

## **APROXIMACIÓN CRÍTICA A LA PROPIEDAD INTELECTUAL: LA CULTURA COMO VALOR PARA LA DEMOCRACIA \***

**por Daniel J. García López \*\***

### **RESUMEN**

El presente trabajo pivota en torno al acceso a la cultura como instrumento para la realización de la democracia. Los ciudadanos deben tener un mayor acceso a la información, a menor coste. Es ahí donde entra la Propiedad Intelectual y los derechos de explotación económica de la obra literaria, artística o científica los cuales van a impedir que el acceso a la cultura sea posible y, por ello, la democracia no sea plena en tanto que los ciudadanos no tienen los medios necesarios para poder construir una opinión crítica que consolide los cimientos de un Estado social y democrático de Derecho.

### **PALABRAS CLAVE**

Cultura, Democracia, Derechos de autor, originalidad, Propiedad Intelectual, reproducción.

### **I. Introducción: la enfermedad de la anquilosis**

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. A cambio nos dan, para contentarnos, *panem et circenses*. La dilatación de la cultura y el pensamiento científico puede acarrear dos consecuencias (hay muchas consecuencias, he mencionado dos que a mi juicio resultan más palpables): la amplitud de su campo de irrigación o, antitéticamente, la anquilosis.

La primera de estas consecuencias lleva consigo la democratización de la sociedad puesto que la cultura, como derecho, evita el pensamiento único, el absolutismo, y produce el pluralismo propio del Estado social y democrático de Derecho. Ampliar la percepción visual hace que podamos ver más cosas, que nuestro pensamiento crítico florezca; limitarnos con un catalejo cuando somos (nos imponen ser) miopes, produce dolor de cabeza. Decía Freud, entre sueño y sueño, que la función de la cultura (del arte) en la sociedad es edificar, reconstruirnos cuando estamos en peligro de derrumbe. Por ello podemos decir que la cultura nos otorga dignidad, nos da caminos, en expedición kafkiana, a la verdad, es decir, a nosotros mismos.

---

\* Fecha de recepción: 5 de julio de 2007. Fecha de aceptación/publicación: 24 de agosto de 2007.

\*\* Estudiante de la Licenciatura en Derecho por la Universidad de Almería (España). [danieljgl@gmail.com](mailto:danieljgl@gmail.com)

*Sensu contrario*, la otra consecuencia produce inaccesibilidad, falta de movimiento, paralización mental e imposición de la “verdad”. En las experiencias absolutistas, desde las rancias monarquías medievales hasta los que propugnan la dictadura del proletariado, pasando por generalísimos y emperadores de sotana y báculo, se ha dicho lo que se podía y no se podía leer, lo que se podía y no se podía pensar, quemando (en sentido figurado y literal) lo prohibido y a quien osara decir “lo contrario”.

Pero los tiempos cambian o las revoluciones se encargan de ello y la reconstrucción de la razón es un hecho y un deber. La cultura poco a poco deja de ser periférica, de unos pocos, para ser de todos. El humorista Groucho Marx nos dijo, en una entrevista, que la televisión ha hecho maravillas con la cultura puesto que en cuanto alguien la enciende “me voy a la biblioteca y leo un buen libro”. Llegarán los tiempos en que, como el animal kafkiano, se arrebate el látigo al amo y nos fustiguemos nosotros mismos para convertirnos en amos, fantasía de un nuevo nudo en la correa del látigo. Eso sí, nos darán alcohol (en todas sus acepciones y grados) para cicatrizar nuestras heridas.

El presente trabajo trata de esbozar una crítica de la actual situación de la propiedad intelectual en favor de la difusión de la cultura como medio de democratización frente a los abusivos criterios patrimoniales del Derecho de Autor. Una forma de que todos tengan la posibilidad de realizar *su propia interpretación de las Escrituras*<sup>1</sup>.

## **II. Los bienes inmateriales**

Antes de adentrarnos en el estudio de la propiedad intelectual, hay que suministrar una base de entendimiento puesto que se va a hablar de la protección de un bien que no es palpable, sino inmaterial. La diferencia entre los bienes inmateriales y los materiales es que mientras unos son perceptibles físicamente (por ejemplo, una casa) los otros, los inmateriales, son creados por el ser humano (por su intelecto) pero carecen de una materia *per se*. Es por ello que necesiten exteriorizarse, materializarse, sobre una cosa (el soporte de una idea). El fenómeno (los mil ejemplares del libro) es mera concreción de un arquetipo de carácter intelectual el cual, precisamente porque no se identifica con las cosas que constituyen su expresión visible o audible, y a diferencia de los bienes materiales, puede, permaneciendo idéntico, manifestarse en un número cualquiera de aquéllas (los ejemplares de un libro pueden ser mil o cien mil)<sup>2</sup>.

Por ello, podemos concluir que los bienes inmateriales “son todos aquellos que carecen de corporeidad; o bien los que, además, no pueden

---

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

<sup>2</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., *Nociones de Derecho Civil Patrimonial*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 147 y 148.

percibirse mediante el sentido del tacto, o acaso a través de cualesquiera sentidos corporales”<sup>3</sup>.

La idea, como cosa inmaterial, no tiene dimensiones ni ubicación, no perece y su goce o percepción pueden ser simultáneos e íntegros por un número indefinido de personas, a diferencia de los bienes materiales los cuales parten de la imposibilidad de su disfrute plural y coetáneo.

Estas creaciones de la mente humana manifestadas materialmente pertenecen a su autor en régimen de monopolio. Sin embargo, una vez se cumpla el plazo legal de vigencia, la creación cae en el dominio público, es decir, se hace de utilización general como *res communia omnium*<sup>4</sup>. No obstante, no toda creación del autor va a producir los efectos jurídicos pues en ocasiones, al no cumplir una serie de requisitos (legalidad, originalidad...) carecerá de toda protección en el ámbito de la propiedad intelectual.

### III. Concepto de Propiedad Intelectual

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, como luego se verá, 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>5</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.

A la hora de definir el concepto de Propiedad Intelectual es preciso delimitar qué es la propiedad y qué es lo intelectual. De esta forma, el concepto de derecho de propiedad puede tener diversas acepciones con sus diversas ideologías de trasfondo. Como el trabajo no se centra en la propiedad propiamente dicha, no se verá los distintos sentidos de este término sino que se usará el mayoritario. Superado el concepto romano de propiedad como *dominium est ius utendi et abutendi re sua quatenus iuris ratio patitur*, ésta se configura como – art.348 Código Civil español— “el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas por las leyes”. La dogmática jurídica y también –creo— la sociedad entiende o vincula el

<sup>3</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil III*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 337.

<sup>4</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos...*, cit. p. 339.

<sup>5</sup> El artículo 270 del Código Penal español de 1995 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”.

derecho de propiedad con un contenido hondamente material o patrimonial y, por tanto, alejado de la propiedad intelectual que se configura como un bien inmaterial. Es por ello que nos preguntamos si la Propiedad Intelectual es una verdadera propiedad (infra).

Por su parte, el concepto de intelectual hace referencia a la mente (¿humana?), a lo incorporeal. El ser humano, como ser dotado de intelecto (aunque algunos se empeñen en demostrar lo contrario), puede producir obras, crear artefactos o expresar su subconsciente. Obras literarias, artísticas, científicas e industriales tienen su origen en la mente creadora del ser humano. Pero cabe preguntarse ¿cómo diferenciar las creaciones intelectuales de las otras?<sup>6</sup> Se suele decir que la participación del inventor en su invento es más pequeña que la del autor en su obra puesto que el inventor debe mucho más al medio y al trabajo de sus predecesores que al autor de una obra, “por lo que mientras una obra literaria cualquiera no se hubiera escrito de no haber nacido su preciso autor, en cambio las invenciones industriales hubiesen sido hechas casi todas, más tarde o más temprano, por otras personas”<sup>7</sup>. Aunque en parte esto sea cierto, hay que reconocer que la personalidad humana se configura en un ambiente, una sociedad y un tiempo por lo que el conductismo del que hablaba Skinner se hace patente.

