

TESIS DOCTORAL

2018

El derecho al libre desarrollo de la personalidad en la Sociedad de la Información y del Conocimiento

*The right to the free development of the personality
in the Information and Knowledge Society*

Mariusz Ryszard Kosmider

Magíster de Derecho, *Universidad de Wroclaw, Polonia*
LL.M. Eur., *UNED, España*

Escuela Internacional de Doctorado de la UNED (EIDUNED)
Programa de Doctorado en Unión Europea

Directoras de tesis:

Dra. María Yolanda Gómez Sánchez

Catedrática de Derecho Constitucional. UNED

Catedrática Jean Monnet, *ad personam*

Dra. Cristina Elías Méndez

Profesora Titular de Derecho Constitucional. UNED

Profesora Jean Monnet

Agradecimientos

Quisiera dar las gracias a la Profesora Dra. D^a. María Yolanda Gómez Sánchez, Catedrática de Derecho Constitucional de la UNED y a la Profesora Cristina Elías Méndez, Profesora Titular de Derecho Constitucional de la UNED por ocuparse de la investigación para la tesis doctoral presentada (Julio, 2018).

Resumen

En primer lugar, se pretenderá descubrir y precisar la característica y la acepción jurídicas del concepto del libre y pleno desarrollo de la personalidad del ser humano refiriéndose al entorno normativo, la jurisprudencia y la doctrina jurídica, principalmente españolas, latinoamericanas, alemanas y comunitarias, así como en ocasiones a las consideraciones de otras disciplinas del pensamiento humanista a fin de poder aplicar los métodos de interpretación sistemática y lingüística (literal) para desglosar el contenido y significado jurídicos de nociones y normas relativas. El enfoque en el derecho al desarrollo individual que ofrece la tesis complementa el discurso dominante dentro de las organizaciones de derechos humanos centrado primordialmente en el derecho al desarrollo socioeconómico colectivo de los pueblos. En segundo lugar, se tratará de identificar los rasgos esenciales de relevancia jurídica de la Sociedad de la Información y del Conocimiento (SIC) en el curso de su formación a finales del siglo veinte y principios del veintiuno en relación con el desarrollo de la personalidad del individuo. La SIC constituye un entorno esperanzador para el desarrollo humano íntegro: intelectual, artístico, espiritual y social. Todas las cuestiones abordadas se presentarán a la luz de la legislación, las políticas, medidas y propuestas elaboradas y discutidas dentro de la Unión Europea y los Estados miembros. Orientando el debate hacia el papel del desarrollo individual en la SIC se pretenderá indicar cuáles son en actualidad o deben ser las disposiciones normativas y políticas públicas relevantes para la SIC que faciliten el libre y pleno desarrollo de la persona y de esta manera cumplan los requisitos deducidos del derecho al libre desarrollo de la personalidad, sobre todo en el contexto de poder aprovechar las oportunidades que se ofrecen gracias a las Tecnologías de la Información y Comunicación. El libre e íntegro desarrollo individual consiste en poder componer soberanamente la personalidad y decidir autónomamente sobre el propio proyecto de vida (la libre composición de la

personalidad), así como también en expresarse (manifestarse) libremente hacia afuera (la libertad de acción). Tal alcance de dicho concepto determina los campos legislativos específicos de interés, por lo tanto, se revisará sobre todo la legislación y las políticas públicas correspondientes al ámbito de comunicaciones, cultura, investigación científica, educación, así como también al derecho de autor y la propiedad intelectual. El derecho al libre y pleno desarrollo de la personalidad responde a la condición humana de dignidad, autodeterminación y autodisposición de la persona y materializa el propósito vital de autorrealización del sujeto. Se repasarán los modos de presencia normativa y el estado de reconocimiento del valor del libre desarrollo personal en determinados ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En los sistemas legales el valor del libre y pleno desarrollo de la personalidad se posiciona de manera variada, se lo protege por medio de un derecho fundamental (explícito o implícito) o un derecho humano o se le atribuye el carácter de un bien jurídico protegido, un fin ideado, un principio rector o una directriz interpretativa. El derecho al libre desarrollo personal se efectúa por un lado mediante las libertades que limitan el grado de intervenciones e intromisiones legítimas por parte de terceros, incluidos el Estado y las administraciones, en la vida y las actuaciones del individuo y, por otro lado, mediante el cumplimiento de las reclamaciones justas del individuo de que se aseguren el entorno socio-jurídico y las infraestructuras más favorables al desarrollo individual relevante para todas las esferas de la personalidad: intelectual, cognitiva, emocional, espiritual y artística (la dimensión prestacional). Con el objetivo de conseguir estas finalidades y al tomar en consideración las ventajas facilitadas por las tecnologías avanzadas se abogará por la accesibilidad abierta, universal y posiblemente completa de contenidos de cultura y conocimiento, así como por promover el libre intercambio de ideas, pensamientos y experiencias, como condicionantes sustanciales del desarrollo humano y de este modo factores de realización efectiva del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Se justificará la necesidad de extender el alcance permitido de la reutilización y difusión de datos, informaciones, obras y otros recursos y producciones sujetos a la protección del derecho

de autor y la propiedad intelectual. Se señalará la exigencia de reconsiderar la perspectiva al respecto, trasladando el peso desde la protección de los derechos patrimoniales del creador y, sobre todo, del titular secundario, hacia la protección de intereses del usuario y las comunidades. El debate se inscribe en el plano amplio de las reflexiones acerca del avance y el bienestar socioeconómicos individuales y colectivos en la época digital, la creatividad y la innovatividad, así como el desarrollo sostenible de los pueblos en el mundo globalizado. El libre y pleno desarrollo del individuo, la creación del capital humano y social, y la prosperidad del colectivo se apoyan y retroalimentan entre sí. La Sociedad de la Información y del Conocimiento ofrece el ámbito único y apropiado para lograr metas pensadas del avance humano en su dimensión individual y colectiva.

Palabras clave

Libre desarrollo de la personalidad, Derechos fundamentales, Derechos humanos, Sociedad de la Información y del Conocimiento, Unión Europea, Propiedad intelectual, Derecho de autor, Cultura libre, Educación, Capital humano

Abstract (English version)

Firstly, we will seek to discover and denote the meaning of the concept of the free and complete development of the human being's personality with reference to the normative field, case law and legal doctrine, mainly Spanish, Latin American, German and of the European Union, as well, when necessary, recalling reflections from the areas of other humanistic disciplines in order to apply the methods of systematic and linguistic (literal) interpretation to break down the legal content and meaning of the respective notions and norms. The approach to the right to the individual development offered by the thesis complements the dominant discourse within the human rights organizations focused on the right to the collective socio-economic development of the peoples. Secondly, we will try to identify the essential characteristics of legal relevance of the Information and Knowledge Society (IKS) in its formation route at the end of the 20th century and the beginning of the 21st in relation with the development of the personality. The IKS constitutes a hopeful environment for human intellectual, artistic, spiritual and social development. All the issues addressed in this thesis are presented in the light of the legal solutions, policies and proposals approved, considered and discussed within the European Union and some Member States. Focusing the debate on the role of individual development in the IKS we will try to indicate what kind of legislative provisions and public policies relevant to the IKS remain in force currently or should be introduced in order to facilitate the individual's free and complete development, what in consequence will allow to meet the requirements deduced from the right to the free development of the personality, especially in the context of taking advantage of the opportunities that are offered by the advanced technologies of information and communication. We will examine ways to put into effect the right to the free development of the personality and plead for an explicit proclamation of such a right when it is missing in a given legal order. The free and complete individual development consists in the ability to sovereignly compose the own personality and in taking decisions autonomously on the

own and suitable project of life (the free composition of personality) as well as on expressing (manifesting) himself freely outwards (the freedom of action). This scope of the concept in question determines the legislative fields of interest. That is why we will review in particular the subject matters related to the law of communications, culture, scientific investigation, education, copyright and intellectual property. The right (the principle) to the free and complete development of the personality responds to the human condition of dignity, self-determination and the person's self-disposition, and embodies the vital purpose of self-realization of the subject. We will review the modes of legal presence and the status of recognition of the value of the free personal development in national and international legislations. Across the legal systems the concept of the free and complete development of the personality is positioned in a varied manner, in a way that assures to it the protection, explicitly or implicitly, by means of human rights or fundamental rights, or by attributing to it a character of a legally protected good, a general purpose of the system, a guiding legal principle or an interpretative guideline. The right to the free personal development materializes and realizes itself, on the one hand, via freedoms and liberties that limit the degree and scope of legitimate intervention and interference by third parties, including the State and its administrations, in the life and actions of the individual and, on the other hand, through the recognition and fulfillment of the justified claims and pretensions of the individual to ensure such a socio-legal environment, technical infrastructures and social life-organization that would be more favorable to the personal development in all areas that constitute the human personality: intellectual, cognitive, emotional, artistic and spiritual (the dimension of social and public services / the positive and active approach of the State and its agencies). In order to achieve these goals and to take all the advantages provided by the advanced technologies we will advocate for introduction of such legislative changes that would conduct to more open, universal, and possibly extended accessibility of culture and knowledge contents and support the promotion of free exchange of ideas, inventions, thoughts and experiences, as factors essential for

human development and in this way effective realizations of the right to the free development of the personality. The modern technologies of information and communication make all these objectives even easier to attain than any time earlier, that is a distinguishing feature of the Information and Knowledge Society. We will try making a justification of the need to broaden the permitted scope of reuse and diffusion of data, information, works and other resources and productions subject to copyright and intellectual property protection. We will indicate the need of reconsideration of the relating perspective by transferring the weight of attention and arguments from the sole protection of economic rights of a creator or a secondary right's holder towards the protection of users' interests and whole communities. The debate constitutes a part of the wide panorama of reflections and ideas about prospects of individual and collective socio-economic progress and well-being in the digital age, about creativity and innovativeness of persons and communities and the conditions of sustainable development of the peoples and the entire humanity in an irreversibly globalized and virtually and organizationally connected world. All three aspects, the free and complete development of the individual, the creation and increase of human and social capital and the prosperity of the collectivity mutually support and feedback each other. The Information and Knowledge Society funded on the digital era paradigm offers the unique and appropriate opportunities to effectuate the human progress in its individual and collective dimensions and the right to the free development of the personality constitutes an important tool to assist in this process.

Key words

Free development of the personality, Fundamental rights, Human rights, Information and Knowledge Society, European Union, Intellectual property, Copyright, Free culture, Education, Human capital

Índice

Agradecimientos.....	2
Resumen	3
Palabras clave	5
Abstract (English version).....	6
Key words.....	8
Índice	9
Contents (English version)	16
Abreviaturas y siglas	21
Notas técnicas: formato de citar, abreviaturas y siglas, género de sustantivos	24
1.El entorno socio-jurídico y la justificación del tema.....	25
1.1.Libre desarrollo personal y la SIC: ideas iniciales.....	25
1.2.Las TIC en la enseñanza, el aprendizaje y el intercambio de ideas.....	31
1.3.Hipótesis planteada y su contexto.....	34
1.4.Metodología empleada.....	41
1.5.Justificación de la tesis	44
1.6.Asuntos próximos al tema que quedan sin profundizar	48
1.6.1.Acerca de los derechos de la personalidad a fin de demarcar	48
1.6.2.Acerca de las Tecnologías de la Información y la Comunicación	57
1.6.3.Activismo digital político y civil, e-gobierno, acceso a la información pública	61
2.El derecho al libre desarrollo de la personalidad en la SIC. El concepto y el contexto de los derechos fundamentales (humanos).	65

2.1.El libre desarrollo de la personalidad desde el plano jurídico nacional e internacional. Los derechos del niño. El derecho a la educación. La igualdad de oportunidades.....	65
2.1.1.El libre desarrollo de la personalidad en los sistemas constitucionales europeos (ejemplos).....	70
2.1.2.El libre desarrollo de la personalidad en el orden jurídico de Naciones Unidas	74
2.1.3.El libre desarrollo de la personalidad en los sistemas jurídicos latinoamericanos a nivel nacional y regional (ejemplos)	83
2.2.El derecho al libre desarrollo personal y la dignidad humana en el ordenamiento jurídico europeo y comunitario	94
2.3.El contenido jurídico del concepto del libre desarrollo de la personalidad. Interpretación lingüística (literal) y sistemática.....	121
2.4.El libre desarrollo, el libre desenvolvimiento y la libre composición de la personalidad humana: el contenido jurídico. La Ley Fundamental alemana.....	125
2.5.El libre desarrollo de la personalidad y la protección de la dignidad humana. La Ley Fundamental alemana y la Constitución Española.	136
2.6.El libre y pleno desarrollo de la personalidad. La autorrealización y el florecimiento personal. Referencias jurídicas y humanísticas.....	157
2.7.Alfabetización mediática e informática como una condición del desarrollo personal en la SIC	193
2.8.Derecho a la libre participación en la vida cultural y a beneficiarse de los logros y avances de la humanidad y del progreso científico. Los bienes públicos. La irradiación, el efecto horizontal y la resolución de conflictos entre los derechos fundamentales	205

2.9.Derecho al desarrollo de los pueblos. Desarrollo socioeconómico sostenible. ...	239
3.La Sociedad de la Información y del Conocimiento de la Unión Europea. Aspectos relevantes para el libre desarrollo de la persona.....	247
3.1.Derechos de cuarta generación relativos a las TIC.....	249
3.1.1.El catálogo básico de los derechos de cuarta generación.....	249
3.1.2.El contenido detallado de los derechos de cuarta generación relativos a las TIC.....	254
3.2.Principios, derechos y libertades del mundo digital.....	257
3.2.1.Introducción.....	257
3.2.2.Acceso técnico a Internet.....	264
3.2.3.Neutralidad de la red.....	269
3.2.4.Acceso abierto a los contenidos de Internet (bajar, transformar, subir).....	272
3.2.5.Libre participación en la vida de la red.....	282
3.2.6.Seguridad informática, garantías de privacidad y protección de datos personales.....	285
3.2.7.Gobernanza de y en Internet.....	294
3.3.Conocimiento abierto.....	303
3.3.1.Reutilización de la información científica. Ciencia abierta. Ciencia ciudadana.....	303
3.3.2.Reutilización de la información pública.....	374
3.3.3.Acceso abierto y ciencia abierta en los trabajos de la UNESCO y la OECD.....	391

3.4. Algunos aspectos del derecho de autor relevantes para la SIC. Leyes nacionales (alemana, española), directivas comunitarias, convenios internacionales, sentencias de los tribunales	401
3.4.1. Protección de editoras de prensa (Leistungsschutzrecht / Tasa Google).....	405
3.4.2. Hacer públicos los resultados de investigación realizada con fondos públicos	412
3.4.3. Excepciones y limitaciones a los derechos de autor. Test de tres pasos. El interés público	414
3.4.4. Excepciones y límites relevantes para la educación escolar y universitaria	421
3.4.5. Excepciones y límites relevantes para la investigación científica	428
3.4.6. Minería de textos y datos (TDM) con fines de investigación científica.....	429
3.4.7. Bibliotecas, archivos, museos, fonotecas, filmotecas e instituciones educativas públicas	431
3.4.8. Reproducciones para los fines personales y el uso por las personas discapacitadas	440
3.5. Reforma comunitaria del derecho de autor y la conectividad electrónica (digital)	451
3.5.1. Digital Assembly 2016: La Asamblea digital de la Unión Europea	453
3.5.2. Propuestas de la CE del año 2016 relativas al espacio digital y la SIC.....	457
3.5.3. Políticas comunitarias acerca de los derechos de autor y la SIC.....	466
3.5.4. Derecho de autor a la luz de la Teoría del Derecho y los DD. HH. y DD. FF.	475
3.6. Resolución del PE de 9 de julio de 2015 sobre los derechos de autor en la SIC	478
3.6.1. Creatividad, innovatividad, competitividad	481

3.6.2.Remuneración y posición de creadores y otros titulares	484
3.6.3.Contenidos creados por usuarios	487
3.6.4.Cultura y ciencia.....	490
3.6.5.Bibliotecas: la digitalización de las obras y el acceso a distancia	492
3.6.6.Interés del público (los usuarios y consumidores). Portabilidad e Interoperabilidad.....	494
3.6.7.Enseñanza y aprendizaje.....	496
3.6.8.Materiales educativos. MOOCs.....	497
3.6.9.El espacio digital único profundamente armonizado y la territorialidad.....	500
3.6.10.Necesidad de un análisis socioeconómico y jurídico profundo y objetivo	504
3.6.11.Protección del interés público como razón de remodelación del derecho de autor	505
3.6.12.Directrices para la transformación futura del derecho de autor comunitario	506
3.6.13.Una digresión. Hard law, Soft law, No-law. El mérito de los documentos emitidos por la UE.....	508
4.1. Conclusiones.....	546
4.2. Conclusions (English version).....	553
5. Referencias bibliográficas	561
5.1. Obras generales, monografías, artículos	561
5.2. Documentación oficial básica citada	578
TUE, TFUE, CDF (comentarios, explicaciones), Reglamento del Parlamento Europeo.....	578

Tratados internacionales firmados o aprobados por parte de la Unión Europea ..	578
Otros actos (convenciones y tratados) e informes de las organizaciones internacionales (ONU, UNESCO, UNICEF, CIDH, OECD, Consejo de Europa)	580
5.3. Actos legislativos y otros documentos de la Unión Europea y sus predecesores	584
Directivas	584
Reglamentos	586
Resoluciones del Parlamento Europeo y del Consejo. Informes de Comisiones del PE	587
Decisiones del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión	588
Comunicaciones, Conclusiones, Dictámenes, Recomendaciones, Comunicados de prensa	589
Informes. Actos informativos y preparatorios. Estudios	597
Sentencias y Dictámenes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea	598
5.4. Actos legislativos y Sentencias de Tribunales nacionales	598
Alemania	598
Argentina	600
Brasil	600
Colombia	600
Dominicana	601
Ecuador	601
España	601
Grecia	602

Italia	602
México	603
Perú	603
Portugal	603
El Salvador	603
Suiza	603

Contents (English version)

Abstract (Spanish)

Abstract (English version)

Key words (Spanish and English versions)

Contents (Spanish)

Contents (English version)

Abbreviations and acronyms

Technical notes: format of quote, abbreviations and acronyms, gender of nouns

1. The socio-legal environment and the justification of the scope of investigation

1.1. Free personal development and the Information and Knowledge Society (IKS) - initial ideas

1.2. ICT in teaching, learning and the exchange of ideas

1.3. The thesis and its context

1.4. Methodology

1.5. Justification of the thesis

1.6. Issues related to the subject matters that are left out of the deep analysis

1.6.1. The rights of personality. An explanation to demarcate.

1.6.2. About the technologies of information and communication

1.6.3. Digital activism political and civil, e-Government and access to public information

2. The right to the free development of the personality in the IKS. The concept and context of fundamental (human) rights.

2.1. Free development of the personality from the perspective of national and international law. The rights of the child. The right to education. Equality of opportunities.

2.1.1. Free development of the personality in the European constitutional systems (examples)

- 2.1.2. Free development of the personality in the UN human rights system
- 2.1.3. Free development of the personality in the Latin-American constitutions (examples) and the human rights regional system
- 2.2. The right to the free development of the personality and the human dignity in the European environment
- 2.3. The legal content of the concept of the free development of the personality. Linguistic (literal) and systematic interpretations.
- 2.4. The terminology: the free development and the free composition of human personality - legal content. The German Basic Law.
- 2.5. The free development of the personality and the protection of human dignity. The Spanish Constitution and the German Basic Law.
- 2.6. The free and complete development of the personality. Self-realization and personal flourishing. Legal and humanistic references.
- 2.7. Media and computer literacy as a condition of personal development in the IKS
- 2.8. Right to the free participation in cultural life and to benefit from the achievements and advances of humanity and scientific progress. Public goods. Irradiation, the horizontal effect and the resolution of conflicts between fundamental rights.
- 2.9. Right to development of peoples. Sustainable socio-economic development.
- 3. The information and knowledge society of the European Union. Relevant aspects for the free development of the individual.
 - 3.1. Rights of the fourth generation relating to ICT
 - 3.1.1. The catalogue of basic rights of the fourth generation. Initial comments
 - 3.1.2. The detailed contents of the fourth-generation rights relating to ICT
 - 3.2. Principles, rights and freedoms of the digital world
 - 3.2.1. Introduction
 - 3.2.2. Technical access to the Internet
 - 3.2.3. Net neutrality
 - 3.2.4. Open access to the contents of Internet (download, transform, upload)

- 3.2.5. Free participation in the network life
- 3.2.6. Information security, guarantees of privacy and personal data protection
- 3.2.7. Internet governance
- 3.3. Open knowledge
 - 3.3.1. Reuse of the scientific information. Open Science. Citizen science.
 - 3.3.2. Reuse of the public information
 - 3.3.3. Open access and open science in the works of UNESCO and OECD
- 3.4. Some relevant aspects of the copyright for the IKS. Community directives, international conventions, national laws (German, Spanish), judgments of courts
 - 3.4.1. Protection of newspaper publishers (Leistungsschutzrecht / Google tax)
 - 3.4.2. Make public the results of research carried out with public funds
 - 3.4.3. Exceptions and limitations to copyright. Three-step test. The public interest.
 - 3.4.4. Exceptions and limitations relevant to school and university education
 - 3.4.5. Exceptions and limitations relevant to scientific research
 - 3.4.6. Text and data mining for the purposes of scientific research (TDM)
 - 3.4.7. Libraries, archives, museums, audio and video archives and libraries and public educational institutions
 - 3.4.8. Reproductions for personal purposes and use by people with disabilities
- 3.5. Community reform of copyright and electronic connectivity (digital)
 - 3.5.1. Digital Assembly 2016 - the digital Assembly of the European Union
 - 3.5.2. Proposals of EC of the year 2016 relating to the digital space and the SIC
 - 3.5.3. Community policies about copyright and the SIC
 - 3.5.4. Copyright in the light of the law theory and human and fundamental rights
- 3.6. The Resolution of the European Parliament of 9th. July 2015 on copyright in the SIC
 - 3.6.1. Creativity, innovativeness, competitiveness
 - 3.6.2. Remuneration and position of creators and other rightsholders
 - 3.6.3. Content created by users

- 3.6.4. Culture and science
- 3.6.5. Libraries - the digitization of works (publications) and remote access
- 3.6.6. The common (public) interest (users and consumers). Portability and interoperability.
- 3.6.7. Teaching and learning
- 3.6.8. Educational materials. MOOCs
- 3.6.9. A deeply harmonized single digital space and the territoriality
- 3.6.10. A need for a deep and objective socio-economic and legal analyses
- 3.6.11. Protection of the public interest as reason for remodelling of copyright
- 3.6.12. Guidelines for the future transformation of Community copyright
- 3.6.13. A digression. Hard law, Soft law, non-law. The legal nature of the documents issued by the EU.
- 4.1. Conclusions (Spanish)
- 4.2. Conclusions (English)
- 5. Bibliographic References
 - 5.1. General works, monographs, articles
 - 5.2. Basic official documents cited
 - TEU, CFR (comments, explanations), TFEU and Regulation of the European Parliament
 - International treaties signed or approved by the European Union
 - Other documents (conventions, treaties) and reports of international organizations (UN, UNESCO, UNICEF, IACHR, OECD, Council of Europe)
 - 5.3. Legislative acts and other documents of the European Union and its predecessors
 - Directives
 - Regulations
 - Resolutions of the European Parliament and of the Council. Reports of commissions of EP
 - Decisions of the European Parliament, the Council and the Commission

Communications, conclusions, opinions, recommendations, press releases

Reports. Information and preparatory acts. Studies

Judgments and opinions of the Court of Justice of the Union European

5.4. Legislative acts and judgments of national courts

Germany

Argentina

Brazil

Colombia

Dominican

Ecuador

Spain

Greece

Italy

Mexico

Peru

Portugal

El Salvador

Switzerland

Abreviaturas y siglas

ACTA: The Anti-Counterfeiting Trade Agreement (Acuerdo Comercial Antifalsificación o contra la Falsificación)

ADPIC: Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (en inglés: TRIPS)

AMI: Alfabetización Mediática e Informativa

ATCI: Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (en inglés: TTIP)

CDF: Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

CE: Comisión Europea

CE: Constitución Española

CETA: The Comprehensive Economic and Trade Agreement (Acuerdo Comercial de la UE con Canadá)

DD. FF.: Derechos Fundamentales

DD. HH.: Derechos Humanos

DESC: Derechos Económicos, Sociales y Culturales

DPI: Derechos de autor y derechos afines y de la propiedad intelectual en conjunto

ESC: European Social Charter

FOSS: Free and Open Source Software

GG: Grundgesetz / La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania

HD: Human Development

HDI: Human Development Index

HR: Human Rights

HRD: Human Resource Development

ICANN: The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers

ICESCR: International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights

ICT: Information and Communication Technologies

IFIP: The International Federation for Information Processing

IKS: Information and Knowledge Society

IP: Intellectual Property

LPI: Ley de Propiedad Intelectual

MDG: Millennium Development Goals (Objetivos de Desarrollo del Milenio)

MOOC: Massive Open Online Course (Curso en Línea Masivo y Abierto)

OA: Open Access (Acceso Abierto)

OER: Open Educational Resources (Recursos Educativos de Acceso Abierto)

OMC: Organización Mundial del Comercio (en inglés: WTO)

OMPI: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (en inglés: WIPO)

PCT: Patent Cooperation Treaty

PE: Parlamento Europeo

PI: Propiedad Intelectual

PIDESC: Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales

RD: Right to Development

SEPD: Supervisor Europeo de Protección de Datos (en inglés: The European Data Protection Supervisor)

SIC: Sociedad de la Información y del Conocimiento

TCE: Tribunal Constitucional de España

TCF: Tribunal Constitucional Federal de Alemania

TIC: Tecnologías de la Información y la Comunicación

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TRIPS: Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (en castellano: ADPIC)

TRLPI: Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril)

TTIP: Transatlantic Trade and Investment Partnership (en castellano: ATCI)

UCC: Universal Copyright Convention

UE: Unión Europea

UNESCO: The United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura)

WCT: WIPO Copyright Treaty (Tratado de la OMPI sobre derecho de autor)

WIPO: World Intellectual Property Organization (en castellano: OMPI)

WPPT: WIPO Performances and Phonograms Treaty (el Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas)

WTO: World Trade Organization (en castellano: OMC)

Notas técnicas: formato de citar, abreviaturas y siglas, género de sustantivos

Preferentemente se usa el formato de citar del sistema de Harvard-APA. A pie de página se ponen comentarios y explicaciones secundarios, así como referencias bibliográficas si se cita un artículo de prensa no académica o proveniente de otra fuente que proporciona alguna ilustración de lo presentado o informaciones sobre libros o artículos relevantes, aunque no citados, para posibilitar la consulta.

A la hora de citar los textos en inglés, alemán o portugués, cuya versión en castellano se desconoce, se suele poner en el texto principal la traducción propia del doctorando, normalmente señalándolo, acompañada por el fragmento original mostrado habitualmente a pie de página. Los extractos simples en inglés o portugués fáciles de entender a veces no requieren traducción ninguna.

El uso de las siglas no es coherente. Se prefiere usar las siglas provenientes de los términos en castellano (SIC, TIC, OCDE, OMC, UE, ONU, etc.), pero en casos del uso habitual de las siglas de origen inglés se lo sigue, por ejemplo, la UNESCO (la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura). En la forma desenvuelta se suele poner el nombre o el término en castellano.

Solamente por la razón de limitar el volumen del texto se suele utilizar la forma gramatical masculina del sustantivo como *los autores, los investigadores, los creadores*, etc. en lugar de poner las formas masculinas y femeninas una al lado de la otra. El doctorando declara todo su respeto a las autoras, las investigadoras y las creadoras. De la misma manera sustituimos uno por otro sin distinguirlos entre sí tales apelativos como *el ser humano, la persona, el hombre, el individuo o el sujeto*, que llamarán igualmente a los representantes de cada género.

1.El entorno socio-jurídico y la justificación del tema

1.1.Libre desarrollo personal y la SIC: ideas iniciales

La investigación cuyo trayecto y corolario se incluyen en la tesis presentada ha indagado la cuestión de mucha relevancia actual de rastrear las circunstancias que surgen de la instauración y la continua formación de la Sociedad de la Información y del Conocimiento (la SIC), el proyecto todavía en curso, y sirven para fomentar el desarrollo libre e íntegro de la persona humana, el bien protegido jurídicamente por varios ordenamientos constitucionales, lo que a su vez estimula y retroalimenta el robustecimiento de la misma SIC.

Para el libre desarrollo de la personalidad del ser humano es crucial poder aprovechar todas las oportunidades tan prometedoras que se pongan a nuestra disposición desde la SIC y que afloran de la difusión de las herramientas tecnológicas cada vez más avanzadas, universales y eficaces. Gracias a estas potencialidades se están abriendo nuevas esperanzas en cuanto a alcanzar tales objetivos como la mejora socioeconómica de las poblaciones y la vida plena y satisfecha de todo individuo. Así, desde el plano de lo esencial del ser humano el escenario de la SIC aporta a avalar la dignidad humana, acreditar y preservar la igualdad de oportunidades entre los integrantes de la comunidad humana e inducir de modo duradero los condicionantes para la vida más igualitaria, justa, pacífica y favorable al ser humano de cara al futuro de la humanidad. Es la persona humana en todas las dimensiones de su sustancialidad el centro de interés de este trabajo dedicado a conceptualizar jurídicamente el derecho al libre e íntegro desarrollo de la personalidad con el hincapié en su papel en la SIC, luego, desde la óptica jurídica, estamos en el marco de los derechos básicos del ser humano.

Aparte del anclaje en el pensamiento antropológico-filosófico y teórico-jurídico, con el fin de aprovechar la interpretación lingüística para denotar la acepción de la noción del libre desarrollo de la personalidad, los conceptos y las conclusiones de la investigación estriban en el análisis de las regulaciones de distinta naturaleza legal y

diferente grado de vinculación (*hard law* y *soft law*), de las disposiciones englobadas en la producción legislativa y deliberativa del amplio espectro de la Unión Europea, de las políticas empleadas por parte de las administraciones nacionales y comunitarias, y, por último, de las declaraciones y acciones de distintos organismos internacionales, con determinadas referencias a los ordenamientos jurídicos nacionales, entre otros el español, el alemán, el norteamericano y los latinoamericanos, sus sentencias jurisprudenciales y consideraciones doctrinales.

El escenario socio-jurídico propicio, donde la personalidad humana prospere, se compone por todo el conjunto de las normativas legales, las interpretaciones jurisprudenciales, las prácticas sociales y, finalmente, las políticas públicas, incluidas las impulsadas por las organizaciones internacionales o supranacionales, tales como la UE, e iniciativas privadas comerciales o no lucrativas, que le permitan al ciudadano informarse, estar en contacto con la cultura de su entorno o de los pueblos lejanos y disponer del acceso al conocimiento científico a fin de amasar la sabiduría práctica e intelectual y las experiencias emocionales y artísticas para que después esa riqueza interna se manifieste en la adquisición efectiva de destrezas y habilidades vitales y profesionales, y, finalmente, se exprese ante el mundo externo a través de las actuaciones cotidianas o producciones creativas. Así, adelantándose, el concepto del libre y pleno desarrollo personal abarca por un lado la plenitud y la multidimensionalidad de composición de lo interno del ser humano, la libertad de formación de sí mismo, lo llamado el contenido-núcleo de la personalidad, y por otro lado la libertad de expresiones y manifestaciones externas de la psique humana. Se supone que todo el conjunto de capacidades y potencialidades humanas se debe explorar, desarrollar y explotar independientemente de la etapa de la vida, luego el proceso de formación personal no se está terminando nunca.

Dentro de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO, por las siglas en inglés) bajo la gestión de Jacques Delors, el expresidente de la Comisión Europea entre 1985 y 1994, se elaboró un informe titulado

La educación encierra un tesoro. Informe a la UNESCO de la Comisión internacional sobre la educación para el siglo XXI publicado en el año 1996, llamado popularmente el Informe Delors, que entre otros artículos integra uno del mismo Jacques Delors: *La educación o la utopía necesaria*, cuyo capítulo *Los cuatro pilares de la educación* (UNESCO, 1996) que se ha hecho un referente para los distintos conceptos de educación y formación moderna que a su vez sientan bases para el desarrollo de la personalidad humana en la época actual. Allí se confirma que:

El siglo XXI, que ofrecerá recursos sin precedentes tanto a la circulación y al almacenamiento de informaciones como a la comunicación, planteará a la educación una doble exigencia que, a primera vista, puede parecer casi contradictoria: la educación deberá transmitir, masiva y eficazmente, un volumen cada vez mayor de conocimientos teóricos y técnicos evolutivos, adaptados a la civilización cognoscitiva, porque son las bases de las competencias del futuro. Simultáneamente, deberá hallar y definir orientaciones que permitan no dejarse sumergir por la corriente de informaciones más o menos efímeras que invaden los espacios públicos y privados y conservar el rumbo en proyectos de desarrollo individuales y colectivos.

A continuación, el artículo determina cuatro campos fundamentales del proceso formativo del individuo exponiendo lo siguiente:

Para cumplir el conjunto de las misiones que les son propias, la educación debe estructurarse en torno a cuatro aprendizajes fundamentales que en el transcurso de la vida serán para cada persona, en cierto sentido, los pilares del conocimiento: aprender a conocer, es decir, adquirir los instrumentos de la comprensión; aprender a hacer, para poder influir sobre el propio entorno; aprender a vivir juntos, para participar y cooperar con los demás en todas las actividades humanas; por último, aprender a ser, un proceso fundamental que recoge elementos de los tres anteriores.

Al resumir, los cuatro pilares y a la vez desafíos de la educación son los siguientes:

- aprender a conocer,
- aprender a hacer,
- aprender a vivir juntos,
- aprender a ser.

La SIC crea el entorno perfecto para hacerlos realidad, tanto en el curso del proceso educativo formalizado como mediante otras modalidades, entre las cuales se encuentran los diferentes modos del autoaprendizaje.

Aparte de los cambios generados por las TIC perceptibles en cada aspecto de la vida, el mundo se ha hecho globalizado de modo irreversible, por lo cual es imprescindible disponer de ciertas habilidades que ayuden a la persona a encontrarse segura y activa en estas circunstancias y a *participar y cooperar con los demás* de modo efectivo. Las tecnologías de comunicación a distancia y la facilidad de trasladarse físicamente y de circular por el mundo nos exponen a una variedad desconocida hasta ahora de situaciones y eventualidades difíciles de prever, moldeando de esta manera, entre los conflictos y malentendidos, como lo llama Delors, *una sociedad mundial* que a su vez requiere una formación adecuada para estos tiempos (UNESCO, 1996).

Facilitar el acceso a la información y el conocimiento, impulsar la libre circulación de estos, impedir los obstáculos y desbloquear las dificultades al respecto son las obligaciones del Estado, sus organismos y las organizaciones supranacionales, mediante implementar las disposiciones jurídicas y políticas públicas oportunas.

En cuanto a los sistemas de educación y de distribución del conocimiento, cualquiera que sea el trayecto de formación del individuo, reglado o de autoaprendizaje, el conocimiento adquirido trae un valor especial por servir como un fundamento de creación de contenidos nuevos o mensajes culturales y el hecho de compartirlos con su entorno y toda la sociedad estimula e incentiva el avance común. Cualquier actividad cultural e intelectual exige que exista la relación bidireccional, uno aprende y se inspira en el entorno y después con sus ideas e innovaciones aporta a este. Es el proceso

recurrente y solidario. Justamente de aquí viene uno de los argumentos en contra del rigor de las restricciones que rodean la propiedad intelectual y restringen el uso libre de sus producciones. Entonces, si un creador se aprovechara del ambiente de todos los logros de los creadores contemporáneos y pasados, del patrimonio de la humanidad, aunque contribuyese con alguna nueva aportación, no debería tener un derecho absoluto de limitar a los demás el empleo justo y relativamente extendido de su obra. Obviamente, esto no puede significar que el creador se quede sin compensación por su trabajo. La cuestión, más bien, es de sopesar a cuánto valorar un honorario decente y, sobre todo, se trata del alcance de derechos y ganancias de titulares secundarios.

Eso sí es verdad que gracias a las tecnologías informáticas se ha hecho muy fácil y alcanzable para casi todos copiar y digitalizar los libros y otros materiales impresos, acceder a los recursos digitales y digitalizados, ya sean libros, e-libros u otras publicaciones, videos, películas, audios, composiciones musicales, programas computacionales, copiarlos, usarlos y distribuirlos, utilizar la información aglomerada por otros, tomar y usar las fotografías ajenas en su propia producción artística o comercial, duplicar, difundir y enviar sin esfuerzo ninguno distintos contenidos o explotar los descubrimientos e innovaciones tecnológicos de otros. Todas estas modalidades de acceder a los contenidos de cultura y conocimiento, de reutilizarlos y de compartirlos deben ser percibidas más bien como oportunidades y ventajas para la configuración y el avance de la SIC, nuestro porvenir, y no como el objeto del ataque y combate, sí o sí condenados al fracaso. Incluso frente a ciertas prácticas que sean reprochables, difícilmente se defienden algunas regulaciones legales, tales como las restricciones a la libertad de panorama. La libertad de panorama es, como lo explica Wikipedia¹, “una excepción a los derechos de autor que permite tomar y publicar fotografías y vídeos en espacios públicos sin restricciones, conservando la propiedad intelectual y otros derechos de los arquitectos y artistas”, tratándose de “obras y

¹ https://es.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Libertad_de_panorama_en_Europa_en_2015, acceso el 2.07.2016

edificios que se encuentran de forma permanente en espacios públicos europeos”. El limitarla, es decir, prohibir el uso de las fotografías o los videos tomados en el espacio público, cualquiera que sea el panorama captado, parece ir mucho más allá de la mera protección de los derechos de autor, básicamente violando el sentido común, el concepto mismo del lugar público. Las polémicas restricciones a la libertad de panorama de amplio alcance territorial repercutirían profundamente, por ejemplo, en Wikipedia, la herramienta de difusión de cultura y conocimientos más usada y eficaz, impidiendo a los autores de artículos que publiquen las fotografías u obligándolos a que comprueben en cada caso los derechos de autor de los objetos fotografiados.

Una de otras medidas controvertidas y poco eficaces del derecho de autor que obstaculiza el acceso a los contenidos de cultura son las llamadas restricciones geográficas (*geoblocking*) que impiden el acceso a varios contenidos de Internet desde el extranjero. De este modo se bloquea el acceso desde otros territorios a las páginas de contenidos legales, incluso de pago, de películas y de transmisiones televisivas de eventos. En primer lugar, el bloqueo se puede saltar con relativa facilidad usando el software legal (*virtual private network: VPN*) que se puede adquirir sin ningún problema. En segundo lugar, muchas veces se trata del acceso pagado a los recursos. En estas situaciones las plataformas sí o sí cobrarían el abono y lo retribuirían a los titulares de derechos. Además, aparte de que a menudo falta una justificación económica para explicar este tipo de prácticas, a veces el acceso a las plataformas en el extranjero es la única posibilidad de acudir a ciertos recursos, por ejemplo, a las películas en otras lenguas, luego el bloqueo geográfico va en contra de la divulgación de la cultura.

El valor del libre desarrollo de la personalidad reconocido por varios ordenamientos jurídicos, a nivel nacional e internacional, aunque no requiere ninguna justificación especial, puesto que se ancla en la misma dignidad humana, en la SIC adquiere además una relevancia práctica, ya que consagrarlo es el hecho imprescindible para asegurar la prosperidad común, el bienestar socioeconómico colectivo e individual, así como una vida privada satisfecha del ciudadano. Aunque se tome consciencia de que

el derecho al desarrollo personal del ser humano aflora del conjunto de los derechos humanos y de la dignidad humana como el eje central de los anteriores, el reconocimiento claro y explícito de éste mediante incluirlo en el ordenamiento constitucional de forma textual sería una garantía de su validez y directa aplicabilidad.

1.2.Las TIC en la enseñanza, el aprendizaje y el intercambio de ideas

Actualmente, a principios del siglo veintiuno, nos encontramos en pleno fervor de implementación de las TIC en todas las partes de la vida humana. Las TIC influyen profundamente en la vertiente intelectual y espiritual de las personas ofreciendo a un clic el abanico de informaciones, conocimientos y contenidos culturales o de entretenimiento no imaginable en su volumen hasta el momento, de fácil asequibilidad y relevancia primordial para el desarrollo personal. A estos aspectos se suma la utilidad de las TIC para las actividades estrictamente prácticas, tales como la comunicación cotidiana y laboral, la interacción entre el hombre y la machina, la digitalización del negocio, las compras y el pedido de servicios por Internet y un largo etcétera. En la SIC es difícilmente posible delimitar las actividades dedicadas, digamos, al puro proceso formativo y las prácticas cotidianas o profesionales. Las mismas herramientas tecnológicas y modalidades de comunicación sirven para solucionar los problemas cotidianos o profesionales y con fines de aprendizaje o entretenimiento. La intensidad de alteraciones en el entorno privado y laboral exige la atención permanente y adquisición de nuevas habilidades y competencias, luego en sí significa una formación continua.

El atributo que distingue a la SIC de las épocas anteriores es sobre todo la cercanía y la accesibilidad de distintos modos de comunicación puestos a disposición de la persona de a pie, las nuevas modalidades de interacción y cooperación, la variedad de contenidos en circulación y su complejidad, la escala de intercambios, comunicaciones y transmisiones, la facilidad, el volumen y la rapidez con la que ellas se realizan. La digitalización de la información representa un modo transcendental de guardar,

gestionar y enviarla. Los medios de grabación nos permiten almacenar unos volúmenes enormes de información, manteniendo la calidad y exactitud de reproducción del contenido, acceder a ello casi de inmediato, revisarlo, analizarlo y transmitirlo a alta velocidad y a larga distancia en un abrir y cerrar de ojos.

Como un ejemplo de revolución palpable iniciada por las TIC se puede indicar el campo de la educación. Están en pleno desenvolvimiento las modalidades de enseñanza y aprendizaje de tipo *blended learning* (enseñanza híbrida o virtual-presencial) o *flipped classroom* (el aula invertida / la clase inversa) intrínsecamente vinculadas con las tecnologías avanzadas de comunicación. Lo sintomático es que desde las pruebas iniciales hasta hace poco principalmente se consideraba la introducción de *blended learning*, que se realiza parcialmente a distancia, en la enseñanza de adultos, quienes, se supone, pueden trabajar sin vigilancia. Siguiendo la reciente tendencia, cada vez más intensamente se analiza cómo implementar la opción de mezcla presencial-virtual desde las edades tempranas para que los alumnos adquieran tanto las técnicas de usar dispositivos y herramientas digitales como de recoger de modo autónomo la información, valorar su calidad, formular y solucionar problemas de manera soberana, luego trabajar independientemente. El aula invertida (*flipped classroom* / la clase inversa) es el modo de enseñanza que a grandes rasgos consiste en que el alumno se prepare autónomamente fuera de escuela, aunque bajo la instrucción de los profesores, a base de los materiales repartidos por ellos en forma digitalizada o asequibles en Internet y después en el aula revise las tareas con profesores y compañeros, las presente y debata, lo que a su vez permite observar y evaluar tanto el conocimiento material adquirido como las habilidades relevantes para obtención de datos e informaciones, elaboración del tema, comunicación y presentación de resultados.

En cuanto a nuevos modelos de educación, el aprendizaje a distancia ha abierto oportunidades a muchos interesados en obtener el acceso a la educación en general y a la especializada en particular, incluso desde las escuelas y universidades extranjeras, sobre todo en el plano de formación permanente, profesional y de extensión

universitaria, ajustando las modalidades de aprendizaje a la vida familiar y laboral. De esta manera, casi todas las personas pueden utilizarlas independientemente del lugar de residencia (cerca o lejos de un centro de educación) y de modo de organización de su vida privada y profesional.

Las profundas repercusiones del dominio de las TIC para la mayoría de los aspectos de la vida de la persona como tal y como ciudadano, así como su penetración en el funcionamiento de la comunidad entera y sus instituciones sociales y económicas, incluido el sistema político y jurídico, nos dirige hacia el conjunto de los derechos humanos (fundamentales), su poder protector y reivindicativo. Al ver el entorno digital en donde se encuentra el individuo de hoy con todas las ventajas y los peligros de este, el concepto del desarrollo humano libre y multidimensional adquiere una nueva dimensión desde la óptica de los derechos humanos. Entonces, tomando en consideración el papel de la personalidad adaptadora y creadora para la sustentación y el enriquecimiento de la SIC merece destacar que el reconocer un derecho al libre e integral desarrollo de la personalidad del ser humano como el derecho fundamental va en sus consecuencias prácticas mucho más allá de dar un mero fundamento para la aplicación jurídica, puesto que afecta profundamente a todo el funcionamiento de la sociedad, entre otros en los campos de competencia tecnológica, innovatividad², industrias culturales, investigación científica, establecimiento y participación en la economía de conocimiento y datos y, por supuesto, en relación con el mercado laboral.

² De momento ni el Diccionario de la lengua española ni el Diccionario panhispánico de dudas reconocen la palabra “innovatividad” (consulta el 1.07.2017), sin embargo, es de uso común, sobre todo en el contexto de empresa o economía. Así, José Miguel Martínez Paz de la Universidad de Murcia y Rafaela Dios Palomares y Victoria Vicario Modroño de la Universidad de Córdoba en: “Eficiencia Técnica e Innovatividad: ¿Indicadores Similares o Complementarios? Una Aplicación Empírica en el Sector Agrario.” *IV Encuentro de Economía Aplicada*, Reus, 7-8-9.06.2001, en: <http://encuentros.alde.es/antiores/iveea/trabajos1.html>; Marcano, D., Rojas, L. y Mosello, S. “Gestión de la Innovatividad Universitaria: Modelo para la promoción de la cultura de la innovación”. *Congreso Iberoamericano de Ciencia, Tecnología, Innovación y Educación*. Buenos Aires, Argentina, 12, 13 y 14 de noviembre 2014, en: <http://www.oei.es/historico/congreso2014/memorias2014.php>. Acceso el 01.07.2017.

1.3.Hipótesis planteada y su contexto

La investigación reflexiona acerca del derecho al libre desarrollo de la personalidad del ser humano en el marco de las nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación enfocándose en la fundamentación de la Sociedad de la Información y del Conocimiento para cuyo desenvolvimiento y consolidación el libre desarrollo de sus integrantes supone ser el condicionante decisivo.

La SIC parece el ambiente óptimo para que se amplifiquen mutuamente las interacciones entre el potencial del desarrollo personal y las TIC con efectos fructíferos para todos los involucrados: el individuo y la comunidad. A los efectos provechosos de carácter económico a nivel privado, familiar y colectivo de esta sinergia se suman los beneficios de naturaleza más íntima, psíquica y espiritual, el aumento de autonomía del sujeto, la emancipación y el empoderamiento de éste, el robustecimiento de autoestima y satisfacción vital por perseguir las ambiciones de distinta índole, el fortalecimiento del sentido de seguridad sociolaboral y muchas otras calidades humanas que hacen nuestra vida feliz y satisfecha. El libre y pleno desarrollo de la personalidad del ser humano trata de extender las capacidades humanas, es decir, ampliar la esfera y la concienciación de su libertad de decidir de modo esclarecido sobre el curso de su vida entre varias fórmulas y opciones por escoger.

Las repercusiones de vivir en el entorno resultante de las tecnologías avanzadas de comunicación y del intercambio permanente de informaciones y conocimientos enfatizan particularmente la singularidad de la doble naturaleza del ser humano: la individual y la social. La personalidad del individuo florece para que él participe socialmente en la vida colectiva y a la vez ésta se enriquece gracias a tal participación y se retroalimenta de ella. Por medio de las nuevas tecnologías el alcance de las conexiones y vinculaciones socioculturales ya no se reduce a unos círculos tradicionales de relaciones interpersonales: familiares, vecinales, amistosas, escolares o laborales,

sino que se ha hecho mucho más amplio, abierto hacia otros grupos, sin estos nuevos recursos tecnológicos no alcanzables.

Los textos jurídicos al citar las nociones como la personalidad o el desarrollo personal, no las suelen definir, lo dejan al sentido común, al significado de los diccionarios, a la interpretación jurisprudencial o, finalmente, a la acepción asignada por las disciplinas científicas relativas. Parece más fácil operacionalizar el concepto del desarrollo colectivo de las comunidades o los países utilizando las mediciones económicas cuantitativas que el de la personalidad humana, que es más fino, intangible, cualitativo y variado entre las personas. Aunque en este trabajo se mencionarán algunos conceptos provenientes de la psicología, antropología, pedagogía o teorías de educación, ya en este instante se puede indicar que para los motivos de esta investigación es suficiente un abordaje intuitivo, es decir, *la personalidad* integra componentes de la psique interior humana de vertiente intelectual, cognitiva, espiritual, emocional, afectiva, comunicativa, estética, del sentido sociopolítico, etc.

En el trabajo se pretenderá conceptualizar el asunto de cómo se refleja la idea del libre desarrollo personal como tal y el derecho al libre desarrollo de la personalidad del ser humano en la SIC, teniendo en cuenta la figura general de los derechos humanos (fundamentales) y su planteamiento, así como la función en los ordenamientos jurídicos nacionales, con el énfasis en el ámbito de la Unión Europea y sus políticas.

Se deliberará acerca de las razones que justifiquen la articulación explícita de dicho derecho en el orden jurídico determinado y la necesidad de su consecuente aplicación y seguimiento, independientemente del surgimiento de ello, incluso si éste brota implícitamente de la protección general de la dignidad humana, de otros derechos establecidos textualmente tales como el derecho a la educación o a la igualdad de oportunidades u otras garantías y libertades del ciudadano.

Se comentará el tema de cuáles son, desde la SIC, los condicionantes, incluidos los jurídicos, que aporten al libre desarrollo de la personalidad y a la vez se originan de la protección y promoción de éste. Se abordará desde el plano jurídico la materia de las

repercusiones para la SIC que provienen de la interacción y la retroalimentación entre el desarrollo del potencial personal y el progreso de la propia SIC.

De ninguna manera se puede debatir sobre la SIC sin referirse a las circunstancias y normativas correspondientes a las TIC. Entre distintos aspectos jurídicos de este campo se trata de los derechos de la propiedad intelectual y de autor (DPI) que son inherentes a las TIC. Seguramente, el concepto de la SIC incorpora una variedad de otras esferas por las que se interesan el derecho y la política, a las que igualmente se hace caso en la tesis. No obstante, en relación con la SIC son las regulaciones jurídicas oportunas en el marco de los DPI que jueguen un papel primordial para optimizar los resultados fructíferos para el individuo y la propia sociedad. Esa es la razón por la que las normativas vigentes que regulan los DPI y toda labor acerca de su reforma y reconceptualización estarán sujetas al análisis más profundo.

La tesis pone énfasis en justificar la significación del reconocimiento y la positivación, es decir, la introducción en forma de una normativa clara, en ausencia de esta, de un derecho al libre desarrollo de la personalidad del individuo, a fin de que la personalidad siga constituyéndose y consolidándose de manera íntegra a lo largo de la vida de la persona como un sujeto autónomo y emancipado. El establecer dicho derecho en el ordenamiento constitucional de modo explícito como un derecho fundamental le asignaría el grado de prioridad suficiente para irradiar a todo el sistema jurídico y atraer la atención de todas sus ramas hacia lo más humano, dinámico y multidimensional en la persona: hacia la personalidad.

Los derechos fundamentales no se jerarquizan entre sí y no se distinguen por su calidad, todos ellos se dirigen hacia la protección del hombre y sus características sustanciales y constituyentes. Sin embargo, el alcance de aplicación de algunos de ellos vistos por separado puede ser relativamente limitado, como por ejemplo ocurre en el caso del derecho a la educación. Los derechos singulares relacionados por ejemplo con la libertad de expresión, la libertad de pensamiento e investigación científica y el citado

ahora mismo derecho a la educación, etc., por un lado, se acogen bajo el principio conductor del desarrollo de la personalidad y, por otro lado, son sus encarnaciones dirigidas hacia alcanzar ciertos objetivos precisos. A falta de la declaración textual del derecho al libre desarrollo personal, el conjunto de derechos explícitos con los que ello conceptualmente se relaciona aporta a su planteamiento dentro del ordenamiento jurídico o al menos justifica la presencia de un principio rector del sistema que valore el desarrollo personal como el bien protegido.

Los contenidos y alcances de distintos derechos humanos (fundamentales) se cruzan, se conectan uno con otro, se soportan, se unen uno al otro y se justifican y fortalecen mutuamente. Cada uno de los derechos humanos (fundamentales) atiende a un rasgo particular de cierta esfera humana digna de ser protegida y el sistema de ellos en su conjunto se dirige a la finalidad de proteger integralmente al ser humano y su dignidad. Aunque en ocasiones a primera vista algunos derechos humanos (fundamentales) pueden estar en conflicto entre sí, las metodologías de interpretación jurídica permiten resolver estas discordancias. A modo de ejemplo, el derecho a beneficiarse de los logros de la humanidad, a la libertad de investigación científica o a la educación pueden contradecir al derecho de autor y la protección de la propiedad intelectual. Lo esencial es que el uso inapropiado o abusivo de la propiedad privada no se someta al amparo. Específicamente, las reclamaciones del individuo de hacer realidad las aspiraciones relevantes para el libre desarrollo personal pueden colisionar con los intereses y los derechos de terceros concernientes al ámbito de la propiedad intelectual, luego la búsqueda del equilibrio dentro de la conflictiva coexistencia de los derechos humanos (fundamentales) es de gran importancia para optimizar el resultado final del cumplimiento de los derechos contradictorios. Refiriéndose a la colisión entre el interés del usuario por obtener el acceso a los contenidos de cultura y del conocimiento y poder utilizarlos libremente y el interés del titular de derechos de autor y de la propiedad intelectual, desde la perspectiva a largo plazo del porvenir próspero de una comunidad vale la pena hacer cierta concesión al individuo para apoyarlo en sus

ambiciones destinadas al desarrollo personal y buscar un balance entre la protección de ciertos intereses económicos a menudo cortoplacistas y el mérito público³.

En relación con el ámbito comunitario, la tesis aspira a defender la existencia y validez del derecho al libre desarrollo de la personalidad dentro del orden jurídico vigente de la Unión Europea. Aunque ello no está tipificado de modo literal, se arraiga lo suficientemente firme en el principio de la dignidad humana. A pesar de esta referencia bastante sólida para fundamentar el derecho al libre desarrollo de la personalidad humana merece invitar al legislador comunitario a reconocerlo de forma textual en los actos de naturaleza básica de la Unión. El reconocimiento literal de dicho derecho es de suma importancia para el ciudadano europeo y coincide con el proceso de consolidación de la SIC con el que dicho derecho se vincula estrechamente. El establecer y mantener el entorno socio-jurídico propicio, dentro del que el individuo pueda efectuar su desarrollo de modo íntegro, potenciará y beneficiará el bienestar tanto de la persona misma como del colectivo. El ayudar a enriquecer las capacidades humanas hacia su alta calidad, aunque roza lo más íntimo e individual de la persona, genera los efectos fructíferos para la sociedad en su conjunto.

La personalidad es una característica única y crucial del ser humano, por lo tanto, el derecho al libre e íntegro desarrollo de la personalidad o el principio jurídico correspondiente representan una referencia a lo más humano. A pesar del carácter íntimo de la personalidad humana, es de interés común, sobre todo en la SIC, que el

³ El extender el alcance del libre acceso y la (re)utilización de producciones creativas sujetas hasta el momento a una estricta protección y prohibición, por ejemplo, a través de la ampliación de excepciones y limitaciones relacionadas con la propiedad intelectual y el derecho de autor, no necesariamente ha de menguar las ganancias para los titulares de derechos y el interés por adquirir las obras o los servicios de pago. El Informe para la Comisión Europea *Estimating displacement rates of copyrighted content in the EU* (May 2015 / KM-04-14-009-EN-N) demuestra que incluso la piratería de música, e-libros, videojuegos y películas, no causa tales pérdidas como se lo esperaba, hasta que se pueda concluir que no hace ningún daño a las industrias culturales: “En general, los resultados no mostraron evidencia estadística robusta del desplazamiento de las ventas por infracciones de los contenidos de copyright en línea” (Traducción:MK) / “Main conclusions: [...] In general, the results do not show robust statistical evidence of displacement of sales by online copyright infringements.” (p.7). Acceso del 25.09.2017 en <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/59ea4ec1-a19b-11e7-b92d-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-40746037>.

entorno socio-jurídico promueve el desarrollo de la persona. Es porque la SIC por su naturaleza es la sociedad de aprendizaje, de creación e innovación que surgen de la personalidad completa y activa. Las externalizaciones que suceden debido al mejor desarrollo de los integrantes de una comunidad la revitalizan en su totalidad y le dan a ella una ventaja dentro de la dinámica de la competencia globalizada.

En el contexto específico de la composición de la SIC, con sus oportunidades y ventajas del intercambio sociocultural y económico, a lo largo de la trayectoria de este trabajo se considerarán varios derechos relacionados con el desarrollo humano libre y multidimensional, tanto en el plano individual como colectivo de las comunidades. En este marco encuadran, entre muchos otros, tales derechos como el derecho al acceso físico a las redes, a la libertad de comunicación y de recibir información, a la libertad de expresión y pensamiento y, como su consecuencia, a la libre composición de la personalidad, a la participación efectiva y tan amplia como sea posible en el intercambio de ideas y contenidos de cultura y en investigaciones científicas, a la educación de alta calidad de todos los niveles, así como todo el conjunto de actividades humanas que se refieren a beneficiarse de logros y avances de la humanidad, incluida la accesibilidad a los conocimientos y la posiblemente libre producción y circulación de los contenidos por Internet y a través de otros medios de comunicación. Así, se pretenderá fundamentar y argumentar una reivindicación individual, propia al ser humano, correspondiente a la libre e íntegra composición de su personalidad a través de explotación de modo posiblemente extendido del conocimiento y la cultura provenientes de distintas fuentes, tanto corrientes como heredadas, con exclusivamente tales limitaciones y restricciones que conciernen a la protección de los intereses bien determinados y justificados de terceros. El acceso popular a los contenidos de conocimiento científico, cultural económico, etc., dinamiza el florecimiento del capital humano y aporta al aumento de las habilidades y capacidades de los individuos mediante la amplificación recíproca y sinergia que se produzcan debido a la interacción entre las personas involucradas en el proceso de intercambio creativo. De aproximarse a la meta del acceso e intercambio sin

restricciones, a lo que contribuye igualmente el avance de las TIC, se puede conjeturar racionalmente que los intentos de moderar o nivelar las desigualdades de distinta naturaleza entre las sociedades y las personas (las brechas) entran en la nueva era de mayor eficacia y efectividad. Hay que subrayar que de momento la comunidad planetaria está muy lejos del fin de reducir las desigualdades e injusticias, incluso parece que estas van extendiéndose⁴. A pesar de esta observación, no se marca ningún progreso revelador en suprimir los obstáculos al acceso y la utilización libres de los contenidos de cultura y conocimiento. Incluso, dentro del área común europea falta la voluntad de dar un giro en relación con las restricciones del derecho de autor y las carencias de su eficacia, actualidad, simplicidad y uniformidad que frenan a menudo el desarrollo tanto individual como colectivo (social y empresarial) de la sociedad europea. El ambicioso plan de implementar unos cambios en este ámbito, enunciado por la Resolución del Parlamento Europeo de 9 de julio de 2015 [A8-0209/2015 (2014/2256(INI)], está en el aire. La idea que contiene la Resolución, el resultado de años de consultas y divagaciones, apunta a repensar el derecho de autor frente a los cambios de proveniencia digital y proponer ciertas modificaciones oportunas en la Directiva correspondiente para, por un lado, fortalecer el mercado único, dinamizar el intercambio económico interno e incrementar la competencia externa y, por otro lado, dar más ventajas para que los pueblos europeos disfruten de riqueza cultural del continente y del mundo, incluido el acceso más abierto al conocimiento científico para fomentar las investigaciones y desenvolver el interés por el desarrollo formativo del ciudadano, incluso a lo largo de la vida laboral, con fines de flexibilizar las cualificaciones profesionales frente al mercado laboral cambiante y cada vez más exigente. Ante este tipo de requisitos y expectativas urgentes, el estudiar el derecho al libre desarrollo de la personalidad y tomar conciencia de que ello ocasiona tantos

⁴ Véanse: *XII Foro Sobre Tendencias Sociales Los Nuevos Problemas Sociales*, 22, 23 y 24 de marzo de 2012, UNED, Madrid y los materiales: Félix Tezanos Tortajada (ed.), *Los nuevos problemas sociales. Duodécimo Foro sobre tendencias sociales*, Editores: Madrid: Fundación Sistema, 2012 y Thomas Piketty, *Capital in the Twenty-First Century*, Harvard University Press, 2014.

efectos beneficiosos para la sociedad en su totalidad, parece ser la senda óptima por recorrer.

En definitiva, el intento clave de la investigación es conceptualizar el derecho al libre y pleno desarrollo personal, concretizar su contenido, contextualizarlo y plantear una argumentación firme y multidimensional a fin de justificarlo. El motivo siguiente es abogar por retomar y aumentar la importancia de dicho derecho en la conciencia tanto individual como colectiva, en el ámbito legal, jurisprudencial, sociopolítico, económico y educativo o, en su ausencia, abogar por su implementación textual en el marco constitucional-nacional e internacional, especialmente comunitario, con el énfasis en su acuciante importancia para la fundamentación y la futura prosperidad de la SIC y para que toda persona logre la mejor accesibilidad a las ventajas que emanen del potencial de la SIC.

1.4. Metodología empleada

La investigación acomete el tema recorriendo el marco legislativo y jurisprudencial internacional y nacional, con el énfasis en el ámbito regulador de la Unión Europea y sus políticas, colocando, fundamentando y justificando los conceptos desde la reflexión de carácter teórico-jurídico y provenientes de otras disciplinas humanistas en la medida necesaria para darle una visión más amplia, la mayor claridad y la mejor comprensión. Ante todo, el discurso de la tesis pretende ir hacia las resoluciones lo más práctico posibles para los trabajos legislativos, las decisiones jurisprudenciales y las políticas de las autoridades por implementar.

Partiendo de la concepción general del libre e íntegro desarrollo de la personalidad del ser humano y del derecho (principio) correspondiente a ello dentro del ámbito de los derechos humanos y fundamentales reconocidos por distintos ordenamientos jurídicos nacionales, la tesis se adentrará en el análisis más detallado rozando el derecho a la educación, al acceso abierto a los contenidos de cultura y los resultados científicos y de innovación y al disfrute de la herencia cultural de la

humanidad, a la libertad de expresión e investigación científica, a la participación posiblemente extensa en el intercambio de ideas, opiniones, pensamientos y contenidos de conocimiento y a los derechos que sientan las bases para la igualdad real de oportunidades en el contexto de las TIC y de la consolidación de la SIC, enfrentándolos con el derecho de autor y la propiedad intelectual.

Numerosos actos jurídicos del derecho internacional y las constituciones nacionales de varios países nombran de forma explícita el derecho al desarrollo de la personalidad, en ocasiones exponen adicionalmente que sea libre o pleno, o por lo menos establecen un principio general del libre desarrollo personal o se refieren a este concepto, vinculándolo con otros derechos o libertades, como su razón o finalidad. Por su naturaleza muchos de esos actos de nivel jurídico alto no pueden detenerse para dar explicaciones detalladas acerca de las normas introducidas, invitando a los destinatarios a dirigirse a la interpretación jurisprudencial o doctrinal para destapar la complejidad del contenido legal. Para aplicar el derecho de carácter tan básico, como es el derecho al libre desarrollo personal, que agrupa bajo una idea completa un haz de atributos congruentes que están unidos entre sí de manera interdependiente es necesario discernir determinadas partes integrantes y contextualizarlas. Eso permitiría concretizar las potenciales reivindicaciones del individuo y marcar las esferas concretas de protección. Las deliberaciones y las conclusiones de la tesis pueden servir, por un lado, de interpretación de las normas existentes y, por otro lado, de inspiración y aportación para el desarrollo de nuevas opciones y soluciones legislativas o relacionadas con las políticas públicas con el motivo de fortalecer los debidos intereses de la ciudadanía.

La variedad de comentarios doctrinales y sentencias judiciales permite acercarse a la acepción jurídica del desarrollo personal, puesto que se especifican los diferentes elementos, formas y materializaciones de este a través de la resolución de casos concretos. Eso coincide con la comprensión del concepto del desarrollo personal establecida por tales disciplinas como psicología o antropología. El conjunto de los componentes desglosados de la noción misma del libre e íntegro desarrollo de la

personalidad determina el carácter, contenido y alcance del derecho al libre desarrollo personal, igualmente si se presenta en los sistemas legales bajo otras fórmulas jurídicas como el principio rector, la directriz interpretativa, el valor o bien protegidos. Al disponer de un entendimiento bastante preciso del concepto del desarrollo personal se lo puede aplicar en el contexto de la SIC, indicando y descubriendo las interacciones e influencias entre el desarrollo personal y el entorno socio-jurídico marcado por las TIC.

La Unión Europea goza de un carácter único entre las organizaciones fundadas a base de pactos internacionales por los vínculos estrechos y difíciles de terminar entre los Estados-miembros, hasta dispone del poder exclusivo de regular determinados ámbitos jurídicos, así como establecer y seguir ciertas políticas públicas. Aparte de los actos propios de alto poder vinculante y celebraciones de los tratados internacionales, el marco jurídico comunitario incluye una pluralidad extraordinaria de otros documentos que expresan las intenciones, políticas y observaciones de esta. Entre ellos se hallan memorias y conclusiones de encuentros de representantes de las autoridades competentes de los Estados miembros, distintos tipos de orientaciones, informes, estudios y análisis que fijan los objetivos y las acciones de la Unión misma y los gobiernos nacionales, y obligan o empujan a efectuarlos. Así, la producción normativa o burocrática de la UE es de distintos tipos y niveles de alcance, validez y fuerza vinculante (*hard law / soft law / no law*).

De formular el concepto del derecho al libre y pleno desarrollo personal (el principio) con el enfoque en la SIC, desglosar su contenido, desvelar sus características y su acepción jurídica se muestra su importancia y utilización práctica para distintas esferas de la actividad del individuo en el mundo digital. Estas esferas atañen a tales cuestiones como el acceso físico a las redes, la libertad de comunicación y de recibir información, la libertad de expresión y pensamiento, la libre composición de la personalidad, la participación efectiva en el intercambio de ideas y en investigaciones científicas y la libre producción y circulación de los contenidos de ciencia y cultura, la educación, la igualdad (material) de oportunidades, beneficiarse de los logros y avances

de la humanidad y de la creación colectiva y la accesibilidad al conocimiento y el libre acceso a la cultura en general. Además, se considerarán tales asuntos singulares como las restricciones y la censura en Internet o el concepto de los bienes intelectuales comunes y las externalizaciones. Se discutirán ciertas contradicciones dentro del concepto presentado, sobre todo se trata de la visible oposición entre, por un lado, los derechos relativos al libre desarrollo personal y el acceso a bienes culturales y, por otro lado, la protección de la propiedad intelectual, mostrando los límites y posibles abusos, y cómo evitarlos.

1.5. Justificación de la tesis

En el conjunto de soluciones presentes en los ordenamientos jurídicos, las políticas públicas y las ideas pertenecientes a los sistemas de derechos humanos (fundamentales) relevantes para la implantación y el avance de la SIC se pueden observar ciertas carencias y contradicciones. Por esta razón se explorará el tema a la luz del concepto del libre y pleno desarrollo humano con el fin de establecer algunas orientaciones respectivas a la justificación de la introducción de determinadas normas jurídicas y políticas favorables al desarrollo personal para sacar partido de las oportunidades que se produzcan gracias a las nuevas tecnologías y empujen el proyecto de la SIC hacia la meta apropiada con todas las ventajas para sus integrantes.

La SIC no se está construyendo de modo automático e ideal únicamente por la expansión de las TIC. Las TIC parecen solo uno de los instrumentos que además a veces produce los efectos contradictorios en los procesos sociales cuya valoración inmediata se hace ambigua y dudosa. Por ejemplo, se puede plantear el interrogante cuáles serán las repercusiones para la personalidad humana y su florecimiento que originen de las relaciones deshumanizadas que, a su vez, surgen del contacto escaso y reducido entre los usuarios digitales alejados, siendo una circunstancia natural de someterse a la dominación de las TIC. La disminución del contacto cercano y personal entre la gente es un aspecto urgente para debatir cuyas consecuencias para la calidad y

riqueza de las relaciones personales aún no se pueden determinar por el paso del tiempo demasiado corto para observar de modo definitivo todos los efectos en los hombres. Ante los riesgos de fragmentación del tejido social y de alejamiento en las relaciones socio-personales, incluso su desaparición, se plantea la cuestión si esta multitud de las personas conectadas a través de los dispositivos digitales seguirá siendo una sociedad en el sentido que conocemos y comprendemos de momento⁵. Estamos al comienzo de la fundación de la SIC, pues las mismas TIC abren multitud de oportunidades de integración y nuevas formas de cooperación y colaboración, así como facilitan el florecimiento humano del individuo en su dimensión intelectual y espiritual.

Así se puede mirar hacia las oportunidades para la educación a distancia o el autoaprendizaje a través de las plataformas de los cursos preelaborados y automatizados, con todos los efectos provechosos. Aunque sí, por otro lado, a la participación en este tipo de cursos le falta la intensidad de relaciones pedagógicas y formativas que afloran en el aula tradicional (escolar o universitaria) entre los compañeros o con los maestros y los profesores como mentores. Por su naturaleza esta forma de contactos se caracteriza por cierto aislamiento y despersonalización. Por eso suena tan interesante desarrollar las fórmulas de *blended learning* (la enseñanza / el aprendizaje virtual-presencial) o *flipped classroom* (el aula invertida) que aúnan lo mejor de las soluciones tradicionales y digitales, y aseguren e incluso pongan a disposición de los alumnos más tiempo para el trabajo directo en común, apartando de la clase la seca transmisión de la información didáctica.

El facilitar el acceso a los contenidos de cultura, de conocimiento y de educación a través de la implementación de las medidas jurídicas oportunas, incluidas las que

⁵ James E. Katz and Ronald E. Rice en *Social Consequences of Internet Use* (Katz y Rice, 2002) revisan y sopesan el impacto del uso de Internet en la sociedad, las amenazas y esperanzas, los vaticinios utópicos y distópicos. Precedentemente, fue Robert Putnam quien perseguía por primera vez las profundas influencias negativas de los medios de masas, en concreto la televisión, en la sociedad (norteamericana) en su “Bowling Alone. America's Declining Social Capital.”, *Journal of Democracy*, January 1995, pp. 65-78 y él mismo penetró el tema con detalles en “Bowling Alone: The Collapse and Revival of American Community” (Putnam, 2000).

sirven para anular o rebajar las trabas vinculadas con las restricciones del derecho de autor, para fomentar nuevas formas de aprendizaje activo y el disfrute de los recursos de cultura, es un quehacer para el legislador tanto nacional como comunitario. Lo anterior requiere un giro hacia un nuevo entendimiento de la propiedad intelectual y autoral, teniendo en cuenta la naturaleza de la conexión global y la intensa producción de los recursos de cultura y conocimiento.

Frente a los progresos de la SIC y las expectativas, incluso necesidades, del desarrollo personal y profesional de sus integrantes, los siguientes aspectos de actualidad destacan como más urgentes de resolverlos: hacer simples las reglas relativas a la accesibilidad de los contenidos de cultura y conocimiento, ampliarla y amplificar el alcance de la reutilización permitida de los anteriores, declarar el entorno jurídico propicio a promover los comportamientos acertados dentro del nuevo paradigma formativo que apunta hacia el aprendizaje a lo largo del transcurso vital, con el fin de afrontar las exigencias del mercado laboral, con vistas hacia el bienestar de los individuos y la estabilidad socioeconómica de los pueblos en su conjunto, para que se eleve y fortalezca la calidad de vida teniendo en cuenta la prolongada longevidad de poblaciones, el requisito de activar a las personas y el ineludible envejecimiento de la gente. Por esta razón son de importancia capital las políticas públicas y las disposiciones jurídicas que aseguren el acceso a distintas formas de formación permanente, faciliten la participación dinámica en las actividades socioculturales, extiendan el grado de libre utilización y circulación de materiales de conocimiento, apoyen el intercambio de ideas sin obstáculos innecesarios y aporten a la seguridad psicosocial del individuo que deriva de las habilidades profesionales actualizadas y de la disposición de afrontar las exigencias del mercado laboral y de la vida privada.

En definitiva, las variadas facetas del derecho al libre y pleno desarrollo individual no se pueden apartar del ámbito de las regulaciones relativas a los derechos patrimoniales correspondientes a la autoría y la propiedad intelectual. Frente a los cambios tecnológicos y sociales el concepto de la propiedad intelectual requiere una

profunda remodelación de su articulación para que se adopte con eficacia a nuevos campos de referencia. Es que, por un lado, a la protección absoluta de la propiedad intelectual le falta incluso la efectividad para ser ejecutable y, por otro lado, ya no puede ni puede frenar o temperar el desenvolvimiento boyante de nuevas modalidades de acceso a los contenidos o conceptos protegidos y de su uso. Al observarlo hay que tomar conciencia de que las disposiciones jurídicas que rigen la producción creativa parecen a veces obsoletas e inadecuadas. La propiedad *per se* no tiene sus calidades jurídicas por naturaleza sino las adquiere mediante un consenso político (un contrato social) por medio del que se formulan determinadas reglas, que sí puedan reescribirse a causa de nuevas circunstancias sociales. Aunque desde hace mucho en la Unión Europea continúan los trabajos hacia la renovación del derecho de autor para darle una nueva forma más adecuada a los tiempos contemporáneos y de esta manera introducir nuevos impulsos para vigorizar y fortalecer la competitividad creativa científica y económica de las poblaciones europeas, se ve discutible el progreso, cuyo objetivo sería suavizar y simplificar las restricciones a fin de hacer los contenidos de cultura y conocimiento accesibles y utilizables con mayor facilidad.

Al tema de cierta inconsistencia y mucha ineffectividad de los derechos de autor y de la propiedad intelectual como tales se suma la cuestión puramente teórico-jurídica, la de las supuestas colisiones entre, por un lado, el derecho al libre desarrollo y otros derechos humanos (fundamental) vinculados con este y, por otro lado, la protección de la propiedad intelectual establecida al mismo nivel jurídico. A la resolución de esta dificultad puede aportar el concepto de la ponderación (proporcionalidad) estudiado por Robert Alexy.

En resumidas cuentas, el prestar más atención por parte de la doctrina jurídica, el legislador y las administraciones nacionales y comunitarias a la cuestión del libre y pleno desarrollo individual en el contexto posiblemente amplio, entre otros, correspondiente al proceso de la consolidación de la SIC globalizada, en primer lugar aportará a la mejor comprensión de los requisitos que condicionen el crecimiento

socioeconómico colectivo que es de interés permanente de la ley, la política, la economía y, cómo no, la reflexión teórica de distintas vertientes y, en segundo lugar, permitirá sentar las bases para aprovechar las oportunidades que nos ofrecen las TIC y hacer frente a las expectativas y exigencias de la ciudadanía europea, así como superar los retos y desafíos de los mercados económicos, laborales, educativos facilitando el acceso y extendiendo el grado de reutilización de los datos y recursos de cultura y conocimiento, y promover los flujos de ideas e innovaciones.

1.6.Asuntos próximos al tema que quedan sin profundizar

Hay numerosos aspectos jurídicos relacionados de una u otra manera con la cuestión del libre e íntegro desarrollo de la personalidad humana en la SIC que se encuentran al margen, sin profundizar o fuera de lo debatido en la tesis presentada. A continuación, recorreremos y comentamos lo más importante para delimitar el alcance de la temática objeto de investigación, contrastarla con los temas afines y, de este modo, concretizarla.

1.6.1.Acerca de los derechos de la personalidad a fin de demarcar

La categoría “los derechos de la personalidad” aglutina todo el conjunto de los derechos correspondientes a cualquier persona en el sentido jurídico. Se acuñó para dar un denominador común a los derechos que protegen los bienes jurídicos más íntimos de naturaleza extrapatrimonial concernientes a la propia persona. Dichos derechos tienen carácter innato, inherente, esencial, inexpropiable, irrenunciable, intransmisible e inembargable. Martínez y Alejandra (2014: 23-50) en el capítulo “Los derechos de la personalidad” de su estudio recorren la evolución del concepto de los derechos de la personalidad y catalogan sus características según varios comentaristas⁶.

⁶ Asimismo, el tema lo desarrollan Eduardo de la Parra Trujillo en “Los derechos de la personalidad: teoría general y su distinción con los derechos humanos y las garantías individuales”, *Jurídica*. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Número 31, 2001, pp. 139-163,

Ante la persona natural, hay que acentuar que, aunque cada uno de estos derechos de la personalidad en menos o más medida conecta con la personalidad humana en el sentido antropológico-psicológico o afecta a ella, según su contenido y calidad, la mayoría no lo hace de modo directo. Algunos de ellos representan derechos atribuidos más a la persona como un sujeto autónomo jurídico que a su personalidad en la acepción de lo espiritual, intelectual o mental. Normalmente dichos derechos conceden amparo a la persona frente a las injerencias, intrusiones e intromisiones ilegítimas, tienen la naturaleza de derechos negativos que obligan a los terceros, sobre todo al Estado y otros poderes públicos, para que no intervengan de modo determinado en la esfera protegida y no hace falta que el titular de estos derechos acometa alguna acción. Hay también derechos, clasificados por varios autores, como los de la personalidad, que requieren cierta actividad por parte del titular e impiden alguna reacción en contra por parte de los terceros. Se trata, por ejemplo, de la libertad de expresión. Otra modalidad que aparece en los comentarios acerca de los derechos de la personalidad incluye los derechos positivos, es decir, tales que exigen que terceros actúen de manera determinada en beneficio del titular. Tales son los derechos prestacionales, entre otros, el derecho a la información, así las instituciones o personas designadas están obligadas a facilitar informaciones cuando el interesado las solicite, o el derecho del menor de edad a ser oído y atendido, que requiere que sus padres actúen de cierto modo frente a él.

disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/31/pr/pr10.pdf>, Eduardo Vázquez Bote en “Los denominados derechos de la personalidad, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Número 18 Sección de Artículos, 1973, pp. 403-439, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/18/art/art3.pdf> y Carlos Rogel Vide en “Origen y actualidad de los derechos de la personalidad”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, núm. 20, 2007, pp. 260-282, Puebla, México, disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222932014>. Recuperados el 20.10.2015.

Para confrontar esta amplia categoría de “los derechos de la personalidad” con el plano de esta investigación lo decisivo es que el concepto del libre desarrollo humano sujeto al análisis aquí precisamente gira en torno a lo psíquico del ser humano. Por esta razón los derechos singulares, los cuales diferentes comentaristas afilian a la noción de “derechos de la personalidad”, que se alejan de este ámbito, principalmente se quedarán sin comentarios detallados.

Lo más emblemático que destaca en las consideraciones doctrinales es que, principalmente, el mismo derecho al libre desarrollo de la personalidad, bastante reconocido por diferentes sistemas normativos, no se inserta en la categoría de los derechos de la personalidad. En la tesis tampoco se busca vincular a nivel taxonómico dicho derecho con los derechos de la personalidad. Si alguno de los derechos de la personalidad enumerados por los comentaristas tiene cierta relevancia para el tema se lo apunta de modo abierto y se lo analiza en el contexto dado y con el fin determinando sin referirse a la categoría abstracta de los derechos de la personalidad.

En gran medida el problema que despierta dudas principales descansa en la coincidencia terminológica entre la expresión “el derecho al libre desarrollo de la personalidad”, positivado en las leyes, las constituciones o los actos de derecho internacional, que tiene la acepción relativamente bien determinada y la expresión “los derechos de la personalidad” que surgió para el uso dentro del lenguaje jurídico debido a la necesidad de aglomerar distintos derechos inherentes a la persona en una noción íntegra. La concepción de los derechos de la personalidad, conforme con el fin de su fundación, se caracteriza por un contenido bastante amplio del que cada comentarista doctrinal saca alguna área para profundizarla e incorporar algo novedoso.

De tal modo en relación con el concepto de los derechos de la personalidad, en el marco jurídico español se trata de los derechos fundamentales de la Constitución española, entre los cuales los autores indican los que pertenecen al art. 18 CE: el derecho a la intimidad personal y familiar, al honor y la fama, a la propia imagen hasta las reclamaciones desde el derecho civil de rectificación calumnia e injuria (Caballero

Gea, 2007). A esta base Bazúa Witte (2005) añade el derecho a la vida, los derechos sobre el cuerpo humano (art. 15 CE), incluso tras la muerte, el derecho sobre el cadáver y los derechos a ser individualizado según su nombre (origen)⁷ y la autoría de expresiones externas (obras), es decir, los derechos morales de autor⁸. A ese volumen el autor suma el derecho a la libertad en el sentido del art. 17.1 CE. Algunos autores extienden incluso más el alcance de los derechos de la personalidad anexionándolos a las libertades del art. 20.1 CE, se trata de la libertad de expresión y la libertad de información (Encabo Vera, 2012), que sí están en el foco de interés de esta tesis.

En el estudio exhaustivo que incluye las consideraciones tanto acerca de las personas naturales como jurídicas Bonilla Sánchez (2010) une al concepto de los derechos de la personalidad los derechos relativos a la protección de datos (art. 18.4 CE), la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE) y el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE). En el tema de datos personales se centra Rebollo Delgado (1998) con el énfasis en los aspectos de derechos al honor, a la intimidad, la privacidad y la vida privada frente a Internet y el tratamiento automatizado de datos de carácter personal, revisando las leyes españolas y las regulaciones de la UE y el Consejo Europeo.

En relación con los derechos de la personalidad ante la persona natural Bustos Pueche (2008) indica el derecho a la vida, incluidas las cuestiones del aborto y eutanasia, los derechos a la integridad física, incluido lo que se refiere a la donación, extracción, trasplante de órganos y ensayos clínicos. Según la esfera intangible el autor enumera el derecho al honor, la intimidad y la imagen y, por último, el conjunto de los derechos acerca de la protección de los datos personales.

⁷ Celia Ynchausti Pérez y Dolys García Martínez parten de un recorrido general de los derechos de la personalidad, pero en “Los derechos inherentes a la personalidad. El derecho a la identidad personal” como lo indica el título mismo se centran en la identidad de la persona y la sitúan en el ámbito más amplio, en el contexto jurídico cubano. El artículo disponible el 20.10.2015 en: *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, marzo de 2012, www.eumed.net/rev/cccss/19/.

⁸ Desde la perspectiva de los derechos de la personalidad los derechos morales de autor los analiza Rafael Roselló Manzano (2011) en *Derechos de la personalidad y derechos morales de los autores*, Madrid: Reus.

El campo de la protección de datos personales encierra una multitud de cuestiones de gran importancia para el ciudadano que esta tesis no abordará o lo hará ocasionalmente al margen del hilo conductor, así será el derecho al olvido. Se trata de la extensa cuestión de la privacidad y la protección de la vida privada, específicamente en relación con el tema ardiente de seguridad y privacidad ciudadana frente a la omnipotencia y omnipresencia del Estado u sus cuerpos. Son las operaciones secretas, incluidos el espionaje de los ciudadanos y la detención y el almacenamiento de datos y correspondencia realizados por servicios estatales de inteligencia. Aunque todos estos aspectos resultan de gran importancia para la existencia y la actuación de la persona en la SIC se encuentran fuera del análisis, ya que tienen relativamente poco que ver con el desarrollo de la personalidad en el sentido estricto del término.

Asimismo, no se contemplará con detalle toda la esfera tan importante de la protección de menores y las restricciones del acceso a ciertos contenidos, ni desde la óptica ética, pedagógica, socio-jurídica, ni las regulaciones tecnológicas relativas a la cuestión. Sin duda ninguna, el alcance y los modos de protección de menores ante los contenidos distribuidos en Internet es el tema de gran calado desde la perspectiva del desarrollo libre y pleno de su personalidad. La cuestión esencial es por dónde pasa la frontera entre lo que aportaría al desarrollo libre del menor y lo que jugaría en contra, obviamente tomando en consideración el nivel del propio avance del menor y la evolución de la personalidad en el transcurso de los años. No obstante, es el campo explotado en muchos estudios de carácter jurídico, ético y pedagógico.

Con respecto al menor de edad, De Lama Aymá (2005) en su tesis doctoral aparte del derecho al honor, la intimidad, la propia imagen, la integridad física y la salud, al nombre (la identidad personal/familiar) une a los derechos de la personalidad el derecho a tomar en consciencia los deseos del menor, a aprender determinadas normas y

valores sociales y a ser atendido y oído⁹. La cuestión que atrae la atención especial de la tesis entre los aspectos registrados por la autora es el derecho al acceso a las fuentes para adquirir “determinadas normas y valores sociales”. En primera línea se encuentra la responsabilidad de los padres de transmitir ese tipo de sabiduría y poner a disposición del menor, según su madurez creciente, todo lo razonablemente pensado y asequible para permitir el desarrollo libre de su personalidad. Además, hay esferas del comportamiento autónomo del joven que corresponden intrínsecamente al concepto del libre desarrollo de la personalidad. Se trata de la libertad de acción, por lo cual hay que referirse a las cuestiones tipo: el uso del teléfono móvil en el aula, el corte del pelo o la libertad de vestir, limitada a veces por las reglas escolares, los aspectos abordados desde la perspectiva de la libertad de manifestaciones de la personalidad.

Al desarrollar las opiniones acerca de los derechos de la personalidad varios autores admiten el principal significado del art. 10.1 de la Constitución Española que confirma la posición central de la dignidad humana¹⁰ y los derechos que le corresponden y al libre desarrollo de la personalidad. La referencia a la dignidad humana sirve para unir los derechos de la personalidad enumerados por separado en la Constitución o por otras leyes y fundamentarlos adicionalmente, aparte de las bases directas según la fuente primordial de la cual ellos derivan. Sorprendentemente, el principio explícito del libre desarrollo de la personalidad de hecho se queda a menudo al margen de lo considerado por los autores en relación con los derechos de la personalidad. Igualmente, en estos contextos ni se hace caso al derecho a la educación, que tiene mucho que ver con la personalidad, rara vez se vincula el tema con la libertad

⁹ Con referencia al ejercicio de los derechos de la personalidad por parte del menor, lo estudia María José Santos Morón en “Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor”, publicado en: AFDUM (Anuario de la Facultad de Derecho de Universidad Autónoma de Madrid), núm. 15 (2011), pp. 63-93, disponible el 20.10.2015 en: <https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/15/M%20J%20Santos.pdf>.

¹⁰ Francisco Sacristán Romero estudia en profundidad de qué modo la dignidad humana subyace en los distintos derechos en “Dignidad y libre desarrollo de la personalidad en menores: daños en el ámbito de las nuevas tecnologías de la información”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 13, pp. 357-389, 2013.

de expresión y casi nunca con la libertad ideológica o aspectos correspondientes que asimismo son próximos a la personalidad.

Casi todas las esferas expuestas anteriormente concernientes a una persona agregadas en el concepto de los derechos de la personalidad influyen, de un modo u otro, en su autoestima, autoimagen, autosentido de ser quien es, por consiguiente, afectan a la personalidad de esta. No obstante, al suponer la comprensión específica de la personalidad del ser humano que se compone de lo espiritual, emocional, intelectual o mental, la mayoría de los derechos indicados sí protege a la persona y a su personalidad, pero no la define.

La tesis presentada se centra más bien en los derechos de carácter positivo del individuo y sus reivindicaciones que le permitan actuar de forma determinada sin que los terceros pongan trabas a esas acciones, incluso exigir a los terceros que se comporten de manera determinada. Así, en cuanto a los derechos de autor la tesis se interesa más bien por el uso libre de las obras creativas u otros contenidos de cultura o ciencia y en menor medida por el alcance de protección de los autores de producciones artísticas, que en sí mismo es un tema bastante explotado. En la investigación se presta tanta atención al acceso a los recursos de cultura y conocimiento y su uso relativamente libre, porque son los factores de gran importancia para el pleno desarrollo de la personalidad. Las inspiraciones desde fuera son lo que le facilita al individuo moldear su personalidad, fomenta su creatividad, incentiva la capacidad de innovar. No obstante, se tiene constancia de que la protección al menos de los derechos morales del autor es constituyente para forjar su identidad y motivación creativa.

Otro ejemplo del derecho a veces integrado al concepto de los derechos de la personalidad por el que sí se interesa esta investigación se relaciona con la libertad de expresión, sobre todo con el enfoque en sus representaciones en el mundo digital. La libertad de expresión está en una relación íntima con la personalidad humana, ya que da lugar a las manifestaciones de la personalidad. No obstante, su sentido jurídico se refiere tradicionalmente a determinada categoría de actuaciones, sobre todo lingüísticas,

de carácter de comunicación o enunciación, lo que mejor demuestra su homólogo inglés *free speech*. Es decir, el concepto mismo de la libertad de expresión se vincula estrechamente con la libertad de comunicar los pensamientos, las opiniones o las sensaciones sin censura (dentro de un marco determinado), incluida la libertad de prensa u obtener la información (el derecho a la información). Lo precisa la Declaración de Principios Sobre Libertad de Expresión de Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Ávila Ordoñez et al., 2011:5):

La libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. ... Toda persona tiene el derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente en los términos que estipula el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Todas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación sin discriminación, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, sexo, idioma, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. ... Toda persona tiene el derecho a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados y, en el caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla.

La libertad de expresión está en coherencia con el derecho al libre desarrollo personal, lo sustenta y condiciona, es una de las herramientas para conseguirlo. Cada fórmula de censura directa o indirecta no justificada debidamente, así como la presión o imposición que obliguen a autocensurarse, desfavorecen el desarrollo de la personalidad. Indudablemente, sin la posibilidad de ejercer la libre expresión oral y el derecho relativamente amplio a acceder a todo tipo de informaciones (no solo personales) no se puede efectuar el pleno e íntegro desarrollo humano. Sin embargo, se plantea la cuestión de qué naturaleza tienen otras manifestaciones de la personalidad. Es

decir, la gente demuestra en público diversos comportamientos que marcan y exhiben su identidad, se besa, se abraza, se coge de la mano, lleva la ropa o el peinado característico, todas son formas de la libertad de expresión, imprescindibles para demostrar y mantener el sentido de la personalidad propia. El garantizar la libertad de todas estas manifestaciones del interior psíquico de la persona es la condición indispensable para establecer el ámbito propicio para el libre desarrollo humano.

Hacia otra cara del desarrollo de la personalidad se dirige Villalobos Badilla (2012: 75). La autora, al margen del eje conductor de su trabajo, discute la categoría del “desarrollo de la personalidad colectiva” que se relaciona estrechamente con el concepto bien conocido como “la identidad colectiva”. El sentido de pertenencia a un grupo – la identidad laboral, profesional, religiosa, social, lingüística, nacional, regional o de los aficionados de un equipo deportivo – constituye una parte íntegra de la personalidad. La identidad grupal se puede investigar desde la perspectiva sociológica enfocándose en los comportamientos y valores comunes del grupo o desde la óptica del proceso de socialización de la persona. Muchas veces la personalidad individual está marcada profundamente por la identidad colectiva, es decir, el sentido de identidad colectiva del individuo se determina automáticamente sin la voluntad propia del sujeto, se trata de la identidad religiosa, social, lingüística o nacional. Las condiciones del libre y pleno desarrollo de la personalidad pueden llevar al individuo a los comportamientos subversivos y a cuestionar este tipo de sentimientos y pertenencias grupales. En definitiva, el libre desarrollo personal permite hacerse consciente de su identidad grupal, aceptarla o rechazarla, de esta manera se realiza el concepto de plena autodisposición del sujeto. A lo largo del transcurso de esta tesis no se comentarán los aspectos de la construcción de la identidad de los pueblos u otros colectivos.

Esta breve revisión del concepto doctrinal de “los derechos de la personalidad” permite concluir que éste se aleja del hilo conductor de la investigación, por lo cual no encuentra su aplicación en el estudio en curso, a pesar de que el propio término de “los

derechos de la personalidad” literalmente suena cercano a “el libre desarrollo de la personalidad”.

1.6.2. Acerca de las Tecnologías de la Información y la Comunicación

La estructura del propio universo de la Sociedad de la Información y del Conocimiento es muy complicada, la llenan los procesos y fenómenos de mucha complejidad, desconocidos hasta ahora. Por esa razón, el estudiar el derecho al libre desarrollo de la personalidad del ser humano bajo la mirada de la lente de la SIC y el concepto mismo de ella y su realidad necesitan un análisis multifacético, lo que repercute en la selección de los temas por investigar. De tal manera, en la tesis se pretenderá aproximar solamente a estos rincones del amplio tema que resulten en la mejor comprensión de la cuestión del libre desarrollo personal del integrante de la SIC, que en gran medida es un ambiente determinado por las Tecnología de la Información y la Comunicación (TIC).

Numerosas cuestiones jurídicas relativas a las TIC, entre otras las del derecho de telecomunicaciones y que surgen del desarrollo tecnológico en general, los aspectos técnicos, tales como la seguridad electrónica, incluso en lo relevante para el asunto del acceso ilícito e ilegítimo a las redes informáticas y a los datos e informaciones personales, se quedan fuera o al margen de lo discutido. Al campo técnico se suman las regulaciones acerca de la accesibilidad tecnológica de las redes y de las vías de conexión (cobertura, calidad, portabilidad) y del acceso físico a la red (la banda ancha, LTE, 5G), además las cuestiones tecnológicas del uso de dispositivos y aplicaciones (interoperabilidad) que sí son de interés de la investigación ya que constituyen un hilo de mucha relevancia para el desarrollo personal.

No se presentarán los aspectos jurídicos relacionados con el lado comercial de servicios de Internet, las industrias culturales y el negocio de los recursos digitalizados de cultura, ciencia o entretenimiento, ya sea electrónico o por otros medios de venta más

tradicionales, excepto, obviamente, desde la perspectiva general del acceso a los recursos del conocimiento, cultura y ciencia.

Al ilustrar la complejidad del hecho de cómo elegir entre los asuntos por reflexionar se puede poner el ejemplo de las políticas de entidades que manejan los motores de búsqueda. Tal y como se ha dicho anteriormente, las políticas de privacidad al respecto principalmente no encajan en el tema¹¹. No obstante, hay una vertiente bastante técnica de mucha importancia que atrae el interés. Se trata de los algoritmos de búsqueda y cómo las políticas comerciales de la compañía que gestiona el motor de búsqueda nos afectan a todos. Eso se debe a que se puedan poner ciertas preferencias de cómo ordenar y mostrar al usuario los resultados de búsqueda. En consecuencia, esos patrones o directrices, frecuentemente secretos y de índole comercial, hacen, desde el fondo, que el rastreo ni sea aleatorio ni de mérito, sino que los algoritmos predeterminados y manipulados determinen o restrinjan la búsqueda y la presentación del resultado al usuario. Así pues, esas cuestiones, ya que condicionan el acceso real del usuario del motor de búsqueda a la información y el conocimiento, no se pueden ignorar frente a los temas de la protección de los derechos del usuario y de proporcionar a este la información adecuada y verosímil sobre estas políticas por parte del gestor. Como dichas circunstancias no son indiferentes para el curso del desarrollo personal del usuario, haremos caso a los asuntos correspondientes, con más atención hacia la cuestión de la neutralidad de la red.

El siguiente asunto de interés, a primera vista bastante técnico, que se relaciona con los códigos fuentes y la interoperabilidad, también demuestra dos caras. Una estrictamente tecnológica que dejamos de lado en esta tesis y otra basada en las regulaciones legales o incluso las políticas comerciales que afecten a la esfera del acceso y la publicación de los detalles tecnológicos para permitir a los terceros conocer

¹¹ Juan Manuel y García Campos, “Google lo sabe todo de nosotros. El debate sobre la privacidad de los datos personales en internet ha adquirido una nueva dimensión tras las filtraciones sobre el programa de espionaje de la NSA.” La Vanguardia de 16.06.2013, acceso el 22.09.2017 en: <http://www.lavanguardia.com/internet/20130616/54375588359/google-lo-sabe-todo-de-nosotros.html>.

el sistema (la aplicación) que utilizan (el código y el software libres). La interoperabilidad entre los sistemas informáticos (las aplicaciones) o/y los dispositivos consiste en su capacidad de estar conectados, comunicarse, intercambiar los datos y cooperar. De las restricciones que impongan las compañías para obstaculizar ese tipo de interacciones entre los sistemas y aparatos vienen los monopolios que obligan a los usuarios a que usen exclusivamente cierto tipo de dispositivos o aplicaciones de origen comercial determinado. Son los informáticos, a menudo independientes, que pretenden facilitar las soluciones para permitir que dichos dispositivos o aplicaciones conecten entre sí. Para realizar este tipo de intentos hay que tener el acceso al código fuente, que normalmente es un secreto empresarial, hasta estar sujeto a la patente. Entonces, si el titular de derechos no proporcionara la solución o la interfaz deseadas no se las podría desarrollar individualmente sin su consentimiento. De este modo se bloquean todas las posibilidades de ajustar las funciones de los dispositivos y las aplicaciones al uso individualizado, en su caso se limita de esta manera también el acceso a los recursos.

La interoperabilidad entre distintos formatos de documentos (e-libros) y los equipos de lectura (e-reader) significa que un contenido en formato determinado se puede leer (escuchar/ver) en varios dispositivos ofrecidos por diferentes productores. Lo último resulta en la creación del mercado competitivo tanto con relación a los recursos (textos, audios, videos) como los equipos. Todo esto favorece el acceso a distintos recursos, por ejemplo, de educación, de cultura y de conocimiento. A falta de interoperabilidad se pueden crear monopolios que aten ciertas ediciones de e-libros a los determinados dispositivos electrónicos para que se vendan unidos o para después retener a los clientes que no se dispongan a adquirir otros dispositivos y sigan comprando e-libros de una determinada editorial o al revés, quien quiera leer un libro concreto alcanzable solo en esta editorial, tendrá que comprar el equipo designado. Unos similares conflictos de intereses pueden surgir entre los dispositivos, entre las aplicaciones y por fin entre las aplicaciones y los dispositivos. La falta de interoperabilidad empuja a la situación de que una empresa pueda dictar los precios o

imponer el alcance geográfico u otras condiciones de uso, dominando de esta manera el mercado y en consecuencia dificultando a los usuarios (clientes) el acceso, incluso de pago, a los recursos de cultura y conocimiento. Por las razones expuestas, ese tipo de mecanismos, que propician la competencia desleal ante los usuarios y otras empresas, deben ser rechazados.

Con referencia al ámbito de esta tesis las cuestiones de la interoperabilidad, del código abierto o el software libre parecen bastante técnicas, pero sin las soluciones jurídicas oportunas al respecto se puede provocar el peligro de que se restrinja a los usuarios el acceso a los recursos y, en consecuencia, dañe las condiciones del libre y pleno desarrollo de su personalidad, por eso requieren ser tratadas con cautela. Entonces, son de interés de este trabajo las medidas jurídicas efectuadas y necesarias, también desde las regulaciones de la competencia leal y el antimonopolio, para evitar o al menos disminuir o suavizar los riesgos y las consecuencias indeseadas de esa clase de actuaciones por parte de los agentes comerciales en el mercado.

La cuestión de interoperabilidad se relaciona también con la investigación científica, ya que, a falta de ella entre varios aparatos o instrumentos científicos, que en la actualidad todos llevan el software, no se los puede usar de modo efectivo sin poder implementar algunos cambios o mejoras en sus sistemas. Una cosa es proteger el programa en sí, beneficiarse de su distribución, y otra es posibilitar a los que legalmente adquirieron ese programa introducir ciertos cambios y modificaciones o elaborar interfaces para ajustarlo a sus necesidades singulares o hacer que se comunique con los equipos o aplicaciones ya en la posesión del equipo científico.

Como se ha dicho anteriormente, el uso de distintos programas y aplicaciones informáticos se somete al desconocimiento de los códigos fuentes por ser secretos o al impedimento jurídico de adaptarlos a los usos nuevos o extendidos por ser protegidos legalmente. Son las condiciones que limitan las posibilidades de implementar mejoras u otros cambios, o ampliar la aplicabilidad de dichos programas. Si el propio titular de derechos de autor del código fuente u otros datos del programa no quiere preparar los

interfaces ni las versiones arregladas a los usos diferentes, ese tipo de trabas obstaculizará que se logre la interoperabilidad entre diferentes equipos o sistemas.

En suma, se puede imponer a los productores de equipos y aplicaciones ciertos requisitos para que ellos garanticen la interoperabilidad o para que pongan al descubierto lo que sea necesario para que los terceros puedan desarrollar independientemente las interfaces, los sistemas, los programas o las aplicaciones. La cuestión asimismo se puede regular mediante las prácticas y los hábitos del mercado.

1.6.3. Activismo digital político y civil, e-gobierno, acceso a la información pública

Otra cara de las nuevas tecnologías de la comunicación son todas las oportunidades en torno a lo político. Se trata de las nuevas formas y modalidades del activismo digital de cualquier carácter que se puede llevar a cabo con mucha facilidad gracias a las redes sociales, páginas web de las organizaciones formales e informales, sin ánimo de lucro o con fines políticos o sociales bien determinados, incluso arrancando iniciativas *ad hoc*, blogs o mediante la distribución de materiales de propaganda por correo electrónico. De este modo se hacen realidad las libertades y las ambiciones políticas y cívicas de los ciudadanos.

A esta esfera se suma toda la actividad oficial gubernamental y administrativa de distintos niveles, el llamado e-gobierno. Las soluciones oportunas permiten acceder a la información y comunicarse a distancia con los órganos administrativos de forma bidireccional, incluso, en algunos países, votar en las elecciones o los referéndums.

Todo este conjunto de nuevas opciones constituye la vertiente intrínseca y de gran calado para la SIC. Las tecnologías digitales han permitido el desenvolvimiento de los movimientos sociales haciendo la democracia más transparente y las instituciones democráticas más asequibles a todo ciudadano. El acceso relativamente cómodo, a distancia, normalmente gratuito a la información pública, a los actos legislativos y otros documentos de la administración pública, a las sentencias judiciales, a los registros y almacenes de datos resulta en mayor igualdad entre los ciudadanos, independientemente

de su situación material o lugar de estancia, ya sea un pueblo pequeño o una ciudad grande donde las instituciones están al alcance de la mano. Debido a las TIC cada vez más procedimientos administrativos, búsquedas y obtenciones de información pública están al alcance de un clic de ratón del ordenador.

No cabe duda de que toda esta pluralidad de modalidades, sobre todo en relación con el activismo social o político, afecta de modo beneficioso a la personalidad humana, la reaviva y estimula para que siga desarrollándose. Los campos de la actividad social y política del ciudadano, ya sea a través de los nuevos medios y las tecnologías avanzadas o en formas más tradicionales, pertenecen a la materia de las libertades y los derechos políticos, que instituye una plataforma de la reflexión jurídica enormemente amplia y explotada científicamente desde hace mucho tiempo, tanto por la doctrina jurídica, como por las ciencias sociales y políticas. Entonces, aunque estos asuntos marcan significativamente la esfera de libertades y derechos del ciudadano imprescindible para el libre y pleno desarrollo de su personalidad, facilitando incluso a los activistas de distintos campos su autorrealización, han de quedarse sin profundizar para que no dominen la investigación. La efectución del derecho a la libre configuración de la personalidad requiere el entorno oportuno de una sociedad pacífica, tolerante, políticamente libre y democrática, que garantice las condiciones socioeconómicas dignas, y estos fines se alcanzan por el compromiso civil, que hoy en día encuentra su lugar de realización idóneo en el ciberespacio, sin embargo, el trabajo presentado aborda esta temática eventualmente al margen del hilo conductor para no irse demasiado lejos del nido del tema.

Tampoco se estudiarán en profundidad las nuevas fórmulas de actividad social o política individual o los movimientos sociopolíticos que se organizan y comunican electrónicamente, aunque este tipo de actividades fomenta la consolidación de una democracia directa, participativa y deliberativa, y de este modo la fundación de un ambiente propicio al desarrollo humano. El activismo y la militancia social o política requieren y conllevan, entre otros, la libre circulación e intercambio de ideas de todas

las índoles y se relacionan con la libertad de expresión, asimismo en la dimensión más técnica que es el acceso físico a las redes y los modos tecnológicos de comunicación.

Hay un tema acerca del ciberactivismo relacionado específicamente con las nuevas tecnologías de comunicación que es de mucha gravedad para las contemplaciones de esta tesis, aunque algunas de sus manifestaciones pueden encontrarse al borde de la legalidad o incluso rozan lo ilegal, es el hacktivism. Las distintas trabas al acceso y la utilización de los contenidos y datos, las políticas de los gobiernos, de las instituciones privadas que administran nombres de dominio en Internet (ICANN) o de las empresas que gestionan los recursos digitales o las aplicaciones y vigilan las vías de comunicación o las redes hacen que se hayan desarrollado movimientos cuyos fines apuntan a desbloquear estos obstáculos, a trabajar en contra de los monopolios comerciales y los dominios de poder que controlan el software, los contenidos digitales, las herramientas de comunicación, imponen las condiciones de pago, acceso y uso, incluso en contra de los organismos gubernamentales que utilizan las TIC para actuaciones principalmente ilegales, abusan del poder que les han cedido a ellos los ciudadanos en el proceso democrático, hasta que jueguen en contra de ellos y del Estado de derecho. Este tipo de activismo luchador cumple a veces las condiciones de ser clasificado como la desobediencia civil y, a juicio de sus militantes y partidarios, parece ser el único remedio para defender ciertos derechos y libertades.

En resumidas cuentas, aparte de ciertas manifestaciones, principalmente el activismo social y político se queda al margen del análisis que recorre esta tesis.

Con respecto a la problemática específica del acceso a la información pública o a las informaciones personales gestionadas por los órganos administrativos, se trata de los registros, la información tributaria, de salud, relacionada con los procedimientos administrativos o judiciales, etc., tampoco se la profundizará. Rara vez este tipo de informaciones formales influye en el desarrollo de la personalidad de manera directa. Es decir, la cuestión del acceso a este tipo de información y su uso libre para los fines, por decirlo así, corrientes se encuentra fuera del alcance de esta tesis. Por lo contrario, el

uso y la reutilización de este tipo de informaciones y datos con objetivos científicos y profesionales sin fines de lucro o de carácter comercial sí pertenece al tema de la tesis. Hay un sinnúmero de informaciones y datos de valor científico que se encuentran en los repositorios y las colecciones digitales de actos jurídicos, sentencias judiciales, decisiones de órganos administrativos, informes estadísticos, estudios científicos u otros análisis, documentos y documentaciones de distintos organismos públicos. Algunos de los aspectos del uso y la reutilización de ciertos recursos públicos pueden relacionarse con la protección por los derechos de autor, puesto que los autores mantienen al menos los derechos morales de autoría. Por consiguiente, es necesario que se regule el libre acceso a ellos y su reutilización en beneficio del ciudadano, siendo algo obvio puesto que la creación de tal tipo de recursos públicos se paga de los impuestos. Principalmente, el tema del acceso a la información pública, independientemente de la modalidad, ya sea por vías tradicionales o electrónicas, requeriría un análisis jurídico profundo y separado, puesto que toca uno de los derechos fundamentales del ciudadano en el Estado democrático de derecho. Aunque gracias a las TIC y la accesibilidad a distancia se iniciaron nuevas vías de acceso, el tema como tal no ha cambiado en comparación con la época antes de implementar las soluciones digitales. En general, se trata de que el Estado, sus administraciones y sus recursos, normalmente pagados por el ciudadano mediante el gravamen, se hagan accesibles al ciudadano en tal medida en la que sea posible a nivel tecnológico asequible en su momento.

De todas maneras, la accesibilidad de las fuentes de información gubernamental o afín influye en moldear actitudes, posturas y juicios del ciudadano y, en consecuencia, forma parte del ámbito de estímulos para el desarrollo de la personalidad. Sin embargo, no se discutirá en profundidad el derecho a la información pública en el sentido estrecho, a los registros, al e-gobierno y otras obligaciones del Estado de facilitar ciertos datos e informaciones o posibilitar el inicio y seguimiento de trámites administrativos para cumplir las reivindicaciones esenciales del ciudadano como tal que derivan de los derechos políticos.

2.El derecho al libre desarrollo de la personalidad en la SIC. El concepto y el contexto de los derechos fundamentales (humanos).¹²

2.1.El libre desarrollo de la personalidad desde el plano jurídico nacional e internacional. Los derechos del niño. El derecho a la educación. La igualdad de oportunidades.

A fin de acercarse al significado jurídico de la locución “el libre desarrollo de la personalidad” se presentarán a continuación referencias a algunos textos constitucionales nacionales escogidos ejemplarmente y determinados actos del derecho internacional, para colocar el concepto del libre desarrollo personal en una mayor perspectiva jurídica. El propio concepto del desarrollo de la personalidad y su planteamiento e inserción en distintos ordenamientos jurídicos aparecen en una variedad de configuraciones y gozan de diferentes formas, modos y caracteres que además se cruzan entre sí desde los niveles nacional e internacional. Sin embargo, a pesar de las diferencias y dificultades conceptuales e interpretativas, sobre todo relativas a la posición, la naturaleza y el alcance jurídicos de preceptos o interpretaciones jurisprudenciales concernientes al derecho al libre y pleno desarrollo personal en los sistemas legales, el concepto mismo del desarrollo de la personalidad del ser humano mantiene el sentido jurídico conductor. En esta tesis se está pretendiendo abogar por una comprensión íntegra y unificada del concepto jurídico del desarrollo de la personalidad como un valor / un bien troncal en los ordenamientos jurídicos, independientemente de las distinciones a efectos jurídicos establecidos por dichos ordenamientos, es decir, indistintamente si se le asigna a dicho valor / bien la protección de un derecho fundamental (subjetivo), ya sea explícito o implícito (*hard law*), o se lo sujeta a un principio orientativo (*soft law*). Aunque la positivación del derecho al libre y pleno

¹² Algunos párrafos de este capítulo se citan en el artículo del doctorando titulado “El contenido jurídico del concepto del libre desarrollo de la personalidad con referencia especial a los sistemas constitucionales: alemán y español” aceptado para la publicación en la Revista de Derecho de la UNED (RDUNED) N° 23.

desarrollo individual y su textual reconocimiento juegan un papel esencial, y por eso a continuación se mostrarán referencias a seleccionados textos legales que lo contienen, al igual es cierto que la idea misma del desarrollo humano, como un componente crucial de seguimiento y cumplimiento de los derechos del hombre y el factor clave de conseguir la felicidad y la satisfacción vitales, está presente firmemente en tal o cual forma tanto en el propio orden de los derechos humanos (fundamentales) como en el debate jurídico general. Pues, la mera presencia formal del derecho (principio) relativo al desarrollo humano individual en un ordenamiento constitucional, mediante la norma nacional o en relación con el sistema internacional de los derechos humanos, aunque importante, no es suficiente para confirmar su material efectucción y eficacia, luego este debe estar acompañado de medidas concretas, desde leyes y políticas públicas adecuadas para facilitar y estimular el desarrollo en las personas, a partir de las edades tempranas, durante la tradicional trayectoria educacional, y eso normalmente se sigue y se entiende muy bien, pasando por todos los periodos de vida de la persona, y eso pretende hacerse un estándar en la sociedades avanzadas económicamente, tanto en la percepción individual como social y política. Todos estos intentos y acciones se dirigen hacia alcanzar la alta calidad de vida en todas sus dimensiones por parte del individuo, conseguir la igualdad de oportunidades, el bienestar colectivo y la prosperidad sostenible de comunidades (Albert Gómez, 2011: 269), los fines que se han hecho incluso más fáciles de lograr en la SIC.

Con todo, el reconocimiento jurídico del concepto del libre desarrollo de la personalidad del ser humano no es nada nuevo y no se debe al discurso polifacético y muy extenso relacionado con el acrecentamiento de la presencia de las TIC en el mundo y en la vida desde finales del siglo veinte y, en consecuencia, la fundación de la SIC y la creciente globalización¹³, que son los fenómenos que han despertado el interés por la

¹³ Un comentario de prensa económica lo más actual titulado *Globalisierung ist nicht zu stoppen / La globalización no parará*. Spiegel online de 27.08.2017, en: eine Kolumne von Henrik Müller, a continuación: „La integración del mundo está impulsada por las tecnologías de la comunicación y una

temática de los cambios en la organización de relaciones humanas, en la calidad de vida, y sobre todo por la esperanza de combatir, allanar o al menos disminuir las desigualdades mediante la conexión global que ofrecen las TIC, y de esta manera permitir lograr un gran avance en el conjunto de aspectos socioeconómicos, tecnológicos, científicos y culturales para todos los pueblos mundiales. Para afrontar los desafíos sociales que se presentan ante la humanidad, entre otros se trata de las desigualdades socioeconómicas entre las regiones mundiales, la creciente población mundial, el desempleo juvenil y el alargamiento de la vida de las personas, hay que buscar e implementar mecanismos y soluciones jurídicos y políticos nuevos y adecuados. En este contexto, el enfoque del desarrollo personal, cualquiera que sea el terreno de aplicación: educacional, laboral u otro, juega el papel primordial para aproximarse a estos objetivos, sobre todo a causa de la alta utilidad de las TIC que supuestamente proporcionan el entorno más favorable posible en toda la historia de la especie humana, por la facilidad y simplicidad de uso, así como la asequibilidad tecnológica y financiera para todo el mundo.

La posibilidad de conceptualizar, contextualizar y después operacionalizar la noción del desarrollo humano, tanto tomando en consideración su dimensión individual como colectiva, permitiría establecer las metodologías de medición del progreso correspondiente a ello. Luego, eso permitiría perseguir y corregir la efectividad de numerosas iniciativas y acciones que se llevan a cabo para impulsar el desarrollo, por

creciente población mundial que cada vez más explota el planeta.” („Die Vernetzung der Welt wird vorangetrieben durch Kommunikationstechnologien und eine wachsende Weltbevölkerung, die den Planeten immer intensiver nutzt.“; traducción MK). Acceso el 27.08.2017 en: <http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/eu-wirtschaftspolitik-globalisierung-ist-nicht-zu-stoppen-a-1164765.html>. Ni la globalización se puede frenar, ni la robotización de producción, ni la virtualización y la digitalización de las relaciones humanas, sociales y económicas, luego no hay otro remedio que mermar y controlar sus inconvenientes o convertirlos en ventajas y aprovechar todas las oportunidades que se presenten.

ejemplo, mediante los intentos de igualar las oportunidades educativas. Los instrumentos de examinar el proceso de desarrollo se han perfeccionado principalmente en el entorno del desarrollo de las sociedades (países / pueblos) enteras como un promedio de distintas características de índole estadística, de esta manera se componen los indicadores más complejos y holísticos como el índice del desarrollo humano¹⁴ o el índice de bienestar subjetivo o de la felicidad¹⁵ o para medir la igualdad / desigualdad social y de esta manera la pobreza relativa se emplea los índices de Gini¹⁶ o el llamado 20/20 de la Unión Europea¹⁷. Sin embargo, eso es cierto que estas u otras tasas representan los efectos del pasado. Desde la perspectiva particular del desarrollo del individuo en la sociedad y desde la óptica del mundo que se mueve con cada vez mayor velocidad, el pronóstico relativo al potencial y la evolución del futuro bienestar socioeconómico requiere el análisis más profundo de las circunstancias sociales. El potencial del crecimiento socioeconómico sostenible en el mundo conectado digitalmente y virtualizado, así globalizado, movido por las tecnologías y los servicios sofisticados depende en el capital humano y social, y las calidades y competencias individuales jugarían el papel crucial para fundamentar las tendencias positivas con la vista puesta en el futuro.

¹⁴ El Índice de Desarrollo Humano (IDH) [Human Development Index (HDI)] el concepto y datos en: <http://hdr.undp.org/es/content/el-%C3%ADndice-de-desarrollo-humano-idh>. Consultado el 16.09.2017.

¹⁵ World Happiness Report 2017 en: <http://worldhappiness.report/ed/2017/>. Consultado el 16.09.2017.

¹⁶ Coeficiente de Gini mide la desigualdad en los ingresos, dentro de una población, es un número entre 0 y 1, en donde 0 significa la igualdad ideal, todos tienen los mismos ingresos y, por otro lado, alcanzaría el valor 1 cuando una persona acumule la totalidad de ingresos.

¹⁷ Índice 20/20 de desigualdad muestra la relación entre los ingresos recibidos por el 20% de hogares de mayores ingresos y el correspondiente al 20% de hogares con menores ingresos, así que cuando mayor el cociente, más riqueza se está acumulando entre los más ricos, entonces representa mejor la desventaja de los más pobres, si aumenta interanualmente, esto significa que los pobres siguen cada vez más pobres en términos relativos, los ricos se enriquecen más rápido que los pobres y la desigualdad crece.

En este contexto la educación a lo largo de toda la vida, como un factor del desarrollo personal continuo, está cobrando cada vez mayor importancia. Así lo comenta Albert Gómez (2011: 139¹⁸ y 275 respectivamente):

Educación que no puede circunscribirse a una sola etapa de la vida, sino que deberá estar presente a lo largo de toda la existencia humana. Cada etapa vital exige el logro de una madurez propia de ese momento y de acuerdo a las necesidades y capacidades de cada uno. [...] Solo el derecho a la formación a lo largo de toda la vida, desde el punto de vista personal como el profesional, garantiza la igualdad de oportunidades.

Frente a estas circunstancias y requerimientos no sorprende que Albert Gómez (2011: 267 y siguientes) indica el termino de *el derecho a la formación* más adecuado en lugar de *el derecho a la educación*. Así lo explica el profesor (Albert Gómez, 2011: 268-269 y 272):

El concepto de educación va cambiando y ampliándose adaptándose a las nuevas exigencias del hombre inmerso en una sociedad plural y cambiante, de tal forma que ya no podemos pensar solamente en un tipo de educación que se acaba cuando el hombre o el joven abandona la escuela, sino que se extiende a lo largo de toda la vida. La educación va compartiendo terreno con una formación, formación que va a permitir al hombre una serie de conocimientos y una preparación para adaptarse a las nuevas necesidades de una sociedad plural y cambiante. [...] La formación es un instrumento clave para conseguir estas aspiraciones [elevar el nivel de vida, disfrutar el ambiente sano y saludable], permite un desarrollo individual y humano proporcionándole los medios para modelar libremente la vida y participar en la evolución de la sociedad. [...] La educación para toda la vida se presenta como una de las claves para el progreso en el siglo XXI.

¹⁸ El autor se refiere a Ruiz Corbella en López-Barajas, E. y Ruiz Corbella, M. (2000: 185). *Derechos humanos y educación*. Madrid. UNED.

A efectos de aproximarse a este ideal del sistema educacional que prepara a la persona para afrontar las exigencias de la vida privada y profesional con mira a largo plazo, el camino lo esboza Martínez Miguélez (2009: 130 y 129 respectivamente) de este modo:

La educación moderna debe hacer un cambio de paradigma, es decir, un cambio de la idea central que la define. El nuevo profesor será un animador, un experto en la mayéutica, que buscará situaciones problemáticas de la vida y las propondrá a sus alumnos, situaciones que tengan en cuenta todas las dimensiones del ser humano: inteligencia, sensibilidad y cuerpo, [...]; esto le permitirá llevar a sus alumnos a lo que pueden llegar a ser. Los nuevos alumnos buscarán las soluciones trabajando con la información que está por todas partes en su ambiente. [...] El rol del profesional de la educación [...] debe ser el que dicta la mayéutica socrática, pues está suficientemente demostrado que toda comunidad, por muy humilde que sea, cuando se le ofrecen las condiciones adecuadas y oportunas, genera verdaderas y auténticas soluciones a sus problemas cotidianos. Ese proceso irá convirtiendo, además, a sus miembros, poco a poco, en seres autosuficientes y forjadores de su propio destino, que es la meta más ambiciosa de todo posible desarrollo humano.

2.1.1.El libre desarrollo de la personalidad en los sistemas constitucionales europeos (ejemplos)

En cuanto al reconocimiento textual del derecho al libre desarrollo de la personalidad dentro del ámbito de los ordenamientos jurídicos nacionales destaca la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania de 1949 (*Grundgesetz* – GG), que lo proclama en la mismísima inauguración del acto, aún en el art. 2.1 GG que ordena:

*Cada uno tendrá derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, en tanto no vulnere los derechos de otro y no atente al orden constitucional o a la ley moral.*¹⁹

La Constitución española de 1978 otorga al libre desarrollo personal un gran peso de un bien esencial valorado y protegido. El art. 10.1 CE establece una posición fundamental del principio del libre desarrollo personal yuxtaponiéndolo a la dignidad del ser humano, así:

La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

Ambas disposiciones serán el objeto del análisis detallado más adelante.

La Constitución griega del año 1975 atribuye al derecho al desarrollo de la personalidad toda la autonomía como un derecho fundamental, lo pronuncia en su Segunda parte: *Derechos individuales y sociales*, en el art. 5.1 de tal forma:

*Cada uno tendrá derecho a desarrollar libremente su personalidad y a participar en la vida social, económica y política del país con tal que no atente a los derechos de los demás ni viole la Constitución ni las buenas costumbres.*²⁰

La misma Constitución griega plantea consecuentemente la protección de la dignidad humana, lo que refuerza adicionalmente el derecho al libre desarrollo ya establecido textualmente por separado. La norma correspondiente dice²¹:

¹⁹ “Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.“ Texto actualizado hasta octubre de 2010, traducción al español de Ricardo García Macho y Karl-Peter Sommermann, acceso el 9.10.2015 en la página de Deutscher Bundestag: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>.

²⁰ Article 5.1 All persons shall have the right to develop freely their personality and to participate in the social, economic and political life of the country, insofar as they do not infringe the rights of others or violate the Constitution and the good usages.

²¹ El texto traducido al inglés y colgado en la página del Parlamento griego no usa el término “la dignidad humana” pero se entiende inequívocamente de que se trata. Así, Article 2.1. Respect and protection of the value of the human being constitute the primary obligations of the State.

El respeto y la protección del valor de la persona humana constituyen la obligación primordial del Estado.

Los contextos de familia, protección de menores y educación son los típicos ámbitos que acogen el derecho al desarrollo personal. A modo de ejemplo, la Constitución Suiza sitúa el derecho al desarrollo precisamente en el párrafo sobre la Protección de la Infancia y la Juventud, así el art. 11 dispone lo siguiente:

*Los niños y los jóvenes tienen derecho a una especial protección de su integridad y a un fomento de su desarrollo.*²²

Como ya se ha mencionado anteriormente, las constituciones mayoritariamente reconocen el valor superior de la dignidad humana²³, de tal manera lo hace también la Constitución Federal de la Confederación Suiza en el art. 7 formulando que “La dignidad humana debe ser respetada y protegida.” (Art. 7 Menschenwürde. *Die Würde des Menschen ist zu achten und zu schützen.*). Entonces, a falta de una norma general y directa hacia la atribución a la persona humana el derecho al libre desarrollo se lo puede derivar del planteamiento de la protección de la dignidad humana. Este concepto general lo profundizaremos más adelante.

Por otro lado, la Constitución Portuguesa acoge el derecho al desarrollo personal a través del marco de educación, colocándolo en el art. 73 referente a la educación, la cultura y la ciencia. La norma del art. 73.2 proclama en su integridad:

El Estado promueve la democratización de la educación y de las demás condiciones para que la educación, realizada mediante la escuela y otros medios formativos, contribuya a la igualdad de oportunidades, a la superación de las desigualdades económicas, sociales y culturales, al desarrollo de la

²² Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (Stand am 18. Mai 2014). Art. 11 Schutz der Kinder und Jugendlichen: 1. Kinder und Jugendliche haben Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung.

²³ Véase: Fernando Batista Jiménez y Faustino Martínez, “La incorporación de la noción "dignidad humana" en los textos constitucionales”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2005, 9: 1031-1049, en <http://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/2388>, acceso el 29.08.2016. El artículo resume de modo extenso la presencia de la idea de la dignidad humana en los textos constitucionales.

*personalidad y del espíritu de tolerancia, de comprensión mutua, de solidaridad y de responsabilidad; al progreso social y a la participación democrática en la vida colectiva.*²⁴

Finalmente, una muestra diferente de la Constitución de la República Italiana donde destaca la influencia del art. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos con respecto al desarrollo de la personalidad que vincula la condición de efectuarlo a la pertenencia a una determinada comunidad, en el caso italiano es *la formación social*. Es decir, dentro del capítulo titulado *Principi Fondamentali* el art. 2 indica:

La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, tanto como individuo como en el seno de las formaciones sociales donde se desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social.

Además, hay directrices dirigidas al Estado con respecto al desarrollo de la personalidad, como la del art. 3 párrafo 2 de la Constitución de la República Italiana, que pone de manera vinculante, estricta y efectiva al Estado un deber:

*Es obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.*²⁵

²⁴ Constituição da República Portuguesa de 2 de abril de 1976. Capítulo III. Direitos e deveres culturais Artigo 73. (Educação, cultura e ciência). 2. O Estado promove a democratização da educação e as demais condições para que a educação, realizada através da escola e de outros meios formativos, contribua para a igualdade de oportunidades, a superação das desigualdades económicas, sociais e culturais, o desenvolvimento da personalidade e do espírito de tolerância, de compreensão mútua, de solidariedade e de responsabilidade, para o progresso social e para a participação democrática na vida colectiva.

²⁵ Art. 2. La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

Es discutible si de esta forma se crea por sí mismo un derecho fundamental independiente, pero sí al menos el ciudadano dispone de un instrumento jurídico para que las leyes, las políticas públicas y las actividades de los órganos administrativos no obstaculicen sus pretensiones hacia el pleno desarrollo.

2.1.2.El libre desarrollo de la personalidad en el orden jurídico de Naciones Unidas

En el ámbito del orden jurídico internacional de los derechos humanos la Declaración Universal de Derechos Humanos del año 1948 sí se refiere al tema del desarrollo libre de la personalidad en distintas ocasiones, pero sin ofrecer claros indicios de que este constituya un derecho humano *per se*. El art. 22 de la anterior involucra el mérito del libre desarrollo de la personalidad en el conjunto de los derechos económicos, sociales y culturales insistiendo en lo siguiente (ONU, 1948):

Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a... la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Aunque sea difícil derivar jurídicamente de esta frase un derecho autónomo al libre desarrollo de la personalidad, todos los demás derechos explícitos tienen por tarea confluir en el objetivo de contribuir a ello, el mismo constituye sin duda uno de los fundamentos de todo el sistema, un valor protegido que los subyace y controla, luego un principio rector y vinculante. así las necesidades de la persona en lo psíquico (intelectual, emocional) deben ser reconocidas y satisfechas. Para dar apoyo a estos fines se indica específicamente en el art. 26.2 de la Declaración que:

La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana.

Especialmente el contexto del derecho a la educación en el que aparece el concepto del libre desarrollo de la personalidad permite llegar a la conclusión que precisamente se trata de componer algo interno/psíquico de la persona y el entorno social en general debe constituir el factor favorecedor para tal fin. La significación del libre y pleno

desarrollo de la personalidad destaca también en el art. 29.1 de la Declaración que establece lo siguiente:

Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.

Estas referencias que hace la Declaración Universal de los Derechos Humanos al libre desarrollo de la personalidad fundan el entorno apropiado para darle a la persona un amparo claro y suficiente al respecto. Sin embargo, como ya se ha señalado, aunque el libre desarrollo de la persona sea un principio rector de la Declaración que se manifiesta a través de determinados derechos humanos mostrados explícitamente, no es nada patente que ello mismo configure un derecho humano autónomo. En muchas situaciones prácticas la vinculación con otros derechos basta para asegurar el ámbito jurídico adecuado para la ejecución del derecho al libre desarrollo, ya que refiriéndose a las disposiciones evocadas sí se puede reclamar que la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales o el derecho a la educación, que a su vez constituyen un terreno de aplicación bastante amplio, sirva para el libre desarrollo de la persona.

Con respecto a la tradicional imagen de la educación y del desarrollo personal parece natural que el derecho al desarrollo personal se relaciona con la infancia, adolescencia y educación temprana, puesto que son las fases críticas para la formación del ser humano. Así, la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 reconoce el mérito del desarrollo personal subrayando ya en el Preámbulo que

el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión [e indicando] la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño.

El art. 29.1.a de la misma insiste en que

la educación del niño deberá estar encaminada a desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades.

Entonces, el desarrollo de la personalidad se lo percibe como un objetivo hacia el que se dirige el derecho a la educación. Esta finalidad la explica y justifica Albert Gómez (2011: 139-140) de esta manera:

A través de la educación y de la formación el individuo va adquiriendo un conocimiento de causa, una autonomía y una libertad que le va a permitir tomar decisiones racionales, decisiones que van a influir e incidir directamente sobre asuntos que afectan a su realización integral. [...] El derecho a la educación responde a la propia naturaleza humana, ya que esta no llegará a su plenitud si no desarrolla cada una de las facultades propias del hombre. [...] La educación es la base de la libertad de opción, se constituye en un elemento imprescindible e indispensable para el ejercicio de la autonomía individual. [...] Además de atender al plano individual y social la educación debe ser global y plural. Global porque debe atender a las distintas facetas en que el hombre desarrolla su personalidad, abarcando tanto los conocimientos que posibilitan su desarrollo estrictamente científico y tecnológico, como los que hacen viable su desarrollo interno. Plural porque nada hay más peligroso para el libre desarrollo del individuo que el dirigismo educativo, esto es, las actitudes sectarias tendentes a privilegiar alguna o algunas de las opciones vitales a las que habrá de hacer frente el hombre a lo largo de su existencia.

El derecho universal a la educación tiene también por objetivo allanar las desigualdades, asegurar a todos los niños y las niñas provenientes de distintos segmentos sociales al menos cierto grado de oportunidades y esperanzas comparables a fin de que ellos / ellas se aprovechen de contenidos de conocimientos y de desarrollo de destrezas y habilidades similares, aunque en práctica a menudo esto va complicándose. Esas deficiencias presentes a causa de la proveniencia social del niño / la niña no se nivelan completamente en el proceso de formación obligatoria. Además, por distintas razones pueden surgir después a lo largo de la trayectoria laboral de la persona, por eso la garantía del acceso a la formación por toda la vida, ya sea en formas regladas,

organizadas de otro modo o de autoformación, puede ayudar a mermar las repercusiones negativas de diferenciación en destrezas y habilidades entre las personas que finalizaron en su momento distintos niveles y calidades de educación o viven y trabajan en distintos ambientes sociales y laborales para facilitarles que no se aparten de los nuevos requisitos del mercado laboral (Albert Gómez, 2011: 268 y 275).

Al reflexionar sobre la igualdad de oportunidades hay que destacar que no se trata solamente de la igualdad formal (ante la ley) sino también de la igualdad material (de hecho/diaria/real) que se cumpliría independientemente de las condiciones sociales, de origen, de género, de raza, etc. de la persona (Albert Gómez, 2011: 274). La igualdad material de oportunidades significa “que todos los ciudadanos tengan las mismas oportunidades de salida, adaptadas a sus posibilidades sin ningún tipo de discriminación” (Albert Gómez, 2011: 274-275)²⁶. Independientemente de los condicionantes personales y sociales del desarrollo del individuo, para que la sociedad se aproveche de todo el potencial de cada uno de sus miembros, es la formación la que puede aportar a que se reduzcan diferencias de partida de cualquier origen, dándole a toda persona “las mismas oportunidades de avanzar” (Albert Gómez, 2011: 274-275).

El derecho a la formación a lo largo de toda la vida se inscribe en el derecho al libre y pleno desarrollo de la personalidad, que cobra cada vez mayor importancia por la concienciación del individuo de que puede esperar que se cumplan las condiciones de su autorrealización y de satisfacción de sus ambiciones y proyectos vitales. Además, sí hay circunstancias materiales propicias, quizá por primera vez en la historia de la humanidad a tal escala y alcance, gracias a las facilidades tecnológicas del mundo actual que permiten conseguirlo si se las regula, explota y aplica en favor del individuo.

Con todo, estamos ante el dinamismo imparable de alteraciones del siglo XXI que conciernen a todos los aspectos de la vida humana y del funcionamiento del mundo, luego como lo traduce al contexto de educación (Albert Gómez, 2011: 275):

²⁶ El análisis minucioso teórico – jurídico de la igualdad jurídica e igualdad de hecho lo acomete Alexy (2012: 366 y siguientes).

La formación en este siglo [XXI] ha de ser un proceso dinámico y complejo, que englobe las dimensiones económicas, políticas, sociales, humanas, económicas y culturales.

Para perseguir y cumplir estas expectativas ante la formación de la persona tampoco son suficientes las medidas y soluciones tradicionales de enseñanza y aprendizaje, solamente el acceso abierto a los contenidos de conocimiento y cultura de cualquier tipo y la libertad de trabajar en ellos pueden asegurar que el individuo se desarrolle con respecto a todas sus potencialidades a lo largo de todo el curso vital.

Desde los mismos principios históricos de la ONU había puntos de relevancia esenciales para el concepto del desarrollo de la personalidad relacionados con la educación, cultura y los esfuerzos hacia el avance científico e intelectual, y fue por ese motivo que el 16 de noviembre de 1945 se fundó la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). Con el fin de abordar a nivel internacional las cuestiones correspondientes a la educación, la ciencia y la cultura e implementar las medidas viables aún en la conferencia de la UNESCO del año 1950 (UNESCO, 1950: 16, 21-22, 60) se tomaron ciertas iniciativas con respecto a la educación, tanto de los jóvenes como los adultos, a las actividades culturales, la diseminación cultural, la distribución de las obras artísticas y literarias, la comunicación de masas y la reducción de los obstáculos en relación con libre circulación de información, ideas y materiales educacionales, científicos y culturales, con el motivo de mejorar la comprensión de la cultura de la humanidad y aclarar los valores humanos. Asimismo, se destacó que el derecho a la información difundida a través de prensa, radio y cine constituía una parte del derecho a la educación, señalando también que las desigualdades tecnológicas producían disparidades, privilegiando a algunos. Después se subrayó que había que fomentar el intercambio de ideas, informaciones y materiales técnicos, incluidos contenidos audiovisuales para los fines educativos, científicos y culturales y eliminar las trabas en su libre flujo por las fronteras estatales. Junto al derecho a la libre circulación de la información y el intercambio de ideas se puso de

manifiesto el derecho a disfrutar de los beneficios de los avances de la ciencia. En la época de Internet mantienen su pleno valor y significado estos conceptos y fines.

En cuanto a los derechos a la cultura en la sesión de la UNESCO del año 1951 se señaló la necesidad de acometer la tarea de llevar a cabo el análisis del contenido filosófico y jurídico del concepto de la participación en la vida cultural del cual trata el art. 27 DUDH y acerca de las medidas adecuadas para aplicarlo (UNESCO,1951:13). Frente al desarrollo de un nuevo medio de comunicación – la televisión – surgió la idea de utilizarla como un medio útil para la educación. Se recordaron las directrices hacia la eliminación de barreras en la circulación libre de la información y los materiales científicos, educativos y culturales, incluidos los audiovisuales, a través de la implementación de la legislación al respecto (UNESCO,1951:26). En consecuencia, en el año 1952 se inició el programa llamado *Estudio acerca del “derecho a participar en la vida cultural”*²⁷.

Las reclamaciones generales acerca de la creación del entorno favorable al desarrollo individual en gran medida se concretizan aún más en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales del año 1966 (ONU, 1966). El Pacto en primer lugar respalda en su Preámbulo el mérito de la dignidad humana que ya fue manifestado de la misma forma en la Declaración Universal, marcando lo siguiente:

los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo

que

tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables.

y

²⁷ Resolution 4.52 de la ONU, París, el 2 de mayo de 1952, *Study of the “right to participate in cultural life” basic document*. “*freely to participate in the cultural life of the community, to enjoy the arts and to share in scientific advancement and in its benefits*”.

que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana.

En segundo lugar, en el art. 13.1 del Pacto DESC se vincula esta vez “el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad” con el derecho a la educación afirmando que este sirva para el desarrollo de la personalidad y lo asegure, precisamente tal y como sigue:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales.

En relación con el trabajo de los niños y adolescentes el Pacto no aporta mucha novedad, en el art. 10.3 sostiene que:

Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley.

El entorno escolar y el ámbito familiar son los más influyentes en el proceso del desarrollo personal en las edades tempranas hasta la adolescencia. Entonces, es de gran importancia asumir que (Rocha Espíndola, 2015: 68, 71 y 80 respectivamente):

el menor [...es] una personalidad en desarrollo más que como un incapaz, por ello se hace necesario considerar su creciente autonomía, debido a que resulta ser un elemento fundamental para fundar tal personalidad [...] y La autonomía del menor, incipiente en edades tempranas, se va desarrollando luego al relacionarse con otras personas, lo que le da seguridad y autoafirmación de su personalidad, le permite el desarrollo de la misma, principio rector del ordenamiento español [...] Es decir, no se trata sólo de arrancar decisiones del menor [...], sino de establecer el entorno más propicio para él y que así pueda desarrollar su personalidad en transformación y por ese conducto, con su

propia participación, modelar los resultados ulteriores referidos a él mismo, se le protege de manera externa, pero también amparándose en elementos propios del mismo menor, sus aficiones, sus necesidades individuales. [...] ese interés del menor, de acuerdo con su personalidad, comprende la libertad emergente, germinal y en proceso de formación del niño y, por tanto, su derecho a la libre formación de su conciencia.

