

RÉGIMEN DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y PLANTEAMIENTO DEL MODELO DEMOCRÁTICO DESDE UNA PERSPECTIVA CRÍTICA

COPYRIGHT'S REGIME AND APPROACH TO THE DEMOCRATIC MODEL FROM A CRITICAL PERSPECTIVE

Fernando Martínez Cabezudo
Universidad Pablo de Olavide
[fmarcab@upo.es]

Recibido: octubre de 2012
Aceptado: diciembre de 2012

Palabras Clave: Política, Derechos de Autor, Propiedad Intelectual, Democracia, NTIC.
Keywords: Politics, Copyright, Intellectual Property, Democracy, NTIC.

Resumen: En el texto que presentamos a continuación se ponen en relación el régimen legal de existencia en la vida pública de las obras del conocimiento, Derechos de Autor, y el planteamiento del modelo democrático. En este sentido es importante apuntar que se trata de una materia pocas veces tratada, los actuales estudios sobre transparencia y participación de la ciudadanía en la Administración se centran más en el análisis y crítica de las herramientas de participación, la apertura de los datos producidos por las diferentes instituciones públicas, o las posibilidades de la *e-democracy*. Sin embargo, creemos que es necesario hacerse una pregunta anterior a todo esto y problematizar el estatuto y régimen de existencia que tienen los conocimientos, valor fundamental del nuevo tipo societario.

Abstract: In the text that follows are placed on relation the regime of existence of the works on public life, copyright, and the approach the democratic model. In this sense it is important to note that this is a subject rarely treated, current studies on transparency and citizen participation in government focus more on analysing the tools of participation, openness of the data produced by different public institutions, or the possibilities of e-democracy. However, we believe it is necessary a previous question and problematize the status and regime of existence that the knowledge has, the fundamental value of our new type of society.

I. Planteamiento General

Habitualmente cuando se piensa en las relaciones entre la Democracia e Internet, se suele hacer en torno a los términos de democracia participativa, gobierno abierto y transparente, OpenData, comunicación entre la ciudadanía y las administraciones y un largo etcétera, sin embargo, en el texto que presentamos a continuación trataremos sobre un problema no tan evidente.

Durante este artículo mostraremos las relaciones que existen entre el régimen legal de existencia de las obras del ingenio y el diseño democrático del sistema político dentro de la tantas veces llamada Sociedad de la Información. Si en un pasado el asunto de como se instrumentaba el régimen que permitía fluir el conocimiento era algo que no parecía tener mucha relación con la crítica a las instituciones políticas, hoy en día, no podemos utilizar el mismo razonamiento. Aunque no compartamos las posiciones que defiende Daniel Innerarity, sí que hago mía la manera en que traza el vínculo entre conocimiento y democracia en la siguiente cita: '*El conocimiento, mas que un medio para saber, es un instrumento para convivir. Su función más importante no consiste en reflejar una supuesta verdad objetiva (...) sino convertirse en el dispositivo más poderoso a la hora de configurar un espacio democrático de vida común entre los seres humanos.*'¹ (Innerarity, 20011: 11). Por lo tanto, hay que recalcar desde un principio que la importancia actual del Derecho de Autor (DAT) no es cuestión baladí, en alguna de las teorías más influyentes

1 Innerarity Grau, D. *La Democracia del Conocimiento. Por una Sociedad Inteligente*, Paidós, Barcelona, 2011, pp. 11.

sobre la realidad actual como la Sociedad de la Información, Sociedad del Conocimiento o Sociedad Red, el puesto central que ocupa la generación, los modelos de desarrollo y el acceso al conocimiento es indiscutible. Aunque son diferentes, cada una con su particularidad propia, estas tres nociones societarias, que parten de un fondo común, resaltan la importancia del conocimiento como vehículo de transformación social, como valor determinante y como principio diferenciador de la fase histórica en la que nos encontramos. Lo importante para nosotros es que la simple aparición de estos términos en el argot científico, incluso en el vocabulario jurídico y común, ya revela la importancia del valor del conocimiento en los tiempos que corren. Aunque Sociedad del Conocimiento, Sociedad de la Información y Sociedad Red tienen un mismo eje central y tratan el conocimiento de una manera similar, para la primera, el concepto está cargado de un importante matiz economicista en tanto a la condición de valor productor de riquezas, recordar que el padre de esta idea fue el economista austriaco Friz Machlup, que fue el que acuñó el término *Knowledge Industry*²; sin embargo, Sociedad de la Información se refiere a los nuevos servicios que se han desarrollado en la Red, y de manera muy especial al comercio electrónico³; finalmente, la Sociedad de Red de Manuel Castells se enfoca más a cómo es el tipo de organi-

2 Machlup, F. *The Production And Distribution Of Knowledge In The United States*, Princeton University Press, New Jersey, 1972.

3 Basta con mirar la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información española, la cual trasponía a nuestro ordenamiento la Directiva Europea conocida como *Public Sector Information Directive*, donde se regulan los aspectos más importantes del comercio electrónico en el espacio común europeo, para observar esto.

zación que se crea gracias a la implementación de dispositivos que permiten trazar redes por donde fluyen y se intercambian los llamados bienes informacionales⁴.

Pese a todo, descartamos como principio explicativo cualquiera de éstas. En nuestro trabajo el régimen de existencia de las obras tendrá un carácter estructurador, debido a esto utilizaremos otro punto de partida para hablar de las relaciones y condicionamientos que surgen con el modelo democrático, de esta manera, estamos más inclinados a asumir las ideas expuestas en *La Era del Acceso*, de Jeremy Rifkin. Este autor destaca que cada vez más el conocimiento se está volviendo un valor principal en la sociedad, pero no sólo a nivel económico, de servicios o como organizador de redes, sino como indicador de inclusión/exclusión social. En este sentido, observa que cada vez más el desarrollo capitalista de las Nuevas Tecnologías de la Información y el Conocimiento (NTIC) va rebajando el número de agentes importantes que ofrecen sus servicios a los usuarios dentro del mercado, lo que ha conllevado que queden en manos de unos pocos agentes con un poder extraordinario, debido a la privilegiada que ostentan. Para el tráfico económico común, la propiedad de los medios de producción del conocimiento perderá importancia en favor del acceso, ya que es a lo único que puede optar el gran público. De esta situación deduce que el camino hasta ahora seguido en vez de implicar una mayor

4 Castells, M. 'Informationalism, Networks, and the Network Society: A Theoretical Blueprint', en Lazzarato, M. *El "ciclo" De La Producción Inmaterial*, Editorial Brumaria 7, Madrid, 2006, p. 5. vol. col. Castells, M. (coord.) *The Network Society. A Cross-Cultural Perspective*, Edward Elgar Publishing Limited, Northampton MA (EEUU), 2004, pp. 3.

inclusión social y eficiencia técnica, como apuntaban las tesis de arriba, está generando un principio de exclusión: los que tienen para pagar el acceso y los que no⁵. Sin embargo, las NTICs también tienen capacidades para hacer que los medios de producción y el acceso se redistribuyan, si bien, nos encontramos con un fuerte polo de resistencia, representado por los grandes dominadores del mercado que luchan por evitar cualquier modo de pérdida de control que pudiese ocurrir. Ejemplificando esto existen casos como el que enfrentó a Sony con la Disney y la Universal por razón de los reproductores de vídeos domésticos con capacidad para grabar, ya que era la primera vez que un dispositivo arrebató a las compañías su capacidad de control total sobre las obras que se ponían en circulación⁶, otro ejemplo esto sería la *Copyright Term Extension Act* del gobierno de los EEUU, a la que nos referiremos más adelante. Además de esta crítica, tenemos que atender a la denuncia del trato que reciben las obras de parte de los grandes operadores del Mercado Cultural, '(...) toman los recursos culturales locales en cualquier parte del mundo y los reenvasan como artículos adecuados para comercializar la diversión y el entretenimiento cultural.⁷ Rifkin consigue conectar un principio de exclusión social, el acceso, con el régimen de existencia del conocimiento, ya que la posibi-

5 Rifkin, J. *La Era del acceso. La Revolución de la Nueva Economía*, Ediciones Paidós, Barcelona, 2000, pp. 15-16.

6 Lessig, L. *Por una Cultura Libre. Cómo los Grandes Grupos de Comunicación Utilizan la Tecnología y la Ley Para Clausurar la Cultura o Controlar la Creatividad*, Traficantes de Sueños, Madrid, 2005, pp. 96.

7 Rifkin, J. *La Era del acceso. La Revolución de la Nueva Economía*, Ediciones Paidós, Barcelona, 2000, pp. 18.

lidad para las actuaciones de los grandes conglomerados de las NTICs son factibles merced al régimen jurídico de los DATs.

Así, la hipótesis que se trata de elucidar en este texto es si el actual mecanismo jurídico que reglamenta el régimen de existencia de las obras está empezando a obrar de forma contraria a las nociones de sociedad abierta e inclusiva que implica el régimen democrático. Creo que esto justifica sobradamente la redacción de este texto, ya que es un tema esquivo y que pocas veces es tratado desde el ámbito académico en su dimensión política, pero además, tiene otro beneficio de fondo, que sigue ahondando en la necesaria interdisciplinariedad de los estudios jurídicos, para que, así, puedan alcanzar proposiciones críticas que vayan más allá de la simple descripción técnica de la aplicación de la Ley⁸ (Pérez Luño, 1997: 140).

2. Presentación de los DATs

Primero tendremos que ofrecer un relato de como ha sido la evolución de la normativa a nivel internacional, ya que en nuestro análisis trataremos el mercado de bienes culturales como una realidad con escala mundial, lo que nos ayuda a comprender la dimensión del problema y nos permite empezar a realizar alguna crítica al planteamiento actual. Por otra parte, para dejar claro a que nos referimos realizaremos una síntesis de los aspectos más remarcables del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), lo cual, nos permitirá fijar con precisión los límites de la reglamentación.

8 Pérez Luño, A. E. *Teoría del Derecho. Una Concepción de la Experiencia Jurídica*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 140.

2.1. Globalización de los DATs

Antes de nada habría que apuntalar la división existente entre los diferentes sistemas de DAT, por un lado tendríamos los sistemas continentales que parten de la inspiración de las primeras normativas que surgieron en Francia en el siglo XIX al calor de las nuevas ideas del movimiento ilustrado, donde la importancia de los derechos sobre obras implicaba la protección de las ideas en cuanto a producto de la personalidad misma del autor. Con este trasfondo ideológico, surgen los llamados derechos morales que tienen carácter personalísimo y representan la unión indisoluble autor-obra, lo que los diferenciaba de los de carácter patrimonial, ideados para que se separasen del creador, y de esta manera poder obtener rédito de su trabajo⁹. Sin embargo, la posición de partida de los sistemas anglosajones es diferente, la legislación sobre copyright ve la luz en los inicios del siglo XVIII con el estatuto de Anne, el cual surge por el conflicto entre los libreros, es decir, los industriales del negocio editorial y la Stationer's Company¹⁰. Esta última, era la encargada de llevar a cabo la concesión de patentes de impresión y la que vigilaba la observancia de los criterios dictados por la autoridad en los títulos y las personas del negocio. Debido a esto, en la redacción del mencionado Estatuto, las fuerzas que pugnaban por él no representaban la posición de los autores, aunque podemos encontrar al-

9 Sábada, I. *Propiedad Intelectual. ¿Bienes Públicos O Mercancías Privadas?*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2008. pp. 33.