Hasta aquí hemos visto el concepto de los términos que componen el objeto de estudio, ahora intentaremos esbozar una definición de Propiedad Intelectual y veremos si es o no apropiada esta terminología.

Decía la ley *le Chapelier* (1791) que la propiedad intelectual era “la más sagrada, la más inatacable de las propiedades, fruto del pensamiento de un escritor”<sup>8</sup>. Esta concepción sacralizada de la propiedad intelectual traía su fundamento en el art.17 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. No obstante, estas posturas iusnaturalistas han sido superadas o deberían de haber sido superadas. Hoy en día se entiende la propiedad intelectual como “el poder o conjunto de facultades que la ley concede al autor de una obra científica, artística o literaria, sobre la misma”<sup>9</sup> o también, como mecanismo legal para ordenar la vida cultural y científica de una nación; o un método para enlazar el mundo de las ideas y el mundo del comercio; o un instrumento para favorecer la variedad y el pluralismo en una sociedad<sup>10</sup>. En definitiva, son los derechos que la ley concede a quien, por obra de su ingenio, escribe una novela, una obra musical,

---

<sup>6</sup> VEGA VEGA, J.A., *Derecho de autor*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 30.

<sup>7</sup> VEGA VEGA, op. cit. p. 42.

<sup>8</sup> Citado en MORENO QUESADA, B., *Curso de Derecho Civil III*, Tirant lo Blach, 1999, p. 292.

<sup>9</sup> ALBALADEJO, M., *Compendio de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1987, p. 349.

<sup>10</sup> BONDÍA, F., *Propiedad Intelectual, su significado en la sociedad de la información*, Trivium, 1988, p. 22.

pinta un cuadro,...Sin embargo, no todas las obras de la inteligencia están protegidas pues deben cumplir una serie de requisitos, ni el sistema de protección es unitario. Pero esta concepción es puramente económica y ello nos conduce a justificaciones de la apropiación de las ideas en virtud de la inversión económica necesaria para dotarlas de soporte material<sup>11</sup>.

Pasemos a responder a la pregunta antes planteada: ¿es la Propiedad Intelectual una Propiedad? ¿Por qué se enmarca dentro de las Propiedades especiales?

Señalaba Gumersindo de Azcárate, a finales del siglo XIX<sup>12</sup>, que la terminología empleada en la ley de 1879<sup>13</sup> era inadecuada pues tiene el inconveniente de inducir a error respecto del fundamento del derecho. Santos Briz<sup>14</sup>, por su parte, entendía que el Código Civil español introduce confusión al regular el derecho de autor en lo que respecta a su naturaleza jurídica, dado que la califica de propiedad en el artículo 429 y se remite, en caso de que la ley especial no lo regule, al articulado sobre la propiedad.

Como vemos, parte de la doctrina entiende equívoco el término Propiedad Intelectual. Veamos qué es lo que separa la propiedad de la propiedad intelectual<sup>15</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.

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.

---

<sup>11</sup> FELTRERO OREJA, R., "Propiedad intelectual y conocimiento público: Derechos del investigador y del ciudadano sobre el copyright", *Isegoría: Revista de filosofía moral y política*, Madrid, nº 28, julio 2003, CSIC Instituto de Filosofía, p. 146.

<sup>12</sup> AZCÁRATE, G., *Historia del Derecho de Propiedad II*, Madrid, 1883, p. 317.

<sup>13</sup> Con esta ley se pasó de la Propiedad Literaria a la Propiedad Intelectual.

<sup>14</sup> Citado por VEGA VEGA, op. cit. p. 28.

<sup>15</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.

Como se puede ver, las diferencias entre propiedad y propiedad intelectual son palpables. Sin embargo, Lacruz dice que “se trata de una aproximación, referida sólo al aspecto pecuniario del derecho; a su explotación, y que aun entonces encuentra los obstáculos de la falta de tangibilidad del objeto y de perpetuidad del derecho subjetivo pleno, que además, en la mayor parte de los casos, sólo se conserva cuando el arquetipo se imprime, produce o usa. La denominación de “propiedad” es sólo expresión del deseo de conceder al autor o inventor la protección más fuertemente organizada dentro del derecho patrimonial, lo cual no impide que el poder jurídico sobre las creaciones intelectuales sea algo distinto y autónomo”<sup>16</sup>.

La falta de unanimidad en la doctrina ha generado distintas teorías sobre el fundamento y la legitimidad del derecho de propiedad intelectual<sup>17</sup>:

a) Teorías negativas.

Los que siguen estas teorías entienden que la propiedad intelectual no es verdadera propiedad. Los argumentos que dan, además de los ya citados más arriba, son que al pensamiento humano le falta las condiciones técnicas para ser considerado objeto de apropiación; la obra no es producto del sujeto individual sino de la comunidad (fondo cultural común) pues ha sido la sociedad la que ha conformado, en parte, la personalidad del autor.

b) Teorías positivas.

Desde esta visión se entiende que la propiedad intelectual es propiedad privada individual y como tal absoluta, en iguales condiciones de extensión y eficacia que cualquier otra propiedad, basándose en la necesidad de procurar al autor un lucro remunerado de su trabajo siendo un producto derivado y emancipado de la personalidad humana.

c) Teorías mixtas o eclécticas.

La virtud está en el término medio decía Aristóteles, y como en toda disputa teórica están los que abogan por el pacto (¿de silencio?) y toman prestado los elementos de las teorías opuestas según mejor les convenga. Estas teorías entienden que es objeto de propiedad porque la obra ha sido creada en virtud del trabajo y esmero de su autor. Pero a fin de hacer posible que la sociedad tenga en ella una cierta participación (fondo cultural común) se limita temporalmente la

---

<sup>16</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos...*, cit., p. 340 y 341.

<sup>17</sup> DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil III*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 198.

MORENO QUESADA, B., *Curso de Derecho Civil III*, cit., p. 293.

propiedad intelectual<sup>18</sup>. Considerado el sistema más ilógico, es el que ha sido plasmado en la mayoría de los ordenamientos jurídicos incluido el nuestro.

Dice Albaladejo, con su talante conciliador pero puntilloso, que “seguir discutiendo si la propiedad intelectual es o no una verdadera propiedad, es cosa inútil, ya que, por un lado, le son, en primer término, aplicables las disposiciones especiales dictadas para ella y, por otro lado, a falta de las mismas, se rige, supletoriamente, por las reglas que regulan el derecho de propiedad (art.429 Código Civil)”<sup>19</sup>. Esta postura que toma Albaladejo es un tanto ambigua pues por un lado califica de inútil la discusión teórica pero seguidamente se encasilla en una de las teorías.

Quizás 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 –Propiedad Intelectual por 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 la que determine qué es o deja de ser obra de arte.

#### **IV. Historia de los hechos**

Antes de continuar con la exposición es necesario hacer un paréntesis para dedicar varios párrafos a la cuestión de la historia/evolución de la Propiedad Intelectual, desde sus orígenes hasta la actualidad y el pensamiento filosófico que rodeó su configuración.

Como ya se ha mostrado, la Propiedad Intelectual va unida a la creación intelectual humana. Ésta, por tanto, existe desde que el ser humano tuvo las capacidades intelectivas para poder crear obras de arte. En un principio, las obras de creación intelectual se regían por el derecho de propiedad: el autor de una obra, por ejemplo un manuscrito, se convertía en propietario de un objeto material; dadas las dificultades existentes en la antigüedad para reproducir, no existía un interés jurídico específico a proteger, el cual nace y evoluciona en íntima correlación con el desarrollo tecnológico, económico y social de los

<sup>18</sup> El derecho durará la vida del autor y una serie de años más tras la muerte de éste.