Esas conclusiones coinciden plenamente con el principio expuesto en el conjunto de preceptos relacionados con el derecho a la educación en el sistema universal de los derechos humanos que atribuyen a la educación la finalidad primordial destinada al pleno desarrollo de la personalidad humana. En definitiva, en cualquier esfera de su existencia, ya sea escolar, familiar, jurídica, etc., el menor disfruta de todos los derechos atribuidos a la persona humana, que sí se pueden limitar, al igual que en el caso del adulto, solamente por las razones precisas y justificadas, con respecto al menor la esfera de libertad ha de extenderse a medida de su maduración. El apoyo al libre y pleno desarrollo de la personalidad del menor y la protección y la garantía de los condicionantes que afectan al desarrollo son el principio conductor, irreducible e irrestringible, cuyo cumplimiento realiza incuestionablemente el interés superior del menor (Díaz Sánchez, 2011: 96; Rocha Espíndola, 2015: 49 y siguientes) reconocido por la mayoría de los ordenamientos jurídicos y existente en la percepción común. Entonces, en el fomento del libre y pleno desarrollo de la personalidad del menor debe fijarse todo su entorno. Por falta de experiencias vitales acumuladas, clara percepción de mismidad, capacidades soberanas de evaluar hechos y palabras y simplemente por dependencia material y biológica del entorno, los menores de edad son susceptibles de influencias, engaños e intimidaciones, hasta implantar los prejuicios y otros patrones intelectuales o emocionales negativos, que se internacionalizan repercutiendo sobre toda la vida, obstaculizando el desarrollo de calidades propias afectivas, cognitivas y decisionales (Díaz Sánchez, 2011: 84). El ambiente favorable al desarrollo íntegro personal en las edades tempranas y de adolescencia es crucial para estimular la

autonomía y la autoestima del sujeto. Por esas razones la protección de la esfera psíquica del niño / adolescente requiere que se establezcan y sigan ciertas regulaciones. Así, “abriendo horizontes e iluminando caminos, es la meta que se propone, en general, toda verdadera educación y desarrollo pleno del ser humano” (Martínez Miguélez, 2009: 120), lo que sienta bases para que después el sujeto descubra ambiciones individuales, establezca objetivos vitales, los persiga, corrija, complemente y alcance, así como sea capaz de acometer la responsabilidad por la vida propia, por sus conductas (Martínez Miguélez, 2009: 121) y por la comunidad a la que pertenece. Un apropiado proceso de formación de la personalidad flexible y abierta a la que pertenece también la adquisición de ciertos conocimientos y habilidades básicos de vertiente práctica, científica o social, establece los fundamentos que el individuo aprovechará en la vida en todas sus dimensiones: privada, familiar, social, laborar o profesional. La SIC se caracteriza por el ambiente socioeconómico y tecnológico altamente cambiante y es imprescindible disponer de flexibilidad, creatividad, innovatividad y capacidad de afrontar situaciones y problemas nuevos y solucionarlos. Por consiguiente, se debe esperar que el proceso formativo determine ciertas cualidades en la persona a fin de aproximarse a conseguir tal personalidad que pueda adecuarse al entorno de tanta dinámica, además sin que se produzcan excesivas frustraciones, desilusiones e insatisfacciones de la persona y asegurándole a ella los instrumentos para poder sobrepasar los inconvenientes y contratiempos. El tema del reto de la personalidad creativa y flexible lo capta Martínez Miguélez (2009: 124) de este modo:

Los procesos cognitivos, en general, como el pensamiento original creativo y productivo, no son acciones aisladas en las personas, sino que impregnan toda la personalidad; es decir, no son algo que se toma o se deja, que se entrena o se adquiere en un momento [...]. El verdadero proceso cognitivo, la verdadera creatividad, son procesos favorecidos y propiciados por un clima permanente de libertad mental, una atmósfera general, integral y global que estimula,

promueve y valora el pensamiento original, divergente y autónomo, la discrepancia razonada, la oposición lógica, la crítica fundada.

Entonces, aunque a nivel internacional no se ignora la importancia del desarrollo personal, no obstante, le falta a veces una atribución clara e inequívoca del rango de un derecho humano autónomo. Luego, en el discurso de las organizaciones internacionales a menudo el debate acerca del desarrollo de la personalidad del individuo se traslada a los terrenos específicos como el de la educación, incluso sufre cierta marginalización. Por lo contrario, la temática del desarrollo socioeconómico y cultural colectivo de los pueblos ha llegado al nivel del debate muy avanzado y profundizado. Esta corriente se la presentará en el capítulo correspondiente más abajo.

2.1.3.El libre desarrollo de la personalidad en los sistemas jurídicos latinoamericanos a nivel nacional y regional (ejemplos)

En el marco jurídico latinoamericano se pueden ver distintas formulaciones y configuraciones en las cuales se ubica el concepto del desarrollo personal a nivel regional y nacional. Ejemplarmente se pueden citar las constituciones de Colombia, la República Dominicana, Ecuador, Perú y El Salvador que incluyen preceptos correspondientes al libre desarrollo de la personalidad.

De esta manera, el derecho al desarrollo personal lo expone con suficiente claridad el art. 16 de la Constitución colombiana de 1991²⁸:

Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

²⁸ Acerca de la interpretación por el Tribunal Constitucional colombiano del derecho al libre desarrollo cuentan Andrés Felipe y Suárez Berrío en “Derecho al libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana entre los años 1992 y 1997”, *Revista Dikaion*, No. 8, julio 1999, pp. 68-126, <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/279> y Anabella Del Moral Ferrer en “El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana”, *Cuestiones Jurídicas*, vol. VI, núm. 2, julio-diciembre, 2012, pp. 63-96, <http://www.redalyc.org/pdf/1275/127526266005.pdf>. Recuperados el 6.09.2016.

Aunque la formulación se acerca a la disposición del art. 2.1 de la Ley Fundamental alemana, afortunadamente no incluye ninguna referencia de carácter restrictivo a *la ley moral* que es el referente ambiguo y arbitrario en el mundo plural, abierto y cambiante. Lo que importa incluso más es el efecto irradiante de los derechos fundamentales, entre ellos del derecho al libre desarrollo de la personalidad. El efecto de irradiación es tal que “por cuanto los derechos fundamentales han de proyectarse hacia todo el ordenamiento jurídico al momento de interpretar y aplicar las normas jurídicas” (Del Moral Ferrer, 2012: 65), en concreto lo resume la Corte colombiana (Sentencia T-542/92 citada por Del Moral Ferrer, 2012: 65) de este modo:

El derecho al libre desarrollo de la personalidad no es un simple derecho, es un principio que irradia a todos los derechos contenidos en la Constitución, pues otorga mayor fuerza a su contenido. Debe ser por tanto considerado como principio por cuanto es orientador, integrador y crítico de las normas constitucionales.

La jurisprudencia constitucional colombiana confirma que el contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad engloba la libertad general de actuar y expresarse, de hacer o no hacer lo que se considere conveniente (por ejemplo, las sentencias T-222/92 y T-532/92, Del Moral Ferrer, 2012: 68 y siguientes²⁹) y entiende ambas vertientes del ejercicio de dicho derecho: la negativa – la protección del individuo frente a interferencias en su desarrollo autónomo por parte del Estado y de terceros, y la positiva – la obligación del Estado de “procurar las condiciones más aptas para su realización como persona” (Sentencia T-222/92 citada por Del Moral Ferrer, 2012: 67). Entonces, en primer lugar, el alcance del derecho al libre desarrollo personal no se puede limitar a la interpretación centrada en “la libertad negativa” o “libertad de no interferencia” de tal manera de que “la libertad negativa no es el que debe servir para sustentar

²⁹ Las sentencias esenciales de la Corte constitucional de los años entre 1992 y 1997 relevantes para la interpretación del derecho al libre desarrollo de la personalidad en el marco jurídico colombiano las recoge y comenta Suárez Berrío (1999).

filosóficamente el libre desarrollo de la personalidad (Jaramillo Rojas, 2013: 75 y 77 respectivamente). Con la mirada puesta en el desarrollo personal del hombre no basta referirse a la libertad de actuar o expresarse hacia afuera por parte de él, sino que hay que hacer hincapié en “el desarrollo de aquellas potencialidades por intermedio de las cuales el hombre puede llegar a las cimas más altas del progreso” (Jaramillo Rojas, 2013: 117). En segundo lugar, “el libre desarrollo de la personalidad es un concepto dinámico, y que dicho dinamismo hace necesaria una participación más activa del Estado a propósito de la construcción del individuo. De ser así, el Estado no puede limitar su papel al de un espectador pasivo del despliegue de los ideales de vida buena promovidos por el mercado sociocultural” (Jaramillo Rojas, 2013: 77). En definitiva, “El ser humano necesita contar con presupuestos, condiciones y circunstancias que le permitan disfrutar de su calidad de tal y alcanzar, en razón de su perfectibilidad propia, su mayor desenvolvimiento en lo físico, en lo anímico y en lo moral.” (AA.VV., 2014: 5). Por otra parte, esta actitud pensada del Estado tampoco debe restringirse a las actuaciones y las prestaciones de carácter estrechamente social (el Estado social de derecho) mediante las que se proporcionan las medidas y se implementan las políticas públicas que hagan satisfacer las necesidades humanas básicas, aunque asegurarlo es de gran importancia, pues instituye solo el punto de partida para el desarrollo personal del hombre. Las formas más eficaces y prosperas a tal fin conciernen a la plena estimulación y formación de la esfera psíquica del ser humano para que el propio sujeto se atreva soberanamente “a pensar por sí mismo y a no esperar que otros lo hagan por él”, asuma las riendas de su propio destino y aborde la responsabilidad histórica como artífice de sí mismo. Así, hay que ir más allá del seguimiento de ciertos “postulados de carácter asistencialista y de corte paternalista” para conseguir que la persona desarrolle tales cualidades intelectuales y emocionales que le permitan madurar hacia la autonomía

y acometer la responsabilidad por sí mismo y por la sociedad a la que pertenece (Ochoa, 2010: 17 y siguientes³⁰).

Tras las acertadas conclusiones desde el entorno constitucional colombiano, nos dirigimos hacia la Constitución dominicana que es un ejemplo emblemático de distribución de la prioridad del desarrollo humano entre varios campos de interés primordial para el ciudadano. En primer lugar, el art. 43 titulado “Derecho al libre desarrollo de la personalidad” introduce la norma autónoma al respecto:

Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad, sin más limitaciones que las impuestas por el orden jurídico y los derechos de los demás.

Después el art. 55 expone el relevante rol de la familia diciendo:

La familia es el fundamento de la sociedad y el espacio básico para el desarrollo integral de las personas.

La Constitución protege el “desarrollo social, espiritual y físico” de los hijos cualquiera que sea la naturaleza de su filiación (art. 55.9) y el “desarrollo armónico e integral” de las personas menores de edad (art. 56) destacando a continuación que:

Los adolescentes son sujetos activos del proceso de desarrollo. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, creará oportunidades para estimular su tránsito productivo hacia la vida adulta.

Como es habitual, el plano del derecho a la educación y a la cultura se llena de alusiones al desarrollo personal. De este modo el art. 63 de la Constitución dominicana confirma que:

La educación tiene por objeto la formación integral del ser humano a lo largo de toda su vida y debe orientarse hacia el desarrollo de su potencial creativo y

³⁰ En concreto la reflexión jurídica del autor gira alrededor de la sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-221 de 1994 por medio de la que “se despenalizó el consumo de la dosis personal de estupefacientes, entre otras razones, por considerar que la criminalización de esa conducta, implicaba el desconocimiento de un ámbito que le es autónomo al individuo.” (Ochoa, 2010: 17).

de sus valores éticos. Busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes y valores de la cultura.

No cabe duda de que el apoyo al libre desarrollo personal se funda en el derecho a la cultura al que se refiere el art. 64 de la Constitución dominicana señalando que:

Toda persona tiene derecho a participar y actuar con libertad y sin censura en la vida cultural de la Nación, al pleno acceso y disfrute de los bienes y servicios culturales, de los avances científicos y de la producción artística y literaria. El Estado protegerá los intereses morales y materiales sobre las obras de autores e inventores.

y

Reconocerá el valor de la identidad cultural, individual y colectiva, su importancia para el desarrollo integral y sostenible, el crecimiento económico, la innovación y el bienestar humano, mediante el apoyo y difusión de la investigación científica y la producción cultural.

Destaca en la Constitución dominicana la exposición que hace el art. 217 vinculando el régimen económico del país con el desarrollo individual señalando que:

El régimen económico se orienta hacia la búsqueda del desarrollo humano. Se fundamenta en el crecimiento económico, la redistribución de la riqueza, la justicia social, la equidad, la cohesión social y territorial y la sostenibilidad ambiental, en un marco de libre competencia, igualdad de oportunidades, responsabilidad social, participación y solidaridad.

Aunque se supone que el bienestar económico colectivo debe servir al bienestar individual y propiciar el desarrollo del ciudadano particular, rara vez las normativas muestran esta finalidad tan patente.

Análogamente, dibujando un derecho independiente y primordial, la Constitución del Ecuador en su art. 66 bajo la cabecera del Capítulo sexto llamado *Derechos de libertad* insta que:

Se reconoce y garantizará a las personas ... El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás.

Aparte, en el marco de la educación (art. 27 de la Constitución ecuatoriana) se garantizará el desarrollo holístico del ser humano y, entre otros fines de ella, también “el desarrollo de competencias y capacidades para crear y trabajar”. Asimismo, es la tarea del sistema nacional de educación (art. 343):

desarrollo de capacidades y potencialidades individuales y colectivas de la población, que posibiliten el aprendizaje, y la generación y utilización de conocimientos, técnicas, saberes, artes y cultura.

El art. 380 de la Constitución ecuatoriana añade que el Estado es responsable de:

Establecer políticas e implementar formas de enseñanza para el desarrollo de la vocación artística y creativa de las personas de todas las edades, con prioridad para niñas, niños y adolescentes.

A esto se suma el art. 381 por el que:

El Estado protegerá, promoverá y coordinará la cultura física que comprende el deporte, la educación física y la recreación, como actividades que contribuyen a la salud, formación y desarrollo integral de las personas.

Por último, el art. 383 dice que:

[se] garantiza el derecho de las personas y las colectividades al tiempo libre, la ampliación de las condiciones físicas, sociales y ambientales para su disfrute, y la promoción de actividades para el esparcimiento, descanso y desarrollo de la personalidad.

Protegiendo los derechos de las niñas, niños y adolescentes el art. 44 de la Constitución ecuatoriana solicita que:

El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral. [Especificando que] Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y

aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales ...

Además, el art. 69 añade que es la obligación de la madre y del padre el cuidado, la crianza, la educación, la alimentación y el desarrollo integral de sus hijas e hijos. En relación con la protección contra la explotación laboral o económica, en el art. 46 se insiste que:

El trabajo de las adolescentes y los adolescentes será excepcional, y no podrá conculcar su derecho a la educación ni realizarse en situaciones nocivas o peligrosas para su salud o su desarrollo personal. Se respetará, reconocerá y respaldará su trabajo y las demás actividades siempre que no atenten a su formación y a su desarrollo integral.

Muchas regulaciones constitucionales ponen el énfasis en la protección de las personas con discapacidad, obviamente, ya que ellas tienen la disposición reducida de protegerse a sí mismas y reclamar sus derechos. En este contexto, el “alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad, el fomento de su autonomía y la disminución de la dependencia.” son las tareas y los requisitos que han de estar sujetos al régimen preciso de la ley (art. 48.5 de la Constitución ecuatoriana). Es más, ante el desenvolvimiento tecnológico y económico las culturas indígenas y sus estilos de vida están bajo la presión y afrontan la desintegración o incluso la desaparición. Sus integrantes asimismo exigen cierto amparo de la ley (art. 59 Constitución ecuatoriana), por el que se intente mantener el ambiente que garantice “su proceso de desarrollo humano integral, sustentable y sostenible, las políticas y estrategias para su progreso y sus formas de administración asociativa, a partir del conocimiento de su realidad y el respeto a su cultura, identidad y visión propia, de acuerdo con la ley.” Por último, es muy sugestivo que se perciba que incluso el servicio cívico-militar (voluntario) ha de coadyuvar al desarrollo individual y al bienestar de la sociedad (art. 161 Constitución ecuatoriana). Los servicios y actividades cívicas del ciudadano, como una parte de la vida social y

política, deben ser fuentes de la satisfacción personal y la autorrealización y han de aportar al progreso de la comunidad entera, y por consiguiente contribuyen también al desarrollo propio del individuo. Se trata de un contexto que rara vez aparece en los sistemas normativos.

Aunque la Constitución Política del Perú no cuenta con tanta riqueza de referencias al derecho al desarrollo personal, sí que le atribuye un valor troncal y lo ubica entre los derechos esenciales de la persona subrayando en el art. 2.1 que:

Toda persona tiene derecho ... a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.

Además, en el art. 13 que trata sobre la educación y la libertad de enseñanza la ley fundamental apunta que “La educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana.” El concepto del derecho al libre desarrollo de la persona se explica y profundiza en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, a la que haremos referencia más adelante³¹.

A modo de otro ejemplo, la Constitución salvadoreña no incluye una norma general y autónoma con respecto al derecho al desarrollo individual, pues lo inscribe en el contexto extenso de la formación humana, de este modo el art. 55 dice:

La educación tiene los siguientes fines: lograr el desarrollo integral de la personalidad en su dimensión espiritual, moral y social; contribuir a la construcción de una sociedad democrática más próspera, justa y humana; inculcar el respeto a los derechos humanos y la observancia de los correspondientes deberes; combatir todo espíritu de intolerancia y de odio; conocer la realidad nacional e identificarse con los valores de la nacionalidad salvadoreña; y propiciar la unidad del pueblo centroamericano.

³¹ Las principales sentencias al respecto recogieron Gino Ríos Patio, Ernesto Álvarez Miranda, Omar Sar Suarez en: “Constitución política del Perú. Sumillada, concordada y anotada artículo por artículo, con los precedentes y jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional. Recuperado el 6.09.2016 de http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/Investigaciones_Centros/Constitucion%20Concordada,%20Sumillada%20y%20Anotada%20con%20la%20jurisprudencia%20del%20TC.pdf.

A este entorno educacional se suma la protección de los menores por el art. 34 de la Constitución de El Salvador que declara que:

Todo menor tiene derecho a vivir en condiciones familiares y ambientales que le permitan su desarrollo integral, para lo cual tendrá la protección del Estado.

Tras el repaso de ciertas disposiciones nacionales latinoamericanas escogidas ejemplarmente relevantes para el libre desarrollo personal vamos a revisar algunas normativas del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, sin muchas referencias al desarrollo humano, demuestra la misma actitud que la Declaración Universal y lo coloca dentro de los deberes ante la sociedad. El art. 29 del dicho acto lo asume de tal manera:

Toda persona tiene el deber de convivir con las demás de manera que todas y cada una puedan formar y desenvolver integralmente su personalidad.

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) no incluye ninguna referencia al derecho al libre desarrollo personal, aunque el art. 11 garantiza el reconocimiento de la dignidad humana y el art. 5 proclama el derecho a la integridad personal como integridad física, psíquica y moral.

A fin de acelerar el desarrollo socioeconómico de la región con hincapié en la fundamentación de una sociedad de conocimiento bien formada mediante la educación y el acceso a distintos contenidos de cultura se promulgó el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador de 1988) donde se recuerda un significado especial del desarrollo personal en el contexto de la educación, cuyo objetivo debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad (art. 13.2) y la protección de las personas con discapacidad (art. 18). El art. 14 hace referencia al derecho a los beneficios de la cultura destacando que toda persona tiene derecho a participar en la vida cultural y artística de la comunidad y gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico.

Cabe resumir que a lo largo de distintos debates y actividades de varios cuerpos internacionales y a partir de diferentes disposiciones de variado carácter jurídico se han estado exponiendo y profundizando las concepciones de un haz de derechos específicos estrechamente relacionados con el desarrollo de la personalidad tales como el derecho a la participación en la vida cultural, al beneficiarse de los logros y avances científicos y tecnológicos, a la participación, acceso y disfrute del patrimonio común cultural de la humanidad, hasta los del contenido socio-jurídico incluso más extendido como son el derecho a la cultura y al desarrollo de los pueblos, ampliando de esta manera el marco clásico de los derechos relevantes para el desarrollo humano, tales como el derecho a la educación y a la libertad de pensamiento, de expresión y de investigación científica.

El desencadenamiento de las nuevas tecnologías en general, y en particular las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC), ha forzado a la comunidad internacional a encarar los procesos de globalización que siguen intensificándose mediante la conexión electrónica, la circulación real de las personas, el acceso a distancia a los contenidos digitales de información, cultura, ciencia y educación, así como la potencial accesibilidad de los avances de tecnología y ciencia. Para el ámbito jurídico esa situación repercute en la necesidad de afrontar el desafío de buscar una regulación legal al respecto que sea adecuada, prudente y ponderada y capaz de atravesar el entorno mundial complejo, multifacético y conflictivo, el mundo que además sigue complicándose y dificultando las resoluciones jurídicas, sobre todo en relación con la protección de la propiedad intelectual relativa a hallazgos científicos, innovaciones tecnológicas y contenidos de cultura y entretenimiento. La cuestión de efectos y circunstancias contrapuestos sigue cobrando cada vez mayor importancia ante la necesidad exigente del contemporáneo, también en su vertiente socioeconómica, de idear una sociedad de tecnología, comunicación, información y conocimiento planetaria, eficaz, feliz y pacífica, con mirada al porvenir, a la seguridad de las generaciones futuras y al progreso satisfactorio y sustentable de todas las esferas del compromiso humano. El concepto del desarrollo sustentable (sostenible) se considera

fundamentalmente como relacionado con el ambiente natural y su degradación, que se vinculan con el avance tecnológico y económico descontrolado y demasiado devastador para la naturaleza, por lo que tendrían que pagar sobre todo las generaciones futuras. No obstante, el desarrollo sostenible ha de significar también tal manera de evolución socioeconómica de una sociedad que garantice su estabilidad sociopolítica a largo plazo³². Cabe además reflexionar sobre el giro educacional marcado por la nueva percepción del proceso educativo que va más allá de la escolarización o la enseñanza tradicionales y se enfoca en desarrollar en la persona una postura mental crítica, centrada en la adquisición continua de diversos conocimientos e informaciones a partir de distintas fuentes para compararlos, analizarlos críticamente y tomar conclusiones informadas.

Hay variados los contextos donde el desarrollo personal del individuo es una de las finalidades de las políticas y actividades del Estado. El Estado, implícitamente se trata de la sociedad, no debe restringir el libre desarrollo de sus ciudadanos, cuya encarnación entre otras es la libertad de acción (el derecho negativo) y hasta tiene que apoyarlo en formas determinadas, dándole al ciudadano el derecho a reclamar que se implementen medidas legislativas o de gobernanza (el derecho positivo / prestacional) pertinentes. Aparte de la clara tipificación del derecho al libre desarrollo como un derecho fundamental en una buena parte de la legislación constitucional por el mundo, la exposición del concepto del libre desarrollo en una variedad de situaciones jurídicas específicas (la educación, la protección de menores de edad, etc.) vinculándolo con otros derechos, libertades o valores jurídicos protegidos demuestra su significado para el sistema jurídico, lo reconoce y percibe como un bien crucial que atraviesa distintas esferas de la vida humana. Otros aspectos de mucha gravedad para la interpretación jurídica que surgen de la posición del concepto del libre (pleno, integral) desarrollo personal en el sistema constitucional están relacionados con el amparo constitucional y

³² Sobre la sostenibilidad en la vida personal narra el libro de la Profesora de la UNED Maria Novo Villaverde: *Despacio, Despacio: 20 razones para ir más lentos por la vida*.

la aplicación en las relaciones jurídicas de naturaleza privada. Así, la cuestión crucial es si se puede invocar dicho derecho como la razón autónoma de la protección entre terceros (la eficacia horizontal, *Drittwirkung*), es decir, si existe la posibilidad de recurrir directamente al precepto constitucional en las relaciones entre particulares o solo se puede reclamarlo contra el Estado.

Con todo, cabe reconocer que existen ciertas carencias e incoherencias legislativas tanto en relación con el reconocimiento explícito autónomo del dicho derecho como con respecto a implementación y cumplimiento de éste por las leyes subordinadas. De esta manera hay que buscar respuestas a las siguientes preguntas: ¿Cuáles en concreto son o deben ser las leyes, los instrumentos jurídicos y de las políticas estatales para que, en los ámbitos correspondientes a lo familiar, lo laboral, lo de la protección de niñas, niños y adolescentes y lo de la educación, lo tecnológico, etc. se pueda conseguir y apoyar el desenvolvimiento de todas las capacidades del ser humano y de este modo cumplir los requisitos del derecho al libre desarrollo de la personalidad?; ¿Cómo aportan al éxito de alcanzar estos objetivos tan múltiples y ambiciosos las posibilidades que nos dan las nuevas tecnologías y cómo ajustar las disposiciones jurídicas correspondientes a estos propósitos teniendo en cuenta los aspectos del derecho de autor y la propiedad intelectual? y, finalmente, desde la perspectiva de lo colectivo ¿Cuáles son las opciones legislativas para estimular la consolidación de la Sociedad de la Información y del Conocimiento que se basa en el capital humano y el capital social?

2.2.El derecho al libre desarrollo personal y la dignidad humana en el ordenamiento jurídico europeo y comunitario

Refiriéndose al ámbito del continente europeo hay que recordar que entre los dos actos principales que determinan el marco jurídico correspondiente a los derechos humanos (fundamentales) de la región, ni el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del Consejo de Europa año 1950

(Convenio Europeo de Derechos Humanos: CEDH) al que hasta el momento la Unión Europea no se ha adherido, aunque lo prevé el Protocolo núm. 8 TUE, ni la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDF) contienen en su texto alguna referencia literal al concepto del libre e íntegro desarrollo de la personalidad del individuo. La Carta Social Europea (del Consejo de Europa) de 1996 se refiere al concepto del desarrollo personal en unos contextos bastante limitados, sobre todo en relación con derechos de niños y adolescentes.

Con respecto a la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos la (antigua) Comisión Europea de los Derechos Humanos en sus informes y el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) en sus sentencias en muchas ocasiones confirmaban que el derecho al libre desarrollo deriva de la protección otorgada por el art. 8 CEDH en relación con el respeto de la vida privada. El Apartado 1 del art. 8 proclama lo siguiente:

Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

De tal modo, ya en el año 1977 la Comisión precisó lo siguiente (el Informe del 12 de julio de 1977 *Bruggemann and Scheuten c. República Federal de Alemania*, Párrafos 55-57):

El derecho al respeto de la vida privada tiene un alcance tal que garantiza al individuo una esfera dentro de la cual puede dedicarse libremente al desarrollo y al cumplimiento de su personalidad. A este efecto, también debe tener la posibilidad de establecer relaciones de diversos tipos, incluso sexuales, con otras personas. En principio, por lo tanto, cada vez que el Estado establece normas para el comportamiento del individuo en esta esfera, interfiere con el respeto a la vida privada y tal interferencia debe estar justificada a la luz del Artículo 8 (2). Sin embargo, hay límites para la esfera personal. Si bien una gran parte de la ley existente en un Estado determinado tiene algún efecto inmediato o remoto sobre la posibilidad del individuo de desarrollar su

personalidad haciendo lo que quiere hacer, no se puede considerar que todos estos efectos constituyan una interferencia con la vida privada en el sentido del Artículo 8 del Convenio. De hecho, como ya lo ha demostrado la jurisprudencia anterior de la Comisión, la reclamación de respeto a la vida privada se reduce automáticamente en la medida en que el individuo pone su vida privada en contacto con la vida pública o en estrecha relación con otros intereses protegidos. Así, la Comisión ha considerado que el concepto de la vida privada en el Artículo 8 era más amplio que la definición dada por numerosos autores anglosajones y franceses, a saber, el «derecho a vivir de manera cómo se quiere, protegido de la publicidad», que también comprende, «hasta cierto punto, el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos, especialmente en el campo emocional para el desarrollo y la realización de la propia personalidad». (Traducción MK)

Destaca el alcance ampliado del concepto de la vida privada tratado por el art. 8 CEDH. Sin duda ninguna, el sentirse protegido en cuanto a la autonomía y libertad de vida privada sin intromisiones, sin estar perseguido, observado o grabado³³, es una condición imprescindible para poder autodeterminarse (sin autocensurarse), desarrollarse y florecer personalmente, las eventuales restricciones e injerencias, cualquiera que sea su naturaleza y proveniencia, obstaculizan estos objetivos y cuando fueran ilegítimas, injustificadas o desproporcionadas no se podrían aceptar³⁴.

En definitiva, el TEDH confirma que, entre otras finalidades, el art. 8 CEDH sirve para asegurar el desarrollo, sin injerencias externas, de la personalidad de cada

³³ Sobre la interceptación de llamadas telefónicas del carácter privado provenientes de locales profesionales decidió el TEDH en la Sentencia *Halford contra Reino Unido* de 25.06.1997 y sobre las grabaciones de los detenidos en las instalaciones de la policía en *PG y JH contra Reino Unido* de 25.12.2001.

³⁴ En cuanto al análisis más profundo de las cuestiones de autonomía, identidad e integridad de la persona en el contexto del CEDH que están en un vínculo estrecho con el tema véase: Marshall, J. (2009). *Personal Freedom Through Human Rights Law. Autonomy, Identity and Integrity under the European Convention on Human Rights*. Martinus Nijhoff Publishers.

individuo en la relación con sus semejantes, luego existe tal esfera protegida de vida privada que engloba la integridad física y moral y la identidad de una persona, cuya protección es vital para permitir a la persona el libre desarrollo (*Peck c. Reino Unido* de 28 de enero de 2003, Párrafo 57). En la sentencia *Botta c. Italia* de 24 febrero 1998 el TEDH (Resumen y Párrafo 32) afirmó que:

Vida privada incluye la integridad física y psicológica de la persona que es la garantía otorgada por el artículo 8 del Convenio, cuyo objetivo principal es garantizar el desarrollo, sin interferencia externa, de la personalidad de cada individuo en sus relaciones con otros seres humanos. (Traducción MK)

Entonces, el alcance del concepto de la vida privada incluido en el art. 8 CEDH no se limita a lo privado en el sentido estrecho, reducido al domicilio u otro “círculo interno en el cual el individuo puede vivir su vida personal como él elija y excluirla totalmente del mundo exterior no incorporado en ese círculo. Respeto a la vida privada también debe comprender hasta cierto punto el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos” (*Niemietz c. Alemania* de 16 diciembre 1992, Párrafo 29). Luego, la vida privada engloba igualmente la vida social de la persona, es decir la esfera y los lugares de interacciones entre el individuo y los demás, ya sean en público (*PG y JH c. Reino Unido* de 25 de diciembre de 2001, párrafo 57).

En el asunto *von Hannover c. Alemania* de 24 de junio 2004 el TEDH vuelve al aspecto de la vida libre de publicidad y persecución periodística y de este modo a la libertad de manifestarse libremente, en relación con la toma y publicación de fotografías sin consentimiento del interesado que incluyen las escenas de vida cotidiana, así de actividades de carácter estrictamente privado, reafirmando la protección de la zona de actuaciones del individuo y sus interacciones con los demás incluso en público. El derecho a expresarse libremente, asimismo en los lugares públicos, sin sentirse perseguido, constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales para el progreso y el desarrollo de cada persona. Así, el TEDH afirma una y otra vez que la circunstancia de libertad efectiva en la vida

del individuo juega el papel fundamental en el libre y pleno desarrollo de la personalidad, hasta constituir un rasgo inherente al derecho que lo protege y garantiza.

En cuanto al cumplimiento de los derechos humanos y garantías de libertad, incluida la libertad de autodeterminación, como los derechos negativos que prohíben determinadas injerencias e intromisiones no basta que el poder público se limite a abstenerse de este tipo de injerencias, sino que además el Estado deba materializar esas garantías, luego deba emprender ciertas acciones y admitir ciertas obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida privada e implementar medidas oportunas para asegurar la eficacia de la realización de derechos y libertades respectivos (*von Hannover c. Alemania* de 24 de junio 2004, párrafo 57).³⁵ En *Botta c. Italia* de 24 febrero 1998 (Párrafo 33) el TEDH lo formula este principio de manera siguiente:

Si bien el objeto esencial del artículo 8 es proteger al individuo contra la injerencia arbitraria por parte de las autoridades públicas, dicho artículo no solo obliga al Estado a abstenerse de tal interferencia: además de este compromiso negativo, puede tener obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida privada o familiar. Estas obligaciones pueden implicar la adopción de medidas destinadas a garantizar el respeto de la vida privada, incluso en el ámbito de las relaciones de las personas entre sí. (Traducción MK)

Entonces, siguiendo la reiterada conclusión del TEDH acerca de que la protección de libertad exige también ciertas obligaciones por parte del poder público, al suponer que el derecho al libre desarrollo de la personalidad cubre la libertad de obtener informaciones y conocimientos y poder acceder a otros recursos de cultura para fomentar este desarrollo, hay que preguntarse por la existencia o introducción de

³⁵ De modo similar las sentencias: *X e Y c. Países Bajos* de 26 marzo 1985, *Stjerna c. Finlandia* de 25 noviembre de 1994, *Stubbings and Others c. the United Kingdom* de 22 de octubre de 1996 y la decisión *Verliere contra Suiza* de 28 de junio de 2001.

medidas jurídicas y prácticas concretas y efectivas que lo hagan posible y alcanzable a todo ciudadano³⁶.

En el entorno del Consejo de Europa se ha aprobado también la Carta Social Europea de 1996³⁷ donde se menciona el concepto del desarrollo personal en varios contextos. De este modo, el art. 7 titulado *Derecho de los niños y adolescentes a protección*, lo pone en su punto 4, como habitual, en relación con restricciones sobre la duración y organización de “la jornada laboral de los trabajadores menores de 18 años para adecuarla a las exigencias de su desarrollo y, en particular, a las necesidades de su formación profesional”. Lo de los niños y adolescentes también suena en el art. 17 bajo el título *Derecho de los niños y adolescentes a protección social, jurídica y económica*, donde se indican las circunstancias “Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de

³⁶ En cuanto a las obligaciones positivas del Estado véanse: Akandji-Kombe, J-F. (2007). *Positive obligations under the European Convention on Human Rights. A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights*. Human rights handbooks, No. 7. Council of Europe; Mowbray, A. (2004). *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*. Hart Publishing; Klatt, M. (2011), “Positive obligations under the European Convention on Human Rights” núm, 71 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)* p. 691 y siguientes (http://www.zaoerv.de/71_2011/vol71.cfm); Tomlinson, H. (2012). “Positive Obligations under the European Convention on Human Rights”. *Matrix Chambers* (<https://adminlaw.org.uk/wp-content/uploads/SC-2012-by-Tomlinson-QC.docx>); Viljanen, J. *State Obligations to Protect the Right to Respect for Private Life under Article 8 of the ECHR and the Challenge of the Internet*. The Human Rights Institute of the University of Iceland (http://mhi.hi.is/internet_responsibility). Acceso el 29.06.2018.

³⁷ La versión revisada de la Carta del año 1996 aunque firmada por España se queda sin ratificación hasta el momento (5.09.2016). El hecho se está comentando el 4.08.2016 de tal manera: “El CERMI (El Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad) urgirá al próximo Gobierno a que ratifique la Carta Social Europea Revisada para ampliar la protección social”, <http://www.lavozlibre.com/noticias/ampliar/1254240/el-cermi-urgira-al-proximo-gobierno-a-que-ratifique-la-carta-social-europea-revisada-para-ampliar-la-proteccion-social>. Otros comentarios al respecto se encuentran en: Luis Jimena Quesada, “Retos pendientes del estado social español en especial, la ratificación de la Carta Social Europea revisada de 1996”, *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, ISSN-e 1699-7026, N.º. 2, Año 2006, pp. 40-71, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2150768>; Francisco Jiménez García, “La Carta Social Europea (Revisada): Entre el desconocimiento y su revitalización como instrumento de coordinación de las políticas sociales europeas”, *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, ISSN-e 1697-5197, N.º. 17, 2009; <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3259380>; Ciro Milione, “¿Es razonable que España no haya ratificado todavía la Carta Social Europea, revisada en 1996?: Algunas reflexiones sobre el estado de la cuestión”, *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, Vol. 2, Núm. 2 (2012), https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/282. Acceso el 5.07.2016.

los niños y los adolescentes a crecer en un medio que favorezca el pleno desarrollo de su personalidad y de sus aptitudes físicas y mentales”. El art. 14 llamado *Derecho a los beneficios de los servicios sociales* trata del “ejercicio efectivo del derecho a beneficiarse de los servicios sociales”, cuyo uno de los fines es “fomentar u organizar servicios que, utilizando los métodos de un servicio social, contribuyan al bienestar y al desarrollo de los individuos y de los grupos en la comunidad, así como a su adaptación al medio o entorno social”. El art. 20 sobre el *Derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón del sexo* acude a “las medidas apropiadas para asegurar o promover” la aplicación del derecho del que se trata con el enfoque en “el desarrollo profesional”.

Aunque escasas son las referencias directas al libre desarrollo de la personalidad en los citados actos europeos no se puede concluir que el concepto mismo del libre desarrollo personal es ajeno a los sistemas de derechos fundamentales (humanos) correspondientes, ya que es la persona humana el centro de interés de ellos.

De tal modo, en el entorno comunitario, ya el Preámbulo a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea apunta a la persona como el destino de ejercicios de la Unión destacando:

Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación.

En relación más estrecha con el desarrollo personal se puede acudir al art. 32 CDF titulado “Prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo” que declara que los jóvenes no están admitidos a “cualquier trabajo que pueda ser perjudicial para su seguridad, su salud, su desarrollo físico, psíquico, moral o social, o que pueda poner en peligro su educación.” El concepto del desarrollo psíquico y moral se puede igualar con el desarrollo de la personalidad.

En el ámbito comunitario el fundamento más sólido y a la vez adecuado y conveniente para justificar el derecho al libre e íntegro desarrollo de la persona se encuentra en la inviolabilidad, el respeto y la protección de la dignidad humana (art. 1

CDF). Además, al alinear el conjunto de los derechos fundamentales reconocidos textualmente en la CDF se puede concluir que el principio del desarrollo humano corresponde íntimamente al menos a algunos de ellos. De esta manera, no es viable el cumplimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad del ser humano, incluso suponiendo que éste se ancla implícitamente en protección de la dignidad humana, sin el reconocimiento claro y literal y el seguimiento de todos los demás derechos fundamentales, que a su vez coinciden en la materialización del principio del libre desarrollo personal. Se trata sobre todo de los siguientes derechos fundamentales declarados explícitamente en la CDF que se relacionan con el libre desarrollo de la personalidad del ser humano:

- el derecho a la integridad (psíquica) de la persona (art. 3 CDF),
- el derecho a la libertad y a la seguridad (art. 6 CDF),
- el derecho a la libertad de expresión, pensamiento y conciencia (art. 10 CDF),
- el derecho a la libertad de comunicación y de recibir información (art. 11 CDF: Libertad de expresión y de información),
- la libertad de las artes y de las ciencias (art. 13 CDF),
- el derecho a la educación (art. 14 CDF),
- la promoción de la diversidad cultural y lingüística (art. 22 CDF),
- el derecho a expresar su opinión libremente por parte del menor (art. 24 CDF),
- la protección de los jóvenes en el trabajo (art. 32 CDF).

A este conjunto de derechos y libertades abiertamente nombradas y principalmente reconocidos por la mayoría de los actos básicos referentes a los derechos humanos (fundamentales) se suman los derechos de las generaciones sucesivas, entre otros, ciertos derechos de vertiente cultural, social o económica, así como el derecho al desarrollo de los pueblos. En este contexto cabe destacar que el carácter troncal del derecho al libre desarrollo personal está en estrecha coincidencia con la percepción de que igualmente “El derecho a la educación y a la cultura es un derecho posibilitador de

otros derechos, un medio indispensable para realizar otros derechos” (Albert Gómez, 2011: 142³⁸).

Así, como se ha dicho, aunque la CDF no alude directamente a la cuestión del desarrollo de la personalidad confirma claramente el mérito de la dignidad humana destacándola entre los valores primordiales de la UE ya en el Preámbulo:

... la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho.

y después es la dignidad humana la que inicia el texto de la CDF por exponer en el artículo primero titulado “Dignidad humana” que:

La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida.

Se puede observar ciertas dificultades y ambigüedades en la asignación de una acepción inequívoca y reconocida comúnmente a la concepción de la dignidad humana planteada en distintos ordenamientos jurídicos: internacionales (supranacionales) o nacionales (Gómez Sánchez, 2005: 219), lo que se complica además a causa de distintos posicionamientos del concepto mismo en cada uno de estos ordenamientos y en consecuencia su variado carácter normativo y alcance de eficacia y aplicabilidad jurídica. Aunque principalmente la noción misma de la dignidad no parece ser tan heterogénea, las eventuales divergencias surgen de la interpretación o más bien la aplicación del concepto en diferentes contextos y situaciones concretas (Gutiérrez Gutiérrez, 2012: 95; Habermas, 2010: 7; González Amuchastegui, 2004: 421). A nivel del discurso jurídico o la resolución judicial dentro de los sistemas normativos diferentes, estas circunstancias de cierta imprecisión y no comparación, sin embargo, no necesariamente representan algo más que las controversias interpretativas que puedan producirse entre distintas instancias judiciales del mismo ámbito normativo (nacional). Por consiguiente, las discordancias no significan que no exista algún denominador

³⁸ El autor hace referencia a Fernández, A. (2004). “La educación como derecho cultural”, en *Persona y Derecho*, p. 265

común o un entendimiento conceptualmente unido en sus rasgos sustanciales que atraviesa todos estos entornos socio-jurídicos. Luego, se puede considerar el reconocimiento universal de la dignidad humana como “principio ordenador básico desde la perspectiva de los bienes jurídicos globales” (Gutiérrez Gutiérrez, 2012: 97). Esta deducción nos lleva también a la conclusión de que el concepto jurídico de la dignidad humana insertado con tal envergadura en la CDF, no se encuentra en algún vacío doctrinal o jurisprudencial, todo lo contrario, acoge todas las referencias de donde se han producido hasta el momento y se producirán en el futuro, ya sea a base metodológica del derecho comparado, del derecho natural o del discurso antropológico, sin necesitar esperar a alguna línea interpretativa directamente enraizada en la CDF, establecida y afirmada reiteradamente por el TJUE o por los tribunales nacionales, también teniendo en cuenta que incluso antes de que la CDF entrara en vigor el TJUE había emitido ciertos fallos al respecto. De esta manera no faltan motivos para examinar en el contexto más amplio posible el contenido jurídico del concepto de la dignidad humana promulgado por el art. 1 CDF, también a fin de confirmar y explicar la pertenencia del derecho al libre desarrollo de la personalidad del ser humano a la ordenación jurídica comunitaria, sin ser explícitamente indicado por la CDF.

Aparte de la jurisprudencia de los tribunales, que a su vez tratan de determinar el contenido jurídico del concepto de la dignidad humana mediante su aplicación a los asuntos concretos y relacionarlo estrechamente con los demás derechos fundamentales, son de carácter esencial las reflexiones doctrinales filosófico – jurídicas que surgen del planteamiento de la cuestión de la naturaleza jurídica de la dignidad humana³⁹, tal como lo establece Jürgen Habermas (Habermas, 2010: 6), preguntándose:

si la “dignidad humana” es un concepto normativo fundamental y sustantivo, a partir del cual los derechos humanos pueden ser deducidos mediante la especificación de las condiciones en que son vulnerados, o si, por el contrario,

³⁹ Véase: Galán Juárez *Antropología y Derechos Humanos* (1999: 75 y siguientes).

se trata de una expresión que simplemente provee una fórmula vacía que resume un catálogo de derechos humanos individuales no relacionados entre sí y ofreciendo la respuesta, incluso antes de hacer la pregunta misma, que:

siempre ha existido —aunque inicialmente sólo de modo implícito— un vínculo conceptual interno entre los derechos humanos y la dignidad humana.

Esta resolución produce directamente las repercusiones bastante sólidas con respecto al hecho de si, al reconocer por algún ordenamiento constitucional en cualquier forma, implícitamente o explícitamente, el significado conductor de la dignidad humana, el catálogo de los derechos fundamentales se encuentra abierto o cerrado y en qué condiciones. Por lo tanto, el afirmar la conclusión citada de Habermas implica que se ratifica a la vez el carácter abierto del conjunto de los derechos humanos (fundamentales), de tal manera que para la existencia de un derecho humano (fundamental) o simplemente un derecho subjetivo no se precisa su reconocimiento textual, sino que, mediante un análisis antropológico – lógico, abstracto o exacto – se puede derivarlo del propio precepto relativo a la dignidad humana o la admisión de su estatus como el eje nuclear del sistema normativo (Habermas, 2010: 12; Galán Juárez, 1999: 75 y siguientes). El razonamiento que establece la dignidad humana como la fuente de los demás derechos del hombre es congruente con el hecho de que las facultades únicamente atribuidas al ser humano, entre otras, las que lo predisponen a reflexionar y razonar autónomicamente (Habermas, 2010: 15), lo distinguen de otras especies, otorgándole tal cualidad excepcional como es la dignidad humana que representa “el valor único de cada persona”, lo que además coincide con la libertad individual, la libre voluntad y la autonomía del ser humano (Habermas, 2010: 16-17). Así, la personalidad del individuo (la identidad) se compone por el conjunto de características que distingue al individuo de otros, tanto en la dimensión externa, es decir, cómo se comporta y presenta hacia afuera, como en la dimensión interna, cómo se

siente él mismo y reconoce su individualidad⁴⁰. Luego, son dos esferas cuya protección y cuyo favor merecen la atención por parte del derecho y de las administraciones públicas, se trata de la libertad general de actuación y la protección del contenido-núcleo de la personalidad, acudiendo a la doctrina jurídica y la jurisprudencia alemana, que conjuntamente componen el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

A su vez, Gómez Sánchez (2005: 224 y siguientes) aclara esta doble función jurídica de la dignidad humana en un sistema constitucional apuntando que la dignidad demuestra el carácter de un derecho *autónomo y/o relacional*. Así, respectivamente, “Su «carácter autónomo» representa su reconocimiento como elemento inherente a la naturaleza humana que obliga a un específico respeto y protección de la persona.” y “su «carácter relacional» implica que, en el ejercicio de otros varios derechos, cabe apreciar una dimensión de la dignidad humana cuya violación puede ser motivo de violación del derecho en sí mismo [...] o, en otros casos, puede completar el alcance de un derecho o facilitar su interpretación o, por último, agrupa algunos derechos y los vincula a la dignidad humana”. El carácter *autónomo* de la dignidad como un derecho explícito en dado ordenamiento jurídico no excluye que además ella juegue un papel *relacional* (transversal) constituyendo una “parte del contenido esencial de los diferentes derechos fundamentales, formando parte [...] de los mismos.”

Como resumen de lo expuesto se pueden añadir las reflexiones de Bohórquez Monsalve y Aguirre Román (2009) acerca de las tensiones que se observan a la hora de analizar el concepto de la dignidad humana. Así, la primera se produce cuando se decide sobre el carácter natural de la dignidad, que es atribuida al ser humano por la naturaleza misma de éste (el carácter absoluto), o la consensual que a su vez marca la característica

⁴⁰ “el “desarrollo espiritual individual” [...] generó un ideal de autosuficiencia y de autonomía precisamente recuperado por el individualismo moderno y sobre el cual se fundó la dignidad humana. En efecto, el “individuo como valor”, es decir, poseyendo una dignidad humana, se construyó a partir del “individuo-fuera-del-mundo” que se situaba en el “exterior de la organización política y social dada”: “estaba por fuera y por encima de ella” (Pelé, 2006: 5-6, cita a Dumont, L. “Génesis I. Del individuo-fuera-del-mundo al individuo-en-el-mundo” en *Ensayos sobre el individualismo*, trad., Tusón Calatayud, R., Alianza, Madrid, 1987.

artificial de la dignidad (Bohórquez Monsalve y Aguirre Román, 2009: 41), a saber, el concepto es útil, luego la dignidad es atribuida al hombre por un contrato (social) de vertiente moral y política, incluidas la asignación al término de cierta acepción y la ficción jurídica del grado determinado de vinculación (el carácter relativo). La segunda tensión indicada por los comentaristas (Bohórquez Monsalve y Aguirre Román, 2009: 42-43) aparece entre el carácter abstracto (kantiano) y concreto (utilitarista), la que permite aplicarla prácticamente en relación con una determinada situación de vida del individuo. Parece que este juicio no produce tantas discordancias ya que la autoleislación kantiana (la autodeterminación) del hombre y el imperativo (la directriz) de que éste debe tratar a sí mismo y a otros seres humanos como el fin (el sujeto) en sí mismo y no como “meros medios para consecución de fines, éstos los que sean” (González Amuchastegui, 2004: 425), instrumentos u objetos, permiten aplicarse adecuadamente a las circunstancias concretas para justificar adicionalmente un derecho fundamental, o bien, determinar un derecho subjetivo. Justamente esa actitud se está practicando también a lo largo de este capítulo relacionando la dignidad con los derechos de mayor concreción a nivel teórico-jurídico o resolutivo-judicial, sin dejar tratarla como una cualidad abstracta del ser humano. Finalmente, los autores consideran la supuesta tensión entre el carácter universal e individual de la dignidad, o más concretamente si se puede atribuir el mismo contenido a cada persona en cada tiempo histórico y cada lugar y entorno sociocultural, independientemente del género, etnicidad, etc. (Bohórquez Monsalve y Aguirre Román, 2009: 43) o, por lo contrario, la acepción (el sentido) diverge en tiempo y espacio.

Encima de estas “dualidades” señaladas en el discurso iusfilosófico sobre la naturaleza de la dignidad, aparecen dudas y críticas a la universalidad tanto de la dignidad humana como de los derechos humanos en general (González Amuchastegui, 2004: 256 y siguientes). De todas maneras, predomina en el discurso filosófico-jurídico el consentimiento de que los derechos humanos, entre los cuales se encuentra la protección de la dignidad, gozan de tales características como la universalidad, el carácter absoluto

e inalienabilidad (González Amuchastegui, 2004: 341 y siguientes). La propia dignidad refleja la condición del ser humano, la que es “consustancial a todos los seres humanos [...] igual y esencialmente, con independencia de sus méritos y capacidades, o de cualesquiera otros rasgos contingentes” (González Amuchastegui, 2004: respectivamente 417 y 421) y marca “un límite infranqueable para cualquier decisión normativa, hasta el punto de que «ninguna decisión colectiva, por mayoritaria que fuese, podría legítimamente atentar contra ella sin atentar contra la Ética»” (González Amuchastegui, 2004: 417-418⁴¹). En particular, la universalidad de la dignidad nos lleva inmediatamente al reconocimiento de la igualdad entre todos los seres humanos (Gómez Sánchez, 2011: 40; González Amuchastegui, 2004: 421).

Todas estas meditaciones, dentro y fuera del recinto jurídico, nos llevan a mejor entendimiento del contenido, la acepción y la significación del concepto de la dignidad humana para el ordenamiento legal. Entonces, aunque el reconocimiento literal del derecho al libre desarrollo de la personalidad del ser humano está ausente en la CDF, el papel primordial y destacado lo juega en ella la protección de la dignidad humana y el respeto a ella, cuyo significado para el ordenamiento “constitucional” comunitario, es decir, marcado por el derecho primario de la Unión, se refuerza por la eminente ubicación de la referencia a la dignidad humana al propio principio del acto citado y de este modo se la pronuncia como un bien (valor) superiormente protegido, aparte del hecho de que sí la protección de la dignidad humana constituye el derecho fundamental. Al igual que en la Ley Fundamental alemana, tampoco la norma del art. 1 CDF *La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida.* se formula a modo de *un derecho a la dignidad* puesto que ella es el atributo inherente e irreducible del ser humano y lo que puede proclamarse en la ley (el derecho positivado) es solo constatar y pronunciar este estatus, luego de la inviolabilidad, el respeto y la protección surgen los

⁴¹ El autor cita *Desde la perplejidad*, F.C.E., Madrid/México, 1990, p. 681.

derechos del ciudadano y las obligaciones de los poderes públicos. De esta manera se crea una norma completa e inequívoca al respecto.

Entonces, para colocar el derecho al libre desarrollo de la personalidad humana en el sistema de los derechos fundamentales de la Unión Europea es suficiente anclarlo en la dignidad de la persona, no hace falta decidir acerca del carácter mismo de este derecho, aunque sería útil pensar en ello como en un derecho fundamental con todas las repercusiones correspondientes a esta característica, pues sí o sí “Debido a su carácter abstracto, los derechos fundamentales necesitan ser especificados en términos concretos en cada caso particular” (Habermas, 2010: 7).

Para hacer más clara la naturaleza jurídica de la disposición de la CDF correspondiente a la dignidad humana se puede aludir a las Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales (DO C 303/17 de 14.12.2007) que gozan de sello de interpretación oficial, ellas indican que:

La dignidad de la persona humana no sólo es en sí un derecho fundamental, sino que constituye la base misma de los derechos fundamentales. [...] En su sentencia del 9 de octubre de 2001 en el asunto C-377/98 el Tribunal de Justicia confirmó que el derecho fundamental a la dignidad humana forma parte del Derecho de la Unión. Se deduce de ello, en particular, que ninguno de los derechos inscritos en la presente Carta podrá utilizarse para atentar contra la dignidad de otras personas y que la dignidad de la persona humana forma parte de la esencia de los derechos inscritos en la presente Carta. Por lo tanto, no podrá atentarse contra ella, incluso en el caso de limitación de un derecho.

Entonces, todo ciudadano dispone de un derecho preciso de reclamar que se respete y proteja la dignidad concretamente de él, en cualquier situación apuntando únicamente al art. 1 CDF. En virtud de la sistemática y el texto de la CDF, no cabe duda de que en el ordenamiento jurídico comunitario:

la dignidad humana es [...] fundamento de los derechos humanos en su conjunto y, al mismo tiempo, un derecho humano autónomo

como lo determina Sobrino Heredia (2008: 123) quien además especifica y analiza minuciosamente en su comentario (Sobrino Heredia, 2008: 106-126) el alcance y el contenido del precepto de inviolabilidad, protección y respeto a la dignidad humana en el marco comunitario que es muy extenso y obedece a las instituciones de la UE y el derecho comunitario derivado. El principio de la dignidad se refiere a distintos campos de actividades y reglamentaciones de la UE, entre otros a tales que determinan investigaciones y tratamientos médicos y biomédicos, incluida la prohibición de patentabilidad, el trato de los refugiados, los solicitantes de asilo, los repatriados y los presos, los programas y acciones en el ámbito de cooperación al desarrollo, las libertades comunitarias, protección contra la discriminación, y, obviamente, la examinación y evaluación de las limitaciones a los derechos fundamentales y muchas otras áreas de competencias regulatorias de la UE, hasta los servicios audiovisuales y de información en línea, sobre todo en el contexto de protección de menores. A este escenario tan amplio contribuye y lo extiende el análisis de la relevancia de la dignidad humana para el derecho originario y derivado de la UE, incluidas las interpretaciones por parte del TJUE, y los sistemas jurídicos nacionales de los Estados miembros que presenta Gómez Sánchez (2005: 227-254). Para dar un ejemplo emblemático del papel capital de la protección de la dignidad y la personalidad en el marco jurídico comunitario se puede indicar la Declaración del Parlamento Europeo, el Consejo, los Representantes de los Estados Miembros contra el racismo y la xenofobia (86/C 158/01), que yuxtapone además «la personalidad y la dignidad de cada miembro de la sociedad» como los objetos de salvaguardia por parte de los Estados (Gómez Sánchez, 2005: 246). La protección de la personalidad en abstracto no se puede entender de otra manera que es ella que subyace y garantiza el libre desarrollo de la esfera interna de la persona, ya que la personalidad es una cualidad del ser humano en permanente proceso de cambio y formación.

De la sustancia de la dignidad humana emana la conclusión jurídica esencial que “el ser humano no está a disposición del Estado ni de la sociedad, ni sus derechos deben

ceder ante pretendidos intereses de aquél o de ésta” (Gómez Sánchez, 2005:221). La profesora lo ratifica con más detalles de gran relevancia para el entendimiento correcto del derecho al libre desarrollo de la personalidad, sobre todo en relación con el adjetivo “libre”, es decir, autónomo, independiente, libre de presiones y adoctrinamientos, etc. (Gómez Sánchez, 2011: 41), de modo que:

[...] los conceptos de dignidad y libertad están, en todo caso, estrechamente vinculados [...] Una correcta interpretación integrada de ambos avala la tesis de la indisponibilidad de la persona, la cual no está sujeta a la discrecionalidad del Estado ni de la sociedad, ni sus derechos pueden ceder ante pretendidos intereses de aquél o de ésta. La dignidad intrínseca y la libertad de la persona determinan que deba ser reconocida como sujeto y no como objeto de los acontecimientos y las situaciones. El rechazo a la instrumentalización de las personas está permitiendo delimitar ámbitos positivos de protección, ámbitos de inmunidad, tanto en el ámbito internacional como en el de los ordenamientos nacionales. [...] Pero todo lo dicho nada significa si la dignidad no queda vinculada a la libertad de la persona, a su derecho a decidir sobre sus opciones vitales, sobre su propia realidad y sobre su vida.

En términos histórico-filosóficos de manera semejante plantea la cuestión Norberto Bobbio apuntando a la evolución hacia el Estado moderno que pasaba por la transición que se hizo (Bobbio, 1991: 15):

de la prioridad de los deberes de los súbditos a la prioridad de los derechos del ciudadano, al modo distinto de mirar la relación política, no ya prevalentemente desde el punto de vista del soberano, sino prevalentemente desde el punto de vista del ciudadano, en correspondencia con la afirmación de la teoría individualista de la sociedad frente a la organicista tradicional [...así (Bobbio, 1991: 15)] con la visión individualista de la sociedad según la cual para comprender la sociedad es necesario partir de la base, es decir, de los

*individuos que la componen, en oposición a la tradicional concepción orgánica, según la cual la sociedad como todo está antes que los individuos*⁴².

La autodisponibilidad del hombre es la circunstancia que repercute profundamente en el contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad cuyo objetivo primordial es garantizar la individualidad, la singularidad y la identidad del ser humano como un ente autónomo⁴³ quien debe y puede formarse para ser así.

Por su naturaleza esencial, de la dignidad humana salen otros derechos fundamentales y subjetivos, aunque sean declarados de manera literal y directa. El desglose que hace la CDF partiendo de la dignidad humana para visualizar al menos algunos de los derechos fundamentales universalmente reconocidos y adecuadamente denominados, sin esperar a que los extraen y nombran los tribunales, persigue la tradición y la evolución histórica de los derechos humanos (fundamentales), conexiona el sistema de los derechos fundamentales comunitario con otros ordenamientos respectivos y, sobre todo, asegura la implementación jurídica y judicial directa e incontestable de estos derechos explícitamente listados, además alcanzable para toda persona por el lenguaje más esclarecido de cada uno de los derechos fundamentales indicados y denominados por separado. Esta actitud se entendía desde los principios cuando arrancaron en la UE los trabajos acerca de la Carta que “los derechos deberían ser enumerados y enunciados en modo tal que todo ciudadano europeo fuese capaz de

⁴² Obviamente, la evolución hacia una sociedad / un Estado modernos que aceptan en cierta medida el ciudadano como el fin de su funcionamiento (el bienestar de éste) coincide con los conceptos de J. S. Mill (1806-1883) relativos a la libertad individual. Entonces, puede que no sea una desconexión o un desembarazamiento totales, pero sin duda el poder que ejerce la sociedad sobre una persona tiene sus límites, incluso si procede de una mayoría, al cruzarlos se hace intolerable y rechazable (Álvarez Gálvez, 2009: 328; González Amuchastegui, 2004: 377-378).

⁴³ “dignity «includes recognition of a distinct personal identity, reflecting individual autonomy and responsibility»” (Glensy, 2011: 79, cita a Schachter, O. (1983). “Human Dignity as a Normative Concept”, 77 Am. J. Int’l L.). En esta frase asimismo es importante la referencia a la responsabilidad, a saber, sin la libertad y autonomía del desarrollo de la personalidad, el individuo en cierta medida no podría tomar plena responsabilidad por sus acciones y actuaciones ya que no decide sobre sí mismo sino sigue los esquemas incrustadas forzosamente en su mentalidad o exigencias impuestas por la sociedad u otros agentes externos.

conocerlos y hacerlos valer; en otros términos, «los derechos fundamentales deben ser visibles»⁴⁴ (Rolla, 2009: 150).

El trato superior de la dignidad humana como la cualidad inmanente a la persona por la mera condición de serla, y su pleno reconocimiento como el derecho fundamental lleva a la conclusión de que el catálogo de derechos del ciudadano comunitario queda abierto. Entonces, la protección y el respeto a la dignidad humana son el criterio autónomo y suficiente en sí mismo para evaluar y juzgar las normativas legislativas y las actuaciones de poderes públicos, hasta los efectos entre terceros (*Drittwirkung*), así como para levantar determinadas reivindicaciones, reclamaciones, acusaciones o denuncias. La naturaleza transversal de la dignidad humana permite ir con las repercusiones jurídicas más allá de la mera relación entre el individuo y los poderes públicos, luego, “«Todo hombre, por el hecho de serlo, es titular de unos derechos inalienables inherentes a su dignidad» que vinculan a todos” (Gómez Sánchez, 2011: 41⁴⁵).

El derecho implícito al libre desarrollo de la personalidad en el sistema de los derechos fundamentales de la Unión Europea indudablemente sale de la condición del respeto a la dignidad humana, el adjetivo “implícito” no supone ninguna disminución en el mérito, ni mucho menos. Dicha conclusión la recoge Gómez Sánchez (2005:230), aunque en el contexto del ordenamiento constitucional español, pero con visible calidad de universalización, de este modo:

los derechos inviolables que son inherentes a la persona lo son en razón de la dignidad de ésta y el libre desarrollo de la personalidad no es más que una exigencia ineludible de la dignidad personal.

y siguiendo a Agudo Zamora (2005: 376) se puede añadir:

⁴⁴ Rolla cita el informe de la Comisión Europea *Relazione del gruppo di esperti in materia di diritti fondamentali: per l'affermazione dei diritti fondamentali nell'U.E.*, Bruxelles, 1999 (*Affirming fundamental rights in the European Union: time to act: report of the Expert Group on Fundamental Rights*).

⁴⁵ La autora cita a González Pérez J. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas; 1986: 95.

el reconocimiento de unos derechos fundamentales no es sino la manifestada obligación de la primacía del valor constitucional último: la dignidad de la persona humana, al que está íntimamente unido el libre desarrollo de la personalidad.

No obstante, el mismo concepto del derecho al libre desarrollo de la personalidad goza del carácter bastante general y abstracto, en cierto grado ambiguo e indeterminado, similarmente como la noción misma de la dignidad humana (Gutiérrez Gutiérrez, 2012). Entonces, se plantea la pregunta si verdaderamente sería útil considerarlo como un derecho separadamente y explícitamente indicado ante el hecho de que sí o sí éste necesita concretizarse y materializarse en unos derechos más palpables o simplemente en las resoluciones de los casos reales que por sí mismos podrían derivar las conclusiones oportunas directamente del concepto de la dignidad humana. Incluso si el derecho al desarrollo integral de la persona es un conglomerado de determinados derechos particulares, ello encuentra el reconocimiento textual e independiente en los sistemas internacionales de los derechos humanos y en las distintas legislaciones nacionales, principalmente a nivel constitucional de derechos fundamentales. Luego, el establecer la pertenencia y relevancia del derecho al libre desarrollo como tal en el sistema comunitario constituiría un vínculo evidente entre éste y los demás ordenamientos jurídicos, aparte de dar una referencia más tangible para la práctica y aplicación jurídica y judicial.

A modo de analogía, si el paciente médico tiene un estatuto jurídico basado en “el reconocimiento de la dignidad y la autodeterminación física como elementos primarios [...] interpretados integradamente, de manera que es esta interpretación conjunta de ambos la que sirve de base a dicho estatuto” (Gómez Sánchez, 2011: 41), en general toda persona en cuanto a su condición como tal tiene un estatuto jurídico basado en el reconocimiento de la dignidad y la autodeterminación psíquica como elementos primarios, de modo que el derecho al libre desarrollo de la personalidad es el instrumento de materialización de este principio. Como lo resume Gómez Sánchez

(2011: 41) “los conceptos de dignidad y libertad están, en todo caso, estrechamente vinculados”. Entonces, al ver a una persona íntegramente, en su dimensión corporal y psíquica, el derecho a tomar autónomamente por parte de ella la decisión informada sobre lo que se hace con su cuerpo debe ir acompañado por el derecho a tomar autónomamente la decisión informada sobre lo que se hace con su mente y sus emociones, esto está en la estrecha relación con la personalidad del individuo y llena de esencia su libertad que se revela en el acto de autodeterminación informada. Gómez Sánchez (2011: 42) explica lo siguiente:

el derecho de autodeterminación física [...] define [...] un haz de facultades, de libertad decisoria protegida por el ordenamiento, que permite a la persona decidir, optar o seleccionar qué hacer o no hacer respecto de todas aquellas cuestiones y situaciones que afecten a su realidad física, a su sustrato corporal. La autodeterminación física es el poder de cada persona para decidir sobre su propia vida —sus valores— y dirigir su destino.

Así, la profesora, en cierto sentido, une bajo el concepto de autodeterminación física la dimensión corporal del ser humano y la dimensión espiritual, la de valores internos y, además, la de actuaciones mediante las que se pueda alcanzar el destino vital pensado. Esta posición surge de la percepción de que (Gómez Sánchez, 2005: 220):

... la primera acepción del término «dignidad» se refiere al ser humano; alude a la esencia o naturaleza de éste y ampara, al menos, sus «elementos constitutivos». Por elementos constitutivos del ser humano entendemos tanto su realidad física como sus aspectos psicológicos y morales. [Es lo que en consecuencia determina que] Así entendida, la dignidad podía ser vulnerada tanto por acciones directas o indirectas contra el cuerpo como contra aspectos psicológicos o morales de la persona.

En suma, la autodeterminación en su sentido más amplio referente a la condición propiamente humana de la persona está ligada estrechamente tanto a la esfera física como a la esfera interna del ser humano, es decir, a lo psíquico, intelectual, espiritual,

axiológico, luego irreduciblemente atribuida al derecho al libre desarrollo de este ámbito y estas capacidades. Por lo tanto, se trata de la autodeterminación en relación con la personalidad. Siguiendo la explicación dada por “el Tribunal Constitucional estimó que existe un derecho de autodeterminación, “...es decir, capacidad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida”, lo cual “afecta el derecho al libre desarrollo de la personalidad”, consagrado en el art. 10.1 de la Constitución española.” (Gómez Sánchez, 2011: 42) En clara relación con lo que la jurisprudencia alemana llama la libertad general de acción (*Handlungsfreiheit*) como una materialización incuestionable del derecho al libre desarrollo de la personalidad. En cuanto a la libertad general de acción (de comportamiento / conducta) el TCE confirmó en la Sentencia 98/1986 de 10 de julio que incluso en las circunstancias de detención que es “cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar” no se producen los efectos absolutos, que vayan más allá de lo necesario y apartan a la persona del amparo constitucional relativo, luego (fundamento jurídico 4.º de la Sentencia citada):

no es constitucionalmente tolerable que situaciones efectivas de privación de libertad -en las que, de cualquier modo, se impida u obstaculice la autodeterminación de la conducta lícita- queden sustraídas a la protección que a la libertad dispensa la Constitución por medio de una indebida restricción del ámbito de las categorías que en ella se emplean.

El TCE en la Sentencia 120/1990, de 27 de junio marcó la relación intrínseca e irreducible entre la dignidad humana y el potencial del desarrollo de la esfera más íntima del ser humano, la de su personalidad que define a la vez lo más humano – *la propia naturaleza* del hombre de este modo (fundamento jurídico 4.º):

la regla del art. 10.1 C.E. implica que, en cuanto «valor espiritual y moral inherente a la persona» (STC 53/1985, fundamento jurídico 8.º), la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se

encuentre -también, qué duda cabe, durante el cumplimiento de una pena privativa de libertad.

Además, el TCE cita al Abogado del Estado (Antecedentes 9.º) que había confirmado que en el caso

del tratamiento médico coercitivo [...] un tratamiento de ese carácter que no pueda ser justificado jurídicamente merecería ser calificado de humillante y acaso envilecedor, por incompatible con la dignidad de la persona, ya que el paciente se reduciría a ser una cosa dotada de vida en manos de quien aplica el tratamiento.

Las conclusiones del TCE resume Gómez Sánchez (2011: 41) de tal modo:

El reconocimiento de la dignidad humana obliga pues a tratar a todo ser humano de acuerdo con su propia naturaleza, ya que éste conserva su dignidad en toda situación y cualquiera que fuera la naturaleza de su comportamiento.

Aunque la doctrina y jurisprudencia alemana y española acerca del derecho al libre desarrollo de la personalidad con detalles se presentarán a continuación, ya a estas alturas se puede mencionar que los dos aspectos (caras) del derecho al libre desarrollo de la personalidad trazados por la jurisprudencia alemana en virtud del precepto constitucional relativo (art. 2.1 GG): la libertad de acción, incluidas las limitaciones al respecto, y la protección del contenido-núcleo de la personalidad, los deriva igualmente Gómez Sánchez (2011: 41) de la propia dignidad humana, atribuyéndoles las siguientes cualidades: dignidad como facultad “representa el aspecto subjetivo de la dignidad y reconoce al sujeto la capacidad para actuar y conformar su propia realidad en razón de sus principios y opciones vitales”, lo que incluye también la libre conformación de su realidad interna, es decir, la personalidad y dignidad como límite incluye “el aspecto objetivo, del que derivan dos tipos de límites: por un lado, aquéllos que los Estados no pueden sobrepasar ni vulnerar por razón ni circunstancia alguna, que convierten a la dignidad en un derecho inderogable, permanente, y obligan al poder político a respetarla cualquiera que sea la circunstancia política; por otro, se constituyen también en límites a

la propia facultad del sujeto para decidir.”, así estas condiciones externas no pueden inferir demasiado en el alcance y el modo de actuación de la persona para no infringir su dignidad (la protección de la libertad de actuación), pues sí pueden hacerlo en bien común o a fin de proteger la dignidad de terceros. Como lo desglosa Rolla (2002: 465 y 476 respectivamente) lo esencial es que hay dos aspectos de protección que salen de la dignidad humana en torno a lo más personal: uno se aproxima a la libertad general de acción asegurando la protección contra las influencias del mundo externo y el otro atañe a la libre composición del contenido-núcleo de la personalidad:

[...] algunos atributos de la dignidad humana garantizan bienes jurídicos de la persona con un contenido diferente: por ejemplo, [...] puede notarse que la noción de intimidad busca garantizar la autonomía de la persona de las injerencias que puedan provenir del «mundo externo»; mientras que la expresión «vida privada» asume un significado más activo y se refiere a la existencia de un derecho a la libre construcción de la propia personalidad y, en consecuencia, a la asunción de decisiones autónomas respecto de la propia identidad y del propio desarrollo personal. [Así ...] el derecho a una vida privada responde a la exigencia que cada persona tiene de construir autónomamente la propia personalidad, sin que provenga del exterior la individuación de reglas o funciones que correspondiera desarrollar al individuo.

Aunque el libre desarrollo de la personalidad se ampara suficientemente en el mero reconocimiento de la dignidad humana, sin embargo, la protección de la cualidad más inherente al estatus de la persona, incluso determinante, y a la vez más dinámico y receptivo, es decir, la protección de la personalidad en el sentido psicológico del ser humano (la identidad⁴⁶) debería ser reconocida y apoyada inequívocamente por

⁴⁶ Lo reconoce el Preámbulo a la Declaración universal sobre Bioética y Derechos Humanos de 19 de octubre de 2005 afirmando que “la identidad de una persona comprende dimensiones biológicas, psicológicas, sociales, culturales y espirituales”.

cualquier ordenamiento jurídico. El amparo de y el apoyo a las esferas particulares del individuo se logran por el reconocimiento y la protección de determinados derechos básicos, ya sean establecidos explícitamente como derechos fundamentales, o implícitamente. Además, el reconocimiento y el seguimiento del conglomerado más vasto posible de los derechos fundamentales (humanos) contribuyen incuestionablemente al libre desarrollo personal, puesto que cada uno de ellos tiene por objetivo proteger alguna esfera humana esencial, todos ellos se orientan hacia la protección del individuo en su integridad y la dignidad humana.

La dignidad de la persona, cuya protección e inviolabilidad se hacen el precepto conductor de la CDF, es la cualidad relativamente estática inherente al ser humano⁴⁷. Por lo contrario, la personalidad en el sentido psicológico es una característica más cambiante y dinámica (Santana Ramos, 2014:103), supone la creciente consecución (adquisición o persecución) de la autonomía y la autoestima del individuo y la permanente transformación de la percepción de sí mismo, desde las edades tempranas hasta las tardías, así se compone por un complejo que va evolucionado a lo largo de la vida, y este proceso de valor *per se* para la persona misma (el desarrollo) requiere las garantías de protección y apoyo en forma de actuaciones positivas desde el Estado, el establecimiento de un entorno socio-jurídico propicio y lleno de aire fresco, para seguir progresando en bien del ciudadano y de la comunidad a la que él pertenece⁴⁸.

⁴⁷ (Traducción MK) “Donde hay vida humana, la dignidad humana le corresponde; no es decisivo si el portador es consciente de esta dignidad y es capaz de defenderla. Bastan las capacidades potenciales atribuidas desde el principio al ser humano como para dar lugar a la dignidad humana”. („Wo menschliches Leben existiert, kommt ihm Menschenwürde zu; es ist nicht entscheidend, ob der Träger sich dieser Würde bewußt ist und sie selbst zu wahren weiß. Die von Anfang an im menschlichen Sein angelegten potentiellen Fähigkeiten genügen, um die Menschenwürde zu begründen.“; BVerfGE 39, 1).

⁴⁸ Como lo percibe Bobbio (1991: 59): “Todas las declaraciones recientes de los derechos humanos comprenden, además de los tradicionales derechos individuales que consisten en libertades, los considerados derechos sociales que consisten en poderes. Los primeros requieren por parte de los otros (incluidos los órganos públicos) obligaciones puramente negativas de abstenerse de determinados comportamientos; los segundos pueden ser realizados sólo si vienen impuestos a otros (incluidos los órganos públicos) un cierto número de obligaciones positivas. Son antinómicos en el sentido de que su propio desarrollo no puede realizarse paralelamente: la realización integral de los unos impide la de los otros.” La última conclusión no es universalmente aplicada a cualquier caso, es que la abstención de los

Desde la perspectiva más amplia del derecho comunitario primario se puede ver que, por ejemplo, las declaraciones iniciales del Preámbulo al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se orientan principalmente hacia los objetivos de índole económica, tales como el progreso económico y social, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, el desarrollo económico estable (armonioso), el intercambio comercial equilibrado, la unidad de las economías y la prosperidad. Eso sí, este enfoque es la directa y formal consecuencia de las raíces de la UE, que ha brotado de la Comunidad Económica Europea. Por un lado, este conjunto de fines al realizarse, incluso gradualmente, indudablemente subyace a cualquier aspecto del desarrollo intelectual, artístico o espiritual de la persona, puesto que sin un entorno económicamente favorable y seguro esto sería difícilmente alcanzable. Si bien todos estos propósitos de carácter económico, sin conseguir los cuales no es posible el florecimiento de los pueblos europeos, son de gran envergadura, se plantea la pregunta cuáles sean los fundamentos que aportan a lograrlos. Por otro lado, la cuestión esencial es si para conquistar estos propósitos de índole tan socioeconómica basta que se apliquen las medidas de vertiente puramente económica. El valor sustancial y diferencial de una comunidad, también la de la UE entera, radica en el capital humano⁴⁹ y social de ésta, es decir, en la “calidad” de la ciudadanía como un conjunto y de cada

poderes públicos puede concernir a otras esferas de actividades del individuo que las acciones positivas, que sí pueden llevar algún elemento obligatorio (como es por ejemplo la educación obligatoria), aunque tampoco es necesario, quizá sea suficiente dar determinadas oportunidades para que el individuo se decida voluntariamente a disfrutar o no de estas opciones propicias, luego, se trata de más medidas ligeras de gobernanza y menos medidas forzosas de gobierno.

⁴⁹ Véase: *Human-Capital-Ranking 2016*, los primeros 35 países son los siguientes: Finland, Norway, Switzerland, Japan, Sweden, New Zealand, Denmark, Netherlands, Canada, Belgium, Germany, Austria, Singapore, Ireland, Estonia, Slovenia, France, Australia, United Kingdom, Iceland, Lithuania, Luxembourg, Israel, United States, Czech Republic, Ukraine, Latvia, Russian Federation, Kazakhstan, Poland, Cyprus, Korea, Rep., Hungary, Italy, Malta. Así se puede ver que el potencial medido, eso sí con el enfoque económico, por el capital humano de la UE y el continente europeo en general es enorme. Acceso el 14.09.2017 en <http://reports.weforum.org/human-capital-report-2016/rankings/>.

uno de los ciudadanos por separado. Por consiguiente, el desarrollo personal del ciudadano debería ser la finalidad principal de las políticas y actuaciones realizadas por la UE, sus administraciones y todo Estado miembro. Este desafío, afortunadamente, lo encara el último enunciado del Preámbulo al TFUE que confirma que los Estados miembros se deciden:

a promover el desarrollo del nivel de conocimiento más elevado posible para sus pueblos mediante un amplio acceso a la educación y mediante su continua actualización

que hace clara referencia a la formación permanente de todos los modos y todas las edades.

El facilitar el aumento del grado de conocimientos, competencias, destrezas y habilidades personales, profesionales o laborales del ciudadano, todos ellos suman su mérito a la personalidad de uno, se ha hecho más fácil gracias a la introducción de las tecnologías avanzadas, lo que ha conllevado nuevas modalidades de enseñanza y aprendizaje y nuevas formas de trabajo, que exigen más compromiso intelectual y creativo hasta permitirle al individuo conseguir por esta vía un grado más alto de autorrealización (nuevo tipo de trabajador / profesional: el nómada digital y el estilo de vida que le corresponde⁵⁰). Así, con las tecnologías avanzadas estamos frente a una oportunidad única para fomentar el desarrollo personal, por lo que la idea misma del desarrollo adquiere nuevas dimensiones y trae consigo todo el conglomerado de repercusiones, entre otras correspondientes a las reclamaciones del uso más amplio posible de las TIC, que pueden servir al acceso a herramientas y recursos importantes para apoyar el desarrollo individual en beneficio de la SIC y cada uno de sus integrantes. El derecho al libre desarrollo de la personalidad subyace en la consecución de estos objetivos dándoles la razón jurídica y garantizando la viabilidad.

⁵⁰ Véase: Fernández Vicente, Antonio. *Nomadismos contemporáneos: formas tecnoculturales de la globalización*. Universidad de Murcia, 1ª edición, Murcia, 2010.

Cualesquiera que sean el origen y el carácter jurídico-institucionales de la concepción del libre desarrollo de la personalidad, es decir, independientemente de si se lo enraíza en las constituciones nacionales, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE o en otros actos del derecho internacional del alcance regional o planetario y si se lo reconoce como un valor, un principio, un derecho como tal, explícito o implícito, el concepto mismo, por una parte, subyace en la mayoría de otros derechos humanos (fundamentales), por otra parte, no es factible sin ellos.

2.3.El contenido jurídico del concepto del libre desarrollo de la personalidad. Interpretación lingüística (literal) y sistemática.

Tras recorrer el posicionamiento del derecho al libre desarrollo personal y el concepto mismo del libre desarrollo personal en los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales vamos a centrarse en precisar y concretizar el contenido material de la expresión “el libre desarrollo de la personalidad”. Ello, aunque presente en diferentes sistemas normativos no ha de ser necesariamente inequívoco, luego, hay que afrontar la cuestión de deducir o más bien determinar en el proceso interpretativo el significado jurídicamente justificable de la locución citada⁵¹.

En primer lugar, se debe aplicar la interpretación literal⁵², llamada también lingüística, textual o gramatical. Así, “la interpretación lingüística sería aquella relacionada con la determinación del significado de ciertas expresiones lingüísticas (orales o escritas); es decir, qué significan dichas expresiones”⁵³.

⁵¹ Acerca de la interpretación de las normas jurídicas en general, y minuciosamente en relación con los problemas de interpretación del lenguaje jurídico (ambigüedades, imprecisiones o vaguedades) véase: Santiago Nino, C. (2003). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires. Astrea, pp. 245 y siguientes.

⁵² Poggi, F. (2007). “Significado literal: una noción Problemática”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30, p. 618 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/202526>, acceso el 19.06.2018).

⁵³ Martínez Zorrilla, D. (2010). *Metodología jurídica y argumentación*. Madrid: Marcial Pons, p. 45, citado por Quispe Astoquilca, C.L. (2011). “La interpretación constitucional”, *Papeles de Teoría y Filosofía del Derecho*. Núm. 13, p. 2

En segundo lugar, es imprescindible revisar distintos ordenamientos jurídicos y presentar diferentes preceptos y contextos legislativos concretos en los cuales aparece la noción “el libre desarrollo de la personalidad”, para acercarse al entendimiento (sentido, contenido) de la misma, lo que sirve para conseguir una interpretación sistemática del término. Así, a falta de una explicación o definición normativa desde los contextos y las relaciones en los que el legislador lo incluye el dicho término se puede deducir la acepción atribuida por él. Entonces, a partir del repaso de los distintos ordenamientos constitucionales nacionales y las disposiciones del derecho internacional se puede buscar descubrir los rasgos universales del concepto del libre desarrollo de la personalidad y desglosar su contenido con el fin de ofrecer una acepción jurídica vasta, adaptable en cualquier sistema legal que reconozca el valor de la composición libre y plena de la personalidad del individuo, así como también evaluar las ventajas de la protección jurídica explícita del bien (valor) del libre desarrollo personal.

Para el tema abordado es determinante que la interpretación lingüística de la locución “el libre desarrollo de la personalidad” proveniente del entendimiento usual-léxico de palabras, de reflexiones doctrinales, argumentaciones judiciales y posiciones de distintas disciplinas no jurídicas avalada por la observación de los diferentes contextos legislativos en los cuales aparece dicha expresión apunta hacia una comprensión de la misma mucho más extensa que la reducida a la libertad de acción (expresiones externas) del sujeto, la comprensión dominante en la jurisprudencia alemana, y va hacia las reclamaciones del individuo relacionadas con el desarrollo de la esfera interna (psíquica) de la persona.

(http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/instituto_derechos_humanos/working_papers, acceso el 19.06.2018).

La combinación de palabras “el libre desarrollo de la personalidad” tiene el carácter de una locución reconocida como tal por distintos campos del conocimiento humanístico. El significado de las palabras conjuntas, una locución o frase de un texto, precepto o enunciado normativo o de la disposición entera, teniendo en cuenta las reglas gramaticales y sintácticas y convenciones de la lengua natural, puede irse más allá de la simple combinación de acepciones de cada palabra por separado, es decir trae una acepción íntegra cargada del uso. Así, la noción “el libre desarrollo de la personalidad” es bastante compleja, constituye un conglomerado íntegro de palabras, luego para atribuir a ella un significado ya no basta la comprensión léxica (de diccionario) de cada palabra por separado, puesto que dicho constructo en sí es sujeto a investigaciones y reflexiones por varias ciencias y campos de conocimiento. Por consiguiente, el alcance de aplicación de una norma jurídica que lo contiene depende inapelablemente de la comprensión de este por las distintas disciplinas, incluidas no jurídicas. La comprensión correcta mediante la reconstrucción de acepción del concepto en cuestión es de importancia clave desde la perspectiva de interpretación, argumentación y decisión jurídica ya que en diferentes ordenamientos constitucionales se lo declara un bien (un valor) autónomo protegido jurídicamente de manera directa y explícita (bajo el amparo de un derecho fundamental) y en otras ocasiones forma un objetivo (en el derecho a la educación) o una directriz (la moderación de carga en trabajo de jóvenes para no obstaculizar el desarrollo personal).

El precisar y concretizar el contenido del concepto de “el libre desarrollo de la personalidad” permitirá o al menos facilitará conseguir una interpretación consistente y fiable de las disposiciones normativas (preceptos, enunciado u oraciones) en las cuales aparece dicho término, pues, “el Derecho no es simplemente algo dado *a priori* en las leyes, en las sentencias, etc. ... sino la práctica consistente en atribuir sentido a estos materiales.” (Atienza, 2003: 267). Así, para lograr una interpretación jurídicamente correcta de una disposición de algún texto jurídico normativo hay que emprender una “actividad que consiste en determinar el significado” de la misma. Se la llama a esta

actividad la interpretación textual (Chiassoni, 2011: 56-57). La interpretación textual de un precepto consiste en “dos conjuntos correlacionados de operaciones”, se trata de la interpretación sintáctica y semántico-pragmática (Chiassoni, 2011: 58). La primera reside en identificar y entender la estructura lingüístico-gramatical de la frase normativa (Chiassoni, 2011: 59-60), lo que permite descubrir eventuales problemas formales en comprender el mensaje del legislador. La segunda fase, la interpretación semántico-pragmática aborda dos aspectos: “determinar el *significado de las concretas expresiones* (palabras y locuciones) utilizadas en la disposición; y, por otro lado, determinar el *significado de conjunto* de la disposición” (Chiassoni, 2011: 66). En búsqueda del significado fiable, correcto y justificado de las palabras o locuciones y la disposición entera hay que dirigirse, entre otros, hacia “el *intertexto de la disposición*, constituido por todos los textos normativos [...] y no-normativos (dogmático-jurídicos, etnológicos, filosóficos, jurisprudenciales, literarios, político-económicos, médicos, teológicos, históricos, etc.), a los que el intérprete considere que debe y/o puede recurrir al interpretar la disposición” y a “Los específicos *contextos extralingüísticos de la disposición* (culturales, institucionales, políticos, sociales, históricos, etc.)...” (Chiassoni, 2011: 66). Así, para poder alcanzar un entendimiento posiblemente objetivo y completo del término “el libre desarrollo de la personalidad” sirven los métodos de interpretación jurídica: lingüísticos (literales, gramaticales) pragmáticos, valorativos, sistemáticos, históricos, teleológicos, etc. (las reglas de interpretación de primer grado (Atienza, 2003: 269)⁵⁴, que exigen en su caso referencias tanto a los propios textos normativos, las sentencias y argumentaciones judiciales o reflexiones doctrinales como a las consideraciones meta (extra) jurídicas.

Entonces, la concepción *per se* que se materializa en el término “el libre desarrollo de la personalidad” en documentos normativos se enraíza efectivamente en

⁵⁴Véase también: Anchondo Paredes, V.E. (2012). “Métodos de interpretación jurídica”. *Quid Iuris*. Año 6, Volumen 16 (<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/quid-iuris/issue/view/1069>, acceso el 19.06.2018).

las reflexiones de la jurisprudencia y la doctrina propias de los ordenamientos relativos, pero también en las que se desarrollan fuera de ámbitos nacionales, hasta que su comprensión se ancla en el pensamiento universal en torno a los derechos fundamentales (humanos). Además, la idea y el sentido jurídico del término del libre desarrollo de la personalidad del ser humano se arraiga en las consideraciones de otras áreas de reflexión humanista, tales como la psicología, antropología, filosofía, pedagogía y ciencias de educación, etc.

A continuación, refiriéndose al análisis de los sistemas constitucionales alemán y español, así como teniendo en cuenta el derecho internacional, se pretenderá poner énfasis en precisar el entendimiento del propio concepto (término) del libre desarrollo personal, como el punto de partida para las eventuales aplicaciones en cualquier ordenamiento jurídico que reconoce explícitamente o implícitamente la relevancia de este concepto, o bien a través de la promulgación de un claro derecho fundamental o la proclamación de cualquier otra figura jurídicamente relevante, ya sea un precepto interpretativo, una orientación valorativa o un principio rector.

2.4.El libre desarrollo, el libre desenvolvimiento y la libre composición de la personalidad humana: el contenido jurídico. La Ley Fundamental alemana

El gran peso al derecho al libre desarrollo (desenvolvimiento⁵⁵) de la personalidad lo concede la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania de 1949 (GG: *Grundgesetz*), así justamente después de exponer en el art. 1 la norma troncal del sistema constitucional alemán que garantiza la protección de la dignidad humana, el art. 2.1 GG ordena que:

⁵⁵ El término “el libre desenvolvimiento de la personalidad” (p. 187) fuera del contexto alemán lo usan, por ejemplo, Alegre Martínez, M.Á. y Mago Bendahán, Ó. “Reconocimiento constitucional de la dignidad, individualidad y derechos de la personalidad”, *Revista de Derecho Político* (UNED), núm. 66, 2006, pp. 183-234. Consultado en: <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/8989>, el 23.08.2017.

Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.

*Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral.*⁵⁶

La larga historia de reflexiones jurisprudenciales e interpretaciones judiciales, sobre todo desde el Tribunal Constitucional Federal alemán y la doctrina alemana, en búsqueda del contenido y alcance del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad establecido por el art. 2.1 GG demuestra que el término mismo *die freie Entfaltung der Persönlichkeit* - *el desenvolvimiento (el desarrollo) de la personalidad* no se entiende ni claro ni inequívoco.

Mientras que principalmente no hay ni razones lingüísticas (de acepciones de palabras) ni doctrinales para una interpretación limitada de tal concepto *del libre desenvolvimiento de la personalidad (die freie Entfaltung der Persönlichkeit)*, las reflexiones jurídicas, la mayoría de los asuntos judiciales y las sentencias de los tribunales se centran en tan solo un aspecto de este, a saber, atañen a las manifestaciones (expresiones) externas de la personalidad de uno, restringiendo el alcance de la noción a la llamada libertad general de actuaciones (acciones) de la persona (*allgemeine Handlungsfreiheit*). Esta línea interpretativa es tan profundamente arraigada que hasta los traductores de la Ley Fundamental al castellano⁵⁷ titulan el art. 2 *Libertad de acción y de la persona*⁵⁸, aunque el texto oficial no atribuye ningún encabezamiento a los artículos de dicha Ley. Así lo interpreta Epping (2010: 242) el objetivo del art. 2.1 GG atribuyendo al término del libre desarrollo de la personalidad la

⁵⁶ *La Ley fundamental*, traducción Ricardo García Macho y Karl-Peter Sommermann.

⁵⁷ *La Ley fundamental*, traducción Ricardo García Macho y Karl-Peter Sommermann.

⁵⁸ *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. La edición popular accesible en la página oficial de Bundestag <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/10060000.pdf> da la cabecera al art. 2 GG *Persönliche Freiheitsrechte (derechos personales)*.

acepción más próxima a las manifestaciones externas⁵⁹ (acciones, comportamientos), de tal manera que:

Artículo 2 párrafo 1 GG (Grundgesetz: la Ley Fundamental) por lo tanto protege la libertad de hacer y no hacer (dejar hacer, abstenerse) lo que se quiere. El término "la libertad general de acción" abarca esta libertad completa sin plena precisión, justo se puede hablar también de una "libertad general de comportamiento".⁶⁰ (Traducción: MK)

Entonces, a partir de la interpretación de la norma enfocada en la libertad general de acción, la jurisprudencia busca los límites de su alcance desde la perspectiva de la coexistencia social o las preferencias / prioridades para la protección de los bienes / valores superiores (Wintrich, 1957: 20 y siguientes).

Los extractos de las sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán basadas en la interpretación del art. 2.1 GG traducidos al español los recoge Schwabe (2009: 56 y siguientes).

Así, destaca la Sentencia BVerfGE⁶¹ 6, 32 [Wilhelm Elfes]⁶² que determina que, a tenor del art. 2.1 GG, el objeto del amparo es la libertad de acción en el sentido más amplio (*die menschliche Handlungsfreiheit in weitestem Sinne*). En el asunto concreto se trataba de la libertad de viajar y la repercusión de esta en el derecho a obtener el pasaporte (Schwabe, 2009: 56). Luego, de la sentencia citada sale la dominante corriente jurisprudencial que centra la comprensión de la norma en tan solo el aspecto de la libertad general de acción como la conclusión principal que surge del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad dictado por el art. 2.1 GG (Peters, 1963: 15-

⁵⁹ Del modo semejante lo comenta Wienbracke en el capítulo *Allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG* (Wienbracke, 2013:255).

⁶⁰ „Art. 2 Abs. 1 GG schützt daher die Freiheit, zu tun und zu lassen, was man will. Der Begriff der „allgemeinen Handlungsfreiheit“ erfasst diese umfassende Freiheit nicht ganz präzise; zutreffend wird daher auch von einer „allgemeinen Verhaltensfreiheit“ gesprochen.“

⁶¹ BVerfGE: die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts / las Sentencias del Tribunal Constitucional Federal.

⁶² Los “títulos” de las sentencias son de Schwabe (2009).

21), así de hecho lo limita dicho derecho. Sin embargo, el Tribunal acude a la característica más íntima del ser humano subrayando que él no puede desarrollar su naturaleza (*Wesensanlage*) como la persona espiritual-moral (*geistlich-sittlich*) sin la libertad de acción (*Handlungsfreiheit*). De esta manera, el Tribunal marca esta cualidad interna del ser humano: el desarrollar su naturaleza como la persona espiritual-moral, cuya protección es el objeto de preocupación del art. 2.1 GG, como el referente (criterio) original para después derivar de este componente intrínseco del hombre tales derechos exactos que garanticen su desarrollo y aporten a ello. Es decir, el desarrollo de la persona como un ente espiritual y moral es el punto de partida y la libertad de comportamiento y actuación del ser humano más amplia posible es el condicionante primordial, aunque no es el único, para conseguir dicho libre e íntegro desarrollo (interno) de la persona. De este modo, al decidir sobre el asunto concreto sujeto a la resolución del Tribunal, indicando que la libertad de viajar y, en general, la libertad de acción, se encuentran bajo el amparo del art. 2.1 GG, el Tribunal no se alejó de la comprensión que dicha disposición sirve de protección del desarrollo libre de determinada cualidad interna del ser humano: su personalidad que no es viable sin que la persona goce de la libertad de actuar en la realidad. Aparte del valor autónomo de proteger dicha cualidad interna, el expresarse libremente hacia afuera (entre otros, emprender acciones concretas) es imprescindible para aportar a la esfera espiritual y moral del hombre y asegurar en consecuencia “el desarrollo dentro del contenido-núcleo de la personalidad” (*die Entfaltung innerhalb jenes Kernbereich des Persönlichkeit*, Peters, 1963: 16).

El concepto mismo de “el núcleo interno” o *ego*, o “yo”, constituye un eje en torno al cual giran las consideraciones de Abraham Maslow (1982: 253, 256, 261) acerca de la naturaleza psíquica y el desarrollo de la personalidad del ser humano en el contexto de conseguir la autorrealización. Por lo tanto, la fuente de la libertad de manifestaciones externas está ligada estrechamente a la esfera interna (psíquica: espiritual, intelectual, emocional, sentimental) de la personalidad humana cuya

protección está en primera línea amparada por la citada norma constitucional alemana⁶³. Esta corriente interpretativa, centrada en *la protección de especialmente importantes elementos del desarrollo de la personalidad, con ello la protección de su contenido-núcleo (die Schutzes auf besonders wichtige Elemente der Persönlichkeitsentfaltung, mithin auf einen Kernbereich)* se denomina la teoría del contenido-núcleo de la personalidad (*die Persönlichkeitskerntheorie*) (Epping: 2010: 237-238) y desafortunadamente está en cierta medida abandonada por la doctrina o al menos dejada a un lado por la jurisprudencia. Parece que ese abandono ocurrió por la percepción de que el referirse a la protección de la esfera interna (íntima) limita el entendimiento del precepto establecido por el art. 2.1 GG (*engere Deutungen des Art. 2 Abs. 1 GG*) y, por consiguiente, reduce el alcance de su aplicación (Epping: 2010: 237). Sin embargo, parece todo lo contrario, la protección de la esfera interna abarca plenamente el requisito de la libertad de acción y va mucho más allá. De hecho, el TCA en la Sentencia BVerfGE 6, 32 [Wilhelm Elfes] estaba yendo por el mismo camino, confirmando que la libertad de acción (*Handlungsfreiheit*) es el instrumento de protección de la característica más íntima de la persona humana que por la propia naturaleza es un ser espiritual-moral (*die geistig-sittliche Person*). Entonces, es dicha naturaleza interna el bien primordial - el objeto de protección del art. 2.1 GG.

Para esta tesis es precisamente la teoría del contenido-núcleo de la personalidad (*Persönlichkeitskerntheorie*) aplicada universalmente la clave para la interpretación y la concretización del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad que determina el alcance del amparo basado en dicho derecho. Obviamente, esto no choca de ninguna manera con la protección de la libertad de expresiones externas, todo lo

⁶³ Similarmente lo consideran los tribunales norteamericanos a tenor de la protección de la dignidad humana. Así “the Court equates dignity with the respect owed to the core characteristics of an individual’s personality and the right to be free from government interference with the expression of those characteristics.” (Glensy, 2011: 90). Se puede ver que la característica clave de la personalidad humana y sus expresiones, aunque estrechamente ligadas, constituyen los bienes jurídicos protegidos separadamente y el derecho a la libertad de las manifestaciones no agota el alcance y el contenido del derecho al respeto a la personalidad humana.

contrario, cualquier aspecto o actuación, y no se trata solo de acciones acomodadas por el sujeto mismo, que aporta al desarrollo del contenido-núcleo de la personalidad se encuentra bajo este amparo. Por un lado, la perspectiva de la libertad de acción (*Handlungsfreiheit*) atribuida al derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad resulta en asegurar que nadie, incluidas las autoridades y las leyes, aparte de las restricciones bien definidas, pueda negar lo que quiera hacer o no hacer el sujeto, es decir, los terceros han de desistirse de intervenir, cuestionar o prohibir ciertas manifestaciones, han de tolerar determinados comportamientos del sujeto. Por otro lado, el derecho al desarrollo del contenido-núcleo de la personalidad (siguiendo *die Persönlichkeitskerntheorie*) no tiene esta limitación y de esta manera incluye hasta la obligación positiva, destinada entre otros a las autoridades y los legisladores, de acometer determinadas acciones que aporten a este desarrollo, luego el sujeto goza del derecho de reclamar ciertas prestaciones y comportamientos del Estado, por ejemplo, una educación adecuada.

En términos breves, desde la perspectiva filosófica, la persona que goza de la autonomía como el kantiano sujeto moral es el sujeto en su integridad y “las obras de las personas no agotan su personalidad” (González Amuchastegui, 2004: 426-427). De esta manera el libre desarrollo de la personalidad no se puede reducir a la protección de las manifestaciones de esta (*Handlungsfreiheit*), ya que queda algo que va más allá de las expresiones observables (empíricas), es lo interno – el contenido-núcleo de la personalidad – que exige tanto la protección contra las influencias dañinas o bloqueadoras como la incentivación positiva. La protección del contenido-núcleo de la personalidad reside sobre todo en proteger la libertad de su desarrollo, de modo que haya que fomentar el entorno oportuno para que las capacidades humanas florezcan,

luego, se requiere una acción positiva (afirmativa) desde fuera, por ejemplo, desde el ámbito jurídico o las políticas del Estado⁶⁴.

La libertad general de acción (*allgemeine Handlungsfreiheit*) es solo una de varias realizaciones potenciales del derecho al libre desarrollo de la personalidad, aunque en el transcurso del tiempo se ha estado convirtiendo en la predominante referencia de la interpretación jurídica. Eso confirma la serie de sentencias citadas a continuación que añaden otras encarnaciones del dicho derecho observables “desde el exterior”, las externalizaciones y las expresiones de la personalidad.

Así, la Sentencia BVerfGE 34, 238 [Reproducción de una grabación secreta] aplica la norma constitucional del art. 2.1 GG a la protección de “la propia imagen, como el derecho de expresarse”. Por consiguiente, toda persona puede – en principio – determinar en forma autónoma e independiente quién puede grabar su voz, así como determinar si – y ante quién – puede esta ser reproducida nuevamente” (Schwabe, 2009: 59). La Sentencia BVerfGE 99, 185 [Cienciología] deriva del art. 2.1 GG la protección de la imagen de la persona en la sociedad (la buena fama / la honra), de modo que la disposición “protege también al individuo de ser señalado erróneamente como miembro de una asociación o grupo, cuando dicha adscripción sea relevante para la personalidad y su imagen pública”. (Schwabe: 2009: 61). La Sentencia BVerfGE 96, 56 [Investigación de la paternidad] reflexiona acerca del “derecho del niño a conocer su origen, protegido en el art. 2, párrafo 1 en relación con el art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental.” (Schwabe: 2009:068). La Sentencia BVerfGE 101, 361 [Carolina de Mónaco] atañe a la protección de la esfera (vida) privada y resuelve que “La esfera privada, protegida por el derecho de la personalidad consagrado en el Art. 2, párrafo 1 en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental, no se limita al ámbito doméstico. El individuo debe tener la posibilidad de moverse libremente en otros

⁶⁴ Igualmente, desde la perspectiva de la dignidad humana, la posición de que el Estado debe apoyar al autodesarrollo se confirma también en el ámbito jurídico norteamericano, así el Juez William Brennan en el asunto *Furman v. Georgia*, 1972 (Kateb, 2011:15).

lugares –distinguidos de manera clara y separados–, sin ser molestado con fotografías de carácter periodístico.” (Schwabe: 2009: 72). La Sentencia BVerfGE 106, 28 [Grabación de conversaciones telefónicas] decide que “La garantía del derecho a la protección de la palabra hablada forma parte del derecho general de la personalidad, previsto en el Art. 2, párrafo 1 en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental; este derecho protege a los involucrados en una conversación, e impide que una de las partes, por ejemplo, mediante el uso de un micrófono, ponga el contenido de la conversación a disposición de un tercero no involucrado en la misma.” (Schwabe: 2009: 85). La Sentencia BVerfGE 65, 1 [Censo de Población] concierne a la autodeterminación informativa y dispone que “Dentro de las condiciones para el moderno procesamiento de datos se encuentra el derecho general de la personalidad, contemplado en el Art. 2, párrafo 1, en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental, y que protege a los individuos frente a la recolección, archivo, empleo y difusión ilimitada de sus datos personales. El derecho fundamental garantiza en esta medida la capacidad de los individuos, para determinar, en principio, la divulgación y empleo de sus datos personales.” (Schwabe: 2009: 94). Podemos añadir que “no existe un «derecho a drogarse»” que se puede deducir del art. 2.1 GG (Sentencia BVerfGE 90, 145 [Cannabis], Schwabe: 2009: 104).

Entonces, el conjunto de sentencias citadas confirma que al bien protegido de *la libertad general de acción* se pueden añadir otras esferas de amparo tales como el derecho a la autodeterminación (*Recht auf Selbstbestimmung*), de conocer el origen o el apellido de sí mismo, de controlar la difusión de datos personales o la autodescripción (*Recht auf Selbstdarstellung*), que entre otros tiene que ver con la imagen pública. Principalmente todas estas referencias, aunque coinciden en gran medida, además, con la protección de la dignidad humana (*Schutz der Menschenwürde*) establecida por el art. 1.1 GG, están alejadas del concepto de la libre composición (la formación / el contenido-núcleo) de la personalidad.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad está en la estrecha relación con el art. 1.1 GG que proclama la protección de la dignidad humana, así siguiendo al Wintrich (1957: 20)⁶⁵:

El cuidar y el proteger la libre autodeterminación de las personas y en consecuencia el desenvolvimiento de las habilidades y las fuerzas que residen en ella es la preocupación central del artículo 1 párrafo 1 de la Ley Fundamental.

(Traducción: MK)

Incluso se podría concluir que, en el marco constitucional alemán, el derecho a la libre composición de la personalidad, como una esfera íntima, que igualmente se puede formular como el derecho a la libre autodefinición / autodeterminación (*die freie Selbstbestimmung*), aparte del art. 2.1 GG, se enraíza además en la norma relativa para la protección de la dignidad humana (art. 1.1 GG).

Con todo, la tendencia doctrinal-interpretativa de la norma constitucional alemana relativa al libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1 GG) tan sólidamente centrada en la libertad de acción sorprende sobre todo porque el concepto mismo del desarrollo de la personalidad corresponde explícitamente, en varios ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales, también al proceso formativo del niño (el menor de edad), de esta manera asume incuestionablemente el significado y el objetivo referentes a influir en la esfera psíquica del joven supuestamente con el fin de moldear su interior y solamente rara vez tiene que ver con algún tipo de manifestaciones externas, por ejemplo, se trata del corte del pelo (Leiva Ramírez et al., 2010) o el uso del móvil en la escuela, que asimismo son demostraciones de la personalidad del sujeto.

Desde la perspectiva puramente lingüística hay que hacer caso al texto oficial alemán de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (*Konvention über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989*) donde el Preámbulo, en relación con el libre desarrollo de la personalidad, declara lo siguiente:

⁶⁵ „Die freie Selbstbestimmung des Menschen und damit die Entfaltung der in ihm angelegten Fähigkeiten und Kräfte zu achten und zu schützen ist das zentrale Anliegen des Art. 1 Abs. 1 GG.“

in der Erkenntnis, dass das Kind zur vollen und harmonischen Entfaltung seiner Persönlichkeit in einer Familie und umgeben von Glück, Liebe und Verständnis aufwachsen soll [y el art. 29.1.a)] die Bildung des Kindes darauf gerichtet sein muss, die Persönlichkeit, die Begabung und die geistigen und körperlichen Fähigkeiten des Kindes voll zur Entfaltung zu bringen.

en español:

que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión [y el art. 29.1.a] la educación del niño deberá estar encaminada a desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades

Así que se hace claro, al menos en dado contexto, que el término *Entfaltung* representa mucho más que tan solo alguna acción manifestada hacia afuera, luego no hay por qué, ni siquiera en el marco jurídico alemán, restringirse a la interpretación enfocada únicamente en la libertad de acción (*Handlungsfreiheit*).

A pesar de estas ambigüedades interpretativas y terminológicas alrededor del concepto de *el libre desarrollo (o desenvolvimiento) de la personalidad* consecuentemente a lo largo de la tesis seguimos con la noción de *el libre desarrollo de la personalidad* con el enfoque en su dimensión interna, es decir, en la libre composición (formación) de la personalidad del individuo. Esta propuesta exige cierta explicación. Si, a grandes rasgos, el derecho como tal no debe y no tiene por qué interesarse por los estados psíquicos de la persona, se plantea la cuestión por qué debe entrometerse en el desarrollo de la personalidad en su dimensión interna (el contenido-núcleo). Es que, por un lado, sí es la característica más íntima del ser humano, pero por el otro hace distinguir a las personas entre sí como la fuente (el origen) de sus conductas (demostraciones) observables desde fuera, incluidas las manifestaciones de las competencias intelectuales, artísticas y profesionales. De esta manera el funcionamiento de la sociedad depende plenamente de las cualidades y las capacidades mentales

(psíquicas) de sus miembros. Las correlaciones precisas entre las intervenciones externas, como por ejemplo mediante el proceso educativo, y las influencias sobre la personalidad no son sabidas a ciencia cierta, pero sí en general se puede confirmar la figuración de que la enseñanza, el aprendizaje, la acumulación de experiencias, el trabajo independiente o conjunto, contactos sociales, etc. influyen positivamente en la esfera íntima del individuo en forma de adquisición de nuevas capacidades de creación, actuación y solución de problemas cuyas expresiones externas ya son claramente perceptibles por el entorno de la persona por la que la ley y las políticas sí se interesan.

Entonces, aunque en el marco jurídico se puede hablar de la protección del libre desarrollo de la personalidad, por ejemplo, de un niño / una niña, joven o adolescente, se piensa en el establecimiento y la incentivación de un conjunto de actuaciones e incentivos de índole familiar o escolar, así como las políticas externas que influyen en la composición de su personalidad para conseguir su florecimiento y para que el ciudadano resulte activo, autosuficiente y útil para la comunidad. Esta línea deductiva enfocada en que se asegure un entorno socio-jurídico propicio para el desarrollo de la personalidad se extiende a cada esfera de la personalidad, así incluye la dimensión interna, y a cada edad del sujeto.

En resumidas cuentas, aunque la libre expresión hacia afuera y todas las interacciones del individuo con el entorno son imprescindibles para el libre desarrollo de la personalidad, ya que permiten confrontarse y provocan retroalimentación, por otro lado, son solo unos de muchos factores que estimulan la evolución de la personalidad humana que merezcan ser protegidas y apoyadas. Luego, el concepto del derecho al libre desarrollo de la personalidad del ser humano debe ir mucho más allá de tan solo asegurar que se toleren las conductas u otras manifestaciones de la persona, aunque eso sí, esperando que se la logre esa tolerancia social en el grado más amplio posible.

Ese breve análisis de la norma constitucional alemana relativa al derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1 GG) permite acercarse a conceptualizar y contextualizar el concepto mismo del libre desarrollo de la personalidad y aproximarse a

una concretización de su contenido aplicable de manera universal y útil como el referente, igualmente fuera del marco legislativo nacional alemán.

2.5.El libre desarrollo de la personalidad y la protección de la dignidad humana. La Ley Fundamental alemana y la Constitución Española.

Tanto la Constitución española como la Ley Fundamental alemana introducen a los sistemas constitucionales correspondientes los preceptos relativos a la protección de la dignidad humana y el derecho al libre desarrollo de la personalidad⁶⁶.

Al citar las disposiciones de la Constitución Española del año 1978 de manera íntegra para ver el contexto, bajo el Título I *De los derechos y deberes fundamentales*, el art. 10 CE proclama lo siguiente:

1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

y, para la comparación, yuxtaponemos la disposición correspondiente contenida en el art. 1 de la Ley Fundamental alemana (GG) cuyo texto comienza con (Traducción: García Macho y Sommermann):

(1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.

(2) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.

⁶⁶ Véase: Alvarado Tapia (2015) *El libre desarrollo de la personalidad. Análisis comparativo de su reconocimiento constitucional en Alemania y España*.

(3) *Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable.*

La posición del precepto relativo a la dignidad humana en el texto de la Ley Fundamental se distingue, en primer lugar, por su colocación en la parte superior de toda la Ley, en segundo lugar, por un visible sometimiento de los poderes públicos a actuar cumpliendo la protección de la dignidad humana y el respeto a ella⁶⁷. Por fin, la disposición goza de una garantía especial de eternidad (*Ewigkeitsprinzip*⁶⁸), semejantemente como otros derechos fundamentales (art. 1-20 GG), ya que ni puede ser modificada por ninguna enmienda (art. 79.3 GG) ni puede ser restringida de ninguna forma, lo último, contrariamente, puede afectar a otros derechos fundamentales, aunque no en su contenido esencial (art. 19.1 y 19.2 GG).

Sin embargo, tal célebre ubicación de la referencia a la dignidad humana en la estructura formal del artículo completo puede ocasionar ciertas controversias acerca de la naturaleza jurídica de la norma correspondiente, hasta preguntarse por si el respeto a la dignidad humana y su protección instituyen un derecho fundamental⁶⁹, sobre todo en el contexto del apartado (3) que dispone que los derechos fundamentales aparecen sucesivamente después (Epping, 2010: 258). Aunque a primera vista se puede producir este tipo de duda en cuanto al carácter jurídico del respeto a la dignidad humana y su protección como un derecho fundamental, no obstante, la dignidad humana se percibe, incluso más, como la misma fuente, la concretización y la materialización de los demás derechos fundamentales (Epping, 2010: 258). La resolución de dicho asunto doctrinal es

⁶⁷ Tal orden directa hacia el Estado y otros poderes públicos es principalmente algo extraordinario, puesto que los derechos fundamentales se agrupan en un catálogo de garantías individuales cuyo seguimiento es supuestamente obligatorio para el Estado, pero normalmente sin ninguna inequívoca disposición (Epping, 2010: 256).

⁶⁸ También se usan los siguientes términos: *Ewigkeitsklausel*, *Ewigkeitsgarantie* o *Ewigkeitsentscheidung*.

⁶⁹ Por ejemplo, Dürig, G. “Kommentar zum GG, Art. 1”, en: Maunz/Dürig/Herzog, *Grundgesetz Kommentar*, München, C.H. Beck, 1976, “calificó, por el contrario, la dignidad como «principio constitucional superior a todos los derechos objetivos», negando su carácter de «derecho público subjetivo inmediato» (nota núm. 4, pág. 1-I.6; citado por Oehling de los Reyes, 2011: 145). Otros comentaristas de la doctrina alemana que se distancian a atribuirle al precepto de la dignidad humana el carácter del derecho fundamental se mencionan en Oehling de los Reyes (2011: 146, nota 51).

de mucha gravedad para la práctica jurídica y judicial, ya que repercute inmediatamente en la vinculatoriedad autónoma y directa de la disposición del art. 1.1 GG. Ante todo, domina en la jurisprudencia y la doctrina alemana el convencimiento de que el art. 1.1 GG dispone de fuerza vinculante directa igualmente a otros derechos fundamentales, nombrados abiertamente y enumerados sucesivamente (Epping, 2010: 258; el recorrido por los comentarios más detallado: Zakariás y Benke, 2012: 44-45; Oehling de los Reyes, 2011: 145-146, nota 49 y 50). Podríamos preguntarnos cuáles serán los atributos imprescindibles para calificarse como “un derecho fundamental” reconocido textualmente por el sistema constitucional. Sin duda, la denominación (literal) como tal (“derecho a algo”⁷⁰) no tiene por qué ser determinante (Viteri Custodio, 2012: 136 y siguientes⁷¹). Es que parece que es poco lógico construir algún “derecho a la dignidad”⁷², aunque, por razones de orden, organización y claridad del sistema jurídico, es apropiado apuntar de manera indicativa a “la existencia” de la dignidad, puesto que esta cualidad humana no es la cuestión negociable y disponible por terceros, incluso por el mismo sujeto (González Amuchastegui, 2004: 417), es dada (atribuida) por la naturaleza misma de la persona, por el propio hecho de ser tal (Ansuátegui Roig, 2011: 13-14). Aunque no en forma de “un derecho a” pues sí se puede pronunciar que la dignidad humana es inviolable, intocable, inalienable y ha de ser objeto de respeto y protección. Justamente tal es la fórmula del art. 1.1 GG. A continuación, en relación con el texto del art. 1.1 GG, dejando de momento a un lado la doctrina *Drittwirkung*, es decir, la efectividad horizontal de los derechos fundamentales (entre terceros), tradicionalmente se percibe que los derechos fundamentales se dirigen y atan al Estado

⁷⁰ Barak (2015: 145) frecuentemente usa la frase “the constitutional right to human dignity”. En concreto resume “In Germany, the constitutional right to human dignity is absolute.” (Barak, 2015: 146). Semejantemente, Rex D. Glensy titula su artículo *The right to dignity* (Glensy, 2011).

⁷¹ Siguiendo la clasificación establecida en *La Teoría de los Derechos Fundamentales* de Robert Alexy, los derechos subjetivos pueden ser 1) derechos a algo, 2) libertades y, 3) competencias (Alexy, 2012: 151 y siguientes).

⁷² Esta fórmula de *un «derecho a la dignidad»* la considera Gómez Sánchez (2005: 224) indicando “que, sin embargo, un número muy reducido de países han incorporado de forma expresa.”

y las leyes que este emite (los limitan). Entonces, conceptualmente el sometimiento del poder público a respetar y proteger la dignidad humana parece ser la condición suficiente para reconocer la disposición correspondiente como el origen de la creación de un derecho fundamental. Encima de esta lógica se halla el modo indicativo e incondicional de la fórmula *La dignidad humana es intangible*. Por consiguiente, aunque después viene una orden destinada a los poderes públicos, la primera frase constituye una disposición completa, inequívoca y autónoma, proclamada a todo el mundo, el resto hasta puede ser percibido como disposiciones subordinadas de implementación y ejecución de la norma principal (superior). Si no fuera así, la misma carecería del mérito jurídico. De tal reconocimiento superior del valor de la dignidad humana resulta que las actuaciones de las administraciones y otros poderes, incluso los ciudadanos entres sí mismos, y las leyes u otros actos de cualquier nivel y carácter jurídico han de ser sometidos al escrutinio a la luz del principio de la dignidad humana, luego no se pueden ni introducir, ni emprender, ni ejecutar si lo infringen. ¿Qué más esperar de un derecho fundamental? De ahí, el precepto concerniente a la dignidad humana pertenece al texto principal de la Ley Fundamental y no a algún tipo de preámbulo, se encuentra bajo la cabecera *Die Grundrechte* (Derechos fundamentales), por lo cual la opinión de que es solo una frase descriptiva introductoria no tiene ningún fundamento (Zakariás y Benke, 2012: 44, nota a pie 15 citan a Gröschner) y, además, por qué tiene que ser descriptiva y no declarativa o dispositiva, que son las calidades más ajustadas a la naturaleza típica de cualquier ley. En resumidas cuentas (Barak, 2015: 146), en la Ley Fundamental la dignidad humana constituye un valor supremo para todo el sistema constitucional alemán, su esencia y espíritu, el punto central de su estructura y el valor referente para el control de todo el ordenamiento constitucional y jurídico, el bien y la disposición jurídicos que no se someten al principio de proporcionalidad, así la protección de la dignidad constituye un derecho absoluto sin poder limitarlo de cualquier forma.

En cuanto a la aplicación judicial directa de la disposición relativa a la protección de la dignidad humana, ante el catálogo relativamente extenso de los derechos fundamentales, enumerados y denominados con mucha exactitud a continuación en el texto de la Ley Fundamental, incluso los tribunales solo rara vez pueden encontrar alguna situación que no se someta a uno de los derechos fundamentales declarados explícitamente, luego normalmente no tienen por qué referirse al precepto relativo a la dignidad humana como el fundamento único de resolución de los asuntos, lo hacen a menudo en confluencia con otros derechos fundamentales (Zakariás y Benke, 2012: 45)⁷³. Por esa razón puede producirse una impresión infundada que poca frecuencia de la aplicación directa de la norma correspondiente a la dignidad humana por los Tribunales sale de alguna imperfección o incompletitud de la disposición misma. Pues, no es así. Aunque con menos frecuencia, pues sí ocurre de vez en cuando que el Tribunal Constitucional alemán arraiga su sentencia de modo predominante en la protección de la dignidad humana (Viteri Custodio, 2012: 126) sujetándose a esta como el incuestionable derecho fundamental (subjetivo). El Tribunal afronta este desafío en casos en cierto sentido extremadamente complejos y exigentes desde el punto de vista de conciliar en la resolución varios “intereses” del mismo grado de valoración que están en conflicto, por ejemplo, la vida humana de distintas personas. Así fue el asunto relacionado con la norma del art. 14.3

⁷³ En cuanto a la referencia directa a la protección de la dignidad humana (art.1.1 GG) como el derecho fundamental Zakariás y Benke (2012: 45, nota a pie 25) citan la sentencia del Tribunal Constitucional Federal BVerfGE 109, 133. Aunque en la Sentencia BVerfGE 30, 1 [Escucha telefónica] (Schwabe, 2009: 53) el Tribunal denomina el art. 1.1 GG como “el principio de la inalienabilidad de la dignidad humana” y no como el derecho fundamental, a este principio único se basa su cuestionamiento de determinadas actuaciones del poder público, así “El trato que afecta la dignidad humana, otorgado por el poder público al ser humano en cumplimiento de la ley, debe ser considerado como una minusvaloración de las garantías de que goza el ser humano por virtud de ser persona, y en ese sentido tiene también el carácter de un “trato abyecto”.” Semejantemente, la Sentencia BVerfGE 45, 187 [Cadena perpetua] (Schwabe, 2009: 54) evalúa directamente a la luz del art. 1.1 GG sus repercusiones para la introducción y la aplicación de la cadena perpetua, aunque esta vez el Tribunal no las cuestiona.

de la Ley de Seguridad de Aviación Civil alemana (*Luftsicherheitsgesetz*)⁷⁴ que permitía derribar un avión civil secuestrado por los terroristas, que pretendiese ser utilizado como arma en contra de vidas humanas. En el resumen de Paredes Montiel (2008: 371-372) el Tribunal reflexionaba de manera siguiente:

La vida humana es la base de la dignidad y cada persona la posee, por el hecho de ser persona, independientemente de sus cualidades, su estado físico o espiritual o su estado social, la dignidad no puede ser arrancada a nadie. [...] se considera que el artículo 14, párrafo tercero, de la Ley impugnada no es compatible con el derecho fundamental a la vida y el derecho a la dignidad humana, en virtud de que personas inocentes son sometidas al riesgo de que su aeronave sea derribada aun cuando no hayan tenido participación en el secuestro. Por un lado, el Estado tiene el deber de salvaguardar la vida de aquellos que se encuentran en el área donde el avión será derribado, quienes se encuentran en un estado de indefensión; sin embargo, los pasajeros inocentes del avión también se encuentran en la misma situación. Así, no sólo los secuestradores los hacen un objeto, sino también el Estado que los trata como objetos para proteger la vida de otros. La tripulación y los pasajeros están en una situación que no eligieron, pero son sometidos a un estado de indefensión y condenados a perder la vida; este tratamiento, indica el Tribunal, ignora que los pasajeros son sujetos con dignidad y derechos indisponibles. El Tribunal Constitucional también desechó la idea de que los individuos deben sacrificar sus vidas si fuera la única manera de proteger a la comunidad, puesto que las medidas que el Estado tome para proteger a la sociedad deben ser conformes con la Constitución.

Se puede ver que la última deducción del Tribunal coincide perfectamente con la conclusión de Gómez Sánchez (2005:221; 2011: 41) de que el derecho a la dignidad del

⁷⁴ La Ley (LuftSiG) de 11.01.2005 (BGBl. I S. 78). La sentencia del TCF de 15.2.2006 (BVerfGE 115, 118) que declara inconstitucional el artículo 14.3 de dicha Ley.

ser humano implica que de ninguna manera la persona está a disposición del Estado o de la sociedad⁷⁵. La conclusión es de importancia clave para la interpretación del derecho al libre desarrollo personal ya que permite precisar el significado del concepto “libre”, así entre otros él lo comprende *no instrumentalizado*. Por ejemplo, se puede indicar que la educación cuyo fin es apoyar el libre desarrollo debe ser exenta de cualquier adoctrinamiento en el servicio del Estado o la sociedad. De esta manera la ratificación de la dignidad humana hace rechazar “una visión totalizadora de la vida social, en el sentido de que no se conciben en él organismos colectivos con fines o vida superiores a los de los individuos que los componen” (Mora, 2000: 259). De esta manera dicha Sentencia se suma a la larga lista de claras confirmaciones que de la dignidad humana irrevocablemente surge la concepción general de que la persona deba ser tratada por la ley o por el Estado no como un mero objeto (Viteri Custodio, 2012: 120) sino como un sujeto (*Subjektprinzip*, Zakariás y Beneke, 2012: 46 y siguientes) de la ley y las actuaciones de los poderes públicos, asimismo se puede añadir en todas otras relaciones sociales. El principio de subjetividad del ser humano resulta en el hecho de que su personalidad instituye una esfera protegida y el interés especial como un parámetro constituyente del mismo, así, como lo explica el Tribunal Constitucional Federal (TCF) en la Sentencia de 17 agosto de 1956 (traducción: MK):

En la democracia liberar la dignidad humana es el valor supremo. Ella es intocable y está para ser respetada y protegida por parte del Estado. Entonces, el hombre es una 'personalidad' dotada de la capacidad de diseñar su vida por responsabilidad propia. Su conducta y su pensamiento no pueden únicamente ser determinados por su ubicación social. Él es considerado más bien como capaz, y por consiguiente necesita conciliar (acordar) sus intereses e ideas con los demás. Por su dignidad se debe asegurarle [al ser humano] el desarrollo de su personalidad más amplio posible. Para el campo social y político esto

⁷⁵ Barak (2015: 150 y siguientes) considera de qué manera los derechos fundamentales pueden ser sujetos a ciertas limitaciones en una situación extraordinaria de emergencia pública en favor del interés común.

significa que no es suficiente si la autoridad se esfuerza por ofrecer lo bueno para el bienestar de los "súbditos", más bien el individuo debe participar (responsabilizarse) en el grado más extenso posible asimismo en las decisiones relativas a la comunidad (el colectivo). El Estado tiene que abrirle el camino; esto se hace principalmente por el hecho de que la lucha por valores espirituales y la disputa (el análisis) de ideas son libres, en otras palabras, que la libertad de pensamiento está garantizada. La libertad de la mente es crucial para el sistema de la democracia liberal, es casi un prerrequisito para el funcionamiento de este orden [de la democracia liberal]; la libertad de la mente protege contra la petrificación y muestra la multitud de las posibilidades de solución de problemas. La libertad y la dignidad humana le corresponden a todo el mundo, las personas son iguales en este sentido, el principio de igualdad de trato de todos por la democracia liberal es un postulado evidente. El derecho a la libertad y el trato igual por parte del Estado excluye cualquier opresión real de los ciudadanos por este, porque cualquier decisión del Estado debe respetar el valor propio de la persona y resolver (mermar) la tensión entre el individuo y la comunidad también desde la perspectiva razonable (exigible) del individuo.⁷⁶

⁷⁶ „In der freiheitlichen Demokratie ist die Würde des Menschen der oberste Wert. Sie ist unantastbar, vom Staate zu achten und zu schützen. Der Mensch ist danach eine mit der Fähigkeit zu eigenverantwortlicher Lebensgestaltung begabte "Persönlichkeit". Sein Verhalten und sein Denken können daher durch seine Klassenlage nicht eindeutig determiniert sein. Er wird vielmehr als fähig angesehen, und es wird ihm demgemäß abgefordert, seine Interessen und Ideen mit denen der anderen auszugleichen. Um seiner Würde willen muß ihm eine möglichst weitgehende Entfaltung seiner Persönlichkeit gesichert werden. Für den politisch-sozialen Bereich bedeutet das, daß es nicht genügt, wenn eine Obrigkeit sich bemüht, noch so gut für das Wohl von "Untertanen" zu sorgen; der Einzelne soll vielmehr in möglichst weitem Umfange verantwortlich auch an den Entscheidungen für die Gesamtheit mitwirken. Der Staat hat ihm dazu den Weg zu öffnen; das geschieht in erster Linie dadurch, daß der geistige Kampf, die Auseinandersetzung der Ideen frei ist, daß mit anderen Worten geistige Freiheit gewährleistet wird. Die Geistesfreiheit ist für das System der freiheitlichen Demokratie entscheidend wichtig, sie ist geradezu eine Voraussetzung für das Funktionieren dieser Ordnung; sie bewahrt es insbesondere vor Erstarrung und zeigt die Fülle der Lösungsmöglichkeiten für die Sachprobleme auf. Da Menschenwürde und Freiheit jedem Menschen zukommen, die Menschen insoweit gleich sind, ist das Prinzip der Gleichbehandlung aller für die freiheitliche Demokratie ein selbstverständliches Postulat. Das

Este extracto de la Sentencia acoge todos los hilos clave para entender las relaciones intrínsecas e irreducibles entre la dignidad humana, el libre desarrollo de la mente de la persona (la esfera interna), libertad del pensamiento, la democracia liberal y la igualdad entre personas. Así, la libertad del desarrollo espiritual y mental del individuo en el grado más amplio posible da la garantía para el desarrollo de la colectividad⁷⁷. Es el principio de la dignidad humana que determina la situación (la posición) jurídica del concepto del contenido-núcleo de la personalidad (la esfera interna) protegido por el derecho al libre desarrollo de la personalidad establecido en el art. 2.1 GG y a la vez asegura la conformidad con este y con los requisitos que lo subyacen (Zakariás y Beneke, 2012: 50). Sin embargo, no basta que se rechacen las limitaciones al libre desarrollo del contenido-núcleo de la personalidad (la prohibición de injerencias restrictivas), sino además que se establezca un ámbito oportuno para su crecimiento y enriquecimiento (las actuaciones positivas por parte del Estado).

Recht auf Freiheit und Gleichbehandlung durch den Staat schließt jede wirkliche Unterdrückung des Bürgers durch den Staat aus, weil alle staatliche Entscheidung den Eigenwert der Person achten und die Spannung zwischen Person und Gemeinschaft im Rahmen des auch dem Einzelnen zumutbaren ausgleichen soll.“ (BVerfGE 5, 85; 1 BvB 2/51 [KPD-Verbot / Prohibición del Partido Comunista Alemán]).

⁷⁷ En cuanto a la cuestión del desarrollo humano la psicología “establece una triple distinción entre lo cognitivo, lo afectivo y lo social”. La íntima relación entre lo “interno” de la persona (cognitivo, afectivo) y lo expuesto hacia afuera lo social reside en el hecho de que “el descubrimiento del otro como la posibilidad de establecer una relación con él están ligados a los progresos cognitivos y afectivos que dan cuenta también de la riqueza y de la complejidad creciente de las relaciones interpersonales”. Sin embargo, se postula ciertos objetivos ante el proceso de desarrollo humano, digamos correcto, adecuado o esperado, tales son “las tres demandas generales que todas las sociedades efectúan sobre sus miembros: a. la capacidad de funcionar de modo competente y autónomo como individuo o adecuación individual; b. la capacidad de interactuar adecuadamente con los otros o adecuación interpersonal; y c. la capacidad para asegurar la cohesión social o adecuación social. Se sostiene, por tanto, que los individuos socializados y desarrollados deben ser autosuficientes en algún grado y ser responsables de su propia supervivencia, deben ser capaces de relacionarse con los otros de manera estable y predecible, y capaces de identificar las amenazas que atenten en contra de la integridad del grupo o la cohesión social y de implicarse en el establecimiento activo de la solidaridad social.” (Goñi Palacios y Fernández Zabala, 2007: 180 y 181).

La personalidad del individuo está en estrecha relación con el sentido de la identidad de este. La identidad de la persona no se reduce a saber su origen biológico⁷⁸ (conocer al padre) o identificarse por el nombre y apellido propios (las sentencias del TCF: BVerfGE 79, 256; BVerfGE 59, 216 y BVerfGE 104, 373), es decir, a saber quién soy y cómo me distingo “por fuera” de otras personas (Zakariás y Beneke, 2012: 52), que se pueden llamar los condicionantes de identificación externa y objetiva, sino incluye también la percepción propia de ser un individuo particular y singular: el autorreconocimiento y autorrespeto (Habermas, 2010: 17), obviamente son los factores que interaccionan entre sí. Entonces, (Ansuátegui Roig, 2011: 10-11):

La dignidad humana, sus contenidos y sus exigencias, son el resultado de una autocomprensión del sujeto, de una determinada comprensión de lo que significa ser persona. [...] la dignidad tiene que ver con un conjunto de rasgos o facultades propias y exclusivas de los seres humanos [...] con] la singularidad moral de los seres humanos [...] y con] su capacidad de emitir juicios morales [...] para elegir libremente, [...] su aptitud para la búsqueda del bien, la virtud y la felicidad, [...] su capacidad para construir conceptos generales y razonar, [...] su capacidad para reproducir, comunicar y provocar sentimientos. [...] Estas capacidades se consideran imprescindibles para el libre desarrollo de los planes de vida, y por eso deben ser garantizadas y protegidas. Sin ellas no parece posible la autonomía individual.

En definitiva, de la dignidad humana surge el conjunto de los derechos fundamentales, como lo corrobora por ejemplo el art. 10. 1 CE, así como también tales derechos subjetivos de la personalidad como el derecho a la autodeterminación física, el derecho a la autodeterminación psíquica, que incluye o coincide con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, y el derecho a la autodeterminación informativa, incluido

⁷⁸ «[...] el “ser humano es inevitablemente cultural. Un ser cultural inmerso en un entorno natural”. Al respecto, la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos proclama que “la identidad de una persona comprende dimensiones biológicas, psicológicas, sociales, culturales y espirituales”» (Gómez Sánchez, 2009a: 359).

el derecho al olvido tan característico e importante en la era digital. Es decir, exclusivamente en las manos del sujeto está la decisión acerca de qué quiere que se haga con su cuerpo (sustrato corporal, Gómez Sánchez, 2011: 42), con su mente y sus emociones y con la información sobre él⁷⁹. Entonces, “la dignidad es el rango o la categoría que corresponde al hombre como el ser dotado de inteligencia y libertad” y consiste “en que el hombre, como ente ético-espiritual, puede por su propia naturaleza, consciente y libremente, autodeterminarse, formarse y actuar sobre el mundo que le rodea” (Viteri Custodio, 2012: 120 cita respectivamente a González Pérez y von Wintrich⁸⁰). La dignidad se asocia intrínsecamente con “la capacidad humana de autogobierno individual” (González Amuchastegui, 2004: 423), la autolegislación kantiana, la autodisponibilidad y la autodeterminación correspondiente a los campos vitales del ser humano, es decir, con decidir por su cuenta sobre su propia condición y su propio proyecto de vida. Al destacar el concepto y la finalidad de la autorrealización de la persona a través de trazar y seguir su propia idea de la vida Pelé (2006: 180-181) conecta la dignidad humana con el libre desarrollo de la persona de esta manera:

Este libre desarrollo como se ha visto antes, deriva de una consideración previa del individuo como un ser capaz de proyectarse, lo que he encajado en la consideración del Hombre como un “ser en proyecto” y que implícitamente tendría sus raíces formales en el “crecimiento vegetal” en Platón. La dignidad humana se concreta hoy porque se reconoce al ser humano una libertad para plasmar sus distintas aspiraciones. Ahora bien, dicho planteamiento implica dos elementos iniciales: primero, que el ser humano pretenda “desarrollarse” (como “ser en proyecto”) y, segundo, que busca un sentido a este desarrollo, lo

⁷⁹ Hasta si querer saber toda la información sobre sí mismo, al respecto véase: Gómez Sánchez (2008): *La protección de los datos genéticos. El derecho a la autodeterminación informativa*. En cuanto a las reflexiones generales, véase, por ejemplo: Peralta Ortega y Millán Salas (1995): *El derecho de autodeterminación informativa como derecho de la personalidad o derecho fundamental*.

⁸⁰ González Pérez, J. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986. p. 11 y Wintrich, J.M. „Zur Problematik der Grundrechte“, 1957, en: Ekkehart Stein, *Derecho Político* (Lehrbuch des Staatsrechts). Traducción de Sainz Moreno. Madrid: Aguilar, 1973. p. 236.

que puede consistir en la felicidad. La dignidad humana encontró en la autonomía individual el medio para plasmar esas dos aspiraciones.

Obviamente, las reflexiones que se han hecho hace poco tienen una aplicación que va más allá del ordenamiento jurídico alemán, ya que muchas veces al otorgar a la dignidad humana una posición especial en el sistema constitucional y el pleno reconocimiento en la jurisprudencia y la doctrina, como un principio conductor, el valor o el bien principal o una norma básica del orden jurídico⁸¹, incluso la formulación típica de “derecho a”, surgen dudas acerca de la naturaleza legal de la disposición misma, sobre todo en práctica judicial en cuanto al efecto de vinculación directa como un eventual derecho fundamental, la razón autónoma del recurso de amparo constitucional.

En el marco constitucional español pueden producirse similares dificultades a la hora de decidir sobre el carácter jurídico de las disposiciones relativas a la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad contenidas en el art. 10.1 de la Constitución Española (Gutiérrez Gutiérrez, 2012: 95). Luego, aunque bajo el encabezamiento general del Título I *De los derechos y deberes fundamentales*, formalmente dichos conceptos se encuentran fuera del conjunto de los derechos fundamentales establecidos en el Capítulo II, Sección 1ª *De los derechos fundamentales y de las libertades públicas* (Viteri Custodio, 2012: 124). Además, lo contrario al art. 1.1 GG, el art. 53.1 CE vincula los poderes públicos solamente por los derechos y las libertades reconocidos en el Capítulo II *Derechos y libertades*, excluyendo de esta manera el precepto del art. 10.1 CE correspondiente a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad. Esta exclusión se ratifica adicionalmente por el art.

⁸¹ Las distintas denominaciones / descripciones en relación con la posición de la norma alemana concerniente a la dignidad humana en el sistema jurídico, las recogen Zakariás y Benke (2012: 43-44), así los comentaristas alemanes llaman a la dignidad humana “the most important principle of objective law”, “the highest constitutional value”, “the constant of the rule of law”, “the most precious constitutional principle”, “the basic principle underlying the constitutional system of values”, “rocher de bronze”, “the basis of fundamental rights”, “a benchmark for the extremely rich constitutional speech”, “a fundamental standard”, “a state legitimizing standard”, “a guiding reason”, “the axiom of the genesis of the Constitution”, “the basic principle of natural law”, “the Archimedean point”. Estos elogios no aportan mucho a la comprensión del contenido mismo y la esencia de la dignidad humana.