10 Para un estudio ampliado de la *Compañía* y del papel que jugó respecto del negocio editorial durante el siglo XVII ver: Blagden, C. (1960): *The Stationer's Company. A History, 1403-1959*, Stanford University Press, Stanford.

gún hito aislado como la *Aeropagítica* de Milton. Los actores principales del conflicto fueron los industriales y el brazo censor del poder, ya fuera de la monarquía o del Parlamento. Merced a todo esto, nunca que contempló una dimensión personalísima como ocurriría en Francia años después¹¹. Esta diferencia histórica separó a los dos regímenes durante un largo tiempo, sin embargo, desde esta separación inicial, se irán aproximando cada vez más. Ahora construiremos un relato que trate de mostrar este caso de evolución convergente, el cual determinará la constitución de un mercado mundial e integrado para las obras del conocimiento. Es determinante clarificar esto, pues las mayores interacciones que sucederán entre la participación democrática y el régimen actual de los DATs sucederán por la interacción que se aprecia en este mercado internacional y sus agentes hegemónicos.

Hay que entender que estos dos bloques que hemos propuesto también se tendrán que unificar entre sí. El primer paso en esta dirección lo tomaron los ordenamientos continentales con el *Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas* de 1886, que acabará convirtiéndose en el autentico aglutinador mundial de las diversas normativas. Sobre este Tratado se practicaron numerosas modificaciones, pero sin duda la más importante será la acometida en París en 1971, que trazará un puente entre los dos modelos que culminará con la incorporación de China y EEUU en los años noventa. Cuatro años antes de esto se había firmado el Convenio de Estocolmo por el que se creó la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), la cual venía a

11 Sábada, I. *Propiedad Intelectual. ¿Bienes Públicos O Mercancías Privadas?*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2008, pp. 31.

ser la sucesora de los órganos encargados de administrar el Convenio de Berna y el de París durante los siglos XIX y XX. Esta Organización ha definido tres notas particulares que han guiado al Convenio desde su inicio¹²: a) se establece un principio de equiparación en el trato de los Estados Miembros, lo que implica la aplicación general del Tratamiento Nacional para las reclamaciones hechas entre los Estados firmantes. b) Aunque todos los sistemas continentales que se agrupaban dentro del Convenio tenían diferentes especialidades, conforme fue creciendo el número de Estados Miembros se fueron multiplicando los requisitos de inscripción de las obras en diversos registros nacionales, por la dificultad que surgía, finalmente se optó por establecer el siguiente principio de protección automática para todas las obras editadas '(...) *el consentimiento de los autores, cualquiera que sea el modo de fabricación de los ejemplares, siempre que la cantidad de éstos puesta a disposición del público satisfaga razonablemente sus necesidades (...)*' (Convenio de Berna, art 3.1). c) Sin embargo, el carácter más importante del Convenio, y lo que le ha llevado a convertirse en el elemento aglutinador que es hoy en día, difiere de los dos que hemos nombrado, lo más importante vendrá por la fijación de un estatuto mínimo para la protección de las obras, lo que implicará la observancia de tres puntos importantes, primero, la extensión del derecho a '(...) *todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión*'. (Convenio de Berna, art. 2.1); segundo, el régimen de plazos

12 OMPI, 'Resumen Del Convenio De Berna Para La Protección De Las Obras Literarias Y Artísticas (1886)', Documento En Línea: http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/summary_berne.html#f1.

que se establece en las disposiciones del Convenio será un mínimo aplicable a todos los firmantes, sin embargo, queda la posibilidad de que algún Estado decida incrementarlo, en cuyo caso se aplicaría el régimen más largo; tercero, también se impondrá un contenido mínimo referente al alcance de las facultades para los autores. En principio se quiso extender el contenido propio de los llamados derechos morales de los ordenamientos continentales a los demás, sobre todo en lo relativo a la instauración de las facultades de Paternidad e Integridad, sin embargo, la modificación de París cambió esta pretensión. En el actual artículo 6 bis se dice que los ordenamientos que no tuvieran establecida ninguna protección relativa a los derechos de paternidad y de integridad antes de la entrada en vigor del tratado no tendrán por qué reconocerlos¹³. Por lo tanto, podemos decir que el contenido mínimo de los DATs queda centrado por los elementos patrimoniales.

A este hecho hay que sumarle un importante evento, en 1974 la ONU incorpora dentro de la UNESCO la OMPI para que trabaje en el acercamiento de los diferentes regímenes de protección para lograr su armonización, con lo que todos los firmantes de NU tendrían que suscribir el régimen de Berna a través de la OMPI si querían ser miembros de pleno derecho. Los últimos pasos en esta dirección se producirán en la década de los 90, no sólo por la incorporación de EEUU y China, sino porque en 1994 la Organización Mundial del Comercio elaborará los *Acuerdos sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio*

13 Para consultar cual es la fijación concreta de estos derechos en el ordenamiento español consultar TRLPI art 14.

(ADPICs), los cuales serán recogidos casi de manera literal en el posterior tratado sobre Copyright de la OMPI de 1996. Hasta entonces la todavía persistente divergencia que se daba entre algunas de las legislaciones no permitía entender la existencia de un régimen integrado. Si bien, hemos recalcado que el Convenio de Berna sería el vehículo de unificación de los ordenamientos continentales, en el otro extremo, EEUU intentó llegar a un régimen común mediante la *Universal Copyright Convention*, la cual se propuso por primera vez en 1952. El gobierno norteamericano, presionado por las demandas de la incipiente industria discográfica y la cinematográfica, se vio impulsado a la construcción de ese anhelado terreno común que proyectase el negocio a escala internacional¹⁴. El tratado internacional funcionaba mediante la constitución de relaciones de reciprocidad e introducía la obligación de incluir una *c* encerrada en un círculo como símbolo que identificaba gráficamente la pertenencia de la obra marcada al régimen, esto era una notable diferencia con Berna, ya que no exigía ningún requisito formal. Sin embargo, la trayectoria convergente de los regímenes merced a la inclusión de EEUU en Berna, en 1989, sumado al impulso que supuso la inclusión de la OMPI dentro de la ONU anteriormente, hizo que la Convención quedara en desuso.

El punto álgido en la cristalización del régimen integrado serán los ADPICs. Hay que tener en cuenta que la OMC, al reglamentar sobre los DATs pone a disposición de los Estados Miembros el servicio de reclamaciones de la Organización, lo que

14 Sherman, P. J. 'The Universal Copyright Convention: Its Effect on United States Law', en *Columbia Law Review*, Vol. 55, No. 8, pp. 1137-1175, 1955.

dota de un sistema coactivo eficaz estas disposiciones, pues las condenas a las que puede llegar la organización pueden suponer importantes golpes comerciales para los Estados que permitan conductas sancionadas. Las medidas que garantizan el cumplimiento de los Acuerdos se desarrollan conforme a dos modelos, la tara a las exportaciones mediante un sistema arancelario y la creación de unos órganos especializados en el seguimiento de este tipo de incumplimientos, los cuales elaborarán informes y podrán ser interpelados por los Estados Miembros para que investiguen algún caso concreto. Como habitualmente se reconoce en la disciplina jurídica, el sistema de coacción que se utilice para garantizar el cumplimiento de las normas es parte esencial en la aplicación del derecho, por lo que por primera vez podemos ver la conformación real de ese sistema integrado de escala planetario tan deseado por las grandes empresas multinacionales. En relación al contenido de estos ADPICs, hay que observar que aportan dos nuevos puntos que completan el régimen de Berna, aunque, como hemos dicho ya, en 1996 mediante el Tratado sobre Copyright de la OMPI se incorporarán al Convenio. Estas dos menciones especiales son para, primero, la inclusión de los programas de ordenador en la categoría de obra de un modo expreso, ya que el aseguramiento de este nuevo objeto, que por la época empezaba a convertirse en un valor importante, era uno de los puntos calientes por los cuales la industria clamaba por una solución definitiva. En segundo lugar, se unifica el régimen para los productores, intérpretes y actuantes con un plazo de 50 años, y 20 para el caso de los contenidos radio-difundidos.

Sin embargo, no podemos decir que la recepción de estos Acuerdos fuera pacifi-

ca, de hecho, encontramos voces críticas. Dado que es difícil hacer un estudio profundo de una normativa tan controvertida como ésta, expondremos tres ejes básicos que resumen los principales puntos de controversia. Primero, pese a ser un pacto entre naciones que pertenecen un tipo sociológico muy diverso, donde podemos encontrar a países como Liberia y EEUU, el régimen que se construye no contiene especialidades para poder adaptarse a las diversas situaciones que esta multiplicidad implica. No serán las mismas necesidades sociales las que tenga que observar el régimen de participación y acceso a la cultura en España que Malí, por lo que, un sistema unificado, ciego ante estas vicisitudes, puede causar el efecto justo contrario al deseado. La imposición de una normativa que no percibe cuales son los condicionantes del contexto donde se enclava tiene muchas posibilidades de fracaso y producir efectos perjudiciales no previstos inicialmente¹⁵. En segundo lugar, la fijación de esos estándares mínimos de los ADPICs ha supuesto un endurecimiento de la normativa en los países más pobres, donde los regímenes no tenían ni los plazos que marcan los Acuerdos, ni tantas limitaciones en las excepciones. Hay que mencionar que la Convención Universal de Ginebra de 1971, enfocada por la ONU específicamente para *naciones en vías de desarrollo*, había supuesto la implantación de una versión más suave del régimen de Berna, donde los plazos eran la mitad de largos y nos se reconocían derechos conexos a intérpretes, actores y productores. Lo que demuestra que el mayor esfuerzo por asu-

15 May, C. 'The Hypocrisy Of Forgetfulness: The Contemporary Significance Of Early Innovations In Intellectual Property', en *Review of International Political Economy*, Vol. 14, No. 1, pp. 1- 25, 2007.

mirlos vino de parte de éstos, sin embargo, para la mayor porción de las naciones ricas no supuso modificación alguna de sus legislaciones. De hecho, hay casos como el de España que su régimen es incluso más duro que el que establecen los ADPICs, y como hemos apuntado, en este caso prevalece el ordenamiento nacional. Por último, relativo a la manera en como se realizaron las negociaciones para los Acuerdos; el modelo de éstas supuso una gran pérdida de influencia de las naciones periféricas, el sector privado de EEUU tuvo más poder de presión que cualquiera de estas naciones. Las reuniones fueron llevadas a cabos por comités específicos donde las naciones más empobrecidas no tenían una buena representación. Además, gran parte de éstas se desarrollaron mediante argumentaciones basadas en la mercadotecnia y la lógica económica, quedando en un segundo plano los componentes culturales identitarios de las formas creativas, siendo la lógica occidental la que presidiese la redacción del documento final¹⁶.