<sup>19</sup> ALBALADEJO, M., *Derecho Civil III*, Bosch, Barcelona, 1991, p. 483.

pueblos<sup>20</sup>. Por esta razón, la doctrina se debate entre quienes sostienen que en Grecia y Roma, cunas del pensamiento (en manos de sacerdotes y aristócratas), hubo derechos de autor en una forma primaria y quienes lo niegan. La tesis jurídicamente más defendible es la que se inclina a pensar que en el Derecho antiguo no existió el reconocimiento de tal facultad y que hasta que no se alcanza el siglo XIX no puede hablarse de Derecho de autor en el sentido actual del término<sup>21</sup>.

En la antigüedad clásica el autor vivía en pésimas condiciones, eran poco más que esclavos, salvo si Palas Atenea convenía con la diosa Tyché que un mecenas se encargara del moribundo autor (en sentido figurado). El escritor o artista que deseaba promocionar su obra debía comprar los servicios de un librero, pagando por la difusión de la misma. Por ello, y para concluir esta primera etapa, decir que hubo un derecho *in abstracto* pero que no se concretó en una tutela jurídica: “el derecho de los autores ha existido en todos los tiempos, pero no ha entrado desde los orígenes en la legislación positiva”<sup>22</sup>.

A la muerte de Teodosio en el año 395, el Imperio se dividió definitivamente. En la parte de Occidente pronto comenzó la vulgarización del Derecho romano (de todo lo conquistado hasta ese momento). Se inicia la edad oscura en donde la única luz provenía de las hogueras en constante vorágine de destrucción de la cultura. El ser humano no es nada, el escultor o el pintor no firman sus obras. El miedo al año mil se apodera de los tímpanos, bóvedas y anaqueles. La oscura profecía del Apocalipsis se propaga rápido por Europa y la angustia se apacigua en el templo (una forma más de control). El hombre del medievo estuvo más preocupado por la vida de ultratumba que por la terrenal, de ahí que toda persona con ciertas cualidades espirituales o artísticas se refugiaba en la vida monacal y allí era donde únicamente la cultura florecía (si es que llegó a florecer pues muchas veces veía la luz ya muerta, era casi una cultura abortiva), donde el genio literario y artístico del hombre emergía sin personalidad. La cultura permanecía enclaustrada en los silenciosos y oscuros pasillos de las abadías. Por ello que la propiedad intelectual no comenzó aquí pues el voto de pobreza de los monjes impedía el deseo de bienes temporales/terrenales. Pero una vez disipado el terror del año 1000, la sabiduría comienza a salir de su sepultura para renacer en las Universidades. Con ella las letras y las ciencias emprenden una etapa de expansión. Mas la cultura emerge subordinada a la autoridad de las Universidades, es decir, la autoridad eclesiástica.

A mediados del siglo XV el ser humano empieza a utilizar el papel de forma más habitual y, simultáneamente, Güttemberg inventa la

---

<sup>20</sup> RODRÍGUEZ-TOQUERO Y RAMOS, P., “Filosofía de la Propiedad Intelectual”, cit. p. 254.

<sup>21</sup> VEGA VEGA, J.A., *Derecho de autor*, cit., p. 44.

<sup>22</sup> PUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique*, París, 1908, p. 21.



impresión. La Edad Moderna deja atrás el oscurantismo y surge la necesidad de regular el derecho de reproducción de las obras, concretándose a través de los privilegios de impresión; éstos eran monopolios de explotación que los poderes gubernativos daban a los impresores por un tiempo limitado, a condición de haber obtenido la aprobación de la censura y de registrar la obra publicada<sup>23</sup>. La primera solución no viene determinada por la necesidad de tutela de los autores, sino por la de los impresores que precisaban el monopolio de la obra impresa por ellos a fin de que ninguna nueva edición hiciera competencia a la suya, poniendo en riesgo el capital invertido. A tal fin pretendían y conseguían del poder público (monarca) en cada caso y para cada libro un privilegio de impresión que impedía la sucesiva reproducción tipográfica de la obra durante un tiempo<sup>24</sup>.

La primera forma de protección, pensada más para el autor, surge con la Ley inglesa de 10 de abril de 1710 (*The Quenn Ann's Law*) en la que se reconocen derechos de reproducción. Posteriormente con las revoluciones norteamericana y francesa nacen las leyes de 1791<sup>25</sup> y 1793<sup>26</sup> donde se reconoce el derecho del autor sobre su obra como "la más sagrada, la más personal de todas las propiedades, la más inatacable" (*Le Chapelier*). Las tesis iusnaturalistas racionalistas de la propiedad del autor sobre su obra, como derecho subjetivo, se propagan por toda Europa teniendo en común el espíritu combativo contra los privilegios del soberano a favor de los derechos del y para el autor. Mientras, en España aún estaba vigente el sistema del privilegio<sup>27</sup> aunque con Carlos III, en 1778, quedaron abolidas las tasas de publicación de libros.

Anteriormente, fueron los Reyes Católicos, en 1480, quienes abrieron el paso para la llegada del Siglo de Oro<sup>28</sup>. No obstante, pocos años después, en 1502, emitieron una Real Cédula por la cual se prohíbe imprimir, introducir o vender libros en España sin licencia del rey<sup>29</sup>. Misiones de censura y quemados de libros fueron la tónica de aquellos años con base a la defensa de una supuesta integridad estatal y religiosa. Con Felipe II, a partir de año 1558 con la Pragmática Sanción, comienza un ciclo de fanatismo integrista religioso más cruel que el de los Reyes Católicos. En las plazas públicas se entremezclaba el olor a libros quemados con el putrefacto de las epidemias<sup>30</sup>,

<sup>23</sup> RODRÍGUEZ-TOQUERO Y RAMOS, P., op. cit. p.254.

<sup>24</sup> LACRUZ BERDEJO, J.A., *Elementos...*, cit., p. 339.

<sup>25</sup> *Décret relatif aux spectacles*.

<sup>26</sup> *Décret relatif aux droits de propriété des auteurs d'écrits en tous genres, compositeurs de musique, peintres et dessinateurs*.

<sup>27</sup> Privilegio que concedía el monarca para cada caso en concreto.

<sup>28</sup> Y, lamentablemente, también abrieron el paso para el genocidio sobre la población del continente americano.

<sup>29</sup> Ley I, título XVI, Libro VIII, en la Novísima Recopilación.

<sup>30</sup> Se llegaba a condenar a pena de muerte a quien imprimiera o vendiera un libro. Incluso en 1610 se publica una ley para evitar que los españoles imprimieran o publicaran libros en el extranjero.

produciendo un aislamiento cultural, una involución científica. Pero, como ya se dijo antes, fue con Carlos III cuando las tornas cambiaron. Primero fue la supresión de la tasa mencionada, luego incluso se estableció alguna (seudo) garantía jurídica-procesal: a partir de 1768, el Tribunal de la Inquisición debería de escuchar a los católicos autores, conocidos por sus letras, antes de prohibir sus obras (principio de *audiatur et altera pars*).

La siguiente etapa en esta breve reseña histórica es la de la codificación. La Ilustración y las ideas revolucionarias quedaron en España mientras los ejércitos napoleónicos cruzaban la frontera de los Pirineos rumbo a París. Y es que las ideas son difíciles de exiliar, por mucha censura que haya, más aún cuando España era un campo sin sembrar y las ideas francesas araron pronto la tierra y germinaron. Con ello comenzó la etapa del racionalismo y la ciencia jurídica en España<sup>31</sup>. El primer reconocimiento legislativo de los derechos de autor se produce por dos Decretos de 10 de noviembre de 1810 y de 10 de junio de 1813, en donde se consagra la libertad de imprenta y el derecho al autor del goce exclusivo de su obra y a transmitir dicho derecho hasta un límite de 10 años tras su muerte.