53.2 CE que deja las reivindicaciones concernientes a la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad fuera del alcance del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, la medida que es aplicable a los derechos enumerados en el art. 14 y la Sección 1ª del Capítulo II (Título I). Tampoco el art. 10.1 goza de la protección blindada (la mayoría especial de votos) a la luz del art. 168 CE en caso de modificaciones de la Constitución Española.

Sin embargo, esta configuración en la que se encuentra la dignidad humana en el ámbito constitucional español no imposibilita mantener que (González Pérez, 1985: 136-137):

La dignidad de la persona, valor superior o principio general del Derecho, en cuanto se ha positivizado en la Constitución es norma de Derecho positivo. No quiere esto decir que haya perdido el carácter de principio. Sino que, además, es norma jurídica constitucional directamente obligatoria.

Así, al reflexionar sobre la naturaleza jurídica de la norma del art. 10.1 CE, en el Auto 95/1982, de 17 de febrero, el Tribunal Constitucional Español recalca que “La recurrente cita como preceptos constitucionales infringidos algunos (como los artículos 9, 10 y 33), que, por muy destacable que sea su importancia, no son susceptibles de amparo constitucional, por lo que respecto de ellos la petición de amparo es inadmisibles”, después confirmando esta posición en el Auto 371/1982, de 24 de noviembre, de esta manera: “resulta patente que el recurso de amparo es inadmisibles en cuanto pretende dirigirse contra supuestas violaciones de los artículos 9 y 10 de la Constitución.” Al desarrollar la jurisprudencia con respecto a la naturaleza jurídica del precepto del art. 10.1 CE, en el Auto 241/1985 de 17 de abril, el TCE sin haber de declararse precisamente sobre la cuestión, concluyó que no se podía extender el amparo ante el TC al “principio de dignidad de la persona a que se refiere el art. 10 de la Constitución, con independencia de que tal idea constituye además o no un derecho subjetivo”, en contra de lo que recurría el solicitante del amparo indicando que “con un criterio extensivo se puede afirmar que el art. 10 supone un derecho general que se

desarrolla en los arts. 14 y siguientes y es por tanto susceptible de amparo”. En la Sentencia 64/1986 de 21 de mayo el Tribunal Constitucional de España, al rechazar la norma del art. 10.1 CE como un fundamento autónomo de amparo, le atribuyó el carácter de criterio de interpretación de los derechos fundamentales y libertades públicas. Aunque en el Auto ATC 149/1999 de 14 de junio el Tribunal sí toma en consideración “la existencia de un pretendido derecho fundamental a la dignidad humana que opere de forma autónoma e independiente ex art. 10 CE”, reitera a la vez que “la dignidad de la persona no se reconoce en nuestra Constitución como un derecho fundamental sino como «fundamento del orden político y la paz social»” De esta manera, incluso al reconocer las formulaciones contenidas en el art. 10.1 CE como los principios constitucionales (Viteri Custodio, 2012: 114) o principios axiológicos (Oehling de los Reyes, 2011: 164) y sus referentes: la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad como bienes jurídicos constitucionalmente protegidos [Teresa Freixes en (Pascual Lagunas, 2009: 21)]⁸² no se allana ningún camino para un catálogo abierto de los derechos fundamentales u otros derechos subjetivos⁸³. Como lo resume Serna (1999: 143-144) “el TC no hace un uso independiente del principio de dignidad [...] cuando recurre a él lo hace siempre en conexión con específicos derechos fundamentales. [incluso en] las decisiones que el TC basa directamente en el principio de dignidad, e incluso en ellas lo hace siempre "proyectándola" sobre uno o varios derechos fundamentales, nunca como *ratio decidendi* autónoma e independiente de una decisión.” No obstante, el alcance de actuación y la efectividad de tal cláusula incorporada en al art. 10.1 CE es relativamente alargada, como lo señala Gómez

⁸² “La dignidad como “bien constitucional”, como “principio”, como “valor”, como “derecho”, como “norma” y como “límite”” la considera García Cuadrado (2012: 476 y siguientes).

⁸³ El problema de si el sistema de los derechos fundamentales en un ordenamiento constitucional es abierto o cerrado es de la primera importancia, de hecho se decide por la propia actuación de los cortes constitucionales, de esta manera por ejemplo la jurisprudencia peruana (STC 2488-2002-HC/TC) se inclinó hacia reconocer “un nuevo derecho, el Derecho a la Verdad que, sin estar expresamente consignado en el texto de la Constitución Política, fluye de su artículo 3º, que, en su turno, reconoce una “enumeración abierta” de derechos fundamentales que surgen de la dignidad del hombre” (Viteri Custodio, 2012: 121).

Sánchez (2005:228) refiriéndose a la Sentencia STC 214/1991, de 11 de noviembre del Tribunal Constitucional: “La dignidad es [...] el «rango o categoría de la persona como tal», dignidad que «deben respetar tanto los poderes públicos como los ciudadanos, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 9 y 10 de la Constitución»”.

A raíz de todo el conglomerado de las posiciones del TCE García Cuadrado (2012: 485) concluye que “para el Tribunal Constitucional no está clara la cuestión de si la dignidad es o no un derecho, salvo a los efectos procesales de negar el recurso de amparo a las violaciones de la dignidad que no puedan incardinarse dentro de ningún derecho fundamental.”⁸⁴

Frente a estas dificultades interpretativas cabe recordar el resumen siguiente (González Pérez, 1985: 148):

No deja de resultar incongruente que, siendo los derechos fundamentales «inherentes a la dignidad de la persona» y siendo ésta el fundamento del orden político, ocupando un puesto central en el ordenamiento jurídico, se admita la protección del amparo en defensa de estos derechos y se niegue, cuando lo que pretende defenderse es la dignidad misma frente a cualquier otro atentado.

En torno a esta forma de abordar la función del precepto relativo a la dignidad de la persona en el marco constitucional español reflexiona también Gómez Sánchez (2005: 224) inclinándose hacia la posición de que “El máximo nivel del reconocimiento de este carácter autónomo de la dignidad la configuraría como un «derecho a la dignidad» [...] Sí puede deducirse, en mi opinión, este concepto de dignidad como derecho autónomo del art. 10.1 de la Constitución española.”

De todas maneras, si bien la posición formal de los preceptos relativos a la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad en dado sistema legal, su carácter jurídico y el grado de vinculación juegan un papel clave para su utilización en la resolución formal de asuntos, por ejemplo, a la hora de buscar y fundamentar el

⁸⁴ El autor cita las siguientes resoluciones: STC 116/1999, STC 204/2000, STC 163/2009 y STC 192/2003 (García Cuadrado, 2012: 484, notas 131 y 132).

amparo ante el TCE, es imprescindible, tanto en el marco legislativo español como cualquier otro, saber los elementos materiales del contenido jurídico de los conceptos mismos de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad y su acepción, con independencia de su calificación como derechos fundamentales, directrices interpretativas, principios, valores o bienes jurídicos de otra vertiente, puesto que cada de estas atribuciones cuenta con una determinada, mayor o menor, relevancia jurídica en dado ordenamiento jurídico.

La historia de la constitucionalización, es decir, positivación abierta y literal del concepto de la dignidad humana no es larga (Batista Jiménez y Martínez Martínez, 2005: 1037 y siguientes; Pereira-Menaut y Pereira Sáez, 2014: 233), aunque sin duda el trayecto de su planteamiento se remonta a los principios de la conceptualización del derecho natural y, finalmente, el reconocimiento de los derechos básicos del ser humano que son las encarnaciones de la dignidad humana. Así se puede observar la evolución desde *Bill of Rights* de 1689, a través de la *Declaración de derechos de Virginia* del 12 de junio de 1776 hasta la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789 y actos sucesivos. Sin embargo, lo que pueden incorporar los actos jurídicos es ni mucho más que un solo término o una referencia a la dignidad humana, cuya acepción requiere ser examinada y descubierta a partir de las reflexiones y las experiencias metajurídicas (Martínez Estay, 2001).

A modo de ejemplo, en búsqueda del contenido jurídico de la noción misma, una de las primeras incorporaciones del concepto próximo a la dignidad humana en los ordenamientos jurídicos no tan antiguos se puede identificar en “la Constitución de Weimar de 1919 [art. 151⁸⁵], en donde se establece que «la ordenación de la economía debe ajustarse a los principios de la justicia con el fin de garantizar a todos una existencia digna». [... así] la dignidad humana se erige entonces, como la razón de ser de la procura existencial de los individuos, de forma tal que la dignidad del hombre

⁸⁵ *Die Ordnung des Wirtschaftslebens muß den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen.*

exige un mínimo nivel de vida que el Estado no sólo tiene obligación de garantizar, sino además de promover.” (Batista Jiménez y Martínez Martínez, 2005: 1037). No aporta mucho al entendimiento de la noción de la dignidad de la persona humana la exposición de tales calidades suyas como que ella es el “atributo esencial de la persona, [...] el valor inherente a su naturaleza” que son en gran medida descripciones *ídem per ídem*, aunque al explicar las consecuencias de estas calidades de la dignidad humana ya se construye una norma, así la dignidad humana es el bien “inviolable, que sirve como fundamento de todos los derechos fundamentales reconocidos en cada caso particular, a fin de garantizar una debida convivencia, tanto social como política” (Batista Jiménez y Martínez Martínez, 2005: 1037). Entonces no sorprende que Pereira-Menaut y Pereira Sáez (2014: 234) recapitulan lo siguiente:

la reciente transformación del hombre y la vida humana en materia de política y de legislación explica también que la dignidad sea apelada en muchos de los debates jurídicos y éticos más importantes. Sin embargo, no son claros su significado ni sus exigencias, ya que se alega incluso para defender pretensiones contrarias.

para después preguntarse:

*¿qué aporta al Derecho positivo la inclusión en él de la dignidad humana?
¿Derivan de la dignidad algunas exigencias jurídicas concretas, de manera que deba ser utilizada para resolver casos?*

Entonces, para llevar a cabo un examen adecuado y fructífero del concepto de la dignidad humana, también de cara al uso efectivo en el marco jurídico y judicial, es clave hacer el recorrido filosófico-histórico para agarrar su sustancia y percibir cómo se ha construido la acepción a lo largo de la evolución de la noción. El tema lo acometió minuciosamente Pelé (2006) reconstruyendo el itinerario desde la antigüedad hasta la fase culminante y en gran medida concluyente en Kant, en *Filosofía e historia en el fundamento de la dignidad humana*.

Siguiendo a Kant, la dignidad del ser humano radica en “su autonomía o capacidad de darse leyes y afirma que exige tratar al hombre siempre como fin, nunca como medio” (Pereira-Menaut y Pereira Sáez, 2014: 235). A la identificación del contenido sustancial del concepto de la dignidad humana se acerca el TCE en la Sentencia 53/1985, de 11 de abril:

la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás.

Así pues, aunque la característica descriptiva de la dignidad humana como *un valor espiritual y moral inherente a la persona* tiene una relevancia jurídica relativamente limitada, por lo contrario, la conclusión de que ella *se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás* es mucho más dispositiva, ya que de ella derivan determinadas pretensiones y reivindicaciones. La condición de que la persona disponga del derecho a la *autodeterminación consciente y responsable de la propia vida* que sale de su dignidad significa la autonomía de componer su identidad y personalidad, esbozar e implementar su propio proyecto de vida⁸⁶ ejerciendo su libertad que se enraíza en su inteligencia y voluntad (Mora, 2000: 259). Tales son a la vez componentes del derecho al libre desarrollo de la personalidad, así la percepción, la conciencia y el reconocimiento de la autonomía interna de la persona. El sujeto autónomo se percibe a sí mismo como libre y a la vez lo demuestra hacia afuera. El componer (moldear) libremente e íntegramente la identidad (personalidad) por parte del individuo y, por consiguiente, emprender y seguir el propio proyecto de vida, independientemente elegido y trazado, requiere tanto un entorno socio-jurídico oportuno y tolerante, como la admisión de esta autonomía por parte del propio individuo, e igualmente exige el

⁸⁶ Véase: el capítulo *Autodeterminación: El Proyecto de Vida* (Pascual Lagunas, 2009: 83 y siguientes).

respeto a tal proyecto, a la persona misma y a su individualidad por parte de los demás integrantes de la sociedad. En suma, la Sentencia citada del TCE recoge todos estos aspectos integrándolos en el concepto de la dignidad humana, ratificando de esta manera (Mora, 2000: 259) de esta manera aportando mucho al entendimiento del concepto del libre desarrollo de la personalidad:

[la idea iusnaturalista del hombre] como ser éticamente libre [... y enlazándola con la doctrina kantiana, según la cual, la dignidad es la dimensión moral de la personalidad y se fundamenta en la libertad y autonomía del individuo [...y confirmando] el reconocimiento de la total autodisponibilidad, de cada ser humano, sin interferencias o impedimentos externos.

Entonces, (Mora, 2000: 259 cita a Messner⁸⁷):

el hombre posee la dignidad de persona como ser capaz de responsabilidad, por virtud de su libertad y capacidad de autodeterminación, y por esta razón, la libertad es el rasgo distintivo de su naturaleza.

En suma (Marín Castán, 2007:1):

la dignidad aparece [...] como una seña de identidad del ser humano, como ser dotado de inteligencia y libertad, como ser moral [...] la dignidad estriba en esa “versatilidad”, libertad o capacidad humana de poder llegar a lo más alto, porque el hombre nace digno y todos los seres humanos son igualmente dignos.⁸⁸

⁸⁷ Messner, J. (1967). *Ética social política y económica a la luz del Derecho Natural (Das Naturrecht. Handbuch der Gesellschaftsethik, Staatsethik und Wirtschaftsethik)*, Ediciones Rialp, p.147.

⁸⁸ “Llegar a lo más alto” significa el “desarrollo máximo de las potencialidades humanas” (Pelé, 2006: 350). Este concepto arranca en “el pensamiento socrático-platónico [que] implicó un ensimismamiento de la persona humana a través de un doble proceso reflexivo. Primero, concibió la conciencia de la individualidad humana a través de la identificación y del ejercicio de las facultades más nobles de la naturaleza humana. Segundo, orientó el ejercicio de esas facultades hacia el conocimiento del mundo y el desarrollo, el interés, el respeto y la protección del alma humana. El Hombre estaba dotado de nuevas cualidades y tenía que tener conciencia de sí mismo tanto para manifestar y defender esas cualidades como para conocer sus limitaciones. En este doble movimiento se encontraba su dignidad.” (Pelé, 2006: 100). A continuación, “La naturaleza única de los Hombres se caracterizó por la racionalidad y la búsqueda de la felicidad. Dos rasgos que se conectaban entre sí y que describían al ser humano, a través

Así, cualquiera que sea la referencia metajurídica para captar la sustancia de la dignidad humana y su relevancia para el determinado ordenamiento jurídico, la acepción de ésta reconocida en el sistema legislativo está anclada sólidamente en la reflexión antropológica, la referente a lo humano, ya sea de índole religiosa o laica (Oehling de los Reyes, 2011: 138-139; Galán Juárez, 1999: 75 y siguientes). Al aproximarse a relacionar la esfera de percepción filosófica y lo jurídico, siguiendo a Rudolf Smend (citado por Oehling de los Reyes, 2011: 136), se puede pronunciar que:

el Derecho constitucional es únicamente una positivación de las posibilidades y funciones propias del mundo del espíritu y, por tanto, no se entiende sin aquéllas; y a la inversa, éstas no son realizadas de forma plena y permanente sin su positivación jurídica

Si bien el reconocimiento textual de la dignidad humana en el conglomerado constitucional puede transformar el valor o el postulado filosóficos en algún tipo de norma jurídica (Oehling de los Reyes, 2011: 136), la comprensión de la noción misma mantiene su relación estrecha con su origen extrajurídico⁸⁹. En cuanto al marco de concretización jurídica, la positivación de la protección de la dignidad humana en el ordenamiento legislativo “exige prestaciones positivas del Estado y abstenciones de este mismo en la medida que no debe atentar contra ella” (Oehling de los Reyes, 2011: 137 cita a Lucas Verdú⁹⁰).

del movimiento, cuyo fin implicaba el máximo desarrollo y uso de sus facultades cognitivas. Esos dos rasgos se conectaron con un tercero que abundó en la especificidad del ser humano, relativo a su forma de relacionarse con los otros individuos. El Hombre era un “animal político”, rasgo fundamental de la dignidad de la naturaleza humana.” (Pelé, 2006: 123)

⁸⁹ Dentro de la doctrina alemana para Nipperdey y Badura la dignidad parece influenciada por la realidad histórica y su carácter deriva “de la experiencia social e histórica que demuestra la necesidad de la especial protección de las minorías respecto al «poder punitivo y de policía del Estado»” (citados por Oehling de los Reyes, 2011: 148).

⁹⁰ Lucas Verdú, P. (1984). *Estimativa y política constitucionales*. Universidad Complutense de Madrid, págs. 111 y 112.

Con respecto al derecho al pleno y libre desarrollo de la personalidad se puede esbozar que la función prestacional, así la de acciones positivas del Estado, engloba en primer lugar el hecho de que se ofrezca ciertas prestaciones en el sentido estrecho, es decir, de carácter de servicios dirigidos al ciudadano y accesibles a él, como los que sirvan para la formación (educación) de la persona y para el acceso y la reutilización de ciertos recursos, se trata de escuelas, plataformas y entidades de acceso a los contenidos de conocimiento y cultura, bibliotecas, mediatecas, filmotecas, archivos, plataformas de las administraciones públicas e instituciones de investigación, u otros establecimientos físicos o virtuales, de la implementación de ciertas medidas públicas y de la financiación de determinadas actividades, etc. (Buganza González, 2006: 188). En segundo lugar, y esta obligación coincide a menudo con el efecto de irradiación de los derechos fundamentales en la totalidad del sistema jurídico del país (Alexy, 2012: 465), la obligatoriedad de actuar positivamente por parte del Estado repercute en el hecho de que se introduzcan o modifiquen las normas jurídicas (las leyes) del modo que asegure, confirme y refuerce el entorno jurídico propicio al desarrollo personal tomando en cuenta todas sus dimensiones y requisitos. Luego, si se asumiese que el derecho al libre e integral desarrollo personal encarnara la dignidad de la persona, para apoyar el florecimiento del contenido-núcleo de la personalidad a fin de facilitarle al sujeto a *llegar a lo más alto*, el Estado debería también comprometerse por las vías de actuaciones positivas⁹¹, no bastaría restringirse a las abstenciones. Entre otros, esta postura activa por parte del Estado, tanto en la esfera de establecer un entorno jurídico oportuno como de implementar las políticas apropiadas por parte de las

⁹¹ Complak (2005: 20) representa la opinión de que “La dignidad humana es siempre de talante defensivo. Ella protege al hombre contra una violación de lo que es más humano en él. Por eso, hay que separarla de la libertad.” Pues, eso sí, la dignidad no es una libertad sino una cualidad, de tal manera estamos en distintos niveles de reflexión. De la dignidad surgen tanto los derechos como las libertades fundamentales, que sí se someten a ciertas limitaciones en contra de la característica de la dignidad misma que es innata, inalienable y absoluta (Complak, 2005: 25). Ejemplarmente, esta actitud se la ve muy clara si se considera dentro del marco del derecho al libre desarrollo de la personalidad la libertad general de acción (*allgemeine Handlungsfreiheit*), lo que expone la jurisprudencia alemana.

administraciones y comportarse adecuadamente frente al ciudadano, se materializa a partir de fomentar la educación destinada a satisfacer las exigencias actuales vitales o laborales y a la vez asequible a todas las edades y de asegurar el acceso a los contenidos de cultura lo menos limitado posible.

Como lo concluye el TCF, es la dignidad humana la que sienta las bases para establecer un “sistema de valores, que encuentra su centro en la personalidad humana, que se está desarrollando de manera libre dentro de la comunidad social, y en la dignidad [de esta personalidad], [el sistema que además] debe aplicarse como una resolución básica constitucional en todas las áreas del derecho” (BVerfGE 7, 198⁹²).

2.6.El libre y pleno desarrollo de la personalidad. La autorrealización y el florecimiento personal. Referencias jurídicas y humanísticas.

Como ya se ha demostrado, existe una profunda relación conceptual entre la dignidad humana y la facultad y la libertad otorgada a la persona de ejercer la plena soberanía sobre su propia vida, tanto en su dimensión interna como con respecto a las externalizaciones (expresiones) de ella, y la manera de configurar su individualidad (singularidad) de modo propio y único. Es por esto por lo que a nivel jurídico la protección de la dignidad coincide incuestionablemente con el derecho al libre e íntegro desarrollo personal del ser humano. Dicho vínculo está presente también en la reflexión teórico-política, así lo explica Badillo O’Farrell (2001: 116):

La idea de autorrealización, o mejor autocontrol o autodomínio (self-mastery) aparece en una obra emblemática de la filosofía política del siglo XX, cual es Two Concepts of Liberty de Isaiah Berlin, entendida como sinónima de la libertad positiva, y por lo mismo antagonista de la libertad negativa, comprendida como carencia de obstáculos o impedimentos [...].

⁹² „Dieses Wertsystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet, muß als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten“.

Luego, para realizar el postulado de la autonomía (autodeterminación) de la persona es imprescindible asegurar el pleno e integral desenvolvimiento de todas las capacidades del sujeto, tanto correspondientes a lo físico (corporal) como lo psíquico. Así, deben ser protegidos e incentivados desde el ordenamiento jurídico y las políticas de las administraciones públicas tales factores que apoyen al individuo en su planteamiento de la vida a fin de alcanzar la autocreación mental, intelectual, emocional, puesto que el desarrollo del núcleo interno de la personalidad o el *ego* “en parte se debe [...] también a una creación de la persona misma” (Maslow, 1982: 256) y la satisfacción mediante la autorrealización. El desarrollar la psique y la mente libremente significa sin presiones, impedimentos y adoctrinamientos, plenamente. Eso también requiere poder conocer y poder acceder realmente a todas las oportunidades y las opciones para, por ende, ser capaz de elegir entre la “oferta” más rica posible de conceptos y soluciones vitales. Todo esto a efectos de poder configurar factiblemente y autónomamente su personalidad y esbozar e implementar un proyecto de sí mismo y de la vida individual. Si valoramos la diversidad entre las personas, ya sea desde la perspectiva de la dignidad humana o de la flexibilidad, creatividad y, por consiguiente, la sostenibilidad de la sociedad, son la autonomía en la toma de decisiones del individuo y el ambiente que propicie el libre y pleno desarrollo personal los parámetros clave a lograr dichas finalidades.

A los derechos negativos pertenecientes al derecho al libre desarrollo personal, es decir, poder florecer y actuar libremente en el grado más amplio posible sin que nadie interfiera, se suman los derechos positivos, las expectativas y reclamaciones de que el Estado intervenga positivamente (las acciones afirmativas). De esta forma, la libertad negativa se puede entender como ausencia de interferencia y la libertad positiva como asistencia activa desde fuera (Badillo O’Farrell, 2001: 129), ya sea por parte de los demás ciudadanos, el Estado o la ley. Por tanto, “la imposición de obligaciones positivas por parte del Estado” de ninguna manera se puede limitar a garantizar y “promover los principios de respeto y tolerancia, igualdad y no discriminación” o “un

mínimo de calidad vida, acorde a las condiciones necesarias que la comunidad internacional ha reconocido como indispensables para una vida digna, es decir, contar como mínimo con la plena satisfacción de sus derechos sociales básicos de alimentación, salud, abrigo, vivienda, agua y trabajo” (Villalobos Badilla, 2012: 333-334). Con el asegurar estas condiciones mínimas estamos nada más que en la base de la pirámide de Maslow⁹³ (1991: 21 y siguientes) de la jerarquía de las necesidades humanas, es decir, entre las necesidades fisiológicas (*the 'physiological' needs*) y de seguridad (*the safety needs*) básicas para poder sobrevivir como seres biológicos (alimentarse, descansar, evitar el dolor o mantener la integridad y la temperatura corporales), que se realizan a través de salvaguardar las circunstancias elementales de seguridad física, de salud y de protección de recursos y de vivienda. Aunque el satisfacer las necesidades básicas es imprescindible para ir más adelante con el desarrollo de las capacidades y con el plan de vida, todo el rato estamos muy lejos de las etapas sucesivas que componen la libre y plena configuración de la propia vida. Se trata de la percepción de afiliación (pertenencia social / *the love needs*), de estima (reconocimiento / *the esteem needs*) y de autorrealización (*the need for self-actualization*⁹⁴). Igualmente, el ejercicio de los derechos civiles y políticos, así como la educación adecuada a tal fin, aunque ya pertenece a las esferas superiores del ser humano, de sentirse ciudadano y miembro de la sociedad de pleno derecho, cumple solo

⁹³ Originalmente el concepto de la jerarquía de las necesidades humanas A. H. Maslow lo desarrolló en su artículo *A Theory of Human Motivation* que se publicó en *Psychological Review*, 50, (1943) pp. 370-396.

⁹⁴ El término *self-actualization* equivale a *la autorrealización*, a lo largo de las reflexiones correspondientes, en este trabajo y en general entre los comentarios, se presentan tales formulaciones como la actualización de potencialidades / capacidades o la actualización del yo (*self*), etc., siempre se las entiende como realizaciones, materializaciones y encarnaciones de lo potencial, transformaciones en lo actual / vivo / real. Lo explica Goñi Palacios (2009: 73) de esta manera: “Realizarse, desde un punto de vista filosófico, se refiere a la acción y efecto de convertir los sueños planes o ilusiones en realidad (Zuazua, 2007). En este sentido, realizar es actualizar, hacer real lo que tan sólo es potencial. El término griego *auto* se refiere al yo, por lo que la autorrealización vendría a significar la acción y el efecto de convertir por sí mismo a sí mismo en realidad, o convertir nuestros sueños, planes e ilusiones en realidad (Zuazua, 2001).” La autora cita a: Zuazua, A. (2001). *Autorrealización y proyecto de vida en la juventud*. Tesis doctoral. Leída en Universidad del País Vasco y Zuazua, A. (2007). *El proyecto de autorrealización. Cambio, curación y desarrollo*. Madrid: Club Universitario.

una de las condiciones favorables para el libre desarrollo, permite dar a conocer las preferencias políticas, realizarse como un ciudadano e influir en la creación de leyes y en las actuaciones del gobierno para mantener el ámbito oportuno para el libre desarrollo personal y progresar con ello.

De satisfacer las necesidades fundamentales biológicas y sociales entramos en la zona de las metas humanas superiores, las del ámbito de:

[...] la auto-realización (definida como realización creciente de las potencialidades, capacidades y talentos; como cumplimiento de la misión – o llamada destino, vocación; como conocimiento y aceptación más plenos de la naturaleza intrínseca propia y como tendencia constante hacia la unidad, integración y sinergia, dentro de los límites de la misma persona). (Maslow, 1982: 56)

Las características descriptivas y operativas de las personas que se han aproximado al estado de autorrealización según Maslow (1982: 57) son las siguientes:

1. *Una percepción superior de la realidad.*
2. *Una mayor aceptación de uno mismo, de los demás y de la naturaleza.*
3. *Una mayor espontaneidad.*
4. *Una mayor capacidad de enfoque correcto de los problemas.*
5. *Una mayor independencia y deseo de intimidad.*
6. *Una mayor autonomía y resistencia a la indoctrinación⁹⁵.*
7. *Una mayor frescura de apreciación y riqueza de reacción emocional.*
8. *Una mayor frecuencia de experiencias superiores.*
9. *Una mayor identificación con la especie humana.*
10. *Un cambio (los clínicos dirían un mejoramiento) en las relaciones interpersonales.*
11. *Una estructura caracterológica más democrática.*

⁹⁵ El traductor la uso la palabra “indoctrinación” en lugar de adoctrinamiento, el Diccionario de RAE no la reconoce (consulta el 11.08.2017).

12. Una mayor creatividad.

13. Algunos cambios en la escala de valores propia.

Al establecer las circunstancias y las cualidades de la autorrealización se puede definir el desarrollo de la personalidad “como el conjunto de los diversos procesos que conducen a la persona a la auto-realización definitiva” (Maslow, 1982: 57). La distinción entre necesidades del desarrollo (el mayor escalón) y necesidades básicas (deficitarias) se fundamenta en las observaciones entre las personas que se autorrealizan y las demás personas, además se puede ver que “la vida psicológica de la persona en muchos de sus aspectos – se desenvuelve de manera distinta cuando está ligada a la satisfacción de sus necesidades deficitarias y cuando está dominada por el desarrollo” (Maslow, 1982: 58).

Eran los principios de los años 60 del siglo veinte cuando Maslow trabajaba en la monografía *Towards a Psychology of Being* (publicada originalmente en 1962), traducida al español como *El hombre autorrealizado. Hacia Una psicología del Ser* (Maslow, 1982), pues ya en aquel entonces, mucho antes de la aceleración exponencial de la plasmación y la presencia ubicua de las tecnologías avanzadas de comunicaciones, observó y reconoció el cambio en “la filosofía del hombre (su naturaleza, sus objetivos, sus potencialidades, su realización)”, lo que repercute no solo en el cambio de “su filosofía política, económica, ética y su filosofía de la historia, sino también [en su filosofía de la educación, de la psicoterapia y del desarrollo personal, la teoría acerca de cómo ayudar a las personas a llegar a ser [...]. Nos encontramos en la actualidad en el centro de un cambio de este tipo en torno a las capacidades, potencialidades y objetivos del hombre. Está naciendo una nueva concepción acerca del hombre y su destino [...].” (Maslow, 1982: 251). Al progreso de las tecnologías de comunicación humana, el que pudo ver Maslow como el intenso desarrollo de la radio-televisión, la forma de comunicación plenamente controlada y principalmente unidireccional, se ha sumado la intensificación de comunicaciones bi- o multidireccionales, la facilidad de obtención, elaboración, transformación y difusión de información de cualquier naturaleza accesible

para todo el mundo, así se ha creado un entorno extremadamente propicio para que las personas lleguen a la conciencia acerca de sus capacidades, las identifiquen y desarrollen, así como persigan las oportunidades de alcanzar un destino individualizado acorde con estas capacidades: la felicidad. Por tanto, las capacidades “[...] son potencialidades, no realizaciones finales. [...] Se encuentran realizadas, conformadas o sofocadas sobre todo (aunque no en términos absolutos) por determinantes extra-psíquicos (cultura, familia, medio ambiente, educación, etc.)” (Maslow, 1982: 253). Entonces, el ámbito sociocultural y socio-jurídico puede afectar al individuo bien negativamente: bloquear que se desenvuelvan y realicen las capacidades de las cuales éste dispone es porque el núcleo interno de la personalidad “con facilidad es vencido, suprimido o reprimido” (Maslow, 1982: 253), o bien positivamente: incentivar, animar, permitir desarrollarse. Al permitirle al individuo florecer él aportará a la sociedad, al impedirle que crezca su “individualidad auténtica” la sociedad se estancará. El trazar e introducir el propio proyecto de vida no corresponden solamente a la plasmación abstracta de ello, sino “La persona, en la medida que *es* una persona real, es el principal determinante de sí misma. Cada persona es, en parte, «su propio proyecto» y se hace a sí misma.” (Maslow, 1982: 256), pues, se puede añadir, que solamente en tal grado en el que permite su entorno sociocultural. De este modo, cuanto más liberal y tolerante es el entorno, más autónomicamente se desarrolla la persona logrando más autenticidad y más individualidad. No es por la reflexión puramente filosófico-antropológica la conclusión a la que llegó Maslow acerca del libre desarrollo de la personalidad humana: a base de observaciones clínicas el psicólogo equipara la salud⁹⁶ psíquica con “auto-

⁹⁶ El mismo Maslow dentro de su psicología humanista en lugar de hablar sobre una enfermedad prefiere usar el término de “el deterioro humano (la pérdida de las potencialidades y capacidades humanas)” (Maslow, 1982: 269). El poner el énfasis en *la pérdida de las potencialidades y capacidades humanas* nos demuestra patentemente que no se trata solamente de un deterioro humano como algo privado, perteneciente a lo íntimo de la persona, sino que ocurran las repercusiones dañinas para toda la sociedad, sin que se realice y exprese hacia afuera el potencial que reside en el individuo, la comunidad a la que él pertenece ni siquiera puede fortalecerse y progresar, incluso permanecer a largo plazo.

realización⁹⁷, madurez emocional, individualización, productividad, autenticidad, humanidad integral, etc.“ (Maslow, 1982: 260). Maslow resume las características de la autorrealización subrayando que (Maslow, 1982: 261 y 263 respectivamente):

estas definiciones [de la autorrealización] aceptan o implican,

a) *la aceptación y expresión del núcleo interno o yo, es decir, la realización de estas capacidades y potencialidades latentes; «un rendimiento constante pleno»; disponibilidad de la esencia humana y personal.*

b) *Una mínima presencia, la menos posible, de enfermedad, neurosis, psicosis, pérdida o disminución de las capacidades humanas y personales básicas.*

[...] Por todas estas razones, es mucho más conveniente exteriorizar, animar o, por lo menos, reconocer esta naturaleza interior, que suprimirla o reprimirla.

[...] En relación con esta «aceptación» del yo, del destino, de la propia vocación, está la conclusión de que el camino principal para que las personas puedan llegar a la salud y a la auto-realización debe pasar por satisfacción de las necesidades básicas y no por su frustración.

Entonces, desde el punto de vista del marco jurídico, hay que preguntarse qué factores y circunstancias pueden directamente condicionar e influir en la consecución de la pretensión (ambición) del individuo a la autorrealización. Maslow concluye lo siguiente (1982: 266 y 267):

Las capacidades exigen ser usadas y tan solo cesan su exigencia cuando son usadas adecuadamente. Es decir, las capacidades son también las necesidades.

[...] El proceso de desarrollo es el proceso de llegar a ser una persona.

El concepto de otorgarle al individuo el poder de controlar y facilitar su desarrollo intelectual y espiritual, así como proyectar autónomamente su vida una lo interno, donde dicho proyecto se forja, y lo externo, donde se lleva a cabo.

⁹⁷ Al citar la obra seguimos el término en forma gramatical usada por el traductor: “auto-realización” en lugar de “autorrealización“, la palabra reconocida actualmente por la RAE como “consecución satisfactoria de las aspiraciones personales por medios propios”.

El reconocer como tal el derecho al libre desarrollo de la personalidad del ser humano por el ordenamiento jurídico, ya sea explícitamente o implícitamente, es de gran importancia, pero además hay que saber cuál es el contenido del concepto mismo del libre desarrollo de la personalidad, como el punto de partida para su efectución en el ámbito social y su aplicación en el marco legal. Todo el conjunto de reclamaciones y reivindicaciones inextricablemente unidas a la dignidad humana que conciernen a la autonomía del ser humano, tales como la autodeterminación, el autogobierno⁹⁸, la autogobernanza o autodisponibilidad condicionan a la vez el contenido y alcance del derecho al libre desarrollo de la personalidad, puesto que de cumplir con ellas se garantice la materialización de un fundamento psíquico que permita razonar y decidir independientemente (libremente) por el sujeto mismo sobre su condición humana y su planteamiento de la vida. Al extender el grado de la libertad en torno a la toma de decisiones y evitar (prohibir) someter la voluntad a los sistemas de valores o imaginaciones (prejuicios) incrustadas forzosamente o accidentalmente⁹⁹ se consiguen las circunstancias propicias a la autodeterminación informada de la persona: así aparece el kantiano hombre racional. Entonces, con respecto al marco jurídico (González Amuchastegui, 2004: 375 y 396 respectivamente):

Las teorías de los derechos humanos tendrán que [...] como objetivo básico lograr que los seres humanos sean realmente dueños de su destino, puedan autodeterminarse, o lo que es lo mismo, desplegar todas sus potencialidades en tanto que seres morales racionales. [...] Las teorías de los derechos humanos descansan en la consideración de los individuos como agentes capaces de

⁹⁸ *la moralidad como autonomía y la moralidad como autogobierno* son las percepciones y formulaciones que provienen de la doctrina kantiana (Schneewind, 2009: 23 y 25 respectivamente) estrictamente relacionadas con la idea del ser humano como sujeto moral capaz y merecedor de gobernarse autónomicamente.

⁹⁹ En referencia al pensamiento de J.S.Mill, así (Traducción MK) “el ideal de desarrollo de uno mismo se pierde cuando la persona rodeada por las restricciones de muchos tipos, está desarrollado, pero no se desarrolla por sí mismo (“For Mill, the ideal of self- development is lost when the self, hedged around by restrictions of many sorts, is developed but does not develop itself.”; Kateb, 2011: 105).

elaborar, revisar, modificar y poner en práctica sus planes de vida y sus modelos de excelencia y virtud personales, en otras palabras, como seres autónomos.

La soberanía decisiva del sujeto y la capacidad de autogestión informada y el poder de tomar la plena responsabilidad por sus conductas ni se encuentran ni se forman en abstracto. Para hacer posible que la toma de decisiones sea autónoma e independiente hace falta cumplir tales circunstancias como, en primer lugar, darle a la persona las herramientas del análisis crítico de la información y, en segundo lugar, asegurar el acceso a una amplia pluralidad de informaciones. Estos fines se pueden conseguir a través de la libertad real de adquisición de conocimientos de distinta índole: simple, cotidiana (de prácticas habituales) o compleja, científica (formulación y resolución de problemas sofisticados). Todo esto para permitir que las decisiones acerca de trazar las propias ideas de planes de vida e implementarlos sean de verdad “propias” y no el exclusivo resultado de esquemas impregnados inconscientemente o accidentalmente a través del proceso socializador, aunque sí se está buscando un equilibrio razonable entre lo particular y lo social en el planteamiento del proceso formativo del individuo. Como lo explica González Amuchastegui (2004: 375):

[...] los individuos sólo pueden actuar moralmente si han asumido autónomamente las normas morales que rigen su comportamiento; con otras palabras, los individuos sólo pueden alcanzar la excelencia moral o la virtud sin han asumido libre y autónomamente dichos ideales. [...] para que la vida humana sea valiosa tiene que ser dirigida por los principios que la persona ha asumido libremente.

De inmediato se puede ver que los conceptos de hacer posible la adquisición libre y autónoma de valores (ideales) requieren ser confrontados con la realidad y la práctica de educación (formación). Por un lado, a través del proceso formativo se deben enseñar ciertas metodologías de cómo pensar, abordar los problemas y resolverlos, cuanto más neutrales mejor. Por otro lado, el proceso mismo es muy sensible a diversas influencias

y transmisiones de valores, luego se plantea la pregunta quién deba decir cuáles han de ser estos valores enseñados. Además, en la era digital hay que tomar en consideración tales directrices para la alfabetización mediática como: el asegurar el acceso a la información más amplio posible, a lo largo de la trayectoria educacional y en general, el internalizar mediante el proceso formativo la cultura y la necesidad de buscar y confrontar opiniones, incluso datos sobre hechos que parecen reales, pues no siempre son así, el habilitar y concienciar a la persona para evaluar fuentes y procedencia de datos recogidos, hacer un análisis lógico y crítico y asumir responsabilidad por lo que se transmite y difunde más allá. Al respecto, (Albert Gómez, 2011: 138):

La adecuada formación del individuo [...] sin la cual resultaría imposible tomar decisiones racionales en los aspectos que directamente afectan a su realización como persona. Sin educación no hay autonomía posible, por la sencilla razón de que no se tiene un conocimiento de causa suficiente para poder elegir racionalmente. La educación, por consiguiente está en la base de la misma libertad de opción. El ejercicio de la autonomía individual presupone la educación, al menos los conocimientos suficientes para valorar el sentido de los intereses propios y el modo de hacerlos realizables. [...] La educación es de tal manera necesaria para el pleno desarrollo de la persona humana, que su garantía resulta indispensable si se quiere respetar y salvaguardar la dignidad humana.

Al responder a la pregunta cuál debe ser tal educación para que se alcancen los fines pensados y esperados, uno de los condicionantes surge de la protección de la dignidad humana que requiere también asegurar un entorno del desarrollo psíquico de la persona libre de la incitación al odio, del adoctrinamiento, del fomento de prejuicios y las informaciones falsas propagadas intencionalmente para engañar. Dichos y muchos otros factores de este tipo son claros impedimentos contra el libre desarrollo de la

personalidad que hay que eliminar del proceso educativo. Entonces, como lo explica Montalbán Avilés¹⁰⁰ (citado por Mora, 2000: 262):

la dignidad de la persona se configura como un principio dinámico que articula y sistematiza todos y cada uno de los derechos fundamentales. [...] Esta concepción dinámica de la dignidad de la persona se ve refrendada por el reconocimiento del "libre desarrollo de la personalidad", como verdadera meta de la efectiva vigencia de aquellos derechos.

A esta perspectiva jurídica aportan las visiones filosóficas presentes desde la antigüedad, que proponían:

pensar la humanidad en términos de "libre crecimiento". Este punto de vista permitía concentrarse en el mismo proceso del desarrollo del Hombre e introducir así la noción y el modelo de una actividad en general. El elemento interno era importante (el alma) pero su relación con la exterioridad en general entraba también en consideración. [...] el único modo de acción posible era de tipo negativo: combatir todo lo que podía frenar el crecimiento a partir del interior, de sí mismo. [...] esta visión de la libertad persiste hoy con el concepto de "libre desarrollo de la personalidad" (Pelé, 2006: 76 y nota a pie 266¹⁰¹)

Así, las reflexiones, por un lado, antropológico-filosóficas y, por el otro, jurídicas coinciden para abrir ante el hombre una perspectiva optimista, que junta sus reclamaciones, por una parte, de soberanía activa, es la que le permitirá componer y demostrar las opiniones y elaborar y realizar los planes de vida propios (autorrealizarse) sin miedo de rechazo social¹⁰², y, por otra, las exigencias de la sociedad que lo rodea

¹⁰⁰ Montalbán Avilés, A., "El derecho a la vida y la disponibilidad sobre la propia vida. Su constitucionalidad", en *Cuadernos de Derecho judicial*, núm. 18, 1993, CGPJ, Madrid.

¹⁰¹ Pelé cita a Muller, R., *La doctrine platonicienne de la liberté*, Ed. J. Vrin, París, 1997, p. 58.

¹⁰² "Dignity as recognition focuses on ideals of self-realization as well as third-generation "solidarity rights." [...] It creates a political demand for the state and other individuals to accept and approve of one's lifestyle and personal choices. This is not the inherent dignity of having freedom to live one's life without unnecessary interference, nor is it a specific substantive concept of dignity imposed by the state. Rather, it is the demand that others respect one's choices, a demand that state policies demonstrate the proper regard for individual differences." (Rao, 2013: 243).

mediante la participación en la vida colectiva y las aportaciones al bien común. En síntesis, lo resume González Amuchastegui (2004: 373) de tal modo:

El principio de autonomía individual nos dice que cualquier ordenación de la vida humana en sociedad para ser justa debe partir de la consideración de que es bueno que todos los individuos puedan elaborar libremente sus planes de vida, que puedan ser dueños de su destino, que éste no puede quedar en las manos de instancias extrañas a los citados individuos. Dicho principio [...] va a exigir la creación de un marco normativo que garantice a los individuos la posibilidad de autodeterminarse. Son los individuos los que deben poder adoptar sus propios modelos de virtud [...]

A esto María Zambrano (2004: 41) añade la reflexión acerca del autodesarrollo de la persona particular y el autoreconocimiento de ella por sí misma y la decisiva, incluso exclusiva, influencia de estas capacidades en el desarrollo de la sociedad:

La historia no tendría sentido si no fuera la revelación progresiva del hombre. Si el hombre no fuera un ser escondido que ha de irse revelando. Y él mismo ha tenido un día que descubrirlo; y a partir de que el hombre descubre su humanidad, lo propio y exclusivo de su situación en el mundo y aun lo mantiene como una tesis, el mundo se acelera. [...] Es como si al haberse declarado la condición humana como una tesis y un proyecto, el hombre hubiera entrado en un medio más suyo, en un tiempo más cercano al suyo. En un tiempo que, en cierto modo, es su creación.

Este “lo propio y exclusivo de su situación en el mundo” sustenta y se contiene en la dignidad humana y en la dinámica evolutiva de lo suyo del hombre, así *su creación* progresa gradualmente a medida que el mismo sigue su camino y de este modo el proyecto de autorrealización se llena de sustancia y, para conseguirlo, la reflexión y el pensamiento del sujeto son factores determinantes. De esta manera:

lo propio del hombre, algo así como poner en ejercicio su ser y al par manifestarlo, pues el propio hombre es camino, él mismo. [...] Cualquiera que este camino sea es siempre el pensamiento. (Zambrano, 2004: 41)

La personalidad, que es la cualidad dinámica y cambiante, marca este camino propio del individuo y, a la vez, desarrollándose y retroalimentándose de experiencias y pensamientos propios o ajenos, avanza siguiendo dicho camino y de hecho creándolo a cada instante. La identidad y la singularidad se consiguen por la autenticidad del individuo, puesto que “la persona es la que ofrece la garantía de autenticidad” (Zambrano, 2004: 159), la persona libre mentalmente en el grado más amplio posible. Sin este tipo de individuos, dicho desde la perspectiva histórica, la sociedad no cambiaría ni crecería, cualesquiera que sean el planteamiento o la comprensión del proceso de cambio o progreso. A pesar de observar *post facto* el proceso evolutivo de una sociedad, siempre “la sociedad es en cierto modo el pasado” (Zambrano, 2004: 160), es decir, en cada momento de mira ya está hecha por lo pasado, lo de ayer. Por lo contrario, “La persona está siempre más allá, ella es la que crea humanamente. Toda creación, invento, todo pensamiento, tiene un sujeto personal. [...] Lo que sucede es que la persona puede crear en función de la sociedad y para ella” (Zambrano, 2004: 160). De este modo, la esencia de la sociedad se halla en el hombre que determina la suerte y el porvenir de ella. De esta manera se pueden ver claros lazos entre, por una parte, el capital humano entendido como las capacidades (habilidades) de los miembros individuales de una sociedad¹⁰³ y, por otra parte, el potencial de esta en su totalidad, es decir, el capital social que va mucho más allá de la mera suma de las competencias de los particulares, ya que además el resultado se multiplica por el efecto de relaciones e

¹⁰³ “bajo el concepto de capital humano se recogen aspectos relativos a los individuos, como la educación recibida, la experiencia laboral y la capacidad mental y física” (Pastor y Serrano, 2002: 14).

interactuaciones entre los agentes por lo que se producen sinergias¹⁰⁴. La conexión entre el capital humano y social la esbozan Lin, Cook y Burt (2001: vii) de esta manera¹⁰⁵:

Intelectualmente y como una teoría de contrapunto al capital humano, [el capital social] excita a los académicos, especialmente sociólogos, que han explorado otros conceptos útiles en la captura de los elementos o recursos incrustados en las estructuras sociales y las redes, en lugar de [los incrustados en] los individuos. Ya que [el capital social] comparte el aspecto funcional del capital humano (capital), estos académicos lo ven como la base necesaria de un lenguaje común para analizar la capitalización (inversión y producción) de los recursos basados en lo social y lo individual para [obtener] ciertos resultados funcionales. Otros, especialmente quienes se dedican al análisis de políticas y toma de decisiones, encuentran en el capital social una potencial influencia política: si el capital humano puede ser manipulado por el bien de los individuos y la sociedad, tal vez el capital social puede serlo también.

(Traducción: MK)

Al responder a la suposición final, podemos mermar dicha amenaza mediante promover el desarrollo personal libre y pleno, el amplio acceso a los contenidos de cultura y el fácil intercambio de ideas y contenidos a nivel tecnológico y sustancial.

¹⁰⁴ La estricta relación entre el capital humano individual y el crecimiento social también tiene la procedencia kantiana basada en el concepto de la dignidad, así “Kant, por haber postulado la libertad y la igualdad como dos rasgos implícitos de los miembros de este reino [el reino de los fines], indicó indirectamente que esos dos mismos rasgos, eran las características esenciales sobre las cuales se articulaba su concepto ideal de dignidad. Ahora, esta dignidad, implicaba también la idea de progreso. Todos los Hombres, como seres racionales, podían integrar el reino de la dignidad gracias al progreso y desarrollo de sus facultades individuales y colectivas.” (Pelé, 2006: 978).

¹⁰⁵ “Intellectually and as a counterpoint theory to human capital, it excites scholars, especially sociologists, who have explored other useful concepts in capturing the elements or resources embedded in social structures and networks rather than in individuals. Since it shares human capital’s utilitarian aspect (capital), these scholars see it as providing the necessary basis of a common language for analyzing capitalization (investment and production) of social- and individual-based resources for certain utilitarian outcomes. Still others, especially those engaged in policy analysis and decision making, find in social capital a potential policy leverage: if human capital can be manipulated for the good of individuals and society, perhaps social capital can be as well.”

En cuanto a la mutua interacción y estimulación entre el capital humano y el capital social, el entorno socio-jurídico propicio y el fomento de tecnologías de información constituyen tales condiciones estructurales que sientan las bases para que se establezcan y prosperen las relaciones entre personas, así se crean las redes de incentivación, producción, cooperación e intercambio de contenidos de conocimiento, ciencia y de cualquier vertiente cultural. De esta manera, el facilitar las estructuras de educación (la plataformas de autoaprendizaje o aprendizaje colectivo), por ejemplo, a través de una mejor legislación relativa al uso y la reutilización de obras protegida con fines educativos, afectará positivamente tanto al crecimiento del capital humano (lo contenido en el individuo) como al capital social, ya que se generan nuevas redes de cooperación y cada vez más personas obtienen el acceso a la educación de cualquier tipo y nivel con efectos directos en el bienestar económico de la sociedad entera y los individuos que la componen. Así, ambos conceptos – el capital humano y el capital social – se relacionan intrínsecamente, ambos se constituyen por el factor humano.

Al tomar en consideración los parámetros formativos como la medición adecuada, aunque simple, del capital humano (Pastor y Serrano, 2002: 15), se puede ver claramente (cualitativamente) que incluso el mismo factor multiplicador se potencia. Por consiguiente, el valor extra añadido en el resultado de la cooperación entre las personas de baja escolarización se mantiene bajo, por lo contrario la cooperación entre las personas de alta escolarización (experiencias profesionales o laborales) puede llevar a unos resultados de alta innovatividad y creatividad. Sin embargo, el potencial creativo de la persona no se forma, ni se desarrolla o ni se manifiesta sin el entorno social (socio-jurídico) oportuno, ni siquiera la capacidad de sobrevivencia y continuidad de una sociedad se mantienen sin la fuerza creativa y modernizadora de sus integrantes. Sobre todo, en la era moderna, digital y virtual se puede ver que la productividad y la producción de bienes, servicios, conocimientos e informaciones depende profundamente del potencial creativo e innovador del individuo. Encima de esta observación referente al ámbito económico, ambos conceptos – la dignidad humana y el capital humano –

coinciden entre sí, puesto que afloran del valor del hombre en sus diferentes dimensiones, así “El concepto del valor del hombre siempre ha sido una de las grandes ideas metafísicas siendo la consideración del hombre el punto focal de todo sistema económico y social, es importante y necesario el estudio del valor monetario del hombre.” (AVSI & Fondazione per la Sussidiarietà, 2008: 15).

La introducción de los derechos humanos y el seguimiento de sus requerimientos por parte del Estado y, lo que sí importa, por la sociedad, sientan las bases más óptimas para garantizar el entorno oportuno para el autodesarrollo (*self-development*) de la persona (Kateb, 2011: 92) y el derecho al libre desarrollo de la personalidad reconocido textualmente o implícitamente aporta a este fin. El concepto de autodesarrollo es uno de los ejes centrales del pensamiento de John Stuart Mill estrechamente relacionado con el punto nuclear de su obra que son la individualidad y el individualismo. El filósofo considera que el Estado debe garantizar una educación en las edades tempranas para todos, pero después el adulto ha de librarse de cualquier presión e influencia desde el Estado persiguiendo su propia vía de autodesarrollo (Kateb, 2011: 101). Esta postura se entiende muy bien dentro de la filosofía de la libertad de Mill. Él levanta este requisito para evitar la situación del llamado autodesarrollo asistido desde el Estado de manera paternalista (*a paternalistically assisted self-development*; Kateb, 2011: 111). No obstante, sobre todo actualmente, frente a la necesidad de formarse de modo permanente por parte del individuo, se puede indicar que las administraciones deben poner a disposición del ciudadano a lo largo de toda su vida las infraestructuras y crear otras circunstancias oportunas (jurídicas) para que el ciudadano continúe con la educación, dándole una opción no forzosa y la oferta bastante diferenciada y sin síntomas del adoctrinamiento. Para responder a los cambios en cuanto a las exigencias del mercado de trabajo en relación con destrezas, calificaciones y competencias formativas y profesionales, la función del Estado y la sociedad (el alrededor personal del individuo) de apoyar al ciudadano en sus metas vitales y laborales se está extendiendo. Vale la pena hacerlo, es decir, favorecer el desarrollo personal, no solo por los efectos

benévolos para la economía, sino también porque “las personas que se auto-realizan poseen una fuerte tendencia a fundir el egoísmo y el altruismo en una unidad superior, superordenada.” (Maslow, 1982: 272), la sensación de autorrealización entre los integrantes de una comunidad aporta a su estabilidad y el bienestar social.

Se ha subrayado anteriormente muchas veces que, con el paso del tiempo acompañado por la difusión de las TIC entre la población y la mejora de las competencias de utilizarlas permanente y efectivamente, cada vez más se observa el hecho de que se diluyen las fronteras entre lo privado (familiar) y lo profesional (laboral), hasta llegar a un estilo de vida-profesión que ejercen los llamados nómadas digitales quienes incluso juntan la actividad profesional y vacacional. Así, el trabajo y la vida privada comparten el mismo tiempo y espacio y para ambos se usan las mismas tecnologías, canales de comunicación y formas de disfrutar el placer u ocuparse de lo profesional (obtener medios para vivir). Esta tendencia sigue dominando la vida de la persona, la observó con anticipación Maslow en las personas que se autorrealizaban, entonces, “El trabajo tiende a confundirse con la diversión. Vocación y pasatiempo se hacen una misma cosa. Cuando el deber es agradable y el placer es el cumplimiento del deber, ambos pierden sus fronteras y oposición.” (Maslow, 1982: 272-273). De esta manera Maslow ha vislumbrado, ha vaticinado y ha visualizado lo que está ocurriendo ante nuestros ojos, la integración del trabajo en la vida, el trabajo ya no ha de alienar a la persona. En la actualidad este tipo de estilo de vida corresponde a una variedad muy amplia de profesiones. De este modo, el trabajo puede ser la fuente no solo de fondos para vivir sino también de satisfacción vital y autorrealización.

Las concepciones y conclusiones de Maslow acerca de la naturaleza del desarrollo de la personalidad marcan igualmente ciertos objetivos y requisitos. Si bien la creatividad es a la vez el motor del crecimiento económico en la era digital y el factor de estimulación de la vida plena y satisfactoria, así como del continuo progreso intelectual, la consecución de que las habilidades creativas se funden en una persona o un grupo no se garantizará a través de la educación tradicional, cualquiera que sea su

nivel, como un proceso organizacionalmente ordenado. Es decir, ni los certificados ni los grados asegurarán la inquietud creativa en la persona, no se la alcanzará “apretando” un botón (Maslow, 2008: 102), más bien ella se debe a una formación holística, que engloba tanto el ámbito escolar (formal) como el extraescolar, la acumulación de experiencias variadas. Así, el proceso formativo debe aventurarse mucho más allá del mero seguimiento de una trayectoria educativa obligatoria y formalizada. Entonces, a la creatividad e innovatividad (originalidad del pensamiento) conduce un proceso mucho más complejo (Maslow, 2008: 100 y siguientes), es que “la creatividad hunde sus raíces en lo irracional” (Maslow, 1982: 274). De este modo la diversidad de experiencias, el aprender haciendo, el criticismo como una parte integral de pensamiento, la independencia de reflexiones que integren varios factores y circunstancias y, como el principio, la libertad del desarrollo personal, facilitan la formación de una persona creativa e innovativa, tanto con respecto a sus tareas laborales (profesionales) como privadas. La referencia a lo inconsciente e innominado es porque (Maslow, 1982: 275):

La ciencia y la educación, al limitarse excesivamente a una naturaleza abstracta, verbal y teorizante, no deja suficiente espacio para la experiencia desnuda, concreta, estética, especialmente de los acontecimientos subjetivos del propio interior. Por ejemplo, los psicólogos organicistas están de acuerdo seguramente en la conveniencia de una educación más creativa en la percepción y creación del arte, en la danza, en el atletismo (al estilo griego) y en la observación fenomenológica.

De este resumen surgen ciertas directrices acerca de cómo lograr los objetivos de fomentar la autorrealización y el crecimiento en las personas. La actualización de las capacidades que radican en la persona pasa por la reflexión propia y la interacción con el entorno y con los demás, es porque (Broekman: 1993: 251 y 268 respectivamente):

*el sujeto de derecho nace de un proceso de reducción semántica y de individualización, pero como miembro de esta comunidad vive el desarrollo de su personalidad, de su libertad, de sus derechos y obligaciones.*¹⁰⁶

y a continuación:

*«el hombre por su naturaleza está destinado a mezclarse y a convivir con los demás [...] en favor de la dignidad de la persona humana», [...] «el hombre sólo puede ser un hombre completo si la dignidad de su trabajo encuentra reconocimiento».*¹⁰⁷ *[El derecho] Debe reflejar el hombre en la plenitud de su personalidad. El ser humano se vuelve hacia los otros.*

Pues, el vivir y amontonar una multitud de experiencias prácticas, propias y directas ayuda a las personas en la consecución de plenitud y crecimiento vitales, luego la comunicación, el intercambio de ideas y pensamientos, el acceso a la pluralidad de contenidos de cultura, ciencia y conocimiento y la posibilidad de trabajar en ellos, es la materia prima del trabajo digital, para crear algo nuevo lo harán la realidad.

A las personas que se autorrealizan se las suele describir como las en pleno funcionamiento, individualizadas o autónomas (Maslow, 2008: 100), todos estos atributos, desde la óptica de la condición humana, la constelación y la composición de la personalidad conducen a lo análogo. Si la dignidad humana engloba todo lo más singular para la especie humana, y justamente por esa razón atrae tanta atención desde los derechos humanos (fundamentales), el autorrealizarse por parte de la persona, siguiendo a Maslow, como el proceso del desarrollo de la personalidad y de la maduración del individuo, es la plasmación de la dignidad humana, por consiguiente (Maslow, 2008: 71-74):

[...] la autorrealización significa vivencia plena, [...] sin la timidez del adolescente. En este momento, la persona es total y plenamente humana. Este es

¹⁰⁶ Broekman se refiere a Husserl, G., *Recht und Welt*, Frankfurt/M., 1964, págs. 12 y siguientes.

¹⁰⁷ Broekman cita a Van Der Grinten, W.C.L., *Collectivering in het privaatrecht*, Utrecht, 1957, pp. 15,16.

un momento de autorrealización, el momento en que el sí mismo [self] se actualiza. [...] consideramos la vida como un proceso de elecciones sucesivas. En cada instante existe una elección progresiva o una elección regresiva. Podemos orientarnos hacia la defensa, la seguridad y el miedo. Pero, en el lado opuesto, está la opción de crecimiento. [...] La autorrealización es un proceso continuo. [...] Mirar dentro de uno en busca de respuestas implica asumir responsabilidad. [...] vivenciar sin timidez, elegir la opción del crecimiento y no la del temor, escuchar las voces del impulso, de ser sinceros y de responsabilizarnos [...] son pasos hacia la autorrealización. [...] la autorrealización no es únicamente un estado final, sino también un proceso de actualización de las propias potencialidades.

El rastrear el concepto de la autorrealización en las personas, al igual que el concepto del desarrollo de la personalidad del ser humano, tanto desde la perspectiva filosófico-antropológica como jurídica, y destacar el avance hacia la autorrealización como la finalidad de la existencia humana coinciden con el reconocimiento de la dignidad humana como el principio de cualquier ordenamiento legal, y a la vez permiten dirigirse hacia la meta mucho más palpable, hacia la mejora del bienestar mental y emocional de uno y la prosperidad socioeconómica del colectivo. El pleno y libre desarrollo personal aporta a la resiliencia psíquica, al florecimiento de capacidades e incremento de competencias de la persona y al progreso y la sostenibilidad socioeconómicos de la comunidad a la que esta pertenece. La dinámica del avance de una sociedad está marcándose por las potencialidades y las habilidades de sus integrantes que subyacen a los logros y aportaciones a ella. Siempre la innovatividad (la novedad), ya sea tecnológica, científica o social, fue el factor decisivo de la evolución progresiva de la sociedad, en lugar de seguir estancada e inmovilizada. Lo observaba y lo notó Maslow aún en la época de los 60 del siglo XX (*La personalidad creadora / The farther Reserach of Human Nature* se publicó en el año 1971), mucho antes del arranque de lo que actualmente (a finales de la segunda década del siglo XXI) percibimos como las

tecnologías avanzadas de la comunicación y la información que van dominando el mundo y nos llevan a la Sociedad de la Información y del Conocimiento. Maslow (2008: 126-127) concluye lo siguiente:

Nuestra era fluye, progresa, cambia con mucha más rapidez que cualquier época precedente. La aceleración en la acumulación de nuevos datos científicos, invenciones, logros técnicos, sucesos psicológicos y el incremento de la abundancia, presenta a todo ser humano una situación diferente a cualquier otra situación previa.

En el momento de apuntar estas observaciones el psicólogo ni pudo imaginarse qué pudiese significar “rapidez” o “aceleración”, sin embargo, ya en aquel entonces indicaba acertadamente ciertas orientaciones bastante concretas, abogando por el surgimiento de una nueva filosofía humanista, que respondiera a estas circunstancias inéditas hasta el momento (Maslow, 2008: 205):

[...] una nueva concepción del aprendizaje, la enseñanza y la educación. [...] la función de la educación, su objetivo – el objetivo humano y humanista, el objetivo por lo que respecta a los seres humanos – es, en última instancia, la «autorrealización» de la persona, el logro de su plenitud humana, del más alto desarrollo posible para la especie humana del individuo en particular.

En concreto, se plantea la pregunta a dónde ha de llevarnos esta nueva actitud en torno a la formación del ser humano, la formación concebida en su acepción más universal, es decir, más allá de la educación organizada, que sirva para unir el beneficio individual y el colectivo. Nos ayuda a resolver dicha cuestión otra observación del psicólogo que yuxtapone ciertas características de la personalidad, así (Maslow, 2008: 83):

el concepto de creatividad y el de persona sana, autorrealizadora y plenamente humana están cada vez más cerca el uno del otro y quizá resulten ser lo mismo.

Ante el hecho de que “la vida transcurre con mucha mayor rapidez que antes” y cada vez más están presentes la realidad y la percepción “del mundo como flujo, movimiento y proceso [...] necesitamos un tipo diferente del ser humano para poder vivir en un

mundo en perpetuo cambio, nunca en reposo” (Maslow, 2008: 84). Luego, se han hecho esenciales e imprescindibles tales atributos personales como la creatividad y la motivación, así como la actividad hacia la autorrealización, que a su vez coinciden con la salud psicofísica y convergen en una cualidad íntegra de la personalidad, a partir de los cuales el individuo desarrolle la plenitud y la variedad de capacidades y, por consiguiente, se aproxime a una humanidad completa y “se siente a gusto con el cambio y lo disfrute, que sea capaz de improvisar, capaz de afrontar con confianza, fuerza y valor una situación totalmente inesperada” (Maslow, 2008: 84). La creatividad, una característica que permite a la persona afrontar las situaciones complejas, difíciles o simplemente nuevas, y no se trata solamente de las circunstancias científicas, artísticas o de innovación técnica, sino también las cotidianas, reaccionar adecuadamente y solucionar eficazmente los problemas, se ha hecho una condición indispensable para moverse con seguridad y perseverancia en el mundo actual, ya sea real o virtual, tanto en la esfera privada como la profesional (laboral) puesto que ambas se llenan de las tecnologías cada vez más avanzadas y cambiantes que también influyen en las relaciones sociales y cambian modos de comunicación, cooperación y coexistencia. Entonces, se plantea la pregunta cuál es la manera que permita a la persona de los tiempos digitales adecuarse y enfrentarse al entorno líquido y mantener estabilidad psíquica sin renunciar a una participación activa y satisfactoria en la vida. Además, la presión hacia la transformación no acabará nunca, todo el futuro predecible está marcado por el cambio, el responder a las expectativas y las necesidades requerirá mucha autonomía y creatividad. Con todo (Maslow, 2008: frases recogidas de las páginas 127-130):

Es evidente que debemos enseñarles [a las personas] a ser creativos, al menos en el sentido de ser capaces de enfrentarse con lo nuevo e improvisar. [Ellas] No deben temer el cambio, sino que más bien deben poder sentirse a gusto con el cambio y lo novedoso y, a ser posible (porque es lo mejor de todo), incluso disfrutar con ello. [...] Debemos desarrollar una raza de improvisadores, de

creadores «aquí-y-ahora» y definir a la persona hábil, preparada o educada de un modo muy diferente al habitual (es decir, no como alguien que tiene un vasto conocimiento del pasado, que le permite aprovechar las experiencias pasadas en una emergencia futura. [...] una nueva clase de ser humano que pueda divorciarse de su pasado, que sea lo suficiente fuerte, valeroso y confiado para confiar en sí mismo, en la situación presente e improvisar ante el problema, sin previa preparación, si es necesario. Todo esto resulta en una creciente acentuación de la salud y fuerza psicológicas. [...] Esta nueva clase de ser humano [...] es simplemente indispensable para afrontar el nuevo mundo en que vivimos. [...] Debemos, con más frecuencia [...] dirigir la atención a la improvisación, a la confrontación flexible, adaptable y eficaz de la situación que se nos presenta aquí-y-ahora [...]. Lo que me interesa es la nueva clase de educación que debemos perfeccionar y que va dirigida a la promoción del nuevo ser humano que necesitamos, la persona en proceso, creativa, improvisadora, con confianza en sí misma, coraje y autonomía, [...capaz] de asumir la actitud creativa.

Es muy difícil añadir algo más a esta visión del psicólogo que se ha adelantado acertadamente en sus pensamientos y conclusiones hasta nuestros tiempos¹⁰⁸. El eje conductor de la idea de Maslow está en promover y educar *el nuevo ser humano*, como *la persona en proceso, creativa, improvisadora, con confianza en sí misma, coraje y autonomía* obviamente no se trata de que alguien imponga una obligatoriedad a la gente para que se “eduque” a ser creativa y soberana en sus pensamientos, sino que se asegure un ámbito propicio dirigido a alcanzar dicho fin. Lo más efectivo en plantear este tipo de formación es aprender haciendo y participando, partiendo de las edades tempranas a lo largo de toda la vida de la persona, dentro del sistema de enseñanza organizada o fuera de él, fomentando el aprendizaje improvisado (autónomo), y, siguiendo el

¹⁰⁸ Véase: Lucas Sátiro (2012), *Pedagogía para una ciudadanía creativa*.

concepto de soberanía personal, dando a la gente el espacio más amplio posible para que la persona se desarrolle ella misma, marcándose a sí misma los objetivos, las materias y las modalidades de aprendizaje. Es que, como lo dice Maslow (2008: 100-101):

el problema de la creatividad es el problema de la persona creativa (más que de los productos creativos, las conductas creativas, etc.). [...] educación de la persona debería contribuir a crear un tipo de persona mejor, ayudar a que la persona crezca más, sea más sabia y perceptiva [...] más creativa en todas las circunstancias de la vida. [...] todo lo que ayudara a la persona a avanzar en dirección de una mayor salud psicológica o una humanidad más plena, equivaldría a un cambio global de la persona.

Con todo, al revisar el pensamiento de Maslow, ahora, a finales de la segunda década del siglo XXI, estamos frente al concepto del individuo más consciente de sus capacidades, sus ambiciones y sus pretensiones, cuya actualidad, la del concepto del ser humano autónomo, en la era digital (virtual) es mucho más ardiente que lo pudo haber imaginar el mismo psicólogo en su época. El concretizar e implementar las medidas, cualquiera que sea su vertiente, para conseguir un entorno socio-jurídico oportuno para el libre desarrollo de la personalidad del individuo es la tarea inmediata del legislador y la sociedad civil, y conviene subrayar que esta orientación no se enraíza solamente en la reflexión desde los derechos humanos, sino atañe a lo más *aquí-y-ahora* de cada sociedad. Es la razón por la que el libre y pleno desarrollo de la personalidad del individuo constituye un valor social sustancial, luego el bien que merece, incluso exige, la protección y el cuidado jurídico especial.

No basta declarar jurídicamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad, incluso explicarlo desde la doctrina, por ejemplo, como un “derecho de libertad individual cuyo contenido implica que el individuo es dueño de su propio proyecto vital” (Alvarado Tapia, 2015). Hay que poner énfasis en la cuestión de cómo se entiende el proyecto de vida y qué dimensiones se le atribuyen. De hecho, el proyecto de vida

debe dirigirse, por un lado, al mismo sujeto y contener un referente a su condición mental, intelectual y espiritual (autorreferenciarse) y, por el otro, a las realizaciones, plasmaciones, encarnaciones en la realidad, lo que atañe a la libertad de acción, la libertad de crearse en el mundo. A veces parece efectivo y constructivo pensar el libre desarrollo como el proceso de plantear, implementar y responsabilizarse por lo que se quiera hacer consigo mismo, con el mundo y en el mundo.

Como la autorrealización es el reflejo de la autonomía de la persona (Badillo O'Farrell, 2001: 136), ella misma, la autorrealización, se entiende como un proceso siempre en movimiento y la finalidad del curso del desarrollo humano, aunque frente al mundo en un cambio permanente la plenitud vital es principalmente inalcanzable y, por lo tanto, constituye el centro de interés y amparo de los derechos humanos, o desde la perspectiva más amplia, el derecho como tal, el derecho a la autorrealización. Lo explica Badillo O'Farrell de tal modo (2001: 116):

[...] la idea de autorrealización posee ya una amplia línea de aceptación en el mundo griego, pero asimismo ésta pasa por sostener que la misma se alcanza cuando se comparten en el autodesarrollo una serie de valores y virtudes con la polis en la que se vive. La idea de autorrealización ha sido también entendida como la posibilidad de actualización de las potencialidades del individuo, en las que éstas pueden convertirse en acto finalmente.

De la riqueza del capital humano surge la fuerza creadora del capital social. Por esta razón, el punto de partida para la reflexión acerca del bienestar colectivo debe establecerse en facilitar la autorrealización individual y en el amparo y apoyo que le deba asegurar el derecho, es decir, se ve esencial “la necesidad de un reforzamiento legal de sus derechos [los del individuo] para mejor alcanzar sus objetivos” (Badillo O'Farrell, 2001: 117). Por consiguiente, “la idea individualista de la autorrealización” (Badillo O'Farrell, 2001: 120) debe confrontarse con la idea comunitarita, aunque se entiende bien que ambas convergen en la misma meta del desarrollo recíproco de la persona y de la comunidad, retroalimentándose, apoyándose y aportando el uno al otro,

a pesar de cierta «limitación» a la propia autorrealización individual [...] el hecho de que ciertos roles desempeñados por nosotros en la sociedad sean parcialmente constitutivos de las personas que somos, queda un amplísimo espacio para la autonomía individual que acaba resultando central para la idea de autorrealización” y a modo de explicación más detallada (Badillo O’Farrell, 2001: 120):

La autorrealización [...] cabe entenderla como la actualización de las potencialidades de cada uno, partiendo de que cada yo puede y debe entenderse como el lugar de aquellos poderes o capacidades que resultan primados para el crecimiento o desarrollo hacia un fin determinado, que es el bien de ese yo.

Se puede destacar que la autorrealización después de conceptualizarse en la labor clínico-antropológica de Maslow ha sido sujeta al análisis sucesivo hasta integrarse plenamente en el discurso moral-jurídico de Gewirth (1998). Si el término *self-actualization* – hacer algo actual, real – se dirige más hacia afuera de la persona, hacia las expresiones externas de su personalidad al representar una realización manifiesta de lo pensado y conformado en la profundidad de la mente, el término, que también usa Gewirth, *self-fulfillment* parece enfocarse más en lo nuclear (el contenido núcleo) de la personalidad, aunque de hecho ambos conciernen al mismo proceso dinámico del desarrollo de la personalidad del ser humano, puesto que ni las externalizaciones serían posibles sin concebirse, reconocerse y aceptarse, resultantes de reflexión, ni la evolución psíquica (intelectual, emocional, espiritual) sería alcanzable sin interacción con el mundo externo y sin intentar hacer actualidad lo imaginado, expresarlo y confrontarlo con la realidad. El hombre se realiza y actualiza tanto en su interior como en el mundo.

En el contexto del desafío de la autorrealización se puede indicar la dicotomía marcada por los conceptos de capacidades y aspiraciones del individuo (Badillo O’Farrell, 2001: 123). Siguiendo los más detallados comentarios de Badillo O’Farrell (2001: 116):

el desarrollo del carácter del individuo, teniendo además muy en cuenta que en esta variante la idea de aspiración se convierte en cuestión nodal, en tanto puede comprenderse como el culmen de la autorrealización la plenitud de aspiraciones, donde aspiración se refiere a los más profundos o supremos deseos de uno, mientras que la segunda será la coincidente con el desarrollo o actualización de las potencialidades, por lo que la autorrealización en este segundo nivel es más bien equivalente, en su más alto nivel de desarrollo, a la plenitud de capacidad.

Los conceptos de *las aspiraciones* y *las capacidades* se relacionan intrínsecamente entre sí, puesto que las aspiraciones se pueden percibir como las capacidades reconocidas cuya existencia llega a la consciencia de la persona y produce el deseo de actualizarse, de trasladarse de lo potencial a lo real, por la mera razón que el hombre racional sí quiere “lograr a lo mejor de sí mismo” (Badillo O’Farrell, 2001: 123), conseguir la plenitud de su condición humana, una condición particular (individualización), no abstracta ni colectiva, así las capacidades coinciden con, incluso se convierten en las aspiraciones. De esta manera “las aspiraciones son para lo que, desde el punto de vista del agente, es lo mejor” (Badillo O’Farrell, 2001: 124). Entonces, al preceder a actualizarse en el reconocimiento (el nombramiento literal) de ciertas capacidades y después eventualmente en la acción emprendida, ya sea intelectual o dirigida hacia afuera, “el sujeto pensante tiene que confrontarse consigo mismo antes de ocuparse de la praxis” (Broekman, 1993: 251). Ambas etapas: el darse cuenta de que se dispone de cierta capacidad y el llevar a cabo el proyecto de convertirla en el hecho actual exigen un entorno sociocultural, también jurídico, propicio, no solo para no bloquear este plan sino para apoyarlo e incentivarlo. De este modo la autorrealización (*Self-Fulfillment*) se asemeja a la actualización de las potencialidades (*Actualization of Potentialities*) (Gewirth, 1998: 8).

Con todo, el proyecto individual de vida, para que sea propio y no impuesto forzosamente mediante el proceso de socialización, debe ser elaborado en las

condiciones de libertad y acceso a toda la información necesaria, en conciencia de que existen varias opciones y trayectorias de vida por elegir y las que predominan en la sociedad a la que pertenece el individuo no son las únicas y exclusivas, esas circunstancias deben producirse para tomar la decisión informada por parte del sujeto. Sumamente, en el marco puramente jurídico destaca la plena coherencia entre los siguientes conceptos: el libre desarrollo de la personalidad, la autonomía, la dignidad de la persona, las aspiraciones legítimas de vida, las opciones que dan sentido a la existencia y la coexistencia de las formas más diversas de vida. Al respecto se pronunció el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México) de esta manera¹⁰⁹:

Es en la psique donde reside el libre desarrollo de la personalidad jurídica, por referirse a las decisiones que proyectan la autonomía y la dignidad de la persona. La libertad protegida por el orden jurídico para garantizar el desarrollo digno de la persona, se vulnera, cuando a ésta se le impide irrazonablemente alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de vida y escoger aquellas opciones que den sentido a su existencia. Del respeto al pluralismo, se desprende el libre desarrollo de la personalidad, reflejado en el marco de protección constitucional que permite la coexistencia de las formas más diversas de vida.

El concepto mismo del pleno y libre desarrollo personal, que está en el proceso dinámico de evolución, la acepción de ello y la comprensión de su contenido, unen, por una parte, lo más íntimo residente de la psique de donde sale el proyecto original de sí

¹⁰⁹ Amparo directo civil 6/2008, relacionado con la facultad de atracción 3/2008-PS (6.01.2009). Lo comenta en el contexto más amplio: López Sánchez, R. (2009:149). “El tardío desarrollo de la dignidad humana y el libre desarrollo a la personalidad en el Estado Constitucional mexicano”. Derecho en Libertad. No. 3, año 2, julio – diciembre 2009. Facultad Libre de Derecho de Monterrey, Santa Catarina, Nuevo León, México. Acceso el 24.08.2017 en: <http://fldm.edu.mx/wp-content/uploads/2015/10/fldm-revista-3.pdf>.

mismo (el yo narrativo¹¹⁰, el yo pensado) y de la vida y, por la otra, las expresiones externas que emanan de tal individualidad y que resultan en la variedad y la pluralidad de la sociedad que a su vez la hacen más flexible y sostenible.

El proyecto de vida es el proceso en continuo desarrollo y va paralelamente a la implementación de un proyecto de vida actual, así requiere realizarse y para esto se exigen las condiciones externas oportunas. El concepto del proyecto de vida puede ir más allá de “el contexto social de relaciones materiales y espirituales de existencia, que determinan su posición y ubicación subjetiva en una sociedad concreta” y más allá de “las direcciones y modos de acción fundamentales de la persona en el amplio contexto de su determinación-aportación dentro del marco de las relaciones entre la sociedad y el individuo.” (D’Angelo Hernández, 2003: 3). Es decir, el proyecto de vida concierne a ambos aspectos: cómo yo quiero percibirme (hacerme) a mí mismo por dentro (en mi foro interno) y cómo yo quiero (también subjetivamente) percibirme como el integrante de una sociedad, demostrar y perseguir la opción de la vida elegida libremente por mí mismo. No todas las actuaciones de la persona sirven para mantener, formar, extender o simplemente confirmar su posición social, algunas se dirigen exclusivamente a la satisfacción “privada”, no compartida con las demás personas. Así, no toda la vida psíquica, intelectual o emocional del individuo se destina para establecer o seguir funciones sociales, hay una multitud de actividades que él emprende, sobre todo de índole cultural, para disfrutar los efectos y las experiencias que surgen de ellas para sí mismo, en su privacidad. Sin embargo, la estructura interna, psíquica de la persona y su complejidad (multidimensionalidad), es decir, el grado del desarrollo de la personalidad a su vez determina las relaciones con el mundo externo, luego la intensa vida intelectual y emocional se filtra hacia afuera, precisando ciertas condiciones, definiendo expectativas e intentando actualizarse. De esta manera, la evolución de la personalidad se puede medir observando el proceso de la constitución y del incremento de

¹¹⁰ Véase: Arregui, J.V. y Basombrio, M.A. (1999). “Identidad personal e identidad narrativa”. *Thémata*, 22, 17-31. Acceso el 24.08.2017 en <http://hdl.handle.net/11441/27422>.

complejidad del yo en su relación con el mundo (Teoría del desarrollo del yo de Loevinger; Goñi Palacios, 2009: 71).

Es plenamente kantiana la conclusión de que “Hablar de autonomía supone entenderla como la capacidad de darse a sí mismo las normas oportunas que rijan nuestra vida, nuestra acción” (Badillo O’Farrell, 2001: 132) y, al ir más allá, esta capacidad y libertad de autoregirse (mantener el dominio sobre sí mismo) está íntegramente correlacionada con la creatividad que sale de la condición humana de libertad y liberación internas si se les permite emerger, actualizarse (realizarse) y florecer. El entorno socio-jurídico favorable al florecimiento humano no se puede limitar al seguimiento de los derechos básicos (humanos / fundamentales), que en gran cantidad se componen de las restricciones y prohibiciones destinadas al poder público como garantías de las libertades “negativas” otorgadas al ciudadano. En el marco jurídico la condición mediante la que la persona prospere intelectualmente, emocionalmente y espiritualmente de tal manera de que la autorrealización se haga factible se enraíza en las políticas y actuaciones estatales y sociales y en una formación integral del ser humano, lo requiere que se implemente, entienda y cumpla el derecho (fundamental) al libre desarrollo de la personalidad.

Solo a primera vista los derechos humanos demuestran cierta insuficiencia y deficiencia a la hora de aplicarlos a lo tan ambiguo y difícil de conceptualizarlo como es la personalidad de un individuo determinado puesto que “the conception of the self in doctrines of human rights is too abstract, so that it fails to correspond to the realities of human personhood.” (Gewirth, 1998: 205). Pues, aunque la naturaleza de los derechos humanos es sintética y requiere que se acuda a la reflexión extrajurídica al pretender tratar las cuestiones que surgen de las situaciones reales concretas, es la reflexión doctrinal y las consideraciones jurisprudenciales que los llenan de sustancia, algo natural en el proceso de interpretación legal. El nexo, digamos el atajo, entre el conjunto de los derechos humanos y cada uno de ellos y la personalidad singular no entendida en abstracto sino en su particularidad, se encuentra en el reconocimiento, ya sea textual o

implícito, del derecho al libre desarrollo de la personalidad, sobre todo en su aspecto del desarrollo del contenido-núcleo de la personalidad que nos permite referirnos a toda la reflexión antropológica (humana)¹¹¹ mucho más allá de la mirada de los tribunales que presentan las percepciones al respecto siempre en relación con ciertos asuntos concretos, aunque de vez en cuando pronunciando comentarios de naturaleza universal.

Se puede intuir la definición del desarrollo de esta manera (Rodríguez Sánchez, 2005:4):

el desarrollo [...] como la acción y efecto de aumentar, acrecentar y mejorar. El desarrollo, por lo tanto, conlleva cambios y los cambios son entendidos, en el ámbito de la psicología evolutiva, como la posibilidad de las personas para crecer y optimizar el curso de su evolución. Se entiende por evolución, la acción y el efecto de pasar por una serie progresiva de transformaciones. No obstante, llegado un momento concreto de la vida de las personas, el desarrollo implica, también, declive en determinados aspectos vitales [...].

Tradicionalmente el concepto de educación se asignaba al proceso de desarrollo formativo (intelectual) desde las edades tempranas hasta que arrancara la continua actividad laboral o profesional, completando eventualmente esta etapa con la extensión educativa en una estrecha relación con los objetivos laborales. Aunque esta actitud sigue manteniéndose, ya no se puede mantener este paradigma de la educación como una etapa determinada, habitualmente pensada como organizada, de formación individual y social que principalmente finaliza con el arranque de la vida adulta (Rodríguez Sánchez, 2005: 16). Tampoco se puede suponer que el desarrollo humano después de alcanzar cierto nivel o etapa vital, como una cima, después se hace ni necesario ni observable. Las tareas de desarrollo de la vida adulta se pueden enumerar de esta manera, que es una de muchas clasificaciones (Rodríguez Sánchez, 2005: 37¹¹²):

¹¹¹ Véanse: Galán Juárez (1999): *Antropología y Derechos Humanos* o Broekman (1993): *Derecho y Antropología*.

¹¹² La autora cita a Rice, F. P. (1997). *Desarrollo humano. Estudio del ciclo vital*. (2a. Ed.). México:

Juventud: lograr autonomía, moldear una identidad, desarrollar estabilidad emocional, establecer y consolidar una carrera, encontrar la intimidad, convertirse en parte de grupos sociales compatibles y de la comunidad, seleccionar una pareja y ajustarse al matrimonio, establecer residencia y aprender a manejar un hogar, convertirse en padre y criar a los hijos.

Edad madura: ajustarse a los cambios físicos de la mediana edad, encontrar satisfacción y éxito en la vida profesional, asumir la responsabilidad cívica y social de los adultos, llevar a los hijos a una vida adulta feliz y responsable, revitalizar el matrimonio, reorientarse hacia los padres que envejecen, reorientar los roles sexuales, desarrollar redes sociales y actividades para disfrutar el tiempo libre, encontrar un nuevo significado a la vida.

Vejez: permanecer físicamente saludable y ajustarse a las limitaciones, mantener un ingreso adecuado y medios de sostenimiento, ajustarse a nuevos roles de trabajo, establecer condiciones adecuadas de vivienda y vida, mantener la identidad y el estatus social, encontrar compañía y amistad, aprender a usar el tiempo libre de manera placentera, establecer nuevos roles en la familia, lograr la integridad mediante la aceptación de la propia vida.

Se puede ver que las tareas de adultez y vejez parecen mucho más sofisticadas, exigentes socialmente y psicológicamente y enfocadas en lo interno (*encontrar un nuevo significado a la vida, lograr la integridad mediante la aceptación de la propia vida, mantener la identidad*), incluso si se piensa en el desarrollo y mantenimiento de las relaciones sociales (*encontrar compañía y amistad*).

Eso sí, el desarrollo de la personalidad durante la etapa de adultez y vejez se diferencia profundamente del de la infancia o adolescencia, pero no frena sino

transcurre de otro modo (Rodríguez Sánchez, 2005: 17). Luego al pensar en llevar a cabo una actividad formativa en estas etapas del ciclo de vida ya no valen las modalidades tradicionales y estandarizadas de aprender y enseñar (la escuela, el aula, la clase). Si la SIC en su intenso y desenfrenado avance en todas las dimensiones: económica, social, tecnológica, etc. impone altos requisitos al individuo para que se mantenga despierto y activo a lo largo de todo el ciclo vital, las TIC a su vez facilitan cumplir estas exigencias, también en el marco de formación continua de índoles variadas. A este reto deben también aportar el derecho y las políticas estatales o comunitarias.

Frente a estas complicaciones en cuanto a la determinación de las tareas por cumplir en cada periodo de vida y de esta manera facilitarle al legislador la preparación e introducción de las disposiciones legales adecuadas, parece más efectivo abandonar la idea de dirigir ciertas medidas concretas a cada grupo poblacional y centrarse en la implementación del concepto holístico del derecho al libre y pleno desarrollo de la personalidad del ser humano. Este aparece en el discurso jurídico bajo una variedad de denominaciones: el derecho a la libre y plena composición (determinación / configuración) de la personalidad, la libertad de la autoformación de la personalidad, el derecho al libre despliegue de la personalidad, el derecho al desarrollo peculiar de la personalidad o el derecho al pleno desenvolvimiento de la persona (Maciá Manso, 2002: 337). No hay por qué diferenciar las acepciones jurídicas de ellas y de este modo multiplicar los conceptos jurídicos. La unidad conceptual ayudará a crear un espacio de cultura jurídica común. No es en vano evocar esta variedad de formulaciones, cada una de ellas aportará algo específico para la comprensión del concepto mismo del derecho al libre desarrollo personal, apuntando sus distintos aspectos y encarnaciones.

Desde la perspectiva de la organización del conjunto de los derechos fundamentales se puede indicar que el derecho al libre y pleno desarrollo de la personalidad goza de doble naturaleza. Por un lado, contiene una vertiente negativa, es decir, requiere que se satisfagan ciertas condiciones de que el individuo cuente con

determinadas libertades personales en el sentido de ausencia de intervenciones, presiones o impedimentos (excesivos / abusivos) desde el entorno, ya sea por parte del Estado o de la sociedad (Maciá Manso, 2002: 337), lo que igualmente debe asegurar el Estado por la ley. De esta forma el poder ha de abstenerse de actuar para no bloquear o mermar el desarrollo libre e íntegro de la persona. Por otro lado, se manifiesta como un derecho positivo, es decir, exige que se lleven a cabo, desde las políticas públicas o la ley, ciertas actuaciones o acciones afirmativas en favor del individuo, ya sea directamente o en relación con su entorno, o se responda a ciertas reclamaciones del individuo dirigidas a obtener determinadas prestaciones o cumplir otras condiciones. Así el poder ha de actuar en favor y en interés del individuo para facilitar e incentivar el desarrollo libre e íntegro de la persona. Algunos de estos componentes están desglosados y se presentan independientemente del derecho al libre desarrollo de la personalidad en el ordenamiento constitucional como los derechos y libertades fundamentales explícitamente nombrados: el derecho a la educación, la libertad de expresión, etc., otros surgen del dicho derecho o en congruencia con otros derechos fundamentales o humanos. El planteamiento de las medidas jurídicas dirigidas hacia el desarrollo de la personalidad no es fácil, pero el indicar que se busca la libertad, autonomía y plenitud de la composición de la personalidad facilita la tarea legislativa. Los conceptos de la libertad del individuo, tanto la libertad de acción como la falta de impedimentos, prohibiciones y presiones externos, como la libertad de la voluntad interna del sujeto (el libre albedrío), la autonomía, la autodeterminación informada, la autodisposición, la singularidad del ser humano o la autorrealización aportan al entendimiento de la noción del desarrollo de la personalidad y del derecho correspondiente, que es “un derecho humano individual que tiene por contenido la autoformación de la personalidad de la persona humana” (Maciá Manso, 2002: 337), acercándonos a la acepción y el contenido relevantes para el discurso jurídico.

Como ya se ha explicado, hay dos aspectos del derecho al libre y pleno desarrollo de la personalidad: uno dirigido al proceso mismo de hacerse por parte del

sujeto, así formarse bajo el propio control, es decir, hacia cómo yo quiero ser y cómo yo quiero lograrlo, y el otro dirigido al sentirse y presentarse singular y único en el mundo externo a través de las expresiones de su personalidad (Maciá Manso, 2002: 435 y siguientes). Esta dualidad se proyecta también al discurso sobre el derecho a la educación (a la formación) marcando dos enfoques de su papel y objetivo: el interno y el externo, así profundiza el tema Albert Gómez (2011: 270-272):

Desde el interior la formación supone una función evolutiva, a través de la cual el hombre se compromete a una evolución, es una dimensión característica de la persona, como fuente de personalización y como fuente de proyectos dedicados al enriquecimiento de la persona contribuyendo a su libertad y autonomía. La interioridad de la formación ayuda al hombre a ser feliz, a encontrar su identidad, a estar a gusto con lo que hace, a sentirse bien con lo que le rodea, pensar en los demás, vivir bajo los cánones de la libertad, el respeto y la tolerancia. La dimensión externa de la formación está más directamente enfocada al ambiente laboral y profesional. [...] Desde cualquier punto de vista la separación de estos dos enfoques no tendrían sentido, pero desde el de los derechos humanos menos todavía, ya que el hombre como persona tiene dos vertientes una interna y externa, y unida a estas una vertiente individual y otra social [...]. La formación como derecho ha de permitir desarrollar el talento que cada persona lleva dentro, encaminando a conseguir a un desarrollo interior y exterior [...].

Si al indicar el derecho al desarrollo de la personalidad se yuxtapone los adjetivos libre y pleno (completo, íntegro)¹¹³, al mismo tiempo se supone que el entorno socio-jurídico libre de presiones abusivas aporta a que la personalidad del individuo florezca, revelando automáticamente lo pleno y más valioso de sí misma. Pues, como ya se ha apuntado muchas veces esta referencia responde solamente a un condicionante del

¹¹³ Véase: el capítulo *Distinción entre el libre desarrollo de la personalidad y el pleno derecho de la personalidad* (Santana Ramos, 2014: 104 y siguientes).

desarrollo humano, ausencia de obstáculos para el desenvolvimiento de la personalidad, el otro imprescindible para lograr la plenitud (complejidad, diversidad) de la personalidad es el saber y la conciencia de que existe una multitud de opciones y soluciones acerca de cómo pensar, sentir, experimentar y vivir. Este conocimiento sobre la multiplicidad de modelos, modos y patrones permite tomar decisiones informadas y de esta manera autodeterminarse de manera relativamente libre. Por consiguiente, hay que extender el significado del adjetivo *libre* hacia que englobe la libertad de acceso a dichas informaciones, conocimientos y sabidurías. La SIC basada en las TIC cumple las condiciones óptimas, desconocidas hasta ahora, para asegurar al individuo un entorno más oportuno posible para hacer realidad los postulados del libre acceso a los contenidos de cultura y conocimiento, incluidos los que tratan de estilos de vida, modalidades de pensar y solucionar problemas, promoviendo y fortaleciendo la libertad de intercambio de ideas y elaboración de nuevos contenidos o artefactos y su libre difusión, multiplicando así las experiencias. Todas estas circunstancias facilitan conseguir que las personas florezcan, satisfaciendo sus necesidades básicas y superiores y encontrándose en el mundo seguras y adecuadas.

Al intentar operacionalizar el concepto del libre y completo desarrollo de la personalidad destacan las ideas de creatividad e innovatividad de la ciudadanía de distintos campos de la actividad humana: el económico, tecnológico, artístico, intelectual, científico, etc. Si bien el capital humano de un conjunto de personas se compone de la suma simple de lo que disponen sus miembros, él es el punto de partida para que surjan las sinergias provenientes de relaciones de distinto carácter entre los integrantes de la comunidad, creando el valor añadido, para lograr el aumento y la multiplicación en el capital social, que a su vez estimula recíprocamente el desarrollo individual, así se consigue el círculo virtuoso.

Las consideraciones relativas al desarrollo humano desde la perspectiva de varias disciplinas humanistas sirven para demostrar que la noción del desarrollo de la personalidad (la formación / configuración / composición integral de la persona) que

aparece en el discurso jurídico está llena de contenido muy preciso y de gran envergadura para el individuo, como el sujeto de los derechos humanos (fundamentales), y para la sociedad en su conjunto, su crecimiento y prosperidad. El derecho debe aportar a la estabilidad, la sostenibilidad y el avance socioeconómico de la sociedad en su totalidad mediante responder adecuadamente a determinadas necesidades del individuo referentes a lo privado e íntimo y a lo social, es decir, a la necesidad de relacionarse, así respectivamente se compone el capital humano y el capital social.

2.7. Alfabetización mediática e informática como una condición del desarrollo personal en la SIC

Supuestamente en toda la historia de la humanidad es la SIC, actualmente a principios del siglo veintiuno en continuo curso de desarrollo, la que ofrece a todo el mundo el ambiente más propicio y, a la vez, eficiente dirigido a dar apoyo al pleno y libre desarrollo personal, a estimular el desenvolvimiento de todo el potencial del ser humano y destinarlo a la búsqueda de felicidad, satisfacción y prosperidad propias del individuo y las de comunidades enteras. Si bien la SIC se funda en las TIC, la utilización de ellas se caracteriza por la doble complejidad. En primer lugar, las tecnologías de manejar la información (el software, el hardware): obtenerla, analizarla, reutilizarla, aplicarla y divulgarla son altamente sofisticadas, complicadas y llenas de riesgos relativos a la seguridad de datos personales y expuestas al engaño, los abusos y la creciente cibercriminalidad. En segundo lugar, las TIC abren las oportunidades de acceso a un sinfín de informaciones y recursos de calidad muy variable y fuentes diversas que deben ser aceptados, revisados, evaluados y utilizados cuidadosamente.

Las circunstancias de la omnipresencia de las TIC, asequibles más baratamente, imposibles de rechazar, incluso en la vida cotidiana y, a primera vista, fáciles de usarlas – un clic y todo se pone a disposición del usuario – y las opciones del acceso sin complicaciones a una multitud y pluralidad de informaciones parecen idóneas para asegurar la obtención de conocimientos diferentes y la acumulación de experiencias de

cualquier naturaleza imprescindibles para aportar al desarrollo completo de la persona. Así lo resume Del Río Sánchez (2009: 57):

[...] las TIC facilitan—, ayudan/pueden ayudar a la gente a identificar y evaluar oportunidades de crecimiento y desarrollo y a mejorar sus vidas y las de sus familiares y comunidades. El acceso a la información facilita la participación en la sociedad, en la economía, en el gobierno y en los mismos procesos de desarrollo. La capacidad de compartir informaciones ayuda a superar barreras de comunicación y fomenta el intercambio y la colaboración.

No obstante, sin posesión de habilidades concretas de cómo manejar los dispositivos (el hardware y el software) y cómo analizar críticamente los datos y las informaciones, el propósito de descubrir las capacidades personales por parte del usuario y desarrollarlas puede sesgarse¹¹⁴. Por consiguiente, en la SIC, una sociedad cognitiva y de aprendizaje continuo, la adecuada y completa alfabetización mediática e informática es un condicionante de partida para cualquier esfera de actividad humana. Las competencias digitales engloban lo tecnológico y lo sustancial relativo al acceso, el análisis, la transformación y la difusión de datos, informaciones y cualquier otro tipo de contenido.

Se pueden indicar tres dimensiones del proceso de alfabetización en el entorno de las TIC. La primera: la alfabetización técnica para ser capaz de usar los dispositivos de distinto carácter, entre otros se trata de portátiles, tabletas, teléfonos móviles de nuevas generaciones (el hardware), que sirven para el acceso físico a la información y son los instrumentos de conexión y comunicación. La segunda: la alfabetización acerca de programas y aplicaciones, que abarca la utilización segura y la creación de programas informáticos (el software). La tercera y crucial es dominar una actitud eficaz, crítica y prudente ante el flujo y la accesibilidad ilimitables de informaciones y datos que permita discriminar la calidad de la información, descubrir la baja veracidad y

¹¹⁴ Véase: Francisco Sacristán Romero, “Dignidad y libre desarrollo de la personalidad en menores: daños en el ámbito de las nuevas tecnologías de la información”. *Revista de Derecho UNED*, núm. 13, 2013. DOI: <http://dx.doi.org/10.5944/rduned.13.2013.12103>. Acceso el 02.09.2017.

afrontar los engaños. Si bien el hardware y el software son herramientas, la sustancia está en la capacidad de obtener lo que nos interesa en la cuantía razonable y de calidad satisfactoria para revisarlo y reutilizarlo, ya sea para los fines profesionales, para la aplicabilidad cotidiana o simplemente por diversión.

En la actualidad, ambos aspectos de formación en medios y tecnologías de comunicación, es decir, el manejo técnico de dispositivos y aplicaciones y la elaboración material de datos e informaciones, corresponden a todos los periodos de la vida humana. La necesidad de dominar ciertas destrezas, conseguir determinadas aptitudes y avanzar con ellas no se puede reducir a la adquisición de unas habilidades de una vez para siempre, por ejemplo, en curso de educación estándar, se trata tanto de las generaciones que se han educado antes de las TIC, como de los llamados nativos digitales quienes asimismo van convirtiéndose en las generaciones “anteriores” frente a la implementación imparable de las nuevas soluciones tecnológicas. Las competencias en estos ámbitos se hacen obsoletas cada día para todos. De esta manera, la formación permanente en general y la relevante para las TIC ya han cobrado una mayor importancia. Las nuevas modalidades digitales (virtuales) de aprendizaje basadas en las TIC, traducen esta necesidad de actualizarse en la realidad asequible a todo el mundo, permitiéndole a la gente ponerse al día con nuevos conocimientos de cualquier índole, incluso a lo largo de toda la trayectoria vital, adquirir nuevas facultades y ajustarse a las expectativas laborales, profesionales y de la vida cotidiana o simplemente en busca de nuevas experiencias o diversiones. Así, en el marco educacional se trata de la aparición de una multitud de nuevas opciones de aprendizaje de distinto carácter: puramente a distancia, en formas presenciales o semipresenciales. Actualmente casi cada fórmula de enseñanza está apoyada por las plataformas en línea, existen alternativas individuales, personalizadas que ofrecen el contacto directo con el profesor o mentor, o grupales, sin o con consulta, a cada nivel de competencias, desde modos escolares, hasta el acceso a los títulos universitarios, extraescolares organizadas y menos formales y en cada materia

imaginada. De hecho, para disfrutar lo sustancial de esta oferta hay que familiarizarse con las tecnologías correspondientes.

Hasta las formas regladas, plenamente organizadas y controladas por el Estado van ajustándose a las nuevas oportunidades de trasladar el proceso formativo más allá de la mera adquisición de conocimientos, incluso hacia la esfera extraescolar, para concentrarse en el aula en las formas de trabajo colectivo e interactivo, la resolución de problemas y la discusión creativa (aprender haciendo y actuando). La información se ha hecho fácil accesible, aunque, eso sí, hay que disponer de herramientas técnicas e intelectuales adecuadas para extraerla. Tal es la metodología del aula invertida que se puede introducir de manera eficaz gracias a las TIC. En este contexto cabe destacar que incluso entre los alumnos de la misma escuela puede existir una brecha “digital” basada en diferencias del estatus social, es decir, hay que verificar con antelación si de hecho cada uno de los alumnos goza de competencias digitales que le permitan acceder a los contenidos de conocimiento necesarios y posee los dispositivos y la conexión adecuados. En mayor grado estas nuevas opciones menos organizadas de aprendizaje conciernen a las modalidades de autoformación y enseñanza de adultos, ya que, como ya se ha acentuado, el proceso formativo (educativo en el sentido amplio) se extiende más allá de la infancia, juventud y adolescencia hasta la edad mayor y no se limita solamente a las personas que se dedican al trabajo científico o las profesiones que por su naturaleza requieren la actualización de los conocimientos, es decir, abogados, médicos o ingenieros, etc.

Frente a la rivalidad globalizada en los terrenos del capital humano y la facilidad con la que los especialistas se mueven por el mundo (físicamente o virtualmente) aumenta el riesgo de retrasarse por parte de comunidades que no empleen las políticas adecuadas destinadas a la continua elevación y actualización de las competencias de sus integrantes. Sin que el capital humano y social progrese las comunidades no se protegerán contra efectos negativos, directos o secundarios, de la globalización y la internacionalización del trabajo y la comparabilidad de habilidades (las tecnologías y

los estándares son comunes), que a su vez son los procesos imposibles de frenar, ya que surgen del desarrollo tecnológico. Por lo tanto, es difícil de imaginar que las personas o las compañías renuncien a utilizar las TIC que les den la ventaja competitiva. Esta tendencia de implementar los avances tecnológicos por cualquier empresa automáticamente conlleva consigo la globalización del trabajo. Así, por un lado, surge el riesgo para quienes no siguen esta tendencia, por el otro, y eso es de mucha gravedad desde la perspectiva económica mundial, se abren nuevas oportunidades ante los mercados emergentes que sí pueden introducirse en este proceso de modernización con relativa facilidad. Sin embargo, dichas expectativas y objetivos regularmente chocan con las restricciones correspondientes al derecho de autor y la propiedad intelectual que, por esta y otras razones, exigen una profunda remodelación para no mermar la visión favorable del progreso socioeconómico común que se ancla en el avance tecnológico sin precedentes y en su eficaz manejo.

Por lo tanto, no sorprende que la cuestión de la educación en medios se haya hecho un tema clave en el seno de las actividades de la UNESCO. Aún desde la Declaración de Grünwald (UNESCO, 1982) sobre la educación relativa a los medios de comunicación de 22 de enero de 1982, emitida antes de la plena introducción de las TIC, se observó que:

los medios de comunicación son omnipresentes: un número de individuos cada vez mayor consagra buena parte de su tiempo a mirar la televisión, a leer diarios y revistas, a escuchar grabaciones sonoras o la radio. En ciertos países, por ejemplo, los niños pasan ya más tiempo ante la pantalla de televisión que en la escuela.

¿Cómo comparar esta conclusión con lo que ocurre hoy en día con las redes sociales y el casi permanente acceso a Internet? A continuación, se subraya que:

En lugar de condenar o aprobar el indiscutible poder de los medios de comunicación, es forzoso aceptar como un hecho establecido su considerable impacto y su propagación a través del mundo y reconocer al mismo tiempo que

constituyen un elemento importante de la cultura en el mundo contemporáneo. No hay que subestimar el cometido de la comunicación y sus medios en el proceso de desarrollo ni la función esencial de éstos en lo que atañe a favorecer la participación activa de los ciudadanos en la sociedad. Los sistemas políticos y educacionales deben asumir las obligaciones que les incumben para promover entre los ciudadanos una comprensión crítica de los fenómenos de la comunicación.

Se esperaría que:

Los educadores responsables no hacen caso omiso de esos adelantos; por el contrario, se esfuerzan por ayudar a sus alumnos a comprenderlos, y a percibir la significación de las consecuencias que entrañan especialmente el rápido crecimiento de una comunicación recíproca que favorece el acceso a una información más individualizada. [...] Niños y adultos deben poder descifrar la totalidad de estos tres sistemas simbólicos [las imágenes, las palabras y los sonidos], lo cual entraña un reajuste de las prioridades educativas, que puede favorecer, a su vez, un enfoque integrado de la enseñanza del lenguaje y de la comunicación. La educación relativa a los medios de comunicación será más eficaz si los padres, los maestros, el personal de los medios de comunicación y los responsables de las decisiones reconocen que todos ellos tienen un cometido que desempeñar en la creación de una conciencia crítica más aguda de los auditores, los espectadores y los lectores.

Posteriormente, a partir de la plena difusión de las tecnologías avanzadas de comunicación, las iniciativas continuaron incluso con más intensidad. De esta manera en la Declaración de Praga *Hacia una sociedad alfabetizada en información*¹¹⁵ se destaca y vincula adecuadamente con la formación continua lo siguiente:

¹¹⁵ The Prague Declaration "Towards an information literate society" (UNESCO, 2003). Hay distintas traducciones no oficiales al castellano. *Declaración de Praga "Hacia una sociedad alfabetizada en información"* o *Declaración de Praga: "Hacia una sociedad alfabetizada informacionalmente"* en:

La Alfabetización Informacional engloba el conocimiento de las propias necesidades de información y la habilidad de identificar, localizar, evaluar, organizar, crear, utilizar y comunicar con eficacia la información para hacer frente a los problemas o cuestiones planteadas; es un prerrequisito para participar de forma eficaz en la Sociedad de la Información y a la vez es una parte del derecho humano básico al aprendizaje a lo largo de la vida. La AI, junto con el acceso a la información y al uso eficaz de las tecnologías de la información y de la comunicación, juega un papel fundamental en la reducción de desigualdades entre las personas y los países, y en la promoción de la tolerancia y la comprensión mutua gracias al uso de la información en contextos multiculturales y multilingües.

La conciencia del hecho de que la formación en medios y el aprendizaje permanente durante toda la vida están íntimamente relacionados entre sí cobra más relevancia en curso del desarrollo de la SIC y se ha hecho el eje central de la *Declaración de Alejandría Sobre la Alfabetización Informacional y el Aprendizaje a lo Largo de la Vida* de 9 de noviembre de 2005¹¹⁶ donde se expone un significado crucial de la temática relativa a la alfabetización mediática y la formación continua, también desde la óptica de los derechos humanos, subrayando que:

<http://www.peri.net.ni/pdf/01/Declaraci1.pdf>. Véase también acerca de todas las declaraciones citadas: Aurora Cuevas Cerveró, *Alfabetización en información*. http://eprints.ucm.es/29413/1/CC-102_art_9.pdf. También: Comunicar, 28, 2007 (acceso en: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/1318>) que recoge un haz de declaraciones, por ejemplo: Recomendaciones dirigidas a la UNESCO de Sevilla de 15 y 16 de febrero 2002 o la Carta Europea para la alfabetización en medios de 2006 auspiciada por el British Film Institute (Gran Bretaña) e incluye una colección de artículos al respecto. Acceso el 05.09.2017.

¹¹⁶ *Faros para la Sociedad de la Información. Declaración de Alejandría Sobre la Alfabetización Informacional y el Aprendizaje a lo Largo de la Vida*. Acceso el 05.09.2017 en:

<https://www.ifla.org/ES/publications/faros-para-la-sociedad-de-la-informaci-n--declaraci-n-de-alejandr-a-sobre-la-alfabetizaci-n-informacional-y-el-aprendizaje-a-lo-largo-de-la-vida>.

La alfabetización informacional [...] capacita a la gente de toda clase y condición para buscar, evaluar, utilizar y crear información eficazmente para conseguir sus metas personales, sociales, ocupacionales y educativas. Constituye un derecho humano básico en el mundo digital y promueve la inclusión social de todas las naciones. El aprendizaje a lo largo de la vida permite que los individuos, las comunidades y las naciones alcancen sus objetivos y aprovechen las oportunidades que surgen en un entorno global en desarrollo para beneficios compartidos. Ayuda a las personas y a sus instituciones a afrontar los retos tecnológicos, económicos y sociales, a remediar las desventajas y a mejorar el bienestar de todos. La alfabetización informacional [...] se extiende más allá de las meras tecnologías actuales para cubrir el aprendizaje, el pensamiento crítico y las competencias de interpretación por encima de fronteras profesionales, potenciando a los individuos y comunidades. En el contexto de una Sociedad de la Información en desarrollo, urgimos a los gobiernos y a las organizaciones intergubernamentales a que apliquen políticas y programas que promuevan la alfabetización informacional y el aprendizaje a lo largo de la vida.

La necesidad de juntar la formación en medios e información se ha confirmado en la Declaración de Fez de 17 de junio de 2011 y más concretamente en la Declaración de Moscú de 28 junio 2012¹¹⁷ donde se dice lo siguiente:

Se define a la AMI [Alfabetización Mediática e Informacional] como una combinación de conocimientos, actitudes, competencias y prácticas necesarias para acceder, analizar, evaluar, usar, producir y comunicar información y

¹¹⁷ Declaración de Moscú sobre Alfabetización Mediática e Informacional; en: http://www.unesco.org/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CI/CI/pdf/In_Focus/moscow_declaration_mil_es.pdf (versión en inglés: The Moscow Declaration on Media and Information Literacy; en: http://ifapcom.ru/files/News/Images/2012/mil/Moscow_Declaration_on_MIL_eng.pdf). Fez Declaration on Media and Information Literacy; en: <http://www.unesco.org/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CI/CI/pdf/news/Fez%20Declaration.pdf>. Acceso el 05.09.2017.

conocimiento de maneras creativas, legales y éticas que respeten los derechos humanos. Los individuos alfabetizados en información y medios pueden usar diversos medios, fuentes de información y canales en su vida privada, profesional y pública. Saben qué información necesitan, cuándo y para qué, y dónde obtenerla. Entienden quién ha creado la información y por qué, así como los roles, responsabilidades y funciones de los medios, los proveedores de información y las instituciones de la memoria. Pueden analizar información, mensajes, creencias y valores transmitidos a través de los medios y de toda clase de productores de contenidos, y pueden comparar y validar la información que han hallado y procesado en base a criterios genéricos, personales y basados en sus contextos. Las competencias en AMI se extienden así más allá de las tecnologías de información y comunicación, para incluir las habilidades del aprendizaje, el pensamiento crítico y la interpretación a través de los límites profesionales, educativos y sociales. La AMI se dirige a todos los tipos de medios (orales, impresos, analógicos y digitales) y a todas las formas de formatos y soportes.

Los campos específicos de formación en medios: el currículo / los módulos básicos y opcionales, las medidas y metodologías para alcanzar el nivel satisfactorio de las competencias relevantes para la utilización de medios y dispositivos, el papel del personal educativo que aseguran la conexión y el acceso se indican en varios estudios realizados bajo el auspicio de la UNESCO (Wilson y Grizzle, 2011)¹¹⁸. Así por ejemplo los citados Wilson y Grizzle (2011: 20) en el informe para la UNESCO apuntan los siguientes aspectos de la alfabetización mediática: alfabetización informacional,

¹¹⁸ Véanse: en relación con el concepto de la alfabetización en medios en su dimensión esencial correspondiente a la información: Toni Carbo, “Conceptual Relationship of Information Literacy and Media Literacy: Consideration within the broader Mediacy and Metaliteracy Framework”, págs. 92-101, en: Lee et al. (2013) y con respecto a la formación tecnológica de los profesores como un punto de partida para integrarla de manera eficaz en el currículo escolar: UNESCO ICT competency framework For teachers. UNESCO and Microsoft 2011. Acceso el 05.09.2017 en <http://unesdoc.unesco.org/images/0021/002134/213475e.pdf>.

bibliotecaria, publicitaria, noticiosa, televisiva, cinematográfica, en juego, en libertad de expresión (LDE) y en libertad de información (LDI), digital, computacional y en Internet. De modo más sintético que engloba todos los elementos constituyentes de la formación en medios se puede decir que (Silver, 2009: 12)¹¹⁹:

«Alfabetización mediática» puede definirse como la capacidad de acceder a los medios de comunicación, para comprender y evaluar críticamente su contenido y crear comunicaciones en una variedad de contextos. Esta definición [...] está construida sobre tres elementos principales: 1) acceso a medios y contenidos de los medios de comunicación; 2) enfoque crítico, la capacidad para descifrar los mensajes de los medios de comunicación, el conocimiento de cómo funcionan los medios de comunicación; 3) habilidades de creatividad, de comunicación y de producción. [...] los ciudadanos tendrían un mayor grado de libertad, ya que dispondrán de los instrumentos de elegir lo que quieran ver y serán capaces de evaluar mejor las consecuencias de sus decisiones. Por último, la gente alfabetizada en los medios de comunicación será más capaz de protegerse y proteger a sus familias de contenidos perjudiciales, ofensivos o no deseados. (traducción: MK)

Los elementos que componen el concepto de la alfabetización en información, que al mismo tiempo sirven para elaborar el currículo educacional y para examinar el grado de adquisición de conocimientos correspondientes, son indicados por ejemplo por Council of Australian University Librarians (2002: 69) como las *Normas sobre alfabetización en información* y marcan con precisión un conjunto de aptitudes

¹¹⁹ «Media literacy» may be defined as the ability to access the media, to understand and evaluate critically their contents and to create communications in a variety of contexts. This definition [...] is built on three main elements: 1) access to media and media content; 2) critical approach, ability to decipher media messages, awareness of how the media work; 3) creativity, communication and production skills. [...] Citizens would therefore have a higher degree of freedom as they will have the instruments to choose what they want to see and will be able to better evaluate the implications of their choices. Finally, media-literate people will be better able to protect themselves and their families from harmful, offensive or undesired content.

necesarias para encontrarse competente y capaz de actuar bajo la lluvia de informaciones del mundo actual, ya sean de origen digital o de otras fuentes más tradicionales¹²⁰:

- *reconocer una necesidad de información*
- *determinar el alcance de la información requerida*
- *acceder a ella con eficiencia*
- *evaluar la información y sus fuentes*
- *incorporar la información seleccionada a su propia base de conocimientos*
- *utilizar la información de manera eficaz para acometer tareas específicas*
- *comprender la problemática económica, legal y social que rodea al uso de la información*
- *acceder a ella y utilizarla de forma ética y legal*
- *clasificar, almacenar, manipular y reelaborar la información reunida o generada*
- *reconocer la alfabetización en información como prerrequisito para el aprendizaje a lo largo de la vida.*

Esta lista engloba lo sustancial y universal en cuanto al manejo de información, entonces obviamente no incluye las capacidades necesarias para cumplir las condiciones del acceso seguro a la información y para el uso de dispositivos y aplicaciones¹²¹.

La formación en medios digitales en el sentido más amplio posible debe destinarse, en primer lugar, a lo tecnológico, en segundo lugar, a lo de la seguridad de

¹²⁰ Véase también: Aurora Cuevas Cerveró, “Normas de alfabetización en información para el aprendizaje de los estudiantes”, *Boletín de la Asociación Andaluza de Bibliotecarios*, nº 84-85, diciembre 2006, pp. 29-34.

¹²¹ A modo de ejemplo, los autores del curso MOOC de la Politécnica de Madrid titulado *Siete habilidades clave en la era digital* en la plataforma Miríada X indican las siguientes habilidades transversales básicas para aprovechar las oportunidades del espacio digital: comunicación y storytelling; creatividad; emprendimiento; empatía digital, STEM (Science, Technology, Engineering and Mathematics); gestión de la información y pensamiento crítico y programación, así engloban tanto *hard* como *soft skills*. Acceso en <https://miriadax.net/web/7clavesdigitales/inicio?timestamp> el 06.09.2017.

acceder al mundo virtual y moverse por él, ambos componentes de educación son nuevos y no existirían en el proceso tradicional de enseñanza y aprendizaje y, en tercer lugar, a lo del contenido en relación con la extracción y la reutilización de información y el análisis crítico autónomo por el alumno, es decir, sin apoyo permanente del maestro. Se puede ver que tal currículo constituye un componente plenamente integrado en el derecho al libre desarrollo de la personalidad concretizando un territorio singular imprescindible para lograr la formación adecuada y efectiva de la persona en la SIC. Aunque es el terreno marcado tradicionalmente por el derecho a la educación, las expectativas y necesidades actuales requieren que el proceso formativo se someta a un cambio radical, ya que debe destinarse a los objetivos que van mucho más allá de la mera transmisión de conocimientos y destrezas elementales, para enfocarse más en la adquisición de metodologías y herramientas de autoformación permanente. De esta manera, el derecho a la educación de tal contenido ajustado a las exigencias de la SIC realiza perfectamente algunos postulados del derecho al libre y pleno desarrollo de la personalidad, ofreciendo no solo los conocimientos y las habilidades que a menudo se hacen pronto obsoletos, sino sobre todo los instrumentos de autoaprendizaje continuo y de cooperación e interacción creativa con el mundo.

El derecho a la educación no se puede considerar como algo abstracto y meramente formal. Para materializarse, su contenido debe ir ajustándose a las necesidades del individuo y de la sociedad en el punto concreto de su evolución, así no hace falta establecer algún nuevo derecho humano (fundamental) que responda a los desafíos del mundo digital / virtual, basta observar los cambios en la sociedad y en la percepción del ser humano ante sí mismo e identificar los campos de intervención.

El derecho / el principio del libre e íntegro desarrollo de la personalidad no se puede realizar de ningún modo sin políticas públicas eficaces y cambios adecuados en el entramado legislativo destinados a dar apoyo a la alfabetización digital y mediática, así como estimular la formación continua de la persona, en estas y las demás materias.

2.8.Derecho a la libre participación en la vida cultural y a beneficiarse de los logros y avances de la humanidad y del progreso científico. Los bienes públicos. La irradiación, el efecto horizontal y la resolución de conflictos entre los derechos fundamentales

Como ya se ha explicado anteriormente, uno de los obstáculos contra el pleno disfrute del derecho a beneficiarse de los logros y avances de la humanidad, de la creación colectiva y la participación en la vida cultural por parte del individuo sale del riguroso concepto de los derechos de autor y de la propiedad intelectual que restringen el acceso y la reutilización de los contenidos de cultura en general y de conocimiento específicamente¹²². Las limitaciones del uso de datos, obras, ideas u otros recursos afectan también el derecho a la participación efectiva en el intercambio de las ideas, la libertad de investigaciones científicas y la libre circulación de los contenidos de ciencia y cultura, por consiguiente, dificultan el desarrollo intelectual y competencial de la persona y el desarrollo colectivo de las comunidades, incluida la vertiente socioeconómica, por lo cual complican el proceso de nivelación de desigualdades, ya sea entre las capas sociales de la misma sociedad o entre distintos pueblos del mundo.

Precisamente el art. 27 de la Declaración de los Derechos Humanos está abriendo un tipo del conflicto dentro del sistema de los derechos humanos atribuyendo el mismo peso a los dos derechos en cierto sentido contrapuestos que puedan chochar entre sí en algunos puntos o situaciones. Se trata del derecho a la libre participación en la vida cultural y el derecho a la protección de la propiedad intelectual¹²³. Obviamente es cuestión de interpretación jurídica buscar un equilibrio entre las disposiciones que

¹²² Aparte de la ONU y UNESCO, en el tema del derecho a la participación en la vida cultural trabaja también el Consejo de Europa a base del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950. Véanse, por ejemplo: *Recommendation 1990 (2012). The right of everyone to take part in cultural life* que se basan en el Informe del 9 de enero de 2012 (Doc. 12815) titulado: *The right of everyone to take part in cultural life*.

¹²³ Véase: Buganza González (2006) donde a base del derecho internacional y los derechos fundamentales consagrados en la Constitución española la autora busca el contenido y el alcance del derecho de acceso a la cultura, partiendo del art. 44.1 CE, y lo yuxtapone y justifica con las regulaciones concernientes al derecho de autor internacionales y específicamente con la Ley española de Propiedad Intelectual.

confluyen, en este caso con referencia a la colisión con la protección de la propiedad intelectual. Se entiende cada vez más claramente que la protección de la propiedad tanto de bienes materiales como intangibles no es el derecho absoluto. Por ejemplo, se pueden imponer los límites del uso de la propiedad privada relevantes para el medioambiente o relativos al incremento del alquiler de pisos que es una de las medidas introducidas en algunos países. Igualmente, los derechos de autor o de la propiedad intelectual de otro tipo no son intocables, pueden ser restringidos en cuanto a la duración de protección (más corta, mejor), al nivel de pagos por otorgar licencias, al establecimiento de licencias obligatorias, con o sin remuneración, o excepciones que permitan la utilización con fines determinados. Los bienes inmateriales, las creaciones intelectuales y las ideas juegan cada vez mayor papel en la economía y la vida cotidiana, por no decir que ya las dominan, y las restricciones de acceso y uso de estos bienes conciernen a todo el mundo. Por lo tanto, se observa una clara expansión de reclamaciones desde la sociedad civil para que se reduzcan las limitaciones de acceso y utilización de información científica, contenidos de cultura e ideas protegidas por patentes, por ejemplo, biotecnológicas. Como reacción a estas voces no sorprenden las fuertes declaraciones que los derechos privados a la propiedad intelectual cumplen todo lo bueno y necesario para el desarrollo económico, lo que nada es cierto. La protección de la propiedad intelectual sí permite lograrlo, aunque bajo la condición de que esté equilibrada para no frenar el potencial del progreso socioeconómico, la creatividad y la innovatividad. Luego, hay que buscar unas soluciones moderadas para acordar la protección de la propiedad intelectual y el disfrute de contenidos de cultura por todos, con el fin a estimular el desarrollo colectivo. Esta meta no se puede alcanzar sin abordar un análisis objetivo del impacto de la propiedad intelectual en la creatividad y la producción de innovaciones, tomando en consideración ambas opciones y buscando un justo medio entre la opción de la estrecha protección y la de dar permiso a la utilización libre de los bienes protegidos o al menos extenderlo lo más posible. Es lógico que los creadores, por un lado, esperan y necesitan obtener compensación por el tiempo y esfuerzo invertidos

y, por otro lado, protegerse contra el hecho de que los demás exploten comercialmente su producción para sus propios beneficios, sin aportar a la creación misma. Sin embargo, las obras creativas en general y las nuevas específicamente no surgen de un desierto intelectual, se inspiran o basan en las obras ya existentes, las desarrollan. Así, al no cuestionar en ningún grado la protección de la autoría y otros derechos morales de los creadores, la protección de sus intereses financieros y los de a quienes ellos transfirieron los derechos patrimoniales (editoras, productoras, etc.), a menudo forzosamente, no puede realizarse sin tomar en consideración los beneficios individuales y colectivos que surgen del uso del legado cultural y la producción cultural corriente. De cualquier modo, el monopolio del autor no puede frenar que la gente tenga acceso a las producciones y que otros creadores desarrollen obras, ideas o innovaciones propias. Tales son también las conclusiones de López González (2015: 274):

La mercantilización del derecho de autor supone un exceso de dominio privado frente al dominio público. La privatización del órgano legislativo y de sus instrumentos desemboca en la progresiva pérdida de consenso público. Las medidas penales y las multas económicas han infringido un continuo castigo a la ciudadanía. De acuerdo con Lessig¹²⁴ se ha afianzado un proteccionismo que favorece a un sistema de negocio. Durante años el legislador ha aplicado esta forma de entender y de configurar la cultura. Los canales de consumo cultural han estado definidos en formas de acceso condicionadas y controladas. La protección ha permitido el control sobre la creatividad de la cultura. Según Lessig¹²⁵ ya no existe una división entre lo libre y lo controlado. Dentro de los parámetros legales el hecho de crear y compartir la cultura se ha interpretado

¹²⁴ Se refiere a Salman, R. M. *Software libre para una sociedad libre*. Madrid: Traficantes de Sueños. 2004, pp. 14, 18 a 29.

¹²⁵ Se refiere a Lessig, L. *Por una cultura libre: cómo los grandes grupos de comunicación utilizan la tecnología y la ley para clausurar la cultura y controlar la creatividad*. Madrid: Traficantes de Sueños. 2005, pp. 18 y 28.

erróneamente. Se ha configurado un imaginario cultural menos libre y condicionado por una cultura del permiso.

Y a continuación López González (2015: 277):

Los conglomerados culturales se apropian de los derechos de la obra original y de las obras derivadas. Se crea una cadena de explotación idónea para el productor, que ve como sus intereses quedan asegurados a lo largo del tiempo. Se autoproclaman como competentes en la regulación de los derechos. Las entidades de gestión han asumido el mismo rol. La orientación de la Propiedad Intelectual es consecuencia del exceso en el cumplimiento de las competencias públicas otorgadas a los entes privados encargados de la titularidad y de la gestión de los derechos de autor.

Para restablecer el equilibrio entre los intereses comerciales y los comunes centrados en el fomento de la creatividad individual y el incremento del bienestar colectivo al rescate pueden salir los derechos humanos (fundamentales) vinculados al libre e íntegro desarrollo de la personalidad, a la educación, a la libertad de investigación científica, a la participación en la vida cultural y a la promoción de la diversidad cultural.

En términos breves, si bien la protección de la propiedad intelectual en el grado determinado propicia al crecimiento socioeconómico y el bienestar común, eso se consigue hasta un límite del alcance de la protección a partir del que la protección excesiva juega en contra de estos fines, por lo tanto, hay que regularizar este límite cuidadosamente por la ley para que no se merme y desgaste el potencial creativo de la ciudadanía, por consiguiente, el potencial socioeconómico. Así pueden ser los fundamentos y argumentos extrajurídicos destinados a abogar por la búsqueda de justicia y equidad entre los intereses de todas las partes involucradas en el proceso creativo, por un lado: autores, innovadores y empresas, y por el otro, los usuarios de contenidos de conocimiento y cultura, y a promover el acceso y la utilización relativamente libres de las producciones.

Como ya se ha asegurado una y otra vez, ni las ideas nuevas ni las obras creativas surgen de un vacío¹²⁶, por lo contrario, se inspiran en una totalidad de experiencias y producciones pasadas, en cierto sentido afloran de un espacio cultural común, una esfera de conceptos e ideas al que han aportado los creadores antecedentes y siguen aportando intangiblemente quienes están activos ahora. Por lo tanto, si nuevas ideas y producciones salen de lo público y ya existente, deben constituir por sí mismas los bienes públicos. Luego, como ya se ha dicho, al no cuestionar la necesidad de compensar a los autores y los productores por sus esfuerzos, tiempo e inversiones, la mira debe enfocarse en favorecer al individuo en su trabajo sustancialmente creativo e innovador y en los efectos benévolos de la libre creación y el desarrollo individual para la sociedad entera. Por consiguiente, no será ningún privilegio dar la accesibilidad y el derecho de utilización a los terceros, eso deberá ser la prioridad de la producción cultural, a la que sí la debe acompañar el derecho a la justa remuneración a los creadores y las industrias culturales que los respaldan. Sin embargo, el traslado del peso de importancia jurídica desde las industrias culturales y las de investigación científica y tecnológica y, en general, desde la protección de intereses patrimoniales de los titulares primarios y secundarios de derechos, hacia el usuario y el creador secundario, de tal modo hacia la estimulación del desarrollo intelectual, espiritual, artístico y científico, permite ver el complejo de relaciones patrimoniales e inmateriales desde otro ángulo, esta vez más favorable al usuario, al creador independiente y al progreso social, científico, tecnológico y económico sostenible y eficaz.

La propiedad intelectual, para usar consecuentemente el término tradicional, a saber los bienes intangibles, intelectuales, artísticos, las ideas mismas y sus encarnaciones fáciles de multiplicar y difundir, cumple perfectamente una de las

¹²⁶ Véanse: R. Keith Sawyer, “The western cultural model of creativity its influence on intellectual property law.” 86 Notre Dame L. Rev. p. 2027 (2011), <http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol86/iss5/10> y Gregory N. Mandel, “To Promote the Creative Process: Intellectual Property Law and the Psychology of Creativity”, 86 Notre Dame L. Rev. p. 1999 (2011), <http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol86/iss5/>. Acceso el 10.09.2017.

cualidades esenciales de ser un bien público por su característica inherente de no rivalidad, que se entiende como la circunstancia de que su consumo por parte de una persona no reduce en ningún grado la cantidad de la que pueden disponer los demás (González Amuchastegui, 2004: 154). Incluso en mayor medida se cumple la característica de no rivalidad en relación con la propiedad intelectual que en cuanto se trate de otros bienes públicos comúnmente reconocidos como tales, por ejemplo, el sano medioambiente o las carreteras públicas, que sí se desgastan por el uso, así se debe reducir o al menos controlar el acceso y el consumo de ellos para que no sean abusivos y excesivos. Queda poner bajo la lupa otro aspecto de los bienes públicos: la no exclusión, obviamente con respecto a la propiedad intelectual se intenta reforzar incluso más el concepto opuesto, la completa exclusión del acceso y la explotación por parte de terceros sin consentimiento de los titulares de derechos respectivos. La defensa de la exclusión se justifica por el hecho de que la característica más intrínseca de la propiedad intelectual se halla en la autoría incuestionablemente perteneciente a una persona o un grupo de personas bien determinadas. Pues, se pueden apuntar al menos dos contrapesos ante este razonamiento.

En primer lugar, a la autoría como tal le corresponden los derechos personales (morales), que nadie cuestiona. Cada vez más frecuentemente la autoría se hace colectiva de tal manera que difícilmente se puede indicar a todos los participantes del proceso creativo¹²⁷, se populariza el trabajo colectivo facilitado por el intercambio a través de redes sociales, también en los campos de investigación (por ejemplo, la ciencia ciudadana). El terreno científico-investigador es uno de muchos, incluidos los de producción artística digital, donde actualmente la cooperación dentro de un conjunto de personas predomina como la medida de creación, además los resultados sucesivos

¹²⁷ Por ejemplo, la autoría de los resultados de observaciones científicas complejas y del análisis de resultados obtenidos en el Gran Colisionador de Hadrones, (en inglés Large Hadron Collider, LHC) en la Organización Europea para la Investigación Nuclear (CERN) ni siquiera es posible nombrarla por hasta miles de involucrados en las investigaciones.

siempre se fundamentan o inspiran en lo anterior, o se refieren a ello, así lo comenta Sádaba (2008: 233):

La ciencia y la tecnología dependen de compleja red de flujos de información e interacciones múltiples y heterogéneas. Acostumbramos a adscribir la autoría nominal de la invención al último eslabón de una larga cadena de aportaciones y contribuciones a un objeto técnico, dando por sentado que quien ha materializado un conjunto de conocimientos científicos en una implementación concreta es la fuente de todo. Pero no se puede medir o computar la participación social y ecléctica, lo que impide otorgar un valor concreto a cada una de las contribuciones realizadas.

En segundo lugar, los derechos patrimoniales son transferibles y por tal o cual razón a menudo los terceros se apoderan de ellos, por lo cual la fundamentación básica de tipo moral basada en la autoría creadora individual ya no cuenta. Finalmente, como ya se ha explicado, las inspiraciones y las referencias de cualquier nueva idea, obra o resultado científico o tecnológico salen de una totalidad de experiencias y conocimientos existentes, eso es lo que a menudo el creador explota inconscientemente o, al menos, sin pago ninguno.

En síntesis, los bienes públicos (colectivos) son bienes como tales, así disponen de cierto valor cualquiera que sea su naturaleza, y son colectivos, así son importantes para el bienestar de un conjunto de personas, además “proporcionan satisfacciones personales a muchos individuos y responden a intereses de muchos individuos” (González Amuchastegui, 2004: 156). Principalmente se considera como bienes colectivos tales que gozan de cierta indivisibilidad: conceptual, fáctica o jurídica (González Amuchastegui, 2004: 154-155): el medio ambiente, la lengua, una sociedad tolerante, las vías públicas, los ríos, los bosques, etc. Sin embargo, se puede ver que, de hecho, cada uno de ellos dispone de ciertas cualidades diferentes. Así, las vías públicas son jurídicamente indivisibles y de uso común, no se las puede otorgar a determinados individuos, pero así lo decide la ley y la ley lo puede cambiar. Entonces no son

indivisibles entre algunos propietarios privados, ni conceptualmente ni de forma fáctica, ya que al menos se puede imponer el pago, lo que se practica en relación con las autopistas, y de esta manera prácticamente se pueden hacer accesibles a un grupo determinado de usuarios. Los ríos o los bosques públicos tienen una naturaleza similar, se los puede privatizar. Entonces, aparte de la disposición jurídica que los hace así, los bienes de acceso y uso colectivo de valor material (no son así la lengua o el sistema político) no disponen *per se* de alguna característica interna que los distinga. El catálogo de tales bienes no está cerrado, es el derecho mismo que los proclama como bienes públicos y colectivos y los defiende como tales para que permanezcan así. Luego, ni las ideas, ni sus representaciones en forma de obras creativas u otras materializaciones están por su naturaleza excluidas de este territorio, todo lo contrario, sí pueden adquirir la cualidad de un bien colectivo sin perder el vínculo (moral) con sus autores. Así son las producciones creativas pertenecientes al dominio público que están a disposición de todo el mundo sin restricciones a la utilización y la reutilización por parte de los terceros. El tema lo comenta Megías Quirós (2007: 200) de esta manera:

La propiedad sobre bienes inmateriales, como son las creaciones intelectuales, no puede ser completamente asimilable a la propiedad de los bienes materiales. [...] la producción intelectual, sobre el que deseamos que recaiga la propiedad, nunca depende en exclusiva de su autor, sino que en él está implicada forzosamente la Humanidad. En la producción intelectual se aprecia, de forma indudable, una parte personal e intransferible del autor, [...] pero se aprecia también otra parte muy importante, imprescindible, que corresponde a la Humanidad porque de ella hemos aprendido las bases desde las que partimos para construir o crear, porque de ella proceden las sinergias con otras personas que colaboran, que inspiran para la creación, que proporcionan elementos o información imprescindible, etc. Por ello se podría afirmar que la propiedad intelectual recae sobre algo que comienza siendo colectivo – porque se parte de una base común – y acaba, gracias a la genialidad o habilidad de un sujeto

individual, constituyendo una obra personal que, sin duda, enriquece el patrimonio de la Humanidad.

Similarmente trata el tema Sádaba (2008: 19):

una parte importante de lo que genera la mente social (o el general intelect) o de lo que inventan las sociedades posee una naturaleza intrínsecamente pública y colectiva, tanto por su concepción como por su “estatus moral” (por el valor no monetario que los sujetos conceden a determinados espacios, entidades o comportamientos). A ello hay que sumar que las relaciones de posesión y reparto de las entidades inmateriales, consecuencia de la acción mental o intelectual, están siendo problematizadas no solo por la presencia de nuevas técnicas, sino por modos de intercambio colectivo y producción cooperativa que cuestionan la arquitectura de la PI.

Entonces, no sorprende que en la percepción común los derechos de la propiedad intelectual vayan debilitando su carácter absoluto e intocable y cada vez con más frecuencia se plantee la cuestión sobre el alcance y la duración de la protección, hasta la justificación misma de ella, de tal forma lo formula Sádaba (2008: 196):

[...] predomina en el imaginario moderno [...] y en los textos legales más recientes, la noción contractualista y pactaria de los derechos de PI, aquella que intenta nivelar o contrarrestar lo público y lo privado, la opción propietaria (incentivo y recompensa al creador/inventor) con el beneficio social; la prima individual y el bienestar comunitario.

Los valores o los derechos básicos del ser humano refuerzan incluso más la naturaleza y la finalidad de bienes colectivos, siguiendo los conceptos de Joseph Raz (a ellos se refiere González Amuchastegui, 2004: 157):

siempre que asumamos que la autonomía individual es intrínsecamente valiosa, determinados bienes colectivos – aquellos imprescindibles para garantizar condiciones sociales que permitan a los individuos un número suficiente de opciones aceptables – serán intrínsecamente valiosos.

Particularmente, el compartir las ideas, los pensamientos y las emociones con los demás responde a la misma naturaleza social del ser humano y a la necesidad de comunicarse, esto se realiza en un grado mucho mayor que en relación con los bienes materiales. También, como ya se ha explicado, la misma materia prima de ideas y pensamientos nuevos proviene de las fuentes no tan bien determinadas, como es en caso de crear una cosa material (en su corporalidad, no en su conceptualidad), la gente habla entre sí e intercambia los conceptos, pues solo son algunos que lo quieren convertir en una obra privada, apropiarse a menudo de los conceptos de otros. De todas maneras, en el marco jurídico, ya sea en concreto o en abstracto, hay que decidirse cómo resolver “el desacuerdo entre el dogma incuestionable de la propiedad privada frente a los dogmas incuestionables (valores) del saber, como recurso social, o del material biológico como elemento naturalmente compartido” (Sádaba, 2008: 197).

