la Ley de Propiedad Intelectual (RDLeg.1/1996) señala que la propiedad intelectual “corresponde a su autor por el solo hecho de su creación”. Pero cabría hacerse la misma cuestión respecto a la cultura, es decir, ¿es la cultura un bien de dominio público?. Siguiendo al art.132.2 CE no lo sería en tanto que no hay una norma infraconstitucional que le otorgue dicho status<sup>36</sup> aunque el art.44.1 CE señala que “todos tienen derecho” al acceso a la cultura. Si la cultura fuera un bien de dominio público estaría sometida a los tres principios que señala el art.132.1 CE, cuales son la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad. Esto es, que los bienes de dominio público no se pueden enajenar, no están expuestos a la prescripción adquisitiva y no son susceptibles de gravamen. Aunque, como se ha dicho, no hay una norma que recoja la cultura como bien de dominio público, ¿en la práctica puede aproximarse a un bien de dominio público? La respuesta afirmativa a esta cuestión nos acercaría a la posibilidad de su futura conversión en bienes de dominio público, lo que conllevaría la limitación de los factores económicos que impiden el derecho al acceso a la misma.

Las características, entre otras, de los bienes públicos son las que vienen recogidas en el art.85.1 de la Ley 33/2003, sobre el Patrimonio de las Administraciones Públicas<sup>37</sup>:

- a) La indisputabilidad.
- b) La Inexcusabilidad.

<sup>35</sup> *Piratas informáticos*, noticia recogida en <http://www.internautas.org/sincanon/html/3953.html>

<sup>36</sup> Sí existen normas relativas al patrimonio cultural, pero no de la cultura en sí misma.

<sup>37</sup> “Se considera uso común de los bienes de dominio público el que corresponde por igual y de forma indistinta a todos los ciudadanos, de modo que el uso por unos no impide el de los demás interesados”.

Con un ejemplo se puede ver mejor. Pensemos en el alumbrado público, en el sistema de alcantarillado o en el de recogida de basuras de una ciudad. Se trata de un bien no rival en tanto que si una persona utiliza el alumbrado no perjudica o no obstaculiza a otra persona a que también lo use, es decir, los beneficios son indivisibles. Por otra parte, la inexcusabilidad se refleja en que los ciudadanos no pueden ser excluidos del alumbrado público, aunque no paguen los impuestos. Por ello que nadie puede apropiarse privadamente de sus beneficios.

Si trasladamos esto a la cultura vemos que cumple los dos requisitos en tanto que el uso que yo haga de una idea no afecta al posible uso de los demás (no hay rivalidad) y la información codificada en cualquier medio debe ser accesible a todo el mundo, sin exclusión a su acceso<sup>38</sup>. No obstante, (más paradojas) la idea debe ser materializada (requisito de la propiedad intelectual) y esta materialización tiene un valor económico que sí produce rivalidad. Es más, la idea materializada debe estar codificada en un lenguaje con lo que quien no conozca dicho lenguaje, no podrá acceder a la información (exclusividad). Aunque, normalmente, la información cultural está codificada en un lenguaje que, en mayor o menor medida, comparten los integrantes de una comunidad y cuyas reglas —el lenguaje—son accesibles para su conocimiento (conocer estos códigos es parte de nuestro proceso de socialización en la comunidad).

Como vemos, las ideas pueden ser utilizadas por todos sin excluir su uso<sup>39</sup> y no puede privarse a una sociedad de la cultura pues es un derecho reconocido (por ejemplo, art.33 del nuevo Estatuto de Andalucía). Además, no hay que dejar de apuntar que una creación artística, científica o literaria conlleva para el creador/autor un esfuerzo que debe ser recompensado. Pero dicha recompensa debe someterse a dos condiciones sociales (a modo circular):

- 1) La obra intelectual se crea gracias, en parte, al aprendizaje social que ha obtenido el creador. Por tanto, garantizar el derecho de los individuos a acceder a la mayor cuota posible de información colectiva supone la condición básica que posibilita la creación individual. A mayor acceso a lo creado, mayor posibilidad de creación.
- 2) Esta garantía constituye el principio ético de una distribución equitativa de la justicia social<sup>40</sup> en tanto que si el trabajo cognitivo se encuentra en el dominio público, ello propiciará la construcción y el incentivo de creaciones posteriores.