Poco después, en 1814, Fernando VII vuelve al absolutismo regio declarando nula toda la legislación de las Cortes de Cádiz. Y tras la ley de 10 junio 1847, que consagró el sistema de duración limitada del derecho de autor frente a quienes preconizaban su perpetuidad, se promulgó la Ley 10 enero de 1879 que representó ciertos avances respecto a la de 1847, con reglamento de 3 septiembre 1880 y numerosas disposiciones complementarias. La vigencia de esta ley vino ratificada por el art.429 del Código Civil hasta la ley de 1987<sup>3233</sup>

Con el golpe de Estado de 1936 y la caída de la democracia, se instaura en España un totalitarismo de cuño fascista y católico que produjo una involución a tiempos remotos en donde los Derechos Humanos no eran nada más que argumentos para condenar a garrote vil. En 1966 se publicó la Ley de Prensa e Imprenta 14/1966, de 18 de marzo. Esta ley, denominada popularmente Ley Fraga<sup>34</sup>, modificó el

---

<sup>31</sup> RUIZ MIGUEL, A., *Una filosofía del Derecho en modelos históricos*, Trotta, Madrid, 2002, p. 272 y ss.

<sup>32</sup> LACRUZ BERDEJO, J.A., *Elementos...*, cit. p. 343 y VEGA VEGA, J.A., op. cit. p. 56 a 61.

<sup>33</sup> Parece que algunas personas olvidan que el derecho es dinámico en cuanto que es creado por el ser humano y no proviene de instancias mayores. Por ejemplo el prof. OLLERO TASSARA dice que «No deja de ser sintomático que, mientras transcurridos más de cien años entre nuestras dos leyes relativas a la llamada propiedad intelectual, han bastado ocho para que la última haya debido modificarse», «Los llamados Derechos morales del autor en los debates parlamentarios», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, 1995, p. 31.

<sup>34</sup> «La campaña de los “veinticinco años de paz” la gestó un imaginero, un hombre de cultura y no un espíritu castrense, un hombre conocedor de los medios de comunicación modernos y de su funcionamiento en la Europa capitalista de la época. Éste fue Fraga Iribarne....Fraga supo introducir una mayor sutileza en la

régimen de censura previa e instauró otro más flexible, que consistía en responsabilizar al Director del periódico del cumplimiento de la libertad de expresión de carácter restrictivo impuesta por la dictadura. Se pasaba así de un régimen de censura previa a un régimen de autocensura<sup>35</sup>.

Sin embargo, como nos dice Elías Díaz desde su propia experiencia como censurado en 1966 y en años posteriores: “proporcionó, es cierto, alguna mayor permisibilidad en las publicaciones periódicas y de libros, aunque todavía –recuérdese el famoso artículo dos- con fuertes inseguridades, discrecionalidades, «penalidades» y sanciones (multas, secuestros, etc.) a la hora de su interpretación y aplicación, cuando no causa más o menos encubierta de represiones policiales y/o universitarias, como resultado de tales actividades cuando la autocensura no funcionaba como era debido”<sup>36</sup>. Es por ello que en España el reconocimiento tardío de la propiedad intelectual se debiera a la larga sombra que todavía proyectaba el Estado absoluto, desvanecida poco a poco a favor del Estado de Derecho.

## V. Historia del pensamiento

Con mayor o menor acierto y rigor científico, se ha trazado los acontecimientos histórico-jurídicos (los hechos) que se produjeron. Ahora pasaremos a ver cómo dichos hechos fueron influenciados por, como tantas veces ha sucedido, la Filosofía del Derecho. El espacio del que se dispone es breve para poder realizar un estudio sistemático de la materia, por ello la exposición se va a centrar en tres autores claves en la historia de la filosofía: Kant, Fichte y Hegel.

Estos autores dilucidaron en torno a los elementos no patrimoniales del contenido del derecho (Kant) y el carácter incorporeal del objeto del derecho<sup>37</sup> (Fichte y Hegel).

Immanuel Kant (Königsberg 22 de abril de 1724-12 de febrero de 1804), hombre de seriedad moral y devoto a la idea de deber, publicó, en sus últimos años de vida, una obra fundamental para el Derecho: *La metafísica de las costumbres* (1797). En esta obra y en un artículo

---

manipulación de la televisión, la prensa, las artes, las exposiciones, la radio, el cine, etc” .TRANCHE, R., y SÁNCHEZ-BIOSCA, V., *NO-DO. El tiempo y la memoria*, Cátedra, Madrid, 2001, p. 428.

<sup>35</sup> JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V., *El autor y las publicaciones periódicas*, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2005.

<sup>36</sup> DÍAZ., E., *La reconstrucción del pensamiento democrático bajo (contra) el régimen franquista*, inédito.

<sup>37</sup> MARCO MOLINA, J., “Bases históricas y filosóficas y precedentes legislativos de Derecho de autor”, *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo, 1994, p. 120 a 207.

aparecido en 1785<sup>38</sup> trata el tema de la Propiedad Intelectual. Muchos son los autores que atribuyen a Kant el mérito del haber sido el primero en detectar la existencia de los intereses no patrimoniales entre el autor y su obra<sup>39</sup>.

Así pues, en la primera parte de su *Metafísica de las Costumbres*, en la sección dedicada al Derecho privado, bajo la rúbrica “¿Qué es un libro?”<sup>40</sup> dice que el libro “es un escrito que representa un discurso” del autor; el editor, por su parte, es “el que habla públicamente a través de un escrito en nombre del autor”, siendo editor ilegítimo –reimpresor— quien lo haga sin el permiso del autor. La novedad que se infiere a Kant es que habla de derecho personal: “Por una parte, el libro es un producto artificial corporal (*opus mechanicum*), que puede ser copiado (por quien posea legítimamente un ejemplar del mismo), con lo cual hay aquí un derecho real (*Sachenrecht*); pero, por otra parte, el libro es también únicamente un discurso del editor al público, que éste no puede reproducir públicamente (*praestatio operae*) sin tener para ello un mandato del autor, un derecho personal, y entonces el error consiste en que se confunden ambos”<sup>41</sup>. Kant lo que viene a defender es que el autor es el que tiene el derecho a publicar la obra, por ser producto de su esfuerzo; derecho que por sí mismo, y sin necesidad del privilegio real, es inviolable. De ahí que fuera Kant quien sacó a la luz el derecho no patrimonial del autor sobre su obra.

Respecto al carácter incorporeal del objeto del derecho de autor fueron Fichte y Hegel quienes se ocuparon de ello. Johann Gottlieb Fichte (1762 Rammenau-1814), proveniente de una familia pobre<sup>42</sup>, como fundador del idealismo, publicó en mayo de 1791 el artículo “*Beweis der Unrechtmässigkeit des Büchernachdrucks*”<sup>43</sup> en donde establece tres elementos de la propiedad de un libro:

a) El libro como bien corporal (papel impreso) cuya propiedad se transmite inmediatamente al comprador mediante su venta, puesto que, como objeto material, sólo es susceptible de apropiación por un único sujeto.

b) El contenido del libro, las ideas o pensamientos que se convierten en propiedad compartida de autor y público desde que son publicadas.

c) La forma en que el autor exterioriza o presenta ese pensamiento, de exclusiva propiedad de su autor.

---

<sup>38</sup> Se trata de “*Von der Unrechtmässigkeit des Büchernachdrucks*”, *Berlinische Monatschrift*, herausgegeben von F.Gedike und J.E. Briester, Berlin Januar bis Junius 1785.

<sup>39</sup> MARCO MOLINA, J., op. cit. p.159.

<sup>40</sup> KANT, I., *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 114 a 116.

<sup>41</sup> KANT, I., op. cit. p. 115.

<sup>42</sup> Ver COPLESTON, F., *Historia de la Filosofía*, tomo 3, volumen VII, Ariel, Barcelona, 2004, p. 27 y siguientes.

<sup>43</sup> “¿Prueba de la ilegalidad de la reimpresión?”, publicado en *Berlinische Monatschrift*, 1793, n° XXI, p. 443 y siguientes.