En este breve relato he tratado de mostrar desde donde surge el régimen que en la actualidad se extiende por todo el mundo, si superponemos los mapas de los Estados que forman parte de la OMC, y que por lo tanto han firmado los ADPICs, y los que componen la OMPI, y que han firmado el tratado de 1996 que reproducía el texto de los Acuerdos, llegamos a la conclusión que salvo en contadas excepciones, como Corea del Norte o Eritrea, en todas las naciones del mundo se puede aplicar el mismo régimen pensado por y desde las naciones del primer mundo, donde las in-

16 Sell, S. y May, C. 'Moments in Law: Contestation and Settlement in the History of Intellectual Property', en *Review of International Political Economy*, Vol. 8, No. 3, pp. 467-500, 2001.

dustrias culturales conforman uno de los sectores más importantes de sus economías. Sin embargo, también encontramos naciones absolutamente empobrecidas donde al asunción de estas normas más que beneficio está llevándolas a que se conviertan en centros productores de bienes culturales que son expoliados por las grandes multinacionales¹⁷. Es importante destacar este rasgo que va apuntalando una crítica al actual sistema, si bien son remarcables las mencionadas a los ADPICs, esta situación de expolio que está produciendo el sistema es ya visible en los apartados de la, absurdamente llamada, música étnica, o la apropiación de patrones o dibujos de determinados pueblos por parte de la industria de la moda. El efecto pernicioso que denunciamos sucede por la aplicación de las categorías jurídicas occidentales de forma extensiva, de esta manera, la autoría y originalidad individual que implican las concepciones de estos tratados choca formalmente con el modo particular de producción cultural existente en contextos no occidentales. El desequilibrio surge porque las producciones hechas conforme al imaginario de los países centrales del capitalismo, reciben el título de obras originales y, por lo tanto, dignas de protección, sin embargo, las obras que se originan en diferentes espacios culturales y cuyo autor es colectivo, son tildadas de tradición, con lo cual no resultan protegibles por el régimen actual. De esta manera, se crean dos escalones diferenciados, lo cual ya supone una importante falla con respecto a la obligación de trato no discriminatorio consustancial al sistema democrático.

17 Hafstein, V. 'The politics of origins: Collective creation revisited', en *Journal of American Folklore*, Vol. 117, pp.300-315, 2004.

2.2. Breve Exposición del Sistema de DATs

Me gustaría aclarar dos conceptos centrales para poder continuar, me refiero al de autor y al de obra, ya que el hecho que genera el nacimiento de los DATs supone que: '*La propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación*' (TRLPI, art 2,1). Autor, con carácter general será el que disfrute del ejercicio de las facultades que la ley concede, en el artículo 5 del TRLPI se especifica que se entenderá por esto: '*Se considera autor a la persona natural que crea alguna obra (...)*', solamente en unos casos concretos determinados por la ley, las personas jurídicas se pondrán considerar autores, y en consecuencia, disfrutar de las protecciones y facultades que la ley concede. Si existieran dudas en cuanto a la determinación de la identidad del autor, con carácter preferente, se atenderá por tal la persona que haya firmado el texto, si tampoco es posible contar con una firma y la obra definitivamente es anónima, o viene signada mediante un seudónimo '*(...) corresponderá a la persona natural o jurídica que la saque a la luz con el consentimiento del autor, mientras éste no revele su identidad*' (TRLPI, art 6.2). Así, dada la necesidad de que sea una persona física la que realice el acto de creación y de que se necesite una cierta originalidad, las obras creadas por animales o máquinas no gozarán de protección. *Obra*, aunque en la norma se especifican tipos diferentes, ahora sólo podemos ocuparnos de una definición extensiva que, al menos, puntualice el núcleo del término. Como ya hemos visto en los artículos citados, se reconoce un triple carácter de las

obras *literaria, artística o científica*, para clarificar esto el artículo 10 ofrece un listado abierto sobre los diferentes tipos a modo de ejemplo. De esta manera, '*Son objeto de propiedad intelectual todas 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.*' (TRLPI, art 10.1), aquí se revelan los dos caracteres fundamentales: la fijación y la originalidad. Con respecto al primero, supone la plasmación de la obra en un medio, por el mero hecho de estar expresada, sin necesidad de un trámite procesal ulterior, con la mera fijación nace la protección. Además, en este extracto del TRLPI se pone de manifiesto que no es condicionante el medio, una vez que se materialice, es decir, una vez que salga de la cabeza del autor entra dentro del régimen. En segundo lugar, además de la fijación en un soporte, se necesita que la obra reúna una cierta originalidad, de no ser así, se estaría incurriendo en un plagio. A pesar de la trascendencia de este concepto el TRLPI no llega a ofrecer una definición, lo que ha originado una discusión doctrinal entre los partidarios de la originalidad en sentido subjetivo, es decir, que el autor no haya copiado a nadie conscientemente, y la originalidad en sentido objetivo, lo que conduciría a la formulación de un criterio legal para juzgar la novedad de las creaciones¹⁸. Hoy en día, esta controversia no se encuentra todavía solucionada, ni siquiera en su aplicación jurisprudencial, es posible ver sentencias de diferentes órganos apoyando a ambas concepcio-

18 Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 53-56.

nes, lo que demuestra la dificultad de resolver la cuestión¹⁹.

Existen dos haces de facultades reconocidos en el TRLPI, primero nos pararemos en el estudio del conjunto de las patrimoniales o de explotación. El rendimiento económico de éstas devendrá del precio que sea capaz de obtener el autor por la cesión. Existen dos modalidades prototípicas de este negocio, la cesión no exclusiva: *'El cesionario no exclusivo quedará facultado para utilizar la obra de acuerdo con los términos de la cesión y en concurrencia tanto con otros cesionarios como con el propio cedente'* (TRLPI, art 49.1), lo determinante es que en este caso el cesionario no puede transmitir su derecho, a diferencia de la hecha en exclusiva donde sí que puede, incluso sin consentimiento del cedente, aunque responderán solidariamente el transmisor y el transmitente. Este negocio jurídico es definido en estos términos: *'La cesión en exclusiva deberá otorgarse expresamente con este carácter y atribuirá al cesionario, dentro del ámbito de aquélla, la facultad de explotar la obra con exclusión de otra persona, comprendido el propio cedente, y, salvo pacto en contrario, las de otorgar autorizaciones no exclusivas a terceros.'* (TRLPI, art 48), además, salvo pacto en contrario, el cesionario tiene legitimación para *'(...) perseguir las violaciones que afecten a las facultades que se le hayan concedido.'* Estas cesiones se materializarán en los diversos contratos que firme el autor, los cuales variarán según el tipo de obra y participación del autor en ella²⁰. Además,

19 Ver: STS 20/02/92, STS 12/08/1996, STS 30/01/1996 y STS 13/05/2002.

20 Como muestra de esto ver las diferentes secciones del texto legal (Libro I: Tit. V Cap. II y Cap. III, Tit. VI, Tit VII; Libro II, Tit II, Tit III, Tit IV... etc.).

hay que apuntar que si no se especifica la vigencia del acuerdo, la cesión tendrá una duración de cinco años, aunque cabe la apreciación de una prórroga tácita automática, pero, observando que la relación nunca podrá durar más que el plazo de vigencia total establecido en el artículo 26 del TRLPI, es decir, mientras viva el autor más setenta años después de su muerte.

Ahora expondremos las facultades patrimoniales, si bien apuntamos que no trataremos los derechos de simple remuneración. a) *Derecho de Reproducción*, literalmente el TRLPI dice: *'Se entiende por reproducción la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias.'* (TRLPI, art 18), como vemos el concepto de fijación mantenido en la normativa es bastante amplio, la simple copia por medios mecánicos ya implica reproducción. Además, no importa que el medio de reproducción no se haya inventado, si algún mecanismo futuro realiza la fijación de la obra, da igual los procesos que utilice, se estará ante un acto de reproducción si la materializa. Aunque pueden surgir problemas en cuanto a la delimitación entre actos de reproducción y los de comunicación pública, e incluso con los de transformación, no quiero ahondar en la conflictiva doctrinal, sólo pretendo una rápida exposición del régimen en el que quedan las creaciones por la aplicación de la Ley. Apuntamos dos límites a este derecho, el primero serían las reproducciones provisionales o efímeras que son parte del proceso de puesta a disposición de las obras (TRLPI, art 31.1), el segundo se trata de la copia privada, que se refiere a los actos de reproducción que se realicen en el ámbito doméstico para uso propio y que

no sean objeto de utilización colectiva ni lucrativa (TRLPI, art 31.2), en ambos casos no cabe apreciar acto de reproducción alguno. b) *Derecho de Distribución*, el artículo 19.1 dice: '(...) *la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma.*', para separar los actos de distribución de los de comunicación pública seguiremos el criterio que propone Bercovitz, de esta manera, la observación del tipo de obra que se trate será la cuestión básica, pues según sea éste, no es lo mismo que se haga mediante original que con copias. En el primer caso, si se pone a la venta el único original se estaría distribuyendo de manera automática, en el segundo, dependerá del número de copias, el tipo de obra y la naturaleza y finalidad de la difusión²¹. De esta manera, los actos de distribución aparecerán con carácter general de la manera que indica la normativa, es decir, mediante *su venta, alquiler, préstamo*. c) *Derecho de Comunicación Pública*, de acuerdo al artículo 20²², son dos los caracteres de esta facultad: los actos de comunicación se deberán producir sin que exista una distribución previa, además, el acceso ofrecido tiene que ser a una pluralidad de sujetos. Hasta antes de la irrupción de las NTICs, esta facultad se reservaba casi exclusivamente para los actos

21 Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 87-88.

22 TRLPI 20.1, '*Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo.*'

donde se producía simultaneidad entre la exposición de la obra y el acceso de un público, más o menos, cuantioso, como en el cine, el teatro o un concierto. Sin embargo, nuevas formas de explotación como el pago por streaming de películas, pueden no encajar con este planteamiento, y sin embargo parecen comunicaciones públicas. En el Derecho de la UE se ha corregido esto mediante la Directiva 96/6/CE, que transpone nuestro TRLPI de este modo: '*No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo.*', además, se combina con la reglamentación de las retransmisiones por cable o satélite, lo que pone de manifiesto que la localización del hecho físico de la comunicación no es tan determinante como que la obra pase del ámbito doméstico, protegido por la copia privada, al público por ser accesible para una mayoría de personas, no importando que haya simultaneidad en su acceso. d) *Derecho de Transformación*, '*La transformación de una obra comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente.*' (TRLPI, art 21.1), es decir, son actos que se realizan sobre una obra preexistente con el fin de elaborar una obra derivada, que generará DATs en favor del transformante. Existe una relación entre ésta y la facultad moral de integridad de la obra, pero podemos decir que una vez que el autor ha negociado la cesión, sólo tendría sentido acudir al contenido moral para impedir la transformación si ésta transmite un sentido deformado o atenta contra el honor del autor. Por la novedad de las NTICs había una polémica si sobre la digitalización significaba transformación, pero dado que esto sólo supone cambiar la obra de so-

porte, finalmente se resolvió que no significaba acto de transformación alguno. Tampoco se aprecia transformación por la inclusión de mecanismos anti-copia en las obras digitales, por ejemplo los DRM en los ebooks, así como tampoco cabrá su apreciación en el empaquetado que se hace de los contenidos digitales en la navegación por la Red.