Por tanto lo que vemos en la práctica es una contraposición entre la cultura como posible dominio público frente a la propiedad intelectual como restricción al acceso a la cultura. Como antes se dijo, la obra del creador debe ser recompensada, necesita de un incentivo económico. Sin embargo, el incentivo económico no se reduce al ámbito de la creación sino que se base en actividades paralelas (no deseables) como, sobre todo, el marketing y la publicidad<sup>41</sup>. Por tanto lo que se plantea es que el incentivo económico para el artista se mantenga pero se reduzca

---

<sup>38</sup> FELTRERO OREJA, R., *Propiedad Intelectual y conocimiento público*, Isegoría: Revista de filosofía moral y política, nº28, julio 2003, CSIC Instituto de Filosofía, p.145.

<sup>39</sup> El art.85.3 de la Ley 33/2003 señala que el uso privativo, excluyente, es aquel “que determina la ocupación de una porción de dominio público, de modo que se limita o excluye la utilización del mismo por otros interesados”.

<sup>40</sup> LIPINSKI, T.A., y BRITZ, J.J., *Rethinking the ownership of information in the 21st century: Ethical implications* en *Ethics and information technology*, nº2, 2000, p.49-71.

<sup>41</sup> Habitualmente las obras promocionadas con mayor inversión son las de menor valor cultural y social.

esos incentivos paralelos, mucho mayores, en pro de la defensa de la difusión de la cultura como derecho de todos (art.44 Constitución Española) en igualdad de condiciones (art.14 CE). Una forma de democratización de la sociedad frente a la restricción cultural como dominio de unos pocos.

Finalmente, señalar que la Declaración Universal de la UNESCO (a la que pertenece España) sobre la Diversidad Cultural establece en su art.1 que “la diversidad cultural es, para el género humano, tan necesaria como la diversidad biológica para los organismos vivos. En este sentido, constituye el patrimonio común de la humanidad y debe ser reconocida y consolidada en beneficio de las generaciones presentes y futuras”. Debiendo, además, defenderse tal diversidad cultural como imperativo ético, “inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana” (art.2). Por tanto, la diversidad cultural como medio para la realización de los Derechos Humanos garantizándose, para ello, “la libre circulación de las ideas mediante la palabra y la imagen”, “la igualdad de acceso a las expresiones artísticas, al saber científico y tecnológico” (art.6) y la no consideración la cultura como “mercancías o bienes de consumo como los demás” (art.8).

## 6. La antiutopía de la ignorancia

La *distopía* o *antiutopía* por excelencia en la literatura (junto a Un mundo feliz de Huxley y Walden Two de Skinner) es *1984* de George Orwell (publicada en 1949). Orwell sintetiza los principios informadores del sistema político presidido por el Gran Hermano (Big Brother) en tres grandes eslóganes o consignas

*“La guerra es la paz; la libertad es la esclavitud; La ignorancia es la fuerza”*<sup>42</sup>.

El relato de Orwell tiene como nervio la preocupación obsesiva sobre las circunstancias que pueden conducir a la humanidad hacia formas implacables de totalitarismo<sup>43</sup>. De esta forma, Orwell nos dice que “si todos disfrutasen por igual del lujo y del ocio, la gran masa de seres humanos, a quienes la pobreza suele imbecilizar, aprenderían muchas cosas y empezarían a pensar por sí mismos; y si empezaban a reflexionar, se darían cuenta más pronto o más tarde que la minoría privilegiada no tenía derecho alguno a imponerse a los demás y acabarían barriéndoles. A la larga, una sociedad jerárquica sólo sería posible basándose en la pobreza y en la ignorancia”<sup>44</sup>.