Lo que Fichte aportó de forma original y novedosa a la construcción de los derechos de autor fue que la propiedad intelectual se constituía como una propiedad *sui generis*, imposible de enajenar. Las ideas como parte del proceso de formación intelectual del autor. El lector podría apropiarse del libro como bien corporal y del contenido del mismo, pero no la forma de exteriorizarse pues pertenece a su autor.

G.W. Hegel (1770 Stuttgart – 1831 Berlín) desarrolla en sus tratados sobre Filosofía del Derecho<sup>44</sup> algunos aspectos relativos al derecho de autor. Hegel entiende que la idea, como objeto del derecho de autor, es independiente del modo de expresarse o exteriorizarse. Así, señala Hegel que “conocimientos, ciencias, talentos, etc., son propios naturalmente del espíritu libre y algo interior al mismo, no algo exterior, pero del mismo modo puede él conferirles mediante la exteriorización una existencia exterior y enajenarles, con lo cual se les pone bajo la determinación de cosas. No son, pues, en primer lugar algo inmediato, sino que llegan a serlo por la mediación del espíritu, que rebaja su interior a la inmediatez y a la exterioridad<sup>45</sup>”. Hegel también entiende que la adquisición de una obra no conlleva la adquisición de la posibilidad de reproducirlo<sup>46</sup>.

Posteriormente, fue la ciencia del Derecho y los juristas alemanes quienes incorporaron las reflexiones realizadas por estos tres autores (también Arhens pero en menor medida) a la configuración legal de los derechos de autor, como veremos en el siguiente apartado.

## **VI. Naturaleza jurídica**

Se parte de que nuestro ordenamiento acoge el derecho de propiedad intelectual como un derecho de propiedad dotado de exclusividad, inmediatividad y absolutividad<sup>47</sup>, aunque con determinadas peculiaridades que justifican su especialidad.

Sin embargo, si aparentemente está zanjada la cuestión en este aspecto, en cuanto a su naturaleza jurídica la doctrina es más divergente pues se discute si hay dos aspectos distintos<sup>48</sup> (patrimonial y moral) de un mismo Derecho o dos Derechos diferentes, uno de propiedad y otro de personalidad<sup>49</sup>, además de la complejidad de su carácter incorporeal. Podemos encontrar dos corrientes: una defiende una naturaleza monista mientras que la otra la considera dualista.

---

<sup>44</sup> *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, Libertarias, Madrid, 1993, p.197 y siguientes. *Líneas fundamentales de la Filosofía del Derecho*, Revista de Occidente, Madrid, 1935, p. 61 y siguientes.

<sup>45</sup> HEGEL, *Fundamentos...*p. 198.

<sup>46</sup> MARCO MOLINA, J., op. cit. p. 156.

<sup>47</sup> CONTRERAS y otros, *Curso de Derecho Civil III*, Colex, 2004, p. 237.

<sup>48</sup> Por el hecho de la creación de una obra, el autor tiene derecho a la explotación económica (derecho patrimonial) de la misma y a salvaguardar el lazo personal que le une a ella (derecho moral)

<sup>49</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., op. cit. p. 346.

El origen de estas dos corrientes lo encontramos<sup>50</sup> en la doctrina alemana de finales del siglo XIX, en concreto, en Kholer y Gierke.

Kholer fue el creador de la teoría del “*Doppelrecht*”, es decir, la teoría del doble derecho consagrada en la obra “*Forschunguen aus dem patentrecht*” de 1888. Kholer entiende que en el derecho de autor concurren dos derechos diferenciados. Por un lado se encuentra el derecho patrimonial (que proviene del bien inmaterial) integrado por un haz de prerrogativas pecuniarias que pertenecen a la categoría de los Derechos reales. Por otro lado, se encuentra un derecho de carácter personal (cuya fuente es la personalidad del autor) formado por un haz de prerrogativas morales que hacen que pertenezca a la categoría de los Derechos personales.

Gierke creó la teoría personalista<sup>51</sup> en su obra “*Deutsches privatrecht*” de 1895. Gierke sostiene que el derecho de autor es un derecho único en donde intereses patrimoniales e intereses morales se yuxtaponen. Además, Gierke concluye que el derecho de autor no pertenece a los derechos reales sino a los derechos de la personalidad<sup>52</sup>.

Vistos los orígenes, aunque anteriormente en el análisis histórico-filosófico se contemplaron en parte, paremos a ver en profundidad cada una de éstas teorías.

#### I. Concepción monista.

Los seguidores de esta concepción entiende la propiedad intelectual como “un derecho unitario, aunque su contenido pueda ser heterogéneo”<sup>53</sup> puesto que bien entienden que predomina el carácter patrimonial, bien el personal, siendo imposible operar una distinción entre los dos grupos de facultades que protegen los intereses del creador de la obra. Ulmer, representante de esta concepción en Alemania, analiza este monismo con una metáfora<sup>54</sup>: el árbol. El derecho de autor tiene tronco, raíces y ramas. Las raíces representan los intereses del autor (morales y patrimoniales); las ramas representan las distintas facultades que crecen del tronco común que es el derecho de autor. Por ello todo forma un mismo bien, un mismo derecho y si se prescinde de una de las partes, el árbol muere.

a) Teorías patrimoniales: Entienden, como su propio nombre indica, que el elemento predominante es el estrictamente patrimonial. Existen diversas subteorías las cuales apuntan bien que los bienes inmateriales del derecho de autor son equivalentes a los bienes

---

<sup>50</sup> CÁMARA ÁGUILA, P., *El Derecho moral del autor*, Comares, Granada, 1998, p. 5.

<sup>51</sup> Cuyo precursor, como vimos, fue Kant en su *Metafísica de las Costumbres*.

<sup>52</sup> MARCO MOLINA, J., *Bases históricas y filosóficas...*, cit. p. 168.

<sup>53</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Introducción a la regulación de los Derechos de autor”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, 1995, p. 11.

<sup>54</sup> ULMER, E., *Urheber-und verlagsrecht*, Springer verlag, 1980, p. 116.

materiales, por tanto tendrán todas las características de la propiedad; otra entiende que al ser un bien inmaterial lo que se protege éste no sería un derecho de propiedad propiamente dicha sino un derecho vecino (Castán Tobeñas); finalmente hay quienes entienden que no hay que enlazar a la propiedad intelectual con el derecho de propiedad sino que hay que crear una categoría jurídica para englobarla, cual es el monopolio del Derecho privado.

b) Teorías personalistas: Se manifiesta la voluntad poniéndose de acuerdo y actuando con arreglo a las normas de un contrato, fruto de la conjugación de personalidades. Hay, aquí también, diversas subcategorías, aunque todas ellas concuerdan en que prevalece el derecho moral del autor. Están los que entienden que se trata de una gestión de negocios ajenos, como apuntaba Kant; otros que es una prestación de un servicio o un contrato de cambio (presta el servicio el autor a la sociedad), cuyo exponente es Renouard; y los que siguen la postura de Gierke que entienden que la propiedad intelectual es un derecho de la personalidad, cuyo objeto lo constituye una obra del intelecto, considerada como algo inherente a la persona misma. Arhens introduce una variante: lo delimita como derecho de la personalidad pero en la consideración de que recibe su aplicación en un derecho real como modo particular de adquirir una propiedad por medio del trabajo intelectual.

## II. Teorías dualistas.

Los partidarios de esta concepción ven en el derecho de autor una doble cara. Por un lado se encuentra el aspecto patrimonial (la parte económica del derecho) y, por otro lado, el elemento personal (parte moral del derecho). Desgajada de la teoría del “Doppelrecht” de Kholer, tuvo su primera manifestación jurisprudencial en el caso Lecoq de 1902 en Francia<sup>55</sup>. Al principio se entendía que el elemento patrimonial y el moral eran diferentes aunque interdependientes, precediendo y sobreviviendo en la vida jurídica el derecho moral sobre el patrimonial; es por ello que el derecho moral tenga un papel prioritario. Con el paso del tiempo esta tendencia fue evolucionando hacia posturas más atemperadas admitiendo una cierta unidad en el derecho de autor.