Finalmente nos concentraremos en los Derechos Morales, aunque su aclaración no es tan determinante para nuestra crítica como lo anterior, sí que merecen ser tenidos en cuenta debida su particularidad específica. A diferencia de los contenidos patrimoniales del DATs, están íntimamente unidos a la personalidad del autor, por lo tanto son irrenunciables e inalienables. Son tres las características comunes de su régimen, son imprescriptibles, sobreviven a la muerte del autor, no teniendo un límite de vigencia; segundo, son inembargables al devenir de la naturaleza personal de su origen; tercero, no son derechos absolutos, ya que su ejercicio no puede suponer condiciones de abuso, las cuales serán controladas por los tribunales, por lo tanto no conceden un carácter discrecional total dado que encuentran un límite en las necesidades sociales²³. El TRLPI ofrece en un listado en el artículo 14 el contenido moral de los DATs, el cual comprenderá: a) *Derecho de Divulgación*, que confiere al autor la potestad de hacer accesible para una generalidad de público su creación, además de elegir si lo quiere hacer bajo su nombre o seudónimo o signo. b) *Derecho de Paternidad*, derecho a que se reconozca al autor como creador de la obra, funciona también como una especie de derecho

23 Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 133.

a la revelación en las obras que no se divulguen con su nombre. De esta manera, son dos las formas de reclamaciones más usuales por éste, las de plagio y las de reconocimiento. c) *Derecho de Integridad*, el autor tiene derecho a que su obra se divulgue de acuerdo a su deseo, de manera que el ofrecimiento de ésta, de una forma contraria a como se estipuló, lesionaría esta facultad. Ya dijimos arriba los problemas que podían surgir respecto a las transformaciones, y más si tenemos en cuenta la no necesidad del consentimiento del autor en caso de las cesiones en exclusiva. d) *Derecho de Modificación*, el autor puede modificar el contenido y la forma de su obra, si bien, tendrá que respetar el derecho de sus cesionarios, éste no implica la creación de una obra derivada, sino el cambio de la original. e) *Derecho de Retirada*, junto con el reconocimiento del autor, es la facultad que más carga ética tiene, da la posibilidad de retirar del comercio las obras una vez divulgadas por un cambio profundo en las convicciones morales del autor, sin perjuicio del pago de una indemnización. f) *Derecho de Acceso al Ejemplar Único o Raro*, cuando éstos se encuentran en manos de tercero el autor puede acceder a éstos con fines comerciales, pero tendrá que indemnizar y no podrá pedir que la obra se desplace.

3. Implicaciones del Mercado de Bienes Culturales

La primera implicación del uso sistemático de la legislación de los DATs se encuentra en el la construcción de un mercado capitalista para que éste provea de remuneración a los creadores y anime a la producción y la innovación de las obras.

Así, la percepción de la ganancia económica se vuelve fundamental, y los agentes encargados de servir como medio de entrada en este nuevo espacio serán las empresas culturales. Como hemos visto, la evolución convergente de los sistemas de protección a nivel internacional, ha implicado que los diferentes mercados nacionales funcionen de manera integrada a escala internacional, con lo que los grandes dominadores del sector lo son a nivel planetario, lo que hace que estas implicaciones del imaginario que exponemos ahora mismo, no sólo sean importantes para el modo de producción en occidente, sino que es una cuestión global. Merced a esto vendrá una de las peores consecuencias que ya denunciamos, es decir, un régimen hecho a medida para las naciones ricas del Norte se extiende sin ninguna adaptación ni modulación sobre las que son más pobres. El problema lo identificábamos porque en un tema tan sensible como la participación y acceso a la cultura, el sistema legal se debería adaptar a las situaciones e idiosincrasia propia de las diferentes regiones. Más tarde analizaremos las consecuencias de esto, ahora resaltamos los tres vectores definitorios del imaginario proyectado por el Mercado de Bienes Culturales: la transformación epistémica del conocimiento, la ficción jurídico-mercantil de las obras y la metafísica mercantil y lo sublime comercial.

a) *Transformación Epistémica del Conocimiento*, la teoría de la escuela de la economía neoclásica destaca la pertinencia de los mercados en régimen de libre competencia como mecanismo para la atribución del precio a las mercancías, pues supone que ofrece el medio perfecto entre los costes de fabricación, la existencia del producto y el deseo de consumirlo. Esto

ha tenido un impacto primordial no sólo en el propio conocimiento, sino en la forma que es pensado como valor presente en la sociedad. Con la explosión del movimiento ilustrado en la Francia del XVIII, éste toma una posición central, es un valor intrínsecamente bueno que no tiene porque encontrar justificación en nada exterior a él mismo, el *sapere aude* representaba una meta en sí, de tal modo, que la libertad para aprender e investigar se configura como una de las bases diferenciales con respecto al Antiguo Régimen²⁴. En la introducción utilizábamos una cita de Innerarity para destacar que este podía ser visto como un valor fundamental en la configuración del espacio democrático, lo que trae causa de lo que venimos apuntando. Pese a esto, la deriva que han ido adquiriendo los DATs está cambiando esta noción, como veremos, ahora, al transmutar la naturaleza de las obras en objetos de intercambio mercantil, el conocimiento ya no tiene ese valor radical que decíamos, el valor del mismo, la posibilidad de permanecer en el imaginario colectivo o las leyes que lo rigen, estarán en función de condicionantes económicas, por lo tanto, éste tendrá un juez exterior a sí mismo que irá determinado su existencia y evolución. Hay que tener en cuenta, que si hacemos un rastreo histórico desde la imprenta, las obras han visto cambiar mucho las medidas de protección, y no siempre han servido para protegerlas más o dar más cobertura a los autores, sino que a veces, en los continuos cambios de la legislación, se han fortalecido sólo las posiciones de los comercializadores. El ejemplo más claro de esto lo tendríamos en la famosa Copyright Term Extension

24 Muñoz, B. Modelos Culturales. *Teoría Sociopolítica de la Cultura*, Anthropos, México, 2005, pp. 31-32.

Act de los EEUU, esta ley elevaba el plazo de vigencia del copyright de 50 a 70 años, pero lo más curioso es que se hizo en 1998 poco tiempo antes de que expirasen los derechos sobre Mickey Mouse que ostentaba Disney. Tan descarada fue la presión lobby de la compañía para conseguir que la redacción, que tanto perseguían los grandes actores del sector cultural, se implantara en ese momento que a esta norma se la conoció con el peyorativo nombre de Mickey Mouse Protection Act²⁵. Acciones como estas denotan ese cambio epistémico, en este sentido, dada la inmaterialidad que implican las obras, los DAT tienen la difícil tarea de la creación de una mercancía ficticia²⁶. El gran cometido que tienen que abordar es el de cumplir con la mágica misión de cambiar la naturaleza misma de las obras para que su circulación y tratamiento se pueda hacer con los mismos instrumentos que se utilizan para las mercancías usuales de la producción industrial, y de esta manera

25 Lessig, L. *Por una Cultura Libre. Cómo los Grandes Grupos de Comunicación Utilizan la Tecnología y la Ley Para Clausurar la Cultura o Controlar la Creatividad*, Traficantes de Sueños, Madrid, 2005, pp.149-150.

26 Las mercancías ficticias son aquellas que técnicamente no se pueden entender como mercancías porque su naturaleza les hace tener un régimen de circulación y existencia diferente al del resto. Tal es el caso del trabajo, el cual es una unión indisoluble entre el sujeto que realiza el esfuerzo y la captación de su actividad como ganancia económica. La gran novedad del sistema capitalista es la transformación de este tipo de mercancías especiales en algo usual que se puede tratar de la misma manera, y con los mismos cálculos que se usan para las mercancías comunes como el acero o del carbón. Ver: Polanyi, K. (1989): *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, Ediciones La Piqueta, Madrid, pp. 123 y ss.

tener el mismo valor que tiene cualquier otra cosa que se intercambie²⁷.

b) *Ficción Jurídico-Mercantil de las Obras del Conocimiento*, según lo anterior, los DATs tienen la tarea de transformar la naturaleza de las obras, esto supone el establecimiento de una ficción jurídica basada en la lógica de las mercancías. Ésta tiene que hacer que los caracteres que se supone que deben aparecer en los objetos que se intercambian en los mercados sean también apreciables en las obras. Así, las experiencias vitales, los contextos culturales o la propia comunicación tienen que ser transmutados en algo que se asemeje a la materia prima que consume la industria, siguiendo a Lazzarato y a Negri, esto socialmente implica que: '*La actividad del intelectual [y el mismo desarrollo de la cultura], ya se ejerza en la formación o en la comunicación, o en los proyectos industriales o incluso en las técnicas de las relaciones públicas, etc., en todos los casos, el intelectual [y la cultura] ya no puede estar separado de la máquina productiva.*'²⁸. Para probar nuestra afirmación tendremos que analizar tres características determinantes para que un objeto pueda ser considerado como adecuado para entrar en el mercado: la escasez, la rivalidad y los costes marginales de producción. a) *Escasez*, esta característica es un elemento indispensable del sistema de precios, en base a ésta se obtiene uno de los factores más importantes

27 Sábada, I. 'La Sociedad Del Conocimiento Y La Propiedad Intelectual. Mercancías Ficticias Innovación Y Redes Sociotécnicas', en *Papeles del CEIC*, No. 36, Marzo, pp. 6-7, 2008.