Entonces, al proyectar estas controversias al marco jurídico estamos frente a un conflicto entre los diferentes derechos humanos y, quizás, sus homólogos en los ordenamientos constitucionales: los derechos fundamentales. Por un lado se encuentran: el derecho a la participación en la vida cultural, a beneficiarse de los logros y avances científicos de la humanidad, a la educación, a la libertad de investigación científica y al libre desarrollo de la personalidad que coincide con los anteriores, los fundamenta, los refuerza y los extiende, y por el otro se esconden las prohibiciones o las restricciones del uso o la reutilización de los datos, obras, ideas y otros recursos de conocimiento y cultura, hasta las limitaciones del acceso mismo a ciertas producciones y ciertos contenidos. A este entramado de los derechos de carácter básico que convergen o chocan entre sí se suma el efecto de la irradiación de los derechos fundamentales y su eficacia directa entre terceros / frente a particulares (la doctrina de *Drittwirkung*). Es decir, se trata de la influencia directa de los derechos fundamentales en todo el sistema jurídico, incluidas, en concreto, las relaciones de carácter civil (privado), también las relativas al derecho de autor y de la propiedad intelectual.

La conclusión acerca de la irradiación de los derechos / principios fundamentales la esboza Alexy (2012: 465 y 466) de esta manera:

[...] las normas de derecho fundamental contienen no solo derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, sino que representan, al mismo tiempo, un orden valorativo objetivo que, en tanto decisión básica de derecho constitucional, es válida para todos los ámbitos del derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la jurisprudencia. [...] los principios de derecho fundamental influyen en el sistema jurídico en cuanto principio objetivos.

Entonces, la interpretación basada en los derechos fundamentales puede llegar hasta la corrección de las relaciones y los contratos privados, tanto en sus aspectos establecidos libremente entre las partes como los que surgen de las leyes vinculantes obligatoriamente, es que particularmente (Alexy, 2012: 464 y 468 respectivamente):

Entre los derechos frente a la jurisdicción ordinaria civil, se encuentran los derechos a que sus autos y sentencias no vulneren con su contenido los derechos fundamentales. Esto implica un efecto, cualquiera sea su construcción, de las normas de derecho fundamental en las normas del derecho civil y, con ello, en relación ciudadano/ciudadano. [...] Actualmente se acepta, en general, que las normas de fundamental [sic] influyen en la relación ciudadano/ciudadano y, en este sentido, tienen un efecto entre terceros o un efecto horizontal.

Específicamente, con respecto a las repercusiones de este concepto para el campo del derecho privado Alexy (2012: 469) explica lo siguiente:

[...] «normas objetivas» o «valores iusfundamentales» [...] influyen en la interpretación del derecho privado. Esta influencia se llevaría a cabo, sobre todo, en la concreción de las cláusulas generales del derecho privado, pero puede, además, estar presente en toda interpretación de una norma de derecho privado y, en casos especiales se extendería hasta las justificaciones de decisiones en contra del texto de la ley.

A continuación, citando a Nipperdey¹²⁸ (Alexy, 2012: 470):

«El efecto jurídico es más bien un efecto directamente normativo que modifica las normas de derecho privado existentes – sin que importe que se trate de derecho vinculante o dispositivo, de cláusulas generales o de determinantes normas jurídicas – o crea otras nuevas, sean estas prohibiciones, mandatos, derechos subjetivos, leyes de protección o razones de justificación.» En este sentido, los derechos fundamentales habrían de tener un efecto absoluto.

En definitiva, tanto el efecto de irradiación de los derechos fundamentales, aquí nos centramos en el derecho al libre desarrollo personal, en la totalidad de las normas del sistema jurídico, lo que se traduce específicamente en la obligatoriedad de implementar cierto tipo de legislación que coincida con estos y los efectúe, como el efecto directo horizontal pueden y deben modificar las relaciones de tipo privado entre terceros correspondientes al acceso y la utilización de los contenidos de conocimiento y cultura, esenciales para asegurar que se materialice y persiga el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Al suponer este efecto directo, haciendo una concretización, en las relaciones ciudadano/ciudadano se plantea la pregunta de qué hacer si los mismos derechos / principios fundamentales chocan entre sí, de tal manera que uno soporta un derecho subjetivo o una reclamación y el otro juega en contra¹²⁹. Tal cuestión surge cuando se confrontan, ya a nivel práctico, los derechos del acceso y la reutilización de los contenidos de cultura (en el sentido amplio, científicos, tecnológicos, etc.) enraizados en los derechos fundamentales determinados y las medidas jurídicas de su protección y

¹²⁸ H.C.Nipperley, *Grundrecht und Privatrecht*, p. 26.

¹²⁹ La cuestión de cómo resolver las colisiones entre los derechos fundamentales ha sido sujeta al análisis minucioso en una pluralidad de investigaciones jurídicas, a modo de ejemplo en el ámbito español se pueden indicar tales tesis doctorales: Rodríguez Calero (1998): *La creación judicial del derecho en la colisión entre derechos fundamentales*; Martínez Zorrilla (2007): *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa* o Ugarte Cataldo (2011): *La colisión de derechos fundamentales en el contrato de trabajo y el principio de proporcionalidad*. Véase también: Eva Brems (ed.). (2008). *Conflicts between fundamental rights*. Intersentia. Antwerp – Oxford – Portland.

restricción de acceso y uso arraigadas en otros. No queda otro remedio que sopesar minuciosamente la exacta situación jurídica de las partes (Alexy, 2012: 77) y comparar entre el “coste” de vulnerar un derecho fundamental y el beneficio de seguir el otro (la proporcionalidad / la ponderación o el balanceo, Alexy, 2006: 1). Entonces, (Alexy, 2006: 2; Alexy, 2011: 15):

La ponderación no es más que la optimización relativa a principios contrapuestos. Por lo tanto, [...] cuanto mayor sea el grado de insatisfacción o de detrimento de un derecho o de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacer el otro.

La situación del conflicto potencial entre los derechos fundamentales (humanos) se complica incluso más al tomar en consideración que al conjunto de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente en un orden jurídico nacional se suman los derechos humanos establecidos en los actos del derecho internacional aprobados por el Estado, incluidos, para los países de la Unión Europea¹³⁰, los derechos que provienen de la Carta de los Derechos Fundamentales cuya naturaleza va mucho más allá de las disposiciones tipo *soft law*. De esta manera, las normas de dichos actos se insertan en tal o cual modo en el ordenamiento jurídico nacional y coexisten con los derechos fundamentales nacionales.

Aunque, principalmente, no se cuestiona “la primacía de los derechos humanos sobre el derecho mercantil”, también en referencia con la propiedad intelectual (ONU, 2014: 3), esta posición no permite resolver las controversias dentro del mismo sistema de los derechos humanos. Luego, se entiende bien la contradicción que surge del hecho de que (ONU, 2014: 3):

¹³⁰ Véanse: Mikaela Carlberg (2015), *Conflicts between Fundamental Rights in Europe - A case – law study of the CJEU and the ECtHR approach to conflicts between fundamental rights in the light of Google Spain*. Graduate Thesis en Lund University, acceso el 09.09.2017 en <http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=7756679&fileId=7756680> o la monografía de Aida Torres Pérez (2009), *Conflicts of Rights in the European Union: A Theory of Supranational Adjudication*. Published to Oxford Scholarship Online: September 2009.

Tanto los sistemas de propiedad intelectual como el derecho a la ciencia y la cultura obligan a los gobiernos "a reconocer y recompensar la creatividad humana y la innovación y, al mismo tiempo, a garantizar el acceso público al fruto de esos esfuerzos. El logro de un equilibrio adecuado entre esos dos objetivos es el principal desafío de ambos regímenes". Además, es importante señalar que tanto la participación cultural como la protección de la autoría son principios de derechos humanos concebidos para aplicarse de manera conjunta.

Por consiguiente, no basta identificar el problema, cabe establecer las medidas de solucionarlo, pretendiendo restablecer el equilibrio justo entre, por un lado, los derechos culturales incuestionables otorgados a la persona, igualmente justificados por los beneficios socioeconómicos para los colectivos resultantes de su cumplimiento, y, por el otro, todo el sistema de protección de intereses económicos relacionados con la propiedad intelectual, evidentemente destinados a garantizar solamente los intereses particulares, sobre todo las ganancias de las compañías de industrias culturales y biotecnológicas (farmacológicas), editoras, etc. que obstaculizan la efectucción de los derechos culturales y afines a menudo de manera abusiva. No sorprende que partiendo del derecho humano a la protección de la autoría se defienda la compensación material por el trabajo creativo del autor. Sin embargo, “es preciso establecer una distinción importante entre los autores que son personas físicas y las empresas titulares de derechos” (ONU, 2014: 10, ítem: 40). En busca del equilibrio entre los intereses de creadores y los intereses públicos conectados con el acceso y la utilización plenos y libres se señala que (ONU, 2014: 12, ítem: 49 y 50 respectivamente):

El derecho de autor debe entenderse como parte de un conjunto más amplio de políticas de promoción del sector cultural y el derecho a la ciencia y la cultura. [...] El derecho humano a la protección de la autoría es plenamente compatible con un sistema de derechos de autor que limite el período de protección a fin de asegurar un ámbito público dinámico con un patrimonio cultural compartido que todos los creadores puedan aprovechar.

Desde la perspectiva legislativa se entiende bien que esté de acuerdo con el conjunto de los derechos humanos relevantes a la protección de autoría y los derechos materiales de la propiedad intelectual el concepto de que (ONU, 2014: 13, ítem: 53):

Los Estados tienen libertad para ajustar la normativa sobre los derechos de autor mediante procesos legales para promover los intereses de los autores, el derecho de toda persona a participar en la vida cultural y otros derechos humanos, como el derecho a la educación.

De este modo el legislador no tiene por qué declarar y percibir que los derechos materiales relativos a la propiedad intelectual, incluso anclados de algún modo en el sistema de los derechos humanos (fundamentales), prevalecen sobre los derechos de terceros. El supuesto de la participación activa en la vida cultural y científica va mucho más allá de “la simple posibilidad de acceder a las obras culturales y científicas, reconoce la doble importancia de acceder a los conocimientos y creaciones expresivas de otros y de la autoexpresión en un contexto cultural general” (ONU, 2014: 14, ítem: 60). Se proponen, entre otras, las medidas precisas para equilibrar los intereses de los creadores y los usuarios, los consumidores de bienes culturales y los creadores consecutivos y promocionar, de esta manera, la participación cultural (ONU, 2014: 14 y 18) basadas en excepciones, limitaciones y licencias abiertas.

La introducción de las TIC y el continuo desarrollo de la SIC destapan nuevas potenciales colisiones dentro del conglomerado de los derechos fundamentales y agravan incluso más ciertas situaciones conflictivas, por ejemplo, eso se puede observar mejor en el contexto de la protección de la vida privada y de la seguridad colectiva¹³¹. Es cierto que, en relación con la efectuación de los derechos y libertades políticos, los más antiguos dentro del sistema de los derechos humanos (la primera generación), las TIC han abierto unas oportunidades extraordinarias para fomentar la ciudadanía cívica y

¹³¹ Véase, Cristina Pace (2012). “Balancing Rights in the Information Society: Human Rights and Public Security”, Human Security Perspectives, Volume 9 (2012), Issue 1, pp. 67-97. Acceso el 09.09.2017 en <http://www.hs-perspectives.etc-graz.at/typo3/index.php?id=1289#c2859>.

fortalecer una democracia participativa y deliberativa, incluso directa, luego en el ámbito sociopolítico aparecen las señas positivas de las TIC. Por lo contrario, en el entorno de la protección de la vida privada y datos personales puede que aumente el peligro de intromisiones no autorizadas en la privacidad, intimidad y correspondencia que se hacen más fáciles debido a nuevos medios de comunicación: Internet o teléfonos móviles: se trata de escuchas o indagaciones ilegales. La búsqueda del equilibrio entre los intereses básicos del ciudadano y de la colectividad se hace cada vez más urgente, sobre todo ante las pruebas de introducir las medidas que respondan al creciente peligro terrorista. El debate al respecto marca las nuevas dimensiones para la aplicación de los derechos humanos, incluso para la profundización de su entendimiento y la fundación de algunos nuevos, emergentes o derivados. Mientras que los asuntos relacionados con las TIC e Internet en cuanto a la confrontación entre la vida privada y la seguridad común principalmente se encuentran fuera del interés de este trabajo, las cuestiones de conflictos semejantes entre los derechos básicos del ciudadano sí constituyen una parte importante de las consideraciones presentadas. Pues, las escuchas, legales o no, en interés de una investigación criminal, aunque sean las medidas polémicas, pueden estar acompañadas por las medidas mucho más peligrosas para los derechos humanos, tales que resultan en el cierre o la limitación de la comunicación o al menos del acceso a algunas páginas de Internet (filtrado) decididas a veces arbitrariamente, violando de este modo los derechos relacionados con la libertad de comunicación, el derecho a la información, la libertad de expresión y del intercambio libre de ideas y pensamientos.

A partir de las TIC se han multiplicado las modalidades de comunicación, la accesibilidad de contenidos e informaciones y la velocidad de transmisión, han aparecido nuevas oportunidades del almacenamiento de los datos y su elaboración y transformación. Además, las nuevas soluciones son asequibles a casi cada persona y, en gran medida, es el usuario quien dispone de la iniciativa de elegir por dónde buscar los datos e informaciones, qué archivos o aplicaciones le interesan y descargarlos o utilizarlos de otra manera. De todas formas, ni siquiera frente a las leyes vigentes es fácil

de resolver qué modos de utilización, intercambio y circulación, sin o con fines comerciales, de esta clase de contenidos sujetos a las restricciones del derecho de la propiedad intelectual, se libran de las limitaciones o, por lo contrario, se someten a todos los requerimientos con las consecuencias provenientes del derecho civil, administrativo o penal para quienes infrinjan dichas restricciones. Si además se tratara de cuestionar algunas de estas exigencias de los derechos de autor y de la propiedad intelectual por motivo del bien común prevaleciente o, dentro del marco de los derechos fundamentales, defendiendo otros intereses debidos, el tema se haría incluso más complicado.

Como ya se ha explicado más arriba, ambos, el derecho al desarrollo de la personalidad junto con la protección de la dignidad humana, se sitúan en una posición casi especial frente a otros derechos humanos (fundamentales), también por su universalidad (transversalidad). Con mucha más intensidad que otros derechos se entrometen directamente en las relaciones jurídicas entre las personas, de esta manera pueden servir eficazmente para solucionar las disputas entre agentes, ya sean los sujetos privados o administrativos. El derecho al libre desarrollo de la personalidad cuenta con los rasgos que lo predisponen especialmente para ser aplicado directamente en caso de conflictos entre los interesados en los campos relacionados con el derecho de autor, tales como el campo de educación (formación), investigación científica, acceso y uso de los contenidos del conocimiento y cultura, pues así se puede ver cómo estas referencias coinciden además con ciertos derechos fundamentales nombrados separadamente. Se trata del derecho a la educación, a la libertad de investigación científica y a la participación en la vida cultural. Incluso se puede decir que la protección del usuario de bienes culturales que surge de un haz de los derechos humanos va mucho más allá y es mucho más fuerte que la protección del creador. No obstante, esa conclusión se aplica difícilmente en la realidad.

Cabe señalar que en el marco de los derechos relacionados con el disfrute de la cultura y la ciencia el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y

Culturales de 1966 confirma en el art. 15 que se reconozcan los derechos de toda persona a:

- participar en la vida cultural;
- gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;
- beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora;
- que se emprendan la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura;
- que se respete la libertad indispensable para la investigación científica y para la actividad creadora;
- que se fomenten y desarrollen la cooperación y las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.

De esta manera el Pacto duplica la contradicción entre, por una parte, el paquete de los derechos relacionados con el libre y pleno desarrollo de la personalidad, tales como: la participación en la vida cultural, el goce del progreso científico y de sus aplicaciones y la libertad de investigación científica y creadora y, por otra parte, los derechos de autor y de la propiedad intelectual, sin indicar ninguna orientación interpretativa. Se puede ver que textualmente el Pacto no va mucho más allá de la declaración Universal, donde el art. 27 proclama el derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad y a gozar de las artes, así como a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

Al derecho de beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones se suma el concepto del “derecho de todos los seres humanos a beneficiarse del patrimonio común de la Humanidad” que surgió primeramente en relación con los bienes naturales: los fondos marinos, oceánicos y su subsuelo. Después, en el curso del debate, se reconocieron igualmente los bienes culturales de interés universal como componentes

del patrimonio mundial, por poseer un valor universal excepcional desde el punto de vista artístico, histórico, científico, estético, etnológico o antropológico (Tello Moreno, 2012: 112). La Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural (UNESCO, 1972) define con precisión el concepto del "patrimonio cultural" destacando "la obligación de identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio cultural". De este modo se establece más bien una visión abstracta del disfrute de este patrimonio que un derecho concreto otorgado al individuo que le permita beneficiarse personalmente del acceso y el uso de las obras pertenecientes a dicho patrimonio, aunque se pueden defender las interpretaciones más exigentes como la de Gros Espiell quien señala que "el derecho de todos los seres humanos, sin discriminación de especie alguna, a beneficiarse finalmente de este patrimonio común de la humanidad, constituye así el objetivo último, la verdadera esencia y la razón de ser de la existencia de un patrimonio común de la humanidad" (Tello Moreno, 2012: 114¹³²). No se logró el planteamiento del derecho relativo al patrimonio cultural de manera textual, así (Tello Moreno, 2012: 116-117¹³³):

no se contempla como parte del derecho el aspecto de los bienes de carácter cultural, pero se explica que en la discusión sobre la determinación del derecho algunos de los participantes abogaron por que el mismo reconociera y protegiera el patrimonio cultural y artístico [...] el derecho a beneficiarse del patrimonio común de la humanidad se entendió como aquél de todos los individuos del planeta a gozar de los frutos rendidos de la explotación común de los fondos oceánicos y el subsuelo marino, con la posibilidad de que la categoría pudiera extenderse en el futuro hacia otras áreas comunes como el

¹³² Se cita a Héctor Gros Espiell (1980). *El derecho de todos los seres humanos a beneficiarse del patrimonio común de la humanidad*, p. 29. UNESCO, París, 3 de julio de 1980. Recuperado el 9.9.2017 de <http://unesdoc.unesco.org/images/0004/000407/040783sb.pdf>.

¹³³ Se cita *Reporte final del Coloquio sobre los Nuevos Derechos Humanos*. Ciudad de México, del 12 al 15 de agosto de 1980. UNESCO DocSS-80/CONF.806/4.

espacio ultraterrestre y los cuerpos celestes, y luego hacia los bienes de carácter cultural.

Aunque la conservación y la protección del legado cultural es la condición necesaria para su disfrute en términos generales (sin existencia y preservación de obras u otros textos de cultura obviamente no se puede disfrutarlos), el establecimiento del mero derecho de preservación del patrimonio común de la humanidad no es suficiente, ya que sería polémico derivar de este tipo de disposición dirigida a los Estados algún derecho subjetivo al acceso libre a determinados artefactos, obras o conceptos de dicho patrimonio y su utilización (eso sería “beneficiarse”) para el individuo (Tello Moreno, 2012: 155). En estas circunstancias jurídicas desfavorables, lógicamente el construir un derecho a beneficiarse del legado común y sus concretas materializaciones requiere ser apoyado con otros derechos fundamentales (humanos) (Tello Moreno, 2012: 152). En suma, como lo explica Megías Quirós (2007: 209):

Es preciso repensar la propiedad intelectual; considerar que un equilibrio entre la justa retribución de los creadores y el acceso a la cultura de todos los seres humanos, con independencia de su poder adquisitivo, cerraría las puertas a la discriminación en nuestra sociedad contemporánea.

Es cierto, que sin el libre acceso a los contenidos de cultura y la libertad de su reutilización no es posible de ninguna manera hacer realidad los objetivos establecidos en el art. 1 de la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de 2005. Al margen hay que añadir que es el acto asumido por la Unión Europea. Entre los principios rectores destacados por la Convención se encuentran los siguientes:

Principio de complementariedad de los aspectos económicos y culturales del desarrollo

Habida cuenta de que la cultura es uno de los principales motores del desarrollo, los aspectos culturales de éste son tan importantes como sus

aspectos económicos, respecto de los cuales los individuos y los pueblos tienen el derecho fundamental de participación y disfrute.

Principio de desarrollo sostenible

La diversidad cultural es una gran riqueza para las personas y las sociedades. La protección, la promoción y el mantenimiento de la diversidad cultural son una condición esencial para un desarrollo sostenible en beneficio de las generaciones actuales y futuras.

Principio de acceso equitativo

El acceso equitativo a una gama rica y diversificada de expresiones culturales procedentes de todas las partes del mundo y el acceso de las culturas a los medios de expresión y difusión son elementos importantes para valorizar la diversidad cultural y propiciar el entendimiento mutuo.

Los citados principios marcan las exigencias muy concretas ante el derecho de autor y de la propiedad intelectual. Aunque no se puede decir que gozan de carácter de derechos humanos, sí fortalecen adicionalmente el derecho a la participación en la vida cultural y a beneficiarse de los bienes y avances de la humanidad, pero sobre todo se dirigen a los gobiernos, incluido el “gobierno” comunitario. En consecuencia, al elaborar las políticas y las directivas relevantes para el acceso a los bienes culturales, incluidas las directivas correspondientes a los derechos de autor, ya no se puede ignorar estas orientaciones acogidas por el derecho comunitario. A las directrices generales se añaden unas medidas más exactas definidas en la Convención, que igualmente soportan el concepto del libre acceso a los bienes culturales. Así, el art. 7 dispone que:

1. Las Partes procurarán crear en su territorio un entorno que incite a las personas y a los grupos a:

(a) crear, producir, difundir y distribuir sus propias expresiones culturales, y tener acceso a ellas, prestando la debida atención a las circunstancias y necesidades especiales de las mujeres y de distintos grupos sociales, comprendidas las personas pertenecientes a minorías y los pueblos autóctonos;

(b) tener acceso a las diversas expresiones culturales procedentes de su territorio y de los demás países del mundo.

2. Las Partes procurarán también que se reconozca la importante contribución de los artistas, de todas las personas que participan en el proceso creativo, de las comunidades culturales y de las organizaciones que los apoyan en su trabajo, así como el papel fundamental que desempeñan, que es alimentar la diversidad de las expresiones culturales.

Es verdad que puede sorprender la apertura con la que se presenta el tema de la relación entre el citado artículo 7 y los aspectos de los derechos de la propiedad intelectual proclamados por una multitud de tratados internacionales. Se dice lo siguiente (Aplicación en la Unión Europea de la Convención de la UNESCO de 2005 sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, 2010: 32 y 33):

Entendemos que el artículo 7 es una norma fundamental de la Convención de la UNESCO que debe orientar la elaboración de instrumentos de gobernanza para el funcionamiento de las sociedades democráticas modernas, aplicables tanto en las relaciones exteriores como en las políticas interiores. Por consiguiente, esta disposición merece la mayor atención por parte de los responsables políticos y los legisladores en la aplicación de este instrumento en sus respectivas jurisdicciones.

Muchos artistas, responsables políticos y legisladores, activistas de la sociedad civil y académicos preocupados por la protección y la promoción de las expresiones culturales hacen la vista gorda ante el sistema de propiedad intelectual internacional. Sólo ven los beneficios de este sistema para el sector cultural y hacen caso omiso de sus aspectos negativos. Hay un tabú extendido en el sector cultural contra el análisis crítico y el debate sobre aspectos del sistema que se contradicen con los propósitos y objetivos de la Convención de la UNESCO.

[...] en el ámbito de las industrias culturales, el dogma predominante sigue siendo que para la cultura y la diversidad cultural en general, y para la diversidad de las expresiones culturales en particular, es mejor aplicar un alto nivel de protección de los derechos de autor y de las marcas comerciales.

A primera vista esta declaración sí da cierto aire fresco en comparación con la narrativa dominante en el discurso oficial comunitario centrada principalmente en el reforzamiento de los derechos de autor y la propiedad intelectual. Sin embargo, al referirse a la realidad legislativa comunitaria, parece fuertemente incoherente y esquizofrénico la toma de tal posición tan claramente en contra de la excesiva protección de los derechos de la propiedad intelectual por parte de los expertos y legisladores comunitarios.

La cuestión del disfrute de los contenidos de cultura y de conocimiento engloba todos los aspectos de cultura en el sentido más amplio posible, ya sean de índole artístico, científico o tecnológico, así se proclama el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones. En términos breves, en el informe al respecto (ONU, 2012: 21-23), la Relatora Especial de la ONU destaca el vínculo estrecho entre dicho derecho y el derecho a participar en la vida cultural, arraigado en la Declaración Universal, apuntando que el contenido normativo del derecho humano a participar en la vida cultural incluye tales componentes como: el acceso de todos a los beneficios de la ciencia, el conocimiento científico y sus aplicaciones, las oportunidades para todos de contribuir a la actividad científica y la libertad indispensable para la investigación científica, la participación de individuos y comunidades en la adopción de decisiones y el derecho conexo a la información y el fomento de un entorno favorable a la conservación, desarrollo y difusión de la ciencia y la tecnología. Entre las recomendaciones incluidas en el Informe se encuentran las siguientes:

Los Estados aseguren la libertad de acceso a Internet, promuevan el acceso abierto al conocimiento científico y a la información científica en Internet y tomen medidas para mejorar el acceso a las computadoras y a la conectividad

con Internet, en particular mediante una gobernanza adecuada de Internet que apoye el derecho de todos a tener acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones y a usar estas tecnologías en formas autodeterminadas y empoderantes;

Las universidades, las instituciones de investigación y las instituciones financiadoras adopten políticas obligatorias de acceso abierto para las revistas y depósitos de datos de investigación;

Desde la sociedad civil, concretamente desde el Observatorio de la Diversidad y los Derechos Culturales, se lanzó la Declaración de Friburgo sobre Derechos Culturales del 7 de mayo de 2007 ¹³⁴, comúnmente reconocida (ONU, 2010: 5), donde se destaca que (Preámbulo, ítem: 2 y art. 1 respectivamente):

los derechos culturales son, al igual que los otros derechos humanos, expresión y exigencia de la dignidad humana [...] por ello forman parte integrante de los derechos humanos y deben interpretarse según los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia

Es lo que coincide plenamente con la conclusión del Informe de la Experta independiente en la esfera de los derechos culturales (ONU, 2010: 4) de que:

[...] los derechos culturales están subdesarrollados en comparación con otros derechos humanos. La insuficiente atención que se les ha prestado ha hecho que en ocasiones se considere que son derechos que tienen menor prioridad. No obstante, como se destaca en la resolución 10/23 del Consejo de Derechos Humanos, forman parte integrante de los derechos humanos, que son universales, indivisibles, interrelacionados e interdependientes. En muchos aspectos los derechos culturales son fundamentales para el reconocimiento y el respeto de la dignidad humana, por cuanto protegen el desarrollo y la expresión

¹³⁴ Acceso el 11.09.2017 a la versión española de la Declaración y las informaciones al respecto en <http://www.culturalrights.net/es/documentos.php?c=14&p=161>. Véase: Observatory for diversity and cultural rights. *Report on the launching of the Fribourg Declaration 7th and 8th May 2007* de 13th August 2007.

de diversas visiones del mundo —individuales y colectivas— y abarcan importantes libertades relacionadas con cuestiones de identidad. A condición de que se entiendan plenamente los derechos culturales como parte del sistema más amplio de los derechos humanos y, por lo tanto, fundamentados en las normas y principios internacionales de derechos humanos, dan lugar a una mayor comprensión del principio de la universalidad de los derechos humanos tomando en consideración la diversidad cultural. Además, los derechos culturales son instrumentos esenciales del desarrollo, la paz y la erradicación de la pobreza, la consolidación de la cohesión social, y el respeto de la comprensión recíproca entre individuos y grupos, en toda su diversidad.

El propósito que subyació en la elaboración de la Declaración de Friburgo fue consolidar en un documento único y coherente el conjunto de los derechos culturales que “están actualmente reconocidos de manera dispersa en un gran número de instrumentos de derechos humanos, y que es importante reunirlos para garantizar su visibilidad y coherencia, y para favorecer su eficacia” (Preámbulo, ítem: 9). En términos breves, la Declaración recuerda y enfatiza, entre otros, que:

- toda persona, individual o colectivamente, tiene derecho a acceder, en particular a través del ejercicio de los derechos a la educación y a la información, a los patrimonios culturales que constituyen expresiones de las diferentes culturas, así como recursos para las generaciones presentes y futuras (art. 3.c)
- toda persona, individual y colectivamente, tiene el derecho de acceder y participar libremente, sin consideración de fronteras, en la vida cultural a través de las actividades que libremente elija (art. 5.a).

En concreto el derecho a la participación en la vida cultural se materializa a través de los siguientes derechos y libertades (art. 5.b):

- la libertad de expresarse,

- la libertad de ejercer las propias prácticas culturales, y de seguir un modo de vida asociado a la valorización de sus recursos culturales, en particular en lo que atañe a la utilización, la producción y la difusión de bienes y servicios,
- la libertad de desarrollar y compartir conocimientos, expresiones culturales, emprender investigaciones y participar en las diferentes formas de creación y sus beneficios,
- el derecho a la protección de los intereses morales y materiales relacionados con las obras que sean fruto de su actividad cultural.

A este conglomerado se suman los derechos relacionados con la información y comunicación (art.7), entre ellos destacan:

- la libertad de buscar, recibir y transmitir información,
- el derecho de participar en la información pluralista, en el o los idiomas de su elección, de contribuir a su producción o a su difusión a través de todas las tecnologías de la información y de la comunicación.

No cabe duda de que el art. 27 (1) de la Declaración Universal de los Derechos Humanos promueve y subyace a los demás derechos culturales. Para recordar, la disposición dice que:

Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

Los preceptos similares se repiten y desarrollan en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del año 1966 y en la Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales del año 2005. El artículo XIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del año 1948 formula con plena analogía que: “Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos.” El art.

14 del “Protocolo de San Salvador”, es decir, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del año 1988 reproduce lo que dice el Pacto del año 1966. Las regulaciones y los conceptos los recoge minuciosamente Harvey en (UNESCO, 1995) y (UNESCO, 2008: Harvey) incluidas las referencias a los ordenamientos nacionales relevantes para la cuestión de derechos culturales. Ninguno de los informes citados, aunque enumeran y ordenan los derechos culturales, ni presenta ni intenta resolver las contradicciones y dificultades relacionadas con su efectucción dentro del sistema de los derechos humanos.

En el marco jurídico comunitario, desafortunadamente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea escasamente hace caso de las cuestiones culturales. Eso se puede entender, ya que la Unión dispone de instrumentos muy variados de aportar a los conceptos y las políticas culturales, aunque no es su competencia exclusiva, los trabajos se desarrollan dentro del mecanismo del Método Abierto de Coordinación (MAC)¹³⁵. Así, siguiendo las disposiciones de la Carta, la Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística (art. 22 CDF) y, no se puede saber por qué el reconocimiento y el respeto al derecho “a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural” (art. 25 CDF) están limitados a las personas mayores.

En definitiva, se puede concluir que los derechos relativos a la participación libre del individuo en la vida cultural, al goce de la producción artística y del progreso científico y sus aplicaciones son universalmente reconocidos a nivel internacional como derechos humanos, a menudo cuentan con el carácter de derechos fundamentales al insertarse en los ordenamientos constitucionales nacionales. Siguiendo los conceptos de la irradiación y el efecto horizontal de los derechos humanos (fundamentales), como ya

¹³⁵ Véase: *European Agenda for Culture. Work Plan for Culture 2011-2014. Policies and good practices in the public arts and in cultural institutions to promote better access to and wider participation in culture.* European Union Open Method of Coordination. Expert Group on Better Access and Wider Participation in Culture. October 2012.

se ha dicho anteriormente ellos se extienden directamente, sin que se necesite alguna medida legislativa específica, a todo el sistema jurídico, hasta afectar las relaciones jurídicas privadas entre los ciudadanos, manteniendo sus efectos frente al Estado. Luego, se plantea la cuestión de cuáles son las repercusiones si las legislaciones desvían la aplicación de dichos derechos, es decir, las leyes, incluso las sentencias de los tribunales los ignoran o deciden en contra de ellos. Si las leyes o las sentencias entran en conflicto con los derechos humanos (fundamentales), cuáles serán las defensas del ciudadano, en qué medida se puede acudir al concepto de la desobediencia civil cuya representación en la SIC puede llegar hasta los comportamientos de la piratería y el hacktivismo. Ante tal tipo de colisiones cada vez más frecuentemente presentes en la SIC, entre, por un lado, el derecho al libre y pleno desarrollo personal y los derechos culturales y, por otro lado, los derechos de autor y de la propiedad intelectual, se entiende bien que las medidas contra la piratería no son ni adecuadas ni efectivas. Se debe observar y comentar este problema con mucha atención. La cuestión la recoge la Relatora Especial de este modo (ONU, 2014: 51):

[hay mucha] preocupación de los titulares de derechos de autor por la amenaza a la que se enfrentan las industrias culturales debido a la piratería digital propiciada por la evolución de las tecnologías digitales. Entre las propuestas para hacer frente a esa situación en relación con Internet cabe citar el bloqueo de sitios web, el filtrado de contenidos y la imposición de otros límites de acceso a contenidos sujetos a los derechos de autor, así como la responsabilidad en que incurren los intermediarios por infringir contenidos difundidos por los usuarios. En opinión de la Relatora Especial, esas medidas podrían dar lugar a restricciones incompatibles con el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la ciencia y la cultura. También se muestra inquietud por el despliegue de medios agresivos de lucha contra la piratería digital, incluida la denegación de acceso a Internet, la imposición por ley de cuantiosas

indemnizaciones por daños y perjuicios o multas y sanciones penales por infracciones no comerciales.

Afortunadamente, falló la prueba de implementar en la Unión Europea el Acuerdo Comercial Antipiratería (ACTA¹³⁶), finalmente rechazado por el Parlamento Europeo en el año 2012, solo gracias a multitudinarias protestas desde la sociedad civil. Las regulaciones del Acuerdo chocarían con los derechos fundamentales de los usuarios de Internet, con referencia especial a los derechos que abarcan la participación en la vida cultural y el desarrollo personal, lo que parecía claro desde el mismo principio del debate político al respecto. La indolencia de la Unión Europea y la negligencia e incompreensión de los Estados miembros se produjo en conciencia de que la Unión misma aprobó, entre otros, la citada Convención sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales adoptada por la UNESCO. Aparte de esta circunstancias, el derecho humano a la participación en la vida cultural está consagrado en muchos otros actos del derecho internacional y sique concretizándose y fortaleciéndose dentro de una variedad de iniciativas, como la del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del día del debate general acerca del derecho a la participación en la vida cultural del día 9 de mayo de 2008¹³⁷, cuyas ideas después se desarrollaron en la resolución núm. 10/23 del Consejo de Derechos Humanos de 26 de marzo de 2009 donde se creó un procedimiento titulado "Experto independiente en la esfera de los derechos culturales"¹³⁸ a causa del cual se emitieron unos estudios

¹³⁶ Por sus siglas en inglés: Anti-Counterfeiting Trade Agreement

¹³⁷ Day of General Discussion on "The right to take part in cultural life", Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 9 May 2008. Acceso el 12.09.2017 en <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CESCR/Pages/DiscussionMay2008.aspx>.

¹³⁸ El Consejo de Derechos Humanos, en su resolución 10/23 (26 de marzo de 2009), decidió crear por un período de tres años un nuevo procedimiento especial titulado "Experto independiente en la esfera de los derechos culturales." El mandato fue prorrogado en 2012 por un período de tres años y le confiere al titular del mandato actual la condición de Relatora Especial en la esfera de los derechos culturales (resolución 19/6).

extendidos y profundizados al respecto¹³⁹. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (el debate de 2 a 20 de noviembre de 2009) emitió además la Observación general núm. 21 acerca del derecho de toda persona a participar en la vida cultural refiriéndose al art. 15.1a del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁴⁰, con la estrecha relación a la mencionada Declaración de Friburgo de 7 y 8 de mayo de 2007 sobre los derechos culturales. Como ya se ha señalado, el derecho a la participación en la vida cultural y la extensión del acceso a la producción cultural contradicen en cierto grado la protección de derechos de autor, es decir, al derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de las cuales sea el autor, expuesto igualmente en el art. 15.1.c del Pacto DESC. Como ya se ha mencionado unas veces, el problema es que en lugar de buscar un equilibrio entre ambos derechos sea la protección del derecho de la propiedad intelectual la que gana la importancia antes de avanzar con la protección del ciudadano por el derecho a la participación en la vida cultural, lo que se ve en la Observación no 17 pronunciada en los días de 7 a 25 de noviembre de 2005¹⁴¹. Oponiéndose a la tendencia de prevalencia injusta del derecho de la propiedad intelectual tanto en el discurso político-económico y teórico-jurídico como en la legislación, la comunidad internacional aborda con mucho entusiasmo las cuestiones de la vida cultural, reavivando y vigorizando los propósitos incrustados en la Declaración Universal.

A la hora de establecer las disposiciones relevantes para el acceso y la utilización de los contenidos de cultura hay que pensar asimismo en las ambiciones y pretensiones acerca de convertir la UE en una Sociedad de la Información y del Conocimiento que es la solución óptima y apropiada para enfrentarse a la competencia a

¹³⁹ Acceso el 12.09.2017 en <http://www.ohchr.org/SP/Issues/CulturalRights/Pages/MandateInfo.aspx> y http://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/resolutions/A_HRC_RES_10_23.pdf.

¹⁴⁰ 43º período de sesiones, Ginebra, 2 a 20 de noviembre de 2009

¹⁴¹ Observación General nº 17 (2005) en el 35º período de sesiones del Comité, los días 7 a 25 de noviembre de 2005

nivel global en el campo de la economía de conocimiento. Afortunadamente, hay que aplaudir que la Unión Europea siga desarrollando de modo muy intenso las labores con respecto al acceso libre y gratuito a las publicaciones científicas realizadas con el apoyo público¹⁴², bajo la inspiración y aproximándose en este tema a los trabajos del Parlamento Británico que se acercan a esta cuestión en Inglaterra¹⁴³. El tema del acceso posiblemente libre y extendido a los contenidos digitalizados y del derecho a la libre circulación de estos se hace cada vez más inquietante tanto en el ámbito político como en la práctica jurídica. Entre una variedad de los movimientos y las iniciativas se encuentran tales correspondientes a recursos educacionales abiertos (Open Educational Resources – OER) o libre acceso (Open Access – OA, Copyleft o Commons), las iniciativas más controvertidas como es la de Kim Dotcom¹⁴⁴, el movimiento Anonymous dispersado por la red¹⁴⁵, hasta conseguir registrar en Suecia una religión

¹⁴² Comisión Europea, Información de prensa de 17 de julio de 2012, Información científica: el acceso libre o abierto a los resultados de la investigación impulsará la capacidad de innovación europea, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-790_es.htm. Comisión Europea, Survey on open access in FP7 (7th Framework Programme), 2012, http://ec.europa.eu/research/science-society/document_library/pdf_06/survey-on-open-access-in-fp7_en.pdf. Acceso a ambos recursos el 12.09.2017 Recomendación de la Comisión de 17 de julio de 2012 relativa al acceso a la información científica y a su preservación (2012/417/UE), DOUE, de 21.7.2012, L 194/39.

¹⁴³ Free access to British scientific research to be available within two years, guardian.co.uk, Sunday 15 July 2012 (versión impresa 16.07.2012), Radical shakeup of academic publishing will allow papers to be put online and be accessed by universities, firms and individuals. Acceso el 12.09.2017 en <http://www.guardian.co.uk/science/2012/jul/15/free-access-british-scientific-research>. Los Trabajos parlamentarios han avanzado hasta la emisión del informe de 14 de febrero de 2013 que incluye comentarios de distintos cuerpos y entidades sobre el acceso abierto, House of Commons, Business, Innovation and Skills Committee, “Open Access A-M” y “Open Access N-Z”. En el marco práctico fuera del curso parlamentario the Research Council UK (RUCK, el Comité de Investigación de Reino Unido) emitió el documento de La política de Acceso Abierto y la Guía de Apoyo (the RCUK Policy on Open Access and Supporting Guidance) de 8 de abril de 2013.

¹⁴⁴ Kim Schmitz es fundador del sitio web Megaupload, un sitio de descarga de los archivos de entretenimiento finalmente cerrado por las alegaciones de infringir las leyes de la propiedad intelectual, no obstante, continúa a través de una nueva página Mega, <https://mega.co.nz/#about>. La página de Wikipedia en inglés - http://en.wikipedia.org/wiki/Kim_Dotcom, la página oficial de Megaupload - <http://www.kim.com/>, España proporciona a Mega uno de cada 10 usuarios, http://cultura.elpais.com/cultura/2013/02/19/actualidad/1361281922_696967.html; Kim Dotcom vuelve a lo grande, http://cultura.elpais.com/cultura/2013/01/20/actualidad/1358714457_274782.html. Acceso el 12.09.2017.

¹⁴⁵ Las páginas de Wikipedia que describen el movimiento cuyas protestas jugaban el papel primordial para frenar el procedimiento de la implementación del ACTA por la Unión Europea,

Kopimism, cuyo nombre proviene de inglés "copy me" (cópíame) que declara que "Copiar en Internet es bueno y sagrado"¹⁴⁶. Aunque algunos tipos de movimientos y acciones sean graciosos o de tinta antisistema disponen de gran carga subversiva para concienciar a la ciudadanía e influir en las autoridades.

Las propuestas de carácter Open Access pueden realizarse por la vía legislativa, como se está considerando en Gran Britania, simplemente decidiendo que se abra el acceso a los archivos. Otra opción es introducir ciertas soluciones desde las instituciones, en este caso por parte de representantes de varias instituciones europeas, mediante la firma de declaraciones como son la de Berlín aprobada el 22 de octubre de 2003¹⁴⁷ o la de la Iniciativa de Budapest para el Acceso Abierto a la literatura científica de 14 de febrero de 2002¹⁴⁸. Junto a estas soluciones que resultarían en menos comportamientos de piratería, se están produciendo las acciones políticas, como en Francia donde se frenan los efectos de la ley antipiratería implementada anteriormente por el gobierno que incluía unas consecuencias graves a los usuarios de Internet que descargaron los contenidos de los sitios no autorizados, hasta cortar el acceso a Internet¹⁴⁹.

En este contexto no sorprende que sea la UNESCO que lidera las actividades de fomento del avance hacia la aplicación de las TIC en la educación, además lleva a cabo

[http://en.wikipedia.org/wiki/Anonymous %28group%29](http://en.wikipedia.org/wiki/Anonymous_%28group%29), <https://es.wikipedia.org/wiki/Anonymous>. Acceso el 12.09.2017.

¹⁴⁶ Copiar en Internet es bueno y sagrado, Entrevista con Isak Gerson, cuyo grupo de apoyo a las descargas digitales, el Kopimism, ha sido reconocido oficialmente como religión en Suecia, http://cultura.elpais.com/cultura/2012/01/16/actualidad/1326742043_539339.html. Acceso el 12.09.2017.

¹⁴⁷ La iniciativa de la Sociedad Max Planck. Acceso en <http://oa.mpg.de/files/2010/04/Berlin-I-2.pdf> el 12.09.2017.

¹⁴⁸ <http://www.budapestopenaccessinitiative.org/>. La traducción al castellano: <http://www.budapestopenaccessinitiative.org/translations/spanish-translation>. Acceso el 12.09.2017.

¹⁴⁹ Hollande sentencia la ley antipiratería de Sarkozy, El País, 13 de mayo de 2013, "No habrá más cortes de Internet decididos por un juez". Acceso el 12.09.2017 en http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2013/05/13/actualidad/1368460055_003423.html.

la promoción de los trabajos muy concretos acerca del libre acceso a la información científica (OA o GOA: Global Open Access¹⁵⁰), los Recursos Educativos Abiertos (OER¹⁵¹) y también al tema de los Programas informáticos gratuitos y de código fuente abierto (FOSS - Free and Open Source Software¹⁵²). Aparte de estos campos la UNESCO aborda otras cuestiones de mucha relevancia para la fundamentación de la SIC, entre otras relacionadas con el derecho a la educación¹⁵³, la educación permanente¹⁵⁴, la alfabetización mediática e informacional¹⁵⁵, la propiedad intelectual como derecho humano¹⁵⁶, el derecho a la participación en la vida cultural¹⁵⁷, las sociedades del conocimiento¹⁵⁸ y el derecho de beneficiarse de los avances científicos¹⁵⁹. La naturaleza de la SIC dispone de características correspondientes entre otros a los conceptos de la sociedad cognitiva, la sociedad de aprendizaje, la alfabetización digital, mediática o informacional, e-learning, la educomunicación, la formación o educación permanente o a lo largo de la vida, la autoformación, el autoaprendizaje, el aprendizaje colaborativo (cooperativo), el trabajo a distancia o por medios digitales, la inteligencia colectiva, la digitalización mediática, la neutralidad de Internet, la libertad digital, el hacktivismo, y la desobediencia civil electrónica.

¹⁵⁰ <http://www.unesco.org/new/es/communication-and-information/access-to-knowledge/open-access-to-scientific-information/>. Acceso el 12.09.2017.

¹⁵¹ <http://www.unesco.org/new/es/communication-and-information/access-to-knowledge/open-educational-resources/>. Acceso el 12.09.2017.

¹⁵² <http://www.unesco.org/new/es/unesco/themes/icts/open-educational-resources/free-and-open-source-software/>. Acceso el 12.09.2017.

¹⁵³ World education report 2000 The right to education. Towards education for all throughout life. UNESCO Publishing; The Right to Education: An Analysis of UNESCO's Standard-setting Instruments, UNESCO 2001.

¹⁵⁴ Integrating Lifelong Learning Perspectives, UNESCO Institute for Education, 2002.

¹⁵⁵ Se editó en nuevo informe del año 2011 sobre este tema *Media and information literacy curriculum for teachers* y la versión española *Alfabetización Mediática e Informacional. Curriculum para profesores*, http://www.unesco.org/ulis/cgi-bin/ulis.pl?catno=216099&set=51C1EFEF_1_343&gp=1&lin=1&ll=1, acceso el 12.09.2017.

¹⁵⁶ La propiedad intelectual como derecho humano, UNESCO, 2001.

¹⁵⁷ The Right to Participate in Cultural Life, UNESCO 1952.

¹⁵⁸ Informe Mundial de la UNESCO, Hacia las sociedades del conocimiento, UNESCO 2005.

¹⁵⁹ "The Right to Enjoy the Benefits of Scientific Progress and its Applications". Speech by Yvonne Donders (the Netherlands), Deputy director of the Amsterdam Center for International Law, on the Occasion of Human Rights Day, UNESCO Headquarters, Paris. 10.12.2007.

Las condiciones de inclusión social de los más desfavorecidos, los mayores, los indígenas y otros grupos en desventaja han cambiado, de modo que para allanar las diferencias se ponga de relieve el acceso más amplio posible a los contenidos de cultura y conocimiento, así como el concepto de la formación a lo largo de la vida. La participación de distinto carácter en el ciberespacio, la calidad de red y las brechas digitales, que dividen los colectivos en los llamados infóricos e infopobres, marcan las nuevas fronteras entre los particulares y las sociedades en bloque. La mayoría de este tipo de cuestiones sociales no es nada nueva, pero con la aportación de las TIC ellas adquieren totalmente nuevas dimensiones y oportunidades de solucionarse. En la SIC, el conocimiento es la condición imprescindible, por un lado, para disfrutar de la libertad de elección en cada una de las esferas de la vida y de auto-orientarse para aprovechar todas las oportunidades y, por otro lado, para encontrarse en el mercado de trabajo u otras actividades profesionales y asegurarse los medios económicos. La garantía de la igualdad de oportunidades se posiciona en la sociedad democrática como un reto crucial por alcanzar. Así, la educación a distancia y en general el acceso a los contenidos de educación permite que se aproximen las oportunidades de quienes viven en la cercanía de centros educativos y los que viven en lugares alejados de ellos. En términos generales, las barreras del disfrute de cultura y de la plena participación en la vida cultural siguen reduciéndose idealmente para todos, aunque sí para efectuarlo hay que partir del hecho de que se proporcione la conexión, los dispositivos técnicos y las competencias adecuadas y, por último, es necesaria la existencia y la accesibilidad de los recursos mismos. Todos estos requerimientos jurídicos relacionados con la SIC y muchos otros surgen del reconocimiento y el seguimiento del conjunto de los derechos humanos (fundamentales) y el derecho al libre desarrollo de la personalidad del ser humano está a la cabeza como la fuente de ciertas opciones concretas.

Entonces, con el motivo de conseguir la introducción efectiva de determinados derechos fundamentales hay que articular la cuestión del alcance y la legitimidad de restricciones impuestas al acceso y la reutilización de contenidos de cultura y

conocimiento que finalmente se vuelven en su contra. Ni se puede debilitar la tentación de piratería ni se puede estimular el desarrollo individual y el avance socioeconómico colectivo en la SIC sin soluciones efectivas que aseguren el equilibrio razonable y justo entre, por una parte, las realizaciones (implementaciones) legales de los derechos humanos (fundamentales) relacionados con la autoría y con los derechos patrimoniales correspondientes a la propiedad intelectual y, por otra parte, los intereses colectivos e individuales concernientes a los derechos al acceso libre a los contenidos de cultura y de conocimiento y la libertad de su reutilización y difusión, la plena participación en la vida cultural, la plena materialización del derecho a la educación a lo largo de toda la vida y la libertad de creación e investigación científica.

2.9. Derecho al desarrollo de los pueblos. Desarrollo socioeconómico sostenible.

Las disposiciones jurídicas del derecho internacional por las que se establecen el derecho al libre desarrollo de la personalidad del ser humano y el derecho al desarrollo colectivo de los pueblos se relacionan estrechamente. La situación socioeconómica común positiva fomenta el desarrollo personal. Sin los fundamentos sólidos para la satisfacción no solo de las necesidades básicas sino también las más avanzadas, por ejemplo, relacionadas con el acceso a las TIC, el desarrollo individual no se logrará. Por otro lado, tampoco es posible conseguir el avance colectivo sin el íntegro desarrollo del individuo, sobre todo se lo ve a la luz de cada vez más exigentes expectativas ante las competencias profesionales y vitales en el mundo dinámico y cambiante. Parece natural que las cuestiones del derecho colectivo al desarrollo se dirigen en gran medida hacia las sociedades menos avanzadas. El derecho al libre y pleno desarrollo de la personalidad no necesita ninguna justificación específica, puesto que se enraíza en lo más elemental del ser humano, es decir, en la misma naturaleza humana compuesta por lo cultural, intelectual, espiritual, artístico, etc. Pues, adicionalmente lo evidencia y blindo el propósito y la esperanza de la mejora en el bienestar socioeconómico colectivo mediante el reforzamiento del capital humano y social.

La fundación de la SIC, la omnipresencia de las TIC que la subyacen y los procesos de globalización que las acompañan ocasionan unas oportunidades sin precedencia para fomentar el desarrollo de los pueblos, estimulando a la vez ciertas reivindicaciones por parte de individuos y colectivos, sobre todo, desventajados. Se puede racionalmente suponer que se logre paso a paso la nivelación de las desigualdades socioeconómicas gracias a los fenómenos que acompañan a la propagación de las TIC en la comunicación entre personas y en la accesibilidad común digital, fácil y económica a los contenidos, datos e informaciones, que favorecen el intercambio de ideas y la producción de nuevos contenidos y servicios. La condición es que las herramientas tecnológicas sean accesibles. La rivalidad socioeconómica en el mundo globalizado y conectado sigue intensificándose, la respuesta a este proceso reside en el incremento y la alta calidad del capital humano y social. El fomento del desarrollo personal constituye un factor decisivo y distintivo, además se justifica por varios otros argumentos como: la sostenibilidad laboral en cuanto a la adecuación de aptitudes del personal a la demanda del mercado, la protección social y las medidas contra el desempleo o las políticas presupuestarias en relación con el envejecimiento de sociedades y el creciente problema de pensiones. Los resultados benévolos de la interacción entre el desarrollo individual y el colectivo se multiplican por el efecto de retroalimentación, es decir, la mejora del entorno socioeconómico estimula el desarrollo individual y al revés. Además, el mismísimo trabajo, a menudo actualmente en tal o cual grado creativo y las elevadas exigencias del mercado laboral cambiante los anima a los trabajadores a ampliar competencias, habilidades y conocimientos. La sociedad y la economía basadas en información, conocimiento, tecnologías avanzadas y altas capacidades individuales constituye un entorno más oportuno posible para fomentar la prosperidad y el incremento del bienestar tanto común como individual y su justa repartición por el mundo, así se produce un círculo virtuoso entre el crecimiento económico y el desarrollo y el goce de la vida satisfactoria y plena de la persona. A estos efectos beneficiosos pueden además aportar las políticas deliberadas y las

legislaciones propicias a la difusión y la creación del conocimiento y los contenidos de cultura, dando lugar a una ventaja competitiva frente a otras economías. Entonces, aunque parece que el desarrollo personal conceptualmente subyace al avance común, pues, no sorprende que predomina la visión centrada en el incremento del bienestar colectivo, ya que sus efectos se perciben por la población de forma más palpable.

En el plano colectivo se centra la *Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social de 1969* cuyo propósito establecido en el art. 13 engloba la búsqueda de una participación equitativa de los países desarrollados y en desarrollo en los avances científicos y tecnológicos, y el aumento continuo en la utilización de la ciencia y la tecnología en beneficio del desarrollo social de la sociedad junto con un equilibrio armonioso entre el progreso científico, tecnológico y material y el adelanto intelectual, espiritual, cultural y moral de la humanidad.

Analógicamente, la *Declaración sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en interés de la paz y en beneficio de la humanidad de 1975* incluyó el concepto del desarrollo económico y social de los pueblos mediante el progreso científico y tecnológico para satisfacer las necesidades materiales y espirituales de todos los sectores de la población, extender a todos los estratos de la población los beneficios de la ciencia y la tecnología y acelerar la realización de los derechos sociales y económicos de los pueblos de los países en desarrollo. A la vista del individuo, se proclama que los logros científicos no se pueden usar de modo indebido para infringir los derechos del individuo y su integridad física e intelectual o contra la dignidad de la persona humana (Punto 6). Al contrario, los mismos deben servir para satisfacer las necesidades espirituales de todos los sectores de la población (Punto 3).

El concepto del derecho humano autónomo al desarrollo se ha concretizado en la *Declaración sobre el derecho al desarrollo* (ONU, 1986) cuyos art. 1 y art. 2 promulgan respectivamente que:

- *El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él.*
- *La persona humana es el sujeto central del desarrollo y debe ser el participante activo y el beneficiario del derecho al desarrollo.*

Se pretende juntar el valor del desarrollo individual con el colectivo insistiendo en el Preámbulo que:

la creación de condiciones favorables al desarrollo de los pueblos y las personas es el deber primordial de los Estados.

El enfoque del derecho al desarrollo en la persona como tal lo comenta Angulo Sánchez (2005: 178) de esta manera:

[...] el corolario de todas las consideraciones en torno a concebir la persona humana como el sujeto central del desarrollo consiste en establecer como objetivo principal el crear una situación en la que todos los individuos puedan desarrollar al máximo sus capacidades y facultades y de este modo contribuir también al máximo al bienestar de la comunidad que le permite desarrollarse como persona.

En breves palabras, se construye un derecho humano a la participación equitativa en la distribución de los frutos del desarrollo común de la comunidad, que va acompañado por la responsabilidad y el compromiso activos, libres y significativos por parte del individuo destinados a contribuir al avance. Así, “El derecho al desarrollo, a su vez, presenta una doble versión, por una parte, se conforma como un derecho y por otra como un deber” (Albert Gómez, 2011: 286).

A las medidas concretas dirigidas a fomentar la mejora a nivel mundial pertenece la cooperación entre los Estados (art. 3.3 de la Declaración). Al tener en

cuenta los más desventajados entre los pueblos la cooperación engloba todo el paquete de asuntos a los cuales corresponden: “la defensa y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, las necesidades de bienestar económico y social, la sostenibilidad y regeneración del medio ambiente, en los países que tienen elevados niveles de pobreza y en aquellos que se encuentran en transición hacia la plena consolidación de sus instituciones democráticas y su inserción en la economía internacional” (Gómez Sánchez, 2009a: 354). De esta manera, el desarrollo sostenible, cuyos fines entre otros son combatir la pobreza, mejorar condiciones de vida y aumentar las capacidades de los ciudadanos, fue y es uno de los objetivos de la cooperación internacional que se realiza además a través del fortalecimiento de los procesos culturales (Gómez Sánchez, 2009a: 355). Así, la conceptualización y formalización del derecho humano al desarrollo en el texto de la Declaración se inscribe plenamente en la filosofía de la cooperación internacional que apunta tales valores como “la prioridad del desarrollo de la persona y de sus derechos fundamentales, partiendo de la consideración de la persona como objeto principal de toda política de desarrollo; la atención específica a grupos vulnerables; la consecución de un desarrollo sostenible que tenga en cuenta el impacto medioambiental, los temas de población y de desarrollo social; y la incorporación de la perspectiva de género a los programas y proyectos, de modo que se garantice la participación de la mujer como agente activa en el proceso de desarrollo” (Gómez Sánchez, 2009a: 355). De este modo se puede ver, incluso más claro, la estrecha relación entre los principios del desarrollo colectivo y sus finalidades centradas en el desarrollo del individuo. Uno de los campos que permite mejorar las condiciones para el desarrollo mediante la cooperación se corresponde con la cooperación en materia científica que a su vez permite que “los conocimientos puedan extenderse a todas las sociedades, incluso las más desfavorecidas, que pueden así beneficiarse del progreso, aunque no hayan sido agentes directos del mismo.” (Gómez Sánchez, 2009a: 359). Es lo que además puntualiza el estrecho vínculo entre los derechos culturales en el sentido amplio y el derecho al desarrollo. Además, “La Cooperación internacional para el

desarrollo de los pueblos se legitima desde el valor fundamental de la ética: la dignidad de la persona.” (Albert Gómez, 2011: 287; se cita al profesor Escámez).

Hay numerosas enunciaciones internacionales mediante las cuales se proclama que la persona humana es el destinatario central del desarrollo, de tal modo lo formula el Párrafo 10 de la *Declaración y Programa de Acción de Viena de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos* del año 1993. Se declara reiteradamente que la persona debe beneficiarse del progreso tecnológico y crecimiento económico, mientras que de hecho es la propia persona la fuente de cualquier avance. Sin el desarrollo de la persona el progreso tecnológico y crecimiento económico ni es posible ni tiene sentido, desde esta perspectiva deben emprenderse las acciones que se enfoquen precisamente en apoyar el desarrollo personal. La Declaración repite también automáticamente los enunciados de la Convención sobre los Derechos del Niño que el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad del niño exige que este crezca en un entorno familiar (Párrafo 21) y que los Estados deben “orientar la educación hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana” (Párrafo 79).

El tema del desarrollo colectivo se ha extendido y profundizado hacia un concepto holístico del desarrollo sostenible (sustentable) que compagina los aspectos del progreso socioeconómico con los límites de que disponen los ecosistemas, incluso se lo refiere a los recursos de la Tierra en su totalidad¹⁶⁰. El concepto del desarrollo sostenible se arraiga en gran medida en las reflexiones que surgieron de la Conferencia de las Naciones Unidas de 1992 sobre el medio ambiente y desarrollo que tuvo lugar en Río de Janeiro. Para conmemorar el vigésimo aniversario de este encuentro y el décimo aniversario de la Cumbre Mundial de 2002 sobre el desarrollo sostenible en

¹⁶⁰ Véase: Jeffrey D. Sachs, *The Age of Sustainable Development* con el prólogo de Ban Ki-moon el Secretario General de las Naciones Unidas (Sachs, 2015). A base de este libro el Profesor Jeffrey D. Sachs ha elaborado un curso MOOC muy profundizado bajo el mismo título. El curso ha sido disponible en la página de Sustainable Development Solutions Network (SDSN), acceso el 13 de octubre de 2015 <http://unsdsn.org/what-we-do/education-initiatives>. La organización mencionada se enfoca en los estudios y acciones acerca del desarrollo sostenible desde el lado económico y ecológico.

Johannesburgo se organizó la Conferencia de las Naciones Unidas que revisaba el estado actual de la cuestión del desarrollo sustentable llamada Río+20¹⁶¹.

Se puede indicar los siguientes componentes del desarrollo de los pueblos: el crecimiento económico (productivo) y la equidad social, es decir, el reparto justo de sus frutos. El concepto mismo del desarrollo “se entiende preferentemente como el proceso de expansión de las capacidades humanas, tanto individuales como comunitarias.” (Albert Gómez, 2011: 287-288). Así, el desarrollo individual y el colectivo están intrínsecamente unidos. Sin embargo, la sustancia del derecho al desarrollo como lo establece la Declaración del año 1986 reside en asegurarle al individuo la participación en los logros de la comunidad, en la mejora del bienestar, por lo que sí se garantice la adecuada calidad de vida, luego se crea un entorno propicio al desarrollo de la personalidad y al pleno desenvolvimiento de las capacidades humanas.

Las dos vertientes – individual y colectiva – del derecho al desarrollo se relacionan estrictamente con el derecho a la formación, cuya realización permite aportar a la vez a las dos finalidades: del crecimiento personal, incluida la autorrealización, y del mejoramiento socioeconómico colectivo (Albert Gómez, 2011: 288). La estrecha unión entre lo personal (interno del ser humano) y lo colectivo (externo, perteneciente al entorno donde reside el individuo y a la comunidad) se puede ver de esta manera (Angulo Sánchez, 2005: 79):

El desarrollo y el derecho al desarrollo [...] van mucho más allá de las dimensiones económicas, políticas y sociales para adentrarse en el propio individuo, en su aspecto más cultural, espiritual o subjetivo. Se trata de crear las condiciones que posibiliten el libre y pleno desarrollo de la personalidad de cada cual, en cuanto individuo autónomo, para que pueda ser capaz de obrar y ejercer por sí mismo los derechos legítimos que le corresponden [...]

¹⁶¹ A base de la resolución de la Asamblea General 64/236 (RES/64/236). El libro de Xabier Ezeizabarrena Río+20 (1992-2012) *El reto del desarrollo sostenible* (Ezeizabarrena, 2013) recoge y comenta los conceptos, logros, falacias y desafíos pendientes al respecto.

En definitiva, el concepto del desarrollo aúna la dimensión individual y colectiva. Aunque los derechos humanos percibidos como colectivos, ejemplarmente el derecho al desarrollo de los pueblos, al medio ambiente o al patrimonio común de la humanidad, en sí mismos no se pueden reducir a unos aspectos exclusivamente personales, sin embargo, en el fondo, las finalidades de ellos son perfectamente individualistas. El derecho al medio ambiente sano o a la protección del patrimonio mundial, cultural y natural, el seguimiento de ellos y el hacerlos realidad significa nada más que cada uno de los individuos particularmente dispone del derecho a reclamar la vida en el medio ambiente sano o el acceso al legado cultural de la humanidad. Así, parece que es más cuestión de economía del lenguaje que algunos derechos se formulen más eficazmente en forma de derechos colectivos, sí o sí todos “son indispensables para la garantía de la dignidad humana, son «complementarios» (Gómez Isa, 2013: 35).

3.La Sociedad de la Información y del Conocimiento de la Unión Europea. Aspectos relevantes para el libre desarrollo de la persona.

Las modalidades digitales de la comunicación humana, el medio a través del cual se realizan y el espacio virtual donde se conservan e intercambian los efectos informacionales y creativos de ella, junto con las tecnologías que subyacen en ellos, integran el conglomerado de características concluyentes para la Sociedad de la Información y del Conocimiento (SIC). Hoy para efectuar la comunicación a distancia predominan tales modalidades tecnológicas como la conexión y la transmisión digital a través de Internet, incluido el flujo de información entre las máquinas mismas (Internet de las cosas o el tráfico automatizado o controlado de datos) y entre los servidores de la red repartidos por todo el planeta que constituyen el soporte material del funcionamiento de Internet y el depósito de almacenamiento de contenidos. La comunicación humana y las actividades de la persona de naturaleza interna / psíquica: intelectuales o espirituales y externa que surge de ellas: científica, técnica, socioeconómica o artística condicionan el desarrollo de la personalidad del ser humano. Así, el individuo interactuando con el entorno favorable hace progresar su esfera íntima y a la vez puede y debe aportar lo más valioso de sí mismo a este, manteniendo el proceso de retroalimentación mutua y de florecimiento gradual. Entonces, cuanto más espacio libre para el desarrollo personal, más destacados son los resultados de la creatividad, la innovación y la improvisación humana, las calidades imprescindibles para moverse seguro y cómodo por el mundo, ya sea real o virtual, que está en un proceso de cambios incesantes.

La SIC con sus herramientas, incentivos, motivaciones, oportunidades y la variedad de recursos de conocimiento y cultura realmente asequibles instituye un paisaje más propicio para el pleno desenvolvimiento de todas las competencias y habilidades intelectuales, espirituales y artísticas de la persona. Paralelamente al proceso de desarrollo personal correspondiente a las capacidades relevantes para la SIC (tecnológicos y materiales) se aviva recíprocamente la dinámica de la propia evolución

de la SIC. Este mecanismo funciona a base de interacciones entre las personas mismas y entre la persona y la producción cultural actual y la heredada del pasado culminando en la elaboración de nuevas obras de conocimiento y cultura. Ningún pensamiento, ni actuación humana, tampoco obra creativa, ya sean artísticas, económicas, científicas o tecnológicas, afloran de nada, cada uno tiene un referente, una base o una inspiración en las acciones, las obras o los conceptos anteriores. El completo y abierto acceso a estas obras y a la información sobre ellas determinan cuáles sean los pasos siguientes de la producción creativa y la vigorosidad del avance de las disposiciones humanas y sus implicaciones creativas. La nueva realidad social en general y la comunicativa específicamente, dominada, manejada y gobernada por las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) cada vez más ubicuas y todopoderosas exige una atenta mirada en y una detallada y atrevida inspección del sistema de regulación jurídica correspondiente, para que todo el conjunto de herramientas y oportunidades desconocidas hasta el momento sirvan eficazmente al crecimiento de la SIC, el proceso en curso, aunque imparable pero tiene que mantenerse equilibrado para permitir su consolidación y mejoramiento imprescindibles a fin de que la sociedad globalizada prospere y florezca justa, inclusiva, equitativa e igualitaria para todo ser humano. El ordenamiento jurídico debe jugar a favor de estas metas tan fructuosas para el individuo, no bloquear ni obstruir el desarrollo personal de él o su participación en la vida común, visto el recíproco beneficio para el mismo o la comunidad entera. La SIC florece del conjunto de las tecnologías avanzadas de información y comunicación o biotecnología. Estas tecnologías marcan el progreso social de finales del siglo veinte y adelante. Sobre ellas en el contexto humano tratan los derechos humanos de cuarta generación.

3.1. Derechos de cuarta generación relativos a las TIC

3.1.1. El catálogo básico de los derechos de cuarta generación

El derecho al libre desarrollo del individuo atraviesa todo el conglomerado de los derechos humanos, así en términos de las generaciones de ellos desde la primera generación relativa a los derechos individuales tradicionales, o sea, los derechos y libertades civiles y políticos, cruzando por el conjunto de los derechos económicos y derechos de prestación¹⁶² (denominados también “sociales”) sin los cuales “el ciudadano no puede alcanzar su desarrollo personal” (Gómez Sánchez, 2004: 242).

El entorno social, incluido lo cultural, político y económico y las esferas concretas de la vida del hombre protegidas jurídicamente correspondientes a sus reclamaciones frente a los terceros o a las prohibiciones de intromisiones en su vida o su actuación¹⁶³ condicionan, entre otros factores, el pleno desenvolvimiento de la personalidad del ser humano. Desde las últimas décadas del siglo veinte este ambiente donde reside y actúa el individuo se está llenando de relaciones digitales que se caracterizan por la facilidad y rapidez de comunicación y el alcance espacioso, a veces excesivo, y de segmentos virtuales de accesibilidad inmediata y de contenido extremadamente variado, incluso abundante, pero no necesariamente fiable.

Para la SIC la comunicación, incluidos el análisis e intercambio constante de la información y del conocimiento, es la esencia y la sustancia. Pues, cada vez más el trabajo, la economía, las relaciones sociales a nivel privado o profesional y los asuntos de vida corriente se basan en la conexión digital y la transmisión (emisión y recepción) permanente y el análisis de mensajes y contenidos. Por consiguiente, no se trata solamente de la metamorfosis infraestructural del entorno social, político o económico,

¹⁶² Véase la nota 8 a pie de página 236 (Gómez Sánchez, 2004).

¹⁶³ “... los derechos representan una esfera de la vida del sujeto en la cual éste es soberano y actúa libremente, a la vez que dicho ámbito queda protegido de intromisiones de los poderes públicos, nacionales o internacionales, y de las acciones de otros sujetos. Los derechos, pues, son concreciones del valor libertad en su vertiente positiva, definiendo esferas concretas de actuación del sujeto y ámbitos de obligaciones determinadas del poder.” (Gómez Sánchez, 2004: 232).

aunque sea relevante, sino además de la mutación revolucionaria en las modalidades de interactuar e interrelacionarse con él y a través de él con otras personas. A este marco se añade la reorganización de la estructura de las sociedades, cada vez menos se precisará la mano de obra poco cualificada, y la remodelación de su funcionamiento, ya que aparecen nuevos modos de trabajo y de arreglar las tareas cotidianas. Todo el combinado de fenómenos recientes determina y condiciona prácticas, comportamientos y hábitos del individuo, produce tentaciones, confusiones, amenazas y miedos. Así, el sistema jurídico, cuyo papel en cierta medida es ordenar y clarificar el ámbito de relaciones sociales y de esta manera amparar al ciudadano, requiere un ajuste para adecuarse a tal realidad tecnológica y socioeconómica.

La digitalización y la virtualización afecta directamente al individuo en su doble posición de empleado o emprendedor y de consumidor de servicios y bienes, así como el resto de su zona privada. Estos nuevos escenarios que irrumpen en la vida humana exigen repensar y reescribir el paradigma jurídico de varios campos del derecho, ya que todas estas transformaciones se traducen en alteraciones cualitativas del entorno social del hombre y en fluctuaciones frecuentes de su situación personal y profesional.

Debido a este tipo de circunstancias relativamente recientes y exigencias que ellas soliciten, nace la necesidad de conceptualizar nuevos derechos o contextualizar y redefinir “derechos ya enunciados y regulados anteriormente pero que, en todo caso, presentan ahora una configuración distinta como consecuencia de la incidencia en ellos de nuevas demandas sociales y de la influencia de las nuevas tecnologías” (Gómez Sánchez, 2004: 243). Estos nuevos derechos por su suma importancia para el funcionamiento del ciudadano y la organización social deben integrarse en el sistema de derechos humanos o positivarse en forma de derechos fundamentales para darles el mérito adecuado, así como garantizar su reconocimiento y eficacia de ejecución.

Hay ciertas controversias entre los comentaristas dentro de la doctrina de los derechos humanos acerca de cuáles derechos particulares se adjuntan a las generaciones determinadas. Las disparidades al respecto sobre todo atañen al reparto entre la segunda,

la tercera y la cuarta generación¹⁶⁴. Solo la generación primera se queda sólida y congrega los tradicionales derechos políticos y cívicos del hombre concebidos en los tiempos de la revolución francesa y americana.

Entonces, Rodríguez Palop en su monografía *La nueva generación de Derechos Humanos. Origen y justificación* adjudica la denominación de *los nuevos derechos* o *los derechos de cuarta generación* al derecho al medio ambiente, al desarrollo, a la paz, a la autodeterminación de los pueblos y al patrimonio común de la humanidad (Rodríguez Palop, 2010: 43-44). La autora pretende comprobar en qué medida se puede calificarlos como «derechos de la sociedad tecnológica» ya que “se conecta su aparición con la revolución tecnológica de la que estamos siendo testigos hace ya algunos años” (Rodríguez Palop, 2010:42). Aunque el intento de reconocer y positivar estos derechos coincide con el desenvolvimiento de la sociedad tecnológica, ellos mismos tienen una relación bastante floja con los rasgos conductores de la sociedad regida por las tecnologías avanzadas y con dichas tecnologías. De este modo el componente tecnológico como referente para este agrupamiento de derechos no acude directamente a su esencia. Está claro que algunos de los derechos elegidos por la investigadora responden en cierta medida a los riesgos tecnológicos de la época, como la contaminación por las emisiones industriales o privadas (coches, el uso de baterías o frigoríficos) o el riesgo de guerra con las armas de tecnologías avanzadas. Encima, no se puede percibir el progreso tecnológico solamente en categorías de riesgos y amenazas

¹⁶⁴ Una de ellas presenta la atribución siguiente: “la primera generación se correspondería con el liberalismo y comprendería los derechos individuales clásicos, los derechos civiles y derechos políticos; la segunda generación comprendería a los derechos económicos, sociales y culturales y la tercera generación estaría integrada por los derechos de solidaridad.” (Gómez Sánchez, 2004: 240) y otra evocada en el mismo capítulo de Y. Gómez Sánchez procedente de R. Sánchez Ferriz que dice que “La primera generación, según la autora citada, está representada por los derechos individuales más básicos: vida, libertad, propiedad, igualdad (formal), seguridad y un muy reducido derecho de participación política” y atribuye a la segunda generación “cierta extensión del sufragio (sólo masculino), el derecho de asociación, ciertas libertades públicas y el reconocimiento de los grupos” (Gómez Sánchez, 2004: 240-241). De este modo la tercera generación se compone de los derechos económicos y sociales (de prestación) reconocidos en la fase del Estado social de derecho o Estado de bienestar social. (Gómez Sánchez, 2004: 241).

para los derechos y libertades fundamentales o la crisis ecológica, lo que expone la autora a lo largo del apartado 2.2 *Derechos de la sociedad tecnológica* (Rodríguez Palop, 2010: 63-69). Finalmente, la investigadora abandona la calificación de dichos derechos como derechos de la sociedad tecnológica “porque no ha sido la revolución tecnológica en sí misma la que ha provocado un fuerte deterioro ambiental [etc.]” (Rodríguez Palop, 2010: 79) y “la revolución tecnológica no es una causa directa de la aparición de las nuevas exigencias” (Rodríguez Palop, 2010: 80). Luego, la autora califica el conjunto de derechos en cuestión como *los derechos de cuarta generación* (Rodríguez Palop, 2010: 120) que no coincide con la terminología tomada en esta tesis, lo que destacamos para evitar confusiones. Aunque la autora misma sugiere que tal considerado grupo de derechos de cuarta generación debería englobar también la libertad informática y el derecho a la autodeterminación informativa (Rodríguez Palop, 2010: 119), finalmente se resigna a añadirlos, señalando que merecen integrarse en la calificación apartada. De todas maneras, la libertad informática y el derecho a la autodeterminación informativa son solo algunos derechos relativos a o relevantes para las TIC que merecen el reconocimiento.

Para el debate acerca de los derechos a la comunicación y a la información sí sería útil agruparlos, dentro de la taxonomía de los derechos humanos / fundamentales, bajo el mismo título en una apartada generación de los derechos, juntándolos con otros derechos pertenecientes específicamente a la sociedad conectada y globalizada¹⁶⁵.

¹⁶⁵ Antonio Enrique Pérez Luño en *Las generaciones de derechos humanos* (Pérez Luño, 2013) y consecuentemente, en otras publicaciones suyas, une a la tercera generación todo el conglomerado de los derechos relativos al medio ambiente, la calidad de vida y la paz, los derechos en la esfera de la bioética y de las biotecnologías y los derechos en el ámbito de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC). Es decir, conglopera los derechos de solidaridad con los derechos relevantes para la era tecnológica y a la sociedad global, en consecuencia, cuestiona que se pueda llamar a esta generación con solo estas referencias o solo con alusión a la solidaridad (Pérez Luño, 2013: 196). Se lo explicará más tarde, pero para los fines de este trabajo suponemos que la tercera generación de los derechos humanos incluye los que en términos generales se pueden juntar bajo el techo de derechos de solidaridad, sobre todo nos interesan los relativos al desarrollo socioeconómico colectivo. El mismo autor indica a la vez la calificación distinta y al parecer más popular invocando que “Los Pactos de la ONU, promulgados en 1966, se hicieron cargo de estas dos generaciones de derechos humanos, por lo que, en opinión de Vasak,

Siguiendo este postulado sería juiciosa la fundación de una cuarta generación de derechos bajo cuyo techo se puedan yuxtaponer los derechos con el denominador común relativo a los recientes logros tecnológicos, sus consecuencias a nivel individual y global, así como las expectativas del hombre frente a estos fenómenos.

Con todo, nos inclinamos hacia la clasificación articulada por Gómez Sánchez (2004: 243). De tal manera los derechos de cuarta generación se pueden repartir entre tres principales agrupaciones de derechos:

- a) Los derechos relativos a la protección del ecosistema y al patrimonio de la humanidad.*
- b) Los derechos relativos a nuevo estatuto jurídico sobre la vida humana.*
- c) Los derechos derivados de las nuevas tecnologías de la comunicación y la información.*

El primer bloque está marcado por la referencia planetaria. Por un lado, se trata de la protección de los ecosistemas locales y del patrimonio cultural de cada ejemplar concreto, por otro lado, con el foco en las repercusiones globales para la Tierra entera y en el disfrute común de herencia natural y cultural de todos los pueblos y lugares que han de estar a disposición tanto para las generaciones actuales como las futuras.

Los dos grupos consecutivos se vinculan directamente con las tecnologías avanzadas: biotecnológicas, farmacológicas, medicinales, agronómicas y técnicas en el sentido estrecho con referencia tanto a los dispositivos (hardware) y autómatas (mecatrónica) como a los programas informáticos (software).

era necesario un tercer Pacto, dirigido a completar los dos anteriores y que se hiciera cargo de las exigencias de solidaridad implícitas en temas tales como la paz, la tutela del medio ambiente y calidad de vida, el derecho al desarrollo de los pueblos o la defensa del patrimonio común de la humanidad.” (Pérez Luño, 2013: 168).

3.1.2.El contenido detallado de los derechos de cuarta generación relativos a las TIC

Con respecto a la afiliación de los derechos del mundo digital, las tecnologías avanzadas y la sociedad del conocimiento merece recalcar que, aunque no es la actitud unánime, es muy frecuente entre los investigadores y comentaristas la disposición de que dichos derechos se reúnen bajo el paraguas de la cuarta generación de derechos. Así dicen entre otros: Acata Águila (2011), Bustamante Donas (2001, 2007, 2010, 2012), Ortega Martínez (2004) y Riofrío Martínez-Villalba (2014). Lo mismo manifiesta Flores Salgado (2015: 35), es decir, los derechos derivados de las nuevas tecnologías de la comunicación y la información los atribuye a la cuarta generación. De hecho, la autora sigue el concepto de Gómez Sánchez (2004) puesto que, aparte de dichos derechos correspondientes a las TIC, agrupa bajo el auspicio de la cuarta generación además “los derechos del hombre relativos a la protección del ecosistema” y “aquéllos relativos a un nuevo estatuto jurídico para la vida humana, a consecuencia de las nuevas condiciones de las tecnologías biomédicas” (Flores Salgado, 2015: 35). La investigadora llama este conjunto de derechos los “de solidaridad” o “de los pueblos” (Flores Salgado, 2015: 34), pudiendo producir esto cierta confusión, ya que habitualmente esta denominación se asocia con la tercera generación, y precisamente a este tipo de clasificación apunta Gómez Sánchez (2004: 240).

La cuarta generación de derechos responde a varias modificaciones dentro del campo social de la vida del ciudadano causadas por el progreso tecnológico y biotecnológico, y las influencias de ello en la condición del medioambiente y las relaciones sociales a nivel planetario con las repercusiones que afectan directamente al individuo concreto. Debido a esas circunstancias que recorren por la SIC el ciudadano reclama la corroboración de sus derechos otorgados a él ya anteriormente, el reconocimiento de ciertos derechos que respondan a nuevas situaciones y relaciones sociales y/o el reforzamiento de su posición jurídica en áreas determinadas de la vida.

En búsqueda del conglomerado de los derechos relacionados con las TIC y relevantes para el individuo incrustado en la SIC empezamos por una referencia clave citando textualmente a Gómez Sánchez (2004: 246-7) que los presenta de modo desglosado en forma del catálogo siguiente:

- 1. Derechos a la comunicación y a la información.*
 - 1.1. Derecho a una información completa y veraz.*
 - 1.2. Derecho de acceso a la información de relevancia para la humanidad.*
 - 1.3. Derecho a la información genética.*
 - 1.4. Derecho a comunicar libremente ideas, pensamientos u opiniones en medios de comunicación públicos y privados.*
 - 1.5. Derecho de acceso a los medios técnicos de comunicación públicos y privados.*
 - 1.6. Derecho a la autodeterminación informativa.*
 - 1.7. Derecho a la protección de datos de carácter personal y familiar.*
- 2. Derechos en la red.*
 - 2.1. Derechos informáticos.*
 - 2.2. Derecho a conocer la identidad del emisor de informaciones y opiniones.*
 - 2.3. Derecho a la vida privada en la red.*
 - 2.4. Derecho al honor en la red.*
 - 2.5. Derecho a la propia imagen en la red.*
 - 2.6. Derechos de propiedad intelectual e industrial en la red.*
- 3. Derechos de los menores ante las nuevas tecnologías informativas y de la comunicación.*
 - 3.1. Protección de la infancia en los medios de comunicación e información.*
 - 3.2. Protección de la infancia, específicamente en la red.*
 - 3.3. Derecho al acceso a la cultura a través de los medios de comunicación e información.*

Frente a esta división de derechos bastante completa se puede considerar una generalización del derecho al acceso a la cultura a través de los medios de comunicación e información no limitada a los jóvenes y sumar a ella el acceso al conocimiento y a la vez extender su alcance a toda la población. Aunque sin lugar a dudas el acceso a los recursos de cultura y específicamente de educación, que cada vez más frecuentemente se encuentran fuera de las fuentes tradicionalmente concebidas como educacionales, juega un papel esencial para la formación de niños / niñas y adolescentes y por esta precisa razón tiene que ser expuesto, al mismo tiempo cuenta con un mérito mucho más trascendental, sobre todo en el contexto de la dinámica de los cambios y las exigencias que aparecen en el entorno de la persona a lo largo de toda su vida.

En términos breves, ambos el derecho al pleno desarrollo de la personalidad y la ejecución y el condicionante de este en forma del derecho al acceso a la cultura deben adquirir una percepción desahogada de límites por edad y atribuirse a todas las etapas vitales, ya que, actualmente en los tiempos de digitalización y a la vista del porvenir robotizado, se lo ve incluso más diáfano. El desarrollo de la personalidad ya no se puede ligar únicamente a la escolarización, sino que cada vez más se está concienciando a la gente, asimismo desde las políticas públicas, que el proceso formativo del hombre no puede frenarse a la hora de completar el periodo educacional habitual, sea elemental o superior, y debe continuar a lo largo de toda la vida. Eso se ha hecho un requisito no solo para posicionarse en el mercado laboral, sino también para estar al día de cara a las tareas cotidianas y el uso de dispositivos comunes. La cuestión del acceso a los contenidos de cultura y ciencia obtiene un valor de importancia especial en el espacio virtual en el contexto de restricciones por los derechos de autor, sobre todo si este acceso sobrepasa los fines estrictamente relacionados con la educación formalizada.

Enfocándose en las materias jurídicas correspondientes a las TIC que atañen directamente al desarrollo de la personalidad humana entre los derechos enumerados hace un instante hay que apuntar a los siguientes que son cruciales para nuestro análisis:

- el derecho a comunicar libremente ideas, pensamientos u opiniones en medios de comunicación públicos y privados,
- el derecho de acceso a los medios técnicos de comunicación públicos y privados,
- los derechos de propiedad intelectual e industrial en la red (teniendo en cuenta su función social),
- el derecho al acceso a la cultura a través de los medios de comunicación e información (entendiendo que cubre el acceso al conocimiento y extendiéndolo a todas las edades).

3.2.Principios, derechos y libertades del mundo digital

3.2.1.Introducción

Bajo el patrocinio de distintos organismos académicos o las organizaciones internacionales oficiales y de sociedad civil se han elaborado varios catálogos de principios, usualmente llamados derechos, correspondientes a o relevantes para las TIC e Internet y el espacio virtual. Algunas de las disposiciones o indicaciones son reconocidas en tal o cual formulación por los ordenamientos jurídicos vigentes, otras por lo contrario son solo postulados o generalizaciones por debatir y eventualmente introducirlos, hasta el momento no admitidos de modo textual por la legislación, aunque puedan servir como directrices interpretativas. Los catálogos de reglas por las que se espera que se rija el mundo digital congregan y ordenan las recomendaciones y directrices que provienen de distintos comentarios y estudios académicos según diferentes campos de investigación, a saber, desde el derecho, la sociología, ciencias de medios de comunicación, etc., de organismos oficiales y, finalmente, pensamientos e intervenciones de activistas e iniciativas, expectativas y esperanzas de movimientos de

la sociedad civil¹⁶⁶. Las declaraciones de distintos organismos pretenden recoger de manera más o menos completa los principios relativos a las TIC o a las actividades digitales o virtuales¹⁶⁷, o se dirigen a los aspectos específicos, tales como la protección de la privacidad, el acceso al conocimiento y el combate contra la delincuencia informática¹⁶⁸. Estas declaraciones sirven para “articular y promover una determinada visión de internet y ofrecer alternativas a la legislación y regulación *ex ante* que por lo general se considera ineficiente, poco práctica y/o perjudicial” (Hawtin, 2011: 1). El entorno cambiante y la naturaleza del tradicional procedimiento legislativo, nacional o internacional, complejo y alargado, hace que ante nuevos desafíos sociales o tecnológicos o bien las leyes o regulaciones carezcan de disposiciones adecuadas, incluso necesarias, o bien se hagan pronto obsoletas, insuficientes o empiecen a jugar en contra de los intereses jurídicos del ciudadano o la sociedad.

Por lo tanto, a falta de respectivas normas jurídicas vinculantes, en casos controvertidos o ante ciertos problemas interpretacionales, los principios agregados en las cartas y declaraciones en primer lugar constituyen “una base para la autorregulación o la corregulación y ayudar a orientar las acciones de diferentes actores” (Hawtin,

¹⁶⁶ Dixie Hawtin las revisa y comenta en el artículo Cartas y principios de internet: tendencias y reflexiones (Hawtin, 2011).

¹⁶⁷ La Carta de Derechos en Internet de la Asociación para el Progreso de las Comunicaciones (Association for Progressive Communications - APC) (2006) (en inglés: Association for Progressive Communications’ Internet Rights Charter), ambas versiones más la traducción a francés en: <http://www.apc.org/en/node/5677>. La Carta de Derechos Humanos y Principios para Internet de la Internet Rights and Principles Coalition (IRP) (2010) (en inglés: Internet Rights and Principles Coalition’s (IRP) Charter of Human Rights and Principles for the Internet). Versión en castellano se encuentra en: http://derechoseninternet.com/docs/IRPC_Carta_Derechos_Humanos_Internet.pdf. Carta de Derechos Digitales de EDRI. Guía para responsables políticos (2014), https://edri.org/files/WePromiseCharter_booklet_ES.pdf (The Charter of Digital Rights - A guide for policy-makers). Acceso el 21.02.2017.

¹⁶⁸ The Electronic Frontier Foundation’s Bill of Privacy Rights for Social Networks (2010) en: <https://www.eff.org/deeplinks/2010/05/bill-privacy-rights-social-network-users> (en castellano: El Proyecto de Derechos de Privacidad para las Redes Sociales de Electronic Frontier Foundation, no he encontrado la versión española), la Carta sobre Innovación, Creatividad y Acceso al Conocimiento (2009) en: https://fcforum.net/charter_extended/ (the Charter for Innovation, Creativity and Access to Knowledge) y Estándares Internacionales sobre Protección de Datos Personales y Privacidad. Resolución de Privacidad de Madrid (2009) en: https://www.apda.ad/system/files/09-11-05_madrid_int_standards_es.pdf. (the Madrid Privacy Declaration). Acceso el 21.02.2017.

2011:1) involucrados en las comunicaciones digitales. En segundo lugar, estas listas de principios exponen los asuntos por considerar para determinar la posición jurídica del interesado, es decir, sugieren por dónde está el problema, cuáles son las reclamaciones y demandas potenciales, o por dónde buscar la solución. Finalmente, ellas establecen un punto de partida para debatir el consenso político con el propósito de formular e introducir las leyes nacionales, las normas supranacionales (comunitarias) o las directrices del derecho internacional, incluida la renovación del sistema de derechos humanos e implementación de determinadas proposiciones en él a nivel más alto. Vamos a centrarnos en la última función de dichas declaraciones de derechos de la persona en el mundo digital, es decir, en repensar el sistema actual para adecuarlo a las nuevas circunstancias socio-tecnológicas. Esta labor permitirá organizar las regulaciones vigentes de distintos niveles legislativos (nacionales, comunitarias e internacionales en el sentido amplio, por ejemplo, de la ONU) o las políticas de organismos y administraciones (*soft law*) alrededor de los campos segregados y bien definidos en dichos catálogos de principios o derechos, y proponer modificaciones, complementos o una nueva lectura de las disposiciones ya existentes.

Para estructurar el debate nos referimos a algunas iniciativas de relativamente mayor reconocimiento¹⁶⁹, así tomaremos en consideración los siguientes actos:

- Carta de Derechos en Internet de la Asociación para el Progreso de las Comunicaciones (APC) (2006)¹⁷⁰, que se citará como *Carta de Derechos en Internet de APC*.

¹⁶⁹ Hay otros catálogos de derechos de y en el espacio digital más o menos completos, asimismo útiles y convincentes, como *A Bill of Rights in Cyberspace* (2010) de Jeff Jarvis o *Declaration of Human Rights in Cyberspace* (1997) de Robert B. Gelman y otros que se pueden ver en: http://human-rights-in-cyberspace.wikia.com/wiki/Human_Rights_in_Cyberspace. La lista de derechos en el ciberespacio de Gelman es presentada y discutida por Bustamante Donas (2001). Diana Aracel y Ramirez Polanco en su tesis de licenciatura “Propuesta de la ONU sobre los Derechos Humanos en el ciberespacio como derechos de cuarta generación y su aplicación en Guatemala.”, Universidad de San Carlos de Guatemala Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Guatemala, agosto de 2011 delibera sobre la Propuesta de Declaración de los Derechos Humanos en el Ciberespacio y la Propuesta de Declaración de Derechos del Ciberespacio haciendo unos aportes significativos al tema. Recuperado el 02.03.2017 de http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_9301.pdf.

- Carta de Derechos Humanos y Principios para Internet de la Internet Rights and Principles Coalition (IRPC) (2010)¹⁷¹, la llamamos a continuación *Carta de Derechos Humanos y Principios para Internet de IRPC*.
- Carta de Derechos Digitales. Guía para responsables políticos de European Digital Rights (EDRi) (2014)¹⁷², a la que recurriremos en forma de *Carta de Derechos Digitales de EDRi*.
- Carta de los derechos fundamentales digitales de la Unión Europea (2016)¹⁷³, la llamaremos a continuación *Carta digital de la UE*.

Entre varios derechos que se relacionan actualmente con Internet se encuentran muchos que no son característicos para este medio, es decir, para ellos Internet es solo una herramienta o circunstancia más, aunque a veces poderosa y conveniente, como por ejemplo el entorno que propicia o facilita cometer un delito, pero el derecho respectivo no se ha fundado a base de la constitución y el desarrollo de Internet. A saber, el derecho al acceso a la información pública no tiene sus raíces en la fundación de Internet u otras oportunidades que derivan del uso de las TIC, aunque este tipo de herramientas hace más fácil el acceso en todo instante y a distancia. El derecho mencionado se vincula estrechamente con el concepto del Estado democrático de derecho donde la transparencia de actuaciones de las administraciones u otros organismos vinculados con las actividades políticas o las responsabilidades del Estado,

¹⁷⁰ <http://www.apc.org/en/node/5677>

¹⁷¹ http://derechoseninternet.com/docs/IRPC_Carta_Derechos_Humanos_Internet.pdf

¹⁷² https://edri.org/files/WePromiseCharter_booklet_ES.pdf

¹⁷³ Es la iniciativa reciente y en curso del debate. La Carta cuya versión original es alemana (*Charta der Digitalen Grundrechte der Europäischen Union*) engloba algunos aspectos de interés para la sociedad avanzada no expuestos de forma tan palpable hasta el momento. Se trata por ejemplo de influencias de la inteligencia artificial y tratamientos automatizados a las cuestiones vitales del ser humano. La Carta ha sido elaborada bajo el patrocinio de ZEIT-Stiftung por parte de un grupo de ciudadanos quienes el día de 5.12.2016 la presentaron al Parlamento Europeo y al público general como una propuesta para deliberarla. Acceso el 02.03.2017 en: <https://digitalcharta.eu/>.

incluido el sistema jurisdiccional, es un punto clave. Por esa razón la administración estatal ha de revelar los datos correspondientes a sus actividades, las inscripciones en los registros públicos u otras informaciones relevantes y posibilitar al ciudadano el acceso a ellos con todas las medidas técnicas asequibles según el estado tecnológico. Lo semejante se refiere a la simplificación de presentación de solicitudes o demandas y otra correspondencia relativa a los procedimientos administrativos o jurídicos mediante el sistema de e-accesibilidad (e-gobierno o e-administración). Tampoco las libertades y derechos civiles tradicionales, entre otros el conjunto que se congrega en los derechos de la primera generación, son algo inherente a la época digital. A modo de ejemplo, el derecho de sufragio, de asociación o de petición, aunque por comodidad y oportunidades tecnológicas se efectúen en línea, como son los procedimientos formalizados y por lo tanto causan los efectos jurídicos concretos, requieren que se implementen las leyes específicas, en gran medida de carácter técnico-organizativo, para la transmisión de datos respectivos a distancia con el uso de los medios de telecomunicaciones. Eso no significa que aparezcan nuevos derechos, hay solamente nuevas modalidades de su ejecución que requieren una nueva legislación. Entonces, ante el desarrollo tecnológico sería conveniente que el Estado lo asumiera y asegurara al ciudadano la posibilidad de votar o entregar peticiones o solicitudes a las administraciones por Internet. Lo mismo se refiere a otros modos a distancia introducidos en algunos países, por ejemplo, la votación por carta postal, para dar la oportunidad real a los más amplios círculos de la ciudadanía de ejercer sus derechos relativos a las elecciones. Luego, para conseguir esas metas hay que implementar ciertas regulaciones jurídicas y técnicas que lo permitan textualmente con el fin de garantizar la seguridad de transmisión y protección de datos, anonimidad de votación e integridad del mensaje, que el voto no “cambie” por el ataque de hackers. Es decir, hay que proporcionar una firma electrónica certificada y un sistema seguro de conexión. A grandes rasgos, la transición hacia el e-Estado parece menos una revolución en los derechos y libertades cívicos, más bien un cambio tecnológico, lo que a su vez requiere

que se introduzcan nuevas disposiciones legislativas. Aunque si el propio Estado esquivase persistentemente la introducción de las tecnologías avanzadas de uso común para simplificar o favorecer al ciudadano la ejecución de sus derechos y libertades reconocidos, pues sí, esto se podría percibir como los impedimentos que repercutan en la violación de los derechos fundamentales, sin embargo, se trata de los derechos ya presentes en el ordenamiento del Estado democrático. En práctica no se observa esta tendencia conservadora. Principalmente los Estados democráticos van implementando leyes y herramientas técnicas para posibilitar al ciudadano el acceso electrónico a sus recursos o con referencia a los contactos con administraciones. De modo semejante, el ejercer la libertad de conciencia, de religión, de reunión, de manifestación o de protestar, aunque se lo haga u organice por o en Internet, no es algo típico para este medio y al parecer no necesita que se introduzca alguna ampliación de los derechos fundamentales específicamente con respecto al entorno digital. Tampoco no es cierto que haya que sumar al catálogo de derechos digitales el derecho a un juicio justo o al debido proceso, incluido si se trata de los casos relacionados con Internet, lo que hacen a veces los comentaristas o los activistas de la sociedad civil.

Por último, se puede indicar un conjunto de principios incorporados en los catálogos respectivos que se relacionan con la seguridad en la red o la conexión digital o con delitos que se cometen en o mediante Internet. Algunos de estos delitos se vinculan específicamente con las TIC y su entorno, para otros Internet es uno de varios espacios donde o por cuyo uso se puedan cometer, simplificar o se pueda evitar la responsabilidad. Eso sí que es verdad que el espacio digital es especialmente propenso a los delitos de odio, de humillación y desprecio, de abuso a los niños / las niñas, de pornografía infantil, de tráfico de drogas, de armas y de personas, aunque sean los delitos comunes. En gran medida estamos frente al cambio cualitativo. En cuanto a las noticias falsas, comentarios de odio, etc., la enorme anonimidad, incluso la falsedad de identidad, y la velocidad con la que se difunden los mensajes y contenidos por la red, así como la duplicación de las páginas de Internet, el mecanismo intrínseco de esta

tecnología, ocasionan que se haga muy difícil perseguir a los delincuentes y responsables, identificarlos, rastrear el trayecto del mensaje o determinar el origen del contenido y, por último, eliminarlos del espacio virtual. Por esa razón las medidas legislativas y técnicas que deben implementarse para que sean eficaces tendrán que ser adecuadas a este medio. Sin embargo, el derecho a estar protegido ante tal tipo de delitos para los cuales Internet es un medio más no constituye por sí mismo alguna nueva reclamación jurídica del ciudadano. En cuanto al tipo de hechos punibles ya condenados por las leyes vigentes a los que las TIC han dado nuevas alas quizás se deba repensar la regulación del código penal tomando en consideración estas nuevas circunstancias cibernéticas, por ejemplo, considerar la ampliación de la tipificación de delitos cometidos en el entorno virtual. No aporta mucho al discurso acerca de la seguridad virtual un postulado en abstracto de que se garantice Internet libre de delincuencia. Ya se incluye este tipo de disposición en el art. 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que dicta que "Toda persona tiene derecho a la vida, la libertad y la seguridad de su persona".

En resumen, frecuentemente las elaboradas listas de principios dirigidos al mundo digital (virtual) incluyen casi entero arco de derechos básicos con cualquier o sin ningún nexo digital, aglomeran varios derechos vigentes de distinto nivel legislativo y postulados pensados *de lege ferenda*. Aunque estas indicaciones puedan servir de referente educacional e informativo, no obstante, la finalidad *per se* de tal catalogación se diluye por falta de un criterio limitador unívoco.

Entre todas las propuestas aglomeradas en los catálogos mencionados anteriormente, para las consideraciones sucesivas se elegirán principalmente tales reglas o directrices que corresponden sustancialmente a las novedades que se han producido debido a las TIC y el asentamiento del ciberespacio o están en la relación con el desarrollo humano para el que las nuevas tecnologías y las funciones del ámbito virtual sirven generosamente.

En resumidas cuentas, se pueden indicar las siguientes principales áreas relevantes para el usuario del ciberentorno:

- Acceso a Internet
- No discriminación en el uso de Internet. La neutralidad de la red.
- Acceso a contenidos, recursos y servicios en y por Internet
- Libertad de expresarse y de participar en la vida de Internet
- Gobernanza en y de Internet
- Seguridad en Internet
- Privacidad en Internet
- Menores de edad en Internet

Entre ellas se pueden destacar tales que corresponden a la cuestión del desarrollo personal, en las que se centrarán más detalladamente los cometarios sucesivos.

3.2.2. Acceso técnico a Internet

Se trata del acceso real y viable a Internet. Es lo que se relaciona con dos aspectos: el disponer de *hardware* adaptado a este fin por el que se entiende el dispositivo y la conexión realizable técnicamente y la instalación de *software*: aplicaciones o programas informáticos que permitan conectarse a la red, surfear por ella, explorarla, buscar y disfrutar de todo el conjunto de contenidos, recursos e informaciones, descargarlos y subir los suyos.

Para que sea el acceso factible debería incorporar la conectividad desde hogar, aunque no necesariamente gratuita, pero con tarifa al alcance del ciudadano medio (por esta razón no se la puede definir de manera universal, depende del nivel económico de la población), la cobertura en lugares públicos (WiFi gratuita), incluidos edificios públicos, medios de transporte público y escuelas, sean públicas o privadas, y la accesibilidad en el trabajo con fines privados (el uso a escala razonable). En cuanto al viaje al extranjero o la comunicación con o desde el extranjero, el acceso pleno

significa: el *roaming* de datos gratuito o con costes bajos, que garantice la transmisión de datos desde el extranjero, la portabilidad, es decir mientras se mueva el usuario fuera del territorio nacional debería mantener el mismo acceso a los servicios como en su localidad nacional, la eliminación de geoblocking, es decir, la erradicación del impedimento de acceso a determinados contenidos desde algunos territorios (a menudo por las restricciones del derecho de autor). Lo ideal sería la cobertura gratuita en todo el territorio nacional, por lo menos en ciudades, aunque sin duda, por los obstáculos tecnológicos y económicos, el problema más crítico es asegurar la conexión de calidad en los pueblos y en el campo, al contrario, en grandes ciudades hay una multitud de lugares donde poder conectarse a Internet por WiFi. A estos se añadiría la conexión transfronteriza sin pagos adicionales por el acceso privado o empresarial, al menos en todo el territorio comunitario.

Desde la perspectiva del usuario, el asunto más técnico que contribuye al acceso telecomunicacional completo se refiere a la interoperabilidad, es decir, todos los dispositivos deben conectarse y comunicarse entre sí y con la red, cualquiera que sea la característica técnica de la conexión: WiFi, 4G, 5G, etc., y garantizar el mismo nivel de acceso para que no sea necesario cambiar el dispositivo o la aplicación para acceder a distintos servicios o desde distintas localidades y, por eso, disponer de varios dispositivos o programas para el amplio acceso a los contenidos y servicios, por lo que aumenten los gastos y, en consecuencia, se dificulte el pleno disfrute de Internet.

Por distintas razones, sobre todo políticas, por parte de algunos gobiernos, principalmente menos democráticos, de vez en cuando se provoca un cierre del acceso al sistema de Internet (*intentional shutdown*) a fin de apartar la ciudadanía de las informaciones o de la posibilidad de comunicarse. *Internet shutdown* “es una interrupción intencional de Internet o de comunicaciones electrónicas, haciéndolas inaccesibles o con eficacia inutilizables, para una población específica o en un lugar, a

menudo con el fin de ejercer control sobre el flujo de información".¹⁷⁴ En el contexto de este tipo de prácticas, que atañen primordialmente a las más desventajadas comunidades de los Estados que viven turbulencias políticas y tomando en consciencia cada vez mayor importancia del acceso a Internet para todas las esferas del funcionamiento de la SIC en su conjunto y de cada persona por separado, el reconocimiento inequívoco del derecho al acceso a Internet como un derecho humano ayudaría a la protección contra esta especie de interrupciones y reforzaría el seguimiento de los demás derechos humanos.

Al acceso a Internet como tal se suma el requerimiento de la máxima calidad de conexión, es decir, que los parámetros técnicos de conexión común (velocidad de transmisión de datos) se adecuen al nivel ajustado al desarrollo tecnológico del uso ordinario en un país (banda ancha, 5G, etc.).

Semejantemente a lo que se refiere a los dispositivos digitales, la libre elección y utilización de sistemas y programas informáticos (*software*) juega un papel esencial para el acceso y uso de la red, ya que cualquier establecimiento de los monopolios pueda obstaculizarlo debido a los precios elevados u otras razones del dictado comercial.

Una de las vías de conseguir el descenso de precios por licencias de software e impulsar hacia la variedad de este a disposición en el mercado y de tal manera facilitar la adquisición legal de software por parte de un segmento más amplio de la población y sustentar la libre elección entre distintas soluciones es fomentar la competencia en el mercado por medio de promover el desarrollo de software libre o de código abierto

¹⁷⁴ “An internet shutdown is an intentional disruption of internet or electronic communications, rendering them inaccessible or effectively unusable, for a specific population or within a location, often to exert control over the flow of information.”, de la página: <https://www.accessnow.org/keepitopen/>. “Internet Freedom. Governments shut down the internet more than 50 times in 2016”, de <http://www.wired.co.uk/article/over-50-internet-shutdowns-2016>. El estudio más detallado sobre las circunstancias y pérdidas económicas relacionadas con la detención o suspensión de Internet: Darrell M. West, “Internet shutdowns cost countries \$2.4 billion last year”, Center for Technology Innovation at Brookings, octubre 2016, en: <https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/10/intenet-shutdowns-v-3.pdf>. Acceso el 24.2.2017.

hasta desde las políticas públicas, por ejemplo, en forma de la obligación de instalarlo en los dispositivos vendidos comercialmente o adaptarlos a la instalación de ello.

Hay que señalar que software libre o de código abierto (FOSS - free and open-source software), que por su naturaleza se incorpora en el dominio público, adquiere esta cualidad jurídica por la voluntad de sus autores y cocreadores, es decir, mediante un acto privado por el que se está declarando el permiso para el uso libre de restricciones o bajo una licencia amplia y gratuita. Lo último es realizado a menudo por parte de la empresa misma que dispone del título de la autoría a fin de acelerar el desarrollo de cierto tipo de aplicaciones. Por lo contrario, la obligación de poner al descubierto el código fuente para hacer posible la interoperabilidad de aparatos, incluso si los fabrica la empresa competitiva, o para romper el monopolio, es el hecho que deriva de las leyes vinculantes o los actos de las autoridades antimonopolísticas.

Como se ha explicado anteriormente, por un lado, para cumplir algunas de estas directrices (interoperabilidad) o simplemente para conseguir la popularización de Internet se exige una alta estandarización tecnológica de dispositivos, telecomunicaciones y aplicaciones (interfaces informáticos). Por otro lado, para evitar los abusos de la posición monopolística, mantener la competencia en el mercado y permitir que se desarrollen nuevas aplicaciones competitivas según sus funciones y costes es necesario el acceso libre al código fuente y una flexibilización del derecho de la propiedad intelectual y de autor. Son circunstancias que faciliten la bajada de los precios y ayuden a lograr el verdadero acceso para un grupo social más amplio sin medidas gubernamentales especiales para suavizar las desigualdades, las que tengan que ser implementadas a falta del hecho de que el mercado lo consiga por vía de auto-ajustamiento.

Desde la perspectiva social, el acceso común de calidad adecuada y al alcance del ciudadano corriente se traduce en el supuesto y el propósito de conseguir la inclusión digital a cada persona y a todos los estratos sociales, tanto con respecto a la disponibilidad y el manejo de dispositivos como a la conexión y las capacidades

suficientes para moverse con seguridad y eficazmente por el mundo virtual, sin mirar a la posición socioeconómica, ni a la edad, ni a la residencia (ciudad, pueblo, campo), es decir, se trata de nivelar la brecha digital, si existe, cualquiera que sea su causa. La plena inclusión digital se inserta en el concepto más amplio de la igualdad de oportunidades.

El pleno y viable disfrute de las oportunidades del espacio virtual, en su dimensión tecnológica y sustancial, reclama formarse adecuadamente y disponer de aptitudes apropiadas para orientarse en el ciberespacio, surfear por él, intercambiar las informaciones y contenidos y usar los dispositivos seguros y efectivos. El lograr el nivel suficiente de competencias digitales y mediáticas debe ser la tarea obligatoria del sistema educativo y el Estado debe asegurar que se facilite al ciudadano de cada edad la posibilidad de estar al día, es decir, se promueva la formación (alfabetización) digital y mediática continua (Artículo 20 – Formación de Carta digital de la UE), con el enfoque en los más desventajados: los jóvenes, discapacitados, ancianos, mediante lo que, por una parte, se garantizará que adquieran las habilidades apropiadas para el uso de dispositivos y el pleno disfrute de recursos y servicios del mundo virtual, así se convertirán en miembros de pleno derecho de la SIC y, por otra parte, que lo hagan de forma segura, con precauciones, siendo conscientes de los peligros existentes y aptos para defenderse contra ellos.

No cabe duda que a fin de fomentar el igual y no discriminatorio acceso y uso de Internet (Artículo 3 – Igualdad y Artículo 15 - Libre acceso de Carta digital de la UE) para toda la población hay que combatir las desigualdades objetivas que se produzcan debido a las existentes circunstancias discriminatorias, es decir, enfocarse en los más desventajados que demandan la protección y el apoyo mayor y mejor: gente de edad avanzada, menores, discapacitados, presos, para que el acceso a Internet sea un elemento de resocialización, o, en algunos países, mujeres o indígenas, y para otros grupos marginados por razones que sean.

En términos breves, la igualdad y no discriminación con respecto al acceso al ciberespacio exigen que este se realice sin distinciones por las disposiciones personales y a veces para alcanzarlas habría que introducir las medidas hasta las acciones positivas para restituir la justicia y la equidad si no se dieran por sí mismas. El pleno e igualitario acceso a Internet incluye la posibilidad de utilización sin restricciones de dos funciones: el introducirse dentro de la red, moverse por ella y descargar los contenidos y por otra parte colgarlos o montar las páginas (el acceso y uso bidireccional).

En breves palabras, como lo proclama *People's Communication Charter* (Carta de la Comunicación de los Pueblos) en su art. 12 titulado *Cyberspace*:

*Todas las personas tienen derecho al acceso universal a y al uso equitativo del ciberespacio. Sus derechos a [establecer y participar en] las libres y abiertas comunidades en el ciberespacio, la libertad de expresión electrónica y estar libre de vigilancia electrónica y la intrusión, deben ser protegidas.*¹⁷⁵

3.2.3. Neutralidad de la red

La arquitectura y el funcionamiento de Internet deben asegurar que el tratamiento y el flujo de datos, comunicaciones e informaciones en ella sean libres, equitativos y no discriminatorios, sin preferencias, privilegios u obstáculos por cualquier criterio de origen o naturaleza del contenido o de la parte que lo cuelgue, busque, procese, descargue, etc. o por razones de índole residencial, económica, social, cultural o política, dentro de lo lícito y permitido por las leyes (razonables) o buenas costumbres. La garantía de la máxima neutralidad de la mecánica de Internet (la red misma y la conexión) es lo mejor, es decir, que nadie decida por mí qué es lo positivo o útil, excepto las claras violaciones de la ley. Se trata de la red como tal en su conjunto, sin embargo, los servicios particulares pueden regirse por ciertas reglas que requieran

¹⁷⁵ Traducción MK. "All people have a right to universal access to and equitable use of cyberspace. Their rights to free and open communities in cyberspace, their freedom of electronic expression, and their freedom from electronic surveillance and intrusion, should be protected." Acceso el 26.02.2017 a todas las versiones lingüísticas desde <http://www.pccharter.net/charterde.html>.

estar bien determinadas y abiertamente declaradas en las políticas y los principios, en cuanto no infrinjan ni las leyes ni las buenas costumbres.

Hay campos de controversia. Los motores de búsqueda tienen empotrados los algoritmos por los que deciden sobre el orden de la lista de resultados de búsqueda. Normalmente ellos proclaman que pretenden guiarse por el mejor ajustamiento a la pregunta, sin otros criterios escondidos de selección o listado, sobre todo se trata de criterios económicos, es decir, la publicidad escondida.

Desde el otro lado, existe un riesgo de violación de la neutralidad de la red por los mecanismos que rastrean la red en busca de las actuaciones que supuestamente infringen el derecho de autor para bloquearlas o eliminar ciertos contenidos o impedir su procesamiento. Es que es muy difícil implementar algún método tan universal sin incrustar criterios bastante especificados y emplear técnicas sofisticadas que pueda asegurar el tratamiento preciso al respecto, en consecuencia, pueden eliminarse o inmovilizarse los contenidos legales o se imposibilite el uso justo¹⁷⁶, hasta que algunos puedan apropiarse de recursos de dominio público. Entonces, estos mecanismos no

¹⁷⁶ Timothy Vollmer, “Copyright Filtering Mechanisms Don’t (and can’t) Respect Fair Use”, 22.02.2017, de <https://creativecommons.org/2017/02/22/copyright-filtering-mechanisms-dont-cant-respect-fair-use/>. Acceso el 24.04.2017. “La Comisión propone que los prestadores de servicios de la sociedad de la información (Information Society Service Providers: ISSP) que almacenan y dan acceso a materiales con derechos de autor que los usuarios cuelguen deben tomar medidas concretas para garantizar que estos materiales no contengan obras de otros titulares de derechos. En otras palabras, ISSP tendrá que adoptar la tecnología que efectivamente permita reconocer y evitar subidas de cualquier contenido que incluye incluso fragmentos de vídeos, música, imágenes y cualquier otro tipo de obra que pertenece a alguien que no sea la persona que los difunde. El mecanismo de filtro se aplicaría a todos los contenidos subidos por el usuario. Estaría operando a ciegas, lo que significa que no podría distinguir entre una pieza de contenido que se distribuye mal y una pieza de contenido que se distribuye bajo una excepción existente del derecho de autor. [...] Los filtros de subida no pueden reconocer las libertades existentes tales como el derecho de cita o parodia. El proyecto de dictamen ignora la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que afirma que el monitoreo de contenido está incumpliendo con la libertad de expresión y la privacidad. Este tipo de enfoque de filtración: "disparar primero, preguntar después" es perjudicial para los usuarios y podría conducir a un efecto de bloquear a quien intente utilizar un contenido protegido bajo una excepción al derecho de autor. La propuesta de la Comisión y el proyecto de dictamen de la Comisión de Cultura y Educación sugiere que la responsabilidad de quejarse si su contenido se detiene debe recaer sobre los usuarios. Esto es una carga injusta. La declaración integral “Use of Protected Content by Information Society Service Providers” en: http://www.communia-association.org/wp-content/uploads/2017/01/170109COMMUNIA_position_paper_art_13.pdf. Recuperado el 24.02.2017.

podrían arbitrariamente decidir sobre la violación de los derechos correspondientes a base de afirmación de solo una parte y sin confirmar la vigencia de sus derechos.

Con referencia al conjunto íntegro de asuntos correspondientes a Internet, es decir, la neutralidad de la red, Internet abierta, la organización y la gestión de Internet, el acceso a la infraestructura de Internet y el uso de sus recursos se plantea la cuestión jurídicamente y socioculturalmente crucial, tanto para el estatus actual de la red como para su porvenir: cuál es la naturaleza y característica jurídica de la Internet misma. Los aspectos jurídicos muchas veces conllevan unos elementos de índole más técnica, pero a la vez de mucha envergadura como son los temas y las políticas del Sistema de nombres de dominio, DNS: Domain Name System y su representante ICANN: Internet Corporation for Assigned Names and Numbers¹⁷⁷ o relacionados con los protocolos de transmisión de datos, entre muchos otros se encuentran el conjunto de protocolos TCP/IP, son respectivamente el Protocolo de Control de Transmisión y el Protocolo de Internet con sus versiones hasta sexta IPv.6 discutida¹⁷⁸).

Internet se puede denominar con facilidad como una empresa público-privada. Servidores y vías de conexión están en su mayoría en las manos privadas, asimismo la mayoría de los recursos, proporcionalmente a la relación entre las actividades privadas y estatales en la realidad. Por otro lado, muchos aspectos del funcionamiento de Internet y de las compañías que operan allí se someten a determinadas disposiciones legales y están bajo control de las administraciones públicas (comunitarias).

En definitiva, para mantener la infraestructura de Internet al servicio igualitario y equitativo de todo el mundo, se precisa la protección contra cualquier prueba de apropiarse, incluso parcialmente, de cualquier aspecto de su funcionamiento, por parte de entidades privadas o en nombre de intereses particulares, sean privados o públicos, o de colectivos determinados, incluso los Estados enteros. El único modo de asegurar que

¹⁷⁷ El recorrido por la historia de la gestión actual de Internet: Ben Tarnoff, *The Internet Should Be a Public Good*, <https://www.jacobinmag.com/2016/08/internet-public-dns-privatization-icann-netflix/>, acceso el 26.02.2017.

¹⁷⁸ Véase: Andrew G. Blank, 2004, *TCP/IP Foundations*. San Francisco – London. SYBEX Inc.

se mantenga este *status quo* son: el reconocimiento por parte de las organizaciones internacionales y los Estados que la Internet es el bien común o dominio público¹⁷⁹ y la implementación de regulaciones jurídicas adecuadas al respecto.

3.2.4. Acceso abierto a los contenidos de Internet (bajar, transformar, subir)

El acceso libre y no discriminatorio a Internet incluye el derecho a y la libertad de buscar, recibir y difundir contenidos, informaciones y opiniones a través de la red, así como asistir en el intercambio bidireccional de ideas y pensamientos. Como se ha visto hace un instante, hasta el aspecto tan técnico como la neutralidad de la red influye en el acceso pleno y libre a los contenidos y recursos del ciberespacio.

Siguiendo el art. 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que declara que "Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de su comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y sus beneficios", se trata entonces del acceso a todo tipo de contenidos de cultura, entretenimiento, ciencia, información o conocimiento. Este derecho en su relación con el uso y la transformación de obras está limitado por la protección de los intereses jurídicos de terceros que cuentan con los derechos exclusivos de autoría de ellas. Sin embargo, las TIC por sí mismas se basan en la innovación y a la vez fomentan las oportunidades totalmente nuevas para la producción creativa en varias ramas de actividades humanas personales y profesionales, lo que se ha convertido en el elemento intrínseco y la sustancia de la SIC y el condicionante de su avance. Esta circunstancia invita a repensar el alcance y contenido de cada singular derecho relativo a la autoría de la obra y de protección de la propiedad intelectual para no impedir innecesariamente o abusivamente el florecimiento de toda persona individualmente y la prosperidad de la SIC a cualquier nivel en su conjunto. Luego, el objetivo de tal reorientación ante las restricciones del derecho de autor y la propiedad intelectual nos encamina hacia sopesar

¹⁷⁹ Véase: Cees Hamelink, *Cyberspace as public domain: the role of civil society*. Recuperado el 26.02.2017 de <http://www.infoamerica.org/teoria/hamelink1.htm>.

minuciosamente los intereses de todas las partes involucradas en el proceso creativo y la explotación económica de la obra, incluido, y por qué no, el interés público-común, según los efectos a largo plazo en el adelanto socioeconómico de la comunidad.

Se pueden indicar distintas dimensiones del acceso a la cultura en el sentido amplio y varios propósitos de facilitarlos. Se trata del acceso libre al conocimiento para el uso educativo o para la investigación científica, con o sin fines de lucro económico, a las obras de distinta índole para entretenimiento en privado o para montar el espectáculo o enseñar en público, para la crítica, el análisis, parodia o cita.

Las condiciones, principalmente económicas, que obstaculizan el libre acceso al conocimiento y la utilización, aplicación o transformación de obras, conceptos o resultados científicos, vienen de las restricciones según el derecho de autor o la propiedad intelectual (patentes y otras formas de protección) o simplemente del elevado precio del acceso a las revistas científicas, en la época de repositorios y publicaciones digitales se trata de suscripciones, o un pago desorbitado por el acceso a los artículos singulares. Esta práctica es posible debido a que las editoras se apropian de derechos económicos de obras (sobre todo de los artículos científicos), incluso sin pagar a los autores ni a los institutos de investigación, ni siquiera aportan algo a su revisión o corrección, ya que a menudo lo hacen los investigadores externos gratis¹⁸⁰ y después explotan económicamente la obra a lo largo de muchos años. Por esa razón, una parte de la discusión acerca de la renovación del sistema de derechos de autor se centra no solo en cómo abrir el acceso a las publicaciones científicas a los investigadores, sino también cómo remunerar de manera justa a los creadores y proteger sus derechos sin restringir el acceso público al conocimiento al menos con los fines educativos e investigadores y de estimular la innovación. Teniendo esto en cuenta, en ciertos países se han implementado las medidas que obligan a los autores y las instituciones investigadoras a facilitar los

¹⁸⁰ Randy Schekman (Biólogo estadounidense. Ha ganado el Premio Nobel de Medicina en 2013), “Por qué revistas como ‘Nature’, ‘Science’ y ‘Cell’ hacen daño a la ciencia. El premio Nobel protesta contra el sistema de publicaciones en el mundo de la investigación” http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/12/11/actualidad/1386798478_265291.html.

resultados científicos y las publicaciones al público común, siempre que las investigaciones se hayan realizado con los fondos públicos. Esta actitud deberá convertirse en un estándar.

Aparte de las soluciones particulares cuya implementación está en curso, se debería repensar el propio paradigma general del derecho de autor y de la propiedad intelectual con el propósito de alcanzar la regulación óptima por la que bien las licencias concedidas o bien las excepciones por uso justo o bajo otras condiciones y limitaciones del derecho de autor que derivan de las disposiciones jurídicas, permitirían construir, compartir y utilizar el conocimiento sin trabas. Lo ideal será conseguir el estado donde el conocimiento de cada vertiente sea libre de cualquier restricción del uso y pertenezca al dominio público de la humanidad disponible para el disfrute de toda persona. Toda la actividad humana, sobre todo la creativa, juega una función social, por una parte, añade al legado cultural humano, por otra saca la inspiración y se lucra de las obras anteriores y actuales, cuyo uso está restringido o no por la ley. Por lo tanto, el alcance de la protección de los resultados de creación debe equilibrar los derechos de los creadores, investigadores o constructores con el interés público. Es por eso que las disposiciones jurídicas correspondientes al derecho de autor y la propiedad intelectual deben favorecer el acceso público al conocimiento y la cultura, sin restricciones desproporcionadas también en cuanto a su presencia en y difusión por la red.

De momento, principalmente, la cultura libre, el conocimiento libre y la ciencia abierta se someten a las disposiciones relativas al acceso libre debido a la fuente de financiación (con fondos públicos o dentro de las administraciones públicas), al dominio público o a las licencias *creative commons* que lo conceden el uso libre en el grado según la licencia otorgada. La meta ideal de poner todo el conocimiento al descubierto parece estar lejos de las tendencias corrientes que dominan los trabajos legislativos, incluidos desafortunadamente los de la Unión Europea, que siguen sin buscar alguna solución equilibrada entre los intereses de las partes involucradas en el

proceso creativo, ignorando no solo las expectativas de la sociedad civil, sino sobre todo la realidad y las necesidades de la SIC¹⁸¹.

Se puede apuntar varias circunstancias singulares que puedan obstaculizar el acceso a ciertos contenidos virtuales. Una de ellas es *geoblocking* que es la consecuencia de la territorialidad de derechos de autor que significa que las licencias se conceden limitando el territorio de su efectación. Normalmente se trata de un país. Todo esto choca con lo esencial de la utilidad de las tecnologías de acceso a distancia por Internet. La territorialidad tiene un sentido polémico en cuanto se trata de los servicios pagados, es decir, el propietario de derechos no perdería ganancias si los consumidores tuvieran acceso desde donde sea, es cuestión de condiciones de arreglar cuentas con el que coja la licencia. La territorialidad en la época digital, además, hace que se mantengan los monopolios territoriales y en consecuencia los titulares de licencias que monopolizan cada territorio no compiten entre sí, incluso dentro de la Unión Europea, lo que a su vez va en contra del mercado único. Como resultado, aunque técnicamente a través de Internet el consumidor tenga la posibilidad de acceder a un servicio, habitualmente audiovisual, no lo conseguirá por *geoblocking* y estará obligado a pagar al proveedor local, aunque el precio sea superior. Luego, en la realidad, la situación en la que el consumidor tenga la oportunidad viable de acudir a servicios dados puede encontrar trabas, ya que puede que exista el bloqueo del acceso al servicio en el extranjero y a la vez puede que no haya acceso a este servicio en el propio territorio simplemente por falta de licencia para ello o porque el titular de esta no distribuye la obra por razones que sean. Un ejemplo emblemático de difícil comprensión es que las televisiones de un país bloquean el acceso para los espectadores foráneos porque han vendido los derechos de distribución a la cadena en el extranjero para que ella emita la obra en la lengua propia del país. En este caso rara vez en práctica

¹⁸¹ El Artículo 22 (Bienes inmateriales) de la Carta digital de la UE intenta equilibrar los intereses de esta manera: “Corresponde a los titulares de los derechos una parte equitativa de los ingresos procedentes del uso digital de sus bienes inmateriales. Estos derechos mantendrán un equilibrio con los usos no comerciales.”

se produciría la competencia y el conflicto de intereses entre la licenciadora y la que coge la licencia, ya que de hecho hablamos de dos obras diferenciadas por la lengua que principalmente es un factor decisivo para el espectador¹⁸².

La territorialidad evidentemente no es un instrumento jurídico ajustado a las TIC. Entonces, hay que buscar otras soluciones legales para resolver la cuestión de compensaciones justas por derechos de autor, sobre todo porque se puede esquivar *geoblocking* con facilidad instalando aplicaciones tipo VPN (Virtual Private Network).

En síntesis, para la SIC el acceso abierto al conocimiento es la esencia. En la vida cotidiana la cuestión se centra en el acceso a los contenidos de cultura y entretenimiento. Sin embargo, para el progreso de la SIC a nivel global el tema dominante es el uso de resultados científicos y avances tecnológicos (biotecnológicos) restringido por las patentes que hacen la aplicación de ciertas soluciones vitales extremadamente cara.

Con respecto a otro tipo de restricciones al acceso a Internet hay que recordar que, de vez en cuando o de modo regular, en algunos Estados en vías de desarrollo democrático se impide el acceso a toda la variedad de contenidos por censura gubernamental. No es de ciencia cierta que el reconocer textualmente el derecho al acceso a Internet como un derecho humano en los actos jurídicos internacionales ayude a eliminar estas prácticas o al menos presione a los gobiernos que no lo hagan, pero merece la pena intentarlo. Actos de censura de los contenidos y flujos en la red, tanto por parte de los gobiernos, como desde las políticas comerciales (las condiciones del uso) ambiguas y no justificadas de los gestores de servicios en línea o proveedores de

¹⁸² La mediateca de la alemana ARD, la asociación de cadenas televisivas alemanas, ofrece el acceso gratuito a una multitud de películas rodadas por televisiones alemanas que son titulares de derechos correspondientes. Pero no todas se pueden ver desde Polonia, por las mencionadas limitaciones territoriales. Esta práctica parece ser de sentido dudoso, incluso si se han vendido los derechos a las cadenas polacas, ya que supuestamente solo unos pocos polacos se pueden interesar por ver una película en alemán, luego incluso la potencial pérdida económica para la cadena polaca sería infinitesimal, por lo contrario, la pérdida para los alemanes que residen en Polonia es grave, además ellos no sumarán a las ganancias de la cadena polaca, ya que probablemente no se interesarán por ver la película en polaco.

conexión, que tengan la naturaleza de censura previa, engloban el bloqueo y los sistemas de filtrado que impidan el acceso a recursos, incluso a estos que no sean contraindicados por claras disposiciones jurídicas.

Hay que, de manera diáfana, delimitar entre los contenidos ilegales y los contenidos llamados inadecuados en la opinión subjetiva, incluso si las condiciones de eliminación o bloqueo son puestas al descubierto por los requisitos de participación y conducta en el servicio virtual. Es que no se puede permitir la arbitrariedad total del gestor del servicio en cuanto a establecer las cláusulas y limitaciones de participación y comportamiento, si infringen los derechos fundamentales. Si las condiciones generales de compra de bienes y servicios tradicionales tienen que estar conformes con la ley, lo mismo corresponde a los servicios vinculados más estrechamente con lo virtual. Si se esquiva este requerimiento, “Al final, los filtros de clasificación acaban prohibiendo el acceso a sitios Internet que no tienen nada que ver con información sensible.” (Bustamante Donas, 2001). Además, las compañías de Internet (los motores de búsqueda, los servicios de contenidos audiovisuales, etc.) que, lógicamente, operan globalmente rara vez aplican el filtrado a base de las regulaciones jurídicas locales de cada territorio, usualmente se guían por las reglas propias a su sede empresarial (por ejemplo, los EE. UU.) sin evaluar su vinculación en otros territorios. De este modo, a pesar de que ofrecen sus servicios a los usuarios domiciliados en otros Estados, ignoran las disposiciones jurídicas conformes con el ordenamiento del territorio de destino, privando así a los usuarios de sus derechos¹⁸³. Esto no se puede confundir con las medidas justificadas contra las actividades ilegales, acoso en línea, intimidación a los usuarios, campañas o discursos de odio, ataques cibernéticos, la recogida, el uso y la difusión de los datos o materiales personales y en general contra la delincuencia

¹⁸³ A base del artículo 17 U.S.C. Sección 512(c)(3) y 512(d)(3) de la Digital Millennium Copyright Act (DMCA), los proveedores de motores de búsqueda eliminan contenidos y desindexan páginas web definitivamente siguiendo los llamados avisos de eliminación de contenidos (*take-down notices*) que declaren las infracciones del derecho de autor, sin confrontar si el contenido viola o no las disposiciones europeas correspondientes (Carta de Derechos Digitales de EDRi, p. 17).

informática u otra, a base de las leyes vigentes o las políticas que explícitamente exponen los criterios de bloqueo y eliminación de cierto tipo de comentarios o materiales.

Otro tema de gran calado relacionado con el libre acceso a la red y sus recursos y la presencia allí por parte del usuario, también con referencia a los medios tradicionales, que atañe a la protección de menores de edad, se refiere al requerimiento de que se declaren claramente los derechos de menores en relación con las TIC y con las actividades en el espacio virtual y, lógicamente, se trata del cumplimiento de estos derechos por parte de gestores del mundo virtual. La cuestión es de mucha relevancia para la utilización de las TIC cada vez más inocua. Es de suma importancia que se implementen las medidas adecuadas y no excluyentes teniendo en cuenta, por una parte, las vulnerabilidades de los menores y, por otra parte, en relación con la necesidad de establecer las circunstancias propicias al desarrollo idóneo de su personalidad a la edad de mucha susceptibilidad a influencias externas que puedan perfilar, tanto positivamente como negativamente, sus comportamientos y el sistema moral e intelectual para toda la vida. Entonces, la tutela especial a los menores, tanto en su dimensión negativa, es decir, ante las amenazas que vienen del uso de las nuevas tecnologías, como en su dimensión positiva, es decir, a favor de explorar todas las oportunidades de las TIC, constituye un componente integral del derecho al acceso a Internet. Por consiguiente, la esfera de amparo de la infancia descansa tanto en la protección frente a factores perjudiciales en los medios de comunicación e información tradicionales y en la red, como en asegurar a niños, niñas, jóvenes y adolescentes el acceso igualitario a la cultura y educación a través de estos medios (Gómez Sánchez, 2004: 246-247). Así, ambos, el elemento negativo: la defensa al menor de edad contra los contenidos inadecuados y las circunstancias nocivas en Internet y el elemento positivo: las garantías de acceso y uso seguro de los contenidos adecuados a su edad, motivadoras para el aprendizaje y nutritivas para su formación como persona y ciudadano, se unen para fomentar el desarrollo personal. Sin embargo, no es nada fácil determinar el criterio por el que

decidir cuáles contenidos son y cuáles no son adecuados a la edad determinada, también debido a las vastas discrepancias en el estadio del desarrollo entre los jóvenes de la misma edad, que a estas edades pueden ser particularmente amplias. Aunque el alcance de la restricción de acceso debe ser algo propio a cada niño / niña, sin embargo, hay que intentar evitar la arbitrariedad en valoración de las medidas precautorias para no incurrir en el error por el que se produzca el efecto contrario de bloqueo del desarrollo, es que es cierto que el desarrollo progresa en línea con los desafíos e incentivos. En el contexto de la protección de la infancia surge el asunto del filtrado de contenidos y su eliminación o bloqueo del acceso a tales materiales que puedan perjudicar de cualquier modo a menores. Las medidas similares van a considerarse en relación con otros tipos de contenidos o servicios, a saber, como los recoge Sängner a base de la legislación alemana, se trata de exposiciones de violencia, actividades y declaraciones de extrema derecha y terrorismo, ofertas de juegos de azar o con respecto a la protección jurídica privada (Sängner, 2013). La lucha contra la pornografía infantil y cualquier forma de abuso o explotación de menores es el caso obvio e indiscutible que requiere que se implementen las medidas eficaces de persecución y eliminación para lograr que se las combata tanto en el espacio virtual como en el mundo real¹⁸⁴.

Al dejar de lado la valoración moral, la situación no se ve tan clara en cuanto a, como se lo dice enigmáticamente, los contenidos para adultos o simplemente se trata de la pornografía cuya producción y ofrecimiento cumplan con las leyes, es toda la industria cinematográfica y de otros servicios permitidos en la mayoría de los Estados democráticos. Por esta razón, las medidas de bloqueo arbitrario de este tipo de contenidos o servicios en la red chocan con la constitucionalidad y se cuestionan ante los tribunales¹⁸⁵. En cuanto a las medidas en forma de bloqueo de tal contenido (el

¹⁸⁴ Lo confirma el Tribunal Constitucional Federal que la persecución de la pornografía infantil en Internet en sí misma es la finalidad legítima de la ley, incluida la eliminación del contacto casual con este tipo de material y el apoyo a desarticular la industria de pornografía infantil (Sängner, 2013: 208).

¹⁸⁵ Véase J.M. Balkin, “Filtering the Internet: A Best Practices Model”, 15 de septiembre de 1999, donde el autor reflexiona acerca de la legislación americana al respecto fracasada ante el Tribunal Supremo, se

filtrado), las emblemáticas parecen las reflexiones del Tribunal Constitucional Federal alemán (Sänger, 2013: 206-212) acerca de la inconstitucionalidad material de este tipo de disposiciones si son demasiado generales. En consecuencia, mediante la introducción de las regulaciones imprecisas o por el mero hecho de que la tecnología no permite seleccionar las páginas o los contenidos que cumplan o no las indicaciones jurídicas, incluso si son detalladas, se pueden infringir tales derechos fundamentales como la libertad de opinión, de prensa y de difusión, de expresión artística¹⁸⁶, a la profesión (para el autor y para el proveedor del acceso) y, finalmente, para el usuario, se pueden violar la libertad de información y del secreto epistolar y de correos. No hay por qué referirse a la Ley Fundamental alemana, ya que son todos los derechos fundamentales reconocidos por los ordenamientos jurídicos democráticos. Además, como lo estima el Tribunal cautelosamente, la formulación de una lista de páginas bloqueadas, normalmente de pornografía infantil, podría atraer la atención de quienes se interesan por el acceso a dichas páginas. La experiencia enseña que este tipo de listas exactas no se pueden mantener en secreto, lo que ocasiona el efecto contraproducente al deseado, además con facilidad los servicios cambian nombre, así la actualización del listado sería un procedimiento continuo. Por consiguiente, la medida jurídica en forma de elaborar una lista de este tipo para distribuirla entre los proveedores de Internet no es adecuada ni apropiada para lograr la finalidad propuesta (Sänger, 2013: 208-210). Eso no significa que haya que abandonar la lucha contra la pornografía infantil, todo lo

trata de *America's Communications Decency Act* y las sucesivas y las medidas técnicas por introducir para lograr eficazmente la meta deseada, desde los proveedores y otras partes involucradas. Recuperado el 27.02.2017 de <https://pdfs.semanticscholar.org/912f/ac5348f4cedc9aed71ab13bba344538ac96b.pdf>.

¹⁸⁶ Así se puede censurar incluso la herencia arqueológica de la humanidad al tratar de pornografía la Venus de Willendorf (Naturhistorisches Museum, Viena), la estatua desnuda de 30.000 años, lo que ocurrió en la realidad.

contrario, sino que los medios más eficaces se encuentran fuera de Internet. Sobre todo, se precisa la más estrecha cooperación policial internacional en el mundo real.

Se pueden implementar varias fórmulas de bloqueo, al dejar a un lado las cuestiones técnicas de cómo realizarlas, es decir, cómo los proveedores de Internet pueden identificar los contenidos sujetos a las restricciones en la circulación de estos por Internet. Una de ellas la ha presentado el gobierno del Reino Unido, se trata del bloqueo por defecto del acceso a páginas pornográficas a los clientes, quienes solo podrán restablecer el acceso desactivando el bloqueo. Es la solución que por un lado permite mantener el acceso para adultos, cuando lo deciden conscientemente, de este modo no se violan sus libertades, y por otro no expone ni a los adultos ni a los menores de edad a los contenidos indeseados. Además, principalmente se puede impedir a los menores que ellos desactiven los filtros por sí mismos¹⁸⁷.

En definitiva, las medidas de bloqueo por una parte no son efectivas y, por otra parte, dejan un espacio ancho a la arbitrariedad de varios involucrados en la gestión de la conexión y red, por lo que se arriesga la violación de prevalecientes derechos fundamentales de los usuarios de Internet, luego estas medidas muchas veces carecen de proporcionalidad.