## III. El monismo integral.

Se basa principalmente en la consideración de que en el derecho de autor no se produce la concurrencia de diferentes derecho subjetivos del autor, sino la existencia de uno solo, *sui generis*, resultante de una combinación inescindible, al menos en cuanto a su titularidad, de los poderes de la personalidad con aquellos otros de carácter patrimonial, teniendo unos y otros por objeto la obra del ingenio<sup>56</sup>.

<sup>55</sup> CÁMARA ÁGUILA, P., op. cit. p. 7.

<sup>56</sup> VEGA VEGA, J.A., op. cit. p. 38.

Por ello, todo lo que afecte al nombre y reputación del autor o a la integridad y paternidad de la obra viene a ser una expresión de los atributos de su individualidad o personalidad, mientras que lo que afecte a los frutos pertenece a su parte patrimonial.

#### IV. La naturaleza en la jurisprudencia.

Todo lo visto son discusiones doctrinales que, en cierta medida, han sido tomadas por la jurisprudencia. Pero ésta no ha sido unánime y estática sino que ha evolucionado. Así, en un primer momento, se hablaba del derecho de autor como una propiedad particular (SSTS de 25 de abril de 1900 y de 18 de noviembre de 1903). En un segundo momento, se sigue hablando de propiedad (tan legítima como las demás) pero se incluye el elemento personal (SSTS de 6 de octubre de 1915 y de 25 de octubre de 1945). Finalmente se entiende que da igual su naturaleza jurídica pues en el derecho de autor concurrían dos elementos: uno patrimonial y otro personal (SSTS de 21 de junio de 1965, 23 de mayo de 1975 y 13 de junio de 1987).

Por su parte, la sentencia del TS de 9 de diciembre de 1985 (caso Pablo Serrano) niega tanto la calidad de derecho fundamental como el carácter de derecho de la personalidad por faltarle “la nota indispensable de la esencialidad”.

La diferencia entre una u otra concepción es que la postura dualista entiende que debe haber un tratamiento jurídico diferenciado entre el elemento patrimonial y el personal, a diferencia de la monista. Ello se plasma en el régimen de transmisión *mortis causa*<sup>57</sup> pues para la doctrina dualista, dada la naturaleza personal del derecho moral, éste debe ser transmitido con base en el vínculo personal que une a su adquirente con el autor (además los derechos morales son perpetuos, los patrimoniales temporales). La postura monista, como entiende que es un todo inseparable, tanto aspectos morales como patrimoniales tendrán la misma suerte tras el fallecimiento del autor y por tanto no tendrán un régimen diferenciado (tanto el elemento patrimonial como el moral tendrán un plazo límite antes de pasar al dominio público).

En España, tras la aprobación de la ley de 1987, la doctrina se ha mostrado partidaria de la tesis monista o unitaria como indica la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1991 (RJ 1991/4407) señalando que “el derecho de autor que es inescindible y ha de ser contemplado en unicidad, tiene un contenido plural de facultades propias”. Sin embargo, resulta confuso pues se mantiene que existe un derecho subjetivo único (el derecho de autor) pero con facultades de distinta naturaleza lo que implica un tratamiento diferenciado. Ello nos puede llevar a pensar que la Ley de Propiedad Intelectual se decanta – implícitamente— por la postura dualista, habida cuenta del tratamiento

---

<sup>57</sup> CÁMARA ÁGUILA, P., op. cit. pp.12 y siguientes.



dual al que quedan sometidas las facultades morales y patrimoniales del autor. El derecho moral aparece integrado por una serie de facultades que son irrenunciables e inalienables (art.14), algunas de ellas perpetuas (art.15.1 y 41), y sujeto a un sistema especial de transmisión *mortis causa* (art.15 y 16). En cambio, el derecho patrimonial tiene una duración limitada en el tiempo (la vida del autor más 70 años tras su muerte, art.26), es transmisible tanto en vida del autor (art.43) como tras su muerte por cualquiera de los medios admitidos en Derecho (art.42).

No obstante lo dicho, hay que destacar que los avances en la dimensión social hacen (o deberían hacer) que el concepto de propiedad se flexibilice a favor de los derechos más vinculados a la dignidad del autor, “pierde, a la vez, la propiedad su marcado carácter individualista, para cobrar nuevo sentido ligada a una indeclinable función social<sup>58</sup>”. No obstante, la función social de la propiedad es un concepto jurídico indeterminado, variable en el tiempo, y que deberá ser definido por el legislador en cada caso concreto, con arreglo al reparto de competencias constitucionales y estatutariamente establecido. En ocasiones será, por tanto, el Estado el que defina cuál es la función social que la propiedad debe cumplir. En otros casos las Comunidades Autónomas. La función social se constituye como elemento inherente a la propiedad, cualquiera que sea el objeto sobre el que esta recaiga, si bien ello es especialmente visible en determinados ámbitos. El campo paradigmático sobre el que se ha proclamado la función social de la propiedad es el urbanístico<sup>59</sup>.

## VII. Tratamiento constitucional

La Constitución española 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>60</sup>. Más, 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

<sup>58</sup> OLLERO TASSARA, A., “Los llamados derecho “morales” del autor en los debates parlamentarios”, cit., p. 35.

<sup>59</sup> PEREÑA PINEDO, I., “La función social del Derecho de Propiedad”, en *Propiedad y Derecho Constitucional*, Francisco Bastida (coord), Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2005, p. 179 y 186.

<sup>60</sup> CONTRERAS y otros, *Curso de Derecho civil III*, Colex, 2004, p. 240.

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 Constitucional, por su parte (que ya se sabe, politizado) 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>61</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.

La Propiedad Intelectual e industrial, como indica el art.149.1.9º de la Constitución Española es competencia exclusiva del Estado, entendida esta competencia como legislación básica. Hay autores, que constituyen doctrina mayoritaria, 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>62</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

---

<sup>61</sup> PECES-BARBA, G., *La Constitución Española de 1978. Un estudio de Derecho y política*, Fernando Torres, Valencia, 1981, p. 311 y siguientes.

<sup>62</sup> BERCOVITZ, *Comentarios a la LPI, art. 1* citado en OLLERO TASSARA, “Los llamados derechos morales del autor en los debates parlamentarios”, cit., p. 38.

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 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 CE., 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(s) de mercado es la cultura puesto que “una sociedad jerárquica sólo sería posible basándose en la pobreza y en la ignorancia<sup>63</sup>”. En fin, el Derecho a la cultura es un arma sin munición pues el sistema de mercado evita la posibilidad de usarlo.

### **VIII. Objeto y requisitos de la propiedad intelectual**

Señalaba Gayo<sup>64</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>65</sup> (ideas). Tampoco será objeto de protección por la LPI 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 diferenciación entre el elemento inmaterial y el material, pasemos a ver cuál es el objeto de protección específico y qué requisitos ha de tener para considerarse tutelado por la Ley de Propiedad Intelectual.

Regulado en los artículos 10 a 13, el objeto de protección que constituye la propiedad intelectual va a ser “las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro<sup>66</sup>”. A continuación, realiza una enumeración *ad exemplum*, por

---

<sup>63</sup> ORWELL, G., 1984, Destino, 2002, p. 23.

<sup>64</sup> Instituta, II, 77-78

<sup>65</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*, Colex, 2004, p. 89 y 90.