28 *Op. Cit.*, Lazzarato, M. y Negri, A., en Rodríguez Arkuate, N. 'Artes Visuales Y Cultura Libre. Una Aproximación Copyleft Al Arte Contemporáneo', Tesis Doctoral, Departamento de Pintura, Universidad del País Vasco, 2008, p. 88.

para el cálculo del equilibrio entre la oferta y la demanda, determina el volumen de productos que se ofrecen en el mercado. Por ejemplo, en el cálculo del precio de la oferta del petróleo, el valor determinante es la producción de crudo, así, cuando éste se vaya volviendo más escaso, los precios se incrementarán. Sin embargo, intentar importar esta característica de los objetos materiales a los objetos inmateriales de la creatividad es bastante problemático. Como el estudioso de los DATs Shiva Vaidhayanathan remarca '*There is no natural scarcity of ideas and information*'²⁹. El conocimiento no es escaso, porque para decir esto tendríamos que tener una magnitud con la que comparar, aunque puede ser muy difícil de medir los saberes son limitados, sin embargo, como su consumo no es igual que el del petróleo, no es crematístico, la escasez no sirve para determinar y calcular su precio. b) *Rivalidad*, de la mano de esta circunstancia nos viene el siguiente aspecto de las mercancías. La rivalidad viene a implicar que cuando el sujeto accede a una mercancía, puede ponerse *erga omnes* al uso de ésta. Esta es la principal característica de la propiedad privada, la cual no se ve limitada por nada menos por las excepciones legales, ésta es fundamental porque posibilita la existencia de mercados capitalistas. Sin embargo, la rivalidad en los conocimientos es bastante difícil de apreciar, la frase que mejor ejemplifica esto se le atribuye popularmente a Bernard Shaw, la cual dice: '*Si tú tienes una manzana y yo tengo una manzana e intercambiamos las manzanas, entonces tanto tú como yo seguiremos teniendo una manzana. Pero*

29 Vaidhayanathan, S. *Copyright And Copywrongs. The Rise Of Intellectual Property And How It Threatens Creativity*, New York University Press, New York, 2001, pp. 15.

si tú tienes una idea y yo tengo una idea e intercambiamos las ideas, entonces ambos tendremos dos ideas.'³⁰. En efecto, el DAT al imponer restricciones en la circulación y el acceso, asemeja la circunstancia de la rivalidad de las mercancías físicas a las creaciones, es decir, mediante este dispositivo se logra que en la circulación por el mercado de *La Conjura de los Necios* no se realice según el modelo de las ideas, sino como el de las manzanas. Si tu te inventas una forma de atarte los cordones y yo te la copio, nunca podrás sentirte perjudicado en tu uso, a menos que exista un mecanismo de exclusividad legal para la comercialización de tu idea basado en el pago por el acceso, que es precisamente la ficción radical del DAT. c) *Costes Marginales de Producción*, además de la escasez, para la fijación de los precios en el mercado, es necesario observar los costes de producción. De hecho, la razón de que en el mercado de bienes culturales veamos grandes operadores, es que el coste de producción de los ejemplares de las obras sólo se puede bajar mediante la fabricación en gran cantidad. Pensemos que la máquina industrial para la producción de libros, discos o películas, supone fuertes desembolsos que sólo pueden ser atajados mediante las llamadas economías de escala. Sin embargo, la evolución en la capacidad de proceso de las tecnologías informáticas y el constante avance de las NTICs, está empezando a hacer mella en esta afirmación. A diferencia de los tornillos, los coches o la producción de bombillas, las mejoras de los dispositivos informáticos han afectado terriblemente

30 Ver: http://es.wikiquote.org/wiki/George_Bernard_Shaw Lessig, L. *Por una Cultura Libre. Cómo los Grandes Grupos de Comunicación Utilizan la Tecnología y la Ley Para Clausurar la Cultura o Controlar la Creatividad*, Traficantes de Sueños, Madrid, 2005.

a la forma de distribución y acceso a las obras. Hoy en día es posible hacer miles de copias, sin que exista un empeoramiento del producto final por hacer una copia de la copia de la copia del original, a diferencia de una fotografía en papel o la misma reproducción reprográfica, además esto está a golpe de click, tanto para los textos, como para las imágenes, como para el cine o la música. Y por si fuera poco, podemos decir que es posible ofrecer las obras digitalizadas a nivel mundial sin necesidad de ninguna infraestructura propia despreciando las distancias geográficas. Por lo tanto, podemos llegar a decir que la reproductibilidad de las obras está cercana a ser perfecta, haciendo que los costes bajen tanto que según la lógica económica, si fuera un mercancía corriente, el régimen óptimo sería el de bienes públicos³¹. Debido a estos tres puntos que hemos expuesto, podemos decir que los DATs establecen una ficción que transmuta mágicamente la naturaleza y posibilidades de las creaciones para que entren en un molde establecido por la observancia de las características de los objetos físicos, lo cual cosifica y reduce el potencial emancipatorio de las obras y la tecnología.

c) *Metafísica del Mercado y lo Sublime Comercial*, por último nos tendremos que centrar en dos aspectos, si con los anteriores puntos hemos dicho que el conocimiento se vuelve un valor económico y se transforma en mercancía, ahora veremos las implicaciones que tiene la constitución de un mercado de bienes culturales a nivel axiológico. Para ello observaremos: a) *metafísica del mercado*, según Juan Torres López las cuatro características en la configuración del sujeto que interviene

31 Perelman, M. *Steal This Idea*, Palgrave Macmillan, New York, 2003, pp. 182.

en el mercado son³²: primero, *conducta individualista*, lo único importante es el interés del individuo específico que actúa en el mercado, de esta manera los intereses colectivos sólo son yuxtaposiciones de intereses individuales; segundo, *comportamiento racional*, existe una racionalidad en los intervinientes en el mercado en un doble sentido, las acciones que realizan son coherentes con respecto a los fines perseguidos, y los medios que se emplean son los adecuados, así, el sujeto sabe lo que quiere y le interesa, y, a su vez, está en condiciones de enjuiciar los medios utilizados; tercero, *conducta egoísta*, debida esta racionalidad y la individualidad del sujeto, éste siempre tenderá a buscar una utilidad individual de sus acciones, la famosa mano invisible de Smith dice que esto no es un defecto, sino que si todos nos comportamos de esta manera egoísta el mercado ofrecerá la mejor solución para todas las partes, logrando así un bien común mayor; cuarto, *estrategia maximizadora*, la teoría económica ofrece una solución matematizada centrada en la utilidad para dar cuenta de las elecciones, así, el sujeto tenderá a asumir un nivel de precios que sea igual al punto donde utilidad marginal menos los costes marginales sean cero, es decir, un sujeto debe comprar un libro si la utilidad que le va a reportar es igual o mayor a lo que le supone el precio de la adquisición. El dibujo de un sujeto de acuerdo a estos cuatro principios es un resultado de una reflexión moral; no algo basado en un principio racional universalmente válido, no hay que olvidar que el propio Adam Smith era Catedrático de Ética, no de física, matemáticas o cualquier otra de las llamadas ciencias naturales. Así, dis-

32 Torres López, J. *Economía Política*, Ediciones Pirámide, Madrid, 2000, pp. 88-89.

frazado de teoría objetiva se extiende el comportamiento del individuo occidental sobre toda la sociedad mundial, en palabras de Boaventura de Sousa Santos, esto supone un localismo globalizado, lo cual es origen de relaciones asimétricas de dominio³³. Lo que se opone a este comportamiento es tachado de ilógico, no consecuente y objeto de cambio para alcanzar mayores cotas de bienestar. Es un planteamiento discriminatorio que ataca la diversidad que debería ser protegida en un sistema democrático, además escamotea las posibilidades liberadoras que puede tener la Red que podría permitir una circulación, producción y acceso al/ del conocimiento más inclusiva y abierta. b) *Sublime Comercial*, al establecer el mercado como dispositivo para la vida en el espacio público de las obras del ingenio también su criterio de funcionamiento se erige como el juez de ésta. Es decir, el valor buscado, preferente, el que anima el propio mercado a conseguir, no es la excelencia creativa o nuevos desarrollos del conocimiento o promocionar la diversidad cultural, es la creación de objetos que cumplan con el criterio *utilidad igual o superior a los costes*. Esto quiere decir que el mercado anima a que los comercializadores busquen obras que su coste de adquisición y producción no superen a los beneficios derivados de su venta, dado que ésta es su utilidad, y al mismo tiempo, que el autor produzca pensando en una futura venta. Dado que el mercado tiende a instrumentalizar la utilidad y a compararla con el rendimiento económico, el valor sublimado es lo comercial, esto hace ver que los cuadros que más caros se venden en las subastas son los

33 Santos, B. *Sociología Jurídica Crítica. Para un Nuevo Sentido Común en el Derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 2009, pp. 309-311.

mejores, o que los escritores de best-sellers sean más recompensados y reconocidos que los poetas. Lo que queremos resaltar es que si el objeto de la legislación es promocionar el conocimiento, tanto en su acceso como en su desarrollo, la sublimación de lo comercial puede que no sea el método aconsejable para el estado de la tecnología y las necesidades sociales actuales. Además de todo lo que comentamos, depende de la posibilidad de hacer un cálculo de la utilidad de las creaciones, lo cual no creo que sea realizable. ¿Qué es más *útil* el blues o la bulería?, planteárselo no tiene sentido. Estirándolo mucho, lo único que se podría hacer es ordenar las preferencias, pero esto no ofrece un valor fijo, porque las distancias de separación son imposibles de cuantificar en una unidad fija estandarizada.

4. Relaciones entre los Derechos de Autor y el Modelo Democrático

Aunque hemos ido vislumbrado ya algunas críticas, ahora, presentaremos las principales consecuencias para la participación y acceso en el conocimiento que se derivan de todo lo anterior. Hemos destacado tres puntos de interés donde creemos que las interacciones son más problemáticas, conviene decir que nuestra crítica se centra en el mandato constitucional de promoción de las ciencias en beneficio del interés general y el acceso a la cultura del artículo 44, así como el Derecho Fundamental a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica del 20.1.b. De esta manera, nos centraremos en la situación de concentración en el mercado de los operadores comerciales, el uso de los DATs como barrera

de acceso al mismo, y las implicaciones fácticas del uso generalizado de programas propietarios por parte de las Administraciones Públicas.

a) *Concentración en el Mercado*, la evolución de los mercados de bienes culturales está tendiendo cada vez más a una concentración de las grandes corporaciones del sector. Al crearse un mercado de dimensiones globales, las economías de escala son más rentables para los operadores que las pueden poner en práctica, esto implica que además de la ventaja por tamaño y actividad, están protegidos por el coste de entrada que supone la fabricación, dado que al beneficiarse de su posición y tamaño para abaratar los costes merced al volumen de su producción, obtienen ventajas imposibles de conseguir para un competidor nuevo y más pequeño. Castells, en *Comunicación y Poder*, destaca esta situación denotando la existencia de siete dominadores en las telecomunicaciones, y cuatro en lo que respecta al mercado de Internet. Las primeras serían: Time Warner, Disney, NewsCorp, Bertelsmann, NBC Universal, Viacom y CBS. Por otra parte están las cuatro grandes empresas informáticas y de Internet: Google, Microsoft, Yahoo y Apple, además el propio autor destaca la existencia relaciones y prácticas coligadas entre estos once superagentes para coordinar una actuación de no beligerancia entre ellos y de protección de las posiciones³⁴. Por lo tanto, la imagen, más que de un mercado en competencia perfecta del que derivan beneficios para todos al establecerse el nivel de precios óptimo, se trata de un oligopolio del que dimana un poder para manejar la producción, el acceso y la distribución de la cultura que

34 Castells, M. *Comunicación y Poder*, Alianza Editorial, Madrid, 2009, pp. 117 y 163.

nos retrotrae a la situación anterior al DAT, donde toda la producción estaba controlada por los privilegios de impresión que concedían los soberanos absolutistas. Además, hay que recordar que estamos hablando de empresas capitalistas, cuyo objetivo no es el de promocionar la cultura, sino el de maximizar beneficios. El mandato Constitucional implica que se busque un sistema que promueva la creación y de un sustento a los autores para que puedan dedicar todos sus esfuerzos a esta tarea. La lógica interna de los DATs lleva a ver como construyendo un sistema de mercado este mandato quedaba cubierto, sin embargo, dada la deriva de concentración, estamos asistiendo a una fractura de los mismos. Las empresas con una fuerte posición pueden influir en las preferencias de los agentes del mercado, mediante la publicidad, la acción en los precios o estrategias de marketing, sin embargo, las que no gozan de esta capacidad se encuentran en desventaja. Un sistema oligopólico, desde el prisma de la economía, trae serias ineficiencias, ya que los precios no son el resultado de la competencia, sino de las estrategias trazadas por los dominadores del mercado. Un sistema democrático no se puede permitir una situación como esta, y menos en el mundo de la información y la comunicación en el que hoy en día nos movemos. En el primer apartado de este artículo mencionamos a Rifkin y su idea sobre la Era del Acceso, sin duda ésta nos ha ayudado a encajar el comentario sobre la concentración de los medios que hemos propuesto, resaltando que en la actualidad la diferencia entre los que tienen acceso y los que no, puede suponer serias exclusiones, motivo por el cual juzgamos este escenario como pernicioso para el sistema político.