Si el acceso fácil a los contenidos para adultos en Internet se puede considerar como la maldad de la tecnología virtual, al contrario, Internet se ha hecho una herramienta clave de aprendizaje, la fuente de cursos y materiales educativos y otros contenidos que se puedan utilizar para los fines educativos en la fase de formación obligatoria o extendida hasta la universitaria, así como para la formación permanente de quienes ya trabajan. Entonces, tanto desde la perspectiva del desarrollo personal de los menores de edad, como frente a las exigencias de la vida corriente y del mercado laboral que van incrementándose en cuanto a las aptitudes profesionales de carácter variado, la educación a través de Internet es una solución excepcional. En cuanto al campo

¹⁸⁷ “Reino Unido bloqueará el porno por Internet”, Público de 22.07.2013, recuperado el 27.02.2017 desde: <http://www.publico.es/ciencias/reino-unido-bloqueara-porno-internet.html>.

específico de la educación se debe promover, desde las instituciones educativas y las administraciones estatales, que toda especie de materiales de enseñanza y aprendizaje cuentan con el atributo de un recurso educativo abierto (OER – *Open Educational Resource*), que otorgue a este material didáctico el permiso para la explotación con los fines educativos de cada tipo, específicamente para utilizarlo libremente, copiarlo, adaptarlo, traducirlo y distribuirlo, en el aula y fuera de ella.

Encima, el acceso a los contenidos de Internet permite realizar los intereses personales en temas poco frecuentes y de difícil accesibilidad de los materiales. Por su alcance universal que permite que se agrupen personas de distintas localidades, Internet ha hecho posible desarrollar una variedad enorme de recursos en lenguas (dialectos) infrecuentes y de materias poco populares. El fácil acceso a Internet y la posibilidad de encontrar y subir los contenidos fomentan la diversidad cultural y lingüística.

Además, como un efecto adicional beneficioso del acceso globalizado a Internet aparece la posibilidad de atraer y reunir a los usuarios o a los potenciales participantes de distintos cursos desde localidades lejanas, lo que permite que se consigan las oportunidades de formación gratis o de bajo coste. Al atraer a un grupo más grande de participantes el precio por un estudiante del curso puede reducirse. La situación de numerosos participantes permite incluso a los gestores de dichos cursos vivir de la publicidad, que en el mundo virtual se ha convertido para los usuarios en el “coste” habitual por el acceso gratuito a ciertos servicios, aunque a veces escondido a los ojos de ellos.

3.2.5. Libre participación en la vida de la red

Internet ha establecido un espacio apropiado para juntarse y para emprender las actividades sociales y colectivas, ya sean de vertiente política, caritativa, educativa, económica, empresarial o de ocio, aparte de las posibilidades de comunicarse instantáneamente a efectos de organizarse fuera del espacio virtual. La libertad de comunicarse, unirse, asociarse, afiliarse, acudir a y usar los servicios de distinta

naturaleza, visitar las páginas y emprender cualquier actividad lícita en Internet, sin estar vigilado o acechado y sin la amenaza de vigilancia o interceptación arbitraria¹⁸⁸ por parte de las administraciones, los servicios de inteligencia o entes privadas es la condición *sine qua non* de la libertad personal consagrada en los actos del derecho internacional y reconocida como el derecho fundamental por los sistemas constitucionales de los Estados democráticos de derecho. Pues sí, pueden ocurrir ciertas circunstancias de interés público para establecer o adoptar ciertas medidas de seguridad, pero siempre tanto las propuestas legislativas para la introducción de disposiciones nuevas como la aplicación de las medidas ya aprobadas por las leyes tienen que ser evaluadas y sopesadas de acuerdo con los principios de necesidad y proporcionalidad¹⁸⁹.

Por las razones de intromisión desproporcionada en la vida privada del ciudadano, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha decidido en la sentencia del día 8 de abril de 2014 emitida en relación con los asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12 la invalidez de la Directiva 2006/24/EC del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2006 sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE¹⁹⁰. El TJUE estimó que dicha Directiva había infringido varios derechos y libertades consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incluso el TJUE lo confrontó con el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, y de las Libertades Fundamentales de 1950 (CEDH), que determina el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y de su

¹⁸⁸ En el contexto amplio y detalladamente el tema lo analiza Ralph Otero Rivera (2012) en su tesis doctoral titulada *Evolución de los mecanismos de control en las telecomunicaciones: hacia una sociedad tecnificada vigilada*. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Filosofía, Madrid. Acceso el 03.03.2017 en: <http://eprints.ucm.es/14740/1/T33611.pdf>.

¹⁸⁹ Al tema aporta con los detalles el estudio: *Necesarios & Proporcionados. Los Principios Internacionales de Derechos Humanos sobre Vigilancia de las Comunicaciones* (10.05.2014). Recuperado de: https://necessaryandproportionate.org/files/2016/03/04/spanish_principles_2014.pdf, el 01.03.2017.

¹⁹⁰ DOUE de 13.4.2006, L 105, p. 54

correspondencia. La Directiva en cuestión obligaba a los proveedores de servicios de telecomunicaciones de acceso público o de redes públicas a conservar los datos de tráfico y localización de sus clientes que los prestadores de servicios generaron o trataron, aunque sin conservar el contenido de la comunicación, para que estos datos estuviesen disponibles con fines de investigación, detección y enjuiciamiento de delitos graves en el futuro¹⁹¹. Como lo concluyó el TJUE, dicha Directiva violaba los derechos fundamentales correspondientes al respeto de la vida privada y la protección de datos de carácter personal por la desproporcionada injerencia en la vida privada frente a las finalidades por las que se consideró implementar las medidas respectivas, ni siquiera garantizando que se evitasen los abusos del acceso y uso de los datos recogidos y almacenados. Aunque el TJUE decidió acerca de un asunto muy específico, sus indicaciones conllevan el mérito para evaluar cualquier regulación respectiva a las medidas de vigilancia.

La protección de privacidad de las actividades del ciudadano es el eje del Estado democrático de derecho, una condición indispensable para mantener la vida democrática de la comunidad y la libertad de expresarse hacia afuera sin censurarse de la persona. El cambio radical en la organización y funcionamiento de la sociedad está marcado por el acceso a la información y el ámbito espacioso de Internet, lo que permite emprender las actividades políticas y abordar los temas de interés común o privado. Lo resume Bustamante Donas (2001) de esta manera:

Por primera vez contamos con vías de acceso a la información que con una inversión mínima permiten un alcance máximo. Esto no supone de manera automática un elemento democratizador, pero no cabe duda de que es una dinámica que cambia la orientación concentrada y centralizadora que ha

¹⁹¹ El minucioso análisis de la Directiva lo incluye la tesis doctoral “La Directiva europea sobre conservación de datos de las comunicaciones electrónicas y su trasposición en el Derecho español” (Madrid, 2013) por Luis Fernando Rodríguez García, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Constitucional de la UNED, disponible en <http://e-spacio.uned.es/fez/view/tesisuned:Derecho-Lfrodriquez>. Acceso el 02.03.2017.

caracterizado hasta el momento a gran parte del desarrollo tecnológico. Ahora es posible establecer prácticas comunicativas que derrumban los muros de la antigua polis. Este cambio cualitativo trae consigo nuevas oportunidades de autogestión social, control social horizontal y de participación ciudadana, en pro de una mayor transparencia social. La Red aparece, así como uno de los escenarios donde se dirime una de las más decisivas batallas por la libertad de expresión y, por ende, por los derechos humanos en general. [...] El hecho de que Internet se haya democratizado y convertido en una infraestructura técnica orientada a proporcionar una cobertura de comunicación barata, horizontal y de ámbito global, hace que la libertad de expresión y el resto de las libertades asociadas a ella no sólo deban aplicarse en toda su extensión a las actividades personales que se llevan a cabo en la red. Se produce un salto cualitativo, y cobran aquí una relevancia que no poseen en los medios tradicionales de comunicación. [...] la Red tiene un diseño, una topología y una estructura que responden a una voluntad conscientemente orientada a la promoción de un medio democrático de libre expresión, voluntad que ha caracterizado la acción de muchas personas que han intervenido en su desarrollo y en la progresiva expansión de sus aplicaciones. No defiendo que la propia esencia de la red pueda ser por sí sola un elemento desencadenante de cambio social.

3.2.6. Seguridad informática, garantías de privacidad y protección de datos personales

Las garantías de seguridad y la protección de datos personales y actividades en Internet de hecho pertenecen al principio de pleno y libre acceso y uso de este medio. Sin cumplir las condiciones de seguridad no es posible ni el disfrute ni otro tipo de utilización de la red, puesto que el usuario estaría bajo la permanente amenaza de fraude, abuso, engaño, chantaje, robo de contraseñas, acceso indebido a su correspondencia o del hecho de que pierda sus bienes tangibles o intangibles. Todas estas desventajas de inseguridad desanimarían, incluso apartarían al usuario de plena

participación en la vida virtual o utilización de los servicios (tiendas, bancos en línea, etc.). Sin embargo, las políticas al respecto implementadas por los gobiernos, los intermediarios de Internet o los proveedores de servicios no libran al usuario de la necesidad de comportarse con cautela a la hora de acceder a los servicios o páginas o desvelar o difundir los datos sensibles. El adquirir la habilidad de acudir a los servicios en línea y moverse por la red de modo seguro y protegerse contra las amenazas allí existentes o potenciales pertenece a la alfabetización digital y mediática del ciudadano. Con todo, las medidas de seguridad, aunque generalmente necesarias, introducidas por los gobiernos o las entidades privadas deben someterse a las disposiciones jurídicas (legalidad) y adecuarse a peligros reales (proporcionalidad).

El asegurar la privacidad al usuario va mucho más allá de proteger sus datos personales y darle la plena autodeterminación informativa. Además, en este campo se incluye la prohibición de vigilancia y rastreo indebidos. No se trata solo de dejarle al usuario en paz en Internet, sino también de renunciar a seguirlo, controlarlo o recoger los datos (por ejemplo, en cuanto a su localización o traslado) cuando utilice otros dispositivos electrónicos. La infracción de la libertad mediante cualquier tipo de vigilancia ilícita o desproporcionada, ya sea por los fines estatales, comerciales o cualesquiera, se debe calificar como un grave ataque a la privacidad¹⁹².

El derecho a la autodeterminación informativa¹⁹³ le deja a la persona la decisión acerca de la obtención, el uso y la divulgación de los datos que le corresponden. Como lo explica Gómez Sánchez refiriéndose al Tribunal Constitucional alemán, es el

¹⁹² Véase el informe *Global Information Society Watch 2014. Communications surveillance in the digital age* de Association for Progressive Communications (APC) y Humanist Institute for Cooperation with Developing Countries (Hivos). Recuperado el 02.03.2017 de la página de Monitor Mundial sobre la Sociedad de la Información (MMSI / GISWatch): <https://giswatch.org/es/2014-vigilancia-de-las-comunicaciones-en-la-era-digital>. En esta página se pueden leer en español unos artículos de carácter comentarista del informe y dosieres acerca del estado de la cuestión en algunos países hispanohablantes de América Latina.

¹⁹³ Aunque en el contexto específico de la protección de datos genéticos, pero con muchas referencias y comentarios de valor universal analiza el concepto del derecho a la autodeterminación informativa Y. Gómez Sánchez en: *La protección de los datos genéticos. El derecho a la autodeterminación informativa* (Gómez Sánchez, 2008).

individuo mismo quien decida “hasta qué límites pueden divulgarse los datos de su vida privada” y haya de saber “quién sabe qué, cuándo y con ocasión de qué” respecto de él/ella (Gómez Sánchez, 2008: 71). A continuación, la Profesora especifica:

El bien jurídico que debe garantizarse a través de la autodeterminación informativa es el de la libertad y debe permitir al sujeto el control sobre la información que le concierne personalmente, sea íntima o no, para preservar, de este modo y en último extremo, la propia identidad, dignidad y libertad (entre otras, STS de 15 de abril de 2002 y STSJ de Madrid, 18/2004, de 15 de enero). [...] El derecho a la autodeterminación informativa protege la libertad individual en orden a la obtención, control y divulgación de cualquier tipo de dato, íntimo o no, que pueda ser tratado en cualquier soporte, informático o no [...] (Gómez Sánchez, 2008: 72-73).

Para acordar la efectiva protección de la privacidad a nivel internacional, en relación con el tratamiento de datos de carácter personal y a la vez facilitar los flujos internacionales de ellos como una necesidad irreducible del mundo digitalizado y globalizado, se precisa mucha uniformidad de disposiciones, al establecimiento de las cuales aportan *Estándares Internacionales sobre Protección de Datos Personales y Privacidad* que recogen y aclaran los principios al respecto¹⁹⁴.

Las TIC, la conexión electrónica y el establecimiento del espacio virtual han causado la aparición de nuevas actividades criminales y delitos informáticos estrechamente vinculados a estas nuevas circunstancias, como el robo de contraseñas, contenidos digitalizados o datos personales y su uso indebido o con fines delincuenciales, el acceso ilegal a los dispositivos, instalación del virus u otros programas sin el consentimiento del usuario, *phishing* (suplantación de identidad a fin

¹⁹⁴ Estándares Internacionales sobre Protección de Datos Personales y Privacidad. Resolución de Privacidad de Madrid (de 5 de noviembre de 2009 durante la 31 Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos y Privacidad) son el resultado del trabajo conjunto de varios países bajo la coordinación de la Agencia Española de Protección de Datos. Recuperado el 21.02.2017 de: https://www.apda.ad/system/files/09-11-05_madrid_int_standards_es.pdf.

de obtener información confidencial), robo y usurpación de identidad con otros fines, *spamming*, *cracking*¹⁹⁵ y *password cracking* (el descifrado de contraseñas), DoS (*Denial of Service* - un ataque de denegación de servicio¹⁹⁶) y otros. No sorprende que hasta las compañías informáticas se esfuercen para elaborar el catálogo de principios de seguridad y reclamar a los gobiernos y legisladores que se establezcan las leyes oportunas al respecto. Precisamente desde las organizaciones empresariales se alarma a los poderes políticos sobre los riesgos y amenazas del mundo digital, declarando que "La gente tiene derecho a la seguridad en el ámbito público, privado y profesional y sus interacciones"¹⁹⁷. Este tipo de iniciativas integra el interés público y económico para hacer el ciberespacio y el uso de servicios virtuales más amistosos y atractivos. La inseguridad informática puede alejar a la gente de las actividades en línea y del uso de varios dispositivos y soluciones avanzadas tecnológicamente, o al menos puede reducir el interés en algunas personas, lo que influye negativamente en la demanda comercial, la producción y las ganancias financieras. Sin lugar a dudas el fácil acceso a cualesquiera datos personales o comerciales (empresariales) o de otro origen, protegidos o no públicos, incluso utilizando los medios legales, pero con el fin prohibido, su fácil recolección, almacenamiento, duplicación, tratamiento y transmisión en distintos formatos hace este campo muy sensible a los abusos y el uso ilegítimo.

¹⁹⁵ "El cracking es la modificación del software con la intención de eliminar los métodos de protección de los cuales este disponga: protección de copias, versiones de prueba, números de serie, claves de hardware, verificación de fechas, verificación de CD o publicidad y adware.", Wikipedia, acceso el 23.02.2017, [https://es.wikipedia.org/wiki/Cracking_\(software\)](https://es.wikipedia.org/wiki/Cracking_(software)).

¹⁹⁶ "un ataque a un sistema de computadoras o red que causa que un servicio o recurso sea inaccesible a los usuarios legítimos. Normalmente provoca la pérdida de la conectividad con la red por el consumo del ancho de banda de la red de la víctima o sobrecarga de los recursos computacionales del sistema atacado.", de https://es.wikipedia.org/wiki/Ataque_de_denegaci%C3%B3n_de_servicio, Wikipedia, acceso el 23.02.2017.

¹⁹⁷ „Menschen haben ein Recht auf Sicherheit im öffentlichen, privaten und beruflichen Umfeld und bei ihren Interaktionen.“, citando al BSA (Business Software Alliance), en: Hendrik Wieduwilt, *Datenschutz Industrie mahnt Regierungen zu Cybersicherheit* (La industria de datos personales insta a los gobiernos a la seguridad cibernética), en: <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/prinzipienkatalog-datenindustrie-mahnt-regierungen-zu-cybersicherheit-14890762.html>. FAZ del 22.02.2017. Acceso el 22.02.2017

Para la Unión Europea la cuestión de la seguridad cibernética es de importancia primordial, desde la óptica tanto de seguridad de los ciudadanos como de las transacciones comerciales (el mercado común), por lo tanto, frecuentemente se actualizan las medidas y estrategias para reforzarla. Al respecto se puede indicar uno de los documentos conductores titulado “Estrategia de ciberseguridad de la Unión Europea: Un ciberespacio abierto, protegido y seguro” de 7 de febrero de 2013 (JOIN(2013) 1). Para su plena implementación se ha emitido la Directiva (UE) 2016/1148 relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la UE (NIS - *Network and Information Security Directive*)¹⁹⁸. Además, teniendo en cuenta que la seguridad en Internet y en las comunicaciones es por su naturaleza el objeto de preocupación común por ambas razones públicas y comerciales, la UE mantiene la cooperación estrecha con el sector privado. Así, se firmó un acuerdo sobre la ciberseguridad con la industria, que se va a ejercer en forma de la asociación público-privada sobre ciberseguridad europea.¹⁹⁹

Frente al aumento de amenazas para el orden público, sobre todo se trata del terrorismo, incluido el terrorismo cibernético, se han hecho controvertidos el anonimato en la red y la encriptación de transmisión de datos. Sin embargo, el impedimento de transmitir los datos de forma encriptada (cifrada) y de comunicarse de modo anónimo provoca un efecto contraproducente a la seguridad pública, ya que pone en peligro la seguridad personal del usuario en distintas esferas, personal, financiera, ante el chantaje o robo de datos. Es la razón por la que Carta digital de la UE determina con claridad en el art. 12 (Libre determinación informativa) apartado (2) que *Toda persona tiene derecho al cifrado de sus datos*.

¹⁹⁸ DOUE L 194/1 de 19.7.2016 L 194/1.

¹⁹⁹ Bruselas, 5 de julio de 2016. Comisión Europea - Comunicado de prensa. “La Comisión firma con la industria un acuerdo sobre ciberseguridad e intensifica sus esfuerzos para hacer frente a las ciberamenazas.” Acceso en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2321_es.htm, el 28.02.2017. Anteriormente, BSA- The Software Alliance ya aportó al tema de ciberseguridad dentro de la UE con su Informe “EU Cybersecurity Maturity Dashboard 2015. A Path to a Secure European Cyberspace”, en: <http://cybersecurity.bsa.org/>, recuperado el 28.02.2017.

Actualmente la mayoría de las páginas de Internet, tiendas, servicios, blogs, etc. tienen algo que ver con la publicidad y con la recogida de datos personales para ajustarla al perfil del usuario o para venderlos, a menudo al mismo tiempo ofrecen foros de discusión donde se intercambian abiertamente varias informaciones, algunas de carácter personal. Estas páginas o servicios en línea disponen de las políticas de privacidad de los proveedores de estos servicios, que deben ser transparentes en cuanto a recopilación, uso, difusión, almacenamiento, transformación y análisis de los datos personales. La colección de datos personales requiere el consentimiento informado del usuario acerca de qué datos son recogidos, dónde serán almacenados, por qué entidad serán procesados, ya sea procesamiento automatizado o manual, a qué entidad pueden ser desvelados, cuánto durará su almacenamiento y, por último, cómo el usuario puede acceder a los datos que le corresponden, recuperarlos, corregirlos o eliminarlos. La regla primordial es que se recojan solo los datos necesarios a fines determinados y por el periodo de tiempo necesario para cumplir con dichos fines.

Internet dispone de una estructura intrínseca y el método de funcionamiento muy específicos, las páginas y los contenidos se indexan y multiplican para más fácil búsqueda y acceso, y están almacenados en varios servidores. Por esa razón, la plena eliminación del espacio virtual de algún contenido particular se hace una empresa muy compleja, incluso imposible. De esta manera, Internet no olvida nada, lo almacena casi para siempre, hasta que archivar una página o cerrar la actividad de un servicio por sus gestores no garantiza que se quiten de la red todos los contenidos de este origen. Por lo tanto, se han propuesto regulaciones acerca del derecho al olvido en Internet²⁰⁰ (*the right to be forgotten*) para permitir que se cancelen ciertos contenidos, sobre todo los que contienen los datos personales, a pedido de sus titulares. Este asunto en términos

²⁰⁰ La historia no tan antigua y el análisis socio-teórico del asunto del derecho al olvido en: Viktor Mayer-Schönberger, (2009). *delete. The Virtue of Forgetting in the Digital Age*. Princeton and Oxford: Princeton University Press.

generales se está exponiendo en la Carta digital de la UE en el art. 18 (Derecho al olvido) que dicta lo siguiente:

Toda persona tiene derecho a un nuevo comienzo en el mundo digital. Este derecho está limitado por los intereses informativos legítimos de la ciudadanía.

Hay que tener en cuenta que no se trata solo de algunos datos simples o numéricos como el nombre y apellido, la fecha de nacimiento, etc. sino de las fotografías, los comentarios del titular y de los terceros que incluyen ciertos datos de otras personas, los artículos y mucho más. Es que los datos personales son todas las informaciones que permiten identificar a una persona determinada y hay una multitud de contenidos difundidos por Internet que las contienen.

Siguiendo la legislación comunitaria, como lo recoge Simón Castellano la reclamación al respecto “se concreta en un derecho a suprimir y cancelar los datos personales una vez estos dejan de ser necesarios para la finalidad por la que fueron recabados siempre que no se produzca una colisión con otras finalidades legítimas o legales, y estas últimas prevalezcan sobre el primero.” y a continuación “Así que cuando colisionan las libertades informáticas con el derecho al olvido digital, debemos atender fundamentalmente a tres criterios: el interés público actualizado, el estudio del contexto en que se difunde la información y, finalmente, aplicar el principio de proporcionalidad” (Castellano, 2013: 456 y 460)²⁰¹.

En definitiva, para el Espacio Económico Europeo se aplica el Reglamento 2016/679 de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento (UE) 2016/679) que dicta al respecto en el párrafo 65 (el párrafo 156 desarrolla este tema, no lo citamos) lo siguiente:

²⁰¹ Todo el análisis detallado de la cuestión del derecho al olvido con el enfoque en las regulaciones comunitarias se encuentra en *El carácter relativo del derecho al olvido en la red y su relación con otros derechos, garantías e intereses legítimos* (Castellano, 2013). Con detalles lo analiza el tema Michele C. Silva (2014) en su trabajo fin de grado titulado *El derecho al olvido*. Universidad de Extremadura, http://dehesa.unex.es/bitstream/handle/10662/2518/TFGUEX_2014_Silva_MC.pdf?sequence=1, acceso el 03.03.2017.

Los interesados deben tener derecho a que se rectifiquen los datos personales que les conciernen y un «derecho al olvido» si la retención de tales datos infringe el presente Reglamento o el Derecho de la Unión o de los Estados miembros aplicable al responsable del tratamiento. En particular, los interesados deben tener derecho a que sus datos personales se supriman y dejen de tratarse si ya no son necesarios para los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo, si los interesados han retirado su consentimiento para el tratamiento o se oponen al tratamiento de datos personales que les conciernen, o si el tratamiento de sus datos personales incumple de otro modo el presente Reglamento. Este derecho es pertinente en particular si el interesado dio su consentimiento siendo niño y no se es plenamente consciente de los riesgos que implica el tratamiento, y más tarde quiere suprimir tales datos personales, especialmente en internet. El interesado debe poder ejercer este derecho aunque ya no sea un niño. Sin embargo, la retención ulterior de los datos personales debe ser lícita cuando sea necesaria para el ejercicio de la libertad de expresión e información, para el cumplimiento de una obligación legal, para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento, por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, o para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones.

Aunque todo el conjunto de los asuntos de la seguridad y privacidad correspondientes a las nuevas tecnologías y el espacio virtual tiene mucho que ver con la dignidad humana como un referente para todos los derechos y libertades del ser humano, ya sean en relación con el mundo digitalizado o tradicional, siguen moldeándose los fenómenos totalmente inéditos hasta ahora, incluso ajenos a las experiencias anteriores de la persona que van más allá de la seguridad y privacidad concebidas en los términos estrechos. Se trata de la influencia en la personalidad y el

comportamiento humanos y el trato del individuo desde la perspectiva de macrodatos (Big data), la inteligencia artificial, la predicción y el control del comportamiento humano, la vigilancia masiva, la aplicación de algoritmos para tomar decisiones automatizadas que tengan una importancia notable para la vida del ser humano, la robótica y la fusión hombre-máquina, como lo recalca en el art. 1 (Dignidad) la Carta de los derechos fundamentales digitales de la Unión Europea (2016), ya mencionada con anterioridad. Ante las visiones del porvenir del hombre ni siquiera a estas alturas parece raro debatir sobre los sistemas de armamento que funcionen de forma enteramente automatizada (art. 4.4 de la Carta), pero ya podemos imaginarnos un robot autónomo como la / el policía que nos detenga. Estos fenómenos desconocidos hasta el momento, a veces conceptualmente bastante ambiguos, hasta fantásticos, han sido la razón principal del establecimiento de la Carta como una propuesta a debate.

Como un asunto ya anteriormente introducido por la ley²⁰² y contemplado por la investigación jurídica aparece en el art. 2 de la Carta el derecho a no saber, es decir, “el derecho a rechazar ser informado [...] sobre aspectos o cuestiones que se refieran al propio sujeto o le puedan afectar” (Gómez Sánchez, 2008: 73). La Carta lo vincula este asunto con la libertad de información y comunicación. Por un lado, el concepto mismo suena extraño ante la tendencia de saber tanto, tan típica para los tiempos que vivimos, por el otro, adquiere cada vez más significado frente al desarrollo de las técnicas genéticas (Gómez Sánchez, 2008) que permiten, por ejemplo, descubrir los riesgos de padecer ciertas enfermedades, sobre los cuales la gente no necesariamente quiera ser informada²⁰³.

²⁰² El art. 49 - Derecho a la información y derecho a no ser informado de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, BOE núm. 159 de 04 de Julio de 2007.

²⁰³ Véase, el informe *El derecho a no saber en el ámbito de los análisis Genéticos* de diciembre 2015. http://www.fundacionmercksalud.com/system/document_es/147/original/AAFF_Informe_Experto_an%C3%A1lisis_gen%C3%A9ticos_web.pdf?2016-02-01%2011:10:42%20+0100. Recuperado el 02.03.2017.

3.2.7. Gobernanza de y en Internet

Por la naturaleza descentralizada de la infraestructura técnica de Internet, tanto en relación con los servidores como con la conexión, es muy difícil definir cómo entender la gobernanza de este tipo de sistema tan disipado y controlado por una variedad de entes de distinta naturaleza jurídica, diferente localización y jurisdicción. Los responsables a nivel nacional, supranacional o empresarial ejercen el control limitado sobre el funcionamiento del sistema. Sin embargo, para mantener su funcionalidad e interconexión entre las partes éste requiere que se implementen determinados estándares, normas técnicas, protocolos²⁰⁴ y fórmulas para la asignación de nombres de dominios. Aunque son aspectos muy sofisticados técnicamente, el trabajo para la ingeniería de las comunicaciones, el saber si y el asegurar que estos requisitos tecnológicos cumplan las directrices de la neutralidad de la red, seguridad de transmisión u otras relevantes para la naturaleza abierta e igualitaria de Internet son condiciones imprescindibles para garantizar el carácter y la calidad del sistema. Por la razón de esa complejidad y falta de un claro estatus jurídico, el referente sería, ya presentado con anterioridad, el concepto de Internet como un bien público, se puede decir el valor y el bien común de toda la humanidad.

La influencia de Internet en la vida social y privada sigue aumentando. Así, no sorprende que Internet tenga que ser percibido como un componente crucial para que se establezca y mantenga un orden social mundial propicio para la felicidad y el florecimiento tanto de las generaciones actuales como futuras, persiguiendo el art. 28 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que manifiesta que "Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos". A la hora de establecer esta fórmula, en cuanto al componente "internacional", supuestamente se

²⁰⁴ Véase un breve recorrido por el tema en: *Familia de protocolos de Internet*, Wikipedia, acceso el 27.02.2017, https://es.wikipedia.org/wiki/Familia_de_protocolos_de_Internet.

estaba pensando en las relaciones entre los Estados y entre los pueblos. Actualmente en el mundo globalizado, conectado fuertemente por las TIC, la figura del orden social y a la vez internacional corresponde a las relaciones directas entre personas por encima de las fronteras e Internet es la herramienta y demostración representativa de este nuevo orden que va consolidándose.

Desde los principios de la conquista de Internet por el mundo la gestión de este despertaba preocupaciones para que se evitaran las tendencias tan propias a la evolución de los medios de comunicación tradicionales de acumular el poder y apropiarse del control de la red²⁰⁵. Tras años de desarrollo, el espacio virtual no se ha librado de este riesgo. Así, los comportamientos de las compañías que operan en y por Internet tienden a dominar totalmente ciertos campos correspondientes a sus actividades. Tampoco se ha establecido algún orden íntegro para el funcionamiento de la red en su totalidad a causa de la misma naturaleza dispersa de la infraestructura de esta. Quizás la falta de un orden jurídico que subordine y esclavice Internet en su conjunto sea lo mejor para esta. Sin embargo, hay que observar cautelosamente los procesos que corren por dentro de la red y precisar los criterios y las mediciones de su independencia y carácter abierto, puesto que, por un lado, como se ha explicado, las compañías internacionales pretenden extender sus zonas de influencia, y, por otro lado, los gobiernos intentan controlar con medidas desproporcionales los flujos por Internet, invocando, como es habitual, el objetivo de reforzar la seguridad en la red y en la realidad, que se ha mermado

²⁰⁵ Varios autores y círculos de sociedad civil se aproximaban al tema de la gobernanza de Internet para sensibilizar y concienciar a la ciudadanía mundial sobre la importancia de mantener Internet independiente y los riesgos que lo cuestionan. Ver al respecto: (1): Adam Thierer y Clyde Wayne Crews Jr (Ed.). (2003). *Who Rules the Net?: Internet Governance and Jurisdiction*. Washington, D.C.: the Cato Institute. (2): Eduardo Gelbstein y Jovan Kurbalija (Ed.). (2005). *Internet Governance. Issues Actors Divides*. DiploFoundation and Global Knowledge Partnership. (3): Andrew D. Murray. (2007). *The Regulation of Cyberspace. Control in the Online Environment*. Routledge-Cavendish. El conocimiento básico acerca de la gobernanza de Internet en: Jovan Kurbalija. (2010). *An Introduction to internet Governance*. DiploFoundation.

adicionalmente por la fácil conexión digital que se usa también para los fines delincuenciales.²⁰⁶

Aunque se requiera cierta institucionalización de la gobernanza, digamos cuanto menos, mejor. Esta actitud, afortunadamente, está aceptada incluso por la Unión Europea que recalca:

*Internet se ha convertido en una infraestructura clave de dimensiones mundiales, que funciona correctamente sin la supervisión estructural de organismos intergubernamentales internacionales. Al mismo tiempo, un mayor equilibrio internacional de las estructuras existentes puede aumentar la legitimidad de los acuerdos de gobierno actuales.*²⁰⁷

En este panorama tales colectivos (conferencias) como: World Summit on the Information Society (WSIS; en castellano: CMSI - la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información), Internet Governance Forum (IGF²⁰⁸) o Working Group on Internet Governance (WGIG) juegan un papel importante.

²⁰⁶ “las revelaciones de la existencia de programas de vigilancia a gran escala y el miedo a la delincuencia informática han afectado negativamente a la confianza en Internet. En suma, una pérdida continuada de confianza en Internet y su actual gobernanza podrían ralentizar la innovación y el crecimiento de las empresas de Internet europeas. Esto podría también dar lugar a presiones para la creación de nuevas estructuras de gobernanza nacionales y regionales que podrían fragmentar Internet.” de Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. *La política y la gobernanza de Internet. El papel de Europa en la configuración de la gobernanza de Internet*, COM/2014/072, Bruselas, 12.02.2014, p. 2.

²⁰⁷ *La política y la gobernanza de Internet. El papel de Europa en la configuración de la gobernanza de Internet*, COM/2014/072, p. 5.

²⁰⁸ El Foro para la Gobernanza de Internet está afiliado en cierto sentido a la ONU, véase la Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de febrero de 2015, sobre la renovación del mandato del Foro para la Gobernanza de Internet (2015/2526(RSP)) (2016/C 310/03) DOUE de 25.8.2016 no C 310/12. En su preámbulo la Resolución recorre además toda la historia de los esfuerzos e iniciativas comunitarias relacionadas con la gobernanza de Internet. “El Foro para la Gobernanza de Internet (IGF) es un espacio de diálogo de múltiples partes interesadas sobre cuestiones de políticas pertenecientes a Internet. El IGF fue convocado en 2005 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. Renovado el mandato del IGF por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en diciembre de 2015, éste se consolida como una plataforma para reunir a personas de diversos grupos como iguales en discusiones sobre políticas relacionadas al internet. [...] El IGF facilita un entendimiento común sobre el cómo maximizar las oportunidades de Internet, y de gestionar los riesgos y retos que implica. El IGF es también un espacio que brinda a los países en desarrollo la misma oportunidad que a los países más ricos de intervenir en el debate de la gobernanza de internet, y de facilitar su participación en instituciones y

Según el Informe *Report of the Working Group on Internet Governance* de junio de 2005²⁰⁹ con referencia a la Agenda de Túnez del año 2005 de WSIS la gobernanza de Internet se puede definir de manera siguiente:

La gobernanza de Internet es el desarrollo y la aplicación por parte de los gobiernos, el sector privado y la sociedad civil, en sus respectivas funciones, de principios compartidos, normas, procedimientos de toma de decisiones y programas que conforman la evolución y el uso de Internet.

El punto de inflexión se produjo en septiembre de 2015 cuando la Administración Nacional de Telecomunicaciones e Información (NTIA) del Departamento de Comercio de los EE. UU. a base de su decisión anterior transfirió las funciones de supervisión correspondiente a Internet a la Agencia de Asignación de Números de Internet (IANA) que actualmente forma parte de la Corporación para la Asignación de Nombres y Números en Internet (ICANN²¹⁰).

Varias instituciones internacionales e iniciativas de la sociedad civil aportan a establecer y mantener la gobernanza equilibrada e inclusiva de Internet. Desde la sociedad civil se postulan los siguientes principios cruciales para la gobernanza de Internet que están exhibidas en la Carta de Derechos Digitales de EDRI:

acuerdos existentes. La participación de todas las partes interesadas, de países desarrollados como en desarrollo, es necesaria para el desarrollo futuro de Internet.”, de: <http://igf2016.mx/es/>, acceso el 28.02.2017.

²⁰⁹ “Internet governance is the development and application by Governments, the private sector and civil society, in their respective roles, of shared principles, norms, rules, decision-making procedures, and programmes that shape the evolution and use of the Internet”, p. 4. Recuperado el 28.02.2017 de <http://www.wgig.org/docs/WGIGREPORT.pdf>.

²¹⁰ La presentación minuciosa del Sistema internacional de la gobernanza de Internet y sus actores principales en: R.Radu, J-M.Chenou y R. H.Weber (ed.). (2014). *The Evolution of Global Internet Governance. Principles and Policies in the Making*. Springer: Berlin Heidelberg. Los detalles acerca de funciones de ICAAN en: *Panel de Estrategia: El Rol de ICANN en el Ecosistema de Gobernanza de Internet*, 20 de febrero de 2014. Acceso en: <https://www.icann.org/en/system/files/files/report-23feb14-es.pdf>, el 28.02.2017.

- *Apertura*
- *Transparencia*
- *Accesibilidad*
- *Participación efectiva*
- *Diversidad*
- *Propuestas de agenda*
- *Definición clara de los roles respectivos y de los procedimientos*
- *Procesos de creación de normativa de “abajo a arriba”*
- *En pie de igualdad*
- *Consultas abiertas*

El Consejo de Europa (Council of Europe) elaboró *Internet Governance – Council of Europe Strategy 2016-2019. Democracy, human rights and the rule of law in the digital world*²¹¹. Los valores esenciales de esta propuesta son los siguientes:

- *Facilitar la democracia en línea (Building democracy online)*
- *Asegurar la seguridad en línea para todos (Ensuring online safety and security for all)*
- *Respetar y proteger los derechos humanos de todos en el mundo digital (Respecting and protecting the human rights of everyone in the digital world)*

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) por su parte preparó el informe: *Principles for Internet Policy Making* (2014) que incluye las recomendaciones más detalladas²¹²:

- *Promover y proteger la libre circulación global de la información (Promote and protect the global free flow of information)*

²¹¹ Council of Europe, September 2016. Recuperado el 28.02.2017 de: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806aafa9>.

²¹² <https://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd-principles-for-internet-policy-making.pdf>, p. 17. Acceso el 28.02.2017.

- *Promover el carácter abierto, distribuido e interconectado de Internet (Promote the open, distributed and interconnected nature of the Internet)*
- *Promover la inversión y la competencia en redes y servicios de alta velocidad (Promote investment and competition in high speed networks and services)*
- *Promover y activar la prestación transfronteriza de servicios (Promote and enable the cross-border delivery of services)*
- *Fomentar la cooperación de múltiples actores en procedimientos de desarrollo de las políticas ante Internet (Encourage multi-stakeholder cooperation in policy development processes)*
- *Fomentar el desarrollo de los códigos de conducta voluntarios (Foster voluntarily developed codes of conduct)*
- *Desarrollar capacidades para incorporar datos públicamente disponibles y confiables en los procedimientos de la toma de decisiones acerca de las políticas correspondientes a Internet (Develop capacities to bring publicly available, reliable data into the policy making process)*
- *Asegurar la transparencia, el procedimiento justo y la rendición de cuentas (Ensure transparency, fair process, and accountability)*
- *Fortalecer la coherencia y la eficacia en la protección de la privacidad a nivel mundial (Strengthen consistency and effectiveness in privacy protection at a global level)*
- *Maximizar el empoderamiento individual (Maximise individual empowerment)*
- *Promover la creatividad y la innovación (Promote creativity and innovation)*
- *Limitar la responsabilidad de intermediarios de Internet (Limit Internet intermediary liability)*

- *Fomentar la cooperación para promover la seguridad de Internet (Encourage co-operation to promote Internet security)*
- *Dar prioridad adecuada a la aplicación de la ley (Give appropriate priority to enforcement efforts)*

A su vez la Unión Europea formuló la posición con respecto a la Gobernanza de Internet en la ya mencionada anteriormente Comunicación de 12.02.2014 (COM/2014/072) “La política y la gobernanza de Internet. El papel de Europa en la configuración de la gobernanza de Internet”. Se entiende muy bien el significado y el potencial de Internet para todas las esferas de la vida, la económica, la privada y la laboral, así entre las indicaciones principales del mérito de la red mencionadas en el documento se encuentran:

- *los individuos deben tener el acceso al contenido, los bienes y los servicios que deseen,*
- *los individuos deben controlar qué datos personales quieren compartir y cuáles no.*
- *las redes seguras, estables y resilientes constituyen la base de una economía de Internet fiable y en expansión*
- *una Internet abierta y libre en la que todos los derechos y libertades que las personas tienen fuera de Internet se apliquen también en la red facilitará el progreso social y democrático en todo el mundo.*

Ya sabemos que el último propósito no es suficiente. Internet es un espacio totalmente nuevo en cuanto a su organización y sus oportunidades y requiere que los derechos y libertades del ciudadano reconocidos hasta el momento se adecuen a esta nueva realidad social, económica, cultural y tecnológica de la SIC, se extiendan y completen conforme a las nuevas circunstancias, exigencias, expectativas y requerimientos. Si se esperara el progreso social y democrático de verdad, como lo apunta el texto, se tendría que repensar los derechos y las libertades a todos los niveles jurídicos, desde lo más

universal de los derechos humanos hasta las leyes y disposiciones que rijan los asuntos relevantes para la SIC. El texto mismo destaca el acceso a contenidos para consolidar el mercado único digital y fomentar la innovación, el crecimiento, el comercio, la democracia y los derechos humanos. Por lo tanto, no sorprende la siguiente conclusión del documento:

La fortaleza de Internet radica en su carácter abierto y distribuido, basado en normas abiertas que apenas crean barreras a la entrada. La Unión Europea siempre ha estado comprometida con Internet como un espacio único no fragmentado, en el que todos los recursos deben estar accesibles de igual modo, independientemente de la ubicación del usuario y del proveedor.

La UE insiste también en que se finalizará completamente la internacionalización de las funciones y las organizaciones principales de Internet (hecho), que irá desarrollándose el modelo de gobernanza multilateral integrador, transparente y responsable, que se permitirá a las múltiples partes interesadas “que participarán de manera adecuada y transparente en la formulación de las futuras políticas europeas relativas a la gobernanza de Internet”, así como que se abordará el tema de “la coherencia entre los marcos normativos existentes y las nuevas formas de establecimiento de normas que permite Internet” y de la plena transparencia en relación con la toma de decisiones técnicas.

Aparte de los aspectos técnicos del funcionamiento de la red que, en primer lugar, requieren la cooperación estrecha entre partes interesadas para lograr la estandarización e interoperabilidad que fortalecerán la arquitectura de Internet para hacerla más segura, protegida, sólida y resistente y, en segundo lugar, promueven la confianza en la red, paralelamente el marco jurídico internacional hasta ahora con signos de fragmentación lleva riesgos de conflictos de leyes y de competencias, luego se propone una acción coordinada para evitarlos o al menos controlarlos y suavizarlos. La Unión Europea apuesta por la red única, abierta, libre y no fragmentada.

La gobernanza en Internet debe regirse por los principios de apertura, garantías que los estándares de los protocolos de Internet sigan abiertos para asegurar la interoperabilidad y fomentar la innovación, inclusión y rendición de cuentas y debe ejercerse de forma transparente según el modelo de múltiples partes interesadas. El ideal inalcanzable sería fundar las circunstancias y los modos de cooperar para que toda persona pueda aportar a la gobernanza de Internet.

La conexión técnicamente avanzada, la comunicación instantánea bidireccional e Internet como un espacio que integra cada vez más recursos y facilita cada vez más modalidades y herramientas de buscarlos, disfrutarlos, revisarlos y transformarlos se unen para fundar la infraestructura de la SIC, que sigue convirtiéndose en el ámbito idóneo para el libre y pleno desarrollo de la personalidad del ser humano con la vista en el porvenir de la sociedad mundial cooperativa, cohesionada y consolidada. El marco técnico, jurídico y social nunca ha exigido tanta unidad, coherencia e integridad para lograr los objetivos comunes del desarrollo, la prosperidad, la seguridad y la felicidad, tanto desde el plano individual como colectivo.

Se ve claro que todos los asuntos destacados, es decir, el acceso técnico a Internet, el acceso a los contenidos, recursos y servicios en y por Internet, la neutralidad de la red, la libertad de expresarse y de participar en la vida de Internet, la seguridad y las garantías de privacidad en Internet y, finalmente, la gobernanza favorable, transparente, progresiva e inclusiva de Internet juegan el mismo papel clave para conseguir las metas deseadas de integración, inclusión y desarrollo personal y social.

3.3. Conocimiento abierto

3.3.1. Reutilización de la información científica. Ciencia abierta. Ciencia ciudadana.

Uno de los ejemplos más emblemáticos de cómo ha cambiado la organización de una rama de actividades humanas de mucha importancia cultural y socioeconómica debido a la introducción de la comunicación digital y del espacio virtual es el planteamiento relacionado con la llamada ciencia abierta y las repercusiones directas de éste en proyectos y acciones reales acometidos por círculos profesionales académicos, científicos, educacionales y otros actores sociales, políticos o económicos.

Para las consideraciones sucesivas hay que indicar que la acepción del término “la ciencia” y el relacionado con ella “la investigación científica” se entiende de la manera bastante amplia, así él cubre todos los campos de la actividad intelectual teórica y práctica, las Humanidades, ciencias económicas, empresariales, naturales, técnicas, tecnológicas, las matemáticas, de educación, etc. Ni siquiera la noción de “la innovación” se limita a la innovación tecnológica y concierne por ejemplo a nuevos modelos de negocio, de vida social o de educación, en primera línea relacionados con el ámbito digital y virtual.

La conexión electrónica a distancia y la posibilidad de subir, almacenar, revisar, comentar o descargar una enormidad de contenidos de distinta índole de forma accesible desde casi cada rincón del planeta han sido un punto de inflexión para la organización, gestión y difusión de todo tipo de datos entre los cuales se hallan los datos / resultados científicos.

Aparte de la esfera de la ciencia e investigación profesionales (académicas e institucionalizadas) han incrementado enormemente las oportunidades para la divulgación y la popularización del conocimiento entre los aficionados que se interesan

por distintas materias²¹³. Las mismas circunstancias de la accesibilidad fácil de este tipo de materiales repercuten significativamente en el campo del uso educativo puro, aunque parece que, con el paso del tiempo, gracias al acceso directo a una variedad de contenidos de conocimiento, cada vez será más difícil distinguir entre el proceso de formación formalizada / reglada y el individual y autogestionado. Estos cambios son el signo característico para la sociedad del aprendizaje continuo (*learning society*), ya se realice en formas organizadas o alternativas, mediante las comunidades de aprendizaje o en curso de autoformación (*self-directed learning*) a base de toda la riqueza de recursos accesibles en Internet, puesto que la formación permanente a lo largo de la vida se ha hecho una condición necesaria para ponerse al día en todos los campos que conciernen al individuo moderno. La comunicación pública de la ciencia, su popularización, promoción del espíritu emprendedor y la autonomía del pensamiento constituyen una parte imprescindible de la educación formal y popular y juegan un papel de gran importancia para el desarrollo personal y común de mucha relevancia para la SIC cuyos componentes principales son la creación y la innovación, las calidades que ya no pertenecen exclusivamente a una élite.

La SIC por su naturaleza se basa en el avance tecnológico y científico que afecta a todos sus campos, entonces la accesibilidad plena y abierta y la reutilización libre de datos / resultados científico-tecnológicos inspiran un círculo virtuoso de la mejora de la misma SIC en todas sus facetas, la socioeconómica colectiva y la de la prosperidad y felicidad individuales. Es decir, a partir del desarrollo personal basado en conocimiento y experiencias compartidas el individuo aporta a la comunidad lo suyo, muchas veces novedoso. De esta manera, la ampliación de las llamadas e-infraestructuras, en este caso correspondientes a la investigación científica y la educación en el sentido más amplio

²¹³ Véase: el estudio de Maria José Martín Sempere Jesús Rey Rocha titulado *El papel de los científicos en la comunicación de la ciencia y la tecnología a la sociedad: actitudes, aptitudes e implicación*. Grupo de Estudios de la Actividad Científica Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), abril 2007. Recuperado el 21.05.2017 de <http://hdl.handle.net/10261/1616>.

posible²¹⁴, benefician todas las esferas de la actividad humana y facilitan el desarrollo de la persona, por consiguiente, se traducen en el crecimiento económico, el incremento del bienestar social del individuo y los pueblos enteros y la nivelación de desigualdades y tensiones que surgen de ellas.

El área de ciencia e ingeniería se engloba íntegramente en el entramado de la SIC. Para la ciencia, innovación e investigación, como para casi todas las actividades humanas, sean internas como pensamientos y emociones o externas como manifestaciones de estos, la comunicación libre y multidireccional entre los involucrados en el proceso creativo es la condición que determina el desenvolvimiento de este. Por su naturaleza común y abierta ambas son circunstancias propicias para facilitar y mantener la comunicación libre: la conexión digital directa e inmediata y el ciberespacio accesible donde se acumulan los logros de ciencia e ingeniería, las ideas inspiradoras, las comunicaciones de experiencias o los discursos y debates sobre distintas materias.

El concepto mismo de “fomentar la libre circulación de las ideas y la comprensión mutua entre los pueblos del mundo” no es nada nuevo, a ello se dedica la Convención sobre el Canje Internacional de Publicaciones de 3 de diciembre de 1958. La fórmula de tal intercambio es bastante general y faltan las medidas concretas. La convención declara en los artículos 1 y 2 que:

Los Estados contratantes se comprometen a estimular y facilitar el canje de publicaciones, tanto entre los organismos oficiales como entre las instituciones no oficiales de carácter educativo, científico y técnico o cultural, sin fines lucrativos, con arreglo a lo que se dispone en la presente Convención. [... se

²¹⁴ “Research infrastructures are facilities, resources and services that are used by the research communities to conduct research and foster innovation in their fields. Where relevant, they may be used beyond research, e.g. for education or public services. They include: major scientific equipment (or sets of instruments); knowledge-based resources such as collections, archives or scientific data; e-infrastructures, such as data and computing systems and communication networks...”, en: *HORIZON 2020 - Work Programme 2016 – 2017. 4. European Research Infrastructures (including e-Infrastructures)*, European Commission Decision C(2017)2468 of 24 April 2017, p. 4.

trata de] *Las publicaciones de carácter educativo, jurídico, científico y técnico, cultural o de información, como libros, periódicos y revistas, mapas y planos, fotografías, microcopias, partituras musicales, publicaciones en alfabeto braille y otros documentos gráficos;*

Actualmente, la idea de accesibilidad del conocimiento va más allá de las meras intenciones e incentivos y concierne al campo mucho más amplio de tipos de materiales e informaciones.

Al hablar de la ciencia libre y abierta pensamos en que los resultados de la investigación científica de calidad sean publicados sin obstáculos y del mismo modo accesibles para la lectura, el uso y la transformación, sobre todo se trata de nivelar (suavizar) los inconvenientes económicos, tales como pagos elevados por publicar o acceder, y las restricciones del derecho de autor y de la propiedad intelectual relativas a la reutilización. Desde la perspectiva holística, el concepto de la ciencia abierta (libre) se incrusta en una concepción más extensa, la del conocimiento abierto (libre), que a su vez se incorpora en el paradigma incluso más universal, el de la cultura abierta (libre).

Se pueden indicar ciertos impedimentos para fomentar la ciencia abierta. Fue antes de que se iniciara la era digital, bajo el dominio de las editoriales de revistas y libros científicos, cuando nadie se atrevía a pensar en otras vías de difusión de resultados científicos que no fueran las que se ofrecían a través de estas editoriales. De ahí que ellas monopolizaran el mercado y dictaran los procedimientos de recepción de artículos o monografías y las condiciones de edición en cuanto al pago y uso, tanto para los autores como para los lectores. Principalmente, tal manera de publicar fue la única modalidad de exhibir la información científica y ponerla a disposición de un público más amplio. Entonces, las editoriales fueron las que decidían sobre la impresión y a la vez las distribuidoras y las proveedoras del conocimiento sin competencia real por parte de otras formas de hacerlo, incluso había que pagar por la admisión del artículo en algunas revistas más prestigiosas, aunque fueran revisados gratuitamente por pares y además pagados a la hora de lectura.

Así, era difícil de imaginar que la difusión del conocimiento científico y el acceso a él fuesen comunes, sencillos y gratis. Actualmente Internet lo permite en la medida más amplia. Las tecnologías avanzadas ofrecen nuevas soluciones para la difusión de datos y resultados de cualquier investigación, incluido el abaratamiento de la elaboración, de la puesta a disposición y de la misma divulgación de ellos. Por tanto, de inmediato se ha planteado la pregunta de cómo organizar en las circunstancias tan favorables la distribución y la utilización del conocimiento científico y, además, la participación y la cooperación en cuanto a su creación, de modo más eficaz, productivo, simple, gratuito o económicamente óptimo para todos los actores involucrados en el proceso creativo y administrativo de la producción científica. En busca de soluciones satisfactorias ya trabajan los círculos académico-científicos y las administraciones.

Uno de los acontecimientos de carácter internacional académico con el objetivo de movilizarse para hacer realidad la ciencia abierta y encontrar medidas concretas y eficaces es la conferencia Open Science Conference que tiene lugar anualmente en Berlín, hasta el año 2016 llamada Science 2.0 Conference, a la que acompaña el taller Barcamp sobre la ciencia abierta y la educación. Ambos eventos recogen y presentan las ideas recientes y las soluciones innovadoras al respecto. Entre varias iniciativas y proyectos en curso de introducción o realización que se enunciaron en la conferencia del año 2017 destacaron: European Open Science Cloud (EOSC), European Open Science Policy Platform y GO-FAIR initiative²¹⁵. Hay muchas otras iniciativas desde la sociedad civil y las administraciones que se enfocan en promover la cultura, el conocimiento y la ciencia abiertos y asequibles. Bajo el auspicio de la Comisión Europea últimamente se organizó el taller *IPR, Technology Transfer & Open Science* -

²¹⁵ <https://www.open-science-conference.eu/>. El conjunto de presentaciones de las ediciones anteriores, incluida la conferencia del año 2017 (en inglés) titulada “A European copyright fit for the digital age”, de Therese Comodini Cachia, diputada al Parlamento Europeo, la ponente del proyecto de directiva sobre el derecho de autor en el Mercado único digital, accesible en <https://copycamp.pl/en/info/past/>.

Challenges and opportunities que tuvo lugar en Bruselas el 9 de marzo de 2017²¹⁶. Desde hace unos años se organiza en Varsovia la conferencia CopyCamp²¹⁷ que se centra en las implicaciones sociales y económicas del derecho de autor, se debaten las cuestiones de cómo suavizar las restricciones y derechos exclusivos y remodelar el paradigma de la propiedad intelectual para ajustarlo a los tiempos digitales y hacer los contenidos de cultura y conocimiento mejor asequibles y gestionables, así como evitar la apropiación de ellos por unos pocos.

Desde la sociedad civil surgieron unas iniciativas emblemáticas que al concluirse en los documentos oficiales llamados habitualmente “declaraciones” han marcado el discurso actual acerca del conocimiento abierto²¹⁸. A las declaraciones más reconocidas pertenecen cronológicamente²¹⁹:

2002: Iniciativa de Budapest para el acceso abierto (14 de febrero de 2002)²²⁰

2002: ECHO Charter (European Cultural Heritage Online / 30 de octubre de 2002)²²¹

2003: Declaración de Berlín sobre acceso abierto al conocimiento de ciencia y humanidades (22 de octubre de 2003)²²²

²¹⁶ <https://ec.europa.eu/jrc/communities/community/tto-circle-community/event/ipr-open-science-and-technology-transfer>.

²¹⁷ <https://copycamp.pl/en/>

²¹⁸ La lista más completa de declaraciones y otros documentos correspondientes y los enlaces a ellos está a disposición en la página <http://openscience.ens.fr/DECLARATIONS/>, incluidas las declaraciones citadas.

²¹⁹ Urs (2014: 14 / Tabla 1) recoge varias decenas de manifiestos y declaraciones concernientes al acceso abierto que se elaboraron entre 1991 y 2011.

²²⁰ La versión en castellano: <http://www.budapestopenaccessinitiative.org/translations/spanish-translation>. La Iniciativa continua sus actividades. La revisión de efectos que se han producido a base del documento y resultantes de las actividades alrededor de sus enunciados y las nuevas indicaciones relativas al acceso libre se pueden ver en: *Ten years on from the Budapest Open Access Initiative: setting the default to open* del día 12 de septiembre de 2012, en: <http://www.budapestopenaccessinitiative.org/boai-10-recommendations>. Acceso a ambos recursos el 22.05.2017.

²²¹ Solo la versión inglesa en: http://echo.mpiwg-berlin.mpg.de/policy/oa_basics/charter. Acceso 22.05.2017.

²²² La versión en castellano: http://www.geotropico.org/1_2_Documentos_Berlin.html. La versión original en inglés *Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities* en: <https://openaccess.mpg.de/Berlin-Declaration>. Los debates al respecto tenían su continuación en forma de

2014: Declaración de Lyon sobre el acceso a la información y el desarrollo (18 de agosto de 2014)²²³

2014: The Hague Declaration on Knowledge Discovery in the Digital Age (Declaración de La Haya sobre la extracción de conocimiento útil (knowledge discovery) en la Era Digital²²⁴)

2016: Mallorca Declaration on Open Science (24-25 de mayo de 2016)²²⁵

La conciencia de que Internet cambiase la situación acerca de las modalidades de publicar y acceder a los materiales científicos ya se manifestó en el primer intento de acción hacia el acceso abierto al conocimiento, de hecho, provocado por el surgimiento de Internet²²⁶, que culminó en la declaración llamada *Budapest Open Access Initiative* (*Iniciativa de Budapest para el acceso abierto*) y dio la esperanza de que la ciencia y la investigación se librara del dictado de las editoriales científicas y de la obligación de pagar por publicar. Allí se declara que:

La nueva tecnología es Internet. El bien público que [...hace] posible [...que] la distribución electrónica en la red de literatura periódica revisada por pares [sea] completamente gratuita y sin restricciones de acceso por todos los

conferencias hasta la última que se celebró en Berlín entre 21 y 22 de marzo de 2017 (<https://openaccess.mpg.de/Berlin-Conferences>, véase: Urs (2014: 36). Del mismo año 2003 hay que indicar también la Declaración de Bethesda sobre publicación de acceso abierto de 20 de junio de 2003 (http://ictlogy.net/articles/bethesda_es.html). Acceso a los recursos el 22.05.2017.

²²³ La versión en castellano: <http://www.lyondeclaration.org/content/pages/lyon-declaration-es-v2.pdf>. Recuperada el 22.05.2017.

²²⁴ A continuación nos referimos a la traducción al español de Eva Méndez, Universidad Carlos III de Madrid, recuperada el 23 de mayo de 2017 de la página: http://thehaguedeclaration.com/wp-content/uploads/sites/2/2015/05/Hague_Declaration_Spanish_Declaracion-de-La-Haya.pdf.

²²⁵ De momento disponible solo en inglés. Acceso el 23.05.2017 en: http://openscience.ens.fr/DECLARATIONS/2017_01_17_Mallorca_Declaration_on_Open_Science.pdf.

²²⁶ El establecimiento de Internet se percibía desde los principios como el punto de inflexión relevante para la accesibilidad universal de los contenidos de cultura. Hay que recordar que el año 2002 aún fue la iniciación de Internet, la utilizaba solo un 9% de toda la población mundial (<https://es.wikipedia.org/wiki/Internet>) y en el año 2016 ya era el 81% de la población de países desarrollados (<https://en.wikipedia.org/wiki/Internet>). Acceso el 22.05.2017.

científicos, académicos, maestros, estudiantes y otras mentes curiosas. Retirar las barreras de acceso a esta literatura acelerará la investigación, enriquecerá la educación, compartirá el aprendizaje de los ricos con los pobres y el de los pobres con el de los ricos, hará esta literatura tan útil como sea posible y sentará los cimientos para unir a la humanidad en una conversación intelectual común y búsqueda del conocimiento.

De esta manera, se destacan todos los objetivos principales de contar con el acceso abierto: la estimulación de la investigación, los efectos formativos, la reducción de desigualdades y, finalmente, la cohesión entre hombres en bien de la humanidad. A continuación, aparece también la primera definición bastante completa del acceso abierto que incluye la reutilización extendida de materiales publicados con fines comerciales o no comerciales. Actualmente se puede llamar este grado de reutilización como resultante de la licencia CC-BY²²⁷:

Por "acceso abierto" a esta literatura queremos decir su disponibilidad gratuita en Internet público, permitiendo a cualquier usuario leer, descargar, copiar, distribuir, imprimir, buscar o usarlos con cualquier propósito legal, sin ninguna barrera financiera, legal o técnica, fuera de las que son inseparables de las que implica acceder a Internet mismo. La única limitación en cuanto a reproducción y distribución y el único rol del copyright en este dominio, deberá ser dar a los autores el control sobre la integridad de sus trabajos y el derecho de ser adecuadamente reconocidos y citados.

²²⁷ La licencia tipo CC-BY 3.0 se recomienda también en el resumen mencionado anteriormente *Ten years on from the Budapest Open Access Initiative: setting the default to open*. La CC-BY 3.0 permite: Compartir — copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato / Adaptar — remezclar, transformar y crear a partir del material para cualquier finalidad, incluso comercial. Lo único que se requiere cuando reutilizar la obra son: el reconocimiento adecuado de la autoría, indicación del enlace a la licencia y la indicación en cuanto a los cambios introducidos. El licenciador no puede revocar estas libertades mientras cumpla con los términos de la licencia. <https://creativecommons.org/licenses/by/3.0/es/>. Acceso el 22.05.2017.

La Carta de ECHO de 2002 se centraba más en las cuestiones tecnológicas acerca que cómo aprovechar todas las oportunidades relativas al surgimiento de Internet y el conjunto de tecnologías avanzadas. Los objetivos primordiales del proyecto fueron / son: apoyar la conservación, exploración y diseminación de contenidos que pertenecen al patrimonio cultural compartido; proporcionar las herramientas para acceder al patrimonio cultural de todo tipo de formato informático; asegurar el archivo a largo plazo y la accesibilidad continua; la interoperabilidad, el código abierto de las aplicaciones utilizadas y la e-infraestructura sostenible. Estos primeros planteamientos tecnológicos suenan muy cercanos a lo que se promueve quince años después de su emisión.

El elogio a las oportunidades para promover el acceso abierto gracias a Internet se hace también en la Declaración de Berlín sobre acceso abierto:

Por primera vez en todos los tiempos, la Internet nos ofrece la oportunidad de construir una representación global e interactiva del conocimiento humano, incluyendo el patrimonio cultural, y la perspectiva de acceso a escala mundial.

Se tilda que para que se efectúe la visión de que la información sea puesta a disposición de la sociedad de manera expedita y amplia, la red ha de ser sustentable, interactiva y transparente y los contenidos del conocimiento humano y patrimonio cultural y las herramientas de software deben ser libremente accesibles y compatibles (interoperabilidad y código abierto). Lo ideal sería que el acceso sirviera para todo tipo de contenidos: “los resultados de la investigación científica original, datos primarios y metadatos, materiales fuentes, representaciones digitales de materiales gráficos y pictóricos, y materiales eruditos en multimedia.” Ese grado de accesibilidad se tiende a alcanzar con dificultades incluso quince años después de esa formulación original. Estaba claro que la accesibilidad debería entenderse de la forma más extendida posible, es decir, que cubriera el acceso factible desde la perspectiva tecnológica (que se introdujeran las herramientas tecnológicas adecuadas) y material (que existieran en la

red los contenidos) así como permitiera la libre reutilización de contenidos, siguiendo las palabras de la declaración:

El (los) autor(es) y depositario(s) de la propiedad intelectual de tales contribuciones [contenidos] deben garantizar a todos los usuarios por igual, el derecho gratuito, irrevocable y mundial de acceder a un trabajo erudito, lo mismo que licencia para copiarlo, usarlo, distribuirlo, transmitirlo y exhibirlo públicamente, y para hacer y distribuir trabajos derivados, en cualquier medio digital para cualquier propósito responsable, todo sujeto al reconocimiento apropiado de autoría [...], lo mismo que el derecho de efectuar copias impresas en pequeño número para su uso personal.

La Declaración de Lyon del año 2014 sobre el acceso a la información y el desarrollo, la de la Haya del mismo año sobre los modos de encontrar el conocimiento en la era digital y la más reciente, la de Mallorca del año 2017 sobre ciencia abierta, marcan una nueva época de iniciativas. Durante más de diez años varias instituciones, gobiernos nacionales (sobre todo el de Gran Bretaña cuyo aporte no es de sobreestimar) y organizaciones internacionales (UNESCO, OECD) trabajaban en la elaboración de un marco de fomentar el acceso abierto manifestando directrices e incentivos.

La Declaración de Lyon pertenece a la Federación Internacional de Asociaciones e Instituciones Bibliotecarias (IFLA - The International Federation of Library Associations and Institutions) y se firmó durante su 80ª Conferencia. Al fin y al cabo, se ha hecho transparente para todos los agentes sociales, económicos y políticos que al menos una de las vías más eficaces para estimular y mantener “el desarrollo sostenible y mejora la calidad de vida de las personas” y “garantizar a largo plazo la prosperidad socioeconómica de las personas en cualquier lugar” es por “el progresivo acceso a la información y al conocimiento en toda la sociedad ayudada por la disponibilidad de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TICs)”. Entre las variadas implicaciones de naturaleza sociopolítica para el ciudadano que derivan de la accesibilidad plena del conocimiento y la información tales como la transparencia, la

rendición de cuentas y la evaluación del progreso de los compromisos públicos, el ejercicio de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, la participación política en una sociedad activa y comprometida y en la toma de decisiones, la motivación y el fundamento para ser económicamente activos, productivos e innovadores, la Declaración indica las de naturaleza íntegramente personal:

El acceso a la información apoya el desarrollo del fortalecimiento de la gente [...] para [...] Aprender y aplicar nuevas habilidades [y] Enriquecer su identidad y expresiones culturales.

Al parecer por primera vez se avisa de una dimensión del acceso universal a los contenidos de cultura tan relevante para el desarrollo de la personalidad del ser humano que se incluye en el contexto más extenso de la cultura democrática y el crecimiento económico (el desarrollo colectivo). Se recalca que:

El creciente acceso a la información y al conocimiento, respaldado por la alfabetización universal, es un pilar fundamental del desarrollo sostenible. Una mayor disponibilidad de información y datos de calidad, así como la participación de las comunidades en el proceso de creación, originarán una asignación de recursos plena y más transparente.

El transmitir a la gente la información que es importante para el desarrollo, organizarla, estructurarla y comprenderla se puede lograr (entre otros):

Preservando y garantizando el acceso constante del público al patrimonio cultural, a los registros gubernamentales y a la información por medio de la gestión de bibliotecas y archivos nacionales y de otras instituciones del patrimonio público. [y] Ofreciendo formación y desarrollo de habilidades que ayuden a las personas a acceder y comprender la información y los servicios que les sean más útiles.

Finalmente se apela a los Estados Miembros de la ONU y aboga por el reconocimiento oficial del derecho de las personas a acceder a la información y a los datos. Con todo,

visto el incremento de desigualdades por el mundo y al mismo tiempo el avance de las tecnologías realmente útiles para nivelar esas desventajas mediante la difusión del conocimiento, aparentemente estamos ante la necesidad de implantar las soluciones bastante concretas y cuanto antes, mejor.

Desde una generalización del planteamiento del derecho al acceso a la información y los datos, vayamos el mismo año 2014 a las propuestas de la *Declaración de la Haya sobre la extracción de conocimiento útil en la Era Digital*²²⁸ que quizá sean más adecuadas y ajustadas al entorno corriente, pues corresponden a un tema muy específico, el de la minería de contenido (*content mine*) o, mejor dicho, se trata del rastreo y la revisión del contenido almacenado en la red y basándose en ello, de la extracción automatizada de datos determinados para ordenarlos, “identificar patrones y tendencias”, así como elaborar nuevas conclusiones o generalizaciones, es decir, formular un nuevo conocimiento. La cuestión similar ya es desde hace mucho tiempo el tema del debate jurídico en el campo de la minería de datos y textos (*text and data mining*), ahora va a extenderse a todo tipo de formatos informáticos. Obviamente, cualquier herramienta, en este caso elaborada a base de las tecnologías informáticas avanzadas, que permita descubrir nuevos conocimientos se merece la atención. Si en la Declaración se menciona el conjunto de beneficios de mucha gravedad que derivan de la aplicación de nuevos métodos del análisis total de datos en la red, lo cierto es que todos estos beneficios asimismo se producen en cada tipo del examen del conocimiento existente, ya sea el análisis de datos en la red o de cualquier otro tipo de datos. Es decir, no hay nada específico en este conglomerado de argumentos listados a favor del acceso libre a los datos y en contra de las restricciones legales al respecto, sobre todo las que

²²⁸ La traducción del término *knowledge discovery* al castellano no es unánime, se trata del proceso de búsqueda y hallazgo, personalmente preferiría la traducción “los modos de encontrar el conocimiento en la era digital”, pero puede ser “la extracción de conocimiento útil” o simplemente *Declaración de La Haya sobre acceso abierto*. Para dejar a un lado las cuestiones lingüísticas nos quedamos con el título *Declaración de La Haya sobre la extracción de conocimiento útil en la Era Digital* como lo ha hecho la autora de la traducción a la que nos referiremos consecuentemente.

pertenecen al derecho de autor y la propiedad intelectual, en comparación con el propósito del acceso libre a otras categorías de conocimiento.

Son indiscutibles la utilidad y los provechos que surgen de cualquier método del análisis del conocimiento ya sea tradicional o concerniente al marco de la minería de contenido, y de la calidad y la presencia de datos / resultados científicos, informaciones sobre hechos, ideas y toda la variedad de contenidos de cultura abiertamente accesibles y reutilizables. La Declaración recoge los beneficios ejemplares en un listado. Ellos se pueden dividir en grupos: el económico, sociopolítico, educativo y de ciencia e investigación. En relación estrecha con el desarrollo y la experiencia personales está el propósito de *proporcionar nuevas percepciones de la cultura más ricas*. Así, objetivos son los siguientes:

- *Abordar grandes retos como el cambio climático y las epidemias globales*
- *Mejorar la salud, la riqueza y el desarrollo de la población*
- *Crear nuevos puestos de trabajos y empleo*
- *Aumentar exponencialmente la velocidad y el progreso de la ciencia a través de nuevas ideas y de una mayor eficiencia de la investigación*
- *Aumentar la transparencia de los Gobiernos y sus acciones*
- *Fortalecer la innovación y la colaboración y aumentar el impacto de la ciencia abierta*
- *Crear herramientas para la educación y la investigación*
- *Proporcionar nuevas percepciones de la cultura más ricas*
- *Acelerar el desarrollo económico y social en todas las partes del mundo*

La Declaración presenta la concusión de naturaleza universal aplicada a todo tipo de conocimiento, más allá de la difusión de información científica y el acceso a ella, incluyendo la reutilización. De tal modo:

La propiedad intelectual no fue diseñada para regular el libre flujo de hechos, datos e ideas, sino que tiene como objetivo fundamental la promoción de la actividad investigadora.

Al parecer, por vez primera el debate se enfoca tan exactamente en el mérito del derecho de autor y la propiedad intelectual para exponer sus funciones sociales y revisar los convenientes e inconvenientes de ello, a saber, el fomentar la investigación científica y la producción del conocimiento es el papel, el objeto y el objetivo del derecho de la propiedad intelectual, su principio rector, si la legislación o la práctica se desvían de ese valor deben ser repensadas.

Del tema tan específico como es el acceso pleno a los datos en la red y la libertad de analizarlos y reutilizarlos, volvamos al campo de la ciencia y la investigación abiertas en el sentido más amplio, la cuestión que es el objeto de interés de la *Declaración de Mallorca sobre ciencia abierta* del año 2016. En comparación con las iniciativas previas y los documentos oficiales de la Unión Europea, que se presentarán más abajo, los enunciados de la Declaración no aportan mucho. Se centran en las materias pertenecientes al mundo académico, como las bases para la colaboración científica, el reconocimiento y la evaluación de logros o la remuneración de investigadores. Sin duda la mencionada amenaza de la monopolización y la cartelización de la industria editorial que reina en el mundo de publicaciones científicas está a punto de desmontarse por cada vez más creciente presencia de varios tipos de repositorios de publicación y acceso abiertos o relativamente baratos. En el caso último sobre todo se trata de la vía dorada cuando paga una vez el autor o la institución a la que pertenece y la publicación se hace abierta para siempre. Queda por decidir la cuestión del reconocimiento institucional-académico de tal especie de publicación, pero no es un tema para el debate público, sino que son los gremios correspondientes quienes deber tomar una decisión autónoma sobre qué formas de publicar sean aceptadas para obtener los grados académicos o cumplir otras condiciones de carrera académica o de financiación obtenida. En términos breves, las modalidades de hacer realidad el acceso

abierto a los datos y los resultados científicos ya implementadas por los distintos organismos aparentemente ofrecen un abanico de soluciones bastante atractivas frente a los problemas planteados por la Declaración de Mallorca.

La Unión Europea igualmente aborda el tema de la ciencia abierta. Siguiendo las palabras de Carlos Moedas, el Comisario de Investigación, Ciencia e Innovación de la Comisión Europea en Cambridge del 3 de marzo de 2016 en el discurso titulado *Reinventando la investigación europea para la era de la información*:

*En la Comisión Europea queremos que la apertura sea la piedra angular de apoyo a investigación e innovación de la UE. Actualmente, se requiere que dentro de todos los proyectos financiados por el programa Horizonte 2020 los resultados deban publicarse en las revistas de acceso abierto. Así, son accesibles para todo el mundo para leerlos gratuitamente. Y pretendo hacer que los datos abiertos también sean una norma para los proyectos del Horizonte 2020. Creo que los datos generados a través de la financiación de la UE deben ser accesibles y reutilizables por otros. Pero el centrarse en la innovación abierta y ciencia abierta no tendrá ningún significado si descuidamos la adaptación a un mundo que es cada vez más colaborativo, cada vez más digital y cada vez más global.*²²⁹

A esta declaración se añade la de la ponencia del Comisario en Ámsterdam el día 4 de abril de 2016 bajo el título *Ciencia abierta: compartida y exitosa*:

[...] debemos establecer infraestructuras. La transición final de Europa debe ser desde el conjunto de datos fragmentados a una nube de ciencia abierta europea

²²⁹ Speech by Commissioner Moedas in Cambridge, UK: "Reinventing European research for the information age", Cambridge, UK, 3 March 2016. Traducción del fragmento al español mía. Recuperada el 23.05.2017 de la página: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-16-548_en.htm. "At the European Commission, we want openness to be the cornerstone of EU research and innovation support. Already, all projects funded by Horizon 2020 have to publish results in Open Access journals. They are free to read for everyone. And I intend to make open data the norm for Horizon 2020 projects too. I believe that data generated through EU funding should be accessible and reusable by others. But focusing on open innovation and open science will have no meaning, if we neglect to adapt to a world that is: increasingly collaborative, increasingly digital and increasingly global."

*integrada. Para 2020, queremos que todos los investigadores europeos puedan depositar, acceder y analizar datos científicos europeos a través de una nube europea de ciencia abierta.*²³⁰

Un par de meses más tarde, el 27 de mayo de 2016, el Consejo de la Unión Europea destinó su sesión a la temática de la transición hacia el sistema de ciencia abierta. Las conclusiones que se emitieron después se titulan *The transition towards an Open Science system* e incluyen este párrafo:

*la ciencia abierta tiene el potencial para elevar la calidad, impacto y beneficios de la ciencia y para acelerar el avance del conocimiento haciéndolo más confiable, más eficiente y preciso, mejor entendible por la sociedad y atento a los retos de la sociedad, y tiene el potencial de estimular el crecimiento y la innovación a través de la reutilización de los resultados científicos por todos los interesados de todos los niveles de la sociedad y, por consiguiente, contribuir al crecimiento y la competitividad de Europa.*²³¹

Así, se ven frutos claros y un alcance vasto de la implementación del sistema de la ciencia abierta, por lo cual se plantea la pregunta de cómo lograr que se establezca cuanto antes. El concepto mismo de la ciencia abierta se propone lo más extendido

²³⁰ Speech by Commissioner Carlos Moedas in Amsterdam, NL: "Open science: share and succeed", 4 April 2016. Traducción del fragmento al español mía. Recuperada de la página: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-16-1225_en.htm. En inglés: "we must create infrastructure. Europe's final transition must be one from fragmented data sets to an integrated European Open Science Cloud. By 2020, we want all European researchers to be able to deposit, access and analyse European scientific data through a European Open Science Cloud." Se cita también en la presentación del día de 21 de marzo de 2017 titulada "From vision to action Next steps on the European Open Science Cloud (EOSC) and more" por Jean-Claude Burgelman, W. Lusoli, P. Brenier, C. Asero, M. Mereshi, R. Von Schomberg de DG RTD (Directorate-General for Research & Innovation) de la Comisión Europea durante International Open Science Conference 2017. Acceso el 28.04.2017 en: <http://www.open-science-conference.eu/programme/> u otra presentación de Jean-Claude Burgelman desde la página <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/european-open-science-cloud-upcoming-horizon-2020-calls-under-european-research-infrastructures>.

²³¹ "open science has the potential to increase the quality, impact and benefits of science and to accelerate advancement of knowledge by making it more reliable, more efficient and accurate, better understandable by society and responsive to societal challenges, and has the potential to enable growth and innovation through reuse of scientific results by all stakeholders at all levels of society, and ultimately contribute to growth and competitiveness of Europe." (9526/16, Conclusiones del Consejo: 3).

posible y engloba el acceso libre a publicaciones científicas, así como la óptima reutilización de datos de la investigación, la ciencia ciudadana (*citizens science*) y la integridad de la investigación (9526/16, Conclusiones del Consejo: 4).

El incluir el fenómeno de la ciencia ciudadana en el radio de la ciencia abierta es revolucionario, aunque visiblemente eso está en la relación directa con la manera de cómo debe manifestarse la ciencia y la investigación abiertas. Es que actualmente el involucramiento del ciudadano, la persona que no es científico o investigador u otro académico profesional, en el proceso de la creación científica va mucho más allá de la mera participación en el planteamiento y la rendición de cuentas correspondientes a las políticas de investigación científica tan estrechamente correlacionadas con el proceso democrático, incluso sobrepasa la presencia del conocimiento científico en el proceso formativo o el pasivo consumo de contenidos populares de divulgación de ciencia por el aficionado a ella. Con el acceso directo y descompilado a las publicaciones y los datos y resultados científicos de primera línea y disponiendo de instrumentos analíticos (aplicaciones y programas) profesionales o casi-profesionales de código abierto llega la oportunidad de tomar parte de la investigación en curso, incorporarse como voluntario, incluso acometer una investigación por cuenta propia, ni siquiera siendo un experto o titulado en grado adecuado.

El cambio en la percepción del alcance de la actividad del ciudadano corriente o no formado avanzadamente en alguna materia hacia reconocer su papel como inventor o investigador no se refiere solo al campo científico, de hecho, ha brotado ya anteriormente de otros campos de actividad creativa. La creación y la innovación se han convertido en un estilo de vida de mucha gente que elabora los contenidos de cultura (videos, música, etc.), juegos de ordenador o aplicaciones informáticas, como aficionados o, digamos, profesionales a tiempo parcial²³².

²³² “Escribir en un blog, grabar un vídeo, editarlo, hacer fotos, elaborar un álbum de fotografías virtual, dibujar una viñeta, grabar un podcast, diseñar una presentación en Power Point, Prezi u otros... Todas estas son acciones posibles para un internauta activo que aprovecha los beneficios de la Red al subir

De esta manera, la separación entre el investigador profesional, académico o trabajando para alguna empresa, desvanece. El proceso similar ya se ha observado en otro campo y las consecuencias se pueden ver análogas. Entonces, la separación entre el productor de un bien o proveedor de un servicio y el consumidor de ellos representa la división del trabajo (McLuhan, 1964: 114)²³³, un descubrimiento que permitía hacer la producción más efectiva y de mejor calidad ya que estaba realizada por especialistas bien formados y aptos en un campo. McLuhan intuyó el proceso de mezclar el papel de consumidor y de productor, como efecto secundario de la automatización, no sorprendentemente atribuyéndolo al ámbito de su interés, que fue la comunicación:

Automatización afecta no sólo la producción, pero cada fase de consumo y comercialización; el consumidor se convierte en productor en el circuito de automatización, de la misma manera como el lector del telégrafo del mosaico de prensa hace sus propias noticias, o simplemente es su propia noticia.
(McLuhan, 1964: 372)²³⁴

El autor recalca esa intuición en el libro *Take Today* del año 1972 sugiriendo “que con la tecnología electrónica el consumidor podría llegar a ser un productor al mismo tiempo”²³⁵. El propio termino *prosumidor* (en inglés: *prosumer*) aparece por primera

contenidos, intercambiar ideas, compartir, negociar, etc.” (Sánchez Carrero y Contreras Pulido, 2012: 69). Si las mismas autoras después indican que “En cuanto al segundo mito, el que todos [niños y jóvenes - los nativos digitales] están creando sus propios contenidos, es otra generalidad. Las estadísticas indican que solo uno de cada cinco chicos utilizaba un sitio web para compartir archivos, ha creado un personaje, mascota o avatar y la mitad de esa cifra ha escrito un blog.” (Sánchez Carrero y Contreras Pulido, 2012: 71), ahora bien, si se trata de los niños y jóvenes, un 20 por ciento de creadores activos no está nada mal.

²³³ Lo mismo Toffler (1980: 266) “It was the industrial revolution, driving a wedge into society, that separated these two functions, thereby giving birth to what we now call producers and consumers.”

²³⁴ “Automation affects not just production, but every phase of consumption and marketing; for the consumer becomes producer in the automation circuit, quite as much as the reader of the mosaic telegraph press makes his own news, or just is his own news.”

²³⁵ Marshall McLuhan y Barrington Nevitt, *Take Today* (1972:4). Cita del artículo *Prosumer* de Wikipedia. Acceso el 24.05.2017, <https://en.wikipedia.org/wiki/Prosumer>.

vez en *La tercera ola* de Alvin Toffler, el capítulo correspondiente se llama *The Rise of the Prosumer. The Invisible Economy (El resurgimiento del prosumidor. La economía invisible)*, pero el autor lo entiende en un sentido específico, también en el contexto del surgimiento de las TIC, como que el consumir consume lo que el mismo produce²³⁶. Últimamente aparece una multitud de variaciones de cómo se entiende esta figura, relacionándola con el proceso de personalización de productos que exige la participación del consumidor en el proceso de la producción o se piensa en un consumidor bien informado y participativo que decide conscientemente sobre lo que compra, luego le insiste al productor que ajuste el producto a sus gustos.

En la época de la comunicación digital, si el ciudadano es “capaz de producir mensajes además de consumirlos” (Sánchez Carrero y Contreras Pulido, 2012: 63), no lo hace para sí mismo, sino para compartirlos. El suceso semejante ocurre con todo tipo de información, ya sea de hechos reales o del conocimiento en el sentido científico, el acceso a la información de cualquier especie. El disponer de herramientas de análisis permiten a cada uno elaborar una información nueva o un contenido de cultura original y difundirlos sin encontrar obstáculos molestos. Lo recogen las autoras citadas de este modo (Sánchez Carrero y Contreras Pulido, 2012: 81):

Ser prosumidor, en el sentido digital, es ser un ciudadano en el entorno 2.0, capaz de producir y de consumir información. Para ello utiliza el conjunto creciente de herramientas multimedia que le permiten expresarse y compartir con la ciudadanía del ciberespacio. [...] Cada individuo puede ser a la vez productor y distribuidor de comunicaciones.

Para el integrante de la SIC el conocimiento (la información / los datos y resultados científicos / los contenidos de cultura) se ha hecho un bien de uso cotidiano y de negocio en cuanto al acceso a este, su producción y el intercambio, con o sin fines de

²³⁶ “Many of the same electronic devices we will use in the home to do work for pay will also make it possible to produce goods or services for our own use. In this system the prosumer, who dominated in First Wave societies, is brought back into the center of economic action—but on a Third Wave, high-technology basis.” (Toffler, 1980: 275)

lucro, aparte de que se produzcan las repercusiones en términos sociopolíticos que residen en el empoderamiento del ciudadano competente (Finkelievich y Fischaller, 2014: 14). Así, en el mercado global del conocimiento el individuo regularmente toma al mismo tiempo dos posiciones: del consumidor y del productor de este bien. Lo utiliza el conocimiento descargado de la red para elaborar algo original, es decir, se hace el prosumidor del ciberespacio. Esta actitud se filtra del entorno virtual, digamos, corriente hacia el ámbito de ciencia e investigación. Entonces, hasta la ciencia se libra de las paredes de los institutos no solo merced a la accesibilidad fácil y libre de su producción, metodologías y herramientas desde fuera sino también por el hecho de que cualquier interesado pueda revisarla, aplicarla, desarrollarla y proponer sus propias ideas, soluciones o conclusiones, luego aportar lo suyo y original al conocimiento. De esta manera, semejantemente a otros planos de la transición socioeconómica, el consumidor del conocimiento ya sea un aficionado a la ciencia o un estudiante, se convierte en el prosumidor interactivo, que por un lado sí sigue consumiendo (explora / analiza / investiga), pero por otro lado lo hace para producir (descubrir / encontrar / inventar) y mostrar los resultados. Como lo explican Finkelievich y Fischaller (2014: 13):

Los clientes se vuelven “prosumidores” al co-crear bienes y servicios en vez de limitarse a consumir los productos finales. En la eCC [e-Ciencia Ciudadana], los ciudadanos se vuelven prosumidores de la ciencia.

De esta manera, lo mismo que se ha observado en relación con el papel de los involucrados en el proceso comunicativo de masas – la mengua o incluso la desaparición de funciones tradicionales del emisor y receptor – ocurre en el sistema de la producción, ya sea industrial o intelectual. En consecuencia, ni la ciencia o la investigación ni los científicos o los investigadores mantendrán exclusivamente para sí mismos las características organizacionales familiarizadas desde hace mucho tiempo. Frente al incremento de la participación de no profesionales en la creación del conocimiento, parece que el termino mismo de *la ciencia ciudadana* tendrá el carácter

transitorio, es que no hay por qué distinguir entre la ciencia académica / institucionalizada y otras fuentes del conocimiento científico.

Las conclusiones acerca del mérito de la ciencia ciudadana no se pueden agrupar y demostrar mejor que en el *Informe del Observatorio de la Ciencia Ciudadana en España* (2016: 7):

La ciencia ciudadana se refiere a la participación del público en general en actividades de investigación científica en las que los ciudadanos contribuyen activamente, ya sea con su esfuerzo intelectual o con el conocimiento de su entorno o aportando sus propias herramientas y recursos. Los participantes voluntarios proporcionan datos experimentales que conforman nuevas herramientas para los investigadores, plantean nuevas preguntas y co-crean una nueva cultura científica. A la vez que los ciudadanos aportan valor a los investigadores, adquieren nuevas habilidades y una comprensión más profunda del trabajo científico de forma atractiva, directa. [...] Los resultados de la participación abierta se tienen que entender también en el plano de la innovación tecnológica, social, de inclusión y de optimización de recursos, de mayor excelencia potencial por mayores fuentes de datos. En resumen, se enriquece la creatividad colectiva y el potencial de la innovación científica por el mayor número y variedad de colaboradores y se adoptan valores propios de la investigación responsable.

Desde la óptica del desarrollo libre de la persona, el practicar la ciencia realmente abierta es la circunstancia de importancia primordial, para facilitararlo se requiere la cooperación profunda desde los gremios correspondientes: científicos, investigadores, educadores, académicos y, finalmente, administraciones y legisladores. El entorno digital fundamenta y fomenta la oportunidad a los más extendidos grupos de interesados desde fuera del ambiente académico de participar en “la recolección, verificación, análisis, intercambio y difusión de datos, con fines científicos, utilizando tecnologías de información y comunicación (TIC) [...] Cualquier persona puede aportar

su inteligencia o sus recursos tecnológicos para alcanzar resultados científicos de utilidad social” (Finquelievich y Fischnaller, 2014: 12), en breves palabras, puede contribuir a la investigación científica. Las políticas de las administraciones hacia la apertura de los datos, los resultados, las metodologías y en general la accesibilidad de las e-infraestructuras (herramientas del acceso y el análisis computacional: plataformas, aplicaciones y programas informáticos) apoyan el involucramiento del ciudadano en y el compromiso con la búsqueda del conocimiento, de ahí que se puedan esperar los frutos para toda la colectividad derivados de nuevos descubrimientos y del avance de capacidades intelectuales y creativas individuales.

La ciencia ciudadana no se puede reducir a crowdsourcing²³⁷, es decir el aporte en forma de provisión de los datos. Eso sí puede ser importante para la investigación profesional, sin embargo el significado esencial de la ciencia ciudadana descansa en el compromiso con todas las fases de la investigación científica: planteamiento de la cuestión, recolección de datos, propuesta de la hipótesis, esbozo de metodología aplicada, análisis de muestras, análisis e interpretación de datos, conclusiones de trabajo, revisión y difusión de resultados, así como puesta de nuevas preguntas que surgen después, como lo recoge Wiggins y Crowston (2011: 2/Tabla 1) citando el artículo de Bonney et al. (2009) bajo el llamativo título *Ciencia ciudadana: Una herramienta de desarrollo para ampliar el conocimiento y alfabetización científicos (Citizen Science: A Developing Tool for Expanding Science Knowledge and Scientific Literacy)*. La comprensión de tal naturaleza de la ciencia ciudadana que es la más extensa posible es la única incuestionable. De esta manera, parece adecuada la postura que representan Bonney y sus colaboradores que adjuntan al potencial copartícipe científico externo todas las funciones habitualmente otorgadas al científico profesional. Supuestamente para fomentar la ciencia ciudadana no es necesario hacer mucho más

²³⁷ “Citizen science projects that are entirely mediated by information and communication technologies (ICTs) are often considered a form of crowdsourcing applied to science. Crowdsourcing is an ill-defined but common term referring to a set of distributed production models that make an open call for contributions from a large, undefined network of people.” (Wiggins y Crowston, 2011: 1)

que para apoyar la misma ciencia abierta, o sea, abrir el acceso a los datos y los resultados en bruto, a las publicaciones y a las herramientas computacionales (código abierto), permitir utilizarlos para cualquier investigación y reconocer de manera justa y comparable el aporte y el logro, ya sean desde fuera de la ciencia institucionalizada. Es esperanzador ver que el Consejo de la UE asume el valor de la ciencia ciudadana que con el paso del tiempo se está haciendo una parte cada vez más indispensable de la ciencia abierta, hasta declarar el fomento continuo y bastante concreto a la ciencia ciudadana dentro del escenario de la ciencia abierta²³⁸:

con el fin de aumentar aún más el impacto de la ciencia en la sociedad en su totalidad, estimular una movilización efectiva de todos los conocimientos posibles desde las acciones de ciencia abierta y cumplir con los requisitos para la enseñanza de habilidades relativas a las TIC y destrezas en el tratamiento de datos, en particular se trata de gestión profesional de datos, que ayudan a contribuir al acceso de los ciudadanos a los resultados de la investigación. (9526/16, Conclusiones del Consejo: 5 / ítem: 5) [a continuación se reconoce que] los datos de investigación procedentes de proyectos de investigación financiados con fondos públicos pueden ser considerados como un bien público (9526/16, Conclusiones del Consejo: 8 / ítem: 14)

En cuanto al ámbito académico-científico profesional, o mejor dicho formalizado, son sabidos los problemas que conlleva la práctica de la ciencia abierta relacionados con el reconocimiento académico de los logros de investigación por el hecho de que la colocación de los resultados y de las publicaciones está cada vez más descentralizada y deslocalizada para comparar la calidad y medir el impacto para los fines de evaluación, a esto se suman las repercusiones de compartir los datos para

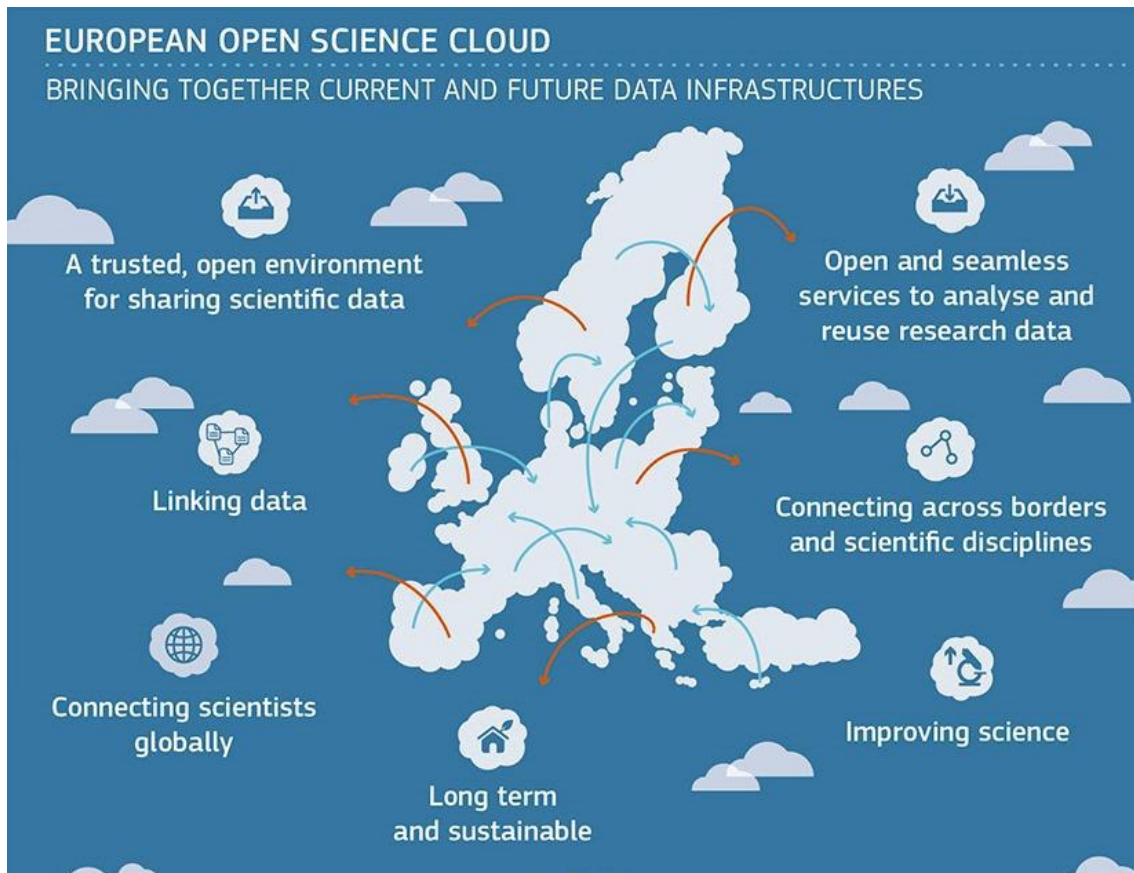
²³⁸ "... in order to further increase the impact of science to society at large, to stimulate an effective mobilization of all the potential knowledge from open science actions, and to address the requirements for training of ICT and data skills, in particular professional data management skills, which help to contribute to the access of citizens to the results of research. [...] research data originating from publicly funded research projects could be considered as a public good"

posibilitar que otros grupos trabajen en ellos (9526/16, Conclusiones del Consejo: 6 / ítem 7)

La introducción, el funcionamiento prolongado, la calidad fiable y el papel científico útil de la ciencia abierta exigen que los datos gestionados de esta forma sean fáciles de buscar, accesibles, interoperables y reutilizables (FAIR - findable, accessible, interoperable and reusable), guardados y conservados a largo plazo y las infraestructuras sean seguras y confiables (9526/16, Conclusiones del Consejo: 9 / ítem 16). La mejor encarnación de una e-infraestructura para conseguir esta finalidad será la iniciativa correspondiente a la Nube Europea de Ciencia Abierta (9526/16, Conclusiones del Consejo: 10 / ítem 17).

La Nube Europea de Ciencia Abierta tiene por alcanzar los siguientes propósitos básicos, como lo demuestra la imagen presentada²³⁹: compartir (difundir) los datos científicos, vincular los datos entre sí y entre disciplinas científicas, conectar a los investigadores por encima de las fronteras, asegurar el funcionamiento duradero y sustentable, poner a disposición del público las e-infraestructuras (servicios) abiertas, todo esto para mejorar la calidad de la ciencia.

²³⁹ La imagen se cita a base de la Decisión 2011/833/UE de la Comisión de 12 de diciembre de 2011 relativa a la reutilización de los documentos de la Comisión, ya que se entiende que ella cumple la definición del documento en el sentido determinado por la Decisión, específicamente siguiendo el artículo 2.1 a) “la Decisión se aplicará a documentos públicos cuya autoría corresponda a la Comisión o a entidades públicas o privadas que actúen en su nombre y que hayan sido publicados por la Comisión o, en su nombre, por la Oficina de Publicaciones, a través de publicaciones, páginas web u otros instrumentos de difusión”, a continuación, en virtud del Artículo 4 c) “Todos los documentos deberán estar disponibles para su reutilización sin necesidad de realizar una solicitud individual, salvo que se disponga otra cosa en el artículo 7”. Recuperado el 20.05.2017 de la página de la CE <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/european-open-science-cloud> donde no se encuentran restricciones del uso.



La idea del desarrollo de la nube de ciencia abierta se afilia además a otros proyectos comunitarios: el *Programa de trabajo: Horizonte 2020*²⁴⁰ y el otro de la *Infraestructura Europea de Datos (e-infraestructura)*. La *nube europea de ciencia abierta* es el proyecto distinto de la *Iniciativa Europea de Computación en la Nube*²⁴¹ y en general

²⁴⁰ <https://ec.europa.eu/programmes/horizon2020/en/what-horizon-2020>. Los documentos constitutivos principales relativos al Programa Horizonte 2020 son los siguientes: Comunicación COM/2011/0808 final “Horizonte 2020, Programa Marco de Investigación e Innovación acompañado por *Commission Staff Working Paper. Impact Assessment. Report and Annexes* de 30.11.2011 [SEC(2011) 1427 final] y Executive Summary [SEC(2011) 1428 final] y Reglamento (UE) n° 1291/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2013, por el que se establece Horizonte 2020, Programa Marco de Investigación e Innovación (2014-2020 y por el que se deroga la Decisión n° 1982/2006/CE basado en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece Horizonte 2020, Programa Marco de Investigación e Innovación (2014-2020) /COM/2011/0809/. Acceso a los documentos el 28.04.2017 en: <https://ec.europa.eu/programmes/horizon2020/en/official-documents>.

²⁴¹ Este tema lo abordan, entre otros, los documentos: la Comunicación COM(2012) 529 de 27 de septiembre de 2012 titulada “Liberar el potencial de la computación en nube en Europa”; la Resolución

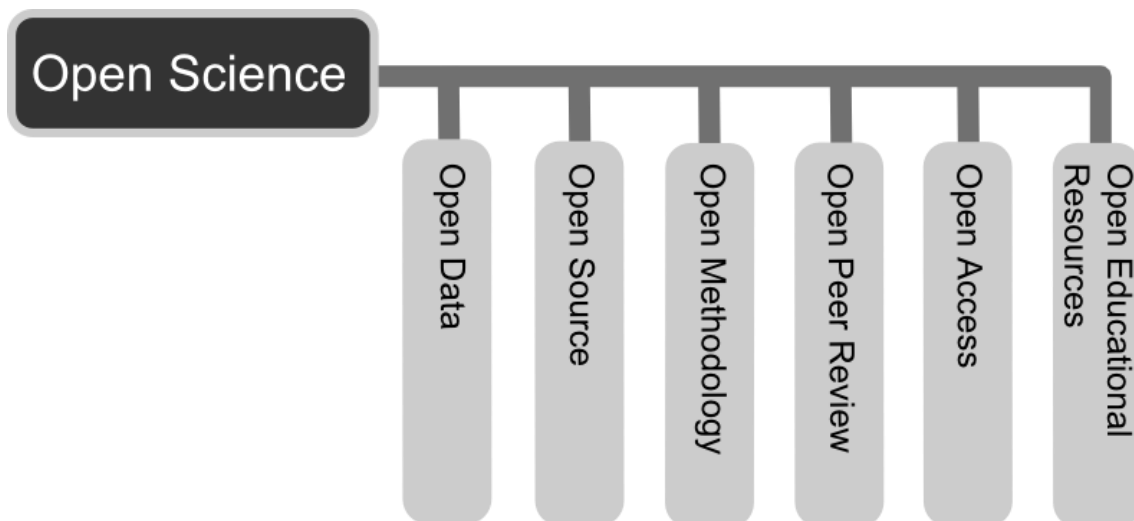
no tiene mucho que ver con la computación en la nube, más bien se trata de un repositorio virtual e interactivo de datos / resultados científicos de acceso abierto soportado por la infraestructura adecuada para almacenar, compartir, reutilizar y añadir los datos de investigaciones. Es la primordial intención de la introducción y el funcionamiento de la Nube Europea de Ciencia Abierta (EOSC) de que se implemente el sistema modernizado de premiar y reconocer el hecho de que los datos se comparten y reutilizan y que la misma EOSC deba ser desarrollada como una idea de la infraestructura común de datos, que es un ecosistema de infraestructuras²⁴².

En términos breves, citando una imagen preparada por Andreas E. Neuhold *Die sechs Prinzipien von Open Science* (23 de junio de 2014)²⁴³, la ciencia abierta congrega los campos siguientes: los datos abiertos (para revisión del resultado de la investigación y supuestamente a efectos de la reutilización para una investigación propia), el código fuente abierto (del programa o de la aplicación utilizados en la investigación), la metodología (de investigación) abierta, es decir, explicada detalladamente, la revisión por pares abierta, el acceso abierto y los recursos educativos abiertos. A este nivel no se habla claramente sobre la reutilización de los datos / resultados de la investigación ni las publicaciones o sus partes.

del Parlamento Europeo, de 10 de diciembre de 2013, sobre la liberación del potencial de la computación en la nube en Europa (2013/2063(INI)) y la Comunicación COM(2016) 178 de 19 de abril de 2016 titulada “Iniciativa Europea de Computación en la Nube: construir en Europa una economía competitiva de los datos y del conocimiento”.

²⁴² “Modern reward and recognition practices need to support data sharing and re-use. The EOSC needs to be developed as a data infrastructure commons...” *Realising the European Open Science Cloud. First report and recommendations of the Commission High Level Expert Group on the European Open Science Cloud* (2016), Key factors for the effective development of the EOSC as part of open science, p. 7.

²⁴³ El uso bajo la licencia CC-BY 3.0 (<https://creativecommons.org/licenses/by/3.0/legalcode>). Acceso a la imagen el 21.05.2017 en: https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Open_Science_-_Prinzipien.png.



Las acciones y los conceptos relativos a la ciencia en general y a la ciencia abierta específicamente atraviesan varios programas comunitarios, además del Horizonte 2020 como un programa principalmente presupuestario de investigación e innovación de la Unión Europea, mediante el que se distribuyen casi 80 billones de euros de financiación dentro del periodo determinado de 7 años entre 2014 y 2020, hay que recordar un plan permanente del *Espacio Europeo de Investigación* (EEI / en inglés: European Research Area - ERA) basado en la Comunicación COM(2012) 392 de 17 de julio de 2012 titulada “Una asociación del Espacio Europeo de Investigación reforzada en pos de la excelencia y el crecimiento”. Dentro de este plan se busca, asimismo, como una de las prioridades del EEI, lograr:

Circulación, acceso y transferencia óptimos del conocimiento científico, en particular a través del EEI digital, para garantizar que los conocimientos sean accesibles y utilizables por todos. (página 4)

El punto 2.5 de la Comunicación titulado *Circulación, acceso y transferencia óptimos de los conocimientos científicos* relata claramente que:

La investigación y la innovación salen beneficiadas cuando los científicos, las instituciones de investigación, las empresas y los ciudadanos pueden acceder a los conocimientos científicos existentes, compartirlos y utilizarlos [...]. Un

importante reto es el de generalizar el acceso abierto (es decir, el libre acceso y uso a través de Internet de las publicaciones y los datos científicos financiados con fondos públicos), [...] para aumentar el impacto económico de la investigación debemos estimular la innovación abierta, los vínculos entre la investigación, la empresa y la enseñanza (el triángulo del conocimiento) [...] Como la creación y transferencia de conocimientos tiene lugar mayoritariamente en soporte digital, también deben eliminarse, mediante el fomento de un EEI digital, todos los obstáculos que impiden un acceso en línea sin fisuras a los servicios de investigación digital para la colaboración, la computación y el acceso a la información científica (ciencia electrónica) y a las infraestructuras electrónicas. [...] Se invita a las organizaciones de partes interesadas en la investigación a adoptar y aplicar medidas de acceso abierto a las publicaciones y los datos derivados de la investigación financiada con fondos públicos.

Se puede ver que desde los principios de la concepción del acceso abierto al conocimiento se pensaba en la más amplia apertura, es decir, la accesibilidad para todos los ciudadanos que puedan libremente compartir y utilizar el conocimiento, no limitada a un intercambio entre las instituciones profesionales de educación e investigación, con el enfoque en la transmisión del conocimiento a la industria y la empresa.

Para la implementación de políticas comunitarias eficaces y armonizadas relativas al acceso, la circulación y la preservación de la información científica, el carácter precursor lo tenía la Comunicación COM(2007) 056 de 14 de febrero de 2007 sobre la información científica en la era digital: acceso, difusión y preservación, aunque en el marco de la accesibilidad a distancia, la digitalización y, en general, la preservación y el almacenamiento del patrimonio cultural en el formato digital de todo tipo de contenidos, ya sean publicaciones escritas o recursos audiovisuales, la antecede la Comunicación COM(2005) 465 de 30 de septiembre de 2005 titulada “i2010: bibliotecas digitales”.

Aún en su etapa inicial, la promoción de la digitalización de archivos y recursos del patrimonio cultural de toda especie: libros, periódicos, películas, fotografías, mapas u otros originalmente preservados en los formatos tradicionales, y el acceso en línea a los contenidos de conocimiento digitales y digitalizados fueron pensados para el uso asequible a todo ciudadano, con una parte importante de conservación y accesibilidad de la información científica, como lo destaca la Comunicación (COM(2005) 465: 4). De inmediato, en relación con el plan ambicioso de digitalizar los recursos y de ponerlos a disposición del público se presentó una complicación desde el derecho de autor pendiente de solucionar (COM(2005) 465: 6-7). Es que los contenidos digitalizados pueden ser accesibles en línea si pertenecen al dominio público o según el consentimiento expreso de los titulares de los derechos. Después de la Directiva 2012/28/UE sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas se resolvió al menos el problema relativo a este tipo de trabajos, para las cuales fuera imposible o muy difícil indicar los titulares de los derechos. El art. 6.1b de la Directiva otorga a las instituciones autorizadas el derecho a reproducción, conforme al art. 2 de la Directiva 2001/29/CE²⁴⁴, digitalización, puesta a disposición del público, indexación, catalogación, conservación o restauración de las obras huérfanas que están en su posesión. Siguiendo el art. 1, estas facilidades se adjudican a tales entidades como “bibliotecas, centros de enseñanza y museos, accesibles al público, así como de archivos, organismos de conservación del patrimonio cinematográfico o sonoro y organismos públicos de radiodifusión, establecidos en los Estados miembros, efectuados con el fin de alcanzar objetivos relacionados con su misión de interés público”. Lo llamativo es que la Comunicación COM(2005) 465 identificara con mucha perspicacia y precaución un fenómeno totalmente desconocido anteriormente, intrínseco al formato informático de copia digital en el que se preserva y almacena el material digitalizado, y un real inconveniente, incluso una amenaza contra la preservación digital de los recursos, a saber, tanto el

²⁴⁴ Directiva 2001/29/CE relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

soporte mismo como el formato del contenido se pueden hacer obsoletos y en el futuro no se podrían leer o usar de otra forma por falta de programas o dispositivos adecuados, entonces necesitan permanente atención y migración a nuevos soportes y formatos, que, se puede añadir, usualmente son más seguros, efectivos, rápidos y fáciles, tal es la característica del progreso tecnológico. El conjunto de dificultades jurídicas a las que se enfrenta la reproducción, digitalización, puesta a disposición del público, indexación, catalogación, conservación o restauración de contenidos digitales o digitalizados a los que se refiere la Comunicación COM(2005) 465, sobre todo relativos a las limitaciones según el derecho de autor y la propiedad intelectual demuestra el grado en el que el orden jurídico actual no está dispuesto a afrontar los desafíos de la era digital y de las TIC en su totalidad. Una escasa parte de estos problemas se han solucionado a lo largo de los años sucesivos.

Desde los principios del desarrollo de las tecnologías digitales las políticas de la UE identificaron acertadamente la tendencia de su futura propagación y dominio en todos los campos de las actividades socioeconómicas hasta la fundación de "una economía y una sociedad basadas en el conocimiento mediante la mejora de las políticas relativas a la sociedad de la información y de I + D"²⁴⁵. Así, se intentaba introducir las medidas que facilitasen la transición de la Unión Europea hacia esta nueva fórmula de organización y funcionamiento de la comunidad. De este modo, se reconoció la importancia de promover "la digitalización de los contenidos culturales y [...] la interoperabilidad de los sistemas correspondientes con el fin de conservar, proteger y dar a conocer el patrimonio europeo y la diversidad de la cultura europea"²⁴⁶. Revisando estas primeras pruebas de enfrentar los retos del futuro marcado por las TIC se puede observar que el progreso tecnológico conducía integralmente e irrevocablemente hacia la formación de una sociedad de la información y el conocimiento cuyo régimen se

²⁴⁵ Resolución del Consejo de 25 de junio de 2002 sobre "Conservar la memoria del mañana — Conservar los contenidos digitales para las generaciones futuras".

²⁴⁶ Resolución del Consejo de 21 de enero de 2002 sobre "Cultura y sociedad del conocimiento".

fundamentara en el acceso abierto y universal a los recursos de conocimiento y flujos libres de información. Siguiendo la Resolución de 25 de junio de 2002 bajo el título “Conservar la memoria del mañana. Conservar los contenidos digitales para las generaciones futuras” hay que recalcar que la conservación de la cultura y el patrimonio digitales no es el fin en sí mismo y debe ir acompañada por su accesibilidad. La preservación de los recursos de cultura reside en recoger el contenido digital o digitalizado y, como ya se ha explicado, mantenerlo accesible a lo largo del tiempo.

A principios del siglo XXI ya era evidente que con el desarrollo de las TIC se avecinaban nuevas oportunidades para la economía y el negocio. Lo señalaron las declaraciones de las autoridades comunitarias. Durante la sesión del Consejo Europeo de Lisboa los días 23 y 24 de marzo de 2000 se hicieron las observaciones concluyentes para que se tratase el tema de fundar “la Europa de la innovación y el conocimiento” con mucha atención. Se destacó que “la importancia creciente de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en las esferas profesionales y privadas ha acarreado una doble consecuencia: proponer la revisión completa del sistema educativo europeo y garantizar un acceso a la formación permanente.” Desde la óptica histórica hay que subrayar que las autoridades europeas disponían de consciencia muy bien clara de que la dinámica del avance de las TIC mismas y los cambios provocados por ellas obligaban a que se asegurara la actualización de habilidades y destrezas del ciudadano para que estuviera preparado para acometer los desafíos correspondientes. A tal fin la formación permanente resulta la solución imprescindible. La conciencia de que se moldea “Una sociedad basada en el conocimiento” conduce irrevocablemente a la conclusión de que “Para que las personas que llegan al mercado laboral puedan actuar en la economía del conocimiento, es necesario que su nivel de formación sea suficientemente elevado.”

Fue lógico, que las cuestiones de explorar y explotar las TIC en beneficio de la economía se convirtieron en un punto de interés esencial para las políticas del mercado único. Afortunadamente se entendió bastante que las nuevas oportunidades tecnológicas

podían servir también para el reforzamiento y la accesibilidad de la cultura. Esta temática se trazó en la Resolución del Consejo de 21 de enero de 2002 sobre "Cultura y sociedad del conocimiento". Aparte de las tareas de digitalizar los contenidos culturales, conservar, proteger y dar a conocer el patrimonio europeo y la diversidad de la cultura europea se recalcó la necesidad de favorecer la formación en tecnologías de la información. Se destacó la importancia del desarrollo de la comunicación en línea relativa a la información cultural, la promoción del acceso de todos los ciudadanos a los contenidos culturales europeos y de la participación de todos los públicos en la vida cultural y su inserción social gracias a las posibilidades de interacción que ofrece Internet.

A fin de aprovechar las oportunidades ofrecidas por las TIC, concretizar las medidas y aproximarse a que se efectuaran estos propósitos se emitió la Recomendación 2006/585/CE sobre la digitalización y la accesibilidad en línea del material cultural y la conservación digital, cuyo objetivo fue aportar a "optimizar los beneficios de las nuevas tecnologías de la información para el crecimiento económico, la creación de empleo y la calidad de vida de los ciudadanos europeos" (Preámbulo, ítem 1). Se entiende muy bien que la digitalización del material cultural de todo tipo que representa la memoria colectiva, y la accesibilidad de este en línea a los ciudadanos pueden servir a varios fines (Preámbulo, ítem 2,3): de ocio, para estudios o trabajo, en sectores económicos del turismo y la educación o para las empresas creativas. Todo esto potencia el crecimiento económico y enriquece el patrimonio cultural de Europa. Es muy importante destacar la implicación positiva de la reutilización comercial y no comercial del material accesible en línea, incluida la reutilización por empresas creativas, digamos tecnológicas, mediáticas o start-up de distinto ámbito. En lo que se refiere a la digitalización y la puesta a disposición del público del material que no pertenece al dominio público reaparece el tema de restricciones por los derechos de autor, que carece de soluciones claras. Desde esta perspectiva, un problema grave es que por una parte se intenta con mucha fuerza promover las medidas hacia la digitalización, digamos, universal para la

protección y preservación del patrimonio cultural, en el sentido más amplio, incluso para incentivar la creatividad y, por consiguiente, la economía, y por otra parte, es obvio que la mayoría del contenido relativo está sujeta a las limitaciones del derecho de autor, incluidas las obras huérfanas (la Directiva correspondiente solo permite ciertas actuaciones a los entes determinados). Es que sin soluciones armonizadas y concordadas y medidas concretas y vinculantes no se pueden conseguir las metas pensadas. Entonces se puede ver que el repensar y remodelar las disposiciones del derecho de autor frente a las expectativas de la SIC y las oportunidades que se producen gracias a las TIC es el reto más exigente.

En términos breves:

- el acceso a la cultura a todo ciudadano a través de los medios digitales,
- la digitalización y la reutilización del material cultural,
- la economía del conocimiento y la creatividad,
- la formación permanente,
- la alfabetización digital

u otros aspectos de la emergente SIC se convirtieron en los puntos clave en los planteamientos comunitarios desde que se había reconocido el significado del progreso de las TIC y su influencia, supuestamente beneficiosa, en los cambios socioeconómicos y socioculturales.

Entonces no sorprende que la combinación entre la conciencia de que la economía del conocimiento se hacía cada vez más importante y la de que el acceso al conocimiento constituía el requisito primordial del crecimiento de ésta condujera directamente al campo específico y crucial de la producción del conocimiento, a saber, al ámbito científico-académico y de investigación que exigía que se introdujesen las políticas comunitarias oportunas relevantes para el fomento y desarrollo de este ámbito. La promoción de la introducción de bibliotecas digitales fue un paso inicial, aún con un rasgo bastante tradicional que llevan las instituciones especializadas en coleccionar las

publicaciones u otros recursos. Un paso más adelante se dio al proponer las medidas incluidas en la Comunicación COM(2007) 56 sobre la información científica en la era digital: acceso, difusión y preservación. Se subrayó que el acceso a, la preservación y la difusión de la información científica eran las cuestiones que “repercuten directamente en la capacidad de Europa para competir a través del conocimiento, factor determinante para el logro de los objetivos de la estrategia de Lisboa para la competitividad”. Está claro que (COM(2007) 56: 2):

Toda investigación se apoya en los trabajos anteriores y depende de las posibilidades que tengan los científicos de consultar y compartir las publicaciones científicas y los datos de la investigación. La difusión rápida y amplia de los resultados de la investigación puede contribuir a acelerar la innovación y evitar la repetición de trabajos, aunque pueda justificarse cierta demora para su primer uso por los investigadores o para fines comerciales.

Entonces, el acceso a y la difusión del conocimiento científico condicionan que (COM(2007) 56: 2):

[Europa se convierta] en una economía basada en el conocimiento cada vez más competitiva, [y para conseguirlo] Europa debe mejorar la producción de conocimientos a través de la investigación, su difusión a través de la educación y su aplicación a través de la innovación.

Al ir más allá de la publicación tradicional de los resultados científicos se hicieron observaciones que (COM(2007) 56: 3):

[se han] abierto nuevas vías para el uso de las masas de datos resultantes de los experimentos y las observaciones en el proceso científico y para la extracción de significado de estos datos almacenados en repositorios en combinación con otros recursos de información científica. De este modo se genera un «continuo» en el espacio de la información científica que lleva de los datos en bruto a las publicaciones en diferentes comunidades y países.

Además, se tomó conciencia de que estaba apareciendo una nueva tendencia importante (COM(2007) 56: 3)

el desarrollo del movimiento del acceso abierto, basado en la idea de que es preciso mejorar el acceso a las publicaciones y a los datos en la era de Internet. El objetivo de este movimiento es garantizar un acceso inmediato y gratuito a las publicaciones de investigación a través de Internet. Un hito clave para este movimiento fue la Declaración de Berlín sobre acceso abierto al conocimiento en las ciencias y las humanidades de 2003.

Los datos científicos dispersos y el concepto del acceso abierto no fueron las únicas novedades que se presentaron con relación al surgimiento de las TIC y su incidencia en el mundo de la investigación científica y la difusión del conocimiento. La Comunicación COM(2007) 56 estudiaba muy detalladamente la aparición por aquel entonces de una variedad de formas de comunicación científica totalmente nuevas que después se desarrollaron y que actualmente están plenamente aceptadas y fuertemente asentadas. Se trata por ejemplo del surgimiento del concepto de que son los autores o las instituciones en las que ellos trabajan los que pagan a los editores por publicar sus artículos, es lo que permite, por consiguiente, el acceso gratuito en línea a los lectores. Otra solución novedosa apenas introducida fue la posibilidad de depositar los artículos originalmente difundidos en revistas u otras publicaciones en repositorios de libre acceso organizados por una institución o incluso hoy en día por el mismo autor (actualmente conocida como la vía verde de publicar). La Comunicación COM(2007) 56 intuía correctamente (COM(2007) 56: 5) que con el paso del tiempo los repositorios digitales, asequibles a distancia, que incluyeran artículos revisados por pares, documentos de trabajo, tesis doctorales, datos de investigación u otras publicaciones, en general, se iban a convertir en una fuente estratégica del conocimiento científico y el modo más efectivo de comunicación pública de la ciencia.

A aquellas alturas todavía no se consideraba una obligación universal impuesta a los investigadores y las entidades a las que pertenecían que toda la producción científica

financiada con fondos públicos estuviera a disposición abierta del público y reutilización libre. Sin embargo, ya algunas instituciones de carácter público, incluso fundaciones privadas, que se dedicaban a la financiación de ciencia e investigación, obligaron a los autores que los resultados de investigaciones realizadas con su apoyo financiero se publicaran de modo abierto. Las autoridades comunitarias tomaron en consideración que se estaban produciendo unas paradojas, como lo explicaba la propia Comunicación COM(2007) 56, en primer lugar:

Internet debería abaratar las publicaciones científicas y, sin embargo, los precios de las revistas han aumentado. Esto afecta al acceso a la información científica.

en segundo lugar:

Los fondos públicos pagan la investigación, la revisión por pares (a través de la remuneración de los revisores) y las revistas (p. ej., a través de los presupuestos de las bibliotecas). Es lógico que los agentes públicos traten de rentabilizar más su inversión.

El primer paso hacia el acceso abierto a los datos y resultados científicos financiados con dinero público, en este caso comunitario, aunque muy tímido, fue, por aquel entonces una sugerencia, todavía no obligación, de que las publicaciones resultantes de la investigación financiada por el Séptimo Programa Marco para acciones de investigación, desarrollo tecnológico y demostración (2007 a 2013)²⁴⁷, el antecedente del Horizonte 2020, deberían ser accesibles públicamente si se pagaban de fondos del programa u otras subvenciones (COM(2007) 56: 9 y 10 - Panorámica de las acciones punto A).

En relación con la circulación del conocimiento procede debatir la fragmentación de fuentes de información científica. Durante años se han desarrollado

²⁴⁷ Decisión 2006/1982/CE relativa al Séptimo Programa Marco de la Comunidad Europea para acciones de investigación, desarrollo tecnológico y demostración (2007 a 2013) y Decisión 2006/969/CE relativa al séptimo programa marco de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom) de acciones de investigación y formación en materia nuclear (2007 a 2011).

distintas formas de poner a disposición del público la información científica, casi cada universidad dispone de su propio repositorio y biblioteca virtual. A esto se añaden las colecciones digitales comunes de varias instituciones, por país, diferentes plataformas autónomas o que agregan las obras publicadas por terceros, los blogs privados de investigadores, los portales de revistas y un largo etcétera. A todo este conjunto tratan de tener acceso los buscadores universales o especializados (*Google academics*). Entre otras circunstancias que determinan esta situación ocurre el efecto secundario intrínsecamente relacionado con el creciente volumen de producción científica, es decir, se precisan nuevos lugares de almacenamiento y difusión, puesto que ya no basta el espacio disponible en las revistas tradicionales, incluso digitalizadas. Probablemente, el problema mismo no se solucionará tan pronto, aunque lo más lógico sería integrar por país o por disciplina al menos algunas fuentes reconocidas comunalmente. Tal fue el objetivo de establecer *un punto de acceso común multilingüe* a partir de la Biblioteca Europea para facilitar la búsqueda en línea del patrimonio cultural digital conservado en diferentes lugares por diferentes organizaciones europeas (Recomendación 2006/585/CE, Preámbulo, ítem: 9 / Recomendación núm. 5). El desarrollo y perfeccionamiento de la e-infraestructura de ciencia e investigación es lo crucial para gestionar la lluvia de informaciones. Lo mismo destaca la Comunicación COM(2007) 56 como las cuestiones técnicas por solucionar.

De la materia de establecer las infraestructuras avanzadas para la comunicación científica trata la Comunicación COM(2009) 108 sobre *Infraestructuras de TIC para la e-ciencia*. Para obtener la mejor calidad y productividad de investigaciones científicas es imprescindible dinamizar la colaboración transfronteriza y abierta entre los investigadores y, en consecuencia, fundar el ambiente propicio para el avance científico y la innovación y sus implicaciones supuestamente benévolas en el desarrollo económico, así como promover las infraestructuras electrónicas de intercambio directo e inmediato de información científica, entre otros se trata de datos brutos, y la cooperación entre distintos grupos que puedan trabajar a base de los mismos datos y

observaciones. Aunque las redes especializadas de e-ciencia principalmente no se proyectan para el acceso y uso público, no se puede ignorar, como lo explica la misma Comunicación (COM(2009) 108: 6), “el potencial innovador de las infraestructuras electrónicas” que reside en la transferencia de soluciones sofisticadas elaboradas para la e-ciencia a otras áreas de conocimientos: la seguridad electrónica, la e-administración y el aprendizaje electrónico. Además, de cara al futuro las redes de momento especializadas pueden convertirse en plataformas de colaboración abierta para todos los interesados, como se destaca con mucho pronóstico e intuición (COM(2009) 108: 8):

Las comunidades virtuales de investigación mundiales, anticipándose a la llegada de los paradigmas de investigación 2.0, han abierto perspectivas nuevas para la colaboración multidisciplinar transfronteriza entre comunidades de investigación. Se está produciendo un cambio cultural en la manera en que se produce y difunde el conocimiento científico, lo que está impulsando la aparición de comunidades virtuales de investigación mundiales. Europa está contribuyendo ya a la innovación del proceso científico permitiendo a las comunidades científicas utilizar infraestructuras electrónicas a fin de abordar los desafíos de alcance mundial en el campo de la investigación.

De esta manera las e-infraestructuras permiten la acogida de comunidades virtuales de investigación de varios lugares por el mundo, puesto que:

Europa necesita explotar las infraestructuras electrónicas para liberar el gran potencial innovador de la investigación multidisciplinar y ayudar a sus investigadores a explotar sus ventajas.

La creatividad y la innovación tanto dentro del campo de investigación científica como el empresarial, industrial, laboral y en general profesional son los ejes conductores de la SIC. La complejidad de tareas laborales en el mundo cambiante, globalizado y multifacético se hace cada vez más grande y requiere que se apliquen las medidas novedosas para conseguir soluciones adecuadas. Eso exige cada vez más autonomía y originalidad en el pensamiento del individuo para abordar con eficacia los

desafíos profesionales. Entonces, ¿cuáles son los condicionantes de arranque de creatividad e innovación? Siguiendo un esquema tradicional hasta algún momento se estaba pensando que los derechos de la propiedad intelectual, incluidos los derechos de autor, eran la condición única e incuestionable del progreso económico, sin buscar ningún balance razonable, justo y justificado, entre los intereses privados y comunes. De este modo sólido se lo enunció en la Recomendación de 24 de agosto de 2006 sobre la digitalización y la accesibilidad en línea del material cultural y la conservación digital (Preámbulo, ítem: 10):

los derechos de propiedad intelectual son un instrumento fundamental para incentivar la creatividad, el material cultural de Europa debe digitalizarse, divulgarse y conservarse respetando plenamente los derechos de autor y otros derechos afines.

En la Comunicación COM(2010) 546 de 6 de octubre de 2010 titulada “Iniciativa emblemática de Europa 2020. Unión por la innovación” ya no se declara tan certero este tipo de actitud. El uso abusivo de los derechos de la propiedad intelectual sí puede amenazar y dañar la creatividad y la innovación poniendo trabas al incremento socioeconómico de la comunidad en su conjunto. En el contexto de competitividad económica global que sigue creciendo dicha Comunicación señala (página 2) el problema de tal manera:

En una economía mundial que cambia tan rápido, debemos apoyarnos en nuestras virtudes y superar con decisión nuestras flaquezas [...entre las cuales se encuentran] los costes elevados de los derechos de propiedad intelectual e industrial (DPI)

Entonces, en búsqueda de cómo introducir “un planteamiento en el que la innovación sea el objetivo de actuación general en el que tomemos una perspectiva a medio y largo plazo” y a fin de que “los instrumentos, las medidas y la financiación de las políticas estén diseñados de modo que contribuyan a la innovación” (COM(2010) 546: 2), hay que partir del hecho de que se eliminen los inconvenientes. Uno de ellos, entre muchos

otros, es el coste excesivo de licencias, patentes u otros derechos de la propiedad intelectual o incluso imposibilidades de adquirirlos, también en relación con el acceso a y el uso de los resultados científicos para los fines educativos. No se pueden olvidar estas dificultades a la hora de pensar en inversiones en educación, I+D, innovación y TIC (COM(2010) 546: 3, ítem 1). Pues sí, la iniciativa del Espacio Europeo de Investigación al establecerse facilitará “una verdadera libertad de circulación del conocimiento”. Es posible notar que se entiende bien que la innovación no se reduce al ámbito de las tecnologías e industria, sino que se junta con la innovación y la creatividad en el sentido general, en búsqueda de soluciones imaginativas eficaces en diferentes ámbitos socioeconómicos: social, educativo (nuevas fórmulas introducidas en la enseñanza y nuevos tipos de cursos para el aprendizaje permanente) o de diseño. Se trata de actividades de industrias creativas y culturales (COM(2010) 546: 3, ítem 9). La creciente significación de las empresas que ofrecen servicios “intangibles” y bienes inmateriales en la economía mundial de la época digital resulta un punto de inflexión y se añade a los procesos de apoderamiento de la economía del conocimiento y de datos. Lo acentúa acertadamente *Libro Verde - Liberar el potencial de las industrias culturales y creativas* (COM(2010) 183: 2) del siguiente modo:

Las fábricas se están sustituyendo progresivamente por comunidades creativas cuya materia prima es su capacidad para imaginar, crear e innovar. En esta nueva economía digital, el valor inmaterial determina cada vez más el valor material, ya que los consumidores desean obtener «experiencias» nuevas y enriquecedoras. En la actualidad, la capacidad para crear experiencias sociales y redes es un factor de competitividad.

Las industrias culturales juegan un papel multifacético en la SIC. Aparte de aportar valores “dinerarios” a la economía, cada vez más personas con fines profesionales o de entretenimiento se involucran en las actividades intangibles, cada composición para You Tube o un blog requiere una dosis de creatividad, de modo que tanto sus integrantes como sus consumidores se nutren intelectualmente y espiritualmente.

Además, ellos mismos adquieren varias destrezas tecnológicas necesarias para manejar las aplicaciones y dispositivos²⁴⁸. Por la naturaleza interactiva y globalizada de producción y difusión de contenidos de cultura (la creación colectiva) aumenta la cohesión social (COM(2010) 183: 4). La sinergia entre el acceso a la cultura en general y en particular la enseñanza de la cultura y el arte de calidad, así como el desarrollo de capacidades creativas conduce al desenvolvimiento del “potencial de reforzar la imaginación, la originalidad, la concentración, las competencias interpersonales, el gusto por la exploración, el razonamiento crítico y no verbal, etc., entre las personas” (COM(2010) 183: 21). Está claro que (COM(2010) 546: 24):

El paso a una economía de la innovación tiene implicaciones importantes para el mundo laboral. Los empleadores necesitan trabajadores que busquen activa y constantemente nuevas y mejores formas de hacer las cosas.

En cuanto a la dimensión tecnológica, se entiende bien (COM(2010) 183: 8) que en gran medida la accesibilidad de los contenidos de cultura que subyace en la creación de sucesivos contenidos depende de:

la interoperabilidad entre productos, servicios, procesos, sistemas, aplicaciones y redes, tanto nuevos como ya existentes. [...] La interoperabilidad refuerza la capacidad de elegir del usuario, especialmente en el caso de los productos y servicios de ICC basadas en las TIC. Asimismo, las normas contribuyen a crear un mercado favorable a la innovación, que la fomenta a la vez que evita sistemas que puedan restringir el acceso a contenidos diversos. Por lo tanto, es esencial promover la interoperabilidad entre plataformas y equipos.

Aunque las condiciones tecnológicas del acceso como la conexión, la banda ancha u otras tecnologías de transmisión de datos más avanzadas (4G-LTE / 5G) y la interoperabilidad constituyen un punto de partida, la accesibilidad “material” a los

²⁴⁸ “el contenido cultural desempeña un papel de liderazgo en la aceptación de estas nuevas tecnologías por el gran público y para el desarrollo de las cibercapacidades y la mejora de los niveles de alfabetización mediática de los ciudadanos europeos” (COM(2010) 183: 7)

contenidos y los derechos de reutilización determinan la elaboración y la difusión de nuevos bienes culturales, entonces (COM(2010) 183: 9):

Se presta especialmente atención a la utilización y la gestión de los derechos, buscando un equilibrio entre la necesaria protección y sostenibilidad de la creación y la necesidad de fomentar el desarrollo de nuevos servicios y modelos empresariales.

La alfabetización mediática (COM(2010) 183: 21) que cubre tanto el manejo de dispositivos y aplicaciones como la actitud crítica ante los contenidos y las informaciones recibidos es otro condicionante de la participación de los ciudadanos en la vida cultural de la sociedad y, por consiguiente, sirve para incitar a la creatividad, ya que:

los medios de comunicación son unos canales muy importantes de distribución de contenidos culturales [...] y debería alentarse la capacidad de los ciudadanos europeos para tomar decisiones con conocimiento de causa y diversificadas en su papel de consumidores de contenidos de los medios de comunicación.

Lo que sí es cierto es que la creatividad no se puede decretar, para que surja, hay que presentar “un enfoque holístico” (COM(2010) 183: 10) y establecer un ambiente propicio, también a partir de las políticas y la legislación. A cambio, el fomentar la rama de economía de industrias culturales y creativas (ICC) desde las administraciones y las políticas producirá numerosas implicaciones positivas, incluso bastante sorprendentes (COM(2010) 183: 20):

hay más especialistas creativos que han recibido formación en escuelas de arte y que trabajan fuera de las ICC que los que trabajan en ellas, y actúan como transmisores del conocimiento, la innovación y las nuevas ideas que se iniciaron en las ICC.

Para lograr que “las ideas innovadoras puedan convertirse en productos y servicios que generen crecimiento y empleo” (COM(2010) 546: 6) hay que empezar

consiguiendo las propias ideas innovadoras, así el requisito subyacente es el desarrollo intelectual y artístico de quien cree las ideas desde los años más tempranos del proceso formativo, poniendo de relieve la necesidad del aprendizaje permanente (COM(2010) 682: 6) y la educación en capacidades adecuadas a la demanda del mercado laboral (COM(2010) 682: 10). Para alcanzar estas metas es necesaria cierta remodelación del funcionamiento y la característica del sistema educativo hacia que (COM(2010) 546: 38):

Los currículos de educación y formación se centran en dotar a los alumnos de la capacidad de aprender y desarrollar competencias transversales como el pensamiento crítico, la resolución de problemas, la creatividad y el trabajo en equipo, así como capacidades interculturales y de comunicación.

La innovación en el sentido amplio (COM(2010) 546: 8), ya sea tecnológica, social, empresarial o artística, no es posible en el desierto intelectual y espiritual, por lo contrario, surge del fervor intelectual, del ambiente dinámico lleno de controversias. Es el acceso a una variedad de informaciones y conocimientos que condiciona este estatus. Así, otra vez se destaca que (COM(2010) 546: 21):

la «quinta libertad» no es solo la libre circulación de investigadores, sino también la libre circulación de ideas innovadoras. La auténtica innovación abierta requiere correduría, intermediación y redes en las que todos los agentes puedan participar en igualdad de condiciones. [...] Los resultados de la investigación financiada públicamente deberían hacerse más accesibles y estar más disponibles. [...] La información del sector público debería estar más disponible para quienes se dedican a la investigación y la innovación.

A fin de racionalizar el acceso a y la reutilización de la propiedad intelectual se recalca adecuadamente que una de las medidas de mucha eficacia jurídica se encuentra en la lectura de los derechos de protección de la propiedad intelectual frente a la protección de otros actores del mercado y a los consumidores a raíz de las disposiciones respectivas a la competencia justa, así (COM(2010) 546: 21):

es necesario analizar en profundidad la relación entre la propiedad intelectual e industrial y la política de competencia. [...] los procesos de normalización requieren reglas de DPI claras para evitar situaciones en las que una empresa pueda obtener un poder de mercado injusto incorporando en una norma DPI exclusivos

Con todo, el acceso libre y abierto al conocimiento, ya sea de forma de datos/resultados científicos o de toda la variedad de contenidos de cultura, relacionado con la obtención, la reutilización y la difusión resulta ser la condición imprescindible para la innovación de cualquier tipo, en el campo de las ciencias, el emprendimiento, la educación, los servicios sociales o la industria y para la creatividad de cada especie de actividad humana, el conjunto de los cuales a su vez determina el crecimiento socioeconómico de la comunidad.

En búsqueda de las medidas más efectivas de fomentar una economía europea de innovación y creatividad enfocada en el crecimiento elevado y sostenible hay que “reforzar su potencial innovador y utilizar sus recursos de la mejor manera posible”, como lo formula la Comunicación COM(2011) 882 titulada *Datos abiertos. Un motor para la innovación, el crecimiento y la gobernanza transparente* que se centra en la accesibilidad y reutilización de la información pública u otros datos en posesión de cualquier organismo obtenidos con el uso de fondos públicos, entre los cuales se incluyen:

la información geográfica, las estadísticas, la información meteorológica, los datos procedentes de proyectos de investigación financiados con fondos públicos y los libros digitalizados de las bibliotecas [que tienen] importantes, y aún sin explotar, posibilidades de reutilización en nuevos productos y servicios [...] Es una materia prima esencial para una amplia gama de nuevos productos y servicios de información que se basan en nuevas posibilidades de análisis y visualización de datos procedentes de distintas fuentes. (COM(2011) 882: 2-3).

Se puede observar una palpable evolución de los conceptos relativos a la información pública. El término ya no se limita a la información de la que disponen las administraciones en desempeño de sus funciones públicas. Al mismo tratamiento de apertura al público general se someten los datos/resultados/publicaciones de cualquier tipo procedentes de programas financiados con fondos públicos o guardados por las instituciones con el presupuesto público, tales como los archivos, museo o bibliotecas. De este modo, el acceso abierto y la reutilización atañe a (COM(2011) 882: 6):

las publicaciones que resultan de proyectos financiados por la Unión Europea y una participativa infraestructura electrónica de repositorios de libre acceso a escala paneuropea [y] el repositorio de publicaciones del JRC [The Joint Research Centre]. [A esto se suma] la digitalización del patrimonio cultural y el desarrollo de Europeana (la biblioteca, archivo y museo digital de Europa), destinados a garantizar la mayor utilización posible del material cultural digitalizado y los metadatos correspondientes.

La aplicación de las TIC en el ámbito de la recogida, el análisis, la explotación, el tratamiento y la difusión de la información juega el papel primordial en el establecimiento de la accesibilidad eficaz y posiblemente amplia de los datos / resultados. Así, para que los planteamientos no estén en el aire se implementaron a nivel comunitario los programas muy concretos de carácter tecnológico-informático para posibilitar que se alcancen las metas correspondientes, se trata del desarrollo de varias plataformas e interfaces de e-ciencia, entre ellos se encuentran los proyectos: Linked Open Data, OpenAIRE o ISA sobre la interoperabilidad semántica (SEMIC.EU) que sirven para la explotación de las páginas web a fin de lograr la integración de datos e información, para la utilización de las tecnologías semánticas para facilitar el uso de los datos / metadatos de las administraciones públicas (COM(2011) 882: 6-7).

La interoperabilidad entre sistemas (plataformas), los formatos (informáticos) de puesta a disposición estandarizados para ser legibles y procesados automáticamente (computacionalmente) y la disponibilidad de la información a largo plazo son las

condiciones iniciales para la accesibilidad real de la información digitalizada de cualquier tipo y el almacenamiento e intercambio de datos virtuales.