“La ignorancia es la fuerza”, como antes ya se dijo, refleja la profunda verdad histórica de que la ignorancia<sup>45</sup> del pueblo ha sido siempre la fuerza de los déspotas y tiranos. La ignorancia de su historia (memoria histórica) hace a las personas, cometidas al sistema totalitario imaginado por Orwell, seres sin identidad y carentes de cualquier criterio de crítica y valoración<sup>46</sup>. La propaganda, y en general el adoctrinamiento político de la población a través de los agentes socializadores, fue un instrumento importante en los fascismos europeos. Por ejemplo, en marzo de 1933 fue

<sup>42</sup> ORWELL, G., *1984*, ed.Destino, Barcelona, 2002, p.23.

<sup>43</sup> PÉREZ LUÑO, A.E., *Nuevas tecnologías, sociedad y derecho. El impacto socio-jurídico de las nuevas tecnologías de la información*, Fundesco, Madrid, 1987, p.133.

<sup>44</sup> ORWELL, G., op.cit.p.208.

<sup>45</sup> Como bien dice Jean-Claude de Michéa en su libro *la Escuela de la Ignorancia*,Acuarela Libros, Madrid, 2002: “los actuales progresos de la ignorancia, lejos de ser el producto de una deplorable disfunción de nuestra sociedad, se han convertido en una condición necesaria para su propia expansión”

<sup>46</sup> PÉREZ LUÑO, A.E., op.cit.p.134.

fundado el “Reichministerium für Volksaufklärung und Propaganda” cuyo ministro al cargo fue Josef Goebbels<sup>47</sup> o, en la experiencia española, el Servicio Nacional de Prensa y Propaganda, a cargo del Ministerio de Interior, presidido durante el primer franquismo por Serrano Súñer y que ejerció un control a ultranza de la información y los medios de comunicación a través de la Ley de Prensa de 22 de abril de 1938, copia de la Ley italiana de 31 de diciembre de 1925, que además de establecer la censura previa, se señalaban una serie de sanciones (algunas con cárcel) en caso de publicar escritos en contra de los principios del Movimiento<sup>48</sup>.

Como vemos, para que sea posible la democracia es necesario el conocimiento. Como nos señala el profesor Pérez Luño “la alternativa para una sociedad que desee ser libre y democrática, sin renunciar a los avances del proceso tecnológico, no puede ser otra que la de asentarse sobre las tres premisas básicas: la garantía democrática de una igualdad de oportunidades en la participación del bienestar, es la paz; el respeto a los derechos humanos y al pleno desarrollo de la personalidad, que requiere también el control de los avances tecnológicos, es la libertad; el acceso a la cultura, es la fuerza”<sup>49</sup>.

Si la igualdad es a la paz y el respeto de los Derechos Humanos es a la libertad, el acceso a la cultura es la fuerza; la fuerza que evita el dominio de unos pocos sobre el resto, la fuerza contra el totalitarismo, la fuerza por y para la democracia. A esto hay que añadir que el art.1.1 CE establece el pluralismo como elemento de la democracia. El pluralismo consiste, de un lado, en la posibilidad de concurrencia de mayor número y diversidad de opiniones e información, lo que redundará en un proceso de libre información de la opinión pública. De otro, en la posibilidad de que esa concurrencia llegue al mayor número posible de personas. La concentración de medios de comunicación será contraria al pluralismo democrático en la medida en que frene o dificulte la realización de esta noción de pluralismo<sup>50</sup>.