<sup>66</sup> Es necesaria la exteriorización de la idea puesto que las ideas, como tales, son libres. Lo protegido es la plasmación material de la idea. Dice Puiellet, de una forma más romántica, “el pensamiento escapa a toda apropiación: queda en el ámbito inviolable de las ideas, cuyo privilegio es el de ser eternamente libres”. Citado en LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil III*, cit., p. 353.

tanto sin ánimo limitativo ni exhaustivo<sup>67</sup>, de obras que pueden constituir el objeto de la propiedad intelectual<sup>68</sup>:

a) Obras escritas: libros, folletos, impresos, epistolarios y escritos en general, tanto relativos a obras literarias, científicas o artísticas.

b) Obras orales: no tienen manifestación gráfica o visual. Discursos, alocuciones, conferencias, informes forenses orales, explicaciones de cátedra y otras obras análogas manifestadas de forma verbal.

c) Obras dramáticas y de expresión corporal: obras dramáticas, dramático-musicales, coreografías, pantomimas, obras teatrales.

d) Composiciones musicales con o sin letra.

e) Obras cinematográficas y demás obras audiovisuales: “las creaciones expresadas mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que estén destinadas esencialmente a ser mostradas a través de aparatos de proyección o cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y del sonido, con independencia de la naturaleza de los soportes materiales de dichas obras “ art.86.1.

f) Videojuegos, art.95.

g) Obras radiofónicas: art.94, no se incluye en el art.86.1 porque exige que estén expresadas por una serie de imágenes asociadas. Si se puede incluir en el art.10.1d, “y cualesquiera otras obras audiovisuales”.

h) Obras fotográficas y análogas.

i) Obras plásticas “las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía, y las historietas gráficas, tebeos o comics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas”.

j) Obras de diseño técnico o científico: “proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería” [...]“gráficos, mapas y diseños relativos a la topografía, la geografía y, en general, a la ciencia”.

k) Obras informáticas: Se entiende por programa de ordenador (obra informática) “toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación” art.96.1. Los programas de ordenador que formen parte de una patente o un modelo de utilidad general de la protección que pudiera corresponderles por aplicación al régimen jurídico de la propiedad industrial art.96.3.

l) El art.11 establece que también son objeto de la propiedad intelectual traducciones, adaptaciones y otras transformaciones. Son

---

<sup>67</sup> RODRÍGUEZ-TOQUERO Y RAMOS, P., “Filosofía de la Propiedad Intelectua”, cit. p. 260.

<sup>68</sup> No se va a seguir el orden en la enumeración citado por la ley sino que seguiremos el orden establecido según la materia.

obras derivadas de otros anteriores (ver el apartado dedicado a los sujetos).

m) El art.12 habla de las colecciones de obras ajenas, como es el caso de las antologías.

n) También se protege en virtud del art.10.2 los títulos de las obras cuando sean originales. La Ley de propiedad intelectual no prohíbe que se utilicen títulos utilizados por otras personas.

La ley señala una serie de exclusiones, es decir, obras no protegidas. El art.13 expresa que no son objeto de la propiedad intelectual:

a) Las disposiciones legales o reglamentarias y sus correspondientes proyectos.

b) Las resoluciones de los órganos jurisdiccionales.

c) Los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos.

d) Traducciones oficiales de todos los textos anteriores.

Una vez vistas todas las obras que la Ley de Propiedad Intelectual protege o excluye de su protección podemos establecer una serie de requisitos –que la ley no menciona taxativamente pero que se pueden deducir de ésta— a la hora de verificar si una obra es protegible o no, algunos de los cuales ya se han venido expresando en párrafos anteriores.

Un primer requisito –no por ello en una situación jerárquica respecto a los demás— que podemos indicar es el de la legalidad. Pues 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>69</sup> y el orden público<sup>70</sup>. Respecto a los 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>71</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

---

<sup>69</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>70</sup> VEGA VEGA, J.A, *Derecho de autor*, cit., p. 97.

<sup>71</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.

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 LPI. Por tanto 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>72</sup>, no es necesaria una obra meritoria, pues esto depende de la interpretación subjetiva y coyuntural.

Hay que diferenciar entre la originalidad subjetiva y la originalidad objetiva<sup>73</sup>. La primera viene a expresar que la originalidad de la obra debe ser la consecuencia lógica del carácter creativo que reviste la actividad desarrollada para la elaboración de la obra, es decir, el autor, al realizar su obra, no ha copiado conscientemente una obra ajena. Mientras que la segunda debe entenderse como el resultado que produce la intervención creativa del autor en la obra, es decir, la creación de una obra que no existía anteriormente. Por ello que la originalidad también puede ser entendida como novedad. No obstante, no es necesaria una novedad en términos absolutos para el acceso de una creación a la protección. La novedad puede radicar tanto en la forma de exteriorización de la obra como en el contenido propio de la obra

Tradicionalmente la originalidad objetiva se ha quedado relegada a la propiedad industrial mientras que para la propiedad intelectual se pide únicamente la originalidad subjetiva. En el siguiente apartado, "Disquisiciones, prejuicios y tabúes" se realiza una crítica a este requisito de la originalidad: Originalidad versus Reproducción: una visión marxista.

## **IX. Disquisiciones, prejuicios y tabúes**

En la siguiente sección se va a tratar de dar una visión crítica sobre determinados aspectos, conceptos y situaciones que han surgido a lo largo del trabajo y que necesitan de la oportuna matización.

---

<sup>72</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>73</sup> SAINZ GARCÍA, C., *objeto y sujeto del Derecho de autor*, Tirant lo Blach, Valencia, 2000, p. 119 y siguientes.

## 1. Los requisitos de la propiedad intelectual: una visión crítica.

Dentro del apartado dedicado al objeto de la propiedad intelectual se hizo mención a una serie de requisitos necesarios para que una obra entrara dentro de la órbita de protección jurídica: legalidad, exteriorización y originalidad.

### 1.1. Propiedad intelectual versus apología del genocidio.

En cuanto al primero de los requisitos, 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, por ejemplo, del genocidio. Ejemplos de esta situación lo vemos en los casos de “*Auschwitzlüge*” (mentira de Auschwitz). Pocas son las sentencias<sup>74</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>75</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 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>76</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*

---

<sup>74</sup> Destaca la Sentencia del Tribunal Constitucional 214/1991, de 11 de noviembre sobre el caso Friedman.

<sup>75</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.

<sup>76</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.



*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>77</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>78</sup>.

## **1.2. 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”, el art.10.1, por su parte, 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.
- 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.

---

<sup>77</sup> Que cierta, aunque también utópica, es la cita de Pitágoras: “*educad a los niños y no será necesario castigar a los hombres*”.

<sup>78</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F., CÁMARA VILLAR, G., y otros, *Derecho Constitucional II*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 181.

Siguiendo la monografía del jurista y filósofo Bernard Edelman “Le droit saisi par la photographie: éléments pour une théorie marxiste du droit” (1973)<sup>79</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. Con las siguientes líneas no pretendo posicionarme en una u otra corriente, pues sería una osadía tal hazaña, sino únicamente mostrar otra visión posible e intentar argumentarla.

Edelman nos 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. En otras palabras, 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 privada 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>80</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>81</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 nihil* 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.*

---

<sup>79</sup> Traducción al castellano “La práctica ideológica del Derecho: elementos para una teoría marxista del Derecho”, trad. Roque Carrión Wam, Tecnos, Madrid, 1980.

<sup>80</sup> EDELMAN, B., *La práctica ideológica del Derecho: elementos para una teoría marxista del Derecho*, p. 53.

<sup>81</sup> Al consejo de Estado, 30-9-1849.

### *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 (sobreapropiación 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.

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>82</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.

Resumiendo esta argumentación, 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>83</sup>. Sin

<sup>82</sup> EDELMAN, B., op. cit. p. 58, escolio 2º.

<sup>83</sup> EDELMAN, B., op. cit. p.87.

embargo, todo lo dicho hasta ahora, podría ser desvirtuado o, al menos, contra argumentado pues el fotógrafo tiene en cuenta<sup>84</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.