Las cuestiones relevantes para hacer realidad la circulación, el acceso, la transferencia y la utilización abiertos del conocimiento científico se exponen en otros actos comunitarios como una prioridad a fin de “favorecer el crecimiento y el desarrollo económico, social y cultural de la UE”, como lo declara a su comienzo el Dictamen 2013/C 76/06 de 16 de enero de 2013 del CESE relativo a la Comunicación sobre EEI [COM(2012) 392] mencionada anteriormente. El mismo aborda el tema respectivo en el párrafo 7 concluyendo que:

El acceso a la información científica es una condición esencial para el éxito del fomento de la investigación y la innovación, y en particular para la competitividad europea. Esto incluye la transferencia de conocimientos entre investigadores y asociaciones de investigación (en especial entre el mundo de la investigación y las empresas), así como entre los investigadores y los ciudadanos, lo que engloba el acceso abierto a las publicaciones.

El día de 17 de julio de 2012 está fechado todo un paquete de documentos concernientes al acceso a la información científica, la mencionada Comunicación *Una asociación del Espacio Europeo de Investigación reforzada en pos de la excelencia y el crecimiento* [COM(2012) 392], la Recomendación [2012/417/UE] *relativa al acceso a la información científica y a su preservación* y la Comunicación *Hacia un mejor acceso a la información científica: impulsar los beneficios de las inversiones públicas en investigación* [COM(2012) 401] que acude al tema de la accesibilidad de los datos científicos con el fin de impulsar el crecimiento socioeconómico con más detalles.²⁴⁹

En la Comunicación *Hacia un mejor acceso a la información científica: impulsar los beneficios de las inversiones públicas en investigación* se indica que, en primer lugar, la digitalización de los datos científicos, tanto las publicaciones como los

²⁴⁹ El Comité Económico y Social Europeo aportó sus comentarios a las materias referidas en dicha Comunicación en el Dictamen 2013/C 76/09 del 16 de enero de 2013.

datos en bruto, es la condición imprescindible para “acelerar los descubrimientos científicos, al desarrollo de nuevas formas de investigación con grandes volúmenes de datos y a la adopción sistemática de los resultados de la investigación por parte de las empresas y de la industria europeas” y, en segundo lugar, a un fin similar del aprovechamiento y beneficio común de la inversión pública en el ámbito de la investigación aporta la mejora de la conservación de los resultados de la investigación científica financiada con fondos públicos y del acceso a ellos (COM(2012) 401: 2-3). La apertura al público de toda una gama de la información producida o recogida por los organismos públicos de la UE, la medida introducida anteriormente por la Decisión 2011/833/UE de 12 de diciembre de 2011 relativa a la reutilización de los documentos de la Comisión, coincide sustancialmente con la Comunicación COM(2011) 882 de la misma fecha titulada “Datos abiertos. Un motor para la innovación, el crecimiento y la gobernanza transparente” y debe extenderse a todos los datos / resultados (publicaciones) científicos financiados con fondos públicos. Lo anterior se precisa de esta manera (COM(2012) 401: 3-4):

Los análisis del sistema de difusión de la información científica se han centrado tradicionalmente en el acceso a las publicaciones científicas —publicaciones periódicas y monografías. Sin embargo, cada vez es más importante mejorar el acceso a los datos de las investigaciones (resultados experimentales, observaciones e informaciones producidas por ordenador), que constituyen la base para el análisis cuantitativo que sustenta muchas publicaciones científicas

Aquel debate acerca del acceso a la información científica resultante de la investigación financiada con fondos públicos finalizó en la Recomendación de la Comisión Europea relativa al acceso a la información científica y a su preservación [2012/417/UE] donde se marcan tales áreas de interés clave al respecto:

- Acceso abierto a las publicaciones científicas
- Acceso abierto a los datos de las investigaciones

- Preservación y reutilización de la información científica
- Infraestructuras electrónicas incluida la interoperabilidad entre ellas

Obviamente, si se señala tal aspecto como la preservación de la información científica, se lo apareja con la finalidad muy concreta de poder garantizar la custodia y conservación a largo plazo de los resultados de la investigación (datos de investigación primaria / datos en bruto y todos los demás resultados, incluidas las publicaciones) para la eventual reutilización posterior a efectos de hacerlo realizable. Asimismo, es necesario preservar el soporte y el software imprescindibles para leer la información en el futuro o hay que, a base regular, trasladar la información a nuevos soportes y formatos informáticos legibles. Las infraestructuras son un factor irreducible para asegurar el acceso al conocimiento y su difusión.

Las administraciones exponen la dimensión socioeconómica para obtener el apoyo desde la sociedad y presentar la justificación convincente de la implementación y realización de sus propuestas acerca del desarrollo de campos de cultura, ciencia y educación. La argumentación económica subyace al planteamiento de la UE de la difusión libre y abierta de datos científicos centrada principalmente en avivar el “enorme potencial para impulsar la productividad, la competitividad y el crecimiento” (COM(2012) 401: 3). No obstante, estas políticas producen una multitud de consecuencias inmateriales, influyendo en el desarrollo intelectual, artístico, social y espiritual del ser humano a través del sistema educativo o de la difusión del material cultural o divulgación y aplicación de los resultados científicos.

Se entiende bien que “la investigación moderna se basa en un diálogo científico extenso y progresa mejorando los trabajos anteriores.” (COM(2012) 401: 3). Entonces, el pleno acceso a los datos / resultados / publicaciones precedentes o en curso es la condición imprescindible para (COM(2012) 401: 3) “acelerar la innovación (comercialización más rápida = crecimiento más rápido)” y “fomentar la colaboración y evitar la duplicación de esfuerzos (mayor eficacia)”. Es decir, finalmente se trata de la

mejora de la gestión de fondos mediante la reducción de costes corrientes y futuros. Es que al concepto de accesibilidad de los datos se añade irremplazablemente su conservación a largo plazo (COM(2012) 401: 8). Por consiguiente, el ahorro hecho de este modo puede servir para realizar otras investigaciones, de esta manera entramos en un círculo virtuoso (COM(2012) 401: 6). A este beneficio se suma el hecho de que el acceso libre y pleno reduce significativamente los gastos de bibliotecas y pagos de otras modalidades de comunicación de trabajos científicos, luego ocurren ahorros correspondientes que se puedan destinar al desarrollo de las mismas infraestructuras de almacenamiento e intercambio del conocimiento científico. El exponer el aspecto dinerario no es de ignorar ya que tanto los recursos financieros como los humanos son limitados, a veces escasos, por lo cual la evitación de pérdidas innecesarias en el capital financiero puesto a disposición de la ciencia, el empleo más efectivo y productivo del capital humano y la mejor gestión de las infraestructuras científicas permiten lograr más y avanzar más²⁵⁰. Todos estos factores influyen en el volumen y la calidad de la producción de conocimiento, su accesibilidad y difusión entre los investigadores y aficionados y en el potencial innovador de sus usos en beneficio del ciudadano.

Hay que estar atento a una cuestión de importancia vital, como se ha explicado anteriormente, para hacer la lectura de los datos, incluso publicaciones, preservados en formatos digitales posible en el futuro es necesario también conservar toda la información básica (el código fuente) de los programas informáticos a fin de poder reutilizar y reproducir la información (COM(2012) 401: 6). Este aspecto señala que basándose en las TIC en relación con elaboración, almacenamiento y difusión del conocimiento y en general los contenidos de cultura, el propio aspecto tecnológico juega un papel de gran envergadura en cuanto a la gestión de preservación de estos

²⁵⁰ "... the annual capital destruction is consequently very substantial. This does not take into consideration associated losses from inefficient data analysis and the economic impact of stalling innovation and societal non-applicability of knowledge. Good data stewardship and a globally operational Internet of FAIR data and services will significantly reduce these losses and fuel science and innovation.", en: *Realising the European Open Science Cloud. First report and recommendations of the Commission High Level Expert Group on the European Open Science Cloud* (2016), p. 9.

contenidos. A fin de proteger la memoria histórico-cultural de manera efectiva y provechosa se requiere el continuo control sobre la calidad tecnológica de mantenimiento de contenidos (soportes materiales y formatos informáticos²⁵¹) y eventuales migraciones a nuevos entornos tecnológicos para asegurar la lectura y la accesibilidad tecnológica.

En lo que se refiere al ciudadano de a pie se menciona el aspecto relativo a “asociar a los ciudadanos y a la sociedad civil (mejora de la transparencia del proceso científico)”, algo de control democrático (presupuestario) y afortunadamente se recalcan también los efectos “secundarios” formativos o intelectuales, el otro objetivo del acceso amplio, asequible y fácil a la información científica es lo que “ayudará a los ciudadanos a adquirir competencias en ciencias que les ayuden a desenvolverse en el entorno complejo del siglo XXI.” (COM(2012) 401: 3).

En términos breves, en cuanto al alcance de la difusión de la “versión final o manuscrita evaluada por pares en formato legible por máquina” (COM(2012) 401: 10), la conservación (el almacenamiento), la accesibilidad, que requiere la e-infraestructura adecuada y la interoperabilidad tecnológica para resultar factible (COM(2012) 401: 9), y por fin la reutilización del conocimiento científico pagado del presupuesto público se formula de manera inequívoca el grado del alcance más amplio y completo, es decir, (COM(2012) 401: 4):

el acceso abierto a los datos y la circulación de los conocimientos se basa en un enfoque que excluye que deba pagarse cada vez que se acceda o se reutilice información ya pagada con dinero público y prevé que los ciudadanos y las empresas de Europa puedan beneficiarse plenamente de esta información. Esto significa que la información científica financiada con fondos públicos debe ponerse gratuitamente en línea a disposición de los investigadores y ciudadanos

²⁵¹ Por eso es tan importante que “La Comisión también fomentará, en su caso, la publicación de los códigos de los programas informáticos utilizados para producir o tratar los datos” (COM(2012) 401: 10).

europesos a través de infraestructuras electrónicas, a fin de garantizar un acceso a largo plazo y evitar la pérdida de información científica de valor excepcional.

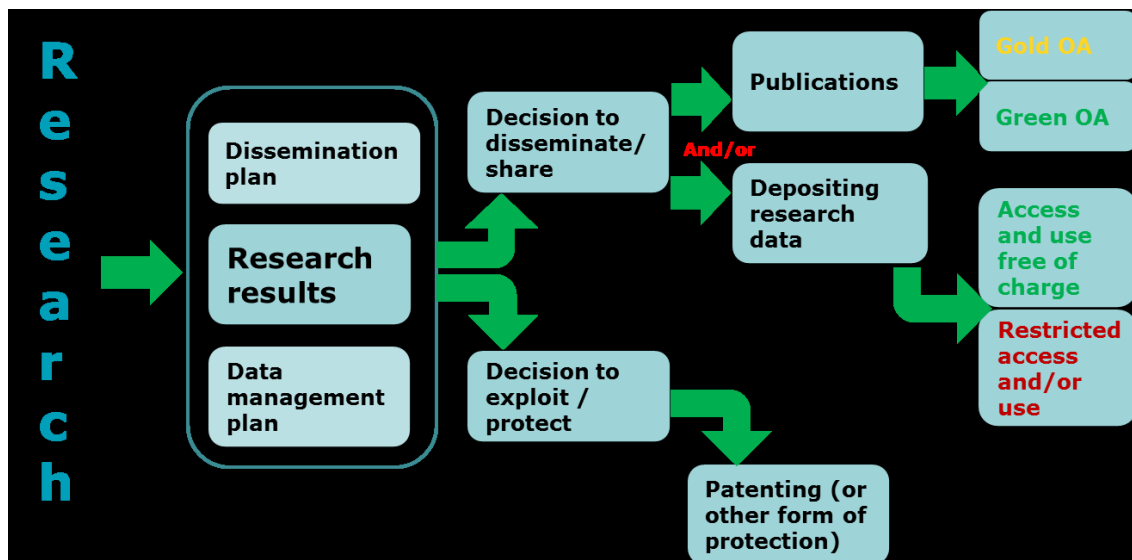
En síntesis, las conclusiones acerca del mérito del acceso abierto están claras en todas sus dimensiones y repercusiones económicas e inmateriales, así como se puede abogar por la misma accesibilidad del conocimiento a los ciudadanos, luego:

El acceso generalizado, equitativo, sostenible y fácil a la información científica financiada con fondos públicos y la conservación duradera de esta con fines de reutilización pueden contribuir de forma importante al crecimiento económico de Europa y ayudarla a hacer frente a los retos de la sociedad del siglo XXI. [...] la Comisión establece medidas para garantizar que los resultados de la investigación europea financiada con fondos públicos sean plenamente accesibles a los investigadores, las empresas y los ciudadanos. (COM(2012) 401: 11)

El 100 % de las publicaciones científicas resultantes de Horizonte 2020 deberán estar disponibles en acceso abierto. (COM(2012) 401: 12)

Persiguiendo esta intención se ha logrado incorporar en el marco del programa Horizonte 2020 las reglas oportunas para hacer realidad el acceso abierto en el grado más extenso. De esta manera, en cuanto los investigadores se deciden a difundir los resultados es obligatoria la publicación de artículos revisados por pares que se elaboren bajo el patrocinio del Horizonte 2020 en formas abiertas ²⁵², otra opción es patentarlos ²⁵³, como lo presenta la imagen ²⁵⁴.

²⁵² "... each beneficiary must ensure open access – via a repository – to all peer-reviewed scientific publications relating to the project's results (including not only journal articles but also conference proceedings and long-text publications such as monographs, book chapters, edited volumes, etc.). Access has to be provided either to the published version or the final peer-reviewed manuscript accepted for publication. To meet this requirement, beneficiaries must ensure that these publications can be read online, downloaded and printed (free of charge, online access to any user). Beneficiaries are also encouraged to provide for further rights that could make them even more useful (e.g., right to copy, distribute, search, link, crawl and mine). The open access to publications mandate comprises 3 steps: 1. Depositing publications in repositories (online archive) 2. Selecting the open access route (green or gold open access) 3. Providing open access to publications", en: *European Research Council (ERC)*.



Los datos en bruto se pueden publicar opcionalmente en el marco del programa piloto *ORD pilot* (the Open Research Data Pilot)²⁵⁵. En el caso de poner los datos científicos a disposición del público, ellos deben ser fáciles de buscar, accesibles, interoperables y

Guidelines on Implementation of Open Access to Scientific Publications and Research Data in projects supported by the European Research Council under Horizon 2020. Version 1.1, p. 4.

²⁵³ “In the context of research funding, open access requirements do not imply an obligation to publish results. The decision to publish is entirely up to the grant beneficiaries. Open access becomes an issue only if publication is chosen as a means of dissemination.”, en: *H2020 Programme. Guidelines to the Rules on Open Access to Scientific Publications and Open Access to Research Data in Horizon 2020. Versión 3.2*

²⁵⁴ *H2020 Programme. Guidelines to the Rules on Open Access to Scientific Publications and Open Access to Research Data in Horizon 2020. Versión 3.2, p. 4.* La imagen se cita a base de la Decisión 2011/833/UE de la Comisión de 12 de diciembre de 2011 relativa a la reutilización de los documentos de la Comisión, ya que se entiende que la obra citada que incluye la imagen es de autoría de la Comisión, está a disposición del público en la página oficial de la Comisión y no se pronuncia ninguna restricción en cuanto a la reutilización de su contenido, así cumple la definición del documento en el sentido determinado por la Decisión, específicamente siguiendo artículo 2.1 a) “la Decisión se aplicará a documentos públicos cuya autoría corresponda a la Comisión o a entidades públicas o privadas que actúen en su nombre y que hayan sido publicados por la Comisión o, en su nombre, por la Oficina de Publicaciones, a través de publicaciones, páginas web u otros instrumentos de difusión”, a continuación, en virtud del art. 4 c) “Todos los documentos deberán estar disponibles para su reutilización sin necesidad de realizar una solicitud individual, salvo que se disponga otra cosa en el artículo 7”.

²⁵⁵ *H2020 Programme. Guidelines on FAIR Data Management in Horizon 2020. Versión 3.0, p. 4.*

reutilizables (FAIR - findable, accessible, interoperable and reusable). El hecho de participar en el *ORD pilot* es cuestión de la libre voluntad de los investigadores. Aunque a la hora de presentar la solicitud de financiación esto no mejora la valoración, sin embargo, si se optase por poner los datos al descubierto, los costes correspondientes se pagarían dentro de la financiación²⁵⁶. En el marco del *ORD pilot* los datos elementales se deben publicar cuando principalmente son necesarios para validar los resultados presentados en las publicaciones científicas²⁵⁷. La accesibilidad obligatoria a las publicaciones resultantes de la investigación financiada con los fondos del Programa Horizonte 2020 se puede realizar por la vía verde o dorada²⁵⁸.

A estas políticas de promover el acceso abierto, incluso implementar las soluciones concretas y las medidas vinculantes en los campos determinados donde la Comisión Europea en virtud de los Tratados dispone de instrumentos jurídicos (*hard law* o *soft law*) para efectuarlas se añaden las declaraciones, digamos, diplomáticas y de persuasión. De esta manera se estimula y anima a los agentes económicos externos (las empresas) que por su cuenta trabajen en el tema de facilitar la accesibilidad de los contenidos de cultura. El comunicado de prensa de 18 de diciembre de 2012 titulado *La Comisión insta a la industria a que ofrezca soluciones innovadoras para un mayor acceso a contenidos en línea*²⁵⁹ marca cuatro campos de gran interés. Son los siguientes:

²⁵⁶ *H2020 Programme. Guidelines on FAIR Data Management in Horizon 2020*. Versión 3.0, p. 4-5.

²⁵⁷ “for projects participating in this ORD Pilot [...]: the beneficiary must deposit the data in a research data repository so that it is possible to access, mine, exploit, reproduce and disseminate the data, free of charge for any user.” en: *European Research Council (ERC). Guidelines on Implementation of Open Access to Scientific Publications and Research Data in projects supported by the European Research Council under Horizon 2020*. Version 1.1, p. 6.

²⁵⁸ “A. Self-archiving / 'green' open access – the author, or a representative, archives (deposits) the published article or the final peer-reviewed manuscript in an online repository before, at the same time as, or after publication. Some publishers request that open access be granted only after an embargo period has elapsed. B. Open access publishing / 'gold' open access - an article is immediately published in open access mode. In this model, the payment of publication costs is shifted away from subscribing readers.”

²⁵⁹ “Commission urges industry to deliver innovative solutions for greater access to online content” (IP-12-1394). Solamente emitido en inglés, alemán y francés.

- Portabilidad resulta en el hecho de que si el usuario tiene el acceso a un contenido en un territorio deberá mantenerlo cuando circule por otros territorios de la UE
- Derechos de autor y las licencias para el uso a escala limitada del material protegido en el contenido creado por usuario
- El sector audiovisual y las instituciones que gestionan el legado cultural para que faciliten el depósito y la accesibilidad en línea de las películas de la UE, al menos las que estén fuera de difusión comercial
- Minería de datos y textos (*Text and data mining* - TDM²⁶⁰) juega un papel importante tanto para la investigación científica como para la divulgación del conocimiento en general. Se trata de una técnica de búsqueda, revisión y almacenamiento de fragmentos (citas) automatizados de una multitud de datos e informaciones, muchas veces incluidos en contenidos protegidos, normalmente para después analizarlos con fines variados. Al menos para el uso científico sería conveniente, incluso necesario que se adoptaran ciertas soluciones para facilitar la aplicación de esta tecnología en beneficio del avance científico.

Todo el conjunto de las declaraciones y políticas correspondientes al libre y completo acceso y la reutilización del conocimiento científico parte de los fundamentos sobre los cuales se erige la misma Unión Europea, así de forma semejante lo esboza el art. 179.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea:

La Unión tendrá por objetivo fortalecer sus bases científicas y tecnológicas, mediante la realización de un espacio europeo de investigación en el que los

²⁶⁰ “TDM es el proceso de derivar información de material de lectura automática. Este funciona copiando grandes cantidades de material, extrayendo los datos y recombiniéndolo para identificar patrones” (la definición del gobierno del Reino Unido), (“Text and data mining (TDM) is the process of deriving information from machine-read material. It works by copying large quantities of material, extracting the data, and recombining it to identify patterns.”) de: <http://libereurope.eu/text-data-mining/>, acceso el 25.02.2017. Liber es la mayor red europea de las librerías científicas.

investigadores, los conocimientos científicos y las tecnologías circulen libremente.

Al iniciar las labores hacia conseguir esa finalidad se declaró en las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de 13 y 14 marzo de 2008²⁶¹ (punto 8) lo siguiente:

Para que su economía llegue a ser verdaderamente moderna y competitiva, y apoyándose en los trabajos ya realizados sobre el futuro de la ciencia y la tecnología y sobre la modernización de las universidades, los Estados miembros y la UE deben eliminar los obstáculos a la libre circulación del conocimiento mediante la creación de una "quinta libertad"²⁶² basada en [...] la facilitación y el fomento de la utilización óptima de la propiedad intelectual generada en organismos públicos de investigación, de forma que se incremente la transferencia de conocimiento al sector industrial, en particular, mediante una "Carta de la Propiedad Intelectual"²⁶³ [...] y el fomento del acceso abierto al conocimiento y la innovación abierta.

Para conseguir el fin de sentar bases para la ciencia abierta hay que empezar con la introducción de una infraestructura concreta y oportuna. Así, uno de sus elementos clave es la esbozada nube de ciencia abierta europea cuyas funciones esenciales se caracterizan por las siguientes cualidades²⁶⁴:

- Compartir los datos científicos (Data sharing)
- Vincular los datos entre sí (Linking data)
- Conectar a los investigadores / las investigadoras (Connecting scientists)
- Funcionamiento duradero y sustentable (Sustainability)

²⁶¹ 7652/1/08, emitidas el 20 de mayo de 2008 en Bruselas

²⁶² Las cuatro primeras son: la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales.

²⁶³ Se emitió la Recomendación de la Comisión sobre la gestión de la propiedad intelectual en las actividades de transferencia de conocimientos y Código de buenas prácticas para las universidades y otros organismos públicos de investigación, C(2008) 1329.

²⁶⁴ <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/european-open-science-cloud> y el informe *Realising the European Open Science Cloud. First report and recommendations of the Commission High Level Expert Group on the European Open Science Cloud* (2016) doi:10.2777/940154. Acceso el 29.04.2017 en: https://ec.europa.eu/research/openscience/pdf/realising_the_european_open_science_cloud_2016.pdf.

- Servicios abiertos (Open services)
- Conectar disciplinas científicas (Connecting disciplines)
- Mejorar la calidad de la ciencia (Better science)

Más detalladamente, el avance de la presencia del modo de practicar y efectuar la ciencia abierta en el mundo académico e investigador se puede medir según tres características, evaluando tales indicaciones específicas que permitan monitorizar el progreso de su introducción y ejercicio²⁶⁵:

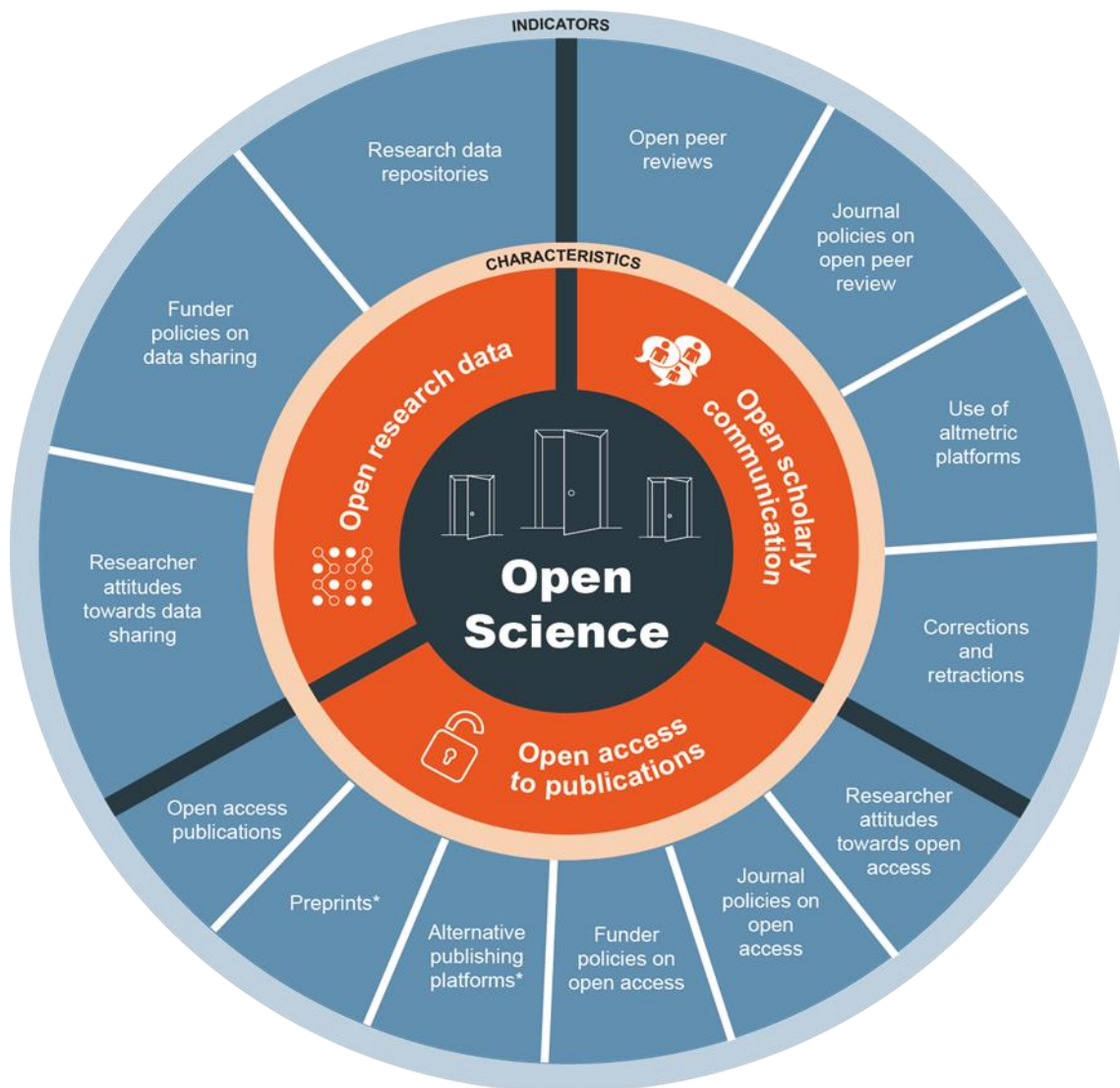
- Datos de investigación abiertos (Open research data):
 - *Repositorios de los datos de investigación (Research data repositories)*
 - *Políticas financieras favorables hacia compartir los datos (Funder policies on data sharing)*
 - *Actitud positiva de los investigadores / las investigadoras ante la idea de compartir los datos (Researcher attitudes towards data sharing)*
- Comunicación académica abierta (Open scholarly communication):
 - *Publicaciones de acceso abierto (Open access publications)*
 - *Ediciones preliminares de la publicación (Preprints)*
 - *Plataformas alternativas para publicar (Alternative publishing platforms)*
 - *Políticas financieras favorables hacia acceso abierto (Funder policies on open access)*
 - *Políticas de revistas científicas ante el acceso abierto (Journal policies on open access)*
 - *Actitud positiva de los investigadores / las investigadoras ante el acceso abierto (Researcher attitudes towards open access)*
- Acceso abierto a publicaciones (Open access to publications)

²⁶⁵ <https://ec.europa.eu/research/openscience/index.cfm?pg=home§ion=monitor>. Acceso el 29.04.2017.

- *Evaluación por pares abierta (Open peer reviews)*
- *Políticas de revistas científicas ante la evaluación por pares abierta (Journal policies on open peer reviews)*
- *Ediciones preliminares de la publicación (Preprints)*
- *Plataformas alternativas para publicar (Alternative publishing platforms)*
- *Utilizar las plataformas de medición de impacto (Use of altmetric platforms)*
- *Correcciones y retracciones (Corrections and retractions)*

Lo recoge de manera expresiva la imagen siguiente elaborada por la Comisión Europea para el programa de *Open Science Monitor* (el asterisco * significa que estos indicadores se aplican para ambos marcos: el acceso abierto a publicaciones - open access to publications y la comunicación académica en abierto - open scholarly communication.)²⁶⁶:

²⁶⁶ Dicha imagen se incluye en esta tesis a base de la Decisión 2011/833/UE de la Comisión de 12 de diciembre de 2011 relativa a la reutilización de los documentos de la Comisión, ya que se entiende que ella cumple la definición del documento en el sentido determinado por la Decisión, específicamente siguiendo artículo 2.1 a) “la Decisión se aplicará a documentos públicos cuya autoría corresponda a la Comisión o a entidades públicas o privadas que actúen en su nombre y que hayan sido publicados por la Comisión o, en su nombre, por la Oficina de Publicaciones, a través de publicaciones, páginas web u otros instrumentos de difusión”. La imagen está accesible en la página de la CE: <https://ec.europa.eu/research/openscience/index.cfm?pg=home§ion=monitor> sin indicaciones respectivas a restricciones del uso. En virtud del art. 4 c) “Todos los documentos deberán estar disponibles para su reutilización sin necesidad de realizar una solicitud individual, salvo que se disponga otra cosa en el artículo 7.” En cuanto a la autoría citamos textualmente en inglés la nota al pie de página: “The Open Science Monitor was developed by RAND Europe with the support of Deloitte and Digital Science & Research Solutions, including Altmetric.com and figshare. The project was commissioned by the European Commission Directorate-General for Research and Innovation and received funding under specific contract 2015/RTD/A6/SC/PP-02741-2015 (under the Framework Contract ‘Provision of Services in the Field of Research Evaluation and Research Policy Analysis’ Lot 2: Data collection and performance indicators to monitor European research policy 2010/S 172-262618.)”



Estos factores descompuestos relativos a la consecución del estado favorable de la ciencia abierta se relacionan con el escenario científico-académico puro. Sin embargo, se puede esperar que se produzcan externalizaciones hacia el conocimiento y las actividades de ingeniería, economía, emprendimiento o educación.

Para conseguir la meta pensada y deseada de hacer la ciencia realmente abierta se requiere además que cambie la mentalidad de los investigadores ante la difusión de datos brutos en abierto. Eso se entiende muy bien y por lo tanto se subraya que²⁶⁷:

La mayoría de los retos por resolver antes de que se logre la implementación de la Nube Europea de Ciencia Abierta (EOSC) funcional tiene más bien el carácter social y no técnico. [... la falta de datos en abierto] se basa parcialmente en el sistema arcaico de remunerar y subvencionar la ciencia e innovación, manteniendo la cultura de publicar los artículos finales y desfavoreciendo la publicación efectiva de los datos y su reutilización.

En relación con los portales de edición científica, existen páginas de Internet destinadas a la publicación y el acceso científicos totalmente gratuitas tanto para los autores, donde pueden subir sus artículos, como para los lectores, al menos en cuanto a los principales servicios ofrecidos por ellas, tales son por ejemplo: *academia.edu*, *Open Science Framework*²⁶⁸ o *SciELO (Scientific Electronic Library Online, Biblioteca Científica Electrónica en Línea)*²⁶⁹ de importancia primordial para los países de América Latina que une en un sitio común publicaciones online de acceso abierto de determinadas revistas científicas. Por otro lado, *openscienceonline.com* parece una página que no es de la ciencia abierta en el sentido estricto puesto que, aunque no se paga por el acceso a los materiales publicados, sí que se paga por publicarlos²⁷⁰. Sin embargo, hay que tener en cuenta que las iniciativas privadas de este tipo también deben tener su lugar y en estas circunstancias las empresas han de financiar su funcionamiento

²⁶⁷ “The majority of the challenges to reach a functional EOSC are social rather than technical. [...] This is partly based on an archaic reward and funding system for science and innovation, sustaining the article culture and preventing effective data publishing and re-use.” *Realising the European Open Science Cloud. First report and recommendations of the Commission High Level Expert Group on the European Open Science Cloud* (2016), Challenges and General Observations, p. 6.

²⁶⁸ <https://osf.io>

²⁶⁹ <http://www.scielo.org/php/index.php>. El mérito de la plataforma SciELO lo revisa el informe Paker, A.L. (2014). *SciELO – 15 Años de Acceso Abierto: un estudio analítico sobre Acceso Abierto y comunicación científica* emitido bajo el patrocinio de la UNESCO. Recuperado el 03.05.2017 de: <http://www.scielo.org/php/level.php?lang=es&component=44&item=52>.

²⁷⁰ <http://www.openscienceonline.com/home/pricingpolicy>.

para cubrir los costes administrativos y de mantener la infraestructura organizativa y tecnológica. Entonces, hay ciertas expensas indispensables para organizar el proceso editorial, recoger los materiales, redactarlos, evaluarlos y corregirlos, disponer de servidores y mantenerlos técnicamente activos, disponer de derechos y licencias de software básico y profesional, adecuado y actualizado, etc., de modo que para mantener la actividad de este tipo las empresas tengan que disponer de ciertas fuentes de fondos. En estas circunstancias se plantea la cuestión de si hay que insistir rigurosamente en el principio de la publicación y el uso gratis para calificar a una empresa como perteneciente al campo de la ciencia abierta o basta que los pagos correspondientes sean razonables y proporcionados. Sin duda, sin pagos o con pagos justos y justificados estas editoriales y distribuidoras del conocimiento científico rompen los monopolios de las editoriales científicas tradicionales abriendo nuevas oportunidades para los investigadores de varios países o instituciones científicas menos ricos, tanto para mostrar sus logros como para familiarizarse con los logros científicos de otros.

La modalidad de publicar que incluye la financiación externa de la editorial o el pago por parte del autor o la institución a la que pertenece y a cambio de esto ofrece el acceso abierto al lector se llama la vía dorada (*el camino de oro*) hacia el acceso abierto (*gold open access way*). Otra manera de hacer una publicación accesible al público de modo gratuito es, por un lado, publicarla en cualquier editorial con o sin restricciones y remuneraciones, pero mantener los derechos de autoría en tal grado que se pueda incluirla en un repositorio u otro archivo (el portal) para hacerla accesible al público sin cargos. Esta solución se llama *la vía verde (el camino verde)* hacia el acceso abierto y se basa en publicar el artículo en una revista de acceso eventualmente restringido o pagado y después ponerlo adicionalmente en un “autoarchivo”, esta vez con el acceso gratis.²⁷¹

²⁷¹ *La «vía dorada» (publicación en acceso abierto): el pago de los costes de publicación se transfiere de los lectores (a través de la suscripción) a los autores. Estos costes son normalmente sufragados por la universidad o instituto de investigación al que esté afiliado el investigador, o por el organismo que financie los trabajos de investigación. La «vía verde» (autoarchivo): el artículo publicado o el manuscrito definitivo revisado por los pares es enviado por el investigador a un archivo en línea durante,*

Fuera del ámbito europeo ya anteriormente se ha indicado el portal SciELO que es una iniciativa conjunta de los países del espacio hispanohablante basada en la voluntad de las revistas científicas que permiten el acceso abierto a sus ediciones y se adjuntan a dicha plataforma. Aparte, en la zona latinoamericana, hay ejemplos emblemáticos de origen nacional de favorecer el desarrollo de la ciencia libre y abierta, incluso de obligar a las instituciones de investigación a cumplir los requisitos que le correspondan. De tal manera se introdujeron las leyes pertinentes en Argentina y Perú, para dar un par de ejemplos ilustres e instructivos. Aunque son propósitos de vertiente nacional, las repercusiones van mucho más allá del alcance nacional, se piensa en un valor universal del conocimiento y la necesidad de facilitar el acceso a distancia al mundo entero. Además, en estos actos aparecen las definiciones legales de ciertos términos jurídicos cruciales, como *el acceso abierto*.

Entonces, la Ley argentina 26.899 del 13 de noviembre de 2013 sobre Repositorios digitales institucionales de acceso abierto declara que:

los organismos e instituciones públicas que reciben financiamiento del Estado nacional, deberán desarrollar repositorios digitales institucionales de acceso abierto, propios o compartidos, en los que se depositará la producción científico-tecnológica resultante del trabajo, formación y/o proyectos, financiados total o parcialmente con fondos públicos, de sus investigadores, tecnólogos, docentes, becarios de posdoctorado y estudiantes de maestría y doctorado. Esta producción científico-tecnológica abarcará al conjunto de documentos (artículos de revistas, trabajos técnico-científicos, tesis académicas,

antes o después de su publicación. El acceso a este artículo a menudo se retrasa («período de espera») a petición del editor, a fin de que los suscriptores obtengan un beneficio añadido. (COM(2012 401: 5).

entre otros), que sean resultado de la realización de actividades de investigación.

Además, se dicta que:

los repositorios digitales institucionales deberán ser compatibles con las normas de interoperabilidad adoptadas internacionalmente, y garantizarán el libre acceso a sus documentos y datos a través de Internet u otras tecnologías de información que resulten adecuadas a los efectos...

De esta manera, los Estados latinoamericanos están al frente de la fundación efectiva del ambiente propicio al desarrollo de la ciencia abierta, lo apoyan tales iniciativas comunes para toda la región como la citada plataforma SciELO o Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)²⁷² que disponen de colecciones de revistas o libros publicados en otros sitios, a esto se añade la creación de repositorios donde se publican los trabajos originales o datos primarios (en bruto) provenientes de la investigación. Eso se debe a la consciencia de que la accesibilidad pública al conocimiento, como lo recalca la Resolución 753 que establece el Sistema Nacional de Repositorios Digitales, es imprescindible para²⁷³:

... fortalecer las instituciones de investigación y desarrollo mediante la coordinación de esfuerzos y recursos del sistema científico tecnológico, la optimización del uso de sus activos físicos, la socialización de la información, la promoción de la formación del personal, la apropiación pública de los avances de las investigaciones; y contribuir al desarrollo social y productivo y al bienestar de nuestra sociedad.

Se destaca que:

... el acceso público y gratuito a la producción científico-tecnológica contribuye al avance de la ciencia, a la innovación productiva, a la asociatividad y la

²⁷² <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>

²⁷³ Resolución 753 - E/2016 del 10.11.2016 del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva de Argentina por la que se efectúa la Ley 26.899 y se establece el Sistema Nacional de Repositorios Digitales (SNRD).

cultura de la colaboración, al incremento del patrimonio cultural, educativo, social y económico de nuestro país y al avance del conocimiento.

Son las mismas conclusiones y directrices para cada una de las políticas científicas, como lo subraya la antedicha Resolución:

impulsar, fomentar y consolidar la generación y aprovechamiento social de los conocimientos; y el de difundir, transferir, articular y diseminar los mismos.

La mencionada Resolución 753 define de manera universal, plenamente y con precisión el modelo de Acceso Abierto que:

implica que los usuarios de la producción científico-tecnológica pueden, en forma gratuita; leer, descargar, copiar, distribuir, imprimir, buscar o enlazar los textos completos de los artículos científicos, y usarlos con propósitos legítimos ligados a la investigación científica, al desarrollo tecnológico, a la innovación, a la educación o a la gestión de políticas públicas, sin otras barreras económicas, legales o técnicas que las que suponga Internet en sí misma.²⁷⁴

manteniendo que los autores retienen:

el control sobre la integridad de su trabajo y el derecho a ser adecuadamente reconocidos y citados.

De manera semejante la Ley 30035 del 5.6.2013 de la República del Perú que regula el Repositorio Nacional Digital de Ciencia, Tecnología e Innovación de Acceso Abierto constituye que:

²⁷⁴ Lo semejante incluye el Reglamento de la Ley 30035 (Perú) que Regula el Repositorio Nacional Digital de Ciencia, Tecnología e Innovación de Acceso Abierto [Decreto Supremo N° 006-2015-PCM, publicación: El Peruano, sábado, 24 de enero de 2015]: Párrafo 2.1 dice: *Acceso abierto: Uso lícito que confiere un titular de derechos de propiedad intelectual a cualquier persona, para que pueda acceder de manera inmediata y gratuita a una obra, datos procesados o estadísticas de monitoreo, sin necesidad de registro, suscripción, ni pago, estando autorizada a leerla, descargarla, reproducirla, distribuirla, imprimirla, buscarla y enlazar textos completos.* Los detalles de la creación y funcionamiento del Repositorio Nacional Digital de Ciencia, Tecnología e Innovación de Acceso Abierto (ALICIA) se incluyen en la Directiva N° 004-2016-CONCYTEC-DEGC del Consejo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación Tecnológica [Resolución de Presidencia N° 087-2016-CONCYTEC-P] publicada El Peruano, miércoles, 8 de junio de 2016.

información digital resultado de la producción en ciencia, tecnología e innovación (libros, publicaciones, artículos de revistas especializadas, trabajos técnico-científicos, programas informáticos, datos procesados y estadísticas de monitoreo, tesis académicas y similares) ... es de acceso libre y abierto, sin fines de lucro y sin requerimientos de registro, suscripción o pago alguno y está disponible para leer, descargar, reproducir, distribuir, imprimir, buscar o enlazar textos completos; considerando los derechos de autor ...

A estas disposiciones nacionales del entorno latinoamericano específicamente dirigidas a regularizar el acceso abierto al conocimiento científico a través de fundar los repositorios se suma la Ley española 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación²⁷⁵ que las precede temporalmente y cubre todo el ámbito correspondiente, donde destaca el Título III el Capítulo II (Artículos 35-38): *Transferencia y difusión de los resultados de la actividad de investigación, desarrollo e innovación y cultura científica, tecnológica e innovadora* y en este el art. 37 que trata de *la difusión en acceso abierto*. Dicha ley entiende correctamente en el art. 33 que:

el desarrollo de la investigación y [...] la implantación de la innovación [sirven] para estimular la investigación de calidad y la generación del conocimiento y su transferencia, así como para mejorar la productividad y la competitividad, la sociedad del conocimiento y el bienestar social a partir de la creación de una cultura empresarial de la innovación [...] favorecer la diversificación empresarial y la transformación de los resultados de la investigación científica y técnica en desarrollo económico y social sostenible

y expone la necesidad del intercambio recíproco del conocimiento concluyendo en el art. 35 que las políticas públicas deben tomar por objetivo:

la valorización, la protección y la transferencia del conocimiento con objeto de que los resultados de la investigación sean transferidos a la sociedad. En este

²⁷⁵ BOE núm. 131, de 2 de junio de 2011, BOE-A-2011-9617.

mismo contexto se fomentará la transferencia inversa de conocimiento en proyectos liderados por el sector empresarial en colaboración con las entidades de investigación para el desarrollo de objetivos de mercado basados en los resultados de la investigación.

Por último, para que se realicen estos postulados la ley decreta en el art. 37 que se tenga que impulsar:

el desarrollo de repositorios, propios o compartidos, de acceso abierto a las publicaciones de su personal de investigación, y establecerán sistemas que permitan conectarlos con iniciativas similares de ámbito nacional e internacional

se obliga al personal de investigación:

cuya actividad investigadora esté financiada mayoritariamente con fondos de los Presupuestos Generales del Estado hará pública una versión digital de la versión final de los contenidos que le hayan sido aceptados para publicación en publicaciones de investigación seriadas o periódicas [..., además] La versión electrónica se hará pública en repositorios de acceso abierto reconocidos en el campo de conocimiento en el que se ha desarrollado la investigación, o en repositorios institucionales de acceso abierto.

El concepto de la ciencia abierta debe concebirse de la forma más amplia, así se trata no solo del acceso a las publicaciones en las revistas especializadas de resultados y conclusiones científicas de investigaciones financiadas con fondos público sino también hay que buscar el acceso a los datos de investigación en forma bruta recogidos durante ella. Como lo acentúa el Informe del año 2012 titulado *La conservación y reutilización de los datos científicos en España* que resume las iniciativas y los proyectos relevantes para la ciencia abierta en España refiriéndose a la indicada anteriormente Ley 14/2011 de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (Grupo de Trabajo de “Depósito y Gestión de datos en Acceso Abierto” del proyecto RECOLECTA, 2012: 5):

Estos datos de investigación están empezando a reconocerse como una fuente de conocimiento propia e independiente de las publicaciones que pueden emplearse en la validación de los resultados de investigación publicados en artículos, para generar nuevo conocimiento y ser explotados por humanos y máquinas de manera interdisciplinar. Para asegurar esta explotación de los datos, es necesario que estén disponibles y accesibles en la red, de la misma manera que lo están las publicaciones.

En definitiva, actualmente está claro que el acceso a los datos científicos en abierto no se limita a las publicaciones, sino cubre los datos relativos a todo el proceso de investigación desde los datos recogidos sin transformación para que los otros puedan trabajar en ellos y hacer su propia investigación hasta las conclusiones finales enseñadas en un artículo o una monografía, además se refiere a la oportunidad tanto de revelar los datos / resultados como de acudir a ellos por parte del otro investigador o cualquier persona. A este escenario se añade la utilización libre de estos datos / resultados, es decir, el consentimiento para reusarlos, explotarlos o aplicarlos sin ánimo de lucro, con fines de la producción continua del conocimiento, incluso fines comerciales. En términos breves, que el conocimiento se haga el dominio público de acceso y uso libre sin restricciones a cada persona.

En el concepto del conocimiento libre y abierto se hace universal (mundial) por la misma naturaleza de las herramientas y los atributos digitales que lo subyacen. Entonces incluso si la investigación se financia de los fondos nacionales, el acceso a sus resultados se hace común, así el conocimiento automáticamente se internacionaliza. La intención de gestores correspondientes de que la ciencia abierta alcance la difusión ilimitada es transparente en las declaraciones. De tal modo se lo enuncia en relación con la realización de la Nube Europea de Ciencia Abierta (EOSC):

Debe permitirse el acceso confiable a los servicios, sistemas y la reutilización de datos científicos compartidos a través de las disciplinas y las fronteras sociales y geográficas. [...] Aunque el EOSC es realmente una infraestructura europea,

*pero debe ser globalmente interoperable y accesible.*²⁷⁶ [...] Consideramos la EOSC como la contribución europea a la comunidad científica global. Cuando usamos este término nos referimos al concepto de un bien público común que permite la reutilización, la gestión y la publicación de datos. Hacemos hincapié en que los proveedores de servicios tanto públicos como privados pueden participar en este proyecto colectivo²⁷⁷.

Así se manifiestan las posturas esperanzadoras que confirman que es posible tomar la responsabilidad universal por la comunidad mundial en su totalidad, incluso desde una perspectiva local. En dicho caso se trata de compartir y divulgar el conocimiento gratuitamente, aunque se ha pagado por su obtención. Eso abre una visión de cooperación universal basada en reciprocidad cuyas implicaciones van mucho más allá del libre flujo del conocimiento para los investigadores profesionales, el efecto secundario inmediato es que se favorezca la nivelación de desigualdades. El método de compartir el conocimiento y, en general, de facilitar el acceso a los contenidos de cultura parece mucho más efectivo que cualquier financiación directa dirigida a los pueblos y los países desventajados. Luego, no hay nada mejor que abrir el acceso al conocimiento para que se den las oportunidades del desarrollo socioeconómico a todas las poblaciones desfavorecidas por el mundo, ni siquiera la puesta a disposición de los fondos enormes por las organizaciones internacionales influye en la igualdad de oportunidades de tal modo que lo haga la difusión universal del conocimiento.

Tan amplio tipo de accesibilidad es posible solo a partir de la introducción de tecnologías digitales y el espacio virtual, por eso un punto clave para progresar en esta

²⁷⁶ “It should enable trusted access to services, systems and the re-use of shared scientific data across disciplinary, social and geographical borders. [...] The EOSC is indeed a European infrastructure, but it should be globally interoperable and accessible” *Realising the European Open Science Cloud. First report and recommendations of the Commission High Level Expert Group on the European Open Science Cloud* (2016), Executive Summary, p. 6.

²⁷⁷ “Commons: we consider the EOSC as the European contribution to a global scientific commons. When we use this term we refer to the concept of a common public good that allows data publication, stewardship and re-use. We emphasise that public as well as private service providers can participate in this commons.”, *Realising the European Open Science Cloud...*, *ibidem*, p. 19.

idea es fomentar la creación de e-infraestructuras adecuadas que, a su vez, exigen una financiación sólida para establecerlas y después para mantener su funcionamiento sostenible a largo plazo. Sería un mundo ideal donde todos los repositorios, bibliotecas y editoras digitales destinadas para la publicación científica y el acceso a los contenidos fuesen gratis para ambas partes: el autor y el lector. Por eso tendrían que ser subvencionados desde determinadas fuentes financieras, usualmente públicas, aquí está el papel de las políticas públicas (la legislación nacional) e internacionales, sobre todo las de tal organización como es la UE.

Queda la tarea de encontrar el equilibrio justo entre por una parte la protección de los derechos relevantes a los datos/resultados de investigación y en consecuencia el tema de la recompensa por su uso y, por otra parte, el acceso abierto a ellos. Así es la materia de gran envergadura para pensar el concepto no solo ideal de la ciencia abierta sino también un asunto mucho menos ambicioso: el progreso ordinario socioeconómico y tecnológico que no sería posible sin el acceso y el uso relativamente sencillo de los datos y las publicaciones respectivas, teniendo en cuenta las restricciones del derecho de autor y de la propiedad intelectual y la remuneración por el acceso y la aplicación de ellos. Lo mismo se subrayó en la conferencia *IPR, Technology Transfer & Open Science - Challenges and opportunities (Los derechos de la propiedad intelectual, la transferencia de tecnología y la ciencia abierta – desafíos y oportunidades)* que tuvo lugar el día 9 de marzo de 2017 en Bruselas, bajo el patrocinio de la Comisión Europea (Joint Research Centre (JRC) y DG Research and Innovation). Como lo establecieron los organizadores, se partió de la fórmula que “la ciencia abierta no significa la ciencia gratuita”, luego se considerará “cómo acercarse al intento de buscar un balance correcto entre los datos protegidos y el acceso libre a la información.”²⁷⁸ De esta manera, al tema de los costes relativos a la difusión y a la lectura de publicaciones académicas o

²⁷⁸ “Starting from the idea that Open Science does not mean 'free science', the participants will discuss the approaches to striking a good balance between protected data and open access to information.”, <https://ec.europa.eu/jrc/communities/community/tto-circle-community/event/ipr-open-science-and-technology-transfer>. Acceso el 02.05.2017.

científicas se suman las cuestiones del derecho de autor u otros derechos correspondientes a la propiedad intelectual de las publicaciones mismas y sus partes o los resultados científicos que ellas revelan. Parece que durante la Conferencia por primera vez se mandó desde tal altura el enunciado bastante diáfano que, aunque

*Los derechos de la propiedad intelectual tienen un papel claro por desempeñar, como una forma de incentivar los esfuerzos individuales e inducir la inversión empresarial. Sin embargo, si bien los derechos de la propiedad intelectual seguramente aparecen como un instrumento vital para la investigación y la innovación, su papel no debe ser exagerado.*²⁷⁹

Además, no sorprende que en el contexto de los cambios que se están produciendo debido a la aplicación de las tecnologías avanzadas de conexión e intercambio de informaciones y el traspaso hacia la SIC se subraye que:

La ciencia abierta representa un nuevo enfoque en el proceso científico basado en el trabajo cooperativo y las nuevas formas de distribución del conocimiento utilizando tecnologías digitales y nuevas herramientas de colaboración; promueve el intercambio de datos efectivo (es decir, lo más inmediato y lo más amplio posible) y un intercambio dinámico de ideas y resultados de investigación. En comparación con los métodos tradicionales de investigación en los que la publicación y la patentación prevalecen sobre la colaboración y el intercambio, la ciencia abierta favorece los esfuerzos conjuntos y el compartir los resultados tan pronto y extendido como sea posible para comprometerse con las comunidades más amplias y hacer frente a los desafíos mundiales de manera más eficaz. Como consecuencia, principalmente ningún conocimiento o

²⁷⁹ “IPR have a clear role to play, as a way to incentivise individual efforts and to induce corporate investment. However, while IPR certainly appear as a vital instrument for research and innovation, its role should not be overstated.” Acceso el 02.05.2017 en: <https://ec.europa.eu/jrc/communities/community/tto-circle-community/event/ipr-open-science-and-technology-transfer>.

*descubrimiento es completamente "poseído", más bien compartido para beneficiar a la sociedad en general.*²⁸⁰

Las declaraciones citadas desde el nivel de la propia CE supuestamente marcan un punto de inflexión que se está vislumbrando con respecto al trato de los derechos de autor y propiedad intelectual en el contexto de la libertad del conocimiento, aunque aún no tienen el carácter de directrices o políticas oficiales de la CE. No obstante, están abriendo un espacio de reflexión a base de tales preguntas planteadas²⁸¹:

¿Qué cantidad y tipo de protección de los derechos de la propiedad intelectual son deseables en un contexto de ciencia abierta?

¿Necesitamos unas directrices adicionales para aplicar el actual marco de los derechos de la propiedad intelectual?

Al referirse a lo más actual, siguiendo los hilos conductores marcados por los organizadores, los participantes de la conferencia *IPR, Technology Transfer & Open Science - Challenges and opportunities* advirtieron que no todos los conceptos que se estaban implementando en las disposiciones jurídicas comunitarias proyectadas se alinearían con la idea de la ciencia abierta. Hay una multitud de trabajos legislativos en curso que puedan marcar el futuro de la ciencia abierta, por tanto, se debe introducir con cautela todas las regulaciones que puedan obstaculizar el progreso del acceso y el uso libre de datos y resultados científicos, teniendo a la vista la idea del acceso pleno y abierto al conocimiento. Lucie Guibault mencionó dos campos de labores legislativos

²⁸⁰ “Open Science represents a new approach to the scientific process based on cooperative work and new ways of knowledge distribution using digital technologies and new collaborative tools; it promotes effective data sharing (i.e as early and broad as possible) and a dynamic exchange of ideas and research results. Compared to traditional research methods where publishing and patenting take precedence over collaboration and sharing, Open Science favours joint efforts and sharing results as early and as widely as possible to engage with broader communities and tackle global challenges more effectively. As a consequence, in principle, no knowledge or discovery is completely "owned", rather shared to benefit society at large.” Acceso el 02.05.2017 en: <https://ec.europa.eu/jrc/communities/community/tto-circle-community/event/ipr-open-science-and-technology-transfer>.

²⁸¹ “... what amount and type of IPR protection is desirable in an Open Science context? Do we need additional guidance to apply the current IPR framework?”, íbidem.

particularmente sensibles a este tema²⁸². Se trata del esbozo principal del ajustamiento del derecho de autor al marco de las tecnologías avanzadas: Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital fechada el 14.09.2016 [COM/2016/0593 final]. A esta propuesta se añade, según el comentarista, otro documento de gran importancia para el desarrollo del ámbito propicio a la ciencia abierta del carácter del informe, la Comunicación *La construcción de una economía de los datos europea* [COM(2017) 9 final de 10 de enero de 2017].

Aparte de las regulaciones específicas para el marco estrictamente académico-científico acerca de la divulgación plena y libre de los datos / resultados que se recolecten o produzcan en este campo en las investigaciones financiadas de fondos públicos, habría que añadir que las mismas administraciones públicas recogen y analizan varios tipos de datos de significado y utilización importantes, al menos potencialmente, para las actividades fuera del puro plano estatal / administrativo. Estos datos de distinta índole – estadística, geofísica, meteorológica, urbanística, económica o social – se guardan de forma bruta, es decir, sin elaboración, o constituyen un fundamento para los informes y análisis más profundos y sofisticados preparados originalmente para los fines administrativos. No obstante, tanto las bases de datos como varios documentos que se producen a base de ellos a menudo podrían servir a los entes externos: las empresas a fin de crear aplicaciones comerciales o tomar decisiones, los profesionales, ciudadanos, profesores y académicos, como recursos educativos, incluso a los investigadores, para sus propios análisis científicos. Así, los preceptos jurídicos acerca del acceso a y la reutilización de información pública juegan un papel de primera importancia.

²⁸² Dr. Lucie Guibault, “Impact of IPRs on TDM”, JRC and DG Research & Innovation Workshop (Brussels), 9 March 2017. Recuperado de: <https://ec.europa.eu/jrc/communities/community/tto-circle-community/event/ipr-open-science-and-technology-transfer> el 03.05.2017.

3.3.2.Reutilización de la información pública

El alcance y tipo de información pública sujeto al derecho de acceso a la información acertadamente y completo define el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos titulado *El Derecho de Acceso a la Información en el Marco Jurídico Interamericano* (2012: 8). Así, es la información

que está bajo custodia, administración o tenencia del Estado; la información que el Estado produce o que está obligado a producir; la información que está bajo poder de quienes administran los servicios y los fondos públicos, únicamente respecto de dichos servicios o fondos; y la información que el Estado capta, y la que está obligado a recolectar en cumplimiento de sus funciones. [Además, es] toda la información significativa, cuya definición debe ser amplia, incluyendo toda la que es controlada y archivada en cualquier formato o medio.

Las administraciones públicas de cada nivel organizacional y carácter siguiendo sus funciones previstas por las disposiciones jurídicas correspondientes u otros organismos cuando trabajan por su encargo recogen y conservan un montón de informaciones de distinta índole y origen, las analizan, compendian y producen a base de ellas, con el fin primordial de cumplir sus papeles, todo tipo de conclusiones o informes de mucho valor informacional, cognitivo, científico, educacional o comercial.

Al esbozar, a continuación, la significación de la accesibilidad de la información pública como la fuente de recursos para la investigación científica, la educación y la actividad económica, no se abordarán las cuestiones jurídicas y doctrinales acerca del trato del acceso a la información pública como un derecho fundamental en el Estado democrático de derecho²⁸³ ni desde el prisma de los derechos humanos. Tampoco se explorará detalladamente el amplio campo de las llamadas e-administraciones o del e-

²⁸³ Lo analiza detalladamente Fuenmayor Espina (2004) en *El Derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública. Análisis jurídico y recomendaciones para una propuesta de ley modelo sobre el derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública.*

gobierno, aunque hace falta reconocer su peso para el cumplimiento de los derechos básicos del ciudadano. Entonces, las consideraciones sucesivas acerca del papel de la información pública se centrarán en una dimensión pragmática con el enfoque en las TIC y la consolidación de la SIC, acentuando el hecho de que deban establecerse unas herramientas tecnológicas eficaces del acceso a los datos u otros contenidos públicos y un ambiente legislativo propicio a la reutilización amplia, libre y supuestamente gratuita de ellos. En términos breves, se trata de facilitar el hecho de acceder, descargar, explotar, transformar o compartir estos datos y mostrar al público el contenido resultante de su elaboración, sin mirar el fin lucrativo o no.

El mérito de este tipo de contenidos de información y conocimiento que permanecen en las manos de las administraciones públicas va mucho más allá de la mera explotación para las tareas estatales y administrativas. Como estas actividades se financian del presupuesto al que aportan los ciudadanos pagando impuestos y otro tipo de gravámenes, el concepto del acceso a la información pública ya no se puede limitar al acceso a los registros y a una información en función de rendición de cuentas por parte de los organismos gubernamentales, etc. Es más, ya no basta que se ponga al descubierto toda la información guardada por las administraciones de modo desglosado, agregado o transformado en forma de informes. Es que la concesión del uso libre y principalmente gratuito de los conjuntos de datos e informes de cualquier tipo elaborados a base de estos datos otorgada a todo ciudadano o ente se ha hecho evidente por la razón elemental de la propia función pública que en el mundo moderno no se puede reducir exclusivamente a las tareas de pura gestión administrativa. A lo largo del discurso siguiente se dejarán a un lado las consideraciones relativas a las restricciones razonables y bien entendidas relacionadas con el acceso a la información pública que se enraízan en el interés general o particular entre cuyos ejemplos se pueden indicar la seguridad nacional o la protección de datos de carácter personal. La mayoría de la información pública accesible no encaja en estos campos o se deshace de este carácter.

La Unión Europea emitió las propias regulaciones en forma del Reglamento 1049/2001 de 30 de mayo de 2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión y para extender dicho derecho al reuso de los documentos se dictó la Decisión 2011/833/UE de la Comisión de 12 de diciembre de 2011 relativa a la reutilización de los documentos de la Comisión²⁸⁴.

La Decisión 2011/833/UE entiende acertadamente la importancia de la información para el crecimiento económico y para el aprovechamiento de las oportunidades que aparecen gracias a las tecnologías avanzadas aplicadas a la recolección y el procesamiento de la información y del conocimiento. Para alcanzar el objetivo de estimular el incremento socioeconómico comunitario deben ponerse los contenidos correspondientes a disposición del público, incluidas las entidades comerciales e industriales, para el uso libre de cualquier fin. Por tanto, se subraya que:

La Comisión y las demás instituciones tienen en su poder multitud de documentos de todo tipo que podrían reutilizarse en productos y servicios de información con valor añadido y que constituirían un valioso recurso tanto para las empresas como para los ciudadanos.

La Decisión define los términos clave, también de referencia a la hora del uso de la información pública que pertenece a otras administraciones nacionales, regionales o internacionales, de este modo:

«documento»: cualquier contenido, sea cual sea el soporte (escrito en papel o almacenado en forma electrónica o como grabación sonora, visual o audiovisual) o cualquier parte de tal contenido;

«reutilización»: el uso de documentos por personas físicas o jurídicas con fines comerciales o no comerciales distintos del propósito inicial que motivó su producción [se trata del hecho de que el uso de la información pública dentro de las administraciones, incluso si ella proviene del otro organismo en la estructura

²⁸⁴ Ella deroga la Decisión anterior 2006/291/CE, Euratom de 7 de abril de 2006, relativa a la reutilización de información de la Comisión.

organizacional de estas, o para los fines impuestos por las administraciones a terceros no se percibe como reutilización].

La propia Decisión 2011/833/UE marca el más amplio alcance de su aplicación, incluyendo lo más importante desde la perspectiva del investigador científico o cualquier interesado, a saber, el derecho a la reutilización cubre todo tipo de datos, además de estudios e informes. Esto se puede derivar del art. 2 que constituye:

La presente Decisión se aplicará a documentos públicos cuya autoría corresponda a la Comisión o a entidades públicas o privadas que actúen en su nombre y que:

a) hayan sido publicados por la Comisión o, en su nombre, por la Oficina de Publicaciones, a través de publicaciones, páginas web u otros instrumentos de difusión, o

b) no hayan sido publicados por razones económicas o por razones prácticas de otro tipo; por ejemplo, estudios, informes y otros datos.

Se puede ver que con respecto a los documentos incluso no publicados a los cuales se refiere el párrafo indicado con la letra b) asimismo se otorga el derecho al acceso y a la reutilización. Sin embargo, ya que su provisión no es automática a través de oficinas o portales, hay que solicitar su entrega, en este caso se pueden aplicar ciertas tasas correspondientes a su preparación o adaptación, lo regula el art. 9 de la Decisión. Si no hay restricciones, no hace falta solicitar el permiso para la reutilización,

Con todo, está claro que los estudios, informes u otros documentos incluso más sofisticados o de alto nivel del análisis independientemente de si son o no son publicados se someten a la utilización libre, siempre que no haya razones justificadas e indicaciones claras que digan lo contrario arraigándose en la Decisión. Además, se puede interpretar que la publicación de un documento, texto, imagen u otro tipo o el conjunto de datos en las páginas de la Comisión supone que estos contenidos se rigen por la Decisión y si esto se hace sin manifestar claramente las restricciones del uso (es la responsabilidad de la Comisión indicarlas), se pueden reutilizar de manera

determinada por esta Decisión, para las finalidades comerciales, o no comerciales, específicamente científicas. A modo de ejemplo, siguiendo este razonamiento se ha citado en este trabajo hace un instante la imagen de *Open Science Monitor* de la página de la Comisión titulada Research & Innovation / Open Science teniendo en cuenta que la nota al pie de página acerca de su elaboración no indica ninguna restricción relativa a la reutilización. Además, se precisa que *Open Science Monitor* se ha financiado con fondos públicos. Es el ejemplo de cómo los contenidos en posesión de las administraciones públicas pueden servir directamente a la investigación científica y que el derecho a su libre reuso resulta imprescindible para facilitar las actividades correspondientes a la educación, la investigación y el negocio.

Es enorme el potencial socioeconómico, educativo y científico que se encierra en los conjuntos de datos recolectados por las administraciones públicas en el desempeño de sus funciones, así como tramitados y guardados por ellas, igualmente en su producción documental y analítica. Esta circunstancia inclina a que toda esta información se ponga a disposición del público para que juegue en beneficio del ciudadano y la prosperidad común, sin obstáculos para el reuso y supuestamente de forma gratuita, ya que todo ciudadano aporta a través de impuestos al mantenimiento de las actividades de las administraciones públicas.

De revisar la legislación y los comentarios doctrinales correspondiente al acceso a y la reutilización de la información pública se puede observar un palpable cambio en la comprensión del valor de los datos que están en el poder de las administraciones públicas. Anteriormente, al acceso a la información principalmente se adjudicaba la función del cumplimiento del requisito de la transparencia democrática ante las actividades de los poderes estatales. Así, al facilitar la difusión de la información pública se cumple la condición intrínseca del Estado democrático de derecho de dejar el control sobre las actuaciones del Estado al pueblo. Aunque, obviamente, continúa el desempeño de tal papel del acceso a la información pública, a este se añade algo más, se expone fuertemente que el mérito de la información de la que disponen las

administraciones descansa en el valor de ella como el conocimiento que pueda servir eficazmente al beneficio incluso económico del ciudadano y otras entidades privadas, aparte por supuesto de su significado para las actividades científicas, educativas y muchas otras fuera del ámbito comercial.

Entonces, el requisito de poner al descubierto todos los datos, excepto las limitaciones claras consagradas por las disposiciones legales, es la obligación de los organismos públicos, cualquiera que sea su naturaleza, que se inscribe en las políticas del impulso socioeconómico y el fomento del bienestar individual y colectivo. Gracias al desarrollo de las TIC la escala de recogida de los datos como la de su procesamiento y la producción de distintos análisis a base de ellos han incrementado enormemente. Es el efecto de la introducción de las herramientas que permiten su fácil transmisión a las administraciones por parte de terceros. Por otro lado, a esto se suma el comfortable acceso del público a los datos debido al desarrollo de las interfaces tales como las páginas web y las aplicaciones.

En síntesis, ha aparecido una oportunidad única de que estos datos y otros materiales elaborados por las administraciones se externalicen y aporten a la actividad económica o de cualquier otra vertiente fuera del ámbito de tareas públicas. La modificación del pensamiento acerca del uso de la información pública y sus recopilaciones se alinea con la evolución socioeconómica que atraviesa la comunidad humana y que la mueve hacia un nuevo tipo de la organización, la estructura y los valores por los que se rige, la Sociedad de la Información y del Conocimiento, cuyo componente integral es, como lo indica la propia denominación, el conocimiento en el sentido más extenso posible y el desarrollo de la economía basada en ello – la economía digital – la economía de datos. Luego, la legislación no puede alejarse de las tendencias socioeconómicas y culturales que persiguen el avance tecnológico, ha de adjuntarse a ellas para estimularlas hacia el pleno aprovechamiento de las oportunidades que se den.

Al tomar en consideración el interés socioeconómico de los ciudadanos de los Estados miembros de la UE y el bien colectivo de toda la población europea se pretende

unificar las condiciones de la reutilización de la información del sector público a través de la implementación de las disposiciones declaradas en la Directiva 2003/98/CE de 17 de noviembre de 2003. En el preámbulo de la Directiva se está filtrando la consciencia de que (Preámbulo 4 y 3 respectivamente):

El sector público recoge, produce, reproduce y difunde una amplia gama de información relativa a numerosos ámbitos, por ejemplo información social, económica, geográfica, meteorológica o turística y sobre empresas, patentes y educación.

Así,

Los contenidos digitales desempeñan un papel importante en esta evolución [hacia la sociedad de la información y del conocimiento]. La producción de contenidos ha dado lugar durante los últimos años, y sigue haciéndolo actualmente, a un fenómeno de rápida creación de empleo. La mayor parte de estos puestos de trabajo los crean pequeñas empresas emergentes. Una más amplia posibilidad de la reutilización de documentos del sector público debe permitir, entre otras cosas, a las empresas europeas aprovechar su potencial y contribuir al crecimiento económico y a la creación de empleo.

Desde la perspectiva de esta tesis una de las referencias más llamativas es la al *derecho al conocimiento* que aparece en la Directiva. De esta manera se va más allá del simple acceso a la información que se hace un condicionante imprescindible para el cumplimiento del derecho más fundamental y amplio *el derecho al conocimiento*. Entonces se enuncia que (Preámbulo 16):

La publicidad de todos los documentos de libre disposición que obran en poder del sector público —referentes no sólo a los procedimientos políticos, sino también a los judiciales y administrativos— es un instrumento esencial para el desarrollo del derecho al conocimiento, que constituye un principio básico de la democracia.

El acto define el término *documento* de manera siguiente: (Preámbulo 11 / Artículo 2.3)

[es] cualquier contenido sea cual sea el soporte (escrito en papel o almacenado en forma electrónica o como grabación sonora, visual o audiovisual) o cualquier parte de tal contenido. [...] Abarca todas las formas de representación de actos, hechos o información, y cualquier recopilación de los mismos, independientemente del soporte, conservados por los organismos del sector público.

Lo significativo de la regulación es que se destaca que el acceso a la información y las condiciones de su reutilización deban ser tanto equitativos, proporcionados y no discriminatorios, como factibles. A este fin se propone que (Preámbulo 23 / Artículo 9):

Los Estados miembros deben asegurar la existencia de dispositivos prácticos que ayuden a los reutilizadores en su búsqueda de documentos para su reutilización. Listados, de acceso en línea preferentemente, de los principales documentos (documentos que se reutilizan ampliamente, o que pueden ser reutilizados ampliamente) y portales conectados a listados descentralizados constituyen ejemplos de los dispositivos prácticos mencionados.

Los Estados miembros crearán dispositivos prácticos que faciliten la búsqueda de los documentos disponibles para su reutilización, tales como listados de documentos principales con los metadatos pertinentes, accesibles, siempre que sea posible y apropiado, en línea y en formato legible por máquina, y portales conectados a los listados descentralizados. En la medida de lo posible, los Estados miembros facilitarán la búsqueda lingüística de los documentos en varios idiomas.

El conjunto de disposiciones jurídicas dedicadas a la accesibilidad de los datos y recursos de carácter público se inscribe, por un lado, en el concepto del acceso técnico / tecnológico (páginas web, aplicaciones, herramientas de búsqueda y de descarga), y, por otro lado, en cuanto a la obligación de poner a disposición del interesado todo tipo de contenidos y el permiso de reutilización, estos requerimientos encajan en el concepto del acceso “material”, el acceso abierto a los contenidos.

Al perseguir el principio de que toda la información pública, que no se encuentre explícitamente dentro del ámbito de alguna de las excepciones claramente determinadas, es reutilizable tanto para fines comerciales como no comerciales, lo propone la Comunicación titulada *Datos abiertos. Un motor para la innovación, el crecimiento y la gobernanza transparente* (COM(2011) 882: 9), añadiendo que se amplíe el ámbito de aplicación de la Directiva 2003/98/CE para incluir bibliotecas, archivos, museos y bibliotecas universitarias.

En España este campo está regulado por la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, mediante la que se han implementado en el ordenamiento jurídico español las disposiciones de la Directiva 2003/98/CE. En el preámbulo de dicha ley se reconocen ambos aspectos que dan la razón al acceso a la información pública ya descritos más arriba:

La información generada desde las instancias públicas, con la potencialidad que le otorga el desarrollo de la sociedad de la información, posee un gran interés para las empresas a la hora de operar en sus ámbitos de actuación, contribuir al crecimiento económico y la creación de empleo, y para los ciudadanos como elemento de transparencia y guía para la participación democrática.

Está claro que las regulaciones tanto de la Directiva como, en el caso concreto español, de la ley 37/2007 tienen por objetivo extender el ya existente derecho cívico al acceso a los documentos públicos, como lo explica el mismo preámbulo de dicha ley:

[hasta] el marco de regulación básico para la explotación de la información que obra en poder del sector público, en un marco de libre competencia, regulando las condiciones mínimas a las que debe acogerse un segundo nivel de tratamiento de la información que se genera desde las instancias públicas.

Ambos actos, la Directiva 2003/98/CE y la Ley 37/2007, subrayan que la introducción en el orden jurídico del derecho a la reutilización de los contenidos de documentos y los datos que obran en las manos de las administraciones públicas de distinto nivel,

básicamente libre y gratuita, con fines comerciales o no comerciales, con el enfoque en su puesta a disposición de forma digitalizada y en el acceso a través de los medios electrónicos (páginas de Internet y aplicaciones útiles) se inscribe en un proyecto de gran alcance, a saber, el facilitar el desarrollo de la sociedad de la información. A fin de hacerlo realidad se acentúa que (Preámbulo / Artículo 5.1 de la Ley):

Para incrementar las posibilidades de reutilización, las Administraciones y organismos del sector público deben procurar ofrecer los documentos por medios electrónicos en los formatos o lenguas preexistentes.

Además (art. 4.5 de la Ley):

Las Administraciones y organismos del sector público facilitarán mecanismos accesibles electrónicamente que posibiliten la búsqueda de los documentos disponibles para su reutilización, creando sistemas de gestión documental que permitan a los ciudadanos la adecuada recuperación de la información, tales como listados, bases de datos o índices y portales que enlacen con listados descentralizados.

Al resumir las diferentes declaraciones de la ley mencionada se puede ver que la legislación relevante para el uso libre de la información pública se acoge a una idea progresista que introduce el derecho al conocimiento como un principio básico de la democracia y al mismo tiempo es el que estimula el desarrollo de la SIC y aporta al incremento de la e-economía, la economía de datos y del conocimiento contribuyendo de esta manera al bienestar del ciudadano.

A las afirmaciones acerca del fomento de la e-infraestructura relevante para el acceso y la utilización de la documentación conservada por las administraciones públicas se añaden otras iniciativas muy concretas que atañen al desarrollo de la comunicación con los organismos públicos por las vías electrónicas²⁸⁵. Así, desde la

²⁸⁵ Con detalles en el contexto amplio legislativo comunitario y español el tema lo estudia Hernández Godínez en su tesis doctoral *El acceso a la información pública: evolución y consolidación de un derecho fundamental de nueva generación* (2010).

Unión Europea se ha emitido la Directiva 2016/2102 sobre la accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles de los organismos del sector público que hace también referencia al concepto del libre acceso y utilización de los recursos que se hallan en las manos públicas declarando que una de la tareas de los gobiernos es incentivar a los mercados de contenidos en línea ofreciendo la información del sector público, lo que pueda aportar enormemente al crecimiento de los servicios en línea innovadores (Preámbulo a la Directiva 2016/2102, ítem 4). Para conseguir esa meta es de gran importancia que se asegure y mejore la accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles de los organismos del sector público a los usuarios, también teniendo en cuenta los derechos de las personas con discapacidad. Entonces, el propósito central de la Directiva es que (art. 4):

los organismos del sector público tomen las medidas necesarias para aumentar la accesibilidad de sus sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles, haciéndolos perceptibles, operables, comprensibles y robustos.

Las repercusiones de la regulación que tiende a implementar la Directiva 2016/2102 por la que se garantiza el acceso universal a los recursos públicos son de mucho significado para todo ciudadano, ya que entre otros objetivos y materias ella concierne también a los bienes del patrimonio que son bienes de propiedad pública o privada que presentan un interés histórico, artístico, arqueológico, estético, científico o técnico y que forman parte de colecciones conservadas por instituciones culturales como bibliotecas, archivos y museos. Aunque por la variedad de formatos de recursos de este tipo no se puede a veces establecer el acceso digital universal, la mayoría de ellos puede hacerse asequible a distancia, luego puede servir al ciudadano para el desarrollo personal o fines formativos o a las entidades para los fines económicos. El avance en la e-accesibilidad, se trata de la digitalización de contenidos, datos, formularios y procedimientos, del establecimiento de los sitios web y el desarrollo y la puesta a disposición del público de las aplicaciones a través de las cuales sea posible acudir a estos sitios no solo por medio del ordenador sino también utilizando teléfonos móviles u otros dispositivos, favorecen

la accesibilidad de todo tipo de contenidos guardados por las administraciones que gozan de mucho valor económico y formativo.

Aparte, la misma e-accesibilidad de los servicios públicos permite a los ciudadanos comunitarios que residen en otros países fuera del país de origen o circulan entre ellos por razones económicas, empresariales o turísticas mantener el acceso a distancia a los servicios de país de origen o donde han emprendido cualquier actividad que requiera tal acceso. Es lo que adicionalmente aporta a la movilidad sencilla y cómoda dentro de la UE, puesto que con las infraestructuras adecuadas los ciudadanos obtienen servicios e información que (Preámbulo a la Directiva 2016/2102, ítem: 11):

[facilite] su vida diaria y el disfrute de sus derechos en toda la Unión, especialmente de su derecho a circular y residir libremente en el territorio de la Unión, de su libertad de establecimiento y de su libertad de prestación de servicios.

Además, se introducen las medidas oportunas (Preámbulo a la Directiva 2016/2102, ítem: 18):

[para] proporcionar a los ciudadanos europeos una mejor calidad de vida mediante, por ejemplo, un acceso más fácil a los servicios públicos y a los contenidos culturales.

Todas estas oportunidades fomentan la consolidación económica y cultural del continente. La finalidad de las disposiciones respectivas es que se consiga la accesibilidad plena y real de los contenidos y los servicios en su totalidad ofrecidos por los sitios web, incluido el acceso a través de los dispositivos móviles, luego (Preámbulo a la Directiva 2016/2102, ítem: 19) se entiende que:

[se trata de] la información tanto textual como no textual, los documentos y formularios que se pueden descargar, así como las formas de interacción bidireccional, como el tratamiento de formularios digitales y la cumplimentación de los procesos de autenticación, identificación y pago.

Las normas de la Directiva antedicha extienden y enriquecen las medidas de apoyo y financiación relativas al desarrollo de las TIC y de la accesibilidad de los servicios y recursos establecidas ya antes por los Reglamentos 1303/2013 y 1304/2013 que dedican una parte a estas cuestiones.

Se puede incluso apostar por el hecho de que las administraciones públicas se hagan una cuna de la promoción de soluciones digitales frente a toda la sociedad, influyendo positivamente en la economía, la educación o la investigación. Es que las administraciones disponen de la fuente de fondos públicos relativamente fáciles para encauzarlas a dichas finalidades. Esta actitud la acepta la Comunicación COM(2010) 743 titulada *Plan de Acción Europeo sobre Administración Electrónica 2011-2015. Aprovechamiento de las TIC para promover una administración pública inteligente, sostenible e innovadora*, donde se declara que (página 5):

Se trata de incrementar la capacidad de ciudadanos, empresas y otras organizaciones para comportarse proactivamente en la sociedad a través del uso de nuevas herramientas tecnológicas.

Entonces no sorprende, como lo explica la Comunicación, que convenza el planteamiento de que el propósito dirigido a que (páginas 3-4):

las administraciones tienen que prestar unos servicios públicos mejores utilizando menos recursos [y ...] aportar formas nuevas y mejores de entrar en contacto con los ciudadanos [teniendo en cuenta que] La aparición de tecnologías innovadoras tales como las «arquitecturas orientadas al servicio» (SOA) o las «nubes» de servicios, junto con unas especificaciones más abiertas que facilitan la puesta en común, la reutilización y la interoperabilidad refuerzan la capacidad de las TIC para desempeñar un papel clave en esta búsqueda de la eficiencia en el sector público.

coincide con

el esfuerzo [...] por promover una economía inteligente, sostenible e integradora para la Unión Europea, según se bosqueja en la estrategia Europa

2020, [y] el presente Plan de acción contribuye al logro de dos objetivos clave de la Agenda Digital para Europa.

Hay un aspecto esperanzador en el Plan puesto que desde el principio se figuran las fundamentales características de la e-infraestructura, tales como la interoperabilidad y la reutilización de sus elementos técnicos básicos (página 5), lo que se puede entender como un intento de poner el código fuente al descubierto. Tanto *el Plan de Acción Europeo sobre Administración Electrónica 2011-2015* como su sucesor *el Plan de Acción sobre Administración Electrónica de la UE 2016-2020. Acelerar la transformación digital de la administración* [COM(2016) 179] ponen un mayor hincapié en la reutilización de la información del sector público subrayando que [COM(2010) 743: 7]:

La información que posee el sector público constituye una auténtica mina de oro. Muchos de los datos que recopilan las autoridades públicas no están siendo utilizados, o lo están siendo solo para una finalidad concreta. La apertura de los datos públicos no personales (geográficos, demográficos, estadísticos, ambientales, etc.), en particular si se facilitan en un formato legible por ordenador, permite a los ciudadanos y las empresas encontrar nuevas maneras de utilizarlos y crear productos y servicios nuevos e innovadores.

y consecuentemente [COM(2016) 179: 12-13]:

[...] al abrir los servicios y los datos del sector público y al facilitar su reutilización por terceros respetando debidamente el principio de «fiabilidad y seguridad», las administraciones públicas pueden fomentar nuevas oportunidades de conocimiento, crecimiento y empleo. [...] Los ciudadanos y las empresas demandan cada vez con mayor intensidad un acceso a datos de alta calidad, interoperables y reutilizables para poder prestar nuevos servicios, en concreto, en el ámbito de los datos espaciales. [...] Entre otras iniciativas nuevas podrían incluirse la recopilación de datos de cualquier fuente y la

reutilización de los servicios y datos del sector público para la creación de servicios nuevos e innovadores por parte de otros agentes (públicos o privados).

En España esta esfera se rige por la Ley 11/2007 de 22 de junio de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos²⁸⁶. Dicha Ley se centra en regular la comunicación por los medios electrónicos dentro de las administraciones y entre el ciudadano y las anteriores, en facilitar el acceso de los ciudadanos a la información y al procedimiento administrativo, lo que permite nivelar las barreras de acceso, en simplificar los procedimientos administrativos, en proporcionar oportunidades de participación y mayor transparencia. Se entiende bien, como lo destaca el art. 3.7, que la aplicación de la ley contribuirá “al desarrollo de la sociedad de la información en el ámbito de las Administraciones Públicas y en la sociedad en general.” Además, con el mismo fin se introduce una opción (art. 45.2) de reutilización de aplicaciones creadas a fin de cumplir los requisitos de la ley y la transferencia de tecnologías, a saber, las aplicaciones “podrán ser declaradas como de fuentes abiertas, cuando de ello se derive una mayor transparencia en el funcionamiento de la Administración Pública o se fomente la incorporación de los ciudadanos a la Sociedad de la información”. Entonces, la ley reconoce una posibilidad de poner a disposición del público los detalles de programación de las aplicaciones.

Desde el punto de vista del desarrollo de la SIC y la plena incorporación del ciudadano en esta, en las circunstancias de cambios continuos que padecen las TIC relevantes para acudir a los contenidos y disfrutar de los servicios y para nuevos dispositivos y programas, es muy importante asegurar la interoperabilidad efectiva entre distintas modalidades de acceso, tanto dentro de la administración pública como en

²⁸⁶ Véanse: un conjunto de artículos relacionados con el ordenamiento jurídico español en Sánchez de Diego Fernández de la Riva (2008). Entre ellos: (1) Manuel Sánchez de Diego Fernández de la Riva: *Un derecho fundamental a acceder a la información pública*, (2) Lorenzo Cotino Hueso: *Acceso a la información pública en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos*. (3) José Luis Dader: *El derecho de acceso a la información pública en España: Una víctima de lasensibilidad políticamente correcta* (4) Severiano Fernández Ramos: *Diez anotaciones para una ley española de acceso a la información pública*.

relación con el ciudadano, y de esta manera conseguir los efectos más provechosos. Por lo tanto, la interoperabilidad se ha hecho el punto central del Real Decreto 4/2010 de 8 de enero por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica.

La Directiva 2016/2102 se inscribe plenamente en las políticas introducidas por el programa Horizonte 2020 en relación con el acceso abierto a los datos y resultados de carácter científico que además incluye el apoyo a la investigación de los problemas de accesibilidad y el desarrollo de soluciones tecnológicas correspondientes. Además, la Directiva encaja en los principios de la Agenda digital para Europa y todo el conjunto de iniciativas relevantes para el desarrollo de la administración electrónica a efectos de promover una administración pública inteligente, sostenible e innovadora basada en las TIC, así como acelerar la transformación digital de la administración, exponiendo la importancia de la inclusión y la accesibilidad²⁸⁷.

Para posicionar la naturaleza jurídica de los conjuntos (bases) de datos y otras obras creadas por las administraciones dentro de su servicio público²⁸⁸ frente al derecho de la propiedad intelectual en el sentido del Real Decreto Legislativo 1/1996²⁸⁹, en este caso con referencia al derecho de *autor y derechos afines, incluidas las formas de protección sui generis* (Preámbulo de la ley 37/2007) hay que recalcar que se declara que la ley 37/2007 “tampoco afecta a la existencia de derechos de propiedad intelectual

²⁸⁷ Los conceptos respectivos se incluyen en la Comunicación COM(2010) 743 titulada “Plan de Acción Europeo sobre Administración Electrónica 2011-2015 — Aprovechamiento de las TIC para promover una administración pública inteligente, sostenible e innovadora” y en la Comunicación COM(2016) 179 titulada “Plan de Acción sobre Administración Electrónica de la UE 2016-2020 — Acelerar la transformación digital de la administración”

²⁸⁸ El art. 13 de la Ley de Propiedad Intelectual excluye del campo de la propiedad intelectual los siguientes objetos – efectos de producción de organismos públicos: las disposiciones legales o reglamentarias y sus correspondientes proyectos, las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, así como las traducciones oficiales de todos los textos anteriores.

²⁸⁹ Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. BOE núm. 97, de 22 de abril de 1996. Referencia: BOE-A-1996-8930.

de las Administraciones y organismos del sector público, ni restringe en modo alguno el ejercicio de esos derechos fuera de los límites establecidos en su articulado.”

Hay ciertos efectos automáticos de las disposiciones jurídicas que imponen la obligación de hacer factible el acceso abierto a los servicios y contenidos por vías electrónicas y permiten su reutilización relativamente extensa. Se trata del acceso transfronterizo y el reuso sin limitaciones territoriales. La territorialidad es una característica crucial de derechos de autor y de la propiedad intelectual que se separa y aleja visiblemente de la naturaleza del mundo digital. Hay que recalcar que el concepto del mercado comunitario único cubre cada vez más campos de actividades, ya sean económicas o no. Así, ya no bastan las normas comunes para el flujo de bienes materiales, capitales y servicios, el mismo tratamiento armonizado atañe al flujo de bienes intangibles (digitales / virtuales), servicios educativos, etc., por lo que se introduce un mercado digital único y una economía de datos homogénea, consolidada y no discriminatoria.

En resumen, los principios rectores de las políticas de la Unión Europea concernientes a la relación entre el ciudadano, ya sea en su situación privada, profesional o como emprendedor, y las administraciones públicas que se encierran en el conjunto de los actos jurídicos citados se pueden resumir en dos puntos cruciales:

- la accesibilidad en el sentido tecnológico (formal), es decir, el desarrollo de las herramientas de acceso técnico, de búsqueda y descarga, de las aplicaciones útiles y la creación de las interfaces como plataformas y portales, además el derecho a la reutilización de estas aplicaciones (el código abierto)
- la accesibilidad en el sentido sustancial (material) de los servicios, datos y contenidos de todo tipo que obran en poder de las administraciones. Se trata de la puesta a disposición del público, el acceso libre y abierto a ellos y el pleno derecho a reutilización principalmente gratuito con fines

comerciales o no comerciales y sin solicitud previa que cubra el derecho a recoger los recursos, reconstruirlos y transformarlos, exponer, transmitir y explotar el resultado de tal elaboración.

Los mostrados principios aplicados a la accesibilidad de toda especie del conocimiento fundamentan las circunstancias propicias al desarrollo de cualquier actividad en el mundo digitalizado y virtualizado, las cuales, aparte de distintos y beneficiosos efectos socioeconómicos, condicionan el desarrollo individual del ciudadano, sus capacidades y destrezas personales y profesionales.

Al enfrentar el reto de la prosperidad común basada en la economía de los datos y del conocimiento, siguiendo la experiencia relacionada con la reformulación del esquema de la posición y de las funciones de las administraciones públicas en la sociedad, parece ser necesario repensar y remodelar sucesivamente también el paradigma del uso y reúso de todo tipo de contenidos de cultura, de momento sometidos a un sinnúmero de restricciones e inconvenientes. El modelo asignado a las administraciones públicas, por un lado, tan concreto y minucioso y, por el otro, aparentemente efectivo y fructífero puede convertirse en el punto de referencia para establecer las normas universales correspondientes al acceso a los contenidos de conocimiento (ciencia) y en general de cultura y al uso de ellos, o al menos puede servir para medir la desviación entre el supuesto ideal y la realidad de otros ámbitos.

3.3.3. Acceso abierto y ciencia abierta en los trabajos de la UNESCO y la OECD

Si bien la Unión Europea aspira a una integración interna cada vez más estrecha en relación con cada vez más materias, absorbiendo paso a paso para la gobernanza común el terreno de la ciencia y del conocimiento y convirtiéndolo en *la quinta libertad comunitaria* – se trata del mercado único del conocimiento - desde otras organizaciones internacionales asimismo se entiende bien que la promoción de soluciones eficaces dirigidas a facilitar el flujo libre y la difusión de los recursos de conocimiento y cultura y al acceso abierto a ellos es un motor del desarrollo sostenible socioeconómico que

coincide con el continuo proceso de globalización (mundialización). La *Estrategia de UNESCO a Plazo Medio para 2008-2013* definió los retos de la organización en coincidencia con las necesidades y los desafíos actuales planetarios, así marca también las labores relacionadas con el desenvolvimiento de la SIC, que se analizan y resumen en otros informes especializados oficiales como *Hacia las sociedades del conocimiento del año 2005* o informes investigadores publicados bajo el auspicio de la UNESCO como *Etapas hacia las Sociedades del Conocimiento* (Genta, 2008), *Renewing the knowledge societies vision: towards knowledge societies for peace and sustainable development* (Mansell y Tremblay, 2013) o *Conceptual Relationship of Information Literacy and Media Literacy in Knowledge Societies* (Lee et al., 2013). En el documento de la UNESCO *La Estrategia a Plazo Medio para 2008-2013* se expusieron, a la vista de los países menos adelantados de África, igualmente estas orientaciones cuentan con el carácter universal, tales factores cruciales que contribuyesen al desarrollo y la integración regional como la educación, la ciencia, la cultura y la comunicación (p.9). A esta prioridad regional se suma la labor de la UNESCO a escala mundial a partir de la perspectiva de la sociedad del conocimiento y los retos de mundialización que hace establecer nuevas metas, que ni mucho menos se limitan a los países en vías de desarrollo. Entre tales objetivos se encuentran (p.11-12 / recogidos además en el diagrama p.43):

- la educación de adultos, la educación no formal, el aprendizaje a lo largo de toda la vida (p.17),
- la promoción de la diversidad cultural e igualdad de acceso a una educación de calidad,
- construir sociedades del conocimiento, al proporcionarles dispositivos para el acceso, la utilización, la difusión y el intercambio de conocimientos, comprendido el conocimiento científico (p. 12),

- construir sociedades del conocimiento basadas en los principios de libertad de expresión, acceso universal a la información, el conocimiento y la comunicación (p.33),
- utilizar la ciencia y la tecnología en favor del desarrollo sostenible y dar a los países la posibilidad de construir sus propias bases de conocimientos, el fortalecimiento de las capacidades humanas e institucionales en materia de ciencia, tecnología e innovación en todos los niveles de la enseñanza (p.21/23),
- fortalecer la contribución de la cultura al desarrollo sostenible (p. 29).

El documento siguiente, la *Estrategia a Plazo Medio 2014-2021* ha afianzado este conjunto de metas acentuando tales aspectos como (p.10):

- el acceso a Internet gratuito, abierto y fácil,
- el desarrollo de nuevas competencias a fin de ayudar a los ciudadanos a utilizar la información de forma inteligente y evitar que sufran consecuencias dañinas,
- el aumento de los flujos de información que impone una gran presión en la capacidad del ser humano de navegar por el torrente de información disponible,
- ampliar y reforzar la base de conocimientos científicos,
- garantizar el acceso universal a la información,
- fortalecer la cooperación científica en pos del desarrollo sostenible,
- facultar a los educandos para que sean ciudadanos mundiales creativos y responsables (p.19),
- fomentar la creatividad y la diversidad de las expresiones culturales (p.26).

El resultado pensado del seguimiento de estos propósitos debe ser (p. 27):

la aparición de sociedades del conocimiento que sean equitativas, inclusivas, abiertas y participativas, aprovechando para ello el poder del conocimiento mediante la información y la comunicación libres.

Esa meta se puede alcanzar mediante (28):

las TIC [que] ofrecen a los jóvenes investigadores acceso abierto y sin trabas a las investigaciones científicas y brindan oportunidades sin precedentes para mejorar la forma en que se imparte la educación y mejorar las competencias docentes

además:

la UNESCO intentará fomentar la universalidad de los contenidos, las tecnologías y los procesos basados en normas tecnológicas abiertas y licencias abiertas que permitan el intercambio gratuito y legal o la externalización colectiva de información en pro de una colaboración eficaz y de la innovación sostenible en los planos local, nacional e internacional.

Al tener en cuenta los principios conductores relacionados directamente con la promoción de la SIC, para ponerlos en práctica y conseguir las metas supuestas, las labores y los debates se enfocan en facilitar el acceso abierto como la vía más esperanzadora. Al considerar las experiencias de la UE concernientes al tema de la promoción del acceso abierto no sorprende que la Comisión Europea colabore con la UNESCO en la elaboración del manual titulado *Open Access – Opportunities and challenges – A handbook* del año 2008. Hasta un momento se percibió el acceso abierto de manera relativamente limitada, restringida a la información académica y de investigación, a los contenidos revisados por pares bajo condiciones de que los titulares de derechos otorguen a todo el mundo un derecho irrevocable para copiar, utilizar, distribuir, transmitir y hacer trabajos derivados en cualquier formato para cualquier actividad lícita con adecuada atribución al autor original. Es decir, se trataba principalmente de la información científica y el consentimiento de los titulares de derechos sin imponer ninguna obligación legal a declararlo, incluso en cuanto a

investigaciones financiadas con fondos públicos (*Open Access – Opportunities and challenges – A handbook*, 2008: 20). Esta actitud va evolucionando hacia la conciencia de que el acceso abierto debe englobar todo tipo de contenidos de conocimiento y en ciertas circunstancias debe ser obligatorio para los científicos (la financiación pública) y para otros autores (las administraciones públicas).

La justificación de por qué propiciar el acceso abierto se recapitula de este modo (UNESCO, *Open Access – Opportunities and challenges – A handbook*: 12):

*El trabajo científico y académico, en otras palabras, fuentes de creación de conocimiento, consiste en gran medida en el procesamiento de la información. Nuevo conocimiento surge del estudio de obras existentes, el intercambio de ideas, la unificación de ideas y la vinculación entre varias disciplinas. Cualquier restricción del acceso a la información académica dificulta el proceso de obtención de nuevos conocimientos y hacer nuevos descubrimientos cuya utilidad no puede determinarse de antemano. La publicación de resultados y la accesibilidad de las publicaciones son una condición previa para la eficacia del proceso de investigación.*²⁹⁰

Básicamente se puede recoger que el concepto del acceso al conocimiento se basa en tres pilares (UNESCO, *A Global Perspective on Open Access*: 1 / UNESCO, *Policy Guidelines for The Development and Promotion of Open Access*: 7)

- Acceso abierto al conocimiento científico (Open Access - OA)
- Conservación de la herencia digital (Preservation of Digital Heritage)
- Software libre y Código abierto (Free and Open Software - FOSS)
- Recursos Educativos Abiertos (Open Educational Resources - OER).

²⁹⁰ “Science and scholarship, in other words, the creators of knowledge, consist in large measure in the processing of information. New knowledge arises through the study of existing works, exchange of ideas, the linking of ideas and networking with other disciplines. Any restriction of access to academic information hinders the process of obtaining new insights and making new discoveries whose usefulness cannot be determined in advance. The publication of results and the accessibility of publications are therefore a precondition for the efficiency of the research process.”

Se destaca (UNESCO, *A Global Perspective on Open Access: 2*) que el concepto del acceso abierto tiene los fundamentos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Así, el art. 19 de esta expone el derecho a la libertad de opinión y de expresión, a investigar y recibir informaciones y opiniones y difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión. El art. 26 prescribe el derecho a la educación y el art. 27 manifiesta el derecho a participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y beneficiarse del progreso científico. Todos estos postulados no se pueden alcanzar sin la conectividad tecnológica eficaz y viable multidireccional, la producción de recursos adecuados y la apertura del acceso a ellos. El cimentar el proceso del acceso permanente al conocimiento y de aumentar y difundir los recursos de este, asegurando a la vez la posibilidad de reutilización, reanálisis, comparación y combinación de datos y publicaciones, conducen al incremento de productividad y a la multiplicación de recursos (UNESCO, *A Global Perspective on Open Access: 2*), por lo cual dan los efectos de sinergia y retroalimentación.

Las labores relativas a la promoción del acceso abierto se insertan perfectamente en el marco de las actividades y las misiones prescritas de la UNESCO cuyos fines han de dirigirse hacia el apoyo a la paz, el establecimiento de una sociedad mundial inclusiva, la erradicación de la pobreza, el desarrollo sostenible y el diálogo intercultural mediante la educación, ciencias, cultura, comunicación e información (UNESCO, *Policy Guidelines for The Development and Promotion of Open Access: 6*).

Para alcanzar el ideal del acceso pleno, libre y abierto a los contenidos de conocimiento, como ya se ha explicado anteriormente, es imprescindible que los recursos existan en la red. Para esto es de gran importancia recolectarlos, digitalizar aquellos que no cuentan con este formato y conservarlos, ya sean los recursos actuales o de patrimonio. El objetivo de conservación de la herencia digital es de gran envergadura. Además, para hacer el acceso viable es necesario que toda la e-infraestructura goce de carácter no discriminatorio, correspondiente para que los contenidos mismos sean de formato informático estandarizado, interoperable y legible y

los interesados dispongan de herramientas tecnológicas adecuadas para acceder a ellos, leerlos, descargarlos, transformar el formato y el contenido. Así, lo anterior es posible gracias al software libre y el código abierto (FOSS - Free and Open Software) (UNESCO, *Policy Guidelines for The Development and Promotion of Open Access*: 7).

En búsqueda de soluciones eficaces y universales, que no se limiten a la producción financiada con fondos públicos o la que salga de las administraciones públicas, se debe recurrir al derecho de autor y sus disposiciones obligatorias. Eso es vital también porque hay prácticas comunes de las editoras de textos científicos que exigen a los autores que transfieran todos los derechos patrimoniales a la editora (UNESCO, *Policy Guidelines for The Development and Promotion of Open Access*: 37) hasta sin que él retenga el derecho a autoarchivo. Por lo tanto, es indispensable que se regularicen jurídicamente las restricciones contractuales impuestas por las editoras concernientes al uso de los artículos científicos después de su publicación. De esta manera se puede limitar obligatoriamente los periodos de embargo para la editora durante los cuales ella puede monetizar la publicación (UNESCO, *Policy Guidelines for The Development and Promotion of Open Access*: 36), habitualmente se supone el transcurso de 6 a 12 meses (UNESCO, *op.cit.* p. 11/47), y, siguiendo el concepto de la vía verde, dar el permiso posterior al autor para archivarla en un repositorio accesible públicamente privado u ofrecido por una institución (Urs, 2014: 15), incluso difundir gratuitamente el texto sin restricciones u obligar a las editoriales, los titulares de derechos, a posibilitar el acceso a la publicación.

Al tomar en consideración las tecnologías avanzadas de buscar, revisar, trocear, almacenar y reutilizar los textos, extractos o hipervínculos a estos, el ideal para la plena implementación y el funcionamiento efectivo del acceso abierto será la reutilización libre, que significaría que los artículos y libros, incluyendo datos, gráficos y suplementos, pueden estar ligados a otros contenidos (artículos, blogs, etc.), rastreados por los motores de búsqueda y las tecnologías de minería de texto extrayendo los fragmentos y componiendo las colecciones de manera completamente gratuita, bajo la

condición única de indicar la fuente de manera adecuada (UNESCO, *Policy Guidelines for The Development and Promotion of Open Access*: 38).

A las orientaciones / recomendaciones (*guidelines*) de la UNESCO acerca de la promoción del acceso abierto, que se centran en establecer las reglas generales, se añaden las recomendaciones de la OECD, más concretamente dirigidas a la introducción de las políticas públicas enfocadas en la accesibilidad de los datos científicos de investigaciones financiadas con fondos públicos (*OECD Principles and Guidelines for Access to Research Data from Public Funding*, 2007). Las recomendaciones en cuestión del año 2007 arrancan el proceso de remodelación del concepto del acceso abierto desde la percepción de que él mismo se refiere a la accesibilidad de los resultados científicos hacia la visión mucho más amplia, el acceso a los datos básicos (originales / en bruto) de investigaciones. Los argumentos esenciales a favor de posibilitar el acceso a los datos científicos en bruto, aparte de los efectos económicos esperados, son los mismos y conocidos desde siempre: fomento del intercambio libre de ideas, informaciones y conocimientos que se está intensificando gracias a las TIC y aporta a la colaboración y la compartición del conocimiento; estimulación de innovaciones y nuevas investigaciones, elaboración de nuevos conocimientos, ahorro de costes de inversiones públicas y formación de científicos (*OECD Principles and Guidelines for Access to Research Data from Public Funding*: 9-10).

Una de las observaciones a la que hace caso el documento de la OECD parece crucial frente a los argumentos de los defensores de la rigurosidad del derecho de autor y otros relacionados con la propiedad intelectual que ostentan reiteradamente las calculaciones de costes potenciales bastante elevados y las pérdidas para la economía, la creatividad y la innovación de renunciar a la protección severa de los derechos de la propiedad intelectual. Se trata de una (tímida) sugerencia que también existen los costes de oportunidades perdidas, aunque sean difíciles de evaluar, que derivan de no compartición del conocimiento. Luego, habría que concienciar a los interesados de que se debería pretender valorar objetivamente tanto los costes como los beneficios de las

restricciones y limitaciones de compartición libre de datos científicos, en el caso dado de las investigaciones realizadas con fondos públicos, pero la cuestión está abierta al debate general (*OECD Principles and Guidelines for Access to Research Data from Public Funding*: 11).

El Informe siguiente de la OECD *Making Open Science a Reality* (2015) contiene más detalles, ordenando varios aspectos al respecto, aunque asimismo centra los esfuerzos en el concepto de la ciencia abierta restringido a los datos, los resultados y la colaboración en el marco de las investigaciones financiadas con fondos públicos, incluyendo tales temas como el software abierto, la ciencia ciudadana y la investigación financiada colaborativamente (*crowdfunding*) (*Making Open Science a Reality*: 7).

La involucración de tal organismo como es la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD, en siglas inglesas) en el tema de la ciencia abierta y el pleno reconocimiento de este supone un avance en la conciencia al respecto y asegura que se revelen los datos económicos minuciosos para soportar el interés en el progreso de iniciativas relevantes para el acceso abierto, aunque a principios a partir de las investigaciones realizadas con fondos públicos, apartándose de las particularidades de cada país en beneficio de todos. Está claro que la misión esencial de la OECD que aglutina los países desarrollados económicamente se enfoca en reforzar e intensificar la economía liberal, pero, por otro lado, se va haciendo cada vez más diáfano que las TIC abren nuevos terrenos de la prosperidad económica y uno de los instrumentos de mucha eficacia es el incremento del acceso abierto a las publicaciones y los datos para que empresas e individuos utilicen los resultados científicos para producir nuevos bienes y ofrecer nuevos servicios (*Making Open Science a Reality*: 15).

Aunque este tipo de disposiciones de organizaciones internacionales normalmente tiene el carácter no vinculante, aparte del hecho de que los Estados miembros y otros interesados obtienen un patrón bien estructurado para seguirlo, al implementarlas se consigue realmente un gran grado de coherencia entre ellos. Por la escala borrosa de concretización, efectividad relativamente débil, así como aplicación

voluntaria de esta especie de instrumentos se los considera como el llamado *soft law*, lo que subraya el mismo documento de la OECD. Acerca del concepto mismo de *soft law* reflexionaremos más adelante en esta tesis. Por ahora, seguimos las explicaciones del propio texto (*OECD Principles and Guidelines for Access to Research Data from Public Funding*: 7):

*Las recomendaciones de la OCDE establecen los estándares y objetivos colectivos y precisos a la espera de que los países miembros los implementen. Una "recomendación" es un instrumento jurídico de la OCDE que no es legalmente vinculante, pero a través de una larga práctica de los países miembros, se considera que tiene una gran fuerza moral. Las recomendaciones de la OCDE se adoptan cuando los gobiernos miembros están dispuestos a asumir un compromiso político para implementar principios (y/o orientaciones) establecidas en ellas. Este tipo de instrumento se denomina a menudo "soft law".*²⁹¹

En actualidad las iniciativas y las regularizaciones correspondientes a la implementación del acceso abierto se quedan en las manos de una variedad de entes (Urs, 2014: 4-7) que facultativamente ceden al público tal o cual grado de derechos a través de cláusulas contractuales, políticas públicas relativas a proyectos financiados de fondos públicos o por el consentimiento de titulares de derechos en forma de licencias abiertas (*creative commons*). Eso sí, el acceso abierto sigue ganando terreno exitosamente. Aparte de los creadores, descubridores, investigadores y, en general, autores, entre las partes involucradas en el proceso de producción y distribución de contenidos sujetos al derecho de autor (*stakeholders*), se puede señalar administraciones públicas de distinto nivel, diferentes entidades privadas o públicas, universidades, otras

²⁹¹ "OECD Recommendations set out collective and precise standards or objectives which the member countries are expected to implement. A "Recommendation" is a legal instrument of the OECD that is not legally binding but through a long-standing practice of the member countries, is considered to have a great moral force. Recommendations of the OECD are adopted when member governments are prepared to make a political commitment to implement the principles (and/or guidelines) set out therein. This type of instrument is often referred to as "soft law"."

instituciones de investigación, financiación o difusión de ciencia y cultura, bibliotecas, hasta editoriales y gestores de páginas de Internet que ofrecen revistas de acceso abierto y viven de publicidad, de pago para tramitar la publicación o gracias a otras fuentes (Urs, 2014: 13 / OECD, *Making Open Science a Reality*: 15). Refiriéndose a las directrices e ideas de tales organismos como la UNESCO o la OECD, para cubrir el marco bastante amplio de distintos aspectos del acceso abierto al conocimiento y hacer los preceptos coherentes entre distintas regiones e instituciones, parece indiscutible que intervenga el legislador con disposiciones universales y vinculantes.

Con el objetivo de reconstruir las disposiciones del derecho de autor y la propiedad intelectual de tal manera que sean favorables a la enseñanza, el aprendizaje, la investigación y, en general, al acceso a los contenidos de cultura, ciencia y conocimiento, su elaboración, reutilización y difusión revisaremos ciertos aspectos concernientes al tema en cuestión que pertenecen al marco jurídico nacional alemán y español, centrándose en la Ley alemana sobre el derecho de autor y derechos afines del año 1965 (*Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*) y en la Ley española de Propiedad Intelectual (TRLPI): Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (incluida la Ley N° 21/2014, de 4 de noviembre).

3.4. Algunos aspectos del derecho de autor relevantes para la SIC. Leyes nacionales (alemana, española), directivas comunitarias, convenios internacionales, sentencias de los tribunales

A fin de presentar las dificultades a las que se enfrenta el legislador a la hora de buscar una solución armónica para equilibrar los intereses de distintos actores del escenario de derechos de autor y la propiedad intelectual, con el énfasis en el contexto del acceso abierto al conocimiento y la ciencia abierta, ponemos bajo la lupa los últimos cambios de la ley alemana del derecho de autor y derechos afines (*Gesetz über*

Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – UrhG), los cambios introducidos mediante la ley para reajustar la ley del derecho de autor a los requisitos actuales de la sociedad del conocimiento aprobada el 30 de junio de 2017 (*Gesetz zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft - UrhWissG*). Lo pondremos en el contexto de las directivas comunitarias y los tratados internacionales.

Aún anteriormente, desde el 1 de agosto de 2013, se insertaron en la ley los párrafos § 87f-87h UrhG (*Leistungsschutzrecht*) relativos a la protección de las editoriales de prensa, en efecto se introdujo la llamada habitualmente en España tasa Google. Las disposiciones se perciben a menudo como los impedimentos para el acceso libre a la información y su difusión²⁹². Debido a las polémicas desde el mismo momento de la comunicación del proyecto y las controversias que surgieron después, no sorprende que uno de los tribunales haya dirigido al TJUE las preguntas sobre la conformidad de dicha ley con el derecho comunitario (Landgericht Berlin, Decisión de 9.05.2017, Az. 16 O 546/15).

Contrariamente, los dos siguientes cambios, se interpretan como un progreso significativo hacia facilitar el acceso al conocimiento para los fines educativos y de investigación. Se trata de la disposición que entró en vigor el 1.01.2014 y que regula el acceso a las publicaciones realizadas con fondos públicos (§ 38.4 UrhG / OECD, *Making Open Science a Reality*: 46-47). Además, el 1 de marzo de 2018 entró en vigor la ley para reajustar la ley del derecho de autor a los requisitos actuales de la sociedad del conocimiento (UrhWissG)²⁹³. La enmienda reestructura dicha Ley en profundidad

²⁹² Véanse: Juan Manuel García, „Google pagará en Alemania por mostrar titulares de diarios”, en: <http://www.lavanguardia.com/comunicacion/20120830/54343810944/google-pagara-en-alemania-por-mostrar-titulares-de-diarios.html>. Rosalía Sánchez, “Los periódicos alemanes ganan la batalla a Google”, en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/08/30/comunicacion/1346313324.html>. Acceso el 16.06.2017.

²⁹³ En el capítulo nos referimos al texto del proyecto: *Entwurf eines Gesetzes zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft - UrhWissG* que se ha dirigido, tras la consulta por el Bundesrat (la cámara superior), al Bundestag (la cámara baja) (Drucksache 18/12329 de 15.05.2017). La Ley fue aprobada por Bundestag el 30.06.2017. Se puede consultar todas las opiniones al respecto, por ejemplo, las de la sesión de la comisión parlamentaria correspondiente que tuvo lugar el 29.05.2017. Véase: “Experten diskutieren Wissensschränke kontrovers“/“Los expertos deliberan

con respecto al alcance y las condiciones del uso legalmente permitido de los contenidos protegidos para la enseñanza, la investigación, incluida la minería de datos destinada a esta finalidad, para la creación de los recursos educativos (colecciones de contenidos), y por algunas instituciones de servicios públicos como bibliotecas, archivos, museos e instituciones educativas, sistematizando de esta manera en bloques los temas de la explotación lícita en beneficio común de las obras protegidas, incluidas la modalidades tecnológicamente avanzadas, sin autorización de los titulares de derechos, aunque otorgando en su caso el derecho a remuneración equitativa. Así, a continuación, nos referimos a las nuevas disposiciones incorporadas en la enmienda a la Ley alemana del derecho de autor llamada autonómicamente y no por casualidad *la Ley para reajustar la Ley del derecho de autor a los actuales requisitos de la sociedad del conocimiento* (UrhWissG) como un conjunto ejemplar de conceptos elaborados con fines de intentar encarar las exigencias de la SIC, un complejo de regulaciones, bien estructurado, completo y avanzado.

Entonces, se incorporaron a dicha Ley los detallados párrafos §§ 60a-60h UrhG implementando nuevas excepciones (límites) y facilidades y se aclararon varias dudas relevantes para la explotación lícita de obras protegidas en los campos concernientes a la educación, la producción de recursos educativos, la investigación, científica, la minería de textos y datos, bibliotecas, museos, archivos y otras instituciones de formación²⁹⁴. Algunos usos reglamentariamente permitidos correspondientes a los ámbitos mencionados arriba originan la compensación equitativa a los autores. A estas

sobre las controversias acerca de restricciones para la ciencia”. Acceso en <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2017/kw22-pa-recht-urheberrecht/508146> el 16.6.2017.

²⁹⁴ Véase: Michael Beurskens, „Einfacher, klarer, risikoärmer? Hochschulrelevante Änderungen durch das geplante UrhWissG“ (“¿Más simple, más claro, con menos riesgo? Cambios relevantes para las escuelas superiores mediante la proyectada ley UrhWissG”), *Forschung & Lehre*. No. 6, junio de 2017. Recuperado el 16.06.2017 de: <http://www.forschung-und-lehre.de/wordpress/?p=23891#more-23891>.

situaciones en relación con el acto de reproducción se aplica la fórmula de la remuneración en forma de canon por copia (§ 60h.1 UrhG) cobrada a los fabricantes e importadores de los equipos, aparatos y materiales que sirven para la reproducción o almacenamiento de obras protegidas cuya cuantía se determina por §§ 54-54c UrhG.

La actitud del legislador ante nuevos fenómenos relacionados con el flujo de informaciones y contenidos, modos de procesamiento (automatizado) de datos y contenidos presentes en la red desconocidos hasta la introducción de las TIC, el rastreo, la extracción de fragmentos, la recogida, la sistematización, la agregación de vínculos, la producción de estadísticas (big data), la puesta de estas nuevas informaciones y colecciones de informaciones a disposición del público o la utilización para distintos fines, ya sean comerciales, formativos o científicos, y finalmente ante nuevos modelos económicos de actividad comercial que salen de estas posibilidades tecnológicas, demuestra el hecho de cómo se comprenden las oportunidades que se producen gracias a las TIC y marca el futuro de la SIC, al menos a escala de su jurisdicción.

Para la SIC cualquier limitación de la accesibilidad de la información despertará dudas y resistencias, es que estamos acostumbrados al acceso inmediato y sin trabas a todo tipo de información y recurso. Al pensar en introducir alguna restricción al acceso a los contenidos en Internet de manera directa o indirecta, filtrado, bloqueo o que el proveedor abandone algún servicio “voluntariamente”, presionado por desventajas jurídicas o económicas, la iniciativa ha de gozar de fundamentos y justificaciones sólidos y convincentes, ya que se trata de la infracción, incluso asalto, a la neutralidad de la red que instituye un principio rector de la SIC y en consecuencia a los derechos básicos del vecino de aldea global digital.

3.4.1. Protección de editoras de prensa (*Leistungsschutzrecht* / Tasa Google²⁹⁵)

A partir de la solución alemana y después la regulación española con respecto a la coloquialmente llamada tasa Google, como un prototipo de otras dificultades que actualmente afronta el legislador, debatiremos el problema en el contexto jurídico más amplio, incluyendo en el discurso la situación socio-jurídica del usuario que aparentemente se encuentra fuera del hilo conductor de la norma legal, pero de hecho están en juego sus intereses que además coinciden con los beneficios comunes.

El continuo debate acerca de los modos de proteger a las editoriales de prensa ante las prácticas de beneficiarse por los terceros de sus producciones creativas (artículos) e informaciones que se congrega en el tema de la llamada tasa Google, tanto en los países que finalmente la han introducido como a nivel de la UE, se ha hecho un referente ejemplar para reflexionar sobre los conflictos que se producen entre las soluciones tradicionales ofrecidas por el derecho de autor que marcan las posturas de distintos actores del mercado de medios de comunicación e industrias creativas y editoriales, hasta círculos de ciencia, investigación e innovación y las exigencias y expectativas que surgen de las oportunidades que se dan por las TIC y que se encuentran bloqueadas por la obsolescencia de las normas existentes del derecho de autor e incapacidad sistémica de este de afrontar nuevas situaciones y negocios, lo que por consiguiente, merma el potencial socioeconómico de las sociedades. Sin embargo, no tiene resoluciones sencillas e inequívocas la cuestión de cómo arreglar estas incomprendimientos mutuos y contradicciones y ajustar el derecho a nuevos fenómenos que llenan el mundo virtual para soslayar los efectos contraproducentes de conflictos. Estas dificultades de coexistencia se pueden ver con nitidez al referirse a los buscadores y agregadores de contenidos / noticias en Internet, herramientas esencialmente e intrínsecamente ligadas a la naturaleza misma de Internet y, en consecuencia, a la SIC, que simplemente hacen posible moverse por el espacio virtual. Nunca había sido viable

²⁹⁵ Llamada más formalmente “Canon AEDE”. AEDE: la Asociación de Editores de Diarios Españoles.

para un individuo u otros entes el acceso a tal escala a noticias, conocimientos, recursos. Desde la óptica cultural, social y económica los buscadores y servicios similares (agregadores especializados) proporcionan el valor exclusivamente añadido por las TIC e Internet. Dichos servicios disponen de mucho poder, hasta el poder político y de adquisición económica, luego, cualquier injerencia en su funcionamiento desde dentro (los algoritmos de búsqueda) o desde fuera (por el legislador) hace eco en la sociedad civil (la SIC) y determina las perspectivas del desarrollo humano y su prosperidad. Las dudas salen del hecho de que el modelo económico de este negocio tan atado a las TIC, aparte de ofrecer sus propias tecnologías altamente avanzadas, se nutre del trabajo de otros, mostrando los resultados de esfuerzo de terceros y beneficiándose, aunque sea indirectamente, de contenidos ajenos debido a ganancias de la publicidad ajustada al preciso perfil del usuario que se trasluce en sus actividades en Internet (palabras de búsqueda, páginas visitadas, etc.). Sin embargo, a la vez los buscadores facilitan el acceso a las páginas originales a través de vínculos que siempre aparecen, de modo que hacen incrementar la cuantía de visitas en ellas y en consecuencia aumentar el valor “publicitario” de estas páginas, incluso es una promoción para ellas y los servicios que ofrecen. Supuestamente esa situación podría ser evaluada como *win-win*, cada parte se lucra, aunque no se facturen recíprocamente. Así, frente a este panorama tan multifacético, el puro cálculo económico enfocado en las pérdidas y ganancias se hace difícil, incluso al dejar a un lado los beneficios comunes (de terceros, es decir, del ciudadano de a pie). La solución que equilibre los intereses de agentes económicos y a la vez reconozca las utilidades colectivas no es fácil de conseguir, esta dificultad concierne a todos los nuevos modelos de actividad digital.

Las normas de los párrafos §§ 87f-87h UrhG introducen la protección especial de las editoriales de prensa (*Presseverleger*) dirigida a los productos de prensa (*Presseerzeugnisse*, lo define el § 87f.2 UrhG / aunque no se usa el término característico para el derecho de autor – la obra / das Werk – se trata de artículos e ilustraciones) y sus partes. Así, durante un año desde la publicación (§ 87g.2 UrhG) la

editorial tiene el derecho exclusivo de hacer públicos esos productos de prensa y sus partes con fines económicos, salvo que sean unas palabras sueltas / aisladas (einzelne Wörter) o fragmentos más pequeños / breves (kleinste Textausschitte²⁹⁶). Efectivamente, como dicta el § 87g.4 UrhG, las restricciones específicas de estas disposiciones atañen únicamente a los gestores comerciales de motores de búsqueda y otros servicios que procesan los contenidos (agregadores de noticias), para los demás sujetos se aplican las normas universales de protección de obras, incluidas las excepciones correspondientes (§ 87g.4 UrhG la frase final). A nivel de la propia Ley no se determina ninguna “tasa” para la utilización de dichos productos de prensa, lo hace una sociedad de gestión colectiva de los derechos de autor²⁹⁷.

En primer lugar, ni la misma ley ni la Tarifa (es obvio que a nivel tan bajo y sin delegación clara no se puede interpretar la ley) precisa la noción de “fragmentos más pequeños / breves” (“kleinste Textausschnitte”), que sí se pueden hacer públicos sin restricciones (autorización y remuneración). Teniendo en cuenta a qué tipo de entidades se dirige la regulación, la controversia está realmente en qué grado se puede citar libremente un artículo. A falta de esta claridad en un punto tan sensible se pueden producir discusiones y litigios. Una sentencia del Tribunal de Múnich (Landgericht München I, Urteil vom 05.02.2016 - 37 O 23580/15) dictó que se trata de fragmentos de no más de 24 palabras. Al tomar en consideración dicha sentencia y la circunstancia de que ha de haber una diferencia entre la formulación “unas palabras aisladas” y “fragmentos más pequeños”, la última debe referirse al menos a frases, incluso

²⁹⁶ Al traducir la frase alemana no se puede referir a la Ley española de Propiedad Intelectual donde se usa el término “pequeños fragmentos”, sin duda “pequeños fragmentos” de una obra en el sentido del art. 32.3 TRLPI, es decir, “un extracto o porción cuantitativamente poco relevante sobre el conjunto de la misma” pero suficiente para los fines educativos, definitivamente serían demasiado extensos para que se muestren en los resultados de búsqueda sin autorización y compensación por la explotación de derechos de autor. Para este fin el art. 32.2 LPI usa el término “fragmentos no significativos de contenidos”, pero no es el caso.

²⁹⁷ La tarifa (tasa) publicada el 4 de abril 2017 por VG Media Gesellschaft zur Verwertung der Urheber- und Leistungsschutzrechte von Sendeunternehmen und Presseverlegern mbH (www.bundesanzeiger.de).

oraciones en el sentido gramatical²⁹⁸, que manifiestan un enunciado (algo que se entiende lógicamente aparte de las palabras que lo constituyen), así supuestamente los titulares de prensa no son más que “fragmentos más breves” y se pueden mostrar sin consecuencias. Entonces, no se trata ni de meros enlaces (vínculos) ni titulares, sino *snippets*, breves fragmentos extraídos de una noticia u otro texto que se revelan como el resultado de la búsqueda realizada. Encima, la cuestión de la precisión jurídica de una norma en tal punto de ella que determina lo que se puede hacer o no se puede hacer, es decir cómo entender “fragmentos más breves”, no debe quedar sujeta a la interpretación, puesto que arrastra consigo una enorme deficiencia de seguridad legal.

De todas maneras, en relación con las restricciones tan específicas destinadas a los buscadores de Internet, en primera línea deben estar los intereses de los usuarios. Aunque en el caso dado a primera vista la extensión de la esfera protegida y seguidamente la disminución de la esfera de libre utilización de una obra atañe a las entidades empresariales bien determinadas por la ley, respectivamente las editoriales de prensa y los buscadores de Internet, en el fondo las repercusiones de la disposición llegan al ciudadano dificultándole el acceso a la información y al conocimiento. Si en el mundo actual la conexión digital a Internet es un servicio casi público (o debería ser así) como el suministro de agua, gas y electricidad, el servicio de búsqueda (surfeo) constituye el eslabón crucial en la SIC, es como el mantenimiento de carreteras públicas, sin las cuales la sociedad no puede funcionar. Por consiguiente, si los buscadores son una ventana al mundo virtual, obstaculizar su funcionamiento, ya sea desde dentro: los mismos violan la neutralidad de la red introduciendo los algoritmos que priorizan ciertos servicios o contenidos (a cambio de pago), o externas como la ley en cuestión que realmente puede hacer filtrar la información accesible, se convierte en un asunto de gran envergadura desde el punto de vista de los derechos cívicos del

²⁹⁸ Según el Diccionario de la RAE. Oración: Estructura gramatical formada por la unión de un sujeto y un predicado / enunciado. Frase: Conjunto de palabras que constituyen un enunciado. / Expresión acuñada constituida por dos o más palabras cuyo significado conjunto no se obtiene a partir del de los elementos que la componen.

usuario. Es como cerrar la ventana vital o al menos entornarla. Así, al introducir y formular este tipo de disposiciones jurídicas hay que tener en cuenta que desde la sistemática del derecho de autor es la extensión palpable de protección de titulares de derechos más allá de las reglas típicas, en concreto, normalmente el acumular / coleccionar las citas de publicaciones ajenas no sería de ningún modo un acto ilícito. Es discutible además si el modelo de negocio (claro, con fines de lucro) basado exclusivamente en este tipo de explotación de obras ajenas sobrepasa el uso justo convirtiéndose en el comportamiento abusivo.

Así, los buscadores y los agregadores no destinan deliberadamente su actividad a un grupo específico de productores de contenidos, en este caso de la prensa, para beneficiarse de sus creaciones, sino que rastrean todo el espacio virtual, y viven económicamente de este servicio, no hay por qué distinguir solamente algunos habitantes de ello. Con todo, este tipo de regulación única que acude solamente a un grupo de entes que emprenden actividades económicas específicas, excluyéndolos de las reglas comunes de protección del derecho de autor, para imponer unos cargos extraordinarios, levanta ciertas dudas. Sin embargo, el Tribunal de Berlín (Beschluss von 09.05.2017, Az. 16 O 546/15) al desconfiar de la validez de la introducción de la protección específica de las editoriales de prensa no se refiere a los posibles aspectos jurídicos polémicos de las disposiciones mismas, sino cuestiona el cumplimiento del procedimiento formal de establecer la medida específica que regula la prestación de un servicio determinado ofrecido por empresas bien definidas. De esta manera, el Tribunal acude a la Directiva 98/34/CE de 22 de junio de 1998 por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas. El Tribunal se pregunta si la disposición que prohíbe exclusivamente a los operadores comerciales que gestionan los motores de búsqueda y a otros proveedores comerciales de servicios que procesan los contenidos [de Internet], pero no a otros usuarios, incluidos los comerciales, hacer públicos los productos de prensa o partes de ellos (excepto palabras sueltas y fragmentos de texto más pequeños) constituye una

regulación según el art. 1 núm. 5 de la Directiva 98/34/CE, que [en el caso dado] no ha sido elaborada por el organismo indicado en este apartado (el número 5)²⁹⁹. Es que el apartado en cuestión del art. 1 núm. 5 determina qué es el «programa de normalización», entonces es un programa de trabajo de un organismo reconocido de actividad normativa que establezca la lista de las cuestiones que son objeto de trabajos de normalización. Luego, se plantea el asunto si la disposición en cuestión instituye una normalización en el sentido dado que puede ser llevada a cabo solamente por las instituciones señaladas, si fuera así, serían legislativamente incorrectos otros modos de implementar la medida respectiva, incluso a través de la enmienda a la ley del derecho de autor. Si eventualmente dicha disposición no se somete al mencionado art. 1 núm. 5, el Tribunal nacional pregunta al TJUE si ella constituye según el art. 1 núm. 10³⁰⁰ un «proyecto de reglamento técnico» que es el texto de una especificación técnica o de otro requisito, incluidas las disposiciones administrativas, elaborado con intención de adoptarlo o de que sea adoptado en última instancia como reglamento técnico, y que se encuentre en un nivel de preparación que permita aún la posibilidad de efectuar modificaciones sustanciales, que asimismo requiere ser elaborado y editado por las instituciones determinadas. A falta del cumplimiento del procedimiento adecuado para

²⁹⁹ „Stellt eine nationale Regelung, die es ausschließlich gewerblichen Betreibern von Suchmaschinen und gewerblichen Anbietern von Diensten, die Inhalte aufbereiten, nicht aber sonstigen - auch gewerblichen - Nutzern verbietet, Presseerzeugnisse oder Teile hiervon (ausgenommen einzelne Wörter und kleinste Textausschnitte) öffentlich zugänglich zu machen, nach Art. 1 Nr. 5 der Richtlinie 98/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juli 1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften eine Regelung dar, die nicht speziell auf die unter dieser Nummer definierten Dienste abzielt.“

³⁰⁰ „und, falls dies nicht der Fall ist, 2. stellt eine nationale Regelung, die es ausschließlich gewerblichen Betreibern von Suchmaschinen und gewerblichen Anbietern von Diensten, die Inhalte aufbereiten, nicht aber sonstigen – auch gewerblichen - Nutzern verbietet, Presseerzeugnisse oder Teile hiervon (ausgenommen einzelne Wörter und kleinste Textausschnitte) öffentlich zugänglich zu machen, eine technische Vorschrift im Sinne des Art. 1 Nr. 11 der Richtlinie 98/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juli 1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften, nämlich eine verbindliche Vorschrift dar, die Erbringung eines Dienstes betrifft.“ El auto erróneamente indica el „Nr. 11“ este no existe y la fecha de la Directiva, no es “20. Juli 1998”, sino “22. Juni 1998” (Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften (DOUE), L 204/37 vom 21.7.98).

emitir las normas técnicas, de lo que trata la Directiva indicada, ellas se quedan fuera de aplicación. Se puede ver que para no involucrarse en las materias polémicas de la sustancia jurídica de las disposiciones en cuestión el Tribunal se decidió por manifestar la irregularidad formal del tratamiento legislativo de su introducción. Si el TJUE confirmase esta conclusión, le daría tiempo al legislador para repensar desde el comienzo la necesidad de establecer este tipo de restricciones, en caso contrario, estaremos en el punto de partida ante todas las dudas sustanciales.

En el entorno jurídico español, la solución que dicta la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI / Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, el texto refundido) en el apartado 2 del art. 32 modificado por la Ley N° 21/2014, de 4 de noviembre, demuestra otra construcción relativa a la protección de intereses de las editoriales de periódicos. Aunque sí, “la puesta a disposición del público por parte de prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos de fragmentos no significativos de contenidos, divulgados en publicaciones periódicas o en sitios Web de actualización periódica y que tengan una finalidad informativa, de creación de opinión pública o de entretenimiento, no requerirá autorización”, sin embargo, incluso en este caso de utilización de “fragmentos no significativos de contenidos” “el editor o, en su caso, de otros titulares de derechos” mantienen el derecho a obtener una compensación equitativa, aunque se hace una excepción destinada a los “prestadores de servicios que faciliten instrumentos de búsqueda de palabras aisladas incluidas en los contenidos referidos en el párrafo anterior”. De este modo, “la puesta a disposición del público no estará sujeta a autorización ni compensación equitativa siempre que tal puesta a disposición del público se produzca sin finalidad comercial propia y se realice estrictamente circunscrita a lo imprescindible para ofrecer resultados de búsqueda en respuesta a consultas previamente formuladas por un usuario al buscador y siempre que la puesta a disposición del público incluya un enlace a la página de origen de los contenidos.” En casos de aplicarse, la Ley determina que el derecho a “percibir una compensación equitativa [...] será irrenunciable y se hará efectivo a través de las

entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual.” De esta manera el CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) está autorizado a establecer una tarifa correspondiente³⁰¹. Además, no se pueden tratar como “fragmentos no significativos de contenidos” “cualquier imagen, obra fotográfica o mera fotografía divulgada en publicaciones periódicas o en sitios Web de actualización periódica”, así ellas siempre estarán sujetas a autorización.

3.4.2. Hacer públicos los resultados de investigación realizada con fondos públicos

La legislación alemana determina las condiciones de la puesta a disposición del público de los artículos científicos que integran los resultados financiados al menos en la mitad con fondos públicos, abriendo la vía verde para los científicos e investigadores, de la que el autor no se puede “librar” incluso cediendo los derechos a la editorial. Así, según el § 38.4 UrhG:

*El autor de un artículo científico que resultó de una investigación (actividad científica) apoyada al menos en la mitad con fondos públicos y se publicó en una revista (colección) que se edita periódicamente por lo menos dos veces al año, dispondrá también del derecho a poner a disposición del público el artículo, incluso si ha concedido a la editorial [de la revista] el derecho exclusivo de explotación después de la expiración de doce meses calculados desde la primera publicación de la versión aceptada del manuscrito, en cuanto no le sirva al autor ningún fin comercial. Habrá de indicarse la fuente de la primera publicación. Ninguna disposición contractual en contra de lo dicho será de aplicación.*³⁰²

³⁰¹ <http://www.cedro.org/cedro/tarifa>. La actual Tarifa es de julio de 2016 y determina en el capítulo 20 un pago de 0,05044854 € por usuario activo/día. El usuario activo es “aquel que hace uso del servicio al menos una vez al día, resultando indiferente el número de veces que acceda al servicio cada día.”

³⁰² „Der Urheber eines wissenschaftlichen Beitrags, der im Rahmen einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln geförderten Forschungstätigkeit entstanden und in einer periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinenden Sammlung erschienen ist, hat auch dann, wenn er dem Verleger oder Herausgeber ein ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt hat, das Recht, den Beitrag nach Ablauf von

Se puede ver que son muchas las condiciones y restricciones a hacer abierta una publicación científica. Así, el resultado debe ser publicado en una edición periódica, la investigación debe ser financiada al menos en la mitad con dinero público, además, el legislador decidió establecer el periodo de embargo más largo posible - doce meses - considerado por los comentaristas de acceso abierto por la vía verde. La ventaja de la disposición citada es que es obligatorio que tras doce meses el autor adquirirá el derecho a hacer público el artículo por cuenta propia (autoarchivo) sin fines de lucro.

En el marco jurídico español hay que indicar el Real Decreto 99/2011, de 28 de enero, por el que se regulan las enseñanzas oficiales de doctorado que se centra en la publicación obligatoria de tesis doctorales en la forma de acceso abierto. Así, el art. 14.5 dicta que después de aprobar la tesis doctoral, la universidad la archivará en formato electrónico abierto en un repositorio institucional, salvo que surjan determinadas circunstancias establecidas en el art. 14.6, tales como, entre otras, “la participación de empresas en el programa o Escuela, la existencia de convenios de confidencialidad con empresas o la posibilidad de generación de patentes que recaigan sobre el contenido de la tesis.”

A esta disposición específica se añade la más general incluida en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación. Su art. 37, titulado “Difusión en acceso abierto”, determina que:

El personal de investigación cuya actividad investigadora esté financiada mayoritariamente con fondos de los Presupuestos Generales del Estado hará pública una versión digital de la versión final de los contenidos que le hayan sido aceptados para publicación en publicaciones de investigación seriadadas o

zwölf Monaten seit der Erstveröffentlichung in der akzeptierten Manuskriptversion öffentlich zugänglich zu machen, soweit dies keinem gewerblichen Zweck dient. Die Quelle der Erstveröffentlichung ist anzugeben. Eine zum Nachteil des Urhebers abweichende Vereinbarung ist unwirksam.“

periódicas, tan pronto como resulte posible, pero no más tarde de doce meses después de la fecha oficial de publicación. La versión electrónica se hará pública en repositorios de acceso abierto reconocidos en el campo de conocimiento en el que se ha desarrollado la investigación, o en repositorios institucionales de acceso abierto. Lo anterior se entiende sin perjuicio de los acuerdos en virtud de los cuales se hayan podido atribuir o transferir a terceros los derechos sobre las publicaciones, y no será de aplicación cuando los derechos sobre los resultados de la actividad de investigación, desarrollo e innovación sean susceptibles de protección.

En resumen, ambas regulaciones, la española y la alemana coinciden en muchos puntos, ambas favorecen la vía verde. Por su naturaleza la vía verde requiere una regularización legislativa, ya que originalmente los artículos se pueden publicar de cualquier modo, incluido tal que no sea abierto. Además, bajo la presión de la editorial de la revista los investigadores podrían sentirse forzados para renunciar a sus derechos, como una condición de publicar, así este tipo de cláusula contractual debe ser prohibido. Por lo contrario, para aplicar la vía dorada basta que las condiciones de financiación u otra decisión del investigador o la institución en la que se realiza la investigación aseguren los fondos suficientes para cubrir los pagos por publicar e imponen el requisito de que se publiquen los resultados en las ediciones (revistas) de acceso abierto que admiten los artículos a cambio de pago inicial. Sin embargo, algunas de este tipo de revistas de acceso abierto retienen para sí mismos los derechos de autor, excluyendo de esta manera la oportunidad de que el investigador haga público el artículo en otros medios por cuenta propia, además de estar disponible en la página de la revista.

3.4.3.Excepciones y limitaciones a los derechos de autor. Test de tres pasos. El interés público

Antes de acudir a las soluciones concretas integradas en las legislaciones nacionales y la comunitaria, hay que indicar las normas generales que subyacen al

marco del uso reglamentariamente permitido (*lawful use*) de obras protegidas por el derecho de autor. Entonces, las excepciones y limitaciones (el lenguaje de la Directiva 2001/29/CE) o límites (el término de la Ley española de Propiedad Intelectual) surgen a grandes rasgos de las disposiciones del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, de muy antigua procedencia del año 1886, aunque enmendado el 28 de septiembre de 1979, donde se establece el llamado test (la prueba) de tres pasos. El art. 9.2 del Convenio dicta que, voluntariamente, los países pueden permitir la reproducción de obras bajo las condiciones siguientes:

1. en determinados casos especiales
2. que reproducción no atente a la explotación normal de la obra
3. que esa reproducción no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor (del titular de derechos).

El concepto de someter las limitaciones impuestas al alcance de los derechos de autor o de la propiedad intelectual al test de tres pasos se extiende a varios tipos de objetos y se repite en diferentes actos del derecho internacional. Así, lo pronuncian, ajustando la versión al campo correspondiente de aplicación, el art. 10.1 del Tratado de OMPI sobre derechos de autor (WCT) del año 1996, el art. 13 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (TRIPS) del OMC (WTO), el art. 6.3 de la Directiva 91/250/EEC sobre la protección jurídica de programas de ordenador, el art. 6.3 de la Directiva 96/9/CE sobre la protección jurídica de las bases de datos y finalmente el art. 5.5 de la Directiva 2001/29/CE relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información. La Convención Universal sobre Derecho de Autor de la ONU / UNESCO, revisada en París en 1971 (antes en Geneva en 1952) en el art. IV bis.2 establece una regulación más general sin orientaciones precisas, basta que las excepciones introducidas no sean contrarias al espíritu ni a las disposiciones de la Convención misma.