Frente a la implacable globalización económica, hay que fomentar la globalización cultural pues, como denuncian algunos líderes del Tercer Mundo, *tras la globalización se ha ocultado, en muchas ocasiones, el interés de las multinacionales por crear hábitos globales de consumo, tendencias uniformadoras de las modas y/o modos de vida; e incluso se ha llegado a calificar ese fenómeno de “mcdonalización del mundo”*<sup>51</sup>. La vulgaridad como carisma, el arte de vociferar a las multitudes como *leit-motiv* de una sociedad de masas, en el sentido orteguiano<sup>52</sup>, en donde el Se, del que hablaba Heidegger en su libro *Ser y Tiempo*, imponga su dictadura.

---

<sup>47</sup> Creador del aforismo “una mentira repetida mil veces se convierte en una verdad”.

<sup>48</sup> SEVILLANO CALERO, F., *Dictadura, socialización y conciencia política. Persuasión ideológica y opinión en España bajo el franquismo*, Tesis Doctoral defendida en el curso 1996/1997 en el departamento de Humanidades contemporáneas de la Universidad de Alicante, dirigida por Glicerio Sánchez Recio, p.153-180.

<sup>49</sup> PÉREZ LUÑO, op.cit.p.136.

<sup>50</sup> BASTIDA FREIJEDO, F.J., *Propiedad, mercado y libertades informativas*, en *Propiedad y Derecho Constitucional*, Francisco Bastida (coord), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2005, p.235.

<sup>51</sup> PÉREZ LUÑO, A.E., *La tercera generación de Derechos Humanos*, Aranzadi, Navarra, 2006, p.247., Como apunta Sloterdijk refiriéndose a Andy Warhol, “muy pronto desplaza su talento a la hora de hacer arte a su capacidad de hacer dinero y, desde ese punto de vista, cumple el requisito de ser popular en cuanto puede cumplir su sueño de ser la estrella de la ausencia de subjetividad” en SLOTERDIJK, P., *El desprecio de las masas. Ensayo sobre las luchas culturales de la sociedad moderna*, Pre-Textos, Valencia, 2002, p.86.

<sup>52</sup> Véase ORTEGA Y GASSET, I., *La rebelión de las masas*, Espasa-Calpe, Madrid, 1979, p.68.

#### IV. A MODO DE COROLARIO: ACCESO A LA CULTURA Y DEMOCRACIA

A lo largo de estas páginas lo que se ha tratado de defender es, en primer lugar, la no equiparación entre propiedad y propiedad intelectual. La propiedad intelectual es algo distinto de la propiedad en sentido estricto por lo que el término es erróneo y debe ser sustituido por el de Derechos de autor en tanto que la obra – literaria, artística o científica – es creada por una persona (o grupo de personas). No obstante, este individualismo debe entenderse desde la perspectiva colectiva en tanto que una persona, a la hora de crear, está influenciada por su entorno, su aprendizaje anterior,...en definitiva, el “fondo cultural común” y así, a modo de círculo, la obra creada se integra dentro de dicho fondo por lo que autores posteriores podrán valerse de ella. En un sentido metafórico se hablaría del Yo como fecundador epistemológico<sup>53</sup>. El individuo aprende de ese fondo cultura común y, al mismo tiempo, aporta su conocimiento.

El mantenimiento y reforzamiento del fondo cultura común es esencial para la democracia. Entendiendo, de una forma simple, la democracia como el “conjunto de reglas que permite que las decisiones se adopten por mayoría, con el debido respeto a los derechos de la minoría y en condiciones de imperio de la ley, siendo el primero derecho de tales minorías el de convertirse en mayorías a su vez mediante unas elecciones libres<sup>54</sup>” es necesario que los ciudadanos participen en ella de forma libre teniendo como base la igualdad ante la ley y la tendencia a una efectiva posibilidad real de la igualdad para todos los ciudadanos<sup>55</sup>. Para ello es necesario el acceso libre e igual al conocimiento, que los obstáculos poco a poco se vayan eliminando, sobre todo las barreras económicas (derechos de explotación económica de la propiedad intelectual) que impiden que las personas puedan formar una opinión crítica y enriquecer la democracia puesto que “quien ejerce el poder estará más seguro de obtener los efectos deseados, cuando más invisible se haga a aquellos a quienes se pretende dominar<sup>56</sup>”. Durante los períodos dictatoriales se ha obstaculizado el conocimiento a la sociedad pero la democracia exige que el ciudadano sepa o, al menos, esté en condiciones de saber para poder ejercer el derecho a participar directa o indirectamente en la formación de decisiones políticas<sup>57</sup>. Sin embargo, la actual situación de la propiedad intelectual ha generado una forma indirecta de *arcana imperii* (secretos de poder). Como señalaba Norberto Bobbio al hablar del gobierno autocrático, éste se constituye como padre y médico puesto que los súbditos no son ciudadanos libres y sanos sino que son menores de edad y enfermos. Un pueblo indigno al que se debe ocultar los poderes: el pueblo no debe saber, porque no está en condiciones de entender, o bien debe ser engañado, porque no soporta la luz de la verdad<sup>58</sup>.