Pero además de la reducción del acceso, también hay que ver como la posición de dominio de estas empresas, y su peso cada vez mayor en las economías nacionales, ha ido impulsando una legislación que ataca la propia calidad del acceso. En relación a esto nos referimos a dos realidades diferentes, de una parte, tendríamos que el constante incremento de los plazos de duración de los derechos patrimoniales implica que se retrasen cada vez más la entrada en el dominio público de nuevas aportaciones³⁵. Esto es importante porque si tenemos en cuenta que el cálculo de la duración de los plazos se hace en función de garantizar una retribución a los autores, y ofrecer un estímulo para atraer los esfuerzos sociales en trono a la creación y el desarrollo de ideas nuevas, no es posible sostener ninguna razón para una mayor vigencia. Si antes los mercados de bienes culturales eran menos rentables, porque, de un lado, no existían los mismos consumidores potenciales, debido a los porcentajes de alfabetización menores, y por otro, que los precios de producción han bajado enormemente, ya que la digitalización de las obras y las NTICs hacen posible la producción de vídeo, música o texto con un coste mucho menor, es imposible encontrar una justificación para que el tiempo de explotación sea mayor. La única explicación posible es la presión de las grandes empresas sobre los legisladores en pos de la obtención de

35 Para hacernos una idea general de como ha ido evolucionando la escalada en la duración de los plazos resulta especialmente útil la tabla que enlazamos a continuación, si bien, se trata de un estudio sobre el derecho de EEUU, dada la evolución convergente de la normativa, no supone una merma de su importancia. Url: http://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/thumb/2/2f/Copyright_term.svg/1000px-Copyright_term.svg.png.

un régimen más rentable, sin embargo, si no se respeta un balance mínimo, a quién se le resta es a la sociedad en general, ya que cada vez tiene que soportar mas tiempo, sin que esté justificado el aumento, para ver como los conocimientos se reintegran en el todo del dominio público. De otra parte, esta posición de dominio de las compañías les otorga un poder privilegiado a la hora de negociar las cesiones de los derechos con los autores. Como remarca Ruth Towse, el precio de las tasas que cobran los autores se decide en el mercado, es decir, los ingresos directos de los autores se calculan en un juego dominado por los agentes oligárquicos. En este espacio la capacidad de un autor frente a la compañía es muy débil, parte de una posición asimétrica que determina unas menguadas posibilidades de actuación. Dada la gran oferta de autores y la poca diversidad de los vendedores, el mercado se está empezando a polarizarse entre unos cuantos autores, que podríamos denominar estrellas, para los cuales las ganancias por los derechos suponen importantes beneficios, y una gran mayoría para los que las cantidades que pueden obtener por las cesiones no supone ninguna ganancia objetiva³⁶. Por lo tanto, además de la instrumentalización de los plazos, tenemos que la acción de los grandes oligopolistas depara la existencia de dos clases de autores, para los cuales el sistema reporta consecuencias diversas. La concentración descrita supone un importante punto de observación para un sector tan clave en el modelo político, si uno de los valores más importantes de hoy en día son los productos del ingenio,

36 Towse, R. 'Copyright and Economics', en vol. col. Firth, S. y Marshall, L. *Music and Copright*, University of Edinburgh Press, Edimburgo, pp. 54-69, 2004.

no son admisibles las distorsiones que entrañan el establecimiento de jerarquías y el manejo de un bien tan determinante por manos que sólo piensan en el beneficio económico y no el social.

b) *DATs como Barrera*, al hilo de esto último, hay que tener en cuenta las ocasiones en que las facultades de los DATs pueden ser utilizadas para obstaculizar, o incluso impedir, la existencia de algunas obras en el espacio público, en la mayoría de los casos por grandes compañías. Ya no nos referiremos a la estructura del mercado, sino a las posibilidades de un abuso, del DAT. Nos remitimos a dos situaciones: primero, casos en los que se usa el DAT para impedir la circulación de las obras, como consecuencia de la cesión de la posibilidad de autorización de las facultades patrimoniales en el caso de que ésta sea en exclusiva, así la administración que se haga por las compañías puede conllevar el perjuicio para la existencia de determinadas obras. Pensemos en el caso de un grupo musical que hace una parodia de una canción y ésta se vuelve un éxito, si la canción parodiada fuera de una tercera compañía, ésta estaría inclinada a impedir su circulación mediante un pleito que pusiese en duda la adecuación de la pieza a la definición legal de parodia. La compañía estaría espoleada porque la parodia podría ser un competidor directo de la original en el nicho de mercado que ocupase, por ejemplo, en el mercado de discos de soul, y a su vez, si la parodia supone un ataque a la original criticando algún aspecto de ésta, la compañía estaría siendo atacada por una pieza surgida de sus propios recursos. Este caso que parece extraño y de laboratorio, sin embargo, es uno de los más famosos de la jurisprudencia estadounidense sobre copyright, me refiero al asunto que se plan-

teo entre el grupo musical 2 Live Crew y la discográfica Acuff-Rose, por una parodia del popular tema de Roy Orbison *Oh, Pretty Woman*³⁷. En este asunto se solucionarían las dudas sobre la aplicación de la normativa de la parodia en EEUU, ya que la compañía denunció al grupo musical por inadecuación con esta figura legal. Lo terrible es que la empresa, mediante el uso de los DATs, quería impedir la puesta a disposición de una obra por el mero hecho de que la consideraba un estrobo para su actividad, sin embargo, el derecho a la libre expresión y la promoción cultural hicieron que los tribunales no reconociesen su petición. Estos casos extremos suponen la perversión total del espíritu de la norma, en vez de servir a la sociedad, la ley es puesta a trabajar para la defensa de unos pocos operadores económicos para que perpetúen sus posiciones de dominio.

En segundo lugar, hemos hablado de casos en los que esta dificultad surge por la propia configuración del sistema, nos referimos a las llamadas obras huérfanas. El desarrollo de esta categoría se la debemos al jurista norteamericano James Boyle, que las estudió para el Centro de Estudios del Dominio Público de la Universidad de Duke³⁸. La categoría de obra huérfana no define propiamente un tipo especial de pieza, sino una situación en la que se pueden encontrar una gran variedad de creaciones, se refiere al caso de las piezas que estando vigentes los derechos que pesan sobre ellas, es decir, sin estar en el dominio público, y debido a los diferentes traspasos que se hayan

37 Para ver el texto completo de la sentencia: <http://supreme.justia.com/us/510/569/>.

38 Boyle, J. *Orphan works. Analysis and proposal*, Durham, Center of the Study of the Public Domain. Duke Law School, 2005.

podido hacerse, encontrar al verdadero detentador del DAT puede resultar casi imposible. Si ponemos un ejemplo práctico se comprenderá mejor, imaginemos un director de cine que realiza un pequeño corto y firma la cesión exclusiva para su explotación con una compañía que entra en quiebra, y como parte del concurso de acreedores liquida los bienes que tiene, entre los que se encuentran los derechos que ha ido adquiriendo durante su vida comercial. El derecho de nuestro autor ficticio es absorbido por una tercera productora que forma parte del entramado de una de las grandes corporaciones del sector, recordamos que en este caso el consentimiento del autor no es necesario. Si la cesión fuera en exclusiva, podría darse el caso de que la compañía adquirente traspasase a otra los derechos, y según el 49 del TRLPI, si este negocio se realiza sin consentimiento no queda anulado, sólo se prescribe la responsabilidad solidaria de las dos, por lo que esta situación se podría dar varias veces, complicando aún más la localización del autorizador válido para el uso, transformación o difusión de la pieza. Si existe algún interesado en hacer una versión del corto de nuestro autor, o hacer una adaptación literaria o teatral, se vería ante la circunstancia de no saber a quién se tiene que dirigir para negociar. Como apunta Boyle, la posibilidad de tener que afrontar un juicio por la violación de los DATs puede implicar un riesgo tan grave que desanime a este tercero interesado³⁹, con lo que no sólo pierde la oportunidad de realizar un proyecto que tenía en mente, también el detentador de los derechos pierde la oportunidad de una ganancia, y casi más importante, el autor pierde la ocasión de reactivación de su producción que puede suponer la

nueva puesta en escena que viene de la mano de este tercero. En un segundo plano, aunque no menos importante, la sociedad también pierde la oportunidad de redescubrir algo que se le pasó, o la visión de un nuevo creador sobre algo que ya se conocía. Existiría un efecto colateral que puede tener un peso importante y suponer otra barrera más para los autores que quieran utilizar obras huérfanas en su trabajo. Si la situación de un determinado trabajo resulta extraordinariamente difícil de hallar, se tendrán que efectuar pesquisas específicas, lo cual puede suponer otro coste añadido que puede disuadir aún más. Este incremento puede ser visto como el obstáculo definitivo para los pequeños autores, dado que su posibilidad de investigación y presupuesto es muy reducida. Solamente mediante el establecimiento de un registro público general, en el que figuren todas las obras protegidas podríamos evitar estos costes. Si del régimen legal se derivan una serie de requisitos los cuales son muy difíciles de superar para una generalidad de personas, estamos estableciendo un criterio de discriminación económica en la participación y en la producción de los materiales culturales.

Esta situación no es ni mucho menos extraña o una singularidad para su estudio académico, como ilustra la situación del colectivo que ha crecido alrededor del llamado *abandonware*. Este tipo de software lo integrarían programas de ordenador, en su mayoría juegos, que se publicaron hace tiempo y que podrían ser considerados obras huérfanas, de hecho el propio nombre del término hace referencia

³⁹ *Ibid*, pp. 6-7.

a programas abandonados⁴⁰. Pese a su antigüedad, y pérdida de interés a nivel general, existen grupos de entusiastas de este tipo de software, los cuales tienen deseos de utilizar estas obras, ya sea para su reproducción, difusión o modificación. Estos aficionados se encuentran con todas las dificultades que hemos descrito en los casos de orfandad, sin embargo, su deseo por estas obras es grande, y en un principio, debido a que muchas compañías ni eran conscientes de ello, las trataron como si estuvieran en dominio público. Posteriormente, la crecida del número de entusiastas llamó la atención de las empresas y éstos supieron que tenían que cambiar. Así, decidieron hacer unos códigos para poder considerar que un programa era *abandonware*, apreciada esta cualidad se lo incluye en las listas de software abandonado y se distribuye entre la comunidad. Aunque los criterios pueden variar de un grupo a otro⁴¹, con carácter general suelen incluirse requisitos como que haya pasado un cierto tiempo desde su lanzamiento, que los desarrolladores del mismo no prohíban esta práctica, que no sea posible su compra o que no se cause perjuicio económico al detentador del DAT. Son conscientes de que su actuación viola el copyright, pero debido a el estado de la cuestión han

40 Para ver una mirada más amplia de este fenómeno son interesantes las siguientes noticias aparecidas en el diario El País: http://elpais.com/diario/2002/03/28/ciberpais/1017286527_850215.html, http://elpais.com/diario/2005/03/24/ciberpais/1111632026_850215.html, http://elpais.com/diario/2002/03/28/ciberpais/1017285873_850215.html.