En el marco jurídico norteamericano e inglés del derecho de autor se ha desarrollado el concepto más universal del uso justo / legítimo / razonable de la obra protegida, es decir, respectivamente *fair use* (U.S. Copyright Act, Sección 107) y *fair dealing* (Reino Unido: Designs and Patents Act 1988, Secciones 29 y 30), así se supone que el concepto se trasladó del ámbito del puro *common law* al *statutory law*. El requisito del uso justo, a grandes rasgos, coincide con el conjunto de las condiciones impuestas por el test de tres pasos, aunque se puede aplicar más allá del mero acto de reproducción y en general lleva unos rasgos de aplicación mucho más universal (Gervais, 2005: 27).

Así, para hacer comparaciones, se cita el § 107 de U.S. Copyright Act:

el uso justo de una obra protegida por los derechos de autor, incluyendo dicho uso mediante reproducción en copias o fonogramas o por cualquier otro medio especificado en esa sección, para tales propósitos como crítica, comentario, noticias, enseñanza (incluyendo copias múltiples para el uso en aula), becas o investigación, no resulta una infracción de derechos de autor. En determinar si la utilización de una obra en algún caso particular constituye un uso justo deberán tomarse en consideración los factores siguientes:

- (1) el fin y carácter del uso, incluyendo si dicho uso es de naturaleza comercial o para propósitos educativos sin fines de lucro;*
- (2) la naturaleza de la obra protegida por los derechos de autor;*
- (3) la cantidad y sustancialidad de la porción utilizada en relación con la extensión de la obra protegida en su conjunto; y*
- (4) el efecto de dicho uso sobre el mercado potencial [de su distribución] o el valor de la obra protegida.*

El hecho de que una obra se queda inédita no debe por sí mismo instituir el impedimento para el uso justo si este se realiza en conformidad con todos los factores anteriores. [la disposición incluida en 1992]

Cada vez más se observa que el test (la prueba) de tres pasos, tan ubicuamente inscrito en el ordenamiento jurídico correspondiente a la protección de la propiedad intelectual y los derechos de autor, va haciéndose obsoleto e inadecuado frente al intenso desarrollo e implementación omnipresente de las tecnologías avanzadas de tratamiento de textos y otros contenidos y, por consiguiente, la aparición de nuevas metodologías de investigación científica y nuevas formas de creación de contenidos de cultura y conocimiento y, por último, la intrusión en la economía de nuevos modelos de negocio basados en estas oportunidades tecnológicas que integran a la vez la extensa accesibilidad de los contenidos (obras) ya existentes y las amplias modalidades de utilizarlos, transformarlos y comunicar al público las obras resultantes.

Entonces, se puede oír las voces de que el test de tres pasos debería ser ajustado a estas nuevas posibilidades de creación e innovación. Al debate respectivo aporta la *Declaración por una interpretación equilibrada de la “regla de los tres pasos” en el derecho de autor* que se ha elaborado en el Instituto alemán de Max Planck para la Innovación y Competición y School of Law at Queen Mary, University of London³⁰³. La Declaración presenta los siguientes fundamentos para reevaluar la interpretación del test de tres pasos para la implementación y comprensión de las excepciones y limitaciones impuestas a derechos de autor:

- *el interés público* [de protección de derechos de propiedad intelectual] *sólo se ve verdaderamente servido si el derecho de autor ofrece incentivos apropiados para todas las partes involucradas.*

³⁰³ Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb (Max Planck Institute for Innovation and Competition). *Declaration on a Balanced Interpretation of the Three Step Test in Copyright Law* de la autoría de Christophe Geiger, Jonathan Griffiths y Reto M. Hilty. La información sobre dónde se publicaron las distintas versiones idiomáticas en: <http://www.ip.mpg.de/de/publikationen/details/declaration-on-a-balanced-interpretation-of-the-three-step-test-in-copyright-law.html>. La versión en castellano en: http://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/forschung_aktuell/01_balanced/declaration_three_step_test_final_spanish1.pdf. Acceso a ambas páginas el 26.06.2017. Véase: Carter (2009: 332).

- *el derecho de autor debe acomodar los intereses de los titulares originarios (como los creadores) y los intereses de quienes adquieren derechos a raíz de la comercialización o explotación de la obra (en adelante, titulares subsiguientes).*
- *en ocasiones, los respectivos intereses de creadores y titulares subsiguientes pueden entrar en conflicto; por ejemplo, las limitaciones y excepciones casi siempre chocan con el objetivo de los titulares subsiguientes de obtener el máximo beneficio por sus inversiones y, sin embargo, en determinadas circunstancias, pueden favorecer los intereses de los creadores. Ello es especialmente cierto en aquellos sistemas jurídicos que sujetan la aplicación de las excepciones y limitaciones al pago de una compensación adecuada, de la cual participa obligatoriamente el creador.*
- *El interés público no queda bien servido si el derecho de autor, al establecer los incentivos para los titulares, desatiende los intereses más generales de los individuos y colectivos que componen la sociedad. Cuando se produce una fricción entre los intereses de los titulares y los del público en general, es necesario hacer un esfuerzo para equilibrarlos. Este equilibrio de intereses es un objetivo general de la normativa de propiedad intelectual, tal como se recoge en el Art.7 ADPIC y en el Tratado de Derecho de Autor de la OMPI, cuyo preámbulo enfatiza “la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular, en la educación, la investigación y el acceso a la información”.*
- *La necesidad de dar la misma consideración a los intereses de terceros viene confirmada expresamente en la Regla de los Tres Pasos aplicable a la propiedad industrial (Art. 17, Art. 26(2) y Art. 30 TRIPS).*
- *El interés público es especialmente claro cuando se trata de valores que justifican derechos fundamentales.*

En consecuencia, la Declaración concluye y recomienda que:

La Regla de los Tres Pasos debería ser interpretada de manera que se respeten los legítimos intereses de terceros, incluidos los siguientes:

- *Intereses derivados de derechos humanos y libertades fundamentales;*
- *Intereses en la competencia, especialmente en mercados secundarios; y*
- *Otros intereses públicos, en especial, el progreso científico y el desarrollo cultural, social o económico.*

El ver el derecho de autor y propiedad intelectual desde la perspectiva de impetuoso progreso tecnológico aplicable a los contenidos de cultura y conocimiento, que dinamiza el desarrollo socioeconómico de comunidades enteras, abre nuevas oportunidades para el florecimiento y la prosperidad en distintos campos (Okediji, 2006: 30) e inspira a muchas personas a participar en creación de sucesivos contenidos, invita a repensar y remodelar el orden jurídico en cuestión para hacerlo más adecuado al entorno digital (virtual) y estimulante para la SIC. Al tomar en consideración los provechos comunes que se nutren de la creación e innovación libres, se puede pensar en establecer las preferencias para el usuario en lugar de priorizar autores y sobre todo titulares secundarios, es decir productores y editoriales, que a menudo se apropian de la creatividad y originalidad de otros, partiendo de la reforma centrada en reemplazar las excepciones a los derechos de autor por el reforzamiento de los derechos del usuario (Mazziotti, 2008: 287; Cohen, 2005). Actualmente el sistema parte de los derechos de autor (es la base y el principio rector, se protege a los creadores) y después declara ciertas excepciones y limitaciones que ni siquiera son derechos del usuario sino más bien las libertades, las cesiones de ciertas partes de derechos citados a favor del usuario que le permiten realizar actos (usos de obras protegidas) determinados con precisión sin necesitar pedir permiso al titular.³⁰⁴ Aunque la otra perspectiva que se enfocaría en el

³⁰⁴ A base de la jurisprudencia francesa detalladamente presenta el tema Helberger (2004 y 2005) de la Universidad de Ámsterdam (IViR: Institute for Information Law) y después en el contexto más amplio

usuario otorgándole ciertos derechos y, por consiguiente, reivindicaciones conllevaría a la necesidad de implementar un cambio profundo y sistémico de la estructura y los fundamentos del derecho de autor, la cuestión ha sido apuntada en muchas ocasiones, incluso por los organismos oficiales como el Parlamento Europeo (A4-0248/98, ítem: 5), aunque de momento sin debate concluyente.

A los frutos comunes del libre acceso a los contenidos de cultura y conocimiento se añade el aspecto del valor autónomo en sí del desenvolvimiento de la personalidad del ser humano que se apoya en el acceso posiblemente libre y pleno a estos recursos, así como en la posibilidad de trabajar en ellos y transformarlos para obtener nuevos conocimientos y crear nuevos contenidos de cultura y después compartirlos con los demás miembros de la SIC. Así que todo este proceso de aprovechamiento recíproco entre el creador y la sociedad, que persigue el interés público de la comunidad en su conjunto (Okediji, 2006), depende rigurosamente del grado de permiso de utilización lícita de los contenidos protegidos que se determina, en el actual sistema jurídico del derecho de autor, por las excepciones insertadas en dicho sistema.

En particular, el acceso ubicuo a distancia, potencialmente simple y amplio, a los contenidos, en gran medida ya digitalizados, y las herramientas (electrónicas) de lectura y procesamiento de estos, cada vez más fáciles y utilizables para todo el mundo, traslada la óptica hacia el derecho a la libertad de expresión de la persona y de este modo a los principios de derechos fundamentales y humanos (Carter, 2009). Sin el acceso a los contenidos de cultura y el conocimiento ligado inseparablemente a la facultad de utilizarlos para crear contenidos y conocimientos propios, en la época actual ya no es

del derecho comunitario de autor y de protección al consumidor Helberger y Hugenholt (2007) y Liu (2007).

posible la libre manifestación de la personalidad humana, el desarrollo de destrezas profesionales y la realización de ambiciones vitales del individuo.

El problema central del test de tres pasos como el examen básico para evaluar la implementación legislativa de excepciones y limitaciones a derechos exclusivos de autor y ceder de esta manera a terceros algunas modalidades de explotación de la obra protegida reside en el hecho de que los criterios que sigue dicho test no condicionan el establecimiento de excepciones con beneficios colectivos y el interés público (Carter, 2009: 317). Así, a falta del criterio del interés común no se incluye ningún contrapeso a los intereses de titulares de derechos a los cuales alude el test. Incluso si los intereses de creadores están en juego hay que observarlos desde la perspectiva más amplia, incluyendo la referencia al desarrollo del capital humano y social por lo que se creen las ventajas para el avance socioeconómico común a largo plazo (Gravais, 2005: 17).

3.4.4.Excepciones y límites relevantes para la educación escolar y universitaria

En cuanto al uso legalmente permitido de las obras protegidas por el derecho de autor sin la autorización del titular de los derechos según el § 60a UrhG se introducen unas facilidades esenciales para la enseñanza realizada por los centros educativos³⁰⁵ (las instituciones de formación) desde las etapas más tempranas (infantiles), cruzando por escuelas de cada tipo hasta las superiores (universidades), la educación vocacional y permanente, sin determinar el carácter jurídico, organizacional y patrimonial (privado o público) de la institución en cuestión (§ 60a.4 UrhG), es todo el marco educativo tal percibido por las normas comunitarias.

Entonces, la Ley alemana dicta lo siguiente. Sin restricciones se pueden reproducir, difundir y poner a disposición del público íntegras ilustraciones, artículos separados de diarios y revistas, otras breves obras y obras todavía no reeditadas / impresas correspondientes al proceso de enseñanza, salvo que sea con fines económicos

³⁰⁵ Estoy intentando ajustar el lenguaje del texto alemán al usado en la Ley española de Propiedad Intelectual y la Tarifa de CEDRO.

(§ 60a.2 UrhG). En relación con otras obras protegidas y, asimismo, sin fines económicos, para la ilustración de las actividades educativas está permitido reproducir, distribuir, poner a disposición o comunicar al público en otras formas los fragmentos de hasta el 15 por ciento de dichas obras para el personal educativo y los participantes de cursos (§ 60a.1.1 UrhG), para el personal educativo y los examinadores en el mismo establecimiento educativo / centro u organismo que ofrece formación (§ 60a.1.2 UrhG) y, por último, a terceros en cuanto esto sirve para presentar una conferencia o clase o para evaluar los efectos de enseñanza si se lo hace en el establecimiento / centro educativo (§ 60a.1.3 UrhG). Hay una limitación impuesta al uso lícito definido de manera citada (§ 60a.3.2 UrhG). Se trata, a grandes rasgos, de los manuales, es decir, no está permitida en escuelas la reproducción, distribución y comunicación pública de las obras que han sido editadas específicamente y deliberadamente para la enseñanza escolar y son señaladas adecuadamente, incluso si ya no se imprimen. Parece justificable que no se puedan reproducir los manuales de escuelas, sus editoriales no tendrían ningún negocio razonable. El homólogo de esta excepción del uso lícito se encuentra en 32.3.c TRLPI. Hay que destacar que en virtud del § 60h.2.1 UrhG no se aplica ninguna compensación colectiva o individual (canon / tarifa) relativa a la puesta a disposición en beneficio de los miembros del centro educativo u sus familias en cuanto se refiere al personal educativo y los participantes de cursos (de acuerdo con el § 60a.1.1 UrhG) y a terceros si esto sirve para presentar una conferencia o clase o para evaluar los efectos de enseñanza en el centro (de acuerdo con el § 60a.1.3 UrhG), salvo que sea la puesta a disposición del público general.

De cara al uso de los nuevos medios de comunicación en la enseñanza y el aprendizaje habría que decidir en qué grado la formulación del § 60a UrhG trata de las excepciones concernientes a la reproducción de los fragmentos de obras u obras completas en su caso para comunicarlos al alumnado, profesorado u otras personas nombradas por dicha disposición a través del aula virtual u otras modalidades de acceso electrónico a distancia. Acerca de este aspecto se pronuncia la Directiva InfoSoc en su

Preámbulo (ítem: 42) confirmando que se trata de excepciones o limitaciones correspondientes a “fines educativos o de investigación científica no comerciales incluida la educación a distancia”. Al seguir minuciosamente el lenguaje usado se puede plantear cierta duda al respecto, incluso si el acceso al contenido está protegido por contraseña (para asegurar el acceso al círculo determinado de personas), ya que básicamente las excepciones especificadas en la ley alemana se destinan *Zur Veranschaulichung des Unterrichts und der Lehre an Bildungseinrichtungen*, es decir, para ilustrar las actividades educativas (clases y conferencias) en los centros educativos. La cuestión tiene el carácter lingüístico. Habría que resolver si la fórmula citada constituye un conjunto homogéneo, es decir, si se trata de las clases y conferencias que sean organizadas y llevadas a cabo por los centros educativos, si más bien se trata de aquellas que tengan lugar en las instalaciones de las instituciones educativas: *an Bildungseinrichtungen* (la frase inicial del § 60a UrhG), aunque la norma del § 60a.1.2 UrhG, en contra de los ítems 1 y 3, se refiere al profesorado y alumnado de clases y conferencias en general, claramente sin imponer restricciones en cuanto a lugar donde se lleven a cabo.

La norma prescrita por la Ley española de Propiedad Intelectual (vigente desde 1.01.2015) regula de manera más clara el uso permitido para los fines educativos, precisando que se refiere a la educación impartida en centros (art. 32.3 TRLPI) y aclarando que se trata tanto de la enseñanza presencial como de la enseñanza a distancia (art. 32.3.a TRLPI). La claridad textual de las disposiciones concernientes a la extensión de reproducciones que se puedan realizar y distribuir entre los alumnos y la referencia directa a la educación a distancia mediante un campus (aula) virtual tienen el significado esencial para la seguridad jurídica de las instituciones involucradas en el proceso educativo. Así, a tenor del antiguo art. 32.2 TRPLPI (válido hasta 31.12.2014) en el ámbito de enseñanza (cumpliendo otras condiciones), el profesorado de la educación reglada no necesitaba “autorización del autor [...] para realizar actos de reproducción, distribución y comunicación pública de pequeños fragmentos de obras o

de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, excluidos los libros de texto y los manuales universitarios cuando tales actos se hagan únicamente para la ilustración de sus actividades educativas en las aulas”. Esta formulación resultó un litigio contra la Universidad Autónoma de Barcelona (UAB) por parte del CEDRO³⁰⁶, a causa de que las Universidades, también la Universidad de Barcelona y la Universidad Carlos III, fueron condenadas por infracciones similares, es que reproducían y difundían entre los alumnos en sus campus virtuales, sin autorización necesaria (licencias), los fragmentos de obras, incluso obras completas.

Al pretender resolver la incertidumbre alemana, pues la iniciativa de la enmienda tiene por objetivo primordial simplificar la utilización de obras protegidas y ajustar la ley a los actuales requisitos de la SIC (*Angeleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft*), no queda más remedio que apoyarse en la exposición de motivos del proyecto de ley (como el *soft law*). Entonces, el Gobierno explica sus intenciones de la manera siguiente³⁰⁷:

Las disposiciones también se aplican al aprendizaje apoyado electrónicamente (conocido como e-learning) y a la enseñanza a distancia a través de Internet (llamado distance-learning). Se permiten actos destinadas para ilustrar (aclarar / explicar) las materias de las lecciones / los cursos (lo que se enseña). Estas actividades pueden llevarse a cabo "en / durante" las lecciones, pero también antes o después. Por lo tanto, la disposición cubre asimismo la preparación a y

³⁰⁶ La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sec. 15), núm. 349/2014, de 29.10.2014 que confirmó en gran parte la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 2 de Barcelona, de 2.05.2013.

³⁰⁷ *Entwurf eines Gesetzes zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft* (Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetz – UrhWissG), Drucksache 18/12329, 15.05.2017, página 34: Zu § 60a (Unterricht und Lehre), Zu Absatz 1, 1. Begünstigte Einrichtungen: „Die Bestimmungen gelten auch für elektronisch gestütztes Lernen (sogenanntes E-Learning) und Fernunterricht über das Internet (sogenanntes). Erlaubt sind Handlungen zur Veranschaulichung „des“ Unterrichts. Die Veranschaulichung kann „im“ Unterricht erfolgen, aber auch davor oder danach. Daher erfasst die Vorschrift zum einen auch die Vor- und Nachbereitung der eigentlichen Unterrichtsstunden und zum anderen auch die Prüfungsaufgaben und Prüfungsleistungen, die im Verlauf und zum Abschluss des Unterrichts erstellt werden, sowie die Vor- und Nachbereitung von Prüfungen.“

el seguimiento de las lecciones mismas y también los deberes relativos al examen y el examen mismo a lo largo de la enseñanza y a su final.

En cuanto al sector específico de los cursos masivos abiertos en línea (MOOCs) a continuación de la exposición de motivos se indica que está permitida la puesta a disposición del público, la transmisión de contenidos para educación a distancia, por ejemplo, conferencias de los MOOCS (cursos en línea abiertos masivos)³⁰⁸.

A fin de facilitar el acceso a materiales suplementarios para la enseñanza y el aprendizaje la modificación de la Ley alemana del derecho de autor prevé (§ 60b UrhG) una simplificación para apoyar la elaboración de estos materiales. Esta vez, a cambio de remuneración (§ 60h.3 UrhG), aunque dentro del marco de uso lícito, es decir, sin previa autorización de los titulares de derechos, se permite a los productores de recursos educativos editar, distribuir y poner a disposición del público las colecciones de hasta 10 por ciento de obras protegidas ajenas, anteriormente publicadas, incluida la preferencia para los artículos, otros textos breves y obras fuera de venta (fuera del circuito comercial³⁰⁹) que se puedan incluir en su totalidad. Tales colecciones (manuales) de fuentes de materias de enseñanza tienen que estar integrados por textos de varios autores y ser exclusivamente destinados y adecuadamente etiquetados para la ilustración de asignaturas en centros educativos no comerciales. Al tomar en consideración las formas avanzadas tecnológicamente de recursos educativos, parece que esta disposición agrega el permiso de uso a todo el carácter tecnológico de colecciones allí definidas, a saber, manuales (libros), audios, videos y otro tipo de multimedios, aunque no se lo precisa ni en el texto del precepto mismo ni en la exposición de motivos presentada para justificar la enmienda. Sin embargo, se destaca

³⁰⁸ *Entwurf* ..., ibídem, página 35: 2. Zulässige Nutzungshandlungen (otros actos del uso).

³⁰⁹ „fuera del circuito comercial“ es el término que se usa en el art. 7 de la Propuesta de 14 de septiembre de 2016 de Directiva sobre los derechos de autor en el mercado único digital (COM(2016) 593). La definición precisa se encuentra en el art. 7.2 “Se considerará que una obra u otra prestación está fuera del circuito comercial cuando la totalidad de la obra u otra prestación, en todas sus traducciones, versiones y manifestaciones, no está a disposición del público a través de los canales comerciales habituales y no pueda esperarse razonablemente que lo esté.”

en el documento del Gobierno alemán³¹⁰ que mediante esta regulación se implementa el art. 5.3.a de la Directiva 2001/29/CE (InfoSoc) que dispone lo siguiente:

Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones a los derechos a que se refieren los artículos 2 y 3 [...] cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica, siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor, y en la medida en que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida.

Como los artículos 2 y 3 de la Directiva aluden a todo tipo de obras, actuaciones, fonogramas y películas, se puede concluir que también las colecciones pueden integrar sus fragmentos. Al margen hay que señalar que sobre el mismo precepto de la Directiva se erigen otras excepciones relevantes para la enseñanza y la investigación.

En gran medida, el art. 32.3 TRPLI introduce las excepciones homólogas correspondientes a la ilustración de las actividades educativas, en la enseñanza presencial y a distancia, o con fines de investigación científica, que se aplican bajo las condiciones de que se trate de reproducción, distribución y comunicación pública de pequeños fragmentos de obras ya divulgadas que no sean manuales (libro de texto, manual universitario o publicación asimilada) o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, estos actos se realicen sin fines comerciales y se indiquen el nombre del autor y la fuente. Por “manual” se entiende cualquier publicación, impresa o susceptible de serlo, editada con el fin de ser empleada como recurso o material del profesorado o el alumnado de la educación reglada para facilitar el proceso de la enseñanza o aprendizaje y “pequeño fragmento de una obra” es un extracto o porción cuantitativamente poco relevante sobre el conjunto de estas formas. En el caso de realización de actos indicados del uso lícito de pequeños fragmentos de obras protegidas sin autorización de los titulares para la ilustración con fines educativos los autores y

³¹⁰ Entwurf ..., ibídem, página 36: Zu § 60b (Unterrichts- und Lehrmedien).

editores no tienen derecho a remuneración. Por lo contrario, según el art. 33.4 TRPLI, los autores y editores tienen derecho a remuneración cuando se trate de reproducción parcial, es decir, un capítulo de un libro, artículo de una revista o extensión equivalente respecto de una publicación asimilada, o extensión asimilable al 10 por ciento del total de la obra o publicación, impresa o susceptible de serlo, resultando indiferente a estos efectos que la copia se lleve a cabo a través de uno o varios actos de reproducción, de distribución y de comunicación pública de estas reproducciones, bajo la condición de que los actos se realicen para la ilustración con fines educativos y de investigación científica, en las universidades o centros públicos de investigación, por su personal y con sus medios e instrumentos propios y exclusivamente para los alumnos y personal docente o investigador o permitiéndoles a ellos el acceso a distancia.

Para la aplicación de excepciones y limitaciones otorgadas al ámbito educativo y científico es crucial lo que explica el Preámbulo a la Directiva InfoSoc (ítem: 42), que ellas se deban referir a cualquier institución de actividad educativa no comercial en el sentido de que se trate de la actividad en sí, entonces la estructura institucional y los medios de financiación de la institución no son los factores decisivos a este respecto. Al tomar en consideración los nuevos modos de enseñanza y aprendizaje ofrecidos por distintas instituciones para la formación continua a lo largo de la vida que se está haciendo el factor condicionante para el mantenimiento de capacidades laborales y profesionales por parte del individuo, esta indicación juega un papel de cada vez mayor importancia para el funcionamiento de dichas entidades.

En suma, los legisladores están conscientes de la importancia de la cuestión de acceso al material auxiliar (aparte de los manuales) ilustrativo para apoyar el proceso de enseñanza, incluidas las vías de acceso más avanzadas, a través de colocación y comunicación digital a distancia. Al tomar en consideración el objetivo del mejoramiento de la formación y de las capacidades profesionales y laborales del ser humano a través de actividades educativas y científicas se establece una relación equilibrada entre los intereses de la sociedad en común enfocados en el desarrollo del

capital humano y social apoyados por el avance científico y los intereses de los titulares de derechos de autor. Para facilitar el proceso educativo y de investigación se permite el acceso en un grado relativamente amplio, aunque restringido por la finalidad definida, de fragmentos determinados de obras protegidas u obras breves enteras (artículos) sin autorización necesaria de los titulares, decidiendo sobre qué situaciones requieren que se asegure una remuneración equitativa a los titulares y cuáles están exentas de esta.

3.4.5.Excepciones y límites relevantes para la investigación científica

A fin de mantener y estimular la investigación científica el legislador alemán introduce las preferencias significativas para el uso de obras protegidas por el personal científico. Por estos actos de explotación generalmente se prevé la compensación equitativa a los autores. Así, según la Ley alemana (§ 60c.1 UrhG), en relación con la investigación científica no comercial, no es necesaria la previa autorización para la reproducción, distribución y puesta a disposición de hasta el 15 por ciento de la extensión de la obra para el determinado círculo del personal investigador y evaluador para su uso personal relacionado con la investigación realizada y para el personal que supervise (monitoree) la calidad de la investigación. Aparte de esta disposición general se permite para la investigación propia la reproducción de hasta el 75 por ciento de una obra (§ 60c.2 UrhG), luego, las copias no se pueden distribuir de ninguna forma. En ambos casos está permitido el uso completo de ilustraciones, artículos, otros textos breves y obras agotadas (§ 60c.3 UrhG).

Al ámbito similar de aplicación con la vista en la investigación científica se refiere el art. 32.4 TRLPI que establece el permiso de reproducción parcial, distribución y comunicación pública de obras o publicaciones, impresas o susceptibles de serlo, con fines educativos y de investigación científica. Se trata de tales partes de obras como un capítulo de un libro, un artículo de una revista u otra publicación que los integra, o una extensión de hasta el 10 por ciento del total de la obra. Dicho permiso se limita a los actos que se realicen en las universidades o centros públicos de investigación, por su

personal y con sus medios e instrumentos propios y, a grandes rasgos, la distribución de las copias se efectúe exclusivamente entre los alumnos y el personal docente o investigador del mismo centro en el que se efectúa la reproducción, incluido el acceso electrónico a distancia restringido al círculo definido de personas. Los autores de obras serán compensados por estos actos. Sin compensación se quedan los actos de reproducción y distribución realizados por el personal de dichas instituciones en sus funciones de investigación científica de pequeños fragmentos de obras que sirvan únicamente para las actividades científicas y en la medida justificada por la finalidad no comercial, excluidos los manuales (art. 32.3 TRLPI).

3.4.6. Minería de textos y datos (TDM) con fines de investigación científica

El legislador alemán ajusta además el marco de las disposiciones correspondientes al uso reglamentariamente lícito de las obras protegidas a los avances tecnológicos del procesamiento automático de contenidos (datos y textos). La Propuesta de Directiva sobre los derechos de autor en el mercado único digital del día 14 de septiembre de 2016 (COM(2016) 593) define (art. 2.2):

«minería de textos y datos»: cualquier técnica analítica automatizada para analizar textos y datos en formato digital a fin de generar información sobre pautas, tendencias o correlaciones

El problema principal de la minería de datos (TDM por sus siglas en inglés, text and data mining) relativo al ámbito del derecho de autor corresponde al hecho de que para realizar un rastreo de una pluralidad de contenidos a efectos de identificar y agregar las informaciones específicas (metadatos), extraer algunas pautas o patrones y descubrir las relaciones y estadísticas y de esta manera conseguir nuevos conocimientos hace falta copiar (reproducir) estos contenidos, incluso transformar su formato informático, para que sean legibles por la máquina y esta fase de investigación choca con las normas tradicionales del derecho de autor que prohíben este tipo de prácticas, incluso a corto plazo, sin autorización de los titulares de derechos.

Hay que partir de la propuesta de la Directiva sobre los derechos de autor en el mercado único digital (COM(2016) 593) donde el art. 3.1 titulado *Minería de textos y datos* obligaría (si la propuesta entrara en vigor) a los Estados que se establezca una excepción con respecto a las reproducciones y extracciones realizadas por organismos de investigación con el fin de proceder a la minería de textos y datos de obras u otras prestaciones a las que tengan acceso legítimo con fines de investigación científica, sin poder limitarla de modo contractual.

Encima de esta propuesta en proceso prolongado de legislación de modificación de la Directiva InfoSoc, cuando se procesa una base de datos con las tecnologías de la minería de datos se pueden aplicar ciertas regulaciones de la Directiva vigente 96/9/CE sobre la protección jurídica de las bases de datos (Triaille, 2014: 33-40). Con respecto a la Ley alemana, a esta situación se refiere el § 60d.2 UrhG. Como se trata de situaciones en las que el interesado posee y usa la base de manera legal, la norma antedicha solamente precisa lo que dicta la disposición concerniente a la protección de bases de datos (§ 55a UrhG), siguiendo el art. 6.1 de la Directiva 96/9/CE, a saber, el propietario legítimo de la base o su copia puede utilizarla también para el análisis tipo TDM dentro del marco de la utilización normal (usual). Aparte de esta regulación general, la Ley alemana confirma y ajusta al marco actualizado las excepciones ya anteriormente aplicables para el uso legítimo de bases de datos para los fines de enseñanza e investigación no comerciales (nueva formulación del § 87c.1 ítems 2 y 3 UrhG), que surgen del art. 6.2b de la Directiva 96/9/CE.

Al introducir el § 60d UrhG, el legislador germano anticipa la implementación de la excepción incluida en la citada propuesta de la Directiva (COM(2016) 593) precisando ciertos aspectos técnicos del acto. Entonces, para realizar una investigación científica, persiguiendo los fines no comerciales, está permitido reproducir el material fuente, incluidas las modalidades automáticas y sistemáticas, en particular mediante la normalización, estructuración y categorización (supuestamente se trata también del cambio de formato) para crear una colección de materiales (*Corpus*) y ponerla a

disposición de un cirulo determinado de personal investigador o evaluador a fin de analizarla. Una vez concluida la investigación, la colección y las reproducciones que la integran deben borrarse, a menos que no se envíen para el archivo a largo plazo en bibliotecas o archivos.

Aunque los cambios en la Directiva comunitaria están a la espera de introducirse, las legislaciones nacionales de algunos Estados han afrontado el asunto ya hace un tiempo. Así, por ejemplo, se emitieron las disposiciones respectivas en Irlanda y Japón (Triaille, 2014: 29), en el año 2014 en Reino Unido y en septiembre de 2016 en Francia (Johnson, 2016: 4). Johnson y colaboradores en *Text and data mining in higher education and public research. An analysis of case studies from the United Kingdom and France* (2016: 3) presentaron un detallado análisis que confirma claras ventajas y beneficios científicos y económicos que salen de la implementación reglamentaria de excepciones y permisos relevantes para el desarrollo y la utilización de tecnologías de la minería de datos en el procesamiento de bases de datos y obras protegidas.

3.4.7. Bibliotecas, archivos, museos, fonotecas, filmotecas e instituciones educativas públicas

Debido a las TIC y nuevos formatos y soportes de contenidos avanzados tecnológicamente: libros, revistas, páginas de Internet, audios, videos y todo tipo de contenidos multimedia y cada vez mayor volumen de información, las bibliotecas, como grandes almacenamientos y centros del procesamiento y puesta a disposición del público de cualquier clase de recursos de cultura, experimentan cambios profundos en su funcionamiento. A la vez surgen totalmente inéditas oportunidades de intercambiar los recursos, reproducirlos, analizarlos, catalogarlos, explorarlos y hacerlos accesibles a distancia a cualquier persona de cualquier lugar.

El significado de las bibliotecas, así como otras instituciones de promoción de cultura, de apoyo a la educación y de la conservación del patrimonio cultural, para la sociedad ha sido reconocido en las políticas públicas desde hace mucho tiempo. El

Parlamento Europeo se pronunció muy extensamente al respecto en su resolución de 23 de octubre 1998 sobre el papel de las bibliotecas en la sociedad moderna (A4-0248/98) y no fue la primera declaración de las instituciones comunitarias relacionada con dicha materia. El PE delibera sobre tales cuestiones como la digitalización de los recursos que existen en formas tradicionales de papel, la recogida de los e-contenidos, la protección del legado cultural (letras X y Y), así como la cooperación y el intercambio de contenidos entre las bibliotecas, colocándolas en el amplio contexto de la fundamentación de la sociedad de la información: la sociedad cognitiva, de la educación y formación permanente, la sociedad del crecimiento, la competitividad y el empleo.

En varios puntos de sus consideraciones el PE recoge los factores cruciales que condicionen el acceso libre y factible del ciudadano al conocimiento, aunque la Resolución se centra en la función de las bibliotecas, está claro que en términos generales la accesibilidad de los contenidos de cultura y conocimiento determina el funcionamiento de la SIC y su porvenir. Entonces, (letra A, E, G, J y K):

- *el tener y el saber utilizar la información constituyen un factor de integración económica, social y cultural y que, por lo tanto, es conveniente organizar y garantizar el libre acceso de los ciudadanos a la información,*
- *debido a los cambios en la tecnología de las comunicaciones, una cantidad cada vez mayor de información y de cultura se encuentra en las redes o en otras formas digitales y que debe garantizarse el acceso a la misma*
- *las bibliotecas y los servicios de información desempeñan un papel insustituible y creciente en la organización del acceso al conocimiento, en un contexto de multiplicación de medios de comunicación.*
- *los bibliotecarios profesionales están especialmente capacitados para el tratamiento y la gestión de la información, lo que permite el acceso y el empleo de la información por parte de todos los ciudadanos, lo que resulta*

aún más importante en una sociedad de la información en la que cada vez adquiere más importancia la informática,

- *las bibliotecas escolares y universitarias apoyan la tarea de enseñanza y educación como uno de los elementos más importantes de sus propias comunidades, ya que en las escuelas se adoptan métodos de enseñanza basados en la búsqueda independiente de información por parte de los estudiantes; estos métodos son también característicos de la cada vez más frecuente educación de adultos, por lo que las bibliotecas constituyen también un importante servicio de apoyo a la formación a lo largo de toda la vida.*

Al tener en cuenta que las reflexiones del PE provienen del principio de la era digital, ellas resultan muy visionarias en su descubrimiento e indicaciones correspondientes al sucesivo desarrollo de la SIC, por ejemplo, se pronosticó acertadamente el trayecto hacia que (letra D):

se puede construir una red [...] para el intercambio de conocimientos y de cultura, próxima a todos los ciudadanos, y una de cuyas tareas básicas es ofrecer a la ciudadanía activa una información básica imprescindible al alcance de todos independientemente del lugar de residencia, el nivel de formación o la situación social; de esta forma, contribuyen a construir una sociedad de la información democrática, abierta y transparente.

Para alcanzar estos objetivos, a partir del desarrollo de las bibliotecas, el PE destacó (letra D y después ítem: 5) la necesidad de introducir en el derecho de autor comunitario, es decir, por aquel entonces el proyecto de la directiva:

Las excepciones a los derechos exclusivos de reproducción y comunicación al público en lo relativo al empleo con el mero objetivo de ilustración de la enseñanza o la investigación científica, en la medida en que así lo justifique la finalidad no comercial que desea alcanzarse y al empleo con carácter no

comercial, en favor de las personas discapacitadas visual o auditivamente, debiendo preservarse un justo equilibrio de derechos e intereses.

Entonces, nos preguntamos en qué forma finalmente aparecieron en la Directiva 2001/29/CE las excepciones otorgadas a las bibliotecas y archivos. Al ojear su art. 5.2 correspondiente a la materia en cuestión se puede observar una referencia al concepto de reproducción de la obra protegida anticuado frente a las tecnologías avanzadas actuales de tratamiento de textos y otros contenidos. Así, la norma comunitaria antedicha dicta que, en relación con actos específicos de reproducción efectuados por bibliotecas, centros de enseñanza o museos accesibles al público, o por archivos, que no tengan intención de obtener un beneficio económico o comercial directo o indirecto, se pueden establecer excepciones o limitaciones al derecho de dicha reproducción, ya sea directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de la totalidad o parte de la obra. Al tomar en consideración la función prioritaria de tal institución, aparte del mero almacenamiento de recursos de cultura, que es la puesta de los recursos a disposición del público más amplio posible, el precepto antedicho no se puede leer sin las regulaciones que surgen de la Directiva 2006/115/CE sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual. Como en el caso de otros modos de explotación de la obra protegida se otorga el derecho a decidir sobre alquiler y préstamo a titulares correspondientes. Sin embargo, en el art. 6 se dispone que se pueden establecer excepciones a este derecho exclusivo concernientes a los préstamos públicos siempre que los autores obtengan al menos una remuneración por esos préstamos, cuyo importe pueda ser determinado libremente por los Estados al considerar los objetivos de promoción cultural. Siempre se trata de la puesta a disposición, para el uso de la obra, por tiempo limitado, a través de las instituciones accesibles al público y sin beneficio económico o comercial directo ni indirecto, así es el préstamo en el sentido del art. 2.1.b de la normativa citada, con plena aplicación para las bibliotecas y archivos públicos. Así, por ejemplo, el art. 37.2 TRLPI hace uso del favor de la promoción cultural y

exime del requisito de remuneración a los establecimientos públicos que presten libros en municipios de menos de 5.000 habitantes, así como a las bibliotecas de las instituciones docentes integradas en el sistema educativo español.

Ante el ya señalado con anterioridad avance tecnológico del funcionamiento de bibliotecas surgió la cuestión de cómo tratar la puesta a disposición de los recursos digitalizados (e-libros). Fue el TJUE que tuvo que pronunciarse al respecto, lo hizo en la Sentencia de 10 de noviembre de 2016 en el asunto C-174/15 (Vereniging Openbare Bibliotheken v Stichting Leenrecht). El Tribunal concluyó que:

el concepto de «préstamo», enunciado en las disposiciones [de la Directiva 2006/115/CE], abarca el préstamo de una copia de un libro en forma digital, cuando ese préstamo se realiza cargando dicha copia en el servidor de una biblioteca pública y permitiendo que el usuario interesado la reproduzca por descarga en su propio ordenador, entendiéndose que sólo puede descargarse una copia durante el período de duración del préstamo y que una vez transcurrido ese período la copia descargada por ese usuario deja de ser utilizable por éste.

El legislador nacional está libre de decidir si impone la condición de que el libro digitalizado “haya sido comercializado mediante una primera venta u otra primera forma de transmisión de la propiedad de esa copia en la Unión Europea por el titular del derecho de distribución al público o con su consentimiento” y de que se haya adquirido de la fuente legal.

En cuanto al derecho nacional, para ajustar las disposiciones jurídicas a las oportunidades que se den por las TIC y apoyar de esta manera el funcionamiento adecuado y útil de tales instituciones públicas como bibliotecas, archivos, museos, instituciones educativas y del ámbito de cine y sonido (§ 60e.1 y 60f.1 UrhG), el legislador alemán les permite reproducir las obras que provienen de sus colecciones o exhibiciones para ponerlas a disposición, indexarlas, catalogarlas, preservarlas y restaurarlas, incluso más de una vez y (es importante para la digitalización) hacer

injerencias (alteraciones) técnicas necesarias (§ 60e.1 UrhG). El alcance del uso legítimo en forma del préstamo que confirma la normativa es muy amplio, así se refiere a la obra restaurada, copias de los diarios, obras fuera de venta (edición agotada / fuera del circuito comercial) y obras dañadas (§ 60e.2 UrhG). A este marco del préstamo permitido por las instituciones públicas sin fines de lucro se suma la norma general del § 27 UrhG que establece la remuneración equitativa para el autor por el préstamo de sus obras. Con fines de investigación personal o estudios privados se puede poner a disposición del público de cada obra de la colección mediante terminales ubicadas en las instalaciones de la biblioteca o el archivo (§ 60e.4 UrhG), por eso hay que abonarle al autor una tasa fija (§ 60h.3 UrhG). Siguiendo esta idea (§ 60e.1 UrhG), la biblioteca puede facilitar tal acceso *in situ* a la obra también en forma de una reproducción digitalizada, que no incluye en general el acceso a distancia. El acceso a distancia a e-libros está permitido en forma del préstamo en virtud del § 27 UrhG y a tenor de la Sentencia C-174/15 del TJUE.

La Ley española de Propiedad Intelectual manifiesta claramente en el art. 37.1 que para fines de investigación o conservación está permitida la reproducción de las obras, cuando aquellas sean realizadas sin finalidad lucrativa por los museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos de titularidad pública o integradas en instituciones de carácter cultural o científico. Las mismas instituciones de titularidad pública o que pertenezcan a entidades de interés general de carácter cultural, científico o educativo sin ánimo de lucro y, además, las instituciones docentes integradas en el sistema educativo español pueden realizar los préstamos de las obras (art. 37.2 TRPLI), a cambio de remuneración establecida por el Real Decreto a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual. Asimismo, se permite con fines de investigación la puesta a disposición de personas concretas del público de obras de las propias colecciones en forma de acceso a través de terminales ubicadas en los establecimientos de las instituciones, excepto que esté en contra de las condiciones

de adquisición o de licencia. Por esa actividad el autor percibirá una remuneración equitativa (art. 37.3 TRPLI).

De esta manera los legisladores intentan, sin ingerir abusivamente en los derechos exclusivos de los titulares, posibilitar el acceso a los contenidos de cultura al público más amplio posible a través de las instituciones especializadas, manteniendo el equilibrio entre la explotación de la obra dentro del marco permitido, es decir, sin consentimiento adicional de dichos titulares, en favor del interés público de diseminación de conocimientos y textos de cultura, y asegurando a la vez a los titulares una compensación equitativa.

A la luz del interés público del acceso más amplio posible a los contenidos de cultura para estimular el desarrollo personal, intelectual y espiritual del individuo, aportar a su formación, sus competencias profesionales y laborales y fomentar la investigación, la creatividad y la innovación se plantea una cuestión inquietante del acceso a los libros, otros textos cuya edición está agotada y en general a los contenidos que ya no son accesibles en el mercado, ya sea por compra o alquiler. En tales circunstancias, parece que las bibliotecas u otras instituciones que acogen las colecciones de contenidos de cultura de distinto carácter son las únicas instituciones que puedan facilitar el acceso a ellos mediante la realización de reproducciones de tales obras y su puesta a disposición al público, incluso mediante los medios avanzados de comunicación, así que prevalece el interés público sobre el interés de los titulares de derechos puesto que ellos ya no se benefician de la distribución o la comunicación pública de la obra, aunque se les debería asegurar una remuneración. En relación con el acceso a las obras agotadas (fuera de venta), a modo de ejemplo, la Ley del derecho de autor alemana regula que (§ 60e.2 UrhG):

Se permite prestar las obras restauradas, así como reproducciones de periódicos, de obras agotadas o destruidas (Verleihen dürfen sie restaurierte Werke sowie Vervielfältigungsstücke von Zeitungen, vergriffenen oder zerstörten Werken)

Son las bibliotecas y los archivos los que ejercen sus funciones sin ánimo de lucro a los cuales se les permite reglamentariamente hacer reproducciones de cualquier medio del tipo listado de obras, incluso más de una copia, para ponerlas a disposición del público (§ 60e.1 y 60f.1 UrhG). Por consiguiente, en virtud de la disposición citada pueden prestar las reproducciones, asimismo si son las copias digitalizadas. En este caso la Sentencia C-174/15 del TJUE sirve analógicamente, la misma se refiere al préstamo concreto de e-libros, pero la cuestión sustancialmente atañe al significado del término “préstamo” y se concluye que este también cubre el formato digital. De esta manera el legislador garantiza el acceso público a las obras a las que, por un lado, se les otorga la continua protección del derecho de autor (dentro del periodo de tiempo prescrito), pero por el otro ya no son fácilmente accesibles en el mercado por cualquier razón, ya sea la falta de interés de la editorial o el propio autor para reeditarlas, manteniendo el derecho de los titulares a remuneración equitativa. Así, en la era digital la accesibilidad de las publicaciones agotadas o periódicos que por su naturaleza se “agotan” en un periodo de tiempo muy corto se puede ampliar significadamente, beneficiando de esta manera a todo interesado, lo que le permite a él cumplir sus objetivos personales, formativos, profesionales o científicos, es decir, se facilita a toda persona de cualquier lugar el acceso a distancia a estas publicaciones transformadas en formatos digitales.

En suma, en este contexto del derecho de autor esbozado hace poco que es muy preciso y riguroso se plantea la cuestión de cómo se encuentran los postulados pronunciados en la Comunicación de la Comisión de 30 de septiembre de 2005 titulada “i2010: bibliotecas digitales” [COM (2005) 465] entre los cuales se apunta que el patrimonio cultural, audiovisual y científico de Europa tiene que ser más accesible para todos, más fácil e interesante de utilizar y concretamente en el entorno en línea. Para alcanzar estos objetivos se deben fomentar la digitalización de los contenidos (libros u otros documentos) que previamente no tienen esta forma y la preservación y el almacenamiento de los recursos que desde el principio gozan del formato digital y facilitar su accesibilidad en línea. De ninguna manera estas metas son alcanzables sin

claras modificaciones pendientes de introducir en el derecho de autor. Sin cambios bien arreglados enfocados en una nueva regulación del funcionamiento de bibliotecas y archivos todas las directrices, aunque muy ambiciosas, se quedarán en el aire. En el caso de las obras huérfanas la Directiva 2012/28/UE sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas resuelve algunas dificultades. Dicha Directiva (art. 6.1) invita a los Estados miembros a introducir excepciones y límites a los derechos exclusivos de reproducción y puesta a disposición del público de obras huérfanas, aunque son disposiciones designadas exclusivamente a las instituciones de interés público, tales como las bibliotecas, los centros de enseñanza y los museos accesibles al público, además a los archivos, organismos de conservación del patrimonio cinematográfico o sonoro y organismos públicos de radiodifusión de misión pública, establecidos en los Estados miembros. El uso permitido realizado únicamente en el marco de la misión de interés público cubre la conservación y la restauración de las obras y la facilitación del acceso a las obras con fines culturales y educativos (art. 6.2).

A la vista de avances de las TIC que van potenciando y multiplicando las oportunidades de acceso a los recursos de cultura para todo el mundo, no se puede leer con entusiasmo que es la misma Unión Europea que ante World Intellectual Property Organization's Standing Committee on Copyright & Related Rights durante la sesión en Geneva entre los días 29 de junio y 3 de julio de 2015 bloqueó los progresos relativos a la elaboración e introducción de las disposiciones correspondientes a establecer un marco más eficaz para el funcionamiento de las bibliotecas y los archivos en la era digital a nivel global. Las propuestas sujetas al debate ante WIPO apuntaron hacia facilitar el intercambio transfronterizo de materiales, por consiguiente, un palpable efecto secundario de la postura de la UE es impedir a los países en vías de desarrollo que sigan igualando sus oportunidades en progreso científico y sociocultural con los demás. Desde la UE se declaró que ella estaba a punto de introducir una reforma interna

al respecto³¹¹. Eso sí era y sigue siendo verdad, aunque desgraciadamente están pasando años y dicha reforma no se ha realizado. Supuestamente, se trata de la futura implementación de la Directiva sobre los derechos de autor en el mercado único digital (COM(2016) 593, el día 26 de septiembre de 2018 aún en procedimiento). El art. 4 de ésta titulado *Utilización de obras y otras prestaciones en actividades pedagógicas digitales y transfronterizas* establece un marco relativamente reducido de aplicación de excepciones o limitaciones, sin cubrir los fines de investigación científica.

3.4.8.Reproducciones para los fines personales y el uso por las personas discapacitadas

Una de las modalidades más populares y cotidianas de efectuar el acceso a textos de cultura y conocimiento y su utilización posterior va por permitir hacer copias (reproducciones). En términos generales, según las regulaciones del derecho de autor hay dos inconvenientes que limitan este acto. Es decir, la norma no permite realizar reproducciones, o si lo autorizase, que sean solo para los fines de restaurar o archivar sin poder ponerlas a disposición del público, y la otra de naturaleza económica: hay que pagar por reproducir. El concepto de copia privada despierta mayor atención y preocupación en cuanto se trate de reproducción de material sonoro, visual y audiovisual para uso privado (Preámbulo Directiva InfoSoc 2001/29/CE, ítem 38).

Se establecen distintas regulaciones para diferentes ámbitos de aplicación con variados grados del uso lícito y modelos de remuneración de los titulares. Así, normalmente los fines educativos y científicos gozan de relativamente amplia autorización para reproducir fragmentos o incluso obras protegidas completas (artículos y otros textos breves y ediciones agotadas de obras). En estos casos el círculo de

³¹¹ *EU blocks progress on international copyright reform for libraries (again). EU's position impedes global research, says EIFL Director, Rima Kupryte.* Información de 13 de julio de 2015. Acceso el 29.06.2017 en: <http://eifl.net/news/eu-blocks-progress-international-copyright-reform-libraries-again>.

usuarios está reducido a determinadas personas implicadas. Estas materias las hemos descrito en los subcapítulos correspondientes.

A dichos entornos de aplicación se añade el que se refiere a la reproducción y transformación de las obras a fin de facilitar el acceso a ellas a personas discapacitadas. A que se introduzcan las preferencias particulares dirigidas a las personas que sufran una minusvalía invita el Preámbulo a la Directiva InfoSoc (ítems: 34 y 43) y lo precisa el art. 5.3.b del texto para suavizar o eliminar los obstáculos a la utilización de las obras en sí mismas, teniendo en cuenta el hecho de que a menudo hay que ponerlas a disposición de estas personas en formatos amigables. Del mismo asunto en referencia con las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso trata el Tratado de Marrakech de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), adoptado el 28 de junio de 2013, cuya finalidad es facilitar a estas personas el acceso a las obras publicadas, celebrado por la UE el 30 de abril de 2014³¹², de modo que es vinculante para todos los Estado miembros aunque exige que las normas adecuadas se implementen en el orden nacional. Para la plena efectividad de la norma lo importante es que abiertamente se permitan los cambios en la obra misma necesarios para hacerla accesible en el formato alternativo (art. 4.1.a).

Está patente que a las personas con discapacidades frecuentemente les resulta muy difícil disfrutar de las mismas oportunidades para cumplir sus necesidades intelectuales y emocionales, seguir sus aspiraciones profesionales, en general, desarrollar su personalidad y capacidades laborales, de modo que la introducción de medidas eficaces de favorecer la accesibilidad de los contenidos de cultura a ellas, al menos en algún grado, es indiscutible.

³¹² El asunto si “La Unión Europea tiene competencia exclusiva para la celebración del Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso, adoptado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) el 27 de junio de 2013.” fue sujeto al escrutinio del TJUE a pedido de la Comisión Europea. Tanto el Abogado General (Conclusiones de Sr. Nils Wahl del 8 de septiembre de 2016) como finalmente el TJUE (Dictamen 3/15 del TJUE de 14 de febrero de 2017) lo confirmaron.

Así, por ejemplo, las disposiciones correspondientes son introducidas por la Ley española de Propiedad Intelectual cuyo art. 31bis.2 TRPLI dicta que el uso lícito incluye “los actos de reproducción, distribución y comunicación pública de obras ya divulgadas que se realicen en beneficio de personas con discapacidad, siempre que los mismos carezcan de finalidad lucrativa, guarden una relación directa con la discapacidad de que se trate, se lleven a cabo mediante un procedimiento o medio adaptado a la discapacidad y se limiten a lo que ésta exige.” El homólogo de este precepto en la Ley alemana se encuentra en el § 45a.1 UrhG.

Encima de tales opciones particulares se hallan las soluciones más universales. Así, en el marco alemán cualquier usuario de una biblioteca o archivo durante una sesión y con fines no comerciales puede reproducir hasta un 10 por ciento de la obra, unas ilustraciones, artículos de prensa, otros textos breves u obras fuera de venta / fuera del circuito comercial (§ 60e.4 UrhG). El mismo 10 por ciento de la obra publicada y unos artículos de prensa se pueden reproducir a pedido individual (§ 60e.5 UrhG). Ambas circunstancias obligan a pagar remuneración equitativa (§ 60h.1 y 60h.3 UrhG) basada en las normas generales relativas a reproducción para los fines personales como un importe con cargo a los productores e importadores de aparatos y soportes de almacenamiento (§ 54-54c UrhG).

Aparte de esta situación específica de copias realizadas con fines no comerciales en las bibliotecas y archivos hay disposiciones generales que permiten a las personas naturales hacer una reproducción única, utilizando cualquier medio, para el uso estrictamente privado, asimismo sin fines comerciales, de las obras protegidas cuyos ejemplares o copias han sido legalmente producidos y puestos a disposición del público (§ 53.1 UrhG). Otros entes distintos de las personas naturales asimismo disponen de cierto grado de permiso para reproducir las obras con fines no comerciales y el marco del uso más limitado (§ 53.2-3 UrhG).

La Ley de Propiedad Intelectual en el art. 31.2 TRPLI otorga a las personas físicas el semejante grado de permiso para realizar la reproducción, en cualquier

soporte, sin asistencia de terceros, de obras ya divulgadas y adquiridas legalmente desde una fuente lícita, exclusivamente para su uso privado, no profesional ni empresarial, y sin fines comerciales directos o indirectos. La diferencia está en el punto que la ley alemana permite hasta que un tercero produzca la copia en papel o soporte similar y utilizando los aparatos reprográficos gratuitamente para el interesado autorizado para hacer la copia (§ 53.1 UrhG).

Los actos de reproducción para los fines personales (la copia privada) principalmente están sujetos al pago transmitido después a los titulares de derechos de autor para cumplir el requisito de la remuneración equitativa (el canon por copia privada). Hay varias opciones introducidas en diferentes países de cobrar esta remuneración a las personas autorizadas a realizar copias.

Como ya se ha explicado, Alemania impuso el pago a los productores e importadores de equipos, aparatos y soportes materiales que puedan servir para realizar reproducciones. El mismo tipo de medida se ha introducido en la ley polaca del derecho de autor³¹³ que determina que los productores e importadores de determinados aparatos y soportes tienen la obligación de pagar el 3 por ciento del importe por su venta en concepto de compensación a los titulares de derechos de autor y, además, se establece la estructura de reparto porcentual de la cuota recogida entre los interesados: autores, artistas, editores, etc. (art. 20). El precepto siguiente del art. 20¹ de dicha Ley obliga a los propietarios de aparatos reprográficos que prestan a los terceros los servicios comerciales de reproducción para los fines personales a pagar con la misma finalidad un 3 por ciento de la facturación.

Para las regulaciones nacionales que, basándose en la Directiva InfoSoc, por una parte, permiten la reproducción de obras protegidas para los fines personales (la excepción), y a raíz de esto introducen la obligatoriedad de compensar a los titulares de derechos por este tipo de uso permitido, lo más importante es que finalmente el pago lo

³¹³ Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. 1994 Nr 24 poz. 83, el texto consolidado Dz.U. 2017 poz. 880).

abone el usuario de la copia, aunque los legisladores nacionales mantienen el derecho de decidir sobre la forma, las modalidades de financiación y percepción y la cuantía de remuneración correspondiente. Así, en concreto, el TJUE explicó en el caso Padawan (C-467/08) que:

Se ajusta a los requisitos del «justo equilibrio» la previsión de que las personas que disponen de equipos, aparatos y soportes de reproducción digital y que, a este título, de derecho o de hecho, ponen esos equipos a disposición de usuarios privados o les prestan un servicio de reproducción sean los deudores de la financiación de la compensación equitativa, en la medida en que dichas personas tienen la posibilidad de repercutir la carga real de tal financiación sobre los usuarios privados. [Sin embargo] es necesaria una vinculación entre la aplicación del canon destinado a financiar la compensación equitativa en relación con los equipos, aparatos y soportes de reproducción digital y el presumible uso de éstos para realizar reproducciones privadas. En consecuencia, la aplicación indiscriminada del canon por copia privada, en particular en relación con equipos, aparatos y soportes de reproducción digital que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos a la realización de copias privadas, no resulta conforme con la Directiva 2001/29.

La sentencia citada se refirió a las disposiciones del antiguo art. 25 TRPLI, finalmente suprimido por la disposición adicional 10.1 del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre con efectos a partir de 01/01/2012, con la intención de establecer la base para la compensación equitativa por copia privada en un pago a cargo de los Presupuestos Generales del Estado. A lo largo de la vigencia del art. 25.6 TRPLI, los detalles los dictaba la Orden PRE/1743/2008, de 18 de junio, por la que se establece la relación de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada, las cantidades aplicables a cada uno de ellos y la distribución entre las diferentes modalidades de reproducción, que independiente del

asunto ante el TJUE, fue declarado nulo por la Sentencia del 22.03.2011 de Audiencia Nacional respectiva al recurso número 0000704/2008³¹⁴.

Entonces, a partir de 01/01/2015 se hizo vigente la nueva formulación del art. 25 TRPLI por la que se incluyó la norma actual que trasladó a los Presupuestos Generales del Estado el cargo de compensar a los titulares por copia privada. Esta solución también se cuestionó, aunque sigue vigente en la normativa. Así, el Tribunal Supremo presentó al TJUE (Auto de 10.09.2014, Recurso Núm.: 34/2013) A) las cuestiones prejudiciales preguntándolo si:

A) *¿Es conforme al art. 5.2.b) de la Directiva 2001/29 un sistema de compensación equitativa por copia privada que, tomando como base de estimación el perjuicio efectivamente causado, se sufraga con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, sin que resulte por ello posible asegurar que el coste de dicha compensación sea soportado por los usuarios de copias privadas?*

B) *Si la anterior cuestión recibiese una respuesta afirmativa, ¿es conforme al art. 5.2.b) de la Directiva 2001/29 que la cantidad total destinada por los Presupuestos Generales del Estado a la compensación equitativa por copia privada, aun siendo calculada con base en el perjuicio efectivamente causado, deba fijarse dentro de los límites presupuestarios establecidos para cada ejercicio?*

En la Sentencia de 9 de junio de 2016 en el asunto C-470/14 el TJUE resolvió que:

El artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de

³¹⁴ Aunque se declaró la nulidad del Decreto mismo el art. 25.6 estaba vinculante, luego el Tribunal Supremo en la Sentencia 84/2015 de 06.03.2015 concluyó que “La nulidad de la Orden Ministerial PRE/1743/2008 no priva de derecho a las entidades de gestión para reclamar la compensación por copia privada, mediante la aplicación de un canon a los dispositivos idóneos para realizar copias privadas de fonogramas protegidos por derechos de propiedad intelectual, en la forma y con las limitaciones previstas en el apartado 6 del art. 25 LPI. [...] La compensación equitativa surge de la introducción por el Estado español, en el art. 31.2 LPI, de una limitación al derecho de reproducción por copia privada.”

determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, debe interpretarse en el sentido de que se opone a un sistema de compensación equitativa por copia privada que, como el controvertido en el litigio principal, está sufragado con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, sin que resulte por ello posible asegurar que el coste de dicha compensación equitativa sea soportado por los usuarios de copias privadas.

De este modo el TJUE reafirmó la interpretación del art. 5.2.b de la Directiva InfoSoc de que es el usuario de la copia privada quien deba reembolsar el coste de la remuneración equitativa, dando, de esta manera, la orientación para establecer las medidas correspondientes.

Los temas de cómo equilibrar los intereses de los titulares de derechos y los usuarios, el alcance de excepción relativa a la reproducción para los fines personales, las formas efectivas de compensar a los titulares y la armonización transfronteriza de normas correspondientes llevó al informe del año 2013 elaborado a pedido de la Comisión Europea por António Vitorino titulado *Recommendations resulting from the mediation on private copying and reprography levies*³¹⁵ (*Recomendaciones resultantes de la mediación correspondiente a gravámenes por copia privada y reprografía*). Según el autor, la clave es fomentar licencias a medida para que los autores obtengan directamente la compensación y armonizar los sistemas nacionales de cobro por copia privada para que sean más transparentes y comprensibles para los usuarios (p.4). La recomendación principal de poner el énfasis en las licencias viene del hecho de que en lo que más se centra el Informe es la copia de contenidos audiovisuales, accesibles normalmente a través de un servicio de streaming o descarga, de modo que el usuario al pagar por la descarga entiende que puede copiar el contenido a todos los dispositivos

³¹⁵ Información de prensa de la Comisión Europea, *Mediation on private copying and reprography levies: António Vitorino presents his Recommendations to Commissioner Barnier*. Brussels, 31 January 2013, IP/12/1394, acceso el 28.06.2017 en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-80_en.htm?locale=en.

para escucharlo / verlo (p.6). Entonces, sería óptimo que los prestadores de servicios dentro de las licencias que firman pagaran también por el efecto de reproducir el contenido más de una vez. Por un lado, eso aleja las dudas jurídicas acerca de si el usuario actúa dentro de la excepción relativa a copia privada y por el otro, garantiza al titular que obtenga la remuneración adecuada a la utilización real de su obra. Sin embargo, esta solución es polémica, ya que amenaza con el que se duplique la compensación, puesto que el autor mantiene la idea de la presencia del sistema de cobro impuesto a los aparatos y soportes. Tampoco se entiende bien el concepto de que haya que trasladar el cargo de cobrar la remuneración de los productores e importadores (que son relativamente pocos) a los vendedores directos de aparatos y soportes (que son muchos), manteniendo la obligación de que los productores e importadores informen sobre el volumen de producción o importación. Lo rechaza también el PE en su resolución (2013/2114(INI), ítem:11). El concepto de centrarse, para recoger la remuneración relativa a copia privada, en los proveedores de servicios reprográficos en lugar de productores e importadores de máquinas es reconocido e introducido por muchas legislaciones.

Por su gran importancia, después de la publicación del Informe citado, el tema de los cánones por copia privada no se escapó de la mira del PE que se pronunció al respecto en la Resolución de 27 de febrero de 2014 sobre los cánones por copia privada (2013/2114(INI)) en la que se busca “el equilibrio entre los intereses de los creadores y los de los consumidores” y se señala que “todos los consumidores europeos deben tener derecho a realizar copias privadas de contenido adquirido legalmente” (ítem: 2). Entonces, el PE (ítem: 6):

Considera que el sistema de copia privada representa un sistema virtuoso y equilibrado entre la excepción relativa a la copia para uso privado y el derecho a remuneración equitativa de los titulares de derechos, y que resulta sensato mantenerlo, especialmente en aquellos casos en los que los titulares de los derechos no están en situación de autorizar directamente la reproducción en

múltiples dispositivos; opina que no existe a corto plazo ninguna alternativa a este sistema equilibrado.

A continuación, el PE (ítems: 9 y 10)

Opina que el canon por copia privada debe aplicarse a todo soporte y material que se use para la grabación y almacenamiento en el caso de que las copias privadas generen perjuicio a los creadores. Subraya que debe estar claramente definido el concepto de copia privada para todo material, y que el usuario debe tener acceso a contenidos protegidos por derechos de autor en todos los soportes tras un único pago

Para defender los intereses de los usuarios es muy importante armonizar las regulaciones nacionales y, para descartar cualquier posibilidad de doble pago en el caso de las transacciones transfronterizas, determinar patentemente dónde se cobra el canon, así que (ítems: 12 y 13):

[...] los cánones por copia privada se perciban en el Estado miembro de residencia del usuario final que ha adquirido el producto, de acuerdo con la sentencia dictada en el asunto C-462/09 (Opus) [y...] los cánones por copia privada para un mismo producto solo debe poder percibirlos una entidad de gestión colectiva de un Estado miembro una única vez, y que debe reembolsarse todo canon abonado de forma indebida en un Estado miembro distinto del correspondiente al usuario final.

Parece que la cuestión de la copia privada y sobre todo el sistema de recaudación y repartición del determinado gravamen para compensar a los titulares tiene mucho que ver con la financiación del desarrollo de contenidos de cultura percibido en términos más generales. La escala de problemas que conlleva el tema de la excepción a la copia privada es extensa. Así, el PE (ítems: 25-27):

Recuerda que la exención relativa a la copia privada otorga a los ciudadanos el derecho a copiar con total libertad sus documentos musicales y audiovisuales de un soporte o material multimedia a otro sin pedir autorización a los titulares de

derechos, siempre y cuando lo hagan para uso privado. [Aunque...] en la era digital, se debe permitir la aplicación de medidas técnicas de protección que restablezcan el equilibrio entre la libertad de hacer copias para uso privado y el derecho de copia exclusivo, [ellas...] no deben impedir la realización de copias por parte de los consumidores ni la remuneración equitativa de los titulares de derechos por la copia privada.

En definitiva, el PE identifica correctamente todo el conjunto de las dificultades correspondientes a la remuneración de los creadores, en el caso dado se trata de la copia privada, pero el tema en sí es de mucha más incidencia. Es que en la época cuando las maquinas reprográficas eran una rareza, incluso después, cuando se popularizaron los magnetófonos y aparatos de video analógicos, la primera grabación de un contenido y eventualmente las siguientes reproducciones no mantenían la misma calidad. De hecho, la copia privada de este tipo de contenidos por una parte no disminuía significativamente los ingresos de los titulares y, por otra parte, el canon al respecto funcionaba relativamente efectivo. Actualmente gracias a las tecnologías efectivas y baratas y la presencia ubicua de dispositivos de almacenamiento, grabación y reproducción, las prácticas de descargar, almacenar, grabar, reproducir y mover los contenidos entre distintos dispositivos para poder acceder a ellos en cada lugar (portabilidad) sin pérdida de calidad llenan la vida del individuo como comportamientos y actuaciones totalmente naturales y cotidianas sin los cuales no se puede disfrutar todas las oportunidades de las TIC que se dirigen precisamente a estos destinos como el valor crucial comercial de software y hardware. Entonces, el eventual rechazo de la copia privada digital significaría “te ofrecemos un dispositivo que puede hacerlo todo y tienes que pagar por esto, pero ten cuidado ya que utilizarlo será ilegal”.

A estas dificultades se suman las tecnologías de almacenamiento y acceso totalmente nuevas que eliminan poco a poco la necesidad de copiar los contenidos a distintos dispositivos. Se trata del almacenamiento en la nube, así con el progreso de calidad y velocidad de Internet y el acceso a ella desde cada rincón, simplemente se

puede almacenar una vez un contenido para su utilización privada posterior, así como usar en streaming la única copia, incluso la primera adquirida (sin ninguna duplicación). En estas circunstancias la demanda de los soportes irá disminuyendo. De esta manera desaparecerá la causa principal de gravarlos. El debate al respecto lo adelanta el PE, aunque no se atreve ir más allá del sistema actual tan criticado, de modo que (2013/2114(INI), ítem: 30):

[Hay que evaluar] *las repercusiones que tienen para el sistema de copia privada los servicios de computación en nube que ofrecen posibilidades de grabación y almacenamiento con fines privados, a fin de determinar si esas copias privadas de obras protegidas deberían tenerse en cuenta en los mecanismos de compensación de la copia privada y, en caso afirmativo, de qué manera.*

En cualquier caso, el actual sistema de recaudación de remuneración por copia privada ya hoy en día no es efectivo, todo lo contrario, es ineficaz y caro, involucra a muchas personas y entidades sin garantizar ninguna proporcionalidad a la utilización real ni de los aparatos y soportes ni de los contenidos mismos. Por otro lado, sin un derecho a copia privada relativamente extenso no se puede pensar en asegurarle al ciudadano el acceso pleno a los contenidos de cultura y conocimiento que condicione su vida diaria, potencie las oportunidades personales de su desarrollo intelectual y cultural, así como sus capacidades profesionales, luego constituye un factor decisivo para este y toda la sociedad siendo el elemento imprescindible de la SIC, al que no se puede oponer ningún legislador. Por lo tanto, la idea del Gobierno español de hacer la compensación a los titulares de derechos de autor por copia privada a cargo del presupuesto estatal no carece de mérito, es factible y conceptualmente lógica y justificable, aunque, a base de la normativa vigente comunitaria, está cuestionada por los Tribunales. La iniciativa de introducir este concepto universalmente exige el minucioso análisis y un giro revolucionario en la postura mental ante la materia en cuestión. En primer lugar, hay que darse una clara respuesta a la pregunta para qué sirve, de hecho, el canon por copia privada, si de verdad es una forma de pago por el uso real de contenidos protegidos, o

más bien una forma general de remunerar a los creadores por su trabajo. De implementarse, la solución propuesta en España y vigente hasta el momento permitirá abandonar el campo de batalla continua y costosa para todas las partes, a cambio de implementar un sistema de compensación a los creadores y autores barato en la gestión y administración y efectivo en el reparto de fondos que no produzca dudas jurídicas que se convierten en reiteradas discusiones y repetidos juicios, manteniendo y racionalizando a la vez los derechos de los usuarios.

3.5.Reforma comunitaria del derecho de autor y la conectividad electrónica (digital)

Ante el panorama ahora mismo esbozado se puede ver que casi cada Estado miembro de la UE trabaja en gran medida por cuenta propia en tratar ajustar las disposiciones jurídicas relativas al derecho de autor a las exigencias del entorno digital que está en cambio continuo, y obtener de este modo una ventaja socioeconómica, educativa y en relación con el área de investigación, pretendiendo al mismo tiempo encajarse en el marco de la normativa comunitaria, poco flexible y un poco obsoleta, y una pluralidad enorme de tratados internacionales de tal o cual fuerza vinculante, sin poder dejar a un lado los conceptos incluidos en el Convenio de Berna acordado a finales del siglo diecinueve (1886), aunque revisado y enmendado muchas veces hasta la versión vigente en forma de Acta de París del 24 julio de 1971 (enmendada el 28 de septiembre de 1979). Ni siquiera una eventual introducción de la directiva sobre los derechos de autor en el mercado único digital (COM(2016) 593) cambiará mucho ya que ella cubrirá solo unos aspectos muy limitados pendientes de resolverse a nivel comunitario. Aunque la UE en su conjunto sí se somete a ciertos acuerdos internacionales relativos a DPI³¹⁶, entre otros al Acuerdo sobre los Aspectos de los

³¹⁶ Desde el Tratado de Lisboa la UE (1 de diciembre de 2009) ya tiene una clara personalidad internacional que le permite ser parte como tal en los acuerdos internacionales. WCT hace referencia a la Comunidad Europea como la parte en este en su artículo 17.3 y WPPT en su artículo 26.3. Dichos Tratados ratificados por la UE y sus Estados miembros el 9 de diciembre de 2009 entraron en vigor para

Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC/TRIPS) de 1994, al Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT), al Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas ambos adoptados el 20 de diciembre de 1996 (WPPT) y al Tratado de la OMPI sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales del 24 de junio de 2012 y los propios Estados miembros son partes en estos y otros pactos, dicha circunstancia no puede paralizar que se reflexione sobre cambios profundos respondiendo a los desafíos de nuevos tiempos digitales y, sobre todo, nuevas aspiraciones de la SIC en su totalidad y de sus integrantes en particular.

Aunque sea muy atrevido aventurarse hacia un sistema plenamente unificado del derecho de autor, al menos en lo que se referirá al territorio de la UE, es decir, normalizado mediante un reglamento en lugar de una directiva por lo que se producen casi automáticamente esenciales diferencias y divisiones territoriales, ante el avance del espacio digital a nivel mundial, por su naturaleza transfronterizo, para el que Europa es solo un jugador entre muchos otros, no quedará más remedio que abordar este desafío, lo que, sin lugar a dudas, dinamizará la circulación de contenidos de cultura y conocimiento produciendo beneficios e incentivos económicos, intelectuales y espirituales para todas las partes involucradas: los creadores (autores, investigadores, innovadores, empresarios), los consumidores de bienes de cultura (los usuarios) y los Estados mismos debido al valor añadido a sus economías nacionales (e impuestos). Así, que se establezca un mercado único europeo de cultura y conocimiento, a la vez manteniendo la diversidad entre todos los portadores de valores culturales. El seguimiento del principio rector del desarrollo de la personalidad del ser humano y ciudadano europeo sustentaría absolutamente este concepto.

ella el día de 14 de marzo de 2010 (Información a la prensa, IP/09/1916, Notificaciones a la OMPI No. 76 y 78). WCT y WPPT en su conjunto a menudo se llaman en inglés “internet treaties”.

3.5.1. Digital Assembly 2016: La Asamblea digital de la Unión Europea

A medida que se encarna la presencia y la aplicación ubicua de las TIC se puede observar una enorme intensidad de implementación de varios proyectos por parte de las administraciones públicas e iniciativas de movimientos de la sociedad civil cuyas actividades se dirigen hacia extender la accesibilidad de los contenidos de cultura y conocimiento. Hay que tener en cuenta, que el espacio comunitario virtual incluye entre otros la e-economía, la e-educación, la e-ciencia y la e-cultura. Frente a las nuevas oportunidades de conectividad y accesibilidad no sorprende que Andrus Ansip, el vicepresidente de la Comisión Europea para el Mercado Único Digital, en el encuentro llamado *Digital Assembly 2016* en Bratislava (Eslovaquia³¹⁷) los días 28 y 29 de septiembre de 2016 durante la sesión plenaria del día 29 de septiembre³¹⁸ diera a la conectividad entre la gente la prioridad dentro de las tareas y labores legislativas llevadas a cabo por la Comisión.

Conviene destacar que al usar el término “mercado” en el contexto comunitario digital de hecho no se trata solamente de un mercado en el estrecho sentido económico sino todo lo contrario, de un espacio sin dominante carácter comercial, es decir, el lugar común donde se cruzan las transacciones e informaciones comerciales y comunicaciones privadas, donde viven y circulan realmente y virtualmente todos los ciudadanos europeos, se conectan digitalmente y disfrutan de los contenidos digitalizados. Este espacio virtual comunitario debe permitir y proteger los derechos digitales iguales para todo ciudadano, la libre difusión electrónica de datos, informaciones y contenidos³¹⁹, si hubiera restricciones deberían ser razonables y

³¹⁷ El periodo del 1 de julio hasta el 31 de diciembre de 2016 es el de la Presidencia eslovaca del Consejo de la UE.

³¹⁸ Digital Assembly 2016 Plenary: Live Stream, <https://www.youtube.com/watch?v=Nmex2dzGKcI>. A las grabaciones de todas las sesiones y talleres del evento se puede acceder directamente a través de YouTube o desde la página oficial de la UE: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/watch-live-digital-assembly-2016>. Acceso comprobado el 2 de octubre de 2016.

³¹⁹ Las distintas nociones se utilizan al hablar de la naturaleza del contenido de lo transmitido a través de la conexión electrónica. Aparecen tales nociones como: datos, informaciones, mensajes, comunicaciones,

precisamente justificadas. La descripción “único” que significa común y sin barreras, parece de momento una figura poco existente en relación con el e-espacio. En esto estamos más lejos de los “mercados” tradicionales, ya que visiblemente las limitaciones para el libre acceso a los recursos digitalizados (la información, los datos y contenidos) y su libre producción y circulación son mucho más restrictivas en el campo digital que cuando se trate de sus homólogas correspondientes a la circulación por la UE de la gente y los bienes.

En su discurso Andrus Ansip recalcó el claro respaldo de la CE a la modernización de las bases legislativas para lograr el avance de la libre circulación (sin fronteras) de los datos dentro de la UE, colocando el tráfico globalizado de los datos en el núcleo de los trabajos acerca de la reforma del entorno jurídico comunitario del sector de telecomunicaciones, incluida la promoción de la extensión de la cobertura de alta velocidad de transmisión de los datos (la banda ancha y sobre todo 5G). El vicepresidente subrayó que no se trataba solo de que la gente estuviera conectada técnicamente, sino que tuviera el acceso real a los recursos, produjera los materiales y los distribuyera con facilidad. Basándose en los datos estadísticos Andrus Ansip

contenidos, recursos, materiales, ideas, conocimientos, etc. Para los fines de esta tesis en general importa su sentido simple y corriente. Además, es fácil de percibir eventuales singularidades a partir del contexto en el que se las aplica. De hecho, se las usa un poco de manera intercambiable, aparentemente esto no producirá ninguna confusión. Sin embargo, hay que tener en cuenta que en la teoría del conocimiento y la gestión del conocimiento sí se diferencian estos términos entre sí y llevan acepciones bien definidas. De tal modo se distinguen las nociones de datos, informaciones y conocimientos. Aún más, hay una jerarquía entre ellos. Siguiendo la explicación en Freimut Bodendorf, *Daten- und Wissensmanagement*, Springer, 2006 (p.1, ilustración 1.1), la base la constituyen los datos (*Alcántara*), después se construyen informaciones acerca de ellos (*Alcántara es un apellido*), finalmente se crea el conocimiento (*Señor Alcántara vive en Madrid*). Hay otros modelos más extensos que ordenan el sistema de nociones dentro de la teoría del conocimiento, sobre todo para los fines de gestión de empresa. En calidad de ejemplo se puede mencionar la escalera del conocimiento descrita en Klaus North, *Wissensorientierte Unternehmensführung: Wertschöpfung durch Wissen*, Gabler, Wiesbaden, 1999 cuya estructura es la siguiente (p. 36, ilustración 2.1): al principio: signos, después vienen: datos, informaciones, conocimientos, poder-querer (yo diría determinación), actuación (acción), unicidad (de las habilidades), hasta lo más complejo: competitividad (en el mercado).

confirmó que cerca de 49% de usuarios de Internet lo utilizaba para escuchar música, ver videos o jugar. De este modo el vicepresidente concluyó que el objetivo principal de las políticas por realizar era incrementar la riqueza de los materiales accesibles a través de este medio, sobre todo en la zona de la UE.

El enfocarse por parte de las políticas y los conceptos legislativos comunitarios en el desarrollo y la protección de las industrias culturales y creativas sí importa, pero parece ser una de varias herramientas de elevar la productividad y la competitividad de las economías comunitarias y el bienestar de la ciudadanía. Son los objetivos que asimismo se pueden percibir desde el prisma más amplio de los intereses colectivos actuales y futuros de la población europea, también frente a las presiones económicas (laborales) desde fuera. Entonces, por un lado, aparece la cuestión de justa compensación (pago) a los autores (creadores) u otros titulares (inversores, productores), por otro lado, hay que determinar de modo prudente y razonable el periodo de protección y las esferas de excepciones al uso, así como el alcance de uso lícito (justo) para no bloquear el acceso y reuso de las obras creativas a fin de dinamizar el florecimiento personal y la prosperidad común. Al parecer, precisamente a esta estrategia se inclinó el vicepresidente concluyendo que los artistas debían ser pagados de forma justa por sus trabajos creativos y las políticas a su vez tenían que ser por un lado flexibles, es decir, que las medidas y regulaciones se ajustaran con facilidad al mundo cambiante, y por otro estables para dar seguridad a los actores económicos. Los ámbitos de las telecomunicaciones y del derecho de autor se caracterizan, por una parte, por la importancia incuestionable y por otra, la particular sensibilidad, teniendo en cuenta el alcance de sus influencias y las repercusiones que surjan de la implementación de cualquier modificación. A continuación, el vicepresidente concluyó que eran los datos que nos transformaban y a raíz de esto su circulación libre jugaba el papel primordial, sobre todo para la prosperidad y el crecimiento económico futuros. El potencial de la economía digital se puede reducir significadamente, cuando los datos no fluyen libremente sobre las fronteras nacionales, por consiguiente, hay que acortar las

barreras técnicas y jurídicas para intensificar su circulación sin trabas. Para que se materialicen estas finalidades se aboga por la unificación del mercado digital europeo, por la introducción de tales instrumentos como la portabilidad y la eliminación del bloqueo geográfico, aparte de otras medidas menos específicas, como la circulación de los datos personales y empresariales (contables) sin obstáculos sobre las fronteras o su almacenamiento fuera del país de origen.

La misma actitud la presentó en su exposición la parlamentaria del PE Dr. Therese Comodini Cachia.³²⁰ La portabilidad y eliminación del bloqueo geográfico son solo puntos de partida para ir con la reforma más adelante. Hay que volver a la regulación de la libertad de panorama porque la propuesta de la CE [COM(2016) 593] no la incluye, aunque ella fue incrustada en la resolución del PE de 9 de julio de 2015 con respecto a la reforma del derecho de autor. Como lo explicó la parlamentaria, las labores tienen que asegurar a la gente que pueda disfrutar los contenidos creativos y culturales, que es un elemento intrínseco del estilo digital de vida y la propuesta del PE aporta a esto, incluso facilita el funcionamiento de los proveedores de servicios para que los enriquezcan. Por otro lado, el acceso a los contenidos propicia paralelamente la oportunidad de crear nuevos contenidos, ya que existen distintas formas de consumir los contenidos. En este contexto aparece el asunto de los contenidos creados por usuarios y, por una parte, el uso en ellos de las obras protegidas y, por otra parte, su sometimiento a la protección. El área de interés singular son las excepciones que permite el derecho de autor para que las obras protegidas puedan ser utilizadas para determinados fines, por ejemplo: educativos, de investigación científica y de protección del patrimonio cultural. La propuesta del CE las multiplica y en cierta medida clarifica. Asimismo, al considerar las excepciones hay que tener en cuenta la misión pública de ciertos involucrados. En este campo afloran unas controversias y ambigüedades, como, por ejemplo, la cuestión de si en el mundo actual lleno de las TIC se puede realmente distinguir de manera

³²⁰ Digital Assembly 2016 - Briefing on Modernisation of the EU copyright rules, <https://www.youtube.com/watch?v=3b1ukDSDeNY&feature=youtu.be>. Acceso el 7 de octubre de 2016.

precisa entre las actividades sin ánimo de lucro y las comerciales. Es que normalmente las instituciones cuyas actividades principales se realizan dentro de su misión pública, por naturaleza no comercial, no siempre rechazan todo tipo de ganancias. En la economía real, ellas a menudo tienen que buscar las fuentes de financiación para efectuar sus actividades de acuerdo con su misión pública. A modo de ejemplo, tanto los museos, como las escuelas o universidades privadas y públicas, otras instituciones de investigación científica, bibliotecas o repositorios del patrimonio cultural cobran distintos pagos o tasas por sus actividades, incluso eso no borra de ninguna manera sus compromisos no comerciales. Estos casos demuestran lo difícil que es en práctica distinguir de forma inequívoca entre las finalidades comerciales y no comerciales. La parlamentaria destacó que los aspectos de transparencia de calculación de pago para los autores, artistas e intérpretes por las empresas que publicaban las obras u organizaban los eventos culturales daba un mérito especial a la propuesta de la CE. El cálculo justo de honorarios es imprescindible para que ellos sigan creando las obras o espectáculos.

3.5.2. Propuestas de la CE del año 2016 relativas al espacio digital y la SIC

En muchas ocasiones los asistentes del encuentro *Digital Assembly 2016* se refirieron al paquete de las propuestas de la CE que se emitieron el mismo día 14 de septiembre de 2016 con relación a la reforma del derecho de autor y otras esferas de mucha gravedad para la conectividad, la comunicación y el acceso a los recursos digitalizados, con el fin de facilitar la accesibilidad de determinados recursos y la extensión de la libre circulación de ciertos datos y contenidos en todo el territorio de la UE. Dicho paquete se compone de los documentos siguientes en orden de numeración³²¹:

- *La 5G para Europa: un plan de acción* (Comunicación: COM(2016) 588)

³²¹ Los detalles acerca de progresos en la implementación de actos no implementados al día 18 de octubre de 2018 se encuentran en la bibliografía bajo la denominación de la comunicación correspondiente.

- *Fomento de la conectividad a Internet de las comunidades locales* (Propuesta de Reglamento por el que se modifican los Reglamentos 1316/2013 y 283/2014: COM(2016) 589). Introducida en forma de Reglamento (UE) 2017/1953 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2017, por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.º 1316/2013 y (UE) n.º 283/2014 en lo que atañe al fomento de la conectividad a internet de las comunidades locales.
- *Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas* (Propuesta de Directiva: COM(2016) 590, documento de refundición fechado el 2.10.2016)
- *Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas* (Propuesta de Reglamento: COM(2016) 591)
- *Una economía europea fundada en los derechos de autor justa, eficiente y competitiva en el mercado único digital* (Comunicación: COM(2016) 592)
- *Los derechos de autor en el mercado único digital* (Propuesta de Directiva: COM(2016) 593). Es la propuesta de una nueva Directiva sin derogar la Directiva 2001/29/CE, en la que se realizan pequeñas correcciones, asimismo seguirán intactas las directivas: 96/9/CE (la protección jurídica de las bases de datos), 2006/115/CE (derechos de alquiler y préstamo), 2009/24/CE (la protección jurídica de programas de ordenador), 2012/28/UE (las obras huérfanas) y 2014/26/UE (la gestión colectiva de los derechos de autor).
- *El ejercicio de los derechos de autor y determinados derechos afines a los derechos de autor aplicables a determinadas transmisiones en línea de los organismos de radiodifusión y a las retransmisiones de programas de radio y televisión* (Propuesta de Reglamento: COM(2016) 594)
- *El intercambio transfronterizo entre la Unión y terceros países de ejemplares en formato accesible de determinadas obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos afines en favor de personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso*

(Propuesta de Reglamento: COM(2016) 595). Implementada por el Reglamento (UE) 2017/1563 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017, sobre el intercambio transfronterizo entre la Unión y terceros países de ejemplares en formato accesible de determinadas obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos afines en favor de personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder a textos impresos.³²²

- *Determinados usos permitidos de obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos afines en favor de personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso* (Propuesta de Directiva: COM(2016) 596). Implementada en forma de la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017, sobre ciertos usos permitidos de determinadas obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos afines en favor de personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder a textos impresos, y por la que se modifica la Directiva 2001/29/CE relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

La citada Propuesta de Directiva sobre los derechos de autor en el mercado único digital (COM(2016) 593) responde, aunque en el grado insuficiente, a la Resolución del PE de 9 de julio de 2015 (A8-0209/2015) sujeto al análisis minucioso más adelante. La Resolución desglosa y estructura con precisión las materias que deban fundamentar una reforma del marco comunitario del derecho de autor imprescindible para afrontar los desafíos del entorno globalizado digital-virtual de la SIC y mantener la posición socioeconómica de la UE, estimular su competitividad y resolver los problemas internos, entre otros, referidos a la necesidad de formación continua a lo

³²² COM(2016) 595 y 596 sirven de medidas de implementación del Tratado de Marrakech de la OMPI, adoptado el 28 de junio de 2013 y firmado por la UE el 30 de abril de 2014.

largo de la vida y al envejecimiento de la ciudadanía. Se formulan los postulados que sí o sí han de traducirse en disposiciones jurídicas concretas. A falta del progreso esperado y exigido en el derecho comunitario los Estados miembros están abordando los temas por sí mismos e implementan las soluciones adecuadas en sus ordenamientos nacionales para perseguir los requisitos del mundo conectado, tecnologizado y virtualizado, al que no se ajusta para nada la normativa comunitaria actual.

Con clara referencia a la conectividad digital, la propuesta de 25 mayo de 2016 de Reglamento (COM(2016) 289) se ha convertido en Reglamento (UE) 2018/302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2018, sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 2006/2004 y (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE.

Asimismo, el 30 de agosto de 2016 se materializó la *Propuesta de Decisión sobre el Año Europeo del Patrimonio Cultural* [COM(2016) 543] que finalizó exitosamente en la Decisión 2017/864 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, relativa a *un Año Europeo del Patrimonio Cultural (2018)*. Lo que parece muy significativo en el texto concerniente al Año Europeo del Patrimonio Cultural es el hecho de poner de relieve la existencia de la estricta relación entre, por una parte, la cultura percibida en los términos generales, en el contexto dado se trata del legado cultural europeo que es, en cuanto se lo formula, “recurso estratégico para una Europa sostenible” y, por otra parte, el papel de la cultura para facilitar la creatividad europea y “la obtención de beneficios sociales y económicos”, es decir, se percibe inequívocamente la relevancia indiscutible de “la contribución del patrimonio cultural al crecimiento económico y la cohesión social en Europa” (COM(2016) 543: 2). En breves palabras, como uno de los objetivos conductores del Año Europeo del Patrimonio Cultural, la Comisión subraya (COM(2016) 543: 3) la intención de:

potenciar la contribución del patrimonio cultural europeo a la economía y a la sociedad, merced a su potencial económico directo e indirecto. Se incluye a este respecto la capacidad para apoyar a las industrias culturales y creativas e inspirar la creación y la innovación, así como para promover el turismo sostenible y generar empleo local a largo plazo.

Se percibe correctamente que la vida cultural y científica es la base imprescindible del progreso socioeconómico. En la tesis presentada se aboga por la comprensión de que el libre y pleno acceso a los recursos culturales de distinta índole, incluidos los científicos, su libre circulación y posiblemente libre utilización fomentan el completo desarrollo de la personalidad humana, sin el que no serían alcanzables ni *la creación* ni *la innovación* tan plasmadas en la declaración, dado que ayudan a la prosperidad socioeconómica y en consecuencia benefician a todos los integrantes de cualquier comunidad. Se defiende bien la percepción de que el experimentar y el practicar la cultura por parte del ciudadano subyacen y aportan directamente e indirectamente al florecimiento económico. Como lo puntualiza la propia CE, el Año “Fomentará una mejor valoración de los beneficios sociales y económicos del patrimonio cultural y de su contribución al crecimiento económico y la cohesión social.” y “al crecimiento y al empleo”, también “señalará los retos y las oportunidades relacionados con la digitalización.”

El fomentar un espacio digitalizado que permite realmente que los ciudadanos europeos se conecten entre sí, disfruten todos los recursos y contribuyan a ello con los suyos propios, mediante la introducción de las políticas oportunas, la legislación adecuada y la simplificación tecnológica y jurídica de moverse dentro de tal espacio, tanto desde la perspectiva empresarial como privada, condiciona que se consiga, como lo determina la Comisión misma “la mejora del conocimiento y la difusión de la cultura”, teniendo en cuenta que “el patrimonio cultural debe considerarse un recurso compartido y un bien común” (COM(2016) 543: 8). En el contexto de la meta de “promover la diversidad de las expresiones culturales” (COM(2016) 543: 9), tanto el patrimonio cultural europeo como el mundial, constituyen una base para que se

fundamente la mejor cohesión social a cada nivel. Siguiendo la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de la ONU, en cuanto lo reconoce la misma Decisión del PE “la diversidad cultural y el diálogo intercultural” son “principios globales del desarrollo sostenible” (COM(2016) 543: 10). Luego, a fin de efectuar este ideal del diálogo intercultural no hay mejor manera que facilitar la conexión digital entre la gente y la accesibilidad de la pluralidad más amplia posible de recursos culturales.

La Decisión sobre el Año Europeo del Patrimonio Cultural (2018) hace ver que la contribución del patrimonio cultural “en términos de creación de valor, capacidades, empleo y calidad de vida está infravalorada”. Entonces, hay que estimular a que se busquen las medidas de cambiar tal estado tan desfavorable y concienciar a la ciudadanía comunitaria y a las administraciones sobre el mérito multidimensional de la cultura europea tanto en lo que une a los ciudadanos, es decir, la experiencia histórica y sociocultural común, como en lo que los diferencia entre sí, descubriendo la riqueza y variedad dentro de la sociedad europea. Si bien la Comisión está consciente del fenómeno de “participación decreciente en actividades culturales tradicionales” y a la vez de “expectativas cambiantes como consecuencia de la transición al entorno digital”, por qué no priorizar la incentivación de dicha dirección para que se alcance otro objetivo del Año, el del “disfrute [del patrimonio cultural europeo] por parte de un público más amplio y diversificado” y se materialice una de las oportunidades nunca tan fácilmente asequibles, que el creciente número de personas, incluidas las mayores o con distintas discapacidades, a las que se les dificulta la plena participación cultural, asistan a los acontecimientos o accedan a los recursos culturales a distancia.

La Decisión manifiesta también la percepción de que (COM(2016) 543: 10 punto 13):

[se] refuerza la necesidad de favorecer un acceso más amplio a dicho patrimonio a fin de conseguir la mejor inclusión y la integración sociales (art. 2.1a). Esto puede lograrse llegando a distintas audiencias y aumentando la accesibilidad a lugares, edificios, productos y servicios, teniendo en cuenta las necesidades especiales y las implicaciones del cambio demográfico.

Si bien se expone el aspecto de la accesibilidad en lugares físicos, lo que falta es dar el mismo peso a la accesibilidad a distancia. Se declara en el art. 2.2a que uno de los objetivos es “fomentar enfoques centrados en la gente ... para hacer que el patrimonio sea accesible a todos”, lo que supone una óptica más general. Se mira al mundo digitalizado en el art. 2.2f notificando la necesidad de “apoyar el desarrollo de capacidades especializadas y mejorar la gestión y la transferencia de conocimientos en el ámbito del patrimonio, teniendo en cuenta las consecuencias de la transición al entorno digital”.

Si se entendiera bien la importancia del “patrimonio como fuente de inspiración para la creación y la innovación contemporáneas, y destacar el potencial de fertilización cruzada” (art. 2.2g) y se apoyara “la difusión de los resultados de la investigación [sobre el patrimonio cultural] a un público más amplio” (art. 2.2j), la simplificación de ambos: el acceso físico y el factible (material) a los recursos de cultura y la reducción de las limitaciones del uso libre de estos serían las medidas de mucha eficacia para respaldar la creatividad e innovatividad. Desafortunadamente, entre las medidas expuestas en el art. 3 no se habla nada abiertamente sobre las acciones concretas para facilitar la accesibilidad digital, lo que haría el proyecto más efectivo a fin de que se consiga la meta declarada “de la concienciación sobre la importancia y el valor del patrimonio cultural”, aunque sí se insiste en “la promoción de proyectos y redes vinculados con el Año Europeo, incluso a través de los medios de comunicación y las redes sociales”.

A los aspectos de la cultura artística en la que se centrará el interés del Año Europeo del Patrimonio Cultural (2018) los acompaña el programa *Europa Creativa* que acumula tres campos de actividad³²³:

- la cultura: *Iniciativas del sector cultural, como las que fomentan la cooperación transfronteriza, las plataformas, la creación de redes y la traducción literaria*

³²³ https://ec.europa.eu/programmes/creative-europe/about_es, Acceso el 5 de octubre de 2016.

- los medios: *Iniciativas del sector audiovisual, como las que fomentan el desarrollo y la distribución de obras audiovisuales o el acceso a ellas*
- *Un capítulo intersectorial, que incluye un instrumento de garantía y la cooperación política transnacional*

Por supuesto, tras la fachada de conceptos de *creatividad e innovatividad* se esconde todo el complejo de distintos aspectos, desde más espirituales, como es el proceso de creación artística o intelectual, hasta la aplicación y la innovación sociales, tecnológicas y empresariales.

Tanto durante la relatada reunión *Digital Assembly 2016* como en distintos actos, iniciativas y propuestas que la antecedieron, se reflexionaba mucho sobre la esfera puramente tecnológica de la conexión digital. Sin duda, entre varias tareas que enfrenta la UE destaca garantizar a todo ciudadano la disponibilidad del acceso físico (tecnológico) a Internet de alta calidad y velocidad, actualmente se trata de la banda ancha o 5G, portable y sin impedimentos geográficos en todo el territorio de la UE. Por lo contrario, al parecer, se está desviando el tema relacionado con el acceso material a contenidos a fin de allanar las vías para accesibilidad, reutilización y producción de los recursos digitales / digitalizados mediante la eliminación de las restricciones y limitaciones innecesarias e inefectivas a las cuales se somete el espacio virtual.

A modo de un ejemplo llamativo, cada vez más extraña que no sea posible acabar con las restricciones acerca de la libertad de panorama, incluso aparecen sugerencias que habrá que reforzar la protección de obras pertenecientes al espacio abierto público, lo que, por ejemplo, podrá imposibilitar el funcionamiento normal de Wikipedia y su papel destinado a la difusión gratuita, eficaz, comprometida y ubicua de conocimiento y cultura. A partir de la Resolución del Parlamento Europeo de 9 de julio de 2015 (A8-0209/2015), revisada detalladamente más abajo, se puede observar unas señas de oposición firme contra esta materia. Así, dicha Resolución se enraíza en el Informe de 24 de junio de 2015 de la Comisión de Asuntos Jurídicos del PE llamado el

Informe de Julia Reda (2014/2256(INI)). El punto núm. 46 (p. 13) del Informe incluye el concepto de “[...] que el uso comercial de fotografías, grabaciones de vídeo u otras imágenes de obras que están situadas de forma permanente en lugares públicos físicos debe supeditarse siempre a una autorización previa de los autores o sus representantes”. Se supone que la intención de esta fórmula ha sido limitar las restricciones de la libertad de panorama al uso comercial y de esta manera, se entiende, liberar el uso no comercial, aunque por otro lado no haya ningún indicio claro. La misma restricción respectiva al uso comercial en sí es discutible, ya que se trata de lugares públicos donde se graban fotografías, videos o películas, que son las actuaciones comunes y frecuentes, a veces sería imposible identificar todos los titulares de derechos de autor de varios objetos allí pertenecientes y obtener un consenso. El lugar público por esa razón es público que es de uso para todos con restricciones del comportamiento, eso sí, aunque muy bien justificadas y cualquier creador que decida exhibir sus trabajos en él, sobre todo de índole arquitectónica, tendrá que tener en cuenta que ellas pueden aparecer en las fotografías o las grabaciones por el carácter mismo del lugar. Igualmente, es cuestión de sopesar los derechos y las libertades, el derecho de un autor en este caso choca insoportablemente con la libertad de muchos de disfrutar plenamente del panorama y del sitio en su totalidad abiertos al público. Al dejar a un lado esta controversia, sí o sí la formulación del punto núm. 46 sorprendentemente no aparece en el texto final de la Resolución del PE.

En resumidas cuentas, al tomar consideración de una pluralidad de cuestiones del marco jurídico comunitario relacionado con la SIC que se espera poder modificar, con mucha dificultad se hace progreso para que se suavicen o eliminen algunas limitaciones a la accesibilidad y el flujo de contenidos y a su producción y utilización. Faltan avances fundamentales. Se implementaron las disposiciones relativas a la portabilidad (Reglamento (UE) 2017/1128) por la que se posibilita el acceso a los recursos y servicios fuera del país de adquisición. Otro avance es la eliminación, en cierto grado, de tasas de roaming por lo que se facilite el acceso físico abaratando la

conexión fuera del país donde se ha contratado el servicio de telecomunicación (Reglamento 531/2012).

En cuanto al asunto de las limitaciones territoriales (*geoblocking*) de acceso a los contenidos no se eliminan las restricciones geográficas generales al acceso a los servicios “que sean servicios cuya característica principal sea proporcionar acceso a obras protegidas por derechos de autor o a otras prestaciones protegidas” (art. 4.1b del Reglamento (UE) 2018/302). En relación con los recursos de naturaleza audiovisual, lo que determina la Propuesta de Directiva sobre los derechos de autor en el mercado único digital (COM(2016) 593) en el Capítulo 2 titulado ambiciosamente *Acceso y disponibilidad de obras audiovisuales en plataformas de vídeo a la carta* es la implementación del mecanismo de negociación (art. 10). Así:

Los Estados miembros velarán por que las partes que deseen suscribir un acuerdo para poner a disposición obras audiovisuales en plataformas de vídeo a la carta y se enfrenten a dificultades relacionadas con la concesión de licencias de derechos puedan contar con la asistencia de un organismo imparcial con la experiencia pertinente. Dicho organismo deberá prestar asistencia en las negociaciones y contribuir a la consecución de acuerdos.

3.5.3. Políticas comunitarias acerca de los derechos de autor y la SIC

Se plantea la pregunta de cuál ha sido la trayectoria desde los principios de la conceptualización de la sociedad de la información como una repercusión del desarrollo de las tecnologías avanzadas de comunicación y su injerencia brusca y penetrante en la vida real hacia el actual entorno jurídico y de las políticas comunitarias con respecto a la SIC. El breve esbozo histórico presentado a continuación nos permitirá arrojar luz sobre las carencias perdurables por compensar a efectos de adelantarse con la consolidación de la SIC. Para la SIC las figuras centrales son la creatividad y la innovatividad intelectuales, científicas, tecnológicas, empresariales o artísticas del individuo, que a su vez exigen un nivel alto de desarrollo de competencias y destrezas personales,

condicionado imprescindiblemente por el ambiente socio-jurídico propicio, para cuya consecución el reconocimiento del derecho al libre y pleno desarrollo de la personalidad juega un papel capital.

Aún a finales del año 1993 la Comisión Europea en vista del encuentro en Corfú los días 24 - 25 June 1994 pidió que se elaborase un análisis llamado posteriormente el *Informe Bangemann* bajo el título *Europe and the Global Information Society*. Después, la comunicación de 30 de agosto de 1996 denominada *La transparencia normativa en el mercado interior para los servicios de la Sociedad de la Información* (COM(1996) 392) arrancó un ambicioso plan de crear un marco jurídico único para establecer las bases del desarrollo de un espacio sin fronteras de servicios de “diarios electrónicos, servicios de educación o atención sanitaria a distancia, servicios de turismo a distancia, de venta electrónica a distancia de bienes y servicios, servicios de apuestas a distancia, juegos y pasatiempos interactivos, servicios de esparcimiento, etc.”

Siguiendo las orientaciones incluidas en el Informe del año 1996 *Europa en marcha hacia la Sociedad de la Información: plan de actuación* (COM(94) 347), cuya elaboración se remonta al año 1994 y la subsecuente Resolución del PE de 19 de septiembre de 1996 (el Informe y la Propuesta de 16 de julio de 1996) sobre *Europa y la sociedad global de la información - Recomendaciones al Consejo Europeo* (A4-0244/96) se propusieron las enmiendas a la Directiva 83/189/CEE (ya derogada) que se dirigía exclusivamente a coordinar las acciones de los Estados miembros para animarlos a actuar adecuadamente, no obstante, sin imponer a nivel comunitario ningunas medidas materiales. Desde los principios, el debate correspondiente a la sociedad de información incluía una dimensión bastante práctica, de modo que se pronosticaron correctamente las profundas repercusiones en el entorno socioeconómico que surgirían de los procesos correspondientes a la formación de una sociedad basada en las tecnologías avanzadas. Las labores respectivas ultimaron en el Libro Verde de la CE *Vivir y trabajar en la sociedad de la información: prioridad para las personas* de 23 de julio de 1996 y el subsecuente Informe de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales del PE de 11 de

febrero de 1997 (A4-0045/97) correspondiente a este. Después se concretizaron en la Comunicación de la CE de 23 de julio de 1997 sobre *la dimensión social y del mercado de trabajo de la sociedad de la información. Prioridad para las personas - Las próximas etapas* (IP/97/681). La CE declaró “que debe reforzarse la dimensión social de la sociedad de la información para que la Unión Europea pueda aprovechar plenamente las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en términos de creación de empleo, de prosperidad y de calidad de vida”.

Estos documentos fueron los primeros actos oficiales mediante los cuales las entonces Comunidades Europeas demostraron el interés por la sociedad de la información pretendiendo responder a los cambios del entorno (véase: el citado comunicado de prensa IP/97/681).

El iniciar el establecimiento del espacio único digital pasaba por introducir las normativas con respecto a las cuestiones más técnicas, aunque de importancia primordial, referentes al acceso físico a los servicios de comunicación electrónica y la seguridad de los datos. Esos trabajos finalizaron con un paquete legislativo del año 2002 que se componía de diversos actos que codificaron el funcionamiento de redes y servicios de comunicaciones electrónicas³²⁴. Se trata de:

- Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva acceso)
- Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización)
- Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco)

³²⁴ Los progresos hacia la creación del mercado único digital y los pasos siguientes los describe mejor la exposición de motivos de la Propuesta del día 11.09.2013 del Reglamento del PE y del Consejo por el que se establecen medidas en relación con el mercado único europeo de las comunicaciones electrónicas y para crear un continente conectado, y se modifican las Directivas 2002/20/CE, 2002/21/CE y 2002/22/CE y los Reglamentos (CE) 1211/2009 y (UE) 531/2012 (COM(2013) 627).

- Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal)
- Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas)
- Decisión 676/2002/CE sobre un marco regulador de la política del espectro radioeléctrico en la Comunidad Europea (Decisión espectro radioeléctrico)

De este modo, se habían creado los fundamentos para un marco común tecnológico que después dieron lugar al continuo avance de la SIC comunitaria también en los planos socioeconómicos. Así, la Comunicación de 1 de junio de 2005 titulada *i2010 - Una sociedad de la información europea para el crecimiento y el empleo* (COM(2005) 229) instituye un nexo entre las oportunidades que aparecen gracias a las TIC y el crecimiento económico que se consigue a través del incremento del conocimiento y la estimulación hacia las innovaciones para fomentar la creación de empleo, es decir, el aumento del número de puestos de trabajo y su calidad, promover la consecución de un espacio europeo único de la información, impulsar la innovatividad y la inversión en el campo de la investigación relativas a las TIC con el fin de fundamentar una sociedad de la información y de la comunicación basada en la inclusión. En los términos concretos, entre otros objetivos de aquel entonces, se buscaba ofrecer transmisión de comunicaciones y servicios digitales de banda ancha de velocidad satisfactoria asequibles y seguros, por los que se pudieran difundir contenidos ricos y diversificados, incluidos los en línea con un hincapié en las materias de proveniencia europea. Para facilitar la elaboración de este tipo de materiales se iniciaron tales programas como *eLearning* (2318/2003/CE, Decisión del PE y del Consejo), *eContentplus* (456/2005/CE, Decisión del PE y del Consejo) y el destinado a establecer las bibliotecas digitales para promover la diversidad cultural (COM(2005) 465). Se

manifestaron las ideas y los motivos muy ambiciosos, a los cuales difícilmente se podría añadir hasta hoy en día algo nuevo y significativo. Ellos carecieron, no obstante, de acciones consecutivas concretas. Las intenciones básicas que subyacieron estas políticas eran fomentar la utilización del aprendizaje electrónico para intensificar la cohesión social y el desarrollo personal, favorecer la educación y la formación permanente, fortalecer el posicionamiento de la educación europea frente a la mundial, impulsar el diálogo intercultural y luchar contra la brecha digital tanto dentro de los países miembros como entre ellos. Otros fines se enfocaron en hacer el material educativo más accesible, alcanzable para todo particular, estimulando el despliegue y la elaboración de recursos y repositorios abiertos europeos de contenidos digitales destinados al aprendizaje y al uso investigador. Del modo similar se propuso impulsar la distribución y la puesta a disposición de contenidos y recursos digitales europeos de naturaleza cultural, escolar y científica, promoviendo la creación de una red de bibliotecas virtuales, y respaldando la ampliación y la expansión de colecciones y objetos interoperables en diferentes instituciones culturales (bibliotecas, archivos, museos, etc.) y facilitando la exposición de estos recursos y la accesibilidad común de ellos³²⁵.

En el año 2006 se introdujo un programa de aprendizaje permanente (1720/2006/CE, Decisión del PE y del Consejo) con el objetivo de contribuir al adelanto de una formación europea de calidad, mejorar el atractivo de las oportunidades de educación y formación y el acceso a ellas, promover el aprendizaje de las lenguas para alimentar la innovación, la creatividad, la competitividad, la empleabilidad, forjar el

³²⁵ El término “objeto” lo dejamos aquí conforme al texto oficial de la Decisión correspondiente. Al margen hay que explicar que en el entorno educativo la aplicación del término es común y proviene del concepto de “objetos de aprendizaje” (en inglés “Reusable Learning Objects” – RLO), son los contenidos educativos digitalizados para la utilización en las aulas o en e-Learning. “*Reusable Learning Objects (RLOs) are based on a new way of thinking about learning and provide a digital educational resource that can be reused, scaled and shared from a central online repository in the support of instruction and learning. Each RLO supports a single learning objective. They vary in size, scope and level of granularity ranging from small chunks of instruction to a series of combined resources to provide a more complex learning experience.*” (Grunwald y Reddy, 2007). A modo de ejemplo de RLO se pueden mencionar mini-libros electrónicos modulares (MEM) o mini-vídeos docentes modulares (MDM). Véase: E. Letón y E.M. Molanes-López, *Conceptos básicos de un mini-vídeo docente modular*, Editorial UNED, 2015.

espíritu empresarial y apoyar una mayor participación de personas de distintas edades, de necesidades especiales o de grupos desfavorecidos para que también se beneficien de esta coyuntura oportuna y aportar al mismo tiempo al desarrollo de las TIC.

Lo que destaca en estos empeños tan variados y atractivos es la ausencia de propuestas precisas para ajustar a ellos toda la esfera concerniente a los derechos de autor con el fin de hacer estas ideas consistentes entre sí, tanto en el marco jurídico como en la práctica corriente. Nada más que dentro del discurso tan espacioso se menciona que hay que seguir rigurosamente las regulaciones vigentes, desafortunadamente sin reflexionar en dado contexto acerca de cómo apoyar estos conceptos tan esperanzadores por medio de crear un entorno jurídico más oportuno.

De cara al futuro, mediante el proyecto *la Estrategia Europa 2020* se introdujo *la agenda digital* para que se explotase mejor el potencial de las TIC con el fin de favorecer la innovación, el crecimiento económico y el progreso (COM(2010) 245). A estos objetivos de relevancia se añadieron los de promover el crecimiento inteligente, sostenible e integrador, para que aumentase la competitividad de la UE sin abandonar el modelo de economía social de mercado (COM(2010) 2020). Parece ser el buen camino unir los aspectos de las TIC con los temas de educación, formación y desarrollo personal desde la óptica económica de crecimiento, innovación y creatividad. El debate concluyó en un plan muy adelantado y ambicioso con respecto a la liberación del potencial de la computación en la nube en Europa (2013/2063(INI), Resolución del PE).

El cúmulo de iniciativas, programas y estrategias acerca de la fundamentación de la SIC permite creer en la buena voluntad del legislador comunitario de progresar en este terreno favoreciendo un ambiente fértil, repleto de las herramientas técnicamente adecuadas, sentando de esta manera las bases para el avance socioeconómico, cultural y científico de la ciudadanía europea. Así, el entorno tecnológico efectivo y seguro constituye un punto de partida para lograr estos objetivos. Para aprovechar las circunstancias oportunas con tanto potencial hay que llenar el espacio tecnológicamente avanzado de contenidos de alta calidad, variados y asequibles al público. Es el instante

en el que la ambición declarada por los organismos de la UE y las expectativas reconocidas por la SIC se cruzan con las normas de DPI que a su vez puedan facilitar o, por lo contrario, frenar la consecución de las metas manifestadas.

En cuanto a la transformación del entorno jurídico correspondiente al derecho de autor, indispensablemente y urgentemente necesaria para adecuarlo a los avances de las TIC y los procesos que corren en la SIC, ventajosamente estamos frente a una situación relativamente cómoda, ya que los problemas y las exigencias son bien diagnosticados. Así, hace mucho las instituciones de la UE habían admitido la importancia indiscutible de los derechos de autor para la SIC y luego le destinaron a este aspecto el *Libro verde sobre los derechos de autor en economía del conocimiento* emitido en el año 2008 por la CE (COM(2008) 466) y la comunicación que lo sigue *Los derechos de autor en la economía del conocimiento* del año sucesivo (COM(2009) 532). El Libro Verde incluía unas observaciones en relación con la difusión entre el público del material científico, educativo y de investigación y otro tipo de recursos de conocimiento con el objetivo de facilitar la libre circulación del conocimiento y la innovatividad. El debate se centró en las oportunidades que se dieron por las excepciones y limitaciones de los derechos de autor ofrecidas por las regulaciones vigentes, con el fin de deliberar cómo tenían que desarrollarse las anteriores en la edad digital para ser útiles a todo el mundo que se interesase por adquirir los saberes y las capacidades a través de Internet.

No es fácil hacer converger los dos extremos, uno del interés público para que se consiga una divulgación relativamente amplia del conocimiento y los contenidos de cultura, y el otro de proteger los derechos de autor con todo el rigor presente. El hacerlo es el requisito insistente por lograr, ya que constituye la clave de la economía de creación e innovación, el concepto que se aproxima más a los procesos observables y pronosticados para el futuro que están marcando la consolidación de la SIC. El desacuerdo entre, por un lado, el interés común de otorgar al público amplio un acceso relativamente vasto a los contenidos de cultura y conocimiento a través de las TIC y, por otro lado, el interés de creadores, editoriales y otros titulares de derechos de autor se

confirmó plenamente en los comentarios a base del Libro Verde (COM(2008) 466) que había recibido la CE de los interesados, lo que recapituló en la comunicación mencionada del año 2009 (COM(2009) 532). Está claro que para el progreso en los campos de educación y ciencia los derechos de autor no deben poner trabas a la enseñanza, el aprendizaje y la investigación. Entonces, se concluyó que había que implementar unas normas que favoreciesen los campos del uso de interés público e hiciesen las obras y publicaciones correspondientes más accesibles para comunidades variadas. Los círculos científicos, el profesorado, los estudiantes y otros interesados en adquirir conocimientos necesitan que las bibliotecas, los archivos y los repositorios se abran a las oportunidades concedidas por las TIC para que se expongan obras y publicaciones de forma digitalizada haciéndolas además accesibles a distancia. Esto requiere una ampliación sustancial de las excepciones vigentes a los derechos de autor.

Al parecer los progresos desde la elaboración de dichas comunicaciones son escasos. Se implementó la Directiva 2012/28/UE sobre ciertos usos autorizados (estrechamente determinados) de las obras huérfanas, lo que no sorprende mucho ya que se refiere a las obras que sí están jurídicamente protegidas, pero no es posible identificar o localizar a los titulares de derechos respectivos. Tampoco el establecer un marco común para la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior por la Directiva 2014/26/UE es suficiente. En primer lugar, por su aplicación reducida a los contenidos de música y, en segundo lugar, por mantener la territorialidad nacional en vez de constituir un territorio comunitario como referente básico. Algo más novedoso viene de la Directiva 2016/2102 sobre la accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles de los organismos del sector público, que de hecho favorece la accesibilidad de ciertos contenidos.

Otro asunto de mucha gravedad relacionado con los derechos de autor, el acceso a los contenidos para las personas con discapacidad se solucionó al menos parcialmente por la adhesión de la mayoría de los Estados miembros de la UE independientemente y

la UE misma al Tratado de Marrakech de 28 de junio de 2013 (OMPI) para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso. Sus disposiciones se implementaron en el derecho comunitario mediante la Directiva (UE) 2017/1564 y el Reglamento (UE) 2017/1563.

Dejamos atrás el conjunto de resultados de las consultaciones públicas y divagaciones del año 2009 (COM(2009) 532) relacionadas con el mencionado Libro Verde acerca de cómo mejorar las regulaciones del derecho de autor frente a la palpable carrera tecnológica digital de la SIC y tras unos años de casi silencio entramos de nuevo en el estado de las cosas pendientes desde hace tiempo y sin soluciones concretas. Si solo abordamos los temas ya identificados por aquel entonces, el de la implementación de las medidas eficaces en cuanto a la divulgación digital a través de bibliotecas y archivos y el del acceso con fines educativos e investigadores, ambas en gran medida siguen estando en la sala de espera. Además, en el aire se quedan tales cuestiones puntuales, pero de mucha importancia, como la referente a los contenidos creados por el usuario y la de la fundamentación del mercado digital único en general y especialmente en cuanto se trata del acceso sin restricciones geográficas a distancia a distintos recursos. Se han hecho muchos progresos en relación con la accesibilidad y, sobre todo, la reutilización de materiales producidos por las administraciones públicas, de estos asuntos tratan tales actos relativamente tempranos como el Reglamento 1049/2001 relativo al acceso del público a los documentos del PE, la Directiva 2003/98/CE referida a la reutilización de la información del sector público y la posterior Decisión referente a la reutilización de los documentos de la CE (2011/833/UE). También siguen implementándose ciertas facilidades concernientes a la accesibilidad y la reutilización de las publicaciones y los datos científicos obtenidos en las investigaciones financiadas con fondos públicos, por ejemplo, hay ciertas obligaciones con respecto al acceso abierto dentro del programa HORIZON 2020, a lo que se suman ciertas orientaciones más universales. Todos estos documentos e iniciativas ya se presentaron anteriormente.

En definitiva, habían quedado numerosas cuestiones por resolver correspondientes al derecho de autor con el énfasis también en el ámbito digital / virtual, asignados a los campos de aprendizaje, enseñanza, investigación o conservación y difusión del patrimonio cultural, en los cuales de nuevo en el año 2014 se metió un proyecto de la UE que, tras extensas consultaciones públicas, concluyó con la Resolución del PE de 9 de julio de 2015, sobre la aplicación de la Directiva 2001/29/CE relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información. Se sabe que las iniciativas allí mostradas están corriendo por un camino escabroso hacia introducirse en la realidad legislativa.

3.5.4. Derecho de autor a la luz de la Teoría del Derecho y los DD. HH. y DD. FF.

Tanto en términos jurídico-teóricos, como siguiendo las disposiciones del derecho internacional la protección de la propiedad en general y la propiedad intelectual y los derechos de autor específicamente se percibe como los derechos humanos. Demostrando el respeto a este estatus hay que prestar atención a que el contenido, significado y alcance de los derechos de autor y la propiedad intelectual, sus límites, funciones y objetivos no tienen la forma incuestionable, se los puede recapacitar y reescribir. Es lo que se sabe notoriamente desde otros terrenos del derecho de propiedad cuyo alcance se somete a distintas restricciones legales o administrativas y con el paso del tiempo cada vez son más las limitaciones que padece la propiedad de objetos materiales, inmuebles, terrenos de tierra o activos financieros. Frente a las expectativas de la Sociedad de la Información y del Conocimiento parece imprescindible considerar cierta remodelación del sistema del derecho de autor y la propiedad intelectual mediante ajustarlo a las necesidades de la época digital a fin de explotar todas las ventajas que se han abierto gracias a las TIC con vistas a la mejora socioeconómica del individuo y los pueblos enteros. Lo que a menudo juega en contra de la racionalidad y la efectividad del derecho en general en el dado caso del derecho de autor y la propiedad intelectual son el exceso y la desproporcionalidad de sus medidas (restricciones) que demuestran cierta

instrumentalización de dicho derecho al realizar los fines a corto plazo de índole estrictamente económica o los objetivos de determinados grupos o lobbies, sin una visión adelantada y multinivel.

La Declaración Universal de Derechos Humanos agrupa en el mismo párrafo del art. 27 los dos requerimientos que supuestamente tienen que ir codo con codo y balancearse, sin dar preferencias a ninguno. Uno de ellos establece el derecho a toda persona (el usuario en los términos del mundo digital) a tomar libremente parte en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y participar en el progreso científico y los beneficios que de todo esto resulten. El otro se refiere a la parte opuesta del fenómeno cultural: al creador quien a su vez dispone del derecho a la protección de sus intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de las que sea autor (ojo: no se habla de los titulares secundarios)³²⁶. El unir estas dos orientaciones en la práctica de conceptualización de leyes concretas es una empresa de mucha sensatez.

De un modo semejante a la Declaración Universal, aunque un poco más modesto en cuanto a la protección de la propiedad intelectual, dentro del ordenamiento jurídico comunitario se manifiesta la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En el art. 11 sobre la libertad de expresión y de información la CDF le atribuye a toda persona la libertad de recibir informaciones o ideas incluso sin consideración de fronteras. Del art. 13 que trata de la libertad de las artes y de las ciencias se puede derivar que el supuesto de la libertad de las artes, la investigación científica y la cátedra arrastra el acceso a todo el acervo cultural y científico que subyace a estos oficios. Con este requisito coincide lo del art. 14 acerca del derecho a la educación expresándose de manera que toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente, lo que no es viable sin acceso relativamente libre al material educacional y en general al conocimiento. A continuación, el art. 17.2 de la CDF llama

³²⁶ La norma homóloga aparece en el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

a la protección de la propiedad intelectual de lo más inconcreto, pero a la vez con una nítida instrucción que viene del párrafo primero de dicho artículo de que “El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida que resulte necesario para el interés general”, la fórmula que claramente abre puertas para la búsqueda del equilibrio entre los intereses del usuario o la comunidad y del creador u otro titular de derechos.

Al tender a explicar el tema desde el concepto del contrato social, el derecho constituye una parte de las reglas sociales que en gran medida son nada más que un conjunto de las condiciones de este, sujeto a la contemplación permanente. Incluso los derechos humanos evolucionan, actualmente se consideran ya las tres o cuatro generaciones, y cambian su contenido y alcance para ajustarse a medida que la reflexión sobre la naturaleza humana y la sociedad vaya progresando. Además, la naturaleza de los derechos humanos y fundamentales hace que no se debe jerarquizarlos entre sí mismos, es decir, ninguno prevalecería sobre el otro. Entonces, si se tratara el derecho a la propiedad intelectual como un derecho humano (fundamental) habría que leer su contenido y alcance en el contexto de los demás derechos del mismo nivel. A modo de ejemplo, si reconocemos el derecho humano al desarrollo colectivo e individual del ser humano habrá que llevar a cabo una interpretación legal contextualizada del derecho a la propiedad intelectual para que ambos derechos pensados como básicos encuentren un punto de confluencia.

Amén de estas divagaciones de origen metodológico-jurídico, una actitud libre de prejuicios está presente en la senda de pensamiento acerca de la naturaleza socio-jurídica de la propiedad en sí ya desde Jeremy Bentham (1748-1832) hasta C.B. Macpherson (1911-1987) y más adelante, que también pone el foco en el alcance y contenido cambiante del derecho a la propiedad, sujeto a las limitaciones que están surgiendo de los requisitos del entorno sociopolítico y económico.

3.6. Resolución del PE de 9 de julio de 2015 sobre los derechos de autor en la SIC

En el marco de la Unión Europea desde hace unos años continúan las intensas labores dirigidas a preparar una modificación (modernización) del derecho de autor comunitario que encajan en el plan más ambicioso, el del desarrollo y la consolidación del mercado digital único (*la quinta libertad*).

Los análisis presentados a continuación abordan básicamente los asuntos incrustados en el proyecto que atravesó las extendidas consultas públicas de distintas instituciones y empresas públicas y privadas (casi diez mil respuestas) resumidas en el Informe de julio de 2014 de la CE *Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules*.³²⁷ Las conclusiones que habían surgido de estas labores finalmente acabaron en el Informe de 24 de junio de 2015 (A8-0209/2015) *sobre la aplicación de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (2014/2256(INI))* elaborado por la Comisión de Asuntos Jurídicos del PE y liderado por la diputada alemán Julia Reda. El Informe citado destaca por su extenso contenido y esfuerzo preparativo, cuya finalidad era empujar hacia un debate profundo acerca de la renovación de las orientaciones comunitarias con respecto a los derechos de autor enfocándose en las exigencias de la SIC. Una mayor parte de los conceptos recogidos en dicho Informe se incorporaron en la Resolución del PE (A8-0209/2015, 2014/2256(INI)) que fue sometida a la aprobación de este en la Sesión en Estrasburgo del día 9 de julio de 2015 lograda por una amplia mayoría. Exactamente un mes antes, el 9 de junio de 2015, se votaron en el hemiciclo las resoluciones *Hacia un consenso renovado sobre el respeto de los derechos de propiedad intelectual: Un plan de acción de la UE* (A8-0169/2015, 2014/2151(INI)) y *Estrategia para mejorar la protección y la*

³²⁷ Las consultaciones públicas al respecto tuvieron lugar entre 5.12.2013 y 05.03.2014. Página oficial: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/.

garantía de respeto de los derechos de propiedad intelectual en los terceros países (A8-0161/2015, 2014/2206(INI)) cuyas directrices asimismo se engloban en el proyecto de la consolidación del mercado digital único en el marco relativo a los derechos de autor y la propiedad intelectual. Estos documentos encaminaron los trabajos sucesivos a raíz de los cuales salió el paquete de las propuestas de actos legislativos y las comunicaciones de la CE de 14 de septiembre de 2016 listadas con anterioridad, marcando nuevas sendas a las políticas comunitarias correspondientes a las TIC, los DPI y la SIC.

Al enfocarse en la Resolución de 9 de julio de 2015 (2014/2256(INI)), el problema central de ella está en la insuficiencia de proposiciones precisas por legislar, aunque sí hay unas sugerencias y formulaciones llamativas. En el texto a veces se mezclan los objetivos contradictorios a lograr. De manera patente y a modo de ejemplo se lo puede ver repasando el Párrafo 25 que lo cubre todo. Primero se confirma:

la necesidad de dotar a los autores e intérpretes de protección jurídica para su trabajo creativo y artístico [y el mejorar] la posición contractual de autores e intérpretes en relación con otros titulares de derechos e intermediarios, considerando en particular el establecimiento de un plazo de duración razonable para el uso de los derechos transferidos por los autores a terceros, tras el cual estos derechos vencerán, ya que los intercambios contractuales pueden verse afectados por un desequilibrio de poder [pero, al parecer para mantener el balance se] subraya, a este respecto, la importancia de la libertad contractual, [después se] reconoce el interés público en la divulgación de la cultura y el conocimiento [y luego se admite] la función de los productores y editores en la comercialización de las obras, así como la necesidad de retribuir justo y adecuadamente a todas las categorías de titulares de derechos.

Lo significativo es que la libertad contractual no se escapa del determinado régimen jurídico imperante, así que es la cuestión de que el legislador decida cómo él quiere limitar las condiciones contractuales teniendo en cuenta tanto la protección de los intereses de las partes contratantes como el interés común. El esconderse bajo el

paraguas de la libertad contractual pura, al menos en el ordenamiento jurídico “continental”, no lleva a ninguna parte, sobre todo porque la posición negociadora del autor o creador individual, incluso el investigador, a menudo es relativamente débil. Por eso se requiere una protección que blinde a los autores frente al poder económico de las compañías, editoras, productoras, instituciones investigadoras, etc.

Con todo, la Resolución recoge y sistematiza las principales cuestiones que, ante las urgentes exigencias de la SIC, sí o sí deban someterse al proceso legislativo, cuanto más temprano, mejor. Así, a continuación, se pretenderá desenterrar y catalogar los asuntos cruciales sobre los cuales trata la anterior.

La parte principal de la Resolución acoge indicaciones de naturaleza variada, entre ellas se encuentra una especie de órdenes hacia las determinadas instituciones comunitarias. Un aire de esperanza viene ya de la Letra A de la Resolución que al reunir todos los motivos esenciales subraya que:

la revisión de la Directiva 2001/29/CE es primordial para la promoción de la creatividad y la innovación, la diversidad cultural, el crecimiento económico, la competitividad, el mercado único digital y el acceso a los conocimientos e información, al tiempo que proporciona a autores de obras literarias y artísticas suficiente reconocimiento y protección de sus derechos.

El enunciado permite deducir que se buscará una confluencia entre los intereses justificados de los titulares de derechos de autor y el público (los usuarios) en su conjunto. Entonces, partiendo de ese inicio tan prometedor vamos a desglosar las fundamentales materias abordadas por la Resolución. Todos estos temas son de prioridad para hacer factible la accesibilidad y la utilización de contenidos de cultura y conocimiento sin las cuales no son realizables el libre desarrollo de la personalidad del individuo, como el eje conductor de la existencia humana, la creación y la innovación, encima de otros beneficios, pensando a largo plazo, económicos o espirituales para él mismo y el conjunto de la comunidad a la que pertenece, se trata de la empleabilidad, la prosperidad, la competitividad, la innovatividad y la sostenibilidad socioeconómica.

3.6.1. Creatividad, innovatividad, competitividad

La Resolución reconoce la finalidad vital y la razón sistémica de toda la reglamentación acerca de los derechos de autor que descansa en el escenario económico, es lo que concierne a la promoción de la creatividad e innovación, destacando su contribución al reforzamiento de la competitividad, el factor crucial para lograr un incremento económico satisfactorio. El estimular el crecimiento y empleo es una de las prioridades de las políticas de la UE (Letra T).

Por esta razón se pone el foco en las industrias culturales y creativas y otros sectores intensivos en los DPI, sin cuyo acrecentamiento no es viable el desarrollo del mercado digital, para que no paren de crear puestos de trabajo y apotrar al aumento económico (Letras F y G, Párrafo 4, 21, 46). Con una visión del porvenir próspero, el Párrafo 49 subraya que “el desarrollo del mercado digital y el desarrollo de las industrias culturales y creativas están estrechamente vinculados y deben ser paralelos, dado que se trata de la única manera de lograr una prosperidad duradera”. Nadie duda de ese tipo de relación, no obstante, la pregunta es cuáles han de ser los condicionantes según el derecho de autor reescrito para que se cumpla esta aspiración. De cierta manera el Párrafo 29 arroja luz sobre lo deliberado, reiterando:

que los derechos exclusivos y la libertad contractual son elementos decisivos del frágil ecosistema de la creación y de su financiación, ya que permiten repartir mejor los riesgos, posibilitan la participación de distintos actores en proyectos comunes en favor de un público culturalmente diversificado y estimulan la inversión en la producción de contenidos profesionales.

En otras palabras, el Párrafo 33 repite algo similar recalcando que se debe proporcionar:

una protección adecuada a los derechos de autor y los derechos afines como una de las principales formas de asegurar la creatividad cultural europea [afortunadamente, se añade para que igualmente se vele por] un equilibrio justo

entre las diferentes categorías de titulares de derechos y usuarios de prestaciones protegidas.

Si la Resolución apela a la importancia de los derechos de autor para las industrias culturales y la ciudadanía a la vez, surge la pregunta de qué tipo y alcance de los derechos exclusivos se trata y qué limitaciones habría que poner a estos derechos y eventualmente a las cláusulas contractuales desde la óptica del interés público. Al aludir a la protección del interés público, el Párrafo 30 propone que se quiten trabas que afectan a la reutilización de la información del sector público, el propósito ya conseguido en gran grado al menos en cuanto al espacio comunitario, y en un tono más universal el Párrafo 35 insiste en buscar el equilibrio entre los intereses de los titulares de derechos y los intereses del público, que se convierte en un llamamiento reiterado.

Si bien el cuidado de las políticas de promoción de los modelos industriales y comerciales innovadores que se basan en las oportunidades que vienen de las TIC para incentivar la competitividad de las empresas europeas (Letra S) parece algo obvio, no es evidente qué direcciones del desarrollo de regulaciones acerca de los derechos de autor aseguren la eficacia para lograr estas metas. Se plantea la cuestión de qué medidas jurídicas razonables y efectivas se trata. ¿Sería preciso imponer aún más restricciones al uso libre, intensificar o, por lo contrario, rebajar la protección en distintos campos de los derechos de autor tales como el alcance o periodo de protección?

No es por casualidad que en el Párrafo 41 se ponga de manifiesto el hecho de que las pequeñas y medianas empresas (pymes) se estacionan por los obstáculos que salen de la rigidez y el amplio alcance del derecho de autor, y, sobre todo, se trata de tales que pertenecen a los sectores culturales y creativos. Como las pymes juegan un papel importante en la creación de empleo y en el crecimiento económico, merece la pena plantear ciertas soluciones nuevas y suficientemente eficaces para extender:

la flexibilidad que les concede [a las pymes] el marco de los derechos de autor para invertir en obras culturales y creativas, producirlas y distribuirlas, pero también para desarrollar soluciones innovadoras que permiten a los usuarios

acceder a obras creativas en línea adaptadas a las preferencias y características específicas de los mercados locales.

A falta de datos que descubran los efectos económicos y empresariales de la eventual disminución de la rigidez de los DPI, no son nada ciertas las conclusiones que se exponen una y otra vez: que sí son los derechos de autor tan amplios como se han establecido hasta el momento que sirven como un factor único para garantizar la prosperidad y la innovatividad del sector creativo (Párrafo 5). Así, el supuesto, como se lo acoge en el Párrafo 18, que el aumento de servicios ilegales en línea y piratería y otras infracciones contra la propiedad intelectual resulta “una amenaza para las economías de los Estados miembros y la creación en la UE”, lleva a una sola solución, que de hecho no es nada cierta, la que se encuentra en el Párrafo sucesivo 19 donde se concluye que “cualquier reforma del marco de los derechos de autor debe basarse en un elevado nivel de protección, dado que los derechos son cruciales para la creación intelectual y ofrecen un fundamento jurídico estable, claro y flexible que fomenta la inversión y el crecimiento en el sector creativo y cultural, al tiempo que elimina las incertidumbres e incoherencias jurídicas que repercuten negativamente en el funcionamiento del mercado interior.”

Ante la circunstancia de que la Resolución llama a aún más “elevado nivel de protección”, parece difícil adelantarse con este tema sin penetrar cuidadosamente la situación actual del denunciado incremento de comportamientos ilícitos de la ciudadanía para averiguar sus razones. En primer lugar, se puede conjeturar que los que recurren a este tipo de actuaciones ilegales no son todos por naturaleza delincuentes, dado que sí es el estado actual del derecho de autor, que no se ajusta a las exigencias de los tiempos digitales y los abusos de este contra la SIC por parte de ciertos titulares institucionalizados de dichos derechos les hacen a ellos infractores. Si no se investigara la posible asociación entre el denunciado aumento de comportamientos delictivos y la rigurosidad excesiva de las normas de los DPI, no se contaría con un corolario creíble. En este contexto merece la pena acentuar que tampoco aporta mucho la advertencia del

Párrafo 23 (A8-0209/2015) donde se recalca “que las actividades que violan los derechos de autor suponen una grave amenaza para el funcionamiento del mercado único digital y para el desarrollo de la oferta legal de contenido cultural y creativo diversificado en línea”. Podría ser todo lo contrario, la imperfección, o, mejor dicho, la inexistencia del mercado digital único y la severidad de las disposiciones jurídicas vigentes resultan unos comportamientos quebrantadores, por consiguiente, también vale el razonamiento invertido.

No es suficiente tomar la conciencia de que existen los vínculos entre una revisión del derecho de autor por diseñar y la finalidad de conseguir el desarrollo de los sectores creativos, sino que la solución pase por “datos fehacientes” (Párrafo 22). Estos datos (observaciones reales) deben resolver cuál deba ser la senda apropiada para salir adelante, es decir, qué sería más beneficioso para las industrias / actividades creativas (en el sentido más amplio): ensanchar los derechos de autor o estrecharlos. Esa es una cuestión abierta que hay que afrontar sin prejuicios y suposiciones.

3.6.2. Remuneración y posición de creadores y otros titulares

La accesibilidad de los contenidos de cultura y conocimiento en primera línea surge de la elaboración de ellos, que a su vez requiere, por un lado, el respaldo para los autores en forma de una compensación equitativa por el trabajo creativo y, por otro lado, relativamente amplia libertad de reutilización de los contenidos ya existentes, incluidos los protegidos por derechos de autor.

En la Resolución se acentúa lo novedoso, que gracias a las técnicas avanzadas y los nuevos medios de comunicación basados en ellas una editorial u otro intermediario entre el autor y el público ya no es algo necesario e inevitable, tanto desde el prisma de la edición misma como del efecto económico en el empleo, y supuestamente pueden ser los propios creadores de cultura, conocimiento e innovación que podrían preparar la publicación por sí mismos y aportar igualmente al aumento de nuevos puestos de trabajo y fomento de la cultura (A8-0209/2015: Letra H). En efecto, a base de una

economía arraigada en el conocimiento y en la libertad de creación está surgiendo una capa social cada vez más importante que, dando un paso adelante, exigiría una protección bastante bien pensada dentro del orden jurídico, también correspondiente al derecho de autor. Es un asunto que coincide íntimamente con la cuestión vital de garantías de una remuneración justa para los autores / creadores también cuando cooperan con una empresa editorial u otra productora. Lo cierto es que se pone mucho énfasis en la protección de los autores con respecto a sus obras de creación en términos abstractos, y mucha menos atención se presta a la regularización adecuada de sus honorarios y la normalización de otras condiciones contractuales por las que a menudo ellos transfieren sus derechos patrimoniales a una empresa, a veces bajo la presión de obtener el mínimo de medios de vida u otras circunstancias opresivas, sin ningún amparo legislativo. Luego, no es de ignorar que el párrafo 1 de la Resolución subraya “que los derechos de autor constituyen el medio concreto de garantizar la remuneración de los creadores y la financiación de la creación”, pero la misma ni siquiera indica las medidas exactas de conseguirlo por parte de un autor o creador concreto.

Rara vez son los intereses de autores y creadores la referencia principal en el debate con respecto a la protección de los derechos de autor. Los intereses jurídicos de los creadores no siempre coinciden con los de las editoriales y las productoras que a menudo son titulares secundarios de derechos patrimoniales adquiridos contractualmente. Si bien cada autor quiere conseguir una gratificación equitativa por sus producciones, a la vez, entre sus derechos morales se halla también el derecho a ganar el reconocimiento público a través de la distribución de sus obras y eso se puede mermar si una editorial pone unos precios elevados u otras trabas al acceso a ellas solo para asegurarse las ganancias exageradas. Es que la editorial dispone de un número enorme de derechos patrimoniales de distintos autores y estadísticamente sí o sí obtiene beneficios, pero desde la perspectiva de un autor concreto no necesariamente esto juega a su favor. Frecuentemente se indica el argumento de que el autor mismo cedió voluntariamente los derechos a la editorial, que es acto que encaja en la libertad

contractual, sin embargo, quizá lo haya hecho bajo la presión del mercado o en caso de la producción científica, para satisfacer los requerimientos de publicar en una revista prestigiosa o a través de una editorial reconocida por el circuito. Después, la gestión de estos derechos cedidos voltea en contra tanto de los intereses del propio autor como los interesados en conocer su obra a causa de los obstáculos financieros de acceso o simplemente porque la editorial se queda con el derecho de autor sin obligación de continuar con la comercialización de la obra. Es el terreno donde tanto los autores como los interesados en conseguir el acceso a los contenidos de conocimiento o cultura tendrán que cooperar para elaborar la mejor solución jurídica, al que debe aportar igualmente el legislador. En cierta medida el problema de accesibilidad de las obras fuera de circulación comercial se puede resolver permitiendo hacer copias (reproducciones) para los fines educativos o privados manteniendo el derecho a compensación equitativa para los autores. Esta excepción a los derechos exclusivos la prevé la Ley alemana del derecho de autor (respectivamente § 53(2).4.b, § 60a(2), § 60b(2) UrhG). Sin embargo, el proyecto de la Directiva (COM(2016) 593) reconoce el uso de obras que están fuera del circuito comercial por parte de las instituciones de patrimonio cultural solamente a base de una licencia (art. 7).