Para evitar la autocracia y hacer efectiva la democracia es necesario, entre otras medidas, posibilitar el acceso a la cultura, a la información. El artículo 1.1 de la Constitución señala como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Los valores superiores pueden entenderse como “los objetos máximos, el sentido que por el acuerdo de la mayoría, expresada por el legislador constituyente, se atribuye a ese fenómeno cultural que es la norma

<sup>53</sup> GARCÍA LÓPEZ, D.J., *El Yo: fecundador epistemológico*, en Revista El Tranco, nº1, primer semestre de 2007, Ed. Asociación Cultural La Magia de las Artes, p.139 y 140.

<sup>54</sup> COTARELO, R., *En torno a la teoría de la Democracia*, en Cuadernos y Debates, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p.86.

<sup>55</sup> DÍAZ, E., *Ética contra política*, Ed. Fontamara, México, 1993, p.52.

<sup>56</sup> BOBBIO, N., *Teoría General de la Política*, ed. Trotta, Madrid, 2003, p.419.

<sup>57</sup> BOBBIO, N., op.cit.p.424.

<sup>58</sup> BOBBIO, N., op.cit.p.421.

básica del sistema jurídico a través del Estado social y democrático de Derecho<sup>59</sup>. Por tanto, los valores superiores son el contenido de justicia material que el Poder propugna<sup>60</sup>. Pero para poder conseguir esos valores superiores son necesarios varios instrumentos entre los que se encuentra el acceso a la cultura como fuerza de la democracia. Las estructuras políticas, jurídicas, sociales y económicas necesitan de una racionalidad para hacer posible el desarrollo de la democracia y dicha racionalidad puede producirse si existen los medios por los cuales un mayor número de personas acceda a un mayor volumen de información, a menor coste.

En definitiva, quizás una forma de avanzar por el mayor progreso cultural sin eliminar los derechos de autor son los sistemas alternativos de *copyleft* o las Licencias *Creative Commons* para la distribución gratuita de las obras, tutelando, en todo caso, al autor<sup>61</sup>. Esto es, el software libre, sin restricciones adicionales pues protege los derechos morales del autor liberando los derechos de explotación, en tanto que “la cultura, en el sentido normativo que, hoy más que nunca, se hace necesario evocar, constituye el conjunto de tentativas encaminadas a provocar a la masa que está dentro de nosotros y a tomar partido contra ella. Ella encierra una diferencia hacia lo mejor que, como todas las distinciones relevantes, sólo existe cada vez que –y mientras—se hace”<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> PECES-BARBA, G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, p.56 y 57.

<sup>60</sup> PECES-BARBA, G., *op.cit.*p.65.

<sup>61</sup> Ver cualquiera de las obras del creador de las Licencias Creative Commons, Lawrence Lessig, como *The future of ideas*, New York, Random House, 2001.

<sup>62</sup> SLOTERDIJK, P., *El desprecio de las masas. Ensayo sobre las luchas culturales de la sociedad moderna*, Pre-Textos, Valencia, 2002, p.99.