41 Para ver ejemplos de estos requisitos ver: <http://www.sedice.com/modules.php?name=Forums&file=viewtopic&t=20600>, <http://www.abandonwarering.com/?Page=FAQ#1G> o <http://www.clasicosbasicos.com/proyecto/que-es-abandonware>.

preferido hacer una declaración para que se vea que su objeto no es perjudicar a nadie, sino usar estas obras, aún cargando con la posibilidad de una denuncia. Aquí se ilumina claramente el perjuicio democrático que causan los DATs en la actualidad, dado que obliga a ponerse en una situación comprometida a los sujetos que sólo quieren utilizar un programa de ordenador. Esto es doblemente perverso, ya que también el beneficio que se genere por la reactivación de un catálogo antiguo pertenecerá a las mismas compañías que están en disposición de denunciar, con lo que conseguirían las ganancias de la indemnización por la infracción y las que recogerían por las ventas ulteriores.

c) *Uso Sistemático por Parte de las Administraciones Públicas del Software bajo DATs*, en la introducción de este trabajo apuntamos que nos desmarcábamos de las visiones neutras sobre la sociedad actual. Debida a la orientación que recogíamos de Rifkin, consideramos que el uso y la existencia de tecnologías no significaba nada per sé, lo importante era ver el acceso a la información y a la tecnología para poder dictaminar si ésta se usa de manera inclusiva o exclusiva. En este punto es donde resulta particularmente interesante cuestionarnos por el tipo de programas que usan las Administraciones, el modo en que ofrecen los datos e instituyen la comunicación con la ciudadanía y las implicaciones que conlleva esto. En cualquier caso, para caracterizar al software construido conforme al paradigma propietario de los DATs se le suele denominar *Software Privativo* (SP), esta calificación no sólo es por el tipo de licencia que tiene sino por como está constituido. De esta manera, nos referimos a programas que no se ofrecen con su código abierto, donde no es posible la modificación

sin autorización e implican algún tipo de contraprestación económica en base a la utilización de una obra protegida. En contra de esto, se ha generado una noción de Software Libre (SL), que se opone a este modo de producción tecnológica. La proposición de esta manera de construir los programas nos viene de la mano de Richar Stallman, que ya a finales de la década de los 80 del siglo pasado lanzaba con la Free Software Foundation su famoso cuarteto de libertades, las cuales funcionaban como test para poder dar la calificación de SL. Éstas son las siguientes: libertad para ejecutar el programa sea cual sea el propósito, libertad para estudiar el programa y adaptarlo, libertad para distribuir copias y libertad para mejorar y difundir el trabajo resultante⁴². No podemos dejar de llamar la atención sobre esta cuestión, ya que la problematización política de las herramientas tecnológicas que se utilizan a día de hoy es necesaria. En la supuesta era de la información, los útiles que nos permiten acceder a ese valor diferencial merecen un mirada reflexiva que vaya más allá de lo meramente técnico. Ya en el estudio del régimen jurídico de las obras es posible ver un pronunciamiento político subyacente, pero al referirnos a cuestiones que afectan a la Administración alcanza rápidamente el primer plano de nuestra reflexión. De esta manera, aunque ahora también resaltaremos cuestiones económicas y de eficiencia técnica, es importante remarcar que existen garantías básicas, que podrían asegurarse mediante la preferencia por el uso de este tipo del SL, las cuales, un estado democrático debería tener en cuenta⁴³.

⁴² Stallman, R. *Software Libre Para Una Sociedad Libre*, Traficantes de Sueños, Madrid, 2004, pp. 59-60.

ta⁴³. La atención por éste va en aumento, en España ya se están viendo importantes movimientos, e incluso, en el 2008 se creó el CENATIC, *Centro Nacional de Referencia de Aplicaciones TIC Basadas en Fuentes Abiertas*, con el objetivo de erigir una agencia pública para el estudio de la implementación del SL en la Administración⁴⁴.

Aunque es posible destacar una multitud de aspectos respecto a esta cuestión, prefero circunscribir la reflexión a tres ejes primordiales: primero, *implicaciones entre la relación Administración-Ciudadano*. El legislador español, en 2007, dictó la Ley de Acceso Electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (LAECSP), lo que es ya una muestra de la importancia de este punto en la actualidad. Debido a la continua incorporación de las tecnologías a la Administración, la ciudadanía está ganando un nuevo cauce de relación con ésta, sin embargo, hay que estudiar como se produce, ya que gran parte de las posibilidades dependen del modelo de software que escojamos. El primer punto crítico a destacar, es que si para el acceso a la Administración se vuelve necesario el uso de SP, las compañías que copen el mercado instrumentalizarán esta situación para convertirse en una especie de recaudadores de impuestos privados por servicios públicos. En este sentido Rafael Gómez Sánchez, reconoce: *'Al igual que los impuestos pagados por los con-*

⁴³ Martínez Usero, J. A. 'La Utilización del Software Libre y los Formatos Abiertos en la Administración Pública', en *Revista de Derecho Informático*, N° 96, 2006.

⁴⁴ Es importante ver que en la propia página del Centro se da una definición de Software Libre que reproduce el esquema de libertades propuesto por Stallman. Ver: <http://www.cenatic.es/sobre-el-software-libre>.

tribuyentes deben servir para la construcción de la infraestructura y tejido social del país, los recaudados por Microsoft, o por la empresa de software de turno, representan el tributo necesario para asegurar el acceso a la información' ⁴⁵. Estas empresas no tienen como principio de actuación la promoción del acceso, como hemos dicho, la maximización de la ganancia es lo que las mueve, y en el caso de la relación de la ciudadanía con sus administraciones no parece que vaya a apoyar el principio democrático de la participación, cosa que se podría obtener si se ofreciera una alternativa de SL, que no impone un precio a pagar por el usuario. En segundo lugar, las posibilidades que brindan las NTICs permiten una relación dual que no se podía alcanzar antes, las Administraciones son productores de datos gigantescos, los ciudadanos, gracias al empleo de las tecnologías, pueden usarlos de los modos más diversos. El derecho a ello debería estar garantizado, de hecho los artículos 45 y 46 de la LAECSP, están dedicados a la reutilización y a la transferencia de conocimientos. Hay que tener en cuenta que si sólo se opera sobre SP, los formatos sobre los que se trabaja también tendrán esta condición, lo que conlleva a su vez, que para utilizarlos haya que adquirir esos programas privativos. Si la transferencia de la información se hace en formatos abiertos las posibilidades que se abren tanto para las empresas, como para los colectivos ciudadanos, son inalcanzables por otra vía. El propio Ministerio de Administraciones Públicas reconocía esto en 2004: '*Estas recomendaciones reconocen la responsabilidad que tienen*

45 Gómez Sánchez, R. 'Software Libre vs. Software Propietario: Programando Nuestro Futuro', en *Historia Actual Online*, N°2, 2004, 125-140 pp.

las Administraciones europeas en cuanto a asegurar que el acceso a la información del sector público y las interacciones con los ciudadanos y las empresas se produzcan en condiciones de neutralidad tecnológica y de producto' ⁴⁶.

El segundo de nuestro ejes se refiere a las consecuencias que tiene para la propia configuración de la Administración que su funcionamiento se centre en el SP. Podemos señalar tres importantes puntos de incidencia de esta cuestión, en primer lugar sobre la transparencia, en el SP, al no distribuirse con su código, los usuarios no pueden estudiar como funciona el programa. Si la Administración trabaja con herramientas que no sabe como son realmente, por mucho que quiera, siempre habrá un resquicio en el que la transparencia no es total. Aunque pueda sonar dentro de la teoría de la conspiración, no deja de resultar una idea inquietante las afirmaciones de algunos autores como Gómez Sánchez, que señalan como Francia, apoyada por Alemania, llegó a recelar de la posible conexión que podría existir entre Microsoft y los servicios de inteligencia de EEUU, ya que como Windows es el sistema operativo más extendido, se podría aprovechar el secreto de su código fuente para introducir en él algún programa de espionaje⁴⁷. De un modo no tan especulativo, nuestro segundo punto se refiere a la dependencia del proveedor de software. Si las Administraciones sólo trabajan con una plataforma de SP, dado

46 *Opt. Cit.* p. 5, Gómez Sánchez, R. 'Software Libre vs. Software Propietario: Programando Nuestro Futuro', en *Historia Actual Online*, N°2, 2004, 125-140 pp.

47 Gómez Sánchez, R. 'Software Libre vs. Software Propietario: Programando Nuestro Futuro', en *Historia Actual Online*, N°2, 2004, 125-140 pp.

que no tienen ni la capacidad, ni la posibilidad, de poder establecer modificaciones por ellas mismas, dependen completamente del proveedor. Es decir, la propia capacidad de la Administración se puede ver comprometida si el propietario del software no responde a las necesidades de ésta, lo que puede derivar en un abuso de la compañía. Quizás el caso más claro de esto serían los juicios antimonopolio contra Microsoft en EEUU, hay dos puntos destacados que nos pueden dar una idea de hasta qué nivel puede ser importante la presión que se puede ejercer. Por un lado, Steve Ballmer, que sustituiría a Bill Gates como director ejecutivo de la empresa, declaró a los medios que si los jueces fallaban en su contra retiraría del mercado Windows⁴⁸, lo que podríamos considerar un claro caso de extorsión corporativa hacia el Estado. Por otra parte, la decisión contra Microsoft supondría la escisión de la compañía en varias partes con lo que el coste de la ejecución podría elevarse demasiado, de hecho, hasta el propio George W Bush prefería, aunque se perdiera el caso, una solución rápida que no ocasionase perjuicio económico, lo que ponía de manifiesto su relación con la empresa⁴⁹. Por último, destacar una implicación más de la dependencia del proveedor y de las consecuencias de que el código no sea abierto, me refiero a que en la relación entre las diferentes Administraciones, puede surgir un grave problema si cada una funciona con SP de diferentes orígenes no compatible entre sí. Dado que, con carácter general,

48 Ver: http://www.cinco dias.com/articulo/empresas/acusacion-modifica-sanciones-propuestas-microsoft-juicio-antimonopolio/20020305cdscdsemp_9/.