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

En el siguiente punto intentaremos analizar la visión social que se da desde el Gobierno de la Propiedad Intelectual. Si visitamos la página web del Ministerio de Cultura<sup>85</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 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.

---

<sup>84</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*, cit., p. 83.

<sup>85</sup> <http://www.mcu.es/propint/deficult/index.htm>

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? ¿Pertenerían 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>86</sup>.

Es por ello que surge 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 sociedad? Las ideas, la cultura, no deberían estar bajo el mercado, no debería medirse en términos de rentabilidad o beneficios.

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

---

<sup>86</sup> DÍAZ, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, 9º ed., 1998, p. 144 y 153.

sociedades; su propia identidad”<sup>87</sup>. En esta síntesis, ellos mismos se contradicen.

### **3. ...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>88</sup> hacia la copia privada. Y es que nos han inculcado desde “los grandes medios llamados de comunicación que incomunican”<sup>89</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 se descarga a través de programas de transferencia de datos es o no piratería<sup>90</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>91</sup> a cada cd o dvd virgen<sup>92</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

---

<sup>87</sup> <http://www.mcu.es/propint/deficult/tucultura.htm> visto el 12 de noviembre de 2006.

<sup>88</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>89</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 fuoco. El terrorismo como sistema” 2 de septiembre de 2004, Biblioteca Centrale Passerini Landi, Piacenza (Italia).

<sup>90</sup> Recientemente una juez 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>91</sup> “Tasa compensatoria por copia privada”

<sup>92</sup> Ahora también pretenden establecerlo en las Bibliotecas a la hora de sacar un libro.

si la industria del quinqué de gasoil pretendiera imponer un canon en el recibo eléctrico por la bajada en ventas de sus productos”<sup>93</sup>

Este canon frenará el desarrollo de la Sociedad de la Información y, por tanto, la democratización de la sociedad en general. Sin embargo, no hay que olvidar que el plagio durante la Ilustración estaba bien visto pues contribuía a la distribución de las ideas. Según la estética clásica del arte entendido como imitación, el plagio era una práctica totalmente aceptada<sup>94</sup>. En una sociedad dominada por una explosión de "conocimiento", explorar las posibilidades del significado en lo que ya existe es más acuciante que añadir información superflua. En el pasado, los argumentos a favor del plagio se limitaban a demostrar que servía para evitar la privatización de la cultura que está al servicio de las necesidades y los deseos de la élite dominante. Hoy en día, se puede discutir si el plagio es aceptable e incluso inevitable, dada la naturaleza posmoderna y su tecno-infraestructura. Uno de los principales objetivos del plagiario es restablecer el impulso dinámico e inestable del significado apropiándose y recombinaando fragmentos de la cultura. De esta forma, se pueden producir significados que previamente no estaban asociados con un objeto o un conjunto dado de objetos<sup>95</sup>. 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, el arte como sintetización.

#### **4. La cultura como bien de dominio público.**

Como se indicó en el apartado sobre el concepto de Propiedad Intelectual, ésta 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.

Los bienes de dominio público, 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

---

<sup>93</sup> Piratas informáticos, noticia recogida en <http://www.internautas.org/sincanon/html/3953.html>

<sup>94</sup> CRITICAL ART ENSEMBLE, “El plagio utópico”, en *The Electronic disturbance*, Autonomedia, EEUU, 1994, p. 1 capítulo 5.

<sup>95</sup> CRITICAL ART ENSEMBLE, op. cit. p.2 capítulo 5.

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>96</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 a 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>97</sup>:

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

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 ni siquiera pague 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>98</sup>. No obstante, (más paradójicas) 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

---

<sup>96</sup> Si existen normas relativas al patrimonio cultural, pero no de la cultura en sí misma.

<sup>97</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”.

<sup>98</sup> FELTRERO OREJA, R., p. 145.



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>99</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>100</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 dije, 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 basa en actividades paralelas (no deseables) como, sobre todo, el marketing y la publicidad<sup>101</sup>. Por tanto, lo que se plantea es que el incentivo económico para el artista se mantenga pero se reduzca 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)<sup>102</sup>. Una forma de democratización de la sociedad frente a la restricción cultural como dominio de unos pocos.

---

<sup>99</sup> El art.85.3 de la Ley 33/2003 señala que el uso privativo 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>100</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.4 9-71.

<sup>101</sup> Habitualmente las obras promocionadas con mayor inversión son las de menor valor cultural y social.

<sup>102</sup> Ver en el apartado de este mismo trabajo dedicado a la regulación constitucional, la contraposición en la misma Declaración Universal de Derechos Humanos entre el derecho al acceso a la cultura y el derecho a la propiedad intelectual.

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).

## 5. 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 Brohter) en tres grandes eslóganes o consignas

“*La guerra es la paz; la libertad es la esclavitud; La ignorancia es la fuerza*”<sup>103</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>104</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>105</sup>.

“La ignorancia es la fuerza”, como antes ya se dijo, refleja la profunda verdad histórica de que la ignorancia<sup>106</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

---

<sup>103</sup> ORWELL, G., *1984*, cit., p.23.

<sup>104</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>105</sup> ORWELL, G., op. cit. p. 208.

<sup>106</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”

criterio de crítica y valoración<sup>107</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 fundado el “Reichministerium für Volksaufklärung und Propaganda” cuyo ministro al cargo fue Josef Goebbels<sup>108</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>109</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>110</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>111</sup>.

---

<sup>107</sup> PÉREZ LUÑO, A.E., op. cit. p. 134.

<sup>108</sup> Fue el creador del aforismo “una mentira repetida mil veces se convierte en una verdad”.

<sup>109</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>110</sup> PÉREZ LUÑO, op. cit. p. 136.

<sup>111</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.

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>112</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>113</sup> en donde el *Se*, del que hablaba *Heidegger* en su libro *Ser y Tiempo*, imponga su dictadura.

## **X. 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, lo que se ha llamado 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>114</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>115</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

---

<sup>112</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>113</sup> Véase ORTEGA Y GASSET, I., *La rebelión de las masas*, Espasa-Calpe, Madrid, 1979, p. 68.

<sup>114</sup> GARCÍA LÓPEZ, D.J., “El Yo: fecundador epistemológico”, en *Revista El Tranco*, nº1, primer semestre de 2007, Asociación Cultural La Magia de las Artes, pp. 139 y 140.

<sup>115</sup> COTARELO, R., *En torno a la teoría de la Democracia*, en Cuadernos y Debates, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 86.

ciudadanos<sup>116</sup>. Para ello es necesario el acceso libre e igual al conocimiento, que los obstáculos poco a poco se vayan eliminando, sobre todo los escollos económicos (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>117</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>118</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>119</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 básica del sistema jurídico a través del Estado social y democrático de Derecho<sup>120</sup>”. Por tanto, los valores superiores son el contenido de justicia material que el Poder propugna<sup>121</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 (vid. supra). 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

---

<sup>116</sup> DÍAZ, E., *Ética contra política*, Fontamara, México, 1993, p. 52.

<sup>117</sup> BOBBIO, N., *Teoría General de la Política*, Trotta, Madrid, 2003, p. 419.

<sup>118</sup> BOBBIO, N., op. cit. p. 424.

<sup>119</sup> BOBBIO, N., op. cit. p.421.

<sup>120</sup> PECES-BARBA, G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 56 y 57.

<sup>121</sup> PECES-BARBA, G., op. cit. p. 65.

gratuita de las obras, tutelando, en todo caso, al autor<sup>122</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>123</sup>.

---

<sup>122</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..Ver también LABASTIDA I JUAN, I., “Las licencias Creative Commons en el Estado español”, *Zehar: revista de Arteleku-ko aldizkarai*, nº 57, 2005, p. 68-71.

<sup>123</sup> SLOTERDIJK, P., *El desprecio de las masas. Ensayo sobre las luchas culturales de la sociedad moderna*, Pre-Textos, Valencia, 2002, p. 99.