49 Ver: <http://www.deseretnews.com/article/786389/States-promise-theyll-stand-firm-in-effort-to-break-up-Microsoft.html?pg=all>.

el SP no se puede modificar y adaptar, la capacidad de interoperatividad entre las diferentes instituciones se verá condicionada a que sus sistemas sean compatibles, o a que los dueños trabajen en su compatibilidad. Sin embargo, el SL, al permitir su modificación, deja que los técnicos públicos tiendan puentes entre las diferentes plataformas, lo que supondría una enorme ganancia pues se evitarían soluciones costosas y las frecuentes duplicaciones de funciones que se dan por la incompatibilidad de las herramientas. El CENATIC, en su análisis sobre el impacto de la LAECSP, en el apartado de las recomendaciones, apunta los beneficios del SL en este sentido y muestra su preferencia por los sistemas GNU/Linux para la implantación dentro del sector público, ya que se garantiza la interoperatividad y la modificación de los mismos⁵⁰.

El último de nuestros ejes se plantea desde una posición un poco más economicista y utilitarista, me explico, por la propia lógica del SP, el acceso a éste genera un pago por parte de los usuarios. En el caso de la Administración, hemos resaltado que políticamente esto implica que los ciudadanos tendrán que realizar un desembolso para adquirir las herramientas necesarias para realizar su derecho. Pero, a su vez, también hay que contemplar que la partida de los presupuestos públicos que se dedica a los gastos de licencias del SP no hace más que aumentar debido a que la Administración Electrónica está cada vez más presente. La revolución de las NTICs ha conseguido que los usos y la dependencia de las herramientas informáticas se incrementen, por lo tanto el gasto es cada vez

50 CENATIC. *Software de Fuentes Abiertas en la Administración Electrónica Análisis del Impacto de la LAESCP en la Administración Pública*, CENATIC, Badajoz, 2009, pp. 22, 125 y 128.

mayor. En tiempos de crisis como en los que estamos, no está de más preguntar si nos podríamos ahorrar algún dinero mediante un cambio del modelo de software. El actual Plan Estratégico de Sistemas y Tecnologías de la Información y la Comunicación de la Consejería de Hacienda de la Junta de Andalucía detalla como el 45% del presupuesto se destina a pagar licencias de programas, y sólo el 55% se dedica propiamente a la prestación de servicios. Lo que podría ser remediado con el SL. Además del ahorro por los costes, existe otra ganancia en el SL, las Administraciones podrían organizar adjudicaciones por concurso para el desarrollo de los programas o los servicios que se requiriesen entre programadores de las Escuelas Universitarias o grupos independientes. Al poderse trabajar sobre el código la competencia sería libre, con lo que la acción de la Administración podría servir para la creación de un escenario que sirviera de promoción para los programadores y su inserción en el mercado laboral, todo sin estar medido por la supervisión del detentador del DAT. La constitución de este terreno de competencia abierta podría llevar a la visibilización de talentos que antes quedaban oscurecidos por no tener oportunidades para emprender sus proyectos.

5. Conclusión

Durante el desarrollo de este pequeño trabajo hemos ido visibilizando los problemas que surgen entre el régimen jurídico de los conocimientos y el modelo democrático, nuestra crítica no supone la injusticia total de los DATs, estos sirvieron para salir del sistema de privilegios de impresión que existía en el Antiguo Régimen, el cual suponía el control censor de los soberanos absolutistas. Sin embargo, igual

que la imprenta cambió el modo en que se veía la producción del conocimiento y ayudó a la consolidación de la libertad de expresión y a la difusión del conocimiento en ese contexto, hoy en día, las NTICs están haciendo que los DATs se queden obsoletos. Hemos apuntado como el Software Libre, y el modelo de gestión de las obras que éste conlleva, puede ayudar al planteamiento de una solución alternativa que recoja todas las capacidades emancipatorias de las NTICs. El DATs es posible entenderlo como una relación triangular entre los autores, que buscan sustento e incentivo, la sociedad, que es la fuente principal de la creación del conocimiento y los comercializadores, entendidos éstos como los grandes dominadores del mercado de bienes culturales”, que llevaban a cabo la tarea de puesta a disposición de las obras. Estos últimos, fueron necesarios porque las obras tenían que materializarse, lo que implicaba una industria cara y especializada, y, a su vez, también tenían que ser transportados para su distribución. Internet a tumbado estas dos contingencias, sin embargo, los plazos de los DATs cada vez son más largos y las empresas del sector más poderosas. El SL, y el imaginario que implica, es una respuesta que nace conforme crecen las NTICs, y puede ser una buena solución a los problemas que planteamos. Los esfuerzos en esta dirección son cada vez más fuertes, incluso encontrando apoyo institucional como el CENATIC. Sin embargo, la proposición de alternativas está en constante ebullición. Las posibilidades democráticas en un futuro marcado por las NTICs queda determinado por el DAT. Para la búsqueda de modelos más inclusivos tenemos que construir alternativas que abran al máximo las posibilidades de participación y acceso en el conocimiento, si el DAT sigue profundizando los efec-

tos perversos aquí expuestos, pronto las diferencias se acrecentarán. Uno de los valores más importantes en la actualidad no puede estar subyugado a los intereses económicos de grandes compañías que sólo son movidas por el incremento del beneficio comercial año tras año.

Bibliografía

Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *Manual de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

Boyle, J. *Orphan works. Analysis and proposal*, Durham, Center of the Study of the Public Domain. Duke Law School, 2005. Documento en Línea: http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=orphan%20works.%20analysis%20and%20proposal&source=web&cd=1&ved=0CDcQFjAA&url=http%3A%2F%2Fweb.law.duke.edu%2Fcsdp%2Fpdf%2Fcsdpproposal.pdf&ei=JvvvULKpFMaG0AXPKIC4Bw&usq=AFQjCNHih_D0jwuz63hP6jdZemXKpdrYA&bvm=bv.1357700187,d.d2k&cad=rja.

Castells, M. 'Informationalism, Networks, and the Network Society: A Theoretical Blueprint', en vol. col. Castells, M. (coord.) *The Network Society. A Cross-Cultural Perspective*, Edward Elgar Publishing Limited, Northampton MA (EEUU), 2004, pp. 3-45.

Castells, M. *Comunicación y Poder*, Alianza Editorial, Madrid, 2009.

CENATIC. *Software de Fuentes Abiertas en la Administración Electrónica Análisis del Impacto de la LAESCP en la Administración Pública*, CENATIC, Badajoz, 2009. Documento en Línea: <http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=software%20de%20fuentes%20abiertas%20en%20la%20administraci%C3%B3n%20electr%C3%B3nica%20an%C3%A1lisis>

http://www.cenatic.es%2Flaescp%2Fpage37%2Ffiles%2FLAECSP_arquitectura_y_procesos.pdf&ei=1_rvUOHtF8zK0AW61oCgCg&usq=AFQjCNGij537ep20LvcFy_CzzAhB_anQiw&bvm=bv.1357700187,d.d2k

Gómez Sánchez, R. 'Software Libre vs. Software Propietario: Programando Nuestro Futuro', en *Historia Actual Online*, Nº2, 2004, 125-140 pp.

Innerarity Grau, D. *La Democracia del Conocimiento. Por una Sociedad Inteligente*, Paidós, Barcelona, 2011.

Innis, H. *Empire & Communications*, Press Procépíc Limited, Toronto, 1986.

Hafstein, V. 'The politics of origins: Collective creation revisited', en *Journal of American Folklore*, Vol. 117, pp.300-315, 2004.

Lazzarato, M. *El "ciclo" De La Producción Inmaterial*, Editorial Brumaria 7, Madrid, 2006.

Lessig, L. *El Código 2.0*, Traficantes de Sueños, Madrid, 2009.

Lessig, L. *Por una Cultura Libre. Cómo los Grandes Grupos de Comunicación Utilizan la Tecnología y la Ley Para Clausurar la Cultura o Controlar la Creatividad*, Traficantes de Sueños, Madrid, 2005.

Machlup, F. *The Production And Distribution Of Knowledge In The United States*, Princeton University Press, New Jersey, 1972.

Martínez Usero, J. A. 'La Utilización del Software Libre y los Formatos Abiertos en la Administración Pública', en *Revista de Derecho Informático*, Nº 96, 2006. Documento en Línea: <http://www.alfa-redi.com/rdi-articulo.shtml?x=6504>.

- May, C. 'The Hypocrisy Of Forgetfulness: The Contemporary Significance Of Early Innovations In Intellectual Property ', en *Review of International Political Economy*, Vol. 14, No. 1, pp. 1- 25, 2007.
- Muñoz, B. *Modelos Culturales. Teoría Sociopolítica de la Cultura*, Anthropos, México, 2005.
- Perelman, M. *Steal This Idea*, Palgrave Macmillan, New York, 2003.
- Pérez Luño, A. E. *Teoría del Derecho. Una Concepción de la Experiencia Jurídica*, Tecnos, Madrid, 1997.
- Polanyi, K. *La gran transformación. Crítica del liberalismo económico*, Ediciones La Piqueta, Madrid, 1989.
- Rifkin, J. *La Era Del Acceso. La Revolución De La Nueva Economía*, Ediciones Paidós, Barcelona, 2000.
- Rodríguez Arkuate, N. *Artes Visuales Y Cultura Libre. Una Aproximación Copyleft Al Arte Contemporáneo*, Tesis Doctoral, Departamento de Pintura, Universidad del País Vasco, 2008
- Ryan, Johnny. *A History of the Internet and the Digital Future*, Reaktion Books, London, 2010.
- Torres López, J. *Economía Política*, Ediciones Pirámide, Madrid, 2000.
- Towse, R. 'Copyright and Economics', en vol. col. Firth, S. y Marshall, L. *Music and Copright*, University of Edinburgh Press, Edimburgo, pp. 54-69, 2004.
- Sábada, I. 'La Sociedad Del Conocimiento y La Propiedad Intelectual. Mercancías Ficticias Innovación Y Redes Sociotécnicas', en *Papeles del CEIC*, No. 36, Marzo, pp. 6-7, 2008. Documento en Línea: http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=la%20sociedad%20del%20conocimiento%20y%20la%20propiedad%20intelectual.%20mercanc%C3%ADas%20ficticias%20innovaci%C3%B3n%20y%20redes%20sociot%C3%A9cnicas&source=web&cd=3&ved=0CDkQFjAC&url=http%3A%2F%2Fredalyc.uaemex.mx%2Fpdf%2F765%2F76500903.pdf&ei=K_3vUOn_CbCa0QXPr4C4AQ&usg=AFQjCNGA_ZNKopYIk62pZiMF23DE4XqRkw&cad=rja.
- Sábada, I. *Propiedad Intelectual. ¿Bienes Públicos O Mercancías Privadas?*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2008.
- Santos, B. *Sociología Jurídica Crítica. Para un Nuevo Sentido Común en el Derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 2009.
- Stallman, R. *Software Libre Para Una Sociedad Libre*, Traficantes de Sueños, Madrid, 2004.
- Sell, S. y May, C. 'Moments in Law: Contestation and Settlement in the History of Intellectual Property', en *Review of International Political Economy*, Vol. 8, No. 3, pp. 467-500, 2001.
- Sherman, P. J. 'The Universal Copyright Convention: Its Effect on United States Law', en *Columbia Law Review*, Vol. 55, No. 8, pp. 1137-1175, 1955.
- Vaidhayanathan, S. *Copyright And Copywrongs. The Rise Of Intellectual Property And How It Threatens Creativity*, New York University Press, New York, 2001.