En cuanto a los derechos patrimoniales, para asegurar a los creadores la mejor posición negociadora, el Párrafo 7 de la Resolución postula que se busque “garantizar el principio de remuneración equitativa de los titulares de derechos”. El Párrafo 24 indica que es “indispensable reforzar la posición de los autores y creadores y mejorar su remuneración en relación con la distribución y explotación digital de sus obras” y sucesivamente el Párrafo 27 subraya el derecho de los autores e intérpretes a “obtener una retribución adecuada en el entorno digital tanto como en el mundo analógico”.

A fin de examinar los condicionantes de asignar a los titulares una remuneración equitativa hay que tomar en consideración los efectos inesperados que juegan en contra de lo supuesto y esperado. Cómo afecta a los interesados la obligatoriedad de pagar una compensación lo demuestra el asunto de las editoriales de prensa y agregadores de

noticias. Se ha abierto una discusión acerca de la llamada tasa Google por el uso de fragmentos muy reducidos de textos ajenos con los fines económicos, incluso los titulares de prensa que se someten a la protección por los derechos de autor. Es que normalmente no se ha restringido la utilización libre de esa especie de citas breves como puras referencias. Sin embargo, dicho tipo de actividad se ha convertido en un negocio rentable. Se agregan estas referencias y citas no para obtener los beneficios directos al vender las colecciones como tales, puesto que se las pone a disposición del público gratuitamente, sino para atraer a los usuarios y ofrecerles a ellos al margen de lo mostrado otros servicios y anuncios que ya son pagados por quienes los cuelgan a través de las páginas respectivas. Como ya se ha explicado, difícilmente es alcanzable una solución oportuna para sopesar los intereses de todas las partes. Sin embargo, al introducir esta medida, los datos financieros no se ajustan a lo previsto³²⁸, es decir, no es nada cierto que efectivamente las editoriales obtengan lo calculado. Aparte, ese asunto tiene la dimensión relativa al interés del público de permitir acceder a la información, como ya se ha comentado anteriormente.

3.6.3. Contenidos creados por usuarios³²⁹

Las nuevas tecnologías informáticas (digitales) de elaboración (producción) de cualquier tipo de contenido: textos, audiovisuales u otro multimedia y las de comunicación para compartirlos se han hecho accesibles y utilizables con facilidad por todo el mundo. En consecuencia, la cuestión de la remuneración por el uso derivado de recursos ajenos extraídos de la red o cualesquiera otros y las modalidades de la reutilización y la creación de nuevos contenidos a base de ellos se han convertido en el tema del debate intenso. Entre otras circunstancias, el asunto nace debido a un nuevo

³²⁸ Véase el Informe de NERA Economic Consulting: *Impacto del Nuevo Artículo 32.2 de la Ley de Propiedad Intelectual. Informe para la Asociación Española de Editoriales de Publicaciones Periódicas (AEEPP)*, 9 de julio de 2015.

³²⁹ En inglés: user-created content (UCC), user generated content (UGC), consumer-generated media (CGM).

tipo de intermediario que son las redes sociales universales o especializadas, las plataformas de blogueros u otros portales gestionados por empresas o personas privadas que ofrecen el espacio, frecuentemente abierto y gratuito, para la puesta a disposición del público de toda especie de materiales generados y colgados por los usuarios. Así se hace pública una enormidad de contenidos que citan o usan en tal o cual grado las obras ajenas normalmente desde fuera del dominio público (A8-0209/2015: Letra O) y sin licencias favorables (*creative commons*).

El problema principal del uso de las obras protegidas con fines no económicos atañe a cierto tipo de usuarios, que se pueden definir como creadores de vocación o no profesionales y quienes suelen utilizar los recursos ajenos sin un claro consentimiento de los titulares de derechos respectivos. Es el grupo de autores que se aloja en un sitio virtual, normalmente accesible sin pagar, y cuelga gratuitamente, es decir, a cambio del acceso al portal, los contenidos suyos, no obstante, en efecto son ellos los que añaden el valor a los intermediarios quienes por cuenta propia cosechan ganancias desde el negocio publicitario. Por esta complejidad de relaciones entre todos los involucrados en el proceso de creación y puesta de los contenidos resultantes a disposición del público se hace tan difícil delimitar el lado comercial y no comercial de ciertas actividades en el mundo digital que, además, constituyen una parte, digamos, cotidiana y corriente de comportamientos de la generación de los llamados nativos digitales. A esto se suma una pluralidad de otros modelos de negocio, por ejemplo, un portal privado (el blog) tras un periodo de actividad no profesional y gratuita, de conseguir un público satisfactorio puede convertirse en el comercial (publicitario). Al tener en cuenta que estas nuevas formas de actividad personal que se despliegan sin parar, quizá a principios de carácter de pasatiempo, se traducen en el fomento de la creatividad y del desarrollo de distintos servicios en línea. De este modo, meramente por las razones indicadas hay que invitar a establecer un ordenamiento jurídico ajustado a esta actualidad y definir unas reglas balanceadas y transparentes de compensar a los creadores cuyas obras se utilizan (A8-0209/2015: Párrafo 60).

En relación con los contenidos creados por usuarios que incluyen fragmentos de obras protegidas u obras completas, el Párrafo 42 de la Resolución indica:

la necesidad de examinar posibles soluciones que concilien una protección eficiente que ofrezca una remuneración adecuada y una compensación justa a los creadores con el objetivo de interés público de acceso a bienes y conocimientos culturales.

Por lo tanto, aparecen las siguientes cuestiones: en primer lugar, se trata del uso de las obras protegidas en los contenidos creados por los usuarios sin fines profesionales o comerciales. En segundo lugar, se plantea la pregunta de si y cómo permitir que se elabore este tipo de contenido y, además, se ponga a disposición del público (en qué grado o forma), como una excepción a los derechos exclusivos (no es una copia privada u otro tipo de transformación con fines exclusivamente personales, puede que los fragmentos cumplan el requisito de cita permitida) o con la autorización previa del titular (esa modalidad ya existe y su eventual reforzamiento bloqueará cualquier creación por esta vía) y, finalmente, si y cómo establecer una compensación equitativa. Además, hay que resolver la cuestión del uso sucesivo por parte de terceros de un contenido de tal proveniencia, ya que el nuevo contenido se ampara al derecho de autor en pleno, es decir, sin autorización otros no pueden beneficiarse de este, ni siquiera lo pueden utilizar de manera libre para sus finalidades. Al suponer que se paga al creador del contenido derivado, tampoco está claro que haya que compensar a los autores cuyas obras se han utilizado, puesto que la utilización puede encajar en el marco de lo permitido. Encima, ocurre otro asunto para tener en cuenta: la dificultad de calcular la compensación equitativa y el reparto entre todas las partes participantes del proceso creativo. Aunque el concepto de la cultura libre pone en entredicho esta actitud comercial promoviendo cierto ideal mediante las licencias Creative Commons 4.0 por las cuales se permite la utilización sucesiva bastante amplia, incluso con fines comerciales y sin compensación ninguna, aún no es la opción dominante en el mercado. De todas maneras, el adjudicar a las obras las licencias apropiadas de distinto alcance de

aplicación puede simplificar la difusión, la producción de obras derivadas y el éxito de los creadores originarios.

La regularización de la cuestión de compensación de los creadores y las formas de permitir la utilización no profesional de las obras protegidas y su puesta a disposición del público sin fines comerciales, por un lado, llevará a su mayor presencia en circulación, lo que realmente puede coincidir con el “interés público de acceso a bienes y conocimientos culturales” y de esta manera secundar a la diversidad cultural y la educación, así como potenciar las oportunidades del aprendizaje y desarrollo individual. Por otro lado, el mercado tan denso de nuevos estrenos podrá reducir el interés por obras originales, disminuyendo de esta manera la rentabilidad para los autores y los productores, pero eso es la repercusión natural del crecimiento de cualquier mercado, la competencia se hace más fuerte y no hay por qué obstaculizarlo, esquivando el provecho común.

3.6.4. Cultura y ciencia

En el contexto de los derechos de autor, parece que la producción científica de los investigadores se encuentra entre la espada y la pared. Por un lado, a efectos de cumplir los requisitos académicos ellos deben publicar los resultados de su trabajo científico en las revistas o editoriales de prestigio, incluso pagando por este privilegio, por otro lado, las editoriales suelen apropiarse de un conjunto de los derechos patrimoniales del autor. En consecuencia, los investigadores, incluso después de un periodo alargado, no disponen del derecho de distribuir estas publicaciones de modo conveniente para promover sus éxitos científicos. Obviamente, si son los resultados de ciencias naturales es más fácil incluirlos en otros artículos o libros, pero si se refiere a las humanidades, el texto íntegro constituye en sí mismo el valor y no solo ciertos fragmentos o conclusiones. El problema de la divulgación descansa en tasas a veces desorbitadas que las editoriales exigen a los interesados por el acceso a las

publicaciones³³⁰ (Urs, 2014: 10). De hecho, el almacenamiento de contenidos digitalizados y el procesamiento de pedidos justifican que se precise alguna cuota por el acceso, pero siguiendo el interés de los investigadores y el público sería oportuno que esta se encontrara dentro de ciertos límites razonables. Dicha materia exige alguna solución para que los científicos gocen de toda la satisfacción que proviene de su trabajo. Sin perjudicar los intereses justificados de una editorial se puede conceptuar los periodos determinados y apropiados de protección otorgada a estas más ajustados a las expectativas de comunidades científicas, los investigadores mismos y el resto de los interesados para que se nutra toda la SIC.

De manera obligatoria e inequívoca se regula el periodo de embargo impuesto a ciertas publicaciones por la disposición antedicha de § 38.4 UrhG (la Ley alemana del derecho de autor) que puede servir como una orientación emblemática para cualquier orden jurídico por idear al respecto:

El autor de un artículo científico que resultó de una investigación (actividad científica) apoyada al menos en la mitad con fondos públicos y se publicó en una revista (colección) que se edita periódicamente por lo menos dos veces al año, dispondrá también del derecho a poner a disposición del público el artículo, incluso si ha concedido a la editorial [de la revista] el derecho exclusivo de explotación después de la expiración de doce meses calculados desde la primera publicación de la versión aceptada del manuscrito, en cuanto no le sirva al autor ningún fin comercial. Habrá de indicarse la fuente de la primera publicación. Ninguna disposición contractual en contra de lo dicho sirve.

³³⁰ Parece que por vez primera las universidades alemanas (las principales universidades de Berlín: die Freie Universität (FU), die Humboldt-Universität (HU), die Technische Universität (TU), die Charité) se decidieron emprender una acción colectiva contra altos e injustificados precios por acceso (en línea) a las revistas científicas que imponen a los usuarios las grandes editoriales. Véase: Torsten Harmsen, *Hohe Preise Berliner Universitäten kündigen Vertrag mit großem Wissenschaftsverlag (Las universidades de Berlín cancelan el contrato con un grande editorial científico por altos precios)*. Berliner Zeitung, 06.07.17. Consultado el 07.07.2017 en: <http://www.berliner-zeitung.de/27926974>.

Es por repensar el alcance de su aplicación (la financiación con la mitad de los fondos públicos) o el periodo mismo (doce meses), lo más importante es que este derecho no se puede negar contractualmente.

De todas maneras, del art. 167 del Tratado de Funcionamiento de la UE se saca la conclusión de que al considerar la protección de los derechos de autor habrá que tener en cuenta su “gran relevancia desde el punto de vista cultural” y la obligación de prestar atención a los aspectos culturales (Párrafo 26). Igualmente, en este contexto se menciona que se espera que la protección sea “proporcionada”. El artículo indicado instituye, entre otros, que la UE promueve el florecimiento y la difusión de las culturas, la mejora del conocimiento, los intercambios culturales no comerciales, la creación artística, literaria y audiovisual, el respeto y apoyo a la diversidad de las culturas. Estas directrices no son de ignorar a la hora de concebir la renovación del derecho de autor para no dejarlas vacías.

Al margen hay que destacar que curiosamente el Párrafo 34 de la Resolución elogia los beneficios que provienen de las excepciones y limitaciones de los derechos de autor y los derechos afines para la actividad económica y el empleo en las industrias culturales y creativas europeas, incluso si se las aprovecha con los fines comerciales, igualmente se evoca el interés del sector educativo y de la investigación.

3.6.5. Bibliotecas: la digitalización de las obras y el acceso a distancia

La influencia sociocultural, el fomento del florecimiento y la diversidad de culturas y lenguas a través de la creación artística y literaria y el significado para la investigación científica son otras esferas de interés con relación a los derechos de autor expuestas en la Resolución de 9 de julio de 2015 (A8-0209/2015: Letra B). Para lograr el acceso suficientemente fácil y libre a los contenidos de este tipo parece ser una de las condiciones indispensables “la digitalización y la accesibilidad en línea a las valiosas colecciones de las instituciones que se ocupan del patrimonio cultural europeo, a fin de

que los ciudadanos puedan tener acceso desde cualquier lugar en cualquier dispositivo” (Letra E).

El acceso a las colecciones de las bibliotecas de los Estados miembros a través de la biblioteca digital (Letra N) requiere que se inserten claras normas en el derecho de autor que permitan ampliar las excepciones y las limitaciones a derechos exclusivos a la digitalización de las obras almacenadas en las bibliotecas y aplicarlas a los contenidos digitales originalmente con el objetivo de ponerlas a disposición del público a distancia, incluso transfronteriza, lo que hasta ahora requiere a menudo una autorización del autor u otro titular de derechos. En el tono más generalizado habla el Párrafo 39 insistiendo en la necesidad de “reforzar las excepciones destinadas a las instituciones de interés público, como bibliotecas, museos o archivos, a fin de favorecer un amplio acceso al patrimonio cultural, también a través de plataformas en línea”.

Se hace hincapié (Párrafo 53) en la importancia de las bibliotecas para el acceso al conocimiento y la necesidad de introducir:

una excepción por la que las bibliotecas públicas y de investigación puedan prestar legalmente libros en formato digital al público, para su uso personal y por una duración limitada, a través de internet o de las redes de las bibliotecas, de forma que puedan desempeñar su tarea divulgativa de interés público de forma efectiva y actualizada.

Además, se propone una excepción que permita a las bibliotecas digitalizar contenidos para fines de consulta, catalogación y archivo” (Párrafo 54), sin embargo, limitada al uso *in situ* e inmovilizado.

De esta manera, todo el concepto se para a medio camino. Aunque se pretende aparejar el pago justo por el préstamo electrónico con el de libros en soporte físico, se pone la condición de que se mantengan “las restricciones territoriales nacionales”, lo que por un lado ignora la realidad del acceso a distancia y no responde de ninguna manera a nuevas oportunidades digitales y por el otro, cuestiona tantas declaraciones acerca del acceso transfronterizo y un mercado digital único, incluso la alegada en la

Letra E, ya mencionada anteriormente. Afortunadamente, mientras tanto, la cuestión misma de igualar el préstamo de libros “materiales” con los digitales se ha resuelto positivamente ante el TJUE en el caso *Vereniging Openbare Bibliotheken v Stichting Leenrecht* (C-174/15, Sentencia de 10.11.2016).

3.6.6. Interés del público (los usuarios y consumidores). Portabilidad e Interoperabilidad

Siguiendo los Tratados fundacionales de la UE se puede concluir que el facilitar el acceso amplio a los recursos de cultura es una obligación primordial y acordada entre los Estados miembros ante la cual se encuentran las instituciones comunitarias, al igual que el determinar los preceptos jurídicos concretos dentro de sus competencias legislativas. Lo anterior se refiere a la accesibilidad de contenidos de cultura al ciudadano percibida en términos tanto tecnológicos como económicos. Sin embargo, en el marco de la rivalidad económica hay que recalcar la amenaza de que se fortalezcan ciertos monopolios de intermediarios en Internet mermando la ventaja competitiva, lo que iría en contra de los intereses del usuario o consumidor y sobre todo produciría el desgaste del potencial creativo de autores y distribuidores de la producción creativa (Letra R).

Aparte del acceso a través de las instituciones públicas como son las bibliotecas y otras destinadas a ofrecer los servicios parecidos, la Resolución de 9 de julio de 2015 asume la expectativa de que los usuarios dispongan del acceso a una variedad amplia y diversa de contenidos de gran calidad (Letra M). En este contexto hay que subrayar que no necesariamente se trata de que el acceso sea gratuito, pero sí asequible técnicamente y económicamente, lo distinto significaría obstáculos y trabas en contra de lo declarado.

En cuanto a la accesibilidad de los contenidos por medio de distintos dispositivos, la Resolución promueve “la neutralidad tecnológica y la compatibilidad futura de las excepciones y limitaciones, teniendo debidamente en cuenta los efectos de la convergencia de los medios de comunicación” (Párrafo 44). En otras palabras, el

Párrafo 64 deriva del “ritmo acelerado de la evolución tecnológica en el mercado digital” una exigencia de “un marco legislativo tecnológicamente neutro para los derechos de autor”.

En el Párrafo 31 se evidencia el significado de asegurar la protección de las obras de dominio público con una clara advertencia de que “una vez que una obra es de dominio público, toda digitalización de la obra que no constituya una obra nueva y transformadora seguirá siendo de dominio público”. Realmente, es la protección del usuario, ya que se garantizaría para él mismo la accesibilidad de la obra reproducida en cualquier tecnología. Además, se espera que se aclare el derecho a “los titulares de derechos de uso de dedicar sus obras, en totalidad o en parte, al dominio público”. De hecho, no son las orientaciones revolucionarias, la primera medida trata de los contenidos que según leyes ya no tienen titulares patrimoniales atribuidos y la segunda, de la libertad de renunciar a los derechos patrimoniales, que es nada más que una manifestación del derecho de propiedad en sí.

Para el acceso viable a los contenidos de distintos formatos a través de tipos de dispositivos tecnológicamente distintos es necesario que se garantice la interoperabilidad tecnológica entre los dispositivos mismos para poder conectarlos y entre los dispositivos y los contenidos para poder leer (acceder a) cualquier contenido desde cualquier dispositivo. Aunque los distribuidores no necesariamente tienen que ajustar los contenidos que lanzan al mercado a todo tipo de dispositivos, sí pueden revelar los datos técnicos para posibilitar que los terceros adapten estos contenidos a la lectura mediante diferentes dispositivos (Párrafo 62). Este aspecto ha de ser evaluado también según su influencia en la competencia comercial y en las eventuales prácticas ilícitas que puedan perjudicar al consumidor. Así, la accesibilidad pública de la información relativa al código fuente de aplicaciones y dispositivos apoya la mayor interoperabilidad, refuerza la competencia en favor del consumidor y estimula la innovación (Párrafo 63) en el campo dado. Pues, se puede apelar a las administraciones, los distribuidores y los titulares de derechos a los códigos fuentes como lo hace la

Resolución (la medida tipo *soft law*) o se puede regularizar la cuestión por la ley en bien común, al menos en circunstancias determinadas (la medida tipo *hard law*).

3.6.7. Enseñanza y aprendizaje

Las bibliotecas, repositorios y archivos desempeñan una función irremplazable en la sociedad y, actualmente, por la accesibilidad cada vez mayor de sus colecciones gracias a la conexión a distancia y digitalización de los recursos, ella puede reforzarse aún más. Al papel destinado a la conservación, catalogación e indexación del patrimonio cultural se suma la divulgación del conocimiento (importante para la ciencia ciudadana) y el fomento de enseñanza y aprendizaje cada vez más importante a causa de la necesidad de la formación continua y el desarrollo del aprendizaje autónomo (autoaprendizaje / autoformación), es decir, el aprendizaje fuera de las formas regladas, estrictamente organizadas (en inglés: *self-directed learning*). Así, facilitando el acceso a los recursos, sobre todo a distancia, cada vez más gente cuenta con la oportunidad de formarse profesionalmente o personalmente utilizando a tal fin las ventajas que se ofrezcan por las TIC. Por lo tanto, es de primera importancia introducir en el derecho de autor una excepción clara, inequívoca y de alcance posiblemente amplio que permita la digitalización de los recursos y el acceso a distancia a fines de investigación y educación tanto a los centros educativos como en toda relación con “las actividades acreditadas de investigación o educación, incluidas las actividades en línea y transfronterizas, relacionadas con una institución o un centro educativos reconocidos por las autoridades competentes o por la legislación, o en el marco de un programa educativo” (Párrafo 51).

Cierto progreso en cuanto a dar claridad al uso de los materiales educativos en la enseñanza transfronteriza a distancia va por implementar el art. 4 de la Propuesta de Directiva sobre los derechos de autor en el mercado único digital de 14 de septiembre de 2016 (COM(2016) 593) que, tras entrar en vigor, obligará a los Estados miembros a establecer:

una excepción o limitación a los derechos [de autor] a fin de autorizar el uso digital de obras y otras prestaciones únicamente con fines ilustrativos de enseñanza, en la medida en que ello esté justificado por la finalidad no comercial perseguida, siempre que [...] el uso tenga lugar en los locales de un centro de enseñanza o a través de una red electrónica segura a la que solo puedan acceder los alumnos o estudiantes y el personal docente del centro [...] vaya acompañado de la indicación de la fuente, con inclusión del nombre del autor, salvo que ello resulte imposible.

Aunque al mismo tiempo se admiten algunas limitaciones a la excepción citada (obligatoria), es decir, que ella “no sea aplicable en general o con respecto a determinados tipos de obras u otras prestaciones, en la medida en que estén fácilmente disponibles en el mercado licencias adecuadas que autoricen los actos descritos ...” Asimismo se dispone que facultativamente se puede introducir una “indemnización justa para los titulares de derechos por el perjuicio que les haya causado el uso de sus obras u otras prestaciones con arreglo a lo dispuesto.”

3.6.8. Materiales educativos. MOOCs

Cada vez más el negocio pone el foco en el ámbito de la educación acentuando su significado para la economía en su conjunto, de ahí que paso a paso ella va convirtiéndose en la llamada economía del conocimiento. La educación es una de las áreas con un potencial económico muy prometedor³³¹. Esta tendencia exige que se repiensen las opciones para la regulación del derecho de autor en relación con educación y aprendizaje.

³³¹ A los días de la mitad del año 2015 uno de los más notables grupos editoriales de marca internacional Pearson se deshizo de sus dos destacados e influyentes pertenencias: el diario *Financial Times* y el semanario *The Economist* para concentrarse exclusivamente en el mercado de la educación. Acceso a ambos el 27.09.2015: “Pearson acuerda la venta de ‘Financial Times’ al grupo japonés Nikkei”, http://economia.elpais.com/economia/2015/07/23/actualidad/1437645618_940018.html; “Pearson vende a la familia Agnelli el 50 proc de The Economist”, http://economia.elpais.com/economia/2015/08/12/actualidad/1439366141_766390.html.

Siguiendo la demanda del sector educativo de distintos niveles y tipos de formación, que está en pleno crecimiento, las editoriales lanzan no solo los libros (manuales o monografías) sino también distintos materiales audiovisuales o interactivos (aplicaciones) para el aula o el aprendizaje personal y adaptados al uso autónomo o mediante los dispositivos electrónicos. El empuje sale del hecho de que la oferta de las instituciones educativas de distintas formas, niveles y destinatarios, públicas o privadas, se hace cada vez más cuantiosa y diversificada. Además, se acude a nuevas metodologías y tecnologías de enseñanza y aprendizaje. Las administraciones responsables entienden bien la importancia de estimular incluso más este fenómeno. Toda la dinámica del sector de enseñanza y producción de materiales educativos corresponde sobre todo a las exigencias del mercado laboral cambiante, se percibe la necesidad de formación permanente, pero también se responde a las aficiones y los intereses personales (de ocio, de mantener y acrecentar contactos sociales) producidos por nuevos estilos de vida, más activos, y la búsqueda de alta calidad de vida ante el alargamiento de la esperanza de vida de las personas (lenguas, cursos para adultos y universidades de tercera edad). Sin duda ninguna ya no basta la etapa de educación obligatoria para seguir adelante a lo largo de los años de vida y trabajo. Es la dirección irreversible hacia la que evoluciona la SIC, como ya se ha explicado, por las causas personales o las expectativas del mercado laboral cada vez más variable y exigente en relación con las habilidades y cualificaciones laborales y personales de los empleados.

Entonces, el terreno de los materiales educativos y nuevas formas de enseñanza (cursos a distancia, aula virtual, MOOCs) al cruzarse con el ámbito de los derechos de autor reclama una mayor y mejor normalización legislativa, sobre todo teniendo en cuenta el doble beneficio para la economía, uno para el empleo en dichos sectores y otro a largo plazo, para el apoyo al desarrollo del capital humano de la sociedad a fin de asegurar la sostenibilidad y flexibilidad ante los procesos de cambio permanente del entorno económico, laboral y profesional. Supuestamente fue por esa razón que el legislador alemán dio un paso adelante al introducir una excepción, aunque bastante

limitada, para las productoras de materiales educativos relacionada con la reutilización de fragmentos de obras protegidas sin autorización de los titulares de derechos, aunque a cambio de una remuneración. Así, en virtud del § 60h.3 UrhG (la Ley alemana del derecho de autor) está permitido que los productores de recursos educativos editen, distribuyan y pongan a disposición del público las colecciones de hasta 10 por ciento de obras protegidas, anteriormente publicadas, incluidos los artículos, otros textos breves y obras agotadas que se puedan utilizar íntegramente. Tales recopilaciones didácticas de materiales fuente, al ser precisamente etiquetados, deben componerse de textos de varios autores y destinarse solamente para la ilustración de las actividades educativas en centros no comerciales. Se entiende que serán también puestas a la venta en el mercado y accesibles para todo el mundo que se interese por acudir a ellas con fines del autoaprendizaje.

Aparte del sector editorial dedicado a materiales educativos, persiguiendo las tendencias observables, se puede esperar una expansión de nuevas modalidades institucionales y organizacionales en el entorno de educación, ya que no será y no podrá ser solo el sistema educativo oficial que ofrezca lo que sea necesario para estar al día y estirar las capacidades personales y laborales. Las formas de educación a distancia o mezcladas (semipresenciales³³²) ganan terreno por la comodidad y flexibilidad. Pues, la elección de esta modalidad no se reduce a la cuestión de evitar las tasas elevadas de cursos presenciales, sino que se busca la relación razonable entre la tasa y la calidad.

Para cumplir la demanda de aprendizaje a distancia se desarrollan plataformas que ofrecen los Recursos Educativos de Acceso Abierto (OERs)³³³, los Cursos en Línea

³³² El formato del aprendizaje semipresencial (en inglés: Blended Learning, B-Learning) permite conseguir dos objetivos: facilitar a los estudiantes los recursos digitalizados que les permitan revisar el material educativo de forma cómoda donde y cuando quieran sin apartarlos del contacto directo con el profesorado y los colegas.

³³³ Existe también una noción mencionada más arriba que tiene un sentido más amplio, pero incluye recursos educativos no necesariamente gratuitos y abiertos al público que se llama “Reusable Learning Object” (RLO), que es un contenido íntegro, independiente, digitalizado y estandarizado accesible a través de la red para el uso múltiple y en distintos contextos y modalidades. OER cumplen ciertas condiciones de RLO pero están preparados a veces por no especialistas y sin rigidez formal.

Masivos y Abiertos (MOOCs), algunos funcionan con apoyo desde los fondos europeos, otras formas de enseñanza abierta (UNED Abierta), repositorios y bibliotecas digitales con acceso abierto. La etapa siguiente sería el cambio de mentalidad de los empresarios y académicos acerca del reconocimiento de este nuevo tipo de certificación de habilidades, por ejemplo, obtenida al completar MOOCs, es decir, que las empresas empleadoras se acostumbren a aceptarla. A estas nuevas oportunidades para la accesibilidad de materiales educativos se suman tales fuentes de conocimiento como YouTube (ineludible para el aprendizaje de idiomas) o Wikipedia, que dispone de un sinfín de contenidos y además goza de confianza acordada comunalmente. Usualmente, este tipo de fuentes consta de los contenidos elaborados por los usuarios, sin fines comerciales, pero como es difícil de evitar, se pueden incluir fragmentos de obras protegidas. Todos estos ámbitos son muy sensibles al entorno jurídico marcado por el derecho de autor.

3.6.9.El espacio digital único profundamente armonizado y la territorialidad³³⁴

La preocupación por el mantenimiento y crecimiento del mercado único europeo de bienes y servicios, digamos, tradicionales y, por otro lado, los digitales cada vez más importante, es el tema recurrente en el discurso político-económico. Aunque el concepto del mercado común representa una parte irrenunciable del propósito para cuyo logro se había iniciado todo el proyecto comunitario, regularmente tropieza con un sinfín de obstáculos, y en relación con lo digital y virtual, incluso más difíciles de superar.

Las tecnologías avanzadas crean unas oportunidades capitales para estimular el desenvolvimiento del mercado único de bienes y servicios tanto en su faceta tradicional como digital (*e-commerce*), a la vez permiten que la economía aproveche la libertad de circulación de los ciudadanos europeos, de residencia y de establecimiento asegurando a las personas que estén fuera de las fronteras nacionales el acceso a todo tipo de servicios

³³⁴ Véase: la comunicación “Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa” de 6 de mayo de 2015, COM(2015) 192, que también reflexiona acerca de los derechos de autor y propiedad intelectual.

en línea. Así, se exponen (Letra J) los asuntos de diversidad cultural y lingüística que traspasa las fronteras de los Estados miembros. El espacio digital comunitario podría cubrir las áreas distintas: la estrictamente económica, la laboral y la educativa, que se nutrirán de la facilidad y la inclinación creciente de moverse entre los países con fines profesionales, educativos o turísticos, realmente y virtualmente. Si bien algunos servicios son accesibles sin trabas, a otros se les ponen obstáculos geográficos, incluso a los servicios a distancia de pago en el extranjero, de modo que se desgastan las oportunidades de estimular el crecimiento de actividades transfronterizas y se merma el potencial económico, aparte de reducir el entusiasmo hacia la integración.

Las restricciones geográficas (*geoblocking*) concernientes a la transmisión digital, ya sean en el ámbito audiovisual (televisivo o cinematográfico), educativo o cualquier otro, basadas en el concepto de la territorialidad de derechos de autor y licencias, en términos económicos son discutibles, sobre todo si se trata de los servicios de pago, en efecto van en contra del interés económico de los titulares mismos de derechos. A modo de ejemplo, si un hablante de francés o un estudiante de francés que vive en España no pudiera acceder a un servicio audiovisual (de televisión o páginas de películas para alquilar) en francés en España, porque este no dispondría de licencia para el territorio español, eso no significa que estaría dispuesto a pagar por un servicio homólogo en español en España, puesto que no busca cualquier servicio de dicho contenido, sino precisamente este en francés. La misma Resolución de 9 de julio de 2015 recalca este sinsentido en el Párrafo 11 acentuando que “la producción creativa de la UE es uno de sus recursos más ricos, y que quienes quieren disfrutar de ella deberían poder pagar para hacerlo, incluso cuando solo se venda en otro Estado miembro”.

En este contexto no convence el argumento de que la territorialidad es primordial desde el prisma de la financiación ya que de esta manera responde “a las especificidades culturales de los diferentes mercados europeos” (Párrafo 13 y lo similar en el Párrafo 17). Si se tratara del aspecto de la preparación de la determinada versión lingüística, eso significaría que en Polonia obligatoriamente se tendría que ver una

película española doblada al polaco, sin poder acceder al original u otras versiones idiomáticas, para esto se requeriría una licencia separada. Si se trata de una producción de nicho no hay mucha esperanza de que alguien desde fuera compre una licencia para distribuir la película u otro contenido en diferentes mercados. Si el titular de derechos no la hiciera accesible a distancia, al fin no habría manera de acceder a este contenido de modo lícito desde otros territorios.

El mal de este tipo de restricciones se repite una y otra vez, en el Párrafo 14 se realza que “las prácticas de geobloqueo del sector no deberían impedir a las minorías culturales que viven en los Estados miembros de la UE acceder a contenidos o servicios existentes gratuitos o de pago en su idioma”. Al seguir la conclusión del Párrafo 15 de que la “diversidad debe considerarse una ventaja para el mercado único más que un obstáculo” hay que insistir en que la diversidad cultural y lingüística europea actual es el resultado no solo del proceso histórico en el continente sino también es lo intrínseco de las políticas consecuentes de la construcción europea del mercado libre económico, laboral, financiero, de negocio y de movimiento de personas.

Al agregar todas las declaraciones acerca de la importancia de fundamentar el mercado único digital, la misma Directiva InfoSoc (2001/29/CE) llama a aplicar las cuatro libertades del mercado interior (lo que se subraya en el Párrafo 9), se halla no tan transparente la intención incrustada en la fórmula (Párrafo 6) de que “la territorialidad es inherente a la existencia de los derechos de autor y derechos afines”, luego confirmada en el Párrafo siguiente número 7 donde se “pide que se reafirme el principio de territorialidad, que permite a cada Estado miembro garantizar el principio de remuneración equitativa en el marco de su política cultural”. El mismo Párrafo 6 suaviza el concepto de territorialidad con “un apéndice” acentuando que “no hay contradicción entre este principio (de territorialidad) y las medidas destinadas a garantizar la portabilidad de los contenidos”. El problema de portabilidad, es decir, el acceso iniciado en un Estado miembro que se mantenga alcanzable a través de dispositivos portátiles durante las travesías se resolvió por la implementación del

Reglamento (UE) 2017/1128. Pues la portabilidad de servicios en línea es solo una pequeña pieza bastante obvia del mercado único y atañe solo a un grupo de personas muy limitado. Lo más significativo y de alcance universal sería asegurar el acceso transfronterizo desde todos los Estados miembros a todos los servicios o los contenidos almacenados en todos los Estados miembros.

En el Párrafo 9 se subraya una vez más que con frecuencia “se deniega a los consumidores el acceso a servicios de determinado contenido por motivos geográficos” y el anterior Párrafo 8 confirma la necesidad de renovar las normas acerca “del acceso transfronterizo a la diversidad de usos que el desarrollo tecnológico ofrece a los consumidores podría requerir mejoras del actual marco jurídico basadas en pruebas para alcanzar un mayor desarrollo de la oferta legal de contenido cultural y creativo diversificado en línea que permita el acceso a la diversidad cultural europea”. Se concluye con todo lo racional que las restricciones al acceso legal a los contenidos animan a los usuarios a buscar el acceso a través de las soluciones ilícitas que se ofrezcan en la red. En este contexto afortunadamente se formula una orientación esclarecida hacia la CE de que ella “proponga soluciones adecuadas para ofrecer a los consumidores una mejor accesibilidad transfronteriza a los servicios y los contenidos protegidos por los derechos de autor”. El Reglamento (UE) 2018/302 incluye la eliminación del bloqueo geográfico de servicios excluyendo el acceso a los contenidos protegidos por derechos de autor.

No es fácil captar qué exige sustancialmente la Resolución de 9 de julio de 2015 acerca de la armonización para conseguir la meta de la construcción del espacio digital común. Por ejemplo, el Párrafo 37 por un lado otra vez acentúa “la importancia de la diversidad cultural europea y señala que las diferencias entre los Estados miembros por lo que respecta a la aplicación de excepciones pueden crear complicaciones para el funcionamiento del mercado interior con vistas al desarrollo de actividades transfronterizas y para la competitividad global y la innovación de la UE”. Por otro lado, aún se considera “que algunas diferencias pueden justificarse para permitir que los

Estados miembros legislen con arreglo a sus intereses culturales y económicos específicos, en consonancia con los principios de proporcionalidad y subsidiariedad”.

La perspectiva del consumidor y de la competencia dentro de la UE arroja más luz sobre la consolidación pendiente del espacio único. El Párrafo 67 expone el problema de que los consumidores se enfrentan a diversas limitaciones y la protección del interés del consumidor debe incluirse en el marco de los derechos de autor. Por lo tanto, se apela a la CE que considere este tema desde la legislación vigente y prepare unas propuestas oportunas que vinculen los derechos de los consumidores y el derecho de autor de forma integrada, transparente y exhaustiva.

3.6.10.Necesidad de un análisis socioeconómico y jurídico profundo y objetivo

Siguiendo varias sugerencias y observaciones, ya mencionadas anteriormente, parece que es imprescindible llevar a cabo una estimación económica minuciosa acerca de los beneficios que puedan producirse dependiendo de la dirección hacia la que evolucione el concepto de cambio del derecho de autor, es decir, si se apuesta por reducir su alcance y extender las excepciones, y límites a los derechos exclusivos, dando un espacio más extendido al uso libre de obras protegidas o por lo contrario, se amplía los derechos de autor restringiendo de esta manera el acceso y uso libre de ellas. De momento se suele exponer solo los frutos económicos del incremento de la protección en el marco de los derechos de autor, fáciles de calcular. Sin el análisis y cálculo objetivos de ambas soluciones no hay fundamentos, al menos desde la perspectiva económica, para defender cualquier reforzamiento del marco jurídico de los derechos de autor. Al menos cualitativamente, desde la óptica del desarrollo socioeconómico de las comunidades que se basa en las competencias del individuo y la producción creativa, sí se pueden apuntar numerosos argumentos que apoyen la disminución del alcance del derecho de autor y la introducción de incluso más excepciones y limitaciones a los derechos exclusivos, si no la transformación total de

todo el sistema del derecho de autor hacia el reconocimiento básico de los intereses del usuario y el bien colectivo.

De este modo, en el Párrafo 28 de la Resolución de 9 de julio de 2015 se pide a la Comisión que “estudie medidas específicas y adecuadas para mejorar la seguridad jurídica, el impacto de un título único europeo de los derechos de autor sobre trabajos e innovación, sobre los intereses de los autores, ejecutantes y otros titulares de derechos, y sobre el fomento del acceso de los consumidores a la diversidad cultural regional”. Algo semejante aparece en el Párrafo 52 donde se subraya la necesidad de justificar “mediante un análisis económico y jurídico sólido y objetivo” la introducción de nuevas excepciones o limitaciones. Estas declaraciones se pueden leer como la expectativa de que se acometa un análisis independiente, libre de prejuicios e imparcial de todos los aspectos tangibles (económicos) e intangibles (socioculturales y del desarrollo de la personalidad del individuo) para que se diseñen unas regulaciones que mantengan la ecuanimidad entre los intereses de los titulares de derechos, el público y el provecho común.

3.6.11. Protección del interés público como razón de remodelación del derecho de autor

Así, en búsqueda de un equilibrio deseado entre los intereses de todas las partes involucradas en el ámbito de los derechos de autor y la propiedad intelectual no es de ignorar el beneficio colectivo de una sociedad, como un motor del florecimiento de la economía basada en las TIC, la información y el conocimiento. De cara al futuro, es lo que determina el avance económico y social de la comunidad en su conjunto, en consecuencia, la mejora de la calidad de vida de cada uno de sus integrantes, así como la estabilidad y sostenibilidad sociopolíticas.

El Párrafo 35 de la Resolución citada llama a que se mantenga el equilibrio entre los intereses de los titulares de derechos y los intereses del público, pidiendo a la CE “que estudie la posibilidad de revisar una serie de excepciones y limitaciones existentes

con el objetivo de adaptarlas mejor al entorno digital, teniendo en cuenta la actual evolución de dicho entorno y la necesidad de mantener la competitividad”. Luego, lo más concreto se encuentra en el Párrafo 38 donde se “insta a la Comisión a examinar la aplicación de unas normas mínimas en las excepciones y limitaciones”, que hasta ahora son contempladas en la Directiva 2001/29/CE de modo facultativo para que se logre “un acceso igual a la diversidad cultural a través de las fronteras dentro del mercado interior” y aumente la seguridad jurídica.

3.6.12. Directrices para la transformación futura del derecho de autor comunitario

La Resolución del Parlamento Europeo de 9 de julio de 2015 (A8-0209/2015, 2014/2256(INI)) identifica y enumera de manera precisa e íntegra los problemas relacionados con los derechos de autor, a los que se enfrenta la SIC en su etapa actual de la consolidación en curso, sin la solución de los cuales la prosperidad de la ciudadanía europea estará en duda. La misma incluye una suma de experiencias y observaciones desde la práctica cotidiana y jurídica acumuladas hasta ahora. Por lo tanto, la Resolución puede constituir un punto de partida para el debate más profundo y concreto acerca de cómo reescribir el sistema de los derechos de autor y la propiedad intelectual, incluso más allá del marco jurídico comunitario. Al tener en cuenta los intereses a menudo contradictorios de distintas partes interesadas, indudablemente, la remodelación del complejo del derecho de autor es un desafío jurídicamente complicado. Sin embargo, es necesario acometerlo frente a las exigencias de la SIC, cada vez más intensivamente manifestadas, el objetivo que básicamente no será alcanzable sin vulnerar el estatus actual. En suma, al acometer la tarea de idear nuevas fórmulas del derecho de autor, la Resolución subraya la necesidad de someter el sistema del derecho de autor a un análisis profundo y objetivo desde el prisma económico y jurídico. Esto coincide con el supuesto de la prevalencia a largo plazo del interés público (común) sobre los intereses particulares.

Para que se consiga un equilibrio justo entre los objetivos divergentes de todas las partes interesadas, se debe imponer al marco de la protección de obras creativas ciertas características primordiales, de modo que, por un lado, el alcance de la protección sea proporcionado (razonable) y, por el otro, las remuneraciones para los titulares de derechos sean adecuadas y equitativas. Esa actitud de prudencia surge también del Párrafo 65 de la Resolución donde se apela a “una ejecución proporcionada y efectiva para apoyar a los creadores, los titulares de derechos y los consumidores”.

De la Resolución citada surge cierto entusiasmo y esperanza con respecto a los planes de modificación de las normas que rigen los derechos de autor. Aunque el sistema completo de los derechos de la propiedad intelectual se divide por distintos campos específicos que debido a sus diferencias técnicas requieren distintas regulaciones, las políticas más generales acerca del rumbo hacia el que desarrollar los derechos correspondientes podrían y deben ser uniformes. En calidad de recapitulación, hay cada vez más voces que sostienen que el exceso de protección de los derechos de propiedad intelectual finalmente va en contra de la creatividad y la innovación, sobre todo en la era digital (Silbey, 2014).

La Resolución lucha por el fortalecimiento del espacio único (Párrafo 7), así en el Párrafo 56 se recuerda las controversias sobre la imposición por parte de algunos Estados miembros de la UE de compensaciones por el uso lícito de obras protegidas, también en los casos en los que el derecho comunitario vigente no las exige. Un problema similar se refiere a los cánones por copia y reprografía privadas y cánones digitales cuya regulación cambia de un Estado a otro sin armonización suficiente (Párrafos 57-59). Con respecto a los cánones y otro tipo de compensaciones y tasas correspondientes a los derechos de autor sin duda se presenta la tarea pendiente de construirlas con claridad y transparencia (Párrafo 60). Con las TIC cada ejemplo de fragmentación y diferenciación territoriales del derecho de autor juega en contra de los intereses de todas las partes.

Para terminar, parece que el proyecto de lograr cierto equilibrio entre los intereses de todos los implicados en la economía creativa, regida por los derechos de autor y la propiedad intelectual, desde los autores y creadores, pasando por empresas editoras y productoras y las que realizan investigaciones, financian innovaciones u otros trabajos creativos, otros intermediarios, hasta los usuarios y consumidores de esta producción, aún busca su solución justa y a la vez eficaz para el conjunto de la SIC comunitaria con el fin de estar preparado para responder a las presiones económicas y sociales, internas y externas, de la actualidad y del futuro.

3.6.13. Una digresión. Hard law, Soft law, No-law. El mérito de los documentos emitidos por la UE

A lo largo de las consideraciones anteriores se ha podido ver que las instituciones comunitarias, en el marco de las actividades administrativas o los procedimientos legislativos, emiten una pluralidad de documentos / actos en relación con las materias relevantes para la Sociedad de la Información y del Conocimiento e íntegramente relacionados con el crecimiento de esta y el aumento de oportunidades y modalidades relativas al acceso a los contenidos de cultura y conocimiento. El aseguramiento y la reafirmación del valor del acceso a los contenidos de cultura y conocimiento son unos de los factores decisivos para facilitar el libre y pleno desenvolvimiento de las capacidades humanas en cualquier esfera, ya sea intelectual, laboral, artística o espiritual. Entre otros instrumentos hemos acudido a directivas, reglamentos, decisiones, comunicaciones, recomendaciones, orientaciones (*guidelines*), resoluciones del Parlamento Europeo o conclusiones del Consejo Europeo.

Ante el panorama tan variado de distintos tipos de documentos en circulación que representa la hibridación del ordenamiento jurídico-administrativo (*hard law / soft law*) de una entidad internacional como la UE (Héritier y Rhodes, 2011) y la heterogeneidad del mismo *soft law* (Senden: 2004: 115) se plantea el interrogante sobre cuáles son los efectos jurídicos y políticos de cada uno de estos actos, cuáles de ellos

gozan de valor vinculante, entonces en qué medida y de qué fuerza o, por lo contrario, cuáles, aunque tienen el carácter no vinculante, pues producen ciertos efectos de vertiente política, social, hasta jurídica y qué, en los casos determinados, esto significa para la relación entre un ente internacional como es la UE y los Estados que lo componen o su ciudadano y sobre todo cómo evaluar estas influencias externas de las normas y los enunciados, sin ir más allá, en el contexto del derecho al libre desarrollo de la personalidad del ser humano, en el que nos centramos en esta tesis.

Al tomar en consideración la utilidad de la labor conceptual que brota de dichos documentos hay que hacer caso a que la esfera tan intangible como es la de la personalidad humana sí requiere normas legislativas y políticas adecuadas por medio de las cuales se protege la zona más íntima del ser humano y el libre desarrollo de ésta, fomenta el entorno favorable para ello y estimula las actuaciones beneficiosas para el incremento del capital humano y social, por ejemplo en forma de apoyo a la ciencia abierta. Las administraciones disponen de conocimientos y datos variados y útiles para mostrar ciertas posibilidades o soluciones y darles una justificación plástica y convincente para que arranque el proceso de perseguir alguna nueva idea intelectual. El trabajo teórico y visionario de vislumbrar ciertos propósitos y ambiciones para el futuro y marcar algunas direcciones de la evolución social de la comunidad, en el caso dado se trata de la SIC, hasta las propuestas *de lege ferenda* (Mazuelos Bellido, 2004: 2), han asumido las instituciones comunitarias, aunque como se ha visto en muchos casos a menudo sin directos e inmediatos resultados legislativos. Entonces, no cabe duda de que las declaraciones desde el seno de la UE moldean la percepción de los políticos, los activistas y la sociedad civil en su conjunto frente a los retos y desafíos que induce la realidad e impulsan hacia las actuaciones y las políticas nacionales o regionales fructíferas, por el mero hecho de que, tras revelar ciertos conceptos, incluso sin insertarlos en el ordenamiento jurídico vigente, ya no se permitirá ignorarlos. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, cualquiera que sea su posición jurídica y estado de reconocimiento, apoya y legitima cada planteamiento e iniciativa que se dirigen a

respaldar el valor del individuo y animarlo para desarrollar de sus capacidades personales y aportar a la comunidad. Las perspectivas que se dan por las TIC parecen muy atractivas y esperanzadoras para la composición y consolidación de la SIC y el empoderamiento de la persona en ésta. Dentro de la UE son multifacéticas las formas mediante las que se manifiesta el debate acerca del acceso libre y pleno a la cultura y el conocimiento como un condicionante imprescindible del progreso personal de cada ciudadano y su prosperidad económica en la SIC.

La rareza de la UE de ser un organismo “supranacional” se ha hecho más patente tras el Tratado de Lisboa, con el que desaparecieron muchos procedimientos de toma de decisiones que exigían anteriormente la unanimidad de todos los Estados miembros y en lugar de esto se introdujo la votación por mayoría con el efecto vinculante para todos por lo que se ha destacado la “autonomía” del organismo. Tal característica especial de la UE, la explica de esta manera Díez-Picazo (2008: 5):

... la Unión Europea, aun siendo por su origen una organización internacional, es una organización internacional sui generis. Para describir esta peculiaridad de la Unión Europea, se ha acuñado la expresión “supranacionalidad”, que se contrapone al carácter intergubernamental que tradicionalmente han tenido las relaciones internacionales. La Unión Europea es supranacional en un doble sentido: en sentido normativo, porque muchas de sus normas vinculan directamente a las autoridades nacionales y a los particulares; y en un sentido decisonal, porque la aprobación de dichas normas no está necesariamente sometida a la regla de la unanimidad –la tendencia ha venido siendo la de reducir progresivamente las materias en que se exige la decisión unánime- y porque en el procedimiento participan actores distintos de los representantes de los Gobiernos.

El continuo proceso de integración refuerza este carácter supranacional de la UE que se manifiesta mediante la sucesiva transferencia de las competencias desde el nivel nacional hacia arriba (Shaw: 2000: 23), hasta las instituciones comunitarias, no

necesariamente por las vías exactamente jurídicas. Es decir, el poder decisivo *de facto* se traslada arriba, hasta el nivel comunitario, incluso se lo refiere a las áreas que teóricamente (legalmente) se encuentran fuera de las competencias de la UE determinadas por los Tratados. A tal fin se establecen distintos mecanismos y fórmulas de cooperación y convergencia relativamente sólidos y eficaces, como el MAC (Método abierto de Coordinación) por el que se debaten, formulan, acuerdan y pronuncian las políticas y las directrices comunes en las materias principalmente pertenecientes a los gobiernos nacionales y se aplican otras modalidades de influir en el comportamiento de los Estados miembros, tanto en relación con los asuntos del marco de competencias de la UE como fuera de este, precisamente a través de indicaciones de naturaleza de *soft law* que emana desde el seno de la UE en formas muy variadas.

Aparte de los efectos jurídicos provocados por distintos documentos que nacen en la UE, teniendo en cuenta la estrecha cooperación, digamos diaria, dentro de la estructura comunitaria, entre los Estados, sus administraciones de diferente nivel y sus representantes, la influencia de los enunciados incorporados en la producción jurídico-administrativa es más intensa, puesto que se difunde no solo mediante la publicación de estos documentos con tal o cual grado de obligación, sino también en fase de trabajo y evaluación, directamente entre los involucrados en el proceso deliberativo quienes transmiten tanto las dudas y los conceptos nuevos como las conclusiones directamente a las instituciones homologas en su país. Así, además del proceso de divulgación de ideas desde los grupos de trabajo de la UE, los debates encuentran su colofón en los documentos oficiales firmados por las instituciones comunitarias.

Concretamente, la validez jurídica está bien reconocida en cuanto se trata de los actos de naturaleza de *hard law*, el derecho estricto, cierto, vinculante e imperativo, en el caso comunitario en dicha área se incluyen directivas, reglamentos y decisiones. A este conjunto de actos hay que añadir los mismos tratados fundacionales de la UE y acuerdos internacionales firmados por ella por lo que se produce a menudo el efecto directo de la aplicación de cláusulas que los componen. A veces estos actos jurídicos se

emiten en el marco de la autonomía decisiva de las instituciones de la UE y otra vez sin plena autonomía, predominantemente, con participación de los parlamentos nacionales (el cumplimiento del principio de subsidiariedad). Así, en virtud del art. 288 TFUE reglamentos, directivas y decisiones son actos de carácter obligatorio. Al contrario, recomendaciones y dictámenes no son vinculantes para sus destinatarios y “en consecuencia no forman parte de las fuentes obligatorias del Ordenamiento comunitario” (Sarmiento Acosta, 2003: 59).

Reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes listados en el art. 288 TFUE no agotan la producción oficial que emana de las instituciones (Alonso García, 2001:64), los órganos y otros organismos comunitarios, a tal o cual base arraigada en los Tratados (el derecho primario). Los que disponen de cualquier atributo de la eficacia jurídica encajan en el derecho comunitario derivado / secundario. El TFUE alude a otros documentos que se pueden elaborar dentro de la UE, como libros verdes, libros blancos, comunicaciones³³⁵, informes, estudios, orientaciones, indicadores, notificaciones (en el seno del BCE), a veces sin indicaciones específicas acerca de su naturaleza o solamente se precisa alguna de las funciones, a ellos se refieren por ejemplo los artículos 121, 148, 156, 168, 173 y 181 TFUE³³⁶. En definitiva, todo documento no vinculante, cualquiera que sea su denominación, emitido por un órgano oficial (autorizado), si incluye alguna indicación, sugerencia, incentivo, regla de

³³⁵ El Protocolo Núm. 1 al TFUE sobre el Cometido de los Parlamentos Nacionales en la Unión Europea en el art. 1 menciona libros verdes, libros blancos y comunicaciones como los documentos de consulta de la Comisión que son transmitidos directamente por la Comisión a los Parlamentos nacionales cuando se publiquen. Los proyectos de actos legislativos pueden disponer de diferentes denominaciones como recomendaciones o peticiones, desde la CE principalmente adquieren la forma de una comunicación.

³³⁶ Sin entrar en detalles del análisis teórico-jurídico, la página oficial de la UE <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM:114534> reconoce como la fuente del derecho derivado de la UE los actos llamados unilaterales que se reparten en dos categorías: *los que figuran en la nomenclatura del artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la UE: el reglamento, la directiva, la decisión, el dictamen y la recomendación;* [y] *los que no figuran en la nomenclatura del artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la UE; se trata de actos atípicos como las comunicaciones, las recomendaciones y los libros blancos y verdes.* Así, se aceptaría la relevancia jurídica de todo tipo de documento lanzado por las instituciones.

conducta, etc. bastante precisos puede ser considerado como la fuente del derecho de tipo *soft law* (Shaw: 2000: 247).

Desde la óptica de la evaluación de efectos jurídicos externos parece que no hay por qué distinguir entre los actos no vinculantes pertenecientes al conjunto de actos nombrados taxativamente por el art. 288 TFUE, se trata de recomendaciones y dictámenes, como lo sugiere Fairhurs (2010: 777) y otros documentos cuya característica no se explica con tanta precisión, aunque a menudo se marca alguna función de estos y que se colocan repartidos entre otras disposiciones de los Tratados o incluso no aparecen titulados abiertamente en ellos. Parece que este contraste entre recomendaciones y dictámenes y otros escritos no vinculantes en cuanto a la relevancia jurídica ni existía antes del Tratado de Lisboa bajo el antiguo art. 211 del Tratado de la Comunidad Europea, donde se autorizó a la CE a formular “recomendaciones o emitir dictámenes respecto de las materias comprendidas en el presente Tratado, si éste expresamente lo prevé o si la Comisión lo estima necesario” ni existe ahora en virtud del art. 288 TFUE que dispone que estos actos serán promulgados por las instituciones para ejercer sus competencias. Si hubiera dudas, las despejaría la Sentencia *Grimaldi v Fonds des Maladies Professionnelles* que falló: lo que importa es el contenido del acto y no su denominación.

En cuanto al alcance de competencias y, en consecuencia, de tipos de asuntos que puede abordar y regular la CE elaborando actos correspondientes, Fairhurs (2010: 67) hace hincapié en el hecho de que bajo el art. 17(1) TEU la CE dispone de una autoridad proveniente de su misión principal³³⁷. El artículo antedicho dispone que “La

³³⁷ Hay que destacar que antes del Tratado de Lisboa, el TCE (estado jurídico 29.12.2006) decidía abiertamente qué reglamentos y directivas se adoptaban, qué decisiones se tomaban, qué recomendaciones se formulaban y qué dictámenes se emitían para el cumplimiento de las misiones otorgadas al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión. Dicha referencia a las misiones de las instituciones ya no está en el art. 288 TFUE, la fórmula es más precisa y trata de “ejercer las competencias de la Unión”. Luego, sin duda la promoción del interés general de la Unión es una misión, pues no es cierto si se la puede considerar como una fuente autónoma de cualquier competencia para permitir que a esta base única se adopten algunos actos. Sin embargo, al tomar en cuenta que el listado de

Comisión promoverá el interés general de la Unión y tomará las iniciativas adecuadas con este fin. Velará por que se apliquen los Tratados y las medidas adoptadas por las instituciones en virtud de estos”. Por lo tanto, como recapitula el comentarista, se le permite a la CE emitir recomendaciones u opiniones cuando sea necesario para defender este interés general. Al no cuestionar esta conclusión, hay que subrayar que no es cierta la naturaleza jurídica de este tipo de recomendaciones u opiniones basadas en la norma tan imprecisa, incluso cuando la CE estime aplicar otro tipo de documento para manifestar su posición. Sobre todo, en este contexto se plantea la cuestión mucho más básica, relativa a las llamadas competencias implícitas que se enraízan en las disposiciones de tal carácter general. Este asunto lo profundizaremos más adelante.

Para demostrar las dificultades en cuanto a la titulación y calificación jurídica de los actos que provienen de las instituciones comunitarias echemos un vistazo a “las conclusiones” del Consejo Europeo³³⁸. Bajo el nombre exacto de “las conclusiones” aparecen dentro de los Tratados en los contextos determinados, por ejemplo, en el art. 121.2 TFUE en relación con las políticas económicas y en el art. 148.1 TFUE en cuanto a la situación del empleo. Aparte, las conclusiones del Consejo Europeo son la forma típica de recoger las materias sujetas al debate de esta institución. Lingüísticamente el término “las conclusiones” parece lo más lógico a dar un calificativo al documento que recapitula los resultados de la sesión del Consejo Europeo, tampoco, al pronunciarse, ella ha de limitarse al uso único de esta denominación. Aunque el art. 15.1 TUE en la versión española formula que “El Consejo Europeo ... definirá sus orientaciones y prioridades políticas generales” (en inglés: *general political directions and priorities*

los actos que se ve en el art. 288 TFUE no está cerrado, supuestamente para evitar polémicas se pueden emitir otros documentos a efectos de, eventualmente, promover el interés general.

³³⁸ Antes del Tratado de Lisboa se llamaban “las conclusiones de la Presidencia”, desde la sesión del Consejo Europeo de 10 y 11.12.2009 son simplemente “las conclusiones”. Antes en este trabajo se han citado las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de 13 y 14.03.2008 (7652/1/08).

thereof) en este contexto no se trata de tipo de documento sino más bien de tipo de competencia (acción). Pues, el Consejo Europeo, aparte del típico enunciado que resume sus trabajos en forma de “las conclusiones”, sí emite de vez en cuando las orientaciones (*guidelines*), si estima este encabezamiento la fórmula más adecuada a la situación, como fue por ejemplo al referirse a la notificación del Reino Unido en virtud del art. 50 del TUE sobre el llamado Brexit. Aunque, el Consejo Europeo no ejercerá función legislativa alguna (art. 15.1 TUE), no obstante, ya que está compuesto por los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, dispone de autoridad y poder político bastante convincentes para que sus directrices sean escuchadas atentamente, luego en el panorama tan multifacético entre el visible poder político y la (teórica) carencia de la autoridad jurídica, se plantea la cuestión de si pertenecen las disposiciones incluidas en sus conclusiones (orientaciones) a *soft law* o no.

Al volver a la taxonomía y la característica jurídica de los actos comunitarios vinculantes, es decir, del indudable *hard law*, conforme al art 288 TFUE la directiva obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, aunque las autoridades nacionales son libres con respecto a qué forma y medios utilizarán para implementar las disposiciones de ella. Sin embargo, si no lo hacen en el periodo de tiempo determinado, la directiva misma en tal grado en el que se pueda aplicar de manera jurídicamente precisa podrá producir efectos jurídicos directos en bien del ciudadano.

A su vez el reglamento tiene el alcance general y se incrusta directamente en el sistema jurídico de cada Estado miembro en todos sus elementos, sin adicionales medidas de adoptarlo³³⁹.

La decisión produce un efecto jurídico muy firme, es obligatoria en todos sus elementos, no obstante, cuando designe destinatarios es obligatoria solamente para sus destinatarios, es lo que determina el art. 288 TFUE.

³³⁹ Al tener en cuenta el art. 139.2 e) TFUE la aplicación de los reglamentos emitidos por el BCE básicamente se limita al Eurogrupo.

Las disposiciones de las decisiones y los reglamentos prevalecen sobre las normas del derecho nacional (Alcorta, 2011: 146), y, además, las que provienen de una directiva no implementada en el periodo previsto o implementada solo parcialmente o incorrectamente.

En virtud de los artículos 297.1 y 297.2 TFUE, todos los actos legislativos y eventualmente no legislativos en forma de reglamentos, directivas que tengan por destinatarios a todos los Estados miembros, así como decisiones que no indiquen el destinatario, se publican en el Diario Oficial de la Unión Europea. Estos actos entran en vigor en la fecha que ellos mismos fijen o, a falta de ella, a los veinte días de su publicación. Las demás directivas, así como las decisiones que indiquen un destinatario, se notificarán a sus destinatarios y surtirán efecto en virtud de dicha notificación.

Procede tomar en consideración que, siguiendo el art. 289.1 TFUE, los reglamentos, directivas y decisiones pueden gozar de naturaleza de actos legislativos, cuando se adoptan mediante procedimiento legislativo (art. 289.3), o actos no legislativos, como lo indica el art. 297.2 TFUE.

A esta multiplicidad de documentos y actos de distinta denominación y carácter formal, vinculantes y no vinculantes, emitidos por las instituciones y otros cuerpos comunitarios según sus competencias (art. 288 TFUE) se añaden los efectos de la interpretación funcionalista (finalista) de las competencias de la propia UE, es decir, la que se refiere a las competencias implícitas, lo que adicionalmente complica la averiguación de la naturaleza jurídica de declaraciones y disposiciones expuestas en diferentes escritos oficiales. Es que las competencias de la UE para actuar se construyen en paralelo con los objetivos y el alcance de ellas persigue en cierta medida los objetivos correspondientes, puesto que se puede entender que las competencias se atribuyen a la UE con el objetivo de realizar las finalidades establecidas por los

Tratados, lo que determina también el abanico de las medidas por adoptar.³⁴⁰ Aunque, aparte de la cláusula general del art. 17(1) TEU, el art. 352 TFUE implanta formalmente una modalidad de atribuir a la UE (de hecho a las instituciones) algunos poderes (competencias subsidiarias) si no surgen de los Tratados para que puedan perseguir los fines determinados por ellos mismos³⁴¹.

En este contexto se plantea la cuestión relativa al alcance del principio de atribución, expuesto en el art. 5 TUE, que si bien destaca que “la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados”³⁴², por otro lado, pone énfasis en la finalidad de “lograr los objetivos que éstos determinan”. Luego, se despierta dicha cuestión de “competencias implícitas” que pueden derivar de y estar determinadas por los objetivos, aunque faltaría una clara asignación de tal capacidad. Si se pone este principio de finalidad juntamente con la disposición del art. 13.2 TUE que concretiza la competencia de una institución afirmando que “Cada institución actuará dentro de los límites de las atribuciones que le confieren los Tratados, con arreglo a los procedimientos, condiciones y fines establecidos en los mismos.” se provocarán dudas y polémicas. Así, de la segunda norma se puede deducir una conclusión muy rigurosa, sin lugar para las “competencias implícitas”, como lo explica Mangas Martín “La Unión habrá de perseguir los objetivos sólo mediante las competencias atribuidas y ni en cualquier otra forma: no tiene competencias generales.” (Mangas Martín y Liñán Noguera, 2010: 70). Lo comenta también Linde Paniagua alegando que “cada Institución ejerce las potestades que vienen recogidas en los Tratados, sin que en principio puedan considerar poderes implícitos

³⁴⁰ “las atribuciones de competencia a favor de la Unión sigan manteniendo en su sustrato un carácter netamente funcional.” (Martín y Pérez de Nanclares, 2009: 439)

³⁴¹ “cuando se considere necesaria una acción de la Unión en el ámbito de las políticas definidas en los Tratados para alcanzar uno de los objetivos fijados por éstos, sin que se hayan previsto en ellos los poderes de actuación necesarios a tal efecto” (art. 352.1 TFUE). Antes del Tratado de Lisboa esta cláusula de flexibilidad se reducía a las medidas relativas al mercado común, ahora ya no tiene tal restricción.

³⁴² A primera vista, estas competencias se reducen exactamente a las que se definen literalmente por los artículos de 2 a 6 TFUE, luego las competencias que se salten de este marco se quedan con los Estados miembros.

genéricos por su mera condición institucional”, no obstante el autor concluye que “la jurisprudencia ha admitido la aplicación en este ámbito de la doctrina de las <<competencias implícitas>>, con el resultado de extender los poderes de las Instituciones en el seno del ámbito material de una competencia comunitaria.” (Linde Paniagua, 2011: 191).³⁴³

Entonces, los actos de naturaleza de *soft law* pueden asimismo surgir o fundamentarse en las competencias implícitas, que, por su carácter indirecto derivado de las misiones, las funciones o los fines adjudicados a las instituciones o la UE, no disponen de medidas exactas y bien determinadas por el derecho primario, así que para efectuarse tienen que recurrir a algún tipo de acto escogido según la mejor adecuación.

Si bien el valor jurídico de un reglamento, una directiva o una decisión, sean los actos legislativos o no legislativos, está definido con relativa precisión, al contrario, en el entorno de una variedad de documentos no vinculantes que se emiten y las competencias de las instituciones comunitarias relativamente extendidas, no es nada fácil reconocer y predecir los efectos de su proclamación si no brotan de una norma clara y específica de los Tratados. No se consideran aquí los actos dedicados exclusivamente a las cuestiones de organización interna de las administraciones comunitarias, su funcionamiento y las relaciones interinstitucionales, que en su mayoría se vinculan a sí mismas y a su personal.

Así, un dictamen, una recomendación, una orientación, una comunicación, libro verde o blanco, un informe, un estudio o una resolución del PE, incluso las conclusiones del Consejo Europeo³⁴⁴ pueden tener diferentes implicaciones jurídico-políticas. Algunos de estos escritos desempeñan una función preparatoria para iniciar un

³⁴³ A saber, el Tribunal de Justicia afirmó en cierto grado la eventualidad que cuando los Tratados le confían a una institución “una misión concreta, hay que admitir, so pena de restar todo efecto útil a esa disposición, que, por ello ese artículo le otorga [a la Institución] los poderes indispensables para hacer frente a esta misión”. El párrafo 28 de la Sentencia del TJCE de 9 de julio de 1987 en los asuntos acumulados 281, 283 a 285 y 287/85. (Linde Paniagua, 2011: 192).

³⁴⁴ La naturaleza jurídica de las conclusiones del Consejo Europeo la analiza detalladamente Senden (2004: 193) tratándolas como las declaraciones tipo *soft law*.

procedimiento de cambios legislativos, hasta ser una propuesta o petición legislativa, habitualmente acompañadas por una detallada justificación y exposición de motivos. Otros, aunque cuentan con el carácter puramente informativo, pues sí pueden encauzar las políticas y las actuaciones de las administraciones estatales y los demás entes públicos, como universidades o institutos científicos, hasta no públicos que se financian con los fondos públicos, ya sean nacionales o comunitarios.

A modo de ejemplo, aunque las comunicaciones sí representan un instrumento atípico (Alonso García, 2001: 72), por falta de la determinación autonómica por los Tratados, parece que es la medida más popular, tanto en su cantidad como en volumen de contenidos, entre las que se emiten del seno de la Comisión y “a través de las cuales [ella misma] pretende, las más de las veces, presentar de manera sistemática los principios que presiden un determinado sector, aportando precisiones, generalmente de la mano de la doctrina y, sobre todo, de la jurisprudencia de Luxemburgo, a partir de las cuales ofrecer a las Administraciones nacionales y a los operadores económicos un marco de referencia claro y coherente” (Alonso García, 2001: 72).

En definitiva, la familia de documentos comunitarios no vinculantes, sean señalados por una norma de los Tratados o sin dicha referencia, se ubican en el espacio legal muy característico a la actividad normativa de las instituciones internacionales comúnmente llamado *soft law* (Senden, 2004: 23). La expresión “*soft law*” busca evidenciar la existencia de determinados instrumentos internacionales caracterizados por carecer de fuerza vinculante, aunque no carentes de relevancia jurídica, cuyas declaraciones, independientemente de su mérito jurídico, se incorporan al discurso internacional y producen efectos que repercuten de diferentes formas en la formación, desarrollo, interpretación, aplicación y cumplimiento del derecho internacional, tanto en el ámbito interno de los Estados como en el marco del propio derecho internacional. A causa de la cualidad de supranacionalidad de la UE y de estrecha cooperación entre los Estados miembros, el *soft law* adquiere un atributo incluso más sólido, en comparación con la producción normativa de otras organizaciones internacionales, así a veces se

aproxima a la vinculación, al menos en términos de la presión política que juega un papel primordial debido a nexos multilaterales entre varios intereses de los Estados comprometidos. En el contexto de relaciones internacionales la privación de sanción no es la característica concluyente del ordenamiento jurídico, puesto que normalmente las organizaciones internacionales ni siquiera disponen de medidas realmente eficaces de ejecución directa, incluso de las sentencias de tribunales internacionales. Además, rara vez recurren a este tipo de instrumentos límites, hasta que no se emitan las normas cuyo cumplimiento se someta a una sanción. Lo más doloroso de no cumplir las disposiciones internacionales de cualquier tipo es el descrédito del Estado, el desgaste de la reputación y del reconocimiento internacional. El imponer las sanciones, por ejemplo, económicas, normalmente es la repercusión muy grave y el último extremo en las relaciones internacionales. No es lo mismo en la UE que sí dispone de mecanismos de sanciones, sobre todo financieras (dentro del reparto de fondos presupuestarios), concretas y ejecutables. Sin embargo, incluso en el caso del *hard law* comunitario, no seguir las normas costaría más en respetabilidad (honor) de un Estado “revoltoso”.

El método abierto de coordinación (MAC) de la UE³⁴⁵ es una articulación de esfuerzos comunes para resolver problemas relativos a materias determinadas que se encuentran fuera de las competencias comunitarias. Desde la óptica jurídica es un prototipo de entrelazamiento intergubernamental, incluso más flexible y flojo en comparación con cualquier acuerdo u organización, que sin embargo se considera capaz de establecer indicaciones de carácter de *soft law*. Por consiguiente, a partir de tal instrumento modélico como es el MAC se pueden identificar los requisitos relevantes para el cumplimiento por un Estado de las directrices que surgen del *soft law*. Así, se puede ver de manera más diáfana que, por un lado, el aspecto de la buena fe (Birnie et al., 2009: 34) y, por otro lado, la evaluación crítica de actuaciones del Estado implicado por parte de los demás Estados comprometidos, que produce el efecto ligero, pero sí

³⁴⁵ En inglés: Open method of coordination (OMC)

sancionador, juegan un papel esencial para lograr la eficacia del *soft law*, incluso para la calificación como tal de una medida a esta categoría. Claramente, el MAC – el mecanismo intergubernamental del debate y del diseño de políticas de manera conjunta y coherente ligado a la UE, no produce los efectos legalmente vinculantes y no tiene esta pretensión, puesto que ni él mismo nace de los Tratados, ni su poder de efectividad brota de ellos, ni se aplica a las áreas de competencias otorgadas a la propia UE por los Tratados. Sin embargo, se puede tratar como un instrumento comunitario por el hecho de que la CE se involucra administrativamente en su organización y recoge las conclusiones para elaborar y publicar informes correspondientes. También un papel significativo lo juega el Consejo de la UE (de ministros) donde se preparan los patrones de cooperación.

En términos breves, el MAC se ha creado originalmente en el marco de la política de empleo para desbloquear el progreso común europeo a falta de claras competencias de la propia UE arraigadas en los Tratados en materia respectiva. Es decir, los mismos Estados miembros de la UE trabajaron a modo intergubernamental, formalmente fuera del marco de las instituciones comunitarias, en temas de interés común. Los debates concernientes a las cuestiones de empleo continúan (Jacobsson, 2004), se elaboran las soluciones y se difunden entre los gobiernos, afectando las políticas nacionales para conseguir cierta coherencia a nivel de la UE entera. Con el paso del tiempo a este campo de trabajo coordinado acerca de cuestiones de empleo se han añadido otros asuntos por deliberar, por ejemplo, el tema de cultura o el establecimiento del ámbito social común (Trubek y Trubek, 2005).

Entonces, el MAC proporciona un instrumento de trabajo que permite conseguir relativamente alto grado de coherencia y convergencia entre las políticas nacionales en las esferas que se encuentran fuera de las competencias de las instituciones de la UE, a fin de alcanzar determinados objetivos comunes sin principios sancionadores. Entre otras modalidades, se trabaja mediante el intercambio de las mejores prácticas. La efectividad de seguimiento de las directrices, los indicadores y las medidas decididas

conjuntamente por parte de los Estados involucrados se evalúa “por pares” en forma de control grupal, sin supervisión formalizada.

Una de las más emblemáticas aplicaciones del proceso MAC se refiere a extender la colaboración en el marco de los asuntos culturales a nivel europeo común y consensuar y esbozar las políticas conjuntas al respecto, incluso en el plano más amplio que lo facultan los Tratados a la UE. Esta labor se inscribe además en un panorama de la UE más extendido de impulsar el crecimiento y el empleo a través de industrias culturales y creativas indicado en la estrategia *Europa 2020* (COM(2010) 2020) y desarrollado en el *Plan de trabajo en materia de cultura (2015-2018)* (2014/C 463/02, Conclusiones del Consejo de la UE) dentro del marco estratégico *Agenda Europea para la Cultura y Europa Creativa* cuya fórmula “se complementa con actividades de aprendizaje mutuo entre los Gobiernos de los Estados miembros (a través del método abierto de coordinación)”³⁴⁶. Las conclusiones de los trabajos de grupos relativos al campo de cultura que se acometieron a través del MAC se publicaron en forma de Informe de la CE *Informe sobre la aplicación y la pertinencia del Plan de trabajo en materia de cultura 2011-2014* (COM(2014) 535). Los debates al respecto realizados mediante el MAC cubren los temas siguientes: industrias culturales y creativas, diálogo intercultural, acceso a la cultura, cultura y educación, movilidad de los artistas y profesionales de la cultura y movilidad de las obras de arte³⁴⁷. Así se puede ver como las labores a partir del MAC complementan y enriquecen las actividades de la UE derivadas de los Tratados. En relación con los asuntos de cultura y educación, además de los informes elaborados y difundidos por la CE que recogen las iniciativas de grupos de trabajo que obran bajo el paraguas del MAC se editaron otras publicaciones. Así, con respecto al aprendizaje permanente a lo largo de vida se imprimió (existe la versión

³⁴⁶ Marco estratégico: Agenda Europea para la Cultura, https://ec.europa.eu/culture/policy/strategic-framework_es. Acceso el 01.06.2017.

³⁴⁷ Cooperación europea: el método abierto de coordinación, https://ec.europa.eu/culture/policy/strategic-framework/european-coop_es. Acceso el 01.06.2017.

electrónica en portugués, luego cito el título que se entiende³⁴⁸) *Manual sensibilização e expressão culturais. Método aberto de coordenação (MAC) grupo de trabalho de peritos dos estados-membros da UE para o desenvolvimento da competência-chave «sensibilização e expressão culturais»* u otra publicación importante que incluye orientaciones propuestas por los grupos del MAC en el marco de cultura *Promoting reading in the digital environment*³⁴⁹

El MAC demuestra un extremo del fenómeno del *soft law*, al que a veces se le adjudica más adecuadamente la denominación de *soft governance* (Trubek y Trubek, 2005: 343). Es porque las directrices se emiten a base que es en cierto grado desinstitucionalizada, es decir, ni hay alguna organización, ni un acuerdo, ni un cuerpo formalizado para acometer los temas de interés, simplemente es la continua voluntad de encontrarse a nivel intergubernamental y debatir dichos temas. Sin embargo, las circunstancias *de facto* hacen que las directrices (reglas de conducta) se deliberen y establezcan con el fin de implementarlas y producir cierta influencia en la práctica (la voluntad y buena fe), aunque consensuadas, no son formalmente obligatorias, pues la autoridad del cuerpo (el grupo intergubernamental) del que salen se basa en el mutuo consenso, además del hecho de que se transmiten directamente desde los grupos de trabajo internacionales hasta las instituciones nacionales. De esta manera cumplen la definición del *soft law*, que a su vez es un instrumento de la *soft governance* a nivel internacional.

El funcionamiento bastante eficaz del MAC en varios ámbitos demuestra que las formas de cooperación internacional van mucho más allá de los acuerdos y las organizaciones. Además, principalmente, aunque el instrumento proporciona ciertas disposiciones claras destinadas a ser implementadas por los gobiernos, que por esta

³⁴⁸ La versión inglesa: “Cultural awareness and expression handbook. Open method of coordination (OMC) working group of EU Member States’ experts on ‘cultural awareness and expression’”. Ambas versiones Recuperadas el 01.06.2017 de <http://bookshop.europa.eu/en/cultural-awareness-and-expression-handbook-pbNC0116125/>.

³⁴⁹ Recuperada el 01.06.2017 de <http://bookshop.europa.eu/en/promoting-reading-in-the-digital-environment-pbNC0116151/>.

mera razón aportan a que se cumplan los requisitos del concepto del *soft law*, no produce indicaciones que influyan en el estado ni en la interpretación de actos imperativos. Así, se ve que el facilitar secundariamente la interpretación de normas del *hard law* tampoco es una cualidad determinante del *soft law* mismo, ya que muchas veces las disposiciones de este tipo gozan de mucha autonomía e independencia conceptual y, por consiguiente, no tienen ningún referente en las normas vinculantes para ayudar a su entendimiento ni aspiran a lograrlo.

Al alejarse de la cuestión formal de naturaleza jurídica de cada especie del documento que se produce en el seno de las instituciones comunitarias se puede mirar al *soft law* desde la perspectiva de instrumentos de gobernanza (administración), que es la perspectiva cada vez más deliberada. Si las leyes – las disposiciones vinculantes y con poder sancionador – afectan, como se espera por este tipo de medidas, a la vida social de una comunidad y a la situación socio-jurídica del individuo, pues sí los enunciados del *soft law* ejercen a menudo el papel similar contando con la misma efectividad real.

Para dar un ejemplo, se puede imponer legalmente la obligación del uso de tabletas para los fines educativos en las escuelas públicas o se puede promoverlo según las políticas educativas y desde las administraciones responsables, incluida la formación necesaria del profesorado. En ambas situaciones el efecto social puede ser muy semejante y principalmente se basa en la voluntad de las partes involucradas. Tales actuaciones *de facto* de las administraciones en situaciones oficiales normalmente se basan en algún escrito, por ejemplo, las conclusiones o los resúmenes de grupos de trabajo de las autoridades escolares, que esbozan una estrategia, hacen una sugerencia o presentan una opción, o bien dan ciertas indicaciones sin imponer ni medidas concretas ni sanciones, luego, aunque influyen palpablemente en la realidad social, constituyen de hecho el *no-law*, puesto que no cumplen ninguna condición de ser alguna disposición de derecho. Tal o similar carácter lo tiene una gran parte de documentos de naturaleza informativa que surgen de las instituciones comunitarias, que se aproximan a veces al *soft law* o no demuestran ninguna pretensión de ser reconocidos como el derecho *per se*.

Entonces, cuál es la naturaleza del *soft law* cuyos instrumentos supuestamente reinan en el ordenamiento jurídico y las relaciones internacionales. Parece demasiado limitado el entendimiento del término que se centra en el hecho de que en el derecho internacional tales instrumentos no tienen el carácter de acuerdos ni derivan de ellos (Aust, 2010: 11). Además, esta perspectiva no dice mucho sobre la naturaleza del *soft law*, incluso puede conducir a cierta incompreensión, ya que no hay impedimento ninguno para que un acuerdo internacional intencionado para vincular a las partes determine, entre otras disposiciones, tales medidas que sean del tipo *soft law*.

Los acuerdos sometidos a la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 23 de mayo de 1969 o a cualquier relación internacional cuyas condiciones fueron declaradas inequívocamente por las partes interesadas constituyen un extremo. El otro, a nivel bastante alto de la perspectiva del derecho internacional, son la Declaración Universal de los Derechos Humanos del año 1948 y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo del año 1992 (Aust, 2010: 11) que son acordadas entre los miembros de la ONU y en consecuencia instituyen formas indudables de obligarse voluntariamente por parte de los firmantes o votantes. Las disposiciones de ambas se perciben como de carácter del *soft law*.

La denominación de un documento no dice mucho sobre la naturaleza de sus disposiciones, ya sea tal título como orientaciones, principios, declaraciones, recomendaciones o programas (Aust, 2010: 11), a esto se pueden añadir directrices, resoluciones, estrategias, agendas, etc. Como se ha explicado precedentemente, tampoco un principio de distinción entre el *soft law* y el *no-law* reside en el hecho de que, aunque ambos producen declaraciones / directrices no vinculantes, el *soft law* pueda servir como un apoyo a la interpretación jurídica o judicial de un acto de “pleno derecho”, como lo exponen Birnie, Boyle y Redgwell (2009: 34-7) o Fairhurst (2010: 67). Es que para aportar al entendimiento de un acto jurídico obligatorio basta cualquier tipo de explicación extrajurídica, además esperamos que el *soft law* se constituya por las reglas de conducta como tales, no las meras frases explicativas o que describen los motivos o

las circunstancias. Así se puede ver una duda más relativa a la definición del *soft law* en forma que expone como un elemento concluyente de su composición la existencia de una regla de conducta. Es decir, sería conveniente que también las fórmulas explicativas que apoyan la interpretación del *hard law* pudieran constituir el *soft law*. De esta manera, a la hora de interpretar las disposiciones o medidas concretas y vinculantes, se expondría el papel auxiliar de un comentario o una directriz oportunos y bastante precisos que se encuentran en un documento no vinculante relacionado sustancialmente con dicha disposición o medida.

En qué medida se puede generalizar la sentencia del Tribunal de Justicia del asunto *Grimaldi v Fonds des Maladies Professionnelles*³⁵⁰ y otras anteriores invocadas por el Tribunal para defender la validez del *soft law* comunitario como un instrumento de efectividad jurídica directa o como una herramienta interpretativa y cuál es el alcance de su aplicación, nada de esto es cierto.

En primer lugar, al decidir sobre la actualidad de la sentencia frente a los cambios en los Tratados, hay que acentuar que el art. 19.3b TFUE vigente duplica el art. 177 CEE (tras el Tratado de Ámsterdam el art. 234) en cuanto a la jurisdicción de la TJUE, a saber, el art. 234b (antiguo art. 177b) declaraba “El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial ... sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad y por el BCE” y el art. 19.3b TFUE “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará, de conformidad con los Tratados ... con carácter prejudicial, a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones”. Así, el TJUE sigue manteniendo las competencias para sentenciar acerca de cada acto emitido por las instituciones, sin ninguna restricción. Esto también concierne a los actos no vinculantes

³⁵⁰ Asunto C-322/88, sentencia de 13.12.1989. Veáanse los comentarios acerca de la sentencia: Alonso García (2001:64), Fairhurst (2010: 67) y Shaw (2000: 247).

de cualquier tipo (el art. 288 TFUE no determina la lista cerrada de los actos). Entonces, desde la perspectiva del estado jurídico la Sentencia del año 1989 conserva su validez.

En segundo lugar, el Tribunal considera que incluso un acto calificado formalmente por su mera denominación como no vinculante, como en el caso dado fue una recomendación, puede “producir efectos obligatorios”, es decir, vinculantes para los destinatarios de este mismo, por ejemplo, para el Estado. De ahí que, si la disposición dice en favor de un ente, él puede aludir a ella. Esta conclusión conduciría a las repercusiones muy graves y necesita una reflexión profunda³⁵¹. Al seguirla, el Tribunal dicta que (C-322/88, Sumario de la Sentencia: ítem 2):

el Juez nacional llamado a interpretar un acto al que se califica de recomendación, con el fin de determinar su alcance, debe verificar si este acto, visto su contenido, no persigue efectivamente el producir efectos obligatorios.

Si bien, a partir del principio de protección de intereses jurídicos, en cuanto al acto individual emitido por las administraciones cuyo contenido cumple todos los requisitos legales para producir efectos obligatorios en favor de una persona o entidad, el título mismo del documento no importa, en relación con los actos generales parece que el problema no reside solo en el hecho de que “la elección de la forma no puede alterar la naturaleza de un acto, conviene preguntarse si el contenido de un acto corresponde plenamente a la forma que le fue atribuida” (C-322/88, Sentencia: ítem 14), sino más en la modalidad utilizada de elaborar y promulgar un acto, por la vía legislativa adecuada, característica para preparar y decidir las normas legales generales.

³⁵¹ El asunto de que los actos no vinculantes puedan producir ciertos efectos obligatorios lo analiza Alonso García (2001: 87-88) desde el punto de vista muy práctico de admisibilidad del recurso de anulación por el TJUE. A este aspecto hay que añadir otra cuestión judicial, a saber, si al emitir un acto individual o incluso un acto nacional de carácter general las autoridades recurren a una disposición de tipo *soft law* que juegue en contra de los intereses jurídicos de cualquier persona, cómo actuarían los jueces, están autorizados a descartar tal interpretación de la situación jurídica de la parte interesada solo por esta falta formal de fundamento en el razonamiento jurídico. Aunque es dudosa la admisibilidad del recurso en contra de un acto del *soft law* en abstracto, tampoco las disposiciones de esta especie pueden utilizarse en contra de los intereses individuales, es decir, no pueden empeorar la situación jurídica de cualquier ente, sea en tratamiento individual o en abstracto.

Incluso no se puede ignorar la intención de emitir una disposición vinculante que se encierra en la denominación otorgada al acto. Es también la cuestión del control por instancias de la producción legislativa. Sin embargo, el Tribunal reiteradamente acentúa la predominación del análisis del contenido del documento emitido por las instituciones comunitarias frente a su representación formal. Así, “lo esencial para determinar si un instrumento tiene o no naturaleza vinculante estaría, según el Tribunal, no tanto en su cuerpo como en su alma.” (Alonso García, 2001:64 / nota a pie 2). Sin embargo, a la luz de las deliberaciones finales de la Sentencia, se puede resumir que el Tribunal se aparta de esta primera indicación, deduciendo que (C-322/88, Sumario de la Sentencia: ítem 3/1):

Dado que [las recomendaciones] constituyen actos que no pretenden producir efectos obligatorios, ni siquiera para sus destinatarios, no pueden, por sí mismos, crear derechos para los justiciables que éstos puedan ejercitar ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

No es nada cierto si esta resolución aclara el alcance de los efectos jurídicos que derivan de actos no vinculantes. Es que, si el juez está autorizado para examinar este tipo de acto desde el prisma de si este incluye unas disposiciones de carácter imperativo, qué haría si, en su opinión, las encontrara: las tendría que aplicar o no, persiguiendo la última palabra del Tribunal. Lo que es cierto en la exposición del Tribunal y esencial para la comprensión de la naturaleza jurídica del *soft law*, es el corolario de la Sentencia. Se afirma que (C-322/88, Sumario de la Sentencia: ítem 3/2):

las recomendaciones no pueden considerarse como actos carentes de todo efecto jurídico, los órganos jurisdiccionales nacionales deben tenerlas en cuenta a la hora de resolver los litigios de que conocen, sobre todo cuando aclaran la interpretación de aquellas disposiciones nacionales que fueron adoptadas con la finalidad de garantizar su aplicación, o también cuando tienen como finalidad completar las disposiciones comunitarias que tienen carácter obligatorio.

Así pues, volviendo las contemplaciones generales, Birnie con colaboradores (2009: 35) comentan el papel del *soft law*, las disposiciones no vinculantes pero declaradas de forma escrita, en relación precisamente con el derecho internacional medioambiental, pero sus conclusiones tienen el valor universal. Los autores recapitulan el tema de esta manera (Birnie et al., 2009: 37):

*Soft law puede hacer una importante contribución para establecer un nuevo orden jurídico en un campo de rápido crecimiento y hasta el momento sin soluciones. Las orientaciones / directrices (guidelines) y normas de soft law manifiestan un consentimiento general en cuanto a ciertos principios básicos y normas detalladas que son aceptables y factibles tanto para los países desarrollados como los en desarrollo. Según este marco, soft law contribuye a la evolución del nuevo derecho internacional y nacional y a la armonización de la legislación ambiental y los estándares a nivel global.*³⁵²

Frente a la diversidad de modalidades mediante las que operan las instituciones internacionales es necesaria cierta sistematización no de los instrumentos mismos, ya que la riqueza de distintas denominaciones de actos y documentos es enorme, sino más bien según sus funciones y repercusiones socio-jurídicas. Alonso García (2001: 74) hace tal taxonomía del *soft law* con supuestos o intencionados efectos externos ordenándolos por sus funciones esenciales:

- avance del *hard law*
- alternativa al *hard law*
- complemento del *hard law*
- parámetro de interpretación del *hard law*.

³⁵² “Soft law can make an important contribution to establishing a new legal order in a fast-growing and unsettled field. Soft -law guidelines and norms manifest general consent to certain basic principles and detailed standards that are acceptable and practicable for both developed and developing countries. To this extent it contributes to the evolution of new international and national law and to the harmonization of environmental law and standards at the global level.”

Así, la función de un documento de tipo *soft law* correspondiente al avance del *hard law* explora una materia y desde los principios ofrece ciertas disposiciones y explicaciones bastante precisas preparando eventualmente el terreno para iniciar un debate acerca de la implementación de un recurso del derecho exacto y, aunque no se trata de una iniciativa abiertamente destinada para la legislación, con el paso del tiempo sí podrá convertirse en una propuesta del cambio legislativo. En este contexto hay que destacar que tal tipo de acción puede carecer de la intención de influir en el estado actual socio-jurídico. Sin embargo, ante la falta de regulación vinculante del campo en cuestión, antes de que las soluciones relativas se incluyan en el ordenamiento jurídico, tales orientaciones podrían apoyar de inmediato la gestión de las situaciones correspondientes, la oportunidad valiosa frente a la enorme dinámica actual de los procesos socioeconómicos externos. Obviamente, si se tratase de formulaciones en contra de lo vinculante, este tipo del debate y los actos que lo representan no podrían de ninguna manera afectar al orden jurídico vigente. Pero eso es una regla universal, el *soft law* puede integrarse en el ordenamiento jurídico bajo la condición que no choque directamente con el *hard law*.

Si bien Alonso García indica las funciones del *soft law*, se plantea la pregunta inicial, qué hace que una disposición pertenezca a esta categoría. Senden (2004: 112) pretende definirlo exponiendo tres atributos de una disposición tipo *soft law*, por los cuales, según el autor, se puede distinguir este tipo de enunciado del que tiene el carácter meramente informativo. Así, las disposiciones del *soft law* deben cumplir conjuntamente las condiciones siguientes³⁵³, deben gozar de carácter de:

reglas de conducta que se establecen en los instrumentos a los cuales no se les han atribuido la fuerza jurídicamente vinculante, pero sin embargo pueden tener

³⁵³ “Rules of conduct that are laid down in instruments which have not been attributed legally binding force as such, but nevertheless may have certain (indirect) legal effects, and that are aimed at and may produce practical effects.”

ciertos efectos jurídicos (indirectas), y que tienen como objetivo y pueden producir efectos prácticos [los efectos de facto (Senden, 2004: 113)]

Lo que parece faltar en esta definición es la fuente institucional de donde salen las reglas de conducta – el órgano autorizado para emitir las – cuya autorización, sea de cualquier naturaleza, de promulgar ciertos derechos u obligaciones ha de tener un fundamento enraizado en el derecho mismo, en el consenso, en la autoridad reconocida o política (como los cuerpos intergubernamentales que trabajan *ad hoc* o en forma del MAC). Por esa razón surge la controversia con respecto a la naturaleza de los actos elaborados en el marco del MAC (Método Abierto de Cooperación) que no está ni arraigado en un acuerdo ni afiliado formalmente a una organización³⁵⁴, pues sí dispone de autoridad política, cuyo carácter de *soft law* es reconocido, incluso ejemplar en el discurso teórico. Ejemplo contrario son los actos no vinculantes de tipo informativo emitidos por la Comisión Europea que sí dispone de legitimidad institucional sólida, pero hay muchas dudas de si ellos se pueden calificar como *soft law*. Al pretender delimitar entre el *soft law* y el *no-law* Senden (2004: 112) dice que:

Meras declaraciones políticas, que se limitan a expresar una cierta visión o instrumentos que apuntan sólo a proporcionar información, no constituyen tales reglas de conducta.

no obstante, de inmediato el mismo se distancia subrayando que:

*Sin embargo, la línea divisoria no siempre está clara a este respecto*³⁵⁵.

Al inquirir esta hipótesis, en primer lugar, la presentación de instrumentos concretos tipo *soft law* el autor citado empieza con los instrumentos de carácter preparativo e

³⁵⁴ El MAC se ideó durante el Consejo Europeo de Lisboa de marzo de 2000 sin embargo no cuenta con claras raíces en los Tratados. Sus características son emblemáticas para la creación y ejecución de disposiciones tipo *soft law*. Se trata de tales propiedades como la evaluación inter pares (a fin de lograr un efecto casi sancionador), el aprendizaje mutuo y la transferencia de conocimientos y experiencias en el marco de proyectos comunitarios (modos de implementación efectiva de disposiciones y potencialización del cumplimiento de los objetivos comunes).

³⁵⁵ “Mere political statements, which are confined to expressing a certain view, or instruments that aim merely at providing information, do not constitute such rules of conduct. However, the dividing line may not always be clear in this respect.”

informativo (*Preparatory and Informative Instruments*, Senden, 2004: 123). A la primera categoría de documentos preparativos asigna libros verdes (Senden, 2004: XXXI / 124), libros blancos (Senden, 2004: XXXII / 126) y programas de acción (Senden, 2004: XXXII / 128), a la segunda de naturaleza informativa atribuye comunicaciones de varios tipos: informativos, interpretativos y decisionales / declarativas (*Informative, Interpretative and Decisional Communications*, Senden, 2004: 132) cuyos ejemplos se encuentran expuestos también en la Tabla de los actos del *soft law* (Senden, 2004: XXXIV-XXXVII). Sin duda ninguna, los documentos de la última clase son los más citados a lo largo de esta tesis. Tras minuciosas contemplaciones acerca del carácter de los documentos preparativos e informativos, y esto además en el marco exacto del *soft law*, sumamente Senden no presenta una clara posición ante la cuestión abordada. Parece que el comentarista querría defender su afiliación al *soft law*. Por otro lado, aunque habitualmente se puede observar que las medidas sujetas al análisis sí “pueden tener ciertos efectos jurídicos (indirectas) y ... tienen como objetivo y pueden producir efectos prácticos”, el problema más polémico está en el requisito de si contienen las reglas de conducta. Eso puede ser un punto de crítica fundamental de la definición citada, sobre todo en el contexto del intento de que el *soft law* también en algunos casos sirve de apoyo a la interpretación del *hard law*, luego las propias fórmulas no necesitan constituir disposiciones de conducta *per se*, basta que cuenten con naturaleza explicativa y aclaratoria, y por lo tanto mantienen la relevancia jurídica. Encima, hay que tener en cuenta que cualquier frase tipo *se sugiere*, *se pide*, *se invita*, *se propone*, etc. dedicada a los destinatarios a fin de estimularlos para que acometan ciertas acciones o introduzcan ciertas soluciones determina ciertas expectativas acerca de su comportamiento a modo característico para el *soft law*, es decir, sin presión y sin obligación. Finalmente, Senden (2004: 224), aparentemente lleno de dudas, decide que:

El hecho de que la mayoría de los instrumentos preparatorias e informativas identificadas en este capítulo no encajan con la definición dada al soft law y que

*no son ni podrían ser utilizados como alternativas a la legislación no quiere decir que sean de ninguna importancia para la legitimidad, eficacia y transparencia del derecho y las políticas comunitarios*³⁵⁶.

Al margen, hay que tomar en consideración que las contemplaciones de Senden del año 2004 surgen a principios del proceso transformativo hacia la cada vez mayor presencia de instrumentos suaves, incluso se puede decir su florecimiento, como herramientas de gobernanza legítima y eficaz, utilizadas comúnmente por organizaciones internacionales y de manera específicamente intensa por la UE, sobre todo después del fracaso del intento de implementación de la Constitución Europea: el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

Así pues, el marco para el *soft law* comunitario es relativamente amplio. Básicamente, hay dos circunstancias en las que pueden escasear las disposiciones vinculantes comunitarias relevantes para cierta esfera digna de regularizarse: simplemente la materia carece de regulación, aunque se encuentra en el ámbito de competencias de la UE, o, por lo contrario, está fuera de él por falta de atribución o debido a limitaciones de los principios de subsidiariedad o proporcionalidad (Senden, 2004: 20). No obstante, los principios de subsidiariedad o proporcionalidad, aunque determinan el alcance del poder legislativo comunitario, no excluyen por sí mismos el área correspondiente de las competencias regulatorias de la UE y con el paso del tiempo la eficacia de implementar una medida puede hacer inclinarse hacia la legislación comunitaria. En cualquier caso, las administraciones comunitarias en búsqueda de conseguir cierta coordinación entre los Estados miembros y coherencia, sin introducir las medidas regulatorias o a falta de voluntad política de lograr el consenso necesario al respecto, pueden recurrir a la forma del *soft law*. Tal y como ya se ha descrito, si falta la autorización formal para la UE a efectos de gestionar cierto campo de interés común

³⁵⁶ “The fact that most of the preparatory and informative instruments identified in this chapter do not fit in with the definition given to soft law, and that they neither are nor could be used as alternatives to legislation, does not mean that they are of no significance for the legitimacy, effectiveness and transparency of Community law and policy”

europeo, entre otros instrumentos intergubernamentales, por los que asimismo se pueden introducir las medidas de tipo *soft law*, se puede utilizar el método abierto de cooperación (MAC).

Al apuntar hacia la necesidad de cumplir la función complementaria (auxiliar) por el *soft law*, Alonso García expone tales circunstancias jurídicas o extrajurídicas como la mencionada insuficiencia de voluntad común o el impedimento de lograr algún consenso, que “dificulten o impidan una intervención completa por vía imperativa” (Alonso García, 2001: 78). Esta llamada aproxima el *soft law* a las medidas de gobernanza, a lo que nos referiremos posteriormente, cuyas intenciones principalmente no se dirigen hacia cualquier modificación o intervención en el estado jurídico vigente, sino pretenden alcanzar ciertos fines sociales por vías de gestión administrativa, persuasión, explicación, cooperación, educación mutua, intercambio de experiencias, popularización de buenas prácticas o promoción de soluciones o actitudes determinadas. Antes de entrar en los detalles, merece la pena subrayar, que la interpretación del *soft law* como una herramienta de gestión (gobernanza) suaviza el problema de legitimidad para promulgar las medidas de este tipo, luego se reducen, si no desaparecen, las cuestiones de competencias, en términos generales y, sobre todo, en el marco de la UE. Es que, si no hay ninguna prueba de injerencia en el ordenamiento jurídico como tal y se trata de ciertas opiniones, sugerencias, incentivos, acciones o comentarios, ya no es tan inquietante si estos tratan de materias dentro o fuera de las competencias adjudicadas formalmente a la UE, siempre que, desde el sentido común, no le hagan daño a nadie. De esta manera, se observa una tendencia de desanclar el tema del *soft law* de su directa relación con atributos jurídicos característicos a instrumentos tipo *hard law* tales como reglas de conducta, competencias, autorización, sanción. Eso no significa que estemos totalmente fuera de calidades jurídicas, sino que se entiende que las disposiciones imperativas, esto corresponde sobre todo a las relaciones internacionales, constituyen una de más vías por las que se pueda conseguir las metas sociales deseadas y realizar las políticas públicas. No obstante, está claro que las

instituciones comunitarias funcionan a base del derecho primario y realizan tales objetivos que están definidos por los Tratados o surgen del consenso intergubernamental, utilizando a tal fin las medidas que ellos ponen a su disposición.

Sí o sí, cada intento de identificar una disposición tipo *soft law* y extraerla de los documentos que formalmente, a tenor de los Tratados, no son vinculantes, sean nombrados literalmente por ellos o no, requiere un análisis minucioso y preciso. Además, hay que tomar en consideración que para que alguna formulación insertada en un documento oficial sirva para apoyar la interpretación del derecho en el sentido exacto, no sea necesario que, *per se*, se califique como el *soft law*, ya que pueda servir para entender mejor el lenguaje usado. El contexto extrajurídico de adopción de una norma vinculante, sus antecedentes o el seguimiento del debate correspondiente, descritos en un documento, pueden también arrojar luz sobre cuestiones discutibles o confusas que derivan de estas normas cuando las leemos literalmente.

Sin lugar a dudas, incluso en el seno de tal organización como es la UE, basada en los acuerdos relativamente fuertes y firmes que la autorizan a incidir sobre una extensa gama de materias recurriéndose a una pluralidad de medidas y disposiciones vinculantes, el *soft law* es una opción muy atractiva para lograr los objetivos determinados sin implementar instrumentos severos (“de mano dura”) (Kaczorowska: 2011: 90 / nota al pie de página 146), dirigiéndose más hacia la explicación, consentimiento, consenso, elaboración conjunta, persuasión y responsabilidad por el futuro común cuya eficacia en alcanzar las metas pensadas puede ser sorprendentemente alta. En términos breves, como lo explica Mazuelos Bellido (2004: 37) en relación con el *soft law*:

Nos encontramos así con una expresión empleada en relación con instrumentos que inciden o tratan de incidir sobre las conductas de los sujetos y actores internacionales, que por una u otra circunstancia no encuadran en aquéllas pero para los que parece demasiado estricto negarles cualquier trazo de

juridicidad y calificarlos de “no Derecho”, sobre todo en vista de su impacto en fenómenos indiscutiblemente jurídicos.

El cambio de tendencia en cuanto a las modalidades de hacer política y gobernar desde los instrumentos bien definidos jurídicamente como son, en el entorno internacional, los tratados y los acuerdos y, en el entorno nacional, las leyes u otros actos de los cuales salen los preceptos imperativos, hacia acciones de carácter moderado se lo observa en ambos ámbitos apuntados. Es decir, los Estados y las relaciones internacionales recurren cada vez más frecuentemente a regular distintas materias a partir de las medidas indicativas de naturaleza de *soft law* en lugar de aplicar las disposiciones imperativas, lo que representa cierta modificación de la cultura de administrar y gestionar las cosas (Shaw, 2000: 247). Esa inclinación en primer lugar surge de la necesidad de reaccionar de manera, por un lado, bastante flexible y, por el otro, relativamente rápida a los cambios socioeconómicos por parte de las administraciones, lo que es muy difícil alcanzable por la vía formal legislativa, además se evita la sobrerregulación, la casuística y la superfluidad de la ley (*hard law*). Es más, las reglas e indicaciones más elásticas permiten resolver más problemas, incluso atípicos, con mayor creatividad, invención e iniciativa, luego alcanzar la mayor efectividad con menos esfuerzo y formalismo, que es por sí mismo el fin de gestión de cualquier área: más efectos con menos recursos utilizados.

De todas maneras, en el entorno comunitario, el *soft law* surge de una variedad de fuentes e inspiraciones de diferente índole, sean las misiones del antiguo art. 249 TCE, la promoción del interés general de la UE del actual art. 17.1 TEU o por fin el método abierto de cooperación (MAC) como un foro intergubernamental fuera de la estructura formal de la UE, cuyas disposiciones ni siquiera pretenden disfrazarse para fingir vinculatoriedad. Todos los instrumentos correspondientes sirven para intervenir y repercuten en la realidad social, al menos a través de su poder persuasivo, es decir, finalmente permiten lograr ciertos efectos sociales y alcanzar algunos objetivos deseados. La intención de aportar al interés general de la UE, sea por vías tipificadas,

acciones de las instituciones que acaben en comunicaciones, informes u otros documentos o por mecanismos extracomunitarios como es el MAC, hace abierto e indefinido el catálogo de materias de interés y modos de exhibir las posiciones al respecto (formas de recoger y difundir conclusiones). Basta la voluntad política de acometer y desarrollar algún tema y eso sí se hace relativamente fácil sobre todo debido al hecho de que los resultados del debate no intervienen en el sistema del derecho vigente de manera directa, pues, a raíz de su fuerza persuasiva pueden provocar las labores acerca de cambios legislativos o simplemente influir en las políticas nacionales, hasta conducir hacia la coherencia real entre los Estados miembros. Hay que destacar que el procedimiento tipo MAC, aunque formalmente funciona fuera de la organización de la UE, de hecho, integra a los Estado miembros y utiliza su personal e instituciones para apoyar sus necesidades sustanciales y burocráticas, y mucho más, no es el único instrumento de lograr un consenso concerniente a algún aspecto de importancia. Asimismo, la deliberación conjunta y la negociación de condiciones hasta alcanzar las soluciones acordadas acerca de alguna cuestión son las herramientas del gobierno moderno, incluso en el marco de las competencias de la UE.

Entonces, se plantea la pregunta cuáles son las características de tal forma de gobernanza comunitaria “suave” que se aproxima al *soft law* y los fundamentos de su efectividad. Se puede resumir que el proceso de deliberación conjunta, ya sea en sesiones intergubernamentales o grupos de trabajo de las instituciones, siguiendo las deducciones de Jacobsson (2004), representa el mecanismo que conduce a establecer un lenguaje común que une a todos los involucrados y elaborar y acumular el conocimiento que se hace entender de modo unificado y coherente debido a los mismos significados. Es la consecuencia natural del proceso de debate y negociación durante los cuales se deconstruyen y reconstruyen los sentidos de conceptos básicos hasta acercarse a una comprensión acordada, se constituyen indicadores, clasificaciones, estadísticas, estandarizaciones u otras medidas operativas, para después hacer comparaciones y evaluaciones adecuadas y se determinan plazos de revisión para someter los resultados

al escrutinio por pares³⁵⁷. Además, la documentación de discursos difunde las ideas atribuyéndoles cierto prestigio y crédito de cosas / metodologías / metas decididas conjuntamente. Por tanto, se puede suponer que este tipo de deliberaciones que acaben en conclusiones constituye un sistema de gobernanza que goza del potencial transformador e integrador y puede llevar gradualmente a congruencia de las políticas e implementación voluntaria de distintas soluciones. Encima, ante periodos de tiempo tan desorbitados de consensuar alguna solución dentro de los trámites legislativos comunitarios, que requieren a veces años para preparar y votar una directiva o alguna modificación, no es nada cierto si las medidas tipo *soft law* no sean más eficaces, por supuesto son más flexibles, aunque a primera vista su plena implementación (diseminación de conceptos) parece más complicada y prolongada.

Esta evolución general de la percepción de modalidades de gobernar, gestionar y solucionar problemas desde las disposiciones estrictamente normativas del *hard law* hacia las medidas tipo *soft law* coincide con el cambio patente en el trato y el funcionamiento de la UE, desde una organización internacional de cooperación basada en Tratados hacia la conglomeración cada vez más visible de calidades de un organismo relativamente autónomo e independiente supranacional, al que, por esta mera característica, se le atribuye de hecho la expectativa, incluso el poder, de actuar con la misma eficacia social y económica de la que disponen los Estados nacionales, sobre todo frente a amenazas y desafíos comunes (crisis financiera, desempleo, etc.). Así, se han transmitido hacia la UE un volumen enorme de competencias exclusivas antes pertenecientes a los Estados miembros en comparación con otras organizaciones

³⁵⁷ La percepción de medidas tipo *soft law*, también como instrumentos de gobernanza, ha evolucionado desde cierta desconfianza, incluso sospecha hacia la aceptación de su eficacia. Mazuelos Bellido (2004: 38) recuerda esta preocupación por la incomprensión de la naturaleza y el impacto de su implementación según un comentario de los años ochenta, resumiendo que “El *soft law* puede tener efectos perniciosos cuando la opinión pública tiene la impresión de que un asunto está siendo evaluado internacionalmente cuando no existe en realidad una voluntad clara de actuar.” Otras “amenazas” del *soft law*, como para engañar o confundir a los usuarios del derecho en cuanto a la naturaleza de este tipo de disposiciones, menciona Mörth (2004: 7). Principalmente, esta postura de distanciamiento sigue suavizándose, al contrario, cada vez más frecuentemente se exponen sus ventajas en la práctica y en la reflexión teórica.

internacionales. Las labores correspondientes concluyen en normas de efecto directo en las políticas públicas, los ciudadanos y otros entes privados. Aunque las demás competencias teóricamente quedan en las manos de los Estados, en práctica los asuntos relativos a menudo se deciden entre las mismas partes, solo un poco al margen de la UE. A esta transmisión efectiva de poderes se suma el deliberado proceso de integración a través del derecho y la sofisticada arquitectura judicial de la UE que la refuerza (Terpan, 2014: 4).

Hay que destacar que supuestamente cualquier acuerdo / tratado internacional en curso de su ejecución conduce a la limitación de la soberanía de las partes, sea el tratado de establecimiento de tal organización como la UE o cualquier otro. El Estado implícito mantiene su voluntad soberana a la hora de firmarlo, pero después vienen obligaciones y compromisos. La diferencia crucial entre un acuerdo ordinario y la UE reside en la dinámica decisiva de las instituciones comunitarias. Normalmente un acuerdo define las obligaciones de manera bastante precisa para que no cambien a lo largo de su vigencia. Por lo contrario, los Tratados de la UE dan un grado relativamente amplio de *carte blanche* a las instituciones, transmitiéndoles el poder de determinar compromisos y obligaciones nuevas, en el sentido de que no tengan referentes exactos en los Tratados (Terpan, 2014: 2), aunque todo esto bajo la vigilancia y con la participación estrecha de los Estados. Sin embargo, incluso con este arco de competencias asumidas, para evitar las tensiones, facilitar las negociaciones y acelerar el proceso de implementación de ciertas medidas, no sorprende que se hayan desarrollado instrumentos alternativos, suaves y moderados que puedan satisfacer a una mayoría de los Estados miembros para que mantengan la sensación de plena soberanía en tal o cual campo, aunque aparentemente los problemas exigen las soluciones colectivas acordadas. En definitiva, la gobernanza³⁵⁸ europea sigue evolucionando hacia el uso del conjunto híbrido de

³⁵⁸ Es el momento más oportuno para acudir al diccionario de la RAE donde “gobernanza” se define como “Arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el

instrumentos de tipos variados, que incluye las disposiciones tanto del *hard law* como el *soft law* (Héritier y Rhodes, 2011).

Al parecer, el problema más ferviente de la singularidad del *soft law* no descansa en la discriminación entre él y el *hard law*, al menos falta el elemento sancionador por no seguir la disposición, sino entre él y el *no-law*, es decir, los instrumentos puramente políticos o administrativos que no cuentan con ningún atributo jurídico. La dificultad surge sobre todo del hecho de que las políticas públicas se enraízan en algunas competencias que, a su vez, se deducen de alguna norma legal atribuyéndoles la legitimidad suficiente. Eso hace tan difícil distinguir una disposición del *soft law* de otras acciones o iniciativas de administraciones públicas (instituciones comunitarias) enunciadas en forma escrita (el *no-law*).

De todas maneras, si se examina el proceso de transformación de disposiciones no jurídicas (el *no-law*) en instrumentos tipo *soft law* o *hard law* (legalización) (Terpan, 2014: 2) hay que saber qué factor decide sobre el hecho de que esta conversión se realice. Ambos tipos de disposiciones, las que pertenecen al *soft law* y al *no-law*, no disponen de fuerza vinculante. Incluso, al contrario de la definición rigurosa de Senden, no necesariamente tienen que representar reglas de conducta, como ya se ha explicado, las que aportan a la interpretación del *hard law* no han de ser así.

Entonces, Turpan (2004: 6-7) distingue entre el *soft law* y el *no-law* por el criterio de relevancia jurídica o carencia de esta. Aparte, el investigador pretende complementar el marco del *soft law* con las normas vinculantes que gozan de cierta “dimensión suave” por la que entiende compromisos opcionales, disposiciones

mercado de la economía.” El uso ubicuo del término “gobernanza” es relativamente reciente, “El término gobernanza –governance– surge con fuerza en los años ochenta y noventa del siglo XX en el ámbito de la ciencia política, fundamentalmente en la literatura en inglés, tanto en los estudios sobre realidades de tipo nacional como en el ámbito internacional y europeo.” (Bar, 2011: 7).

indefinidas, objetivos generales. Al parecer no es necesario aventurarse hacia extraer del *hard law* las normas “moderadamente” vinculantes. Supuestamente, la posible incomprensión reside en la actitud demasiado formalista ante un acuerdo internacional. Es decir, a partir de la suposición de que todas las normas de un acuerdo internacional, digamos de pleno derecho, tengan que contar con la misma naturaleza jurídica por el mero carácter obligatorio del acuerdo entero, se deduciría que por esta razón todas ellas tengan que asignarse al *hard law*, pero no ha de ser así. El acuerdo puede integrar las disposiciones de todo tipo, por lo cual el valor jurídico y el grado de obligatoriedad se refieren a una norma concreta³⁵⁹. A la luz de esta reflexión parece que no es necesario incluir en la taxonomía del *hard law* las normas vinculantes con la dimensión “suave”. Incluso, como lo subraya el autor desde el punto de vista del positivismo jurídico, este tipo de normas no tienen ninguna dimensión jurídica sino disponen de naturaleza puramente política (Turpan, 2004: 7). Finalmente, el propio Turpan decide construir una categoría separada dentro del mismo *soft law*, para las normas con una obligatoriedad firme (*hard obligation*), pero con las medidas de ejecución suaves (*soft enforcement*)³⁶⁰ o incluso sin sanción (*no enforcement*)³⁶¹ (Turpan, 2004: 14 / Tabla 2). Desde el punto de vista legislativo es discutible una norma que por una parte define inequívocamente e impone fuertemente una obligación y, por otra parte, no asegura el mismo grado de fuerza sancionadora para que se ejecute. A pesar de esto, en el marco del derecho internacional la escala de tipos de sanciones es muy amplia. Dejemos a un lado este tipo

³⁵⁹ Una ley sin duda pertenece en términos generales al *hard law*, pues el preámbulo a ella, aunque no se puede ignorar, pero lleva más el significado orientativo, es decir, de tipo *soft law*. La Sentencia 36/1981 de 12 de noviembre 1981 del Tribunal Constitucional de España declaró que "el Preámbulo no tiene valor normativo [...]. Sin embargo, [...] los Preámbulos son un elemento a tener en cuenta en la interpretación de las leyes" (Fundamento Jurídico 7, BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 1981) y la Sentencia 150/1990 de 4 de octubre 1990 del TC dijo: "los preámbulos o exposiciones de motivos de las leyes carecen de valor normativo y no pueden ser objeto de un recurso de inconstitucionalidad" (Fundamento Jurídico 2, BOE núm. 266 de 6 de noviembre de 1990, suplemento).

³⁶⁰ Pertenecen a este tipo las medidas dentro de Economic Adjustment Programmes / los Programas de Ajustamiento Económico y Excessive Deficit Procedure / el Procedimiento por Déficit Excesivo (Turpan, 2004: 16-18).

³⁶¹ Por ejemplo, los instrumentos de Common Foreign and Security Policy / la Política Exterior y de Seguridad Común (Turpan, 2004: 18).

de disposiciones incompletas, que por naturaleza cuentan con relevancia jurídica suficiente para insertarlas sólidamente en el conjunto del *soft law*.

Entonces, nos quedamos con la cuestión fundamental y concluyente del significado de la noción de “la relevancia jurídica”: el atributo diferenciador que, según Turpan, permite distinguir entre el *soft law* y el *no-law*, que a su vez se caracteriza por falta de obligación, en el sentido estricto de vinculación, acompañada por el hecho de que no haya ninguna medida sancionadora (*no obligation / no enforcement*) (Turpan, 2004: 26 / Tabla 3). A esta categoría el autor incluye por ejemplo las resoluciones del Parlamento Europeo, que a su vez representan un arco extremadamente espacioso por el contenido, luego sería abusivo fallar en abstracto que todas carecen de cualquier “relevancia jurídica”. Eso sí, los Tratados no indican resoluciones del PE ni una vez, pero, aparte de los procedimientos legislativos, es la típica forma de trabajo y manifestación de opiniones de cualquier parlamento. Con más detalles sobre esta modalidad informa el Reglamento del Parlamento Europeo que, entre otros, indica resoluciones legislativas relativas a una propuesta de acto jurídicamente vinculante (art. 49 del Reglamento del PE) o no legislativas (art. 51 y 52 del Reglamento). Las resoluciones del PE que constituyen un elemento del procedimiento legislativo obviamente cuentan con relevancia jurídica perteneciendo al *hard law* procedimental.

Entonces, cuál es la naturaleza de las resoluciones carentes del poder vinculante. Sobre todo, se trata de las resoluciones emitidas a base del art. 46 y el 133 del Reglamento del PE que declaran respectivamente:

Artículo 46.1: El Parlamento podrá solicitar a la Comisión que le presente, para la adopción de actos nuevos o la modificación de actos existentes, las propuestas oportunas, de conformidad con el artículo 225 del TFUE, mediante resolución basada en un informe de propia iniciativa de la comisión competente, elaborado de conformidad con el artículo 52.

Artículo 133: Todo diputado podrá presentar una propuesta de resolución sobre un asunto propio de la actividad de la Unión Europea.

A tenor del art. 225 TFUE esta categoría de solicitudes del PE “sobre cualquier asunto que a juicio de aquél requiera la elaboración de un acto de la Unión para la aplicación de los Tratados” dirigidas a la CE para que ella presente las propuestas oportunas no la obligan a preparar el acto solicitado, pero sí al denegarlo la CE comunicará las razones al PE. Esa falta de obligatoriedad concerniente a la iniciativa legislativa propia demuestra la debilidad del PE, la única institución comunitaria de plena legitimidad democrática (ciudadana), frente a la CE. Sin embargo, eso no significa que el PE no disponga de cualquier medida sancionadora ante la CE, si ella ignora sus peticiones. Así, en virtud del art. 17.8 TUE:

La Comisión tendrá una responsabilidad colegiada ante el Parlamento Europeo. El Parlamento Europeo podrá votar una moción de censura contra la Comisión de conformidad con el artículo 234 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Si se aprueba dicha moción, los miembros de la Comisión deberán dimitir colectivamente de sus cargos y el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad deberá dimitir del cargo que ejerce en la Comisión.

Si el PE recurre a este instrumento extremo y en qué situación, es el asunto del balance del poder, de la racionalidad de actuaciones de los actores políticos e institucionales y la eficacia sociopolítica de gobernanza. Este análisis breve tiene por objetivo descomponer la complejidad de naturaleza jurídica de resoluciones del PE y sirve para demostrar que difícil es decidir sobre los atributos jurídicos de medidas tipo *soft law*. Al margen se puede señalar que, si fuera así, que hasta a las resoluciones del PE que incluyen ciertas orientaciones o disposiciones dirigidas a los Estados o las instituciones, no se les podría adjudicar cualquier relevancia jurídica, realmente estaríamos frente a un déficit democrático profundo de la UE. Lo cierto es que aparte del valor jurídico, complejo, incluso problemático, sin duda, este tipo de resoluciones del PE es un instrumento de gobernanza (interna o externa), al menos un elemento de esta, puesto que ellas recogen materias de interés, proponen soluciones, movilizan y sensibilizan la sociedad civil y las

partes interesadas y finalmente obligan a las instituciones comunitarias, sobre todo a la CE, a buscar el consenso para implementar las medidas (normas) determinadas. Al parecer, el problema de efectividad de instrumentos tipo *soft law* a menudo no reside en la falta de instrumentos jurídicos eficaces de los que dispone el PE, sino en la falta de voluntad de ejecutar las reclamaciones a fin de mantener el equilibrio y evitar las medidas excesivas.

En práctica es muy complicado sentenciar sobre el grado de relevancia jurídica de tales resoluciones del PE de mucho interés para este trabajo como son la 2013/2063(INI) de 10 de diciembre de 2013 sobre la liberación del potencial de la computación en la nube en Europa o la 2014/2256(INI) de 9 de julio de 2015 sobre la aplicación de la Directiva 2001/29/CE de 22 de mayo de 2001 relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

La temática del carácter jurídico del *soft law* gira sobre todo en torno a las políticas públicas mediante las cuales se influye en la situación socio-jurídica del sujeto. El enfoque de gobernanza, en lugar de gobierno estricto, efectuada por medio de instrumentos suaves (alternativos a la legislación) es una de las nuevas formas de hacer esta influencia más efectiva, adecuada y receptiva a los cambios continuos de alrededor y consiste en la involucración de todos los agentes interesados al proceso de desarrollo de una u otra materia de importancia para la comunidad de cualquier nivel, incluida la de UE, compartiendo y repartiendo el poder de gestionar las cosas, pero al mismo tiempo manteniendo la autoridad legítima de las instituciones (Mörth, 2004: 2). La compleja estructura de toma de decisiones (la gobernanza multinivel) y la delicada situación ante las críticas de distinta índole que se dirigen a la UE como proyecto y sus instituciones, hacen que la UE sea particularmente propensa a emplear instrumentos menos imperativos (Mörth, 2004: 3) reservando un espacio más amplio en el marco de las políticas públicas para las decisiones soberanas de los Estado miembros, a fin de conseguir las metas deseadas de manera consensuada, voluntaria y abierta a corrección

y reacción flexible, sin resignarse a perseguir sus misiones y cumplir sus competencias. Sin embargo, no se puede condenar estas medidas moderadas como carecientes de cualquier relevancia jurídica, ya que por lo menos contribuyen a la efectividad, transparencia y legitimidad del derecho y las políticas de la UE (Sender, 2004: 224).

En definitiva, todas las disposiciones y los instrumentos sujetos al análisis en esta tesis de carácter jurídico supuestamente controvertido en cuanto a su pertenencia al *soft law*, que al fin y al cabo se reconoce como un tipo de derecho, aunque incompleto, adquirirían una nueva dimensión si se los relacionara con el derecho básico al libre desarrollo de la persona que podría darles cierta legitimación e impulso para concretizarlos y reforzarlos.

4.1. Conclusiones

Las aportaciones principales al discurso jurídico anterior relacionado con el tema de la investigación acometida, a juicio del doctorando, corresponden a los siguientes aspectos y conclusiones.

I. Minuciosamente se ha debatido el concepto jurídico del desarrollo individual de la persona en el contexto del derecho al libre desarrollo de la personalidad reconocido por varios ordenamientos jurídicos nacionales y a nivel del derecho internacional, yuxtaponiéndolo con el discurso dominante de organizaciones de derechos humanos centrado en el derecho al desarrollo socioeconómico colectivo de los pueblos. Se puede concluir que sin el ámbito socio-jurídico favorable al libre y pleno desarrollo personal del ciudadano parece unimaginable asegurar que sea sostenible a largo plazo el progreso socioeconómico de comunidades enteras.

II. Al aplicar los métodos de interpretación lingüista (literal) y sistemática se ha justificado que el concepto jurídico del libre y pleno desarrollo de la personalidad del ser humano se refiere tanto a la libertad de acciones y manifestaciones externas del sujeto, como al desarrollo de la esfera interna, psicológica de éste. Se ha analizado el contenido jurídico del concepto del libre e íntegro desarrollo (desenvolvimiento) personal refiriéndose a la jurisprudencia, la doctrina jurídica y, en el grado necesario, a las consideraciones de vertientes antropológico-filosófica, psicológica, pedagógica, sociológica, económica o de ciencias de comunicación.

La protección del libre desarrollo de la personalidad abarca, por un lado, las libertades que limitan el grado de intervenciones e intromisiones legítimas por parte de terceros, incluidos el Estado y las administraciones, en la vida y las actuaciones del individuo (la libertad de expresiones hacia afuera, el aspecto negativo del derecho) y, por otro lado, las reclamaciones y reivindicaciones justas del individuo de que el Estado, las administraciones, hasta los entes privados, debido a la eficacia horizontal del derecho fundamental, se comporten de manera determinada asegurando las condiciones

socio-jurídicas y las infraestructuras, y estableciendo las relaciones jurídicas propicias y estimulantes para el florecimiento humano en todas las esferas de la personalidad: cognitiva, intelectual, creativa, artística, emocional y espiritual a cuyo desenvolvimiento apoyan además la comunicación libre y abierta y otras oportunidades ventajosas que se dan por las avanzadas Tecnologías de la Información y Comunicación (el aspecto positivo del derecho / la dimensión prestacional / las actuaciones afirmativas).

El libre e íntegro desarrollo de la persona consiste en poder componer soberanamente la personalidad (la libre composición de la personalidad), en la autonomía y autodisposición del sujeto, en decidir autónomamente sobre su propio proyecto de vida y modos de su implementación y seguimiento (la autorrealización) y en expresarse (manifestarse) libremente hacia afuera (la libertad de acción), lo que a su vez le permite al individuo interactuar con el entorno social y de esta manera condiciona e incentiva el desarrollo mismo (la retroalimentación). El ambiente libre de opresiones y estimulante posibilita al individuo la acumulación de experiencias y el aumento de competencias personales que a su vez le facilitan poder afrontar distintas y complejas circunstancias vitales o laborales, establecer y mantener las relaciones sociales eficaces y positivas, idear el propio proyecto de vida, satisfacer las expectativas y aspiraciones hacia sí mismo, luego, vivir una vida plena, multidimensional, satisfecha y feliz.

III. El mostrar el vasto panorama desde otras ramas del conocimiento en el que se ubica el concepto del libre y pleno desarrollo de la personalidad del ser humano ha servido para, en primer lugar, esclarecer el entendimiento y desglosar el contenido de dicho concepto, en segundo lugar, justificar la transcendencia del mismo para el funcionamiento sostenible de la sociedad, en tercer lugar, determinar cómo repercuten la condición intelectual y psíquica del individuo, así como el proceso y nivel de su desarrollo personal en la Sociedad de la Información y del Conocimiento, a cada nivel organizacional: local, nacional, regional o planetario, y, finalmente, evidenciar la utilidad de proteger explícitamente el valor del libre desarrollo personal como un bien social y jurídico clave.

IV. Distintos ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales consagran el mérito del libre y pleno desarrollo de la personalidad humana, aunque éste se presenta bajo variados conceptos jurídicos, en diferentes contextos y alcances que marcan el modo y grado de su reconocimiento y aplicabilidad. Así, se pueden ver los preceptos que otorgan al bien jurídico del desarrollo personal el amparo más fuerte de naturaleza del derecho fundamental, y en el marco internacional, del derecho humano. El reconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad en forma del derecho fundamental, aparte de asegurar el amparo directo al ciudadano, resulta en la irradiación de éste en todo el sistema jurídico, hasta la eficacia horizontal entre terceros (*Drittwirkung*). Otros sistemas jurídicos posicionan el libre desarrollo de la personalidad como un bien o valor protegidos, un principio rector o una directriz interpretativa. En otras ocasiones se indica el libre desarrollo de la personalidad como la finalidad o el componente de algún otro derecho fundamental, por ejemplo, en relación con la educación o protección de menores.

V. Al reconocer el derecho al libre desarrollo individual u otra figura jurídica que lo afirma como un bien jurídico protegido el legislador (nacional o comunitario) debe reconsiderar si las disposiciones normativas concretas y las políticas implementadas coinciden con los requisitos de éste. Las consecuencias de tal reconocimiento para el sistema legislativo e institucional del Estado o de la Unión Europea como un organismo supranacional son profundas ya que determinan cuáles deben ser las soluciones legislativas y las políticas públicas para que sean favorables a la realización de dicho derecho. Se trata sobre todo de la legislación relacionada con la comunicación, también en su dimensión tecnológica, cultura, investigación científica, educación, derechos de autor y la propiedad intelectual. A falta de tal reconocimiento del derecho al libre desarrollo personal en un sistema jurídico el legislador y la ciudadanía deben repensar esta ausencia ya que significa una deficiencia esencial que pueda resultar en mermar el potencial socioeconómico de la sociedad.

VI. La efectucción del derecho al libre y pleno desarrollo de la personalidad con todas las ventajas para el progreso socioeconómico común se ha hecho incluso más viable en la era digital. La fundación y la sucesiva consolidación de la Sociedad de la Información y del Conocimiento a la que subyacen las Tecnologías de la Información y Comunicación le ofrecen al individuo un entorno tecnológico, socioeconómico y sociocultural excepcional y óptimo para que éste descubra todas sus potencialidades intelectuales, creativas, artísticas y espirituales, les permita desarrollarse en condiciones de libertad y plenitud y comparta sus experiencias y creaciones con los demás. Al llevar a cabo las políticas públicas adecuadas e introducir la legislación oportuna en los campos culturales, formativos, científicos y empresariales se crea el ámbito que dispone del potencial, la dinámica y la calidad suficientes para fomentar la libre composición y el pleno desarrollo de la personalidad de los integrantes de la Sociedad de la Información y del Conocimiento.

Los requisitos indispensables para impulsar el progreso y florecimiento humano se cumplen mediante la plena, libre y viable accesibilidad de contenidos de información, cultura, ciencia y conocimiento, y las circunstancias que, además, permiten la libre reutilización y difusión de los recursos de este tipo y el libre intercambio de ideas, pensamientos y experiencias, y también son las tecnologías de almacenamiento virtual y acceso y producción digitales que lo posibilitan. Tales son a la vez las condiciones que aportan al crecimiento del capital humano y social y, por consiguiente, a la prosperidad de las comunidades enteras mediante el proceso de apoyo mutuo y retroalimentación constante, aparte de permitir conseguir los fines estrictamente personales, es decir facilitar el cumplimiento de las expectativas y la satisfacción de las ambiciones personales del individuo.

VII. La consecución del acceso efectivo a los recursos digitales y la utilización posiblemente libre de ellos constan de dos facetas: la tecnológica, es decir, que se posee los dispositivos adecuados (*el hardware*), la conexión de calidad (acceso técnico a la red / cobertura por todo el territorio / *roaming* al cruzar las fronteras) y las habilidades

suficientes para manipularlos y para manejar las aplicaciones (*el software*), así como la faceta sustancial (material), es decir, que se dispone de las competencias de acudir a los recursos deseados, elegir entre ellos por un criterio, analizarlos de manera crítica, evaluar la calidad del contenido mismo y de la fuente, después fundar sus propios juicios y opiniones o crear contenidos e informaciones, asumiendo la responsabilidad por su calidad y veracidad. La alfabetización digital y mediática facilita adquirir estas aptitudes imprescindibles para moverse con soltura y seguridad por el mundo virtual.

En cuanto al aspecto tecnológico, la accesibilidad factible y completa de los recursos del espacio virtual exige que se cumplan tales condiciones como: la neutralidad de red, el acceso seguro y libre de intercepciones e intervenciones, sin filtros, censura y rastreo, el control del usuario sobre los datos de carácter personal, la interoperabilidad entre dispositivos, aplicaciones y contenidos, la portabilidad, el impedimento del bloqueo geográfico (*geoblocking*), el código abierto y la creación del software libre.

En cuanto al aspecto material, la ampliación del marco permitido de acceso, obtención, reutilización, transformación, modificación, circulación y comunicación de informaciones, datos, obras, así como otros recursos y producciones de cualquier formato y carácter sujetos a la protección del derecho de autor y de la propiedad intelectual fomenta la creatividad y la innovatividad y, por consiguiente, contribuye al incremento del bienestar socioeconómico individual y colectivo. Para hacer estos propósitos realidad hay que aproximarse al cambio de la percepción y la regulación de los derechos de autor y la propiedad intelectual, ceder la óptica de la protección de los derechos patrimoniales del creador, innovador u otro titular en favor de dar la prioridad al usuario y al colectivo. Esta remodelación de la actitud se justifica por el hecho de que las nuevas obras y los nuevos conceptos surgen evidentemente de lo ya existente, lo creado anteriormente y del patrimonio cultural y científico común de la humanidad. Luego, la atribución a autores o innovadores de un derecho patrimonial exclusivo y absoluto de uso a menudo puede concebirse como un abuso, aunque sin lugar a dudas hay que buscar un equilibrio justo entre los intereses morales y económicos de todos los

involucrados en el proceso creativo. De esta manera, los agentes comprometidos en la difusión de bienes de cultura y conocimiento, educación e investigación científica, así como los mismos usuarios, consumidores de estos bienes, deben disponer de permisos lo más amplios posibles de acceso, obtención, conservación, almacenamiento, digitalización, transformación de formato informático y de contenido, transmisión y puesta de los contenidos originales o creados secundariamente a disposición del público por medios tradicionales y digitales.

VIII. En el panorama de la Unión Europea, ante los cambios, los requerimientos y las ventajas de proveniencia digital, la digitalización de recursos y servicios y la extensión del uso permitido, ya sea en forma de excepciones o limitaciones a los derechos de autor, se hace un requisito imprescindible para fortalecer el mercado único, dinamizar la producción y el intercambio económico, fomentar las investigaciones científicas, la creatividad y la innovatividad, incrementar la competencia en el mercado global, dar más posibilidades a la ciudadanía del disfrute de la riqueza cultural europea y mundial, estimular el desarrollo formativo de personas a lo largo de la vida con fines del progreso personal y de flexibilización frente al mercado de trabajo cambiante y cada vez más exigente. Independientemente de la posición jurídica del valor del libre y pleno desarrollo de la personalidad en dado sistema legislativo, aunque sí se aboga por otorgarle el estatus del derecho fundamental, el entorno socio-jurídico favorable para el desenvolvimiento de todas las capacidades y potencialidades humanas condiciona irremplazablemente el avance y el bienestar socioeconómicos individuales y colectivos, así como el desarrollo sostenible de la comunidad.

IX. La economía de datos, del conocimiento y de contenidos y servicios virtuales gana cada vez mayor importancia en la sociedad globalizada y conectada digitalmente, cuyas actividades se realizan en cada vez mayor medida a distancia, en y a través del espacio virtual, lo que exige que el individuo dispone de habilidades y destrezas adecuadas para actuar eficazmente en este ámbito y adaptarse a los cambios constantes de ello.

La Sociedad de la Información y del Conocimiento debe basarse en la igualdad real de oportunidades y en la creación y el acrecentamiento del capital humano y social. Igualmente, es la sociedad de aprendizaje vinculada a la formación continua, al acceso abierto a los contenidos de cultura y conocimiento, y a los datos y resultados científicos y de innovación, al disfrute de la producción y herencia culturales de la humanidad, a la libertad de comunicar y de recibir información, a la libertad de expresión, de pensamiento y de investigación científica y a la participación posiblemente extensa en la concepción y el intercambio de ideas, opiniones, pensamientos y recursos, incluidos los materiales.

Todas estas características se pueden alcanzar mediante el reconocimiento directo y la aplicación plena del derecho al libre y completo desarrollo de la personalidad, así como mediante el entendimiento profundo y amplio de tal concepto, además que todos los derechos humanos confluyen en su consecución.

4.2. Conclusions (English version)

The main contributions to the previous legal discourse related to the topic of the research undertaken, in the opinion of the researcher, correspond to the following aspects and conclusions.

First, the legal concept of the individual development of the person has been thoroughly discussed in the context of the right to the free development of the personality, which is recognized in various legal systems at national and international level and has been juxtaposed with the dominant discourse of human rights organizations primarily centered on the right to the collective socioeconomic development of the peoples. It can be concluded that without the socio-legal environment favorable to the free and full personal development of the citizen it seems unimaginable to ensure the long-term sustainable socioeconomic progress of communities.

Second, in applying the methods of linguistic (literal) and systematic interpretation, it has been justified that the legal concept of the free and complete development of the personality of the human being refers both to the freedom of action and external manifestations of the subject and to the development of the internal, psychological sphere of him. To uncover and explore the meaning and content of the legal concept of the free and complete personal development we alluded to the case law, the legal doctrine and to some anthropological, philosophical, psychological, pedagogical, sociological and economic considerations or those within the scope of communication's and educational sciences.

The protection of the value of the free individual development in a given legislation consists, on the one hand, in the guarantee of the freedoms that limits the scope of legitimate intervention and interference of a third, including the State and its administrations, in the life and actions of the individual (the freedom of action and outward expressions in the broad meaning that covers the freedom of speech, that is the

negative aspect of the right) and, on the other hand, in the fulfillment of the fair demands of the individual that the State, its agencies and the third parties, including private entities, due to the horizontal efficiency of fundamental rights, behave themselves in a way that results in creating such socio-legal conditions and infrastructures, as well establishing such legal relationships that foster and stimulate the human flowering in all aspects of personality: cognitive, intellectual, creative, artistic, emotional and spiritual, what is in addition supported by the free and open communication and other advantageous opportunities that are given by the advanced Technologies of Information and Communication (the positive aspect of the right / social-public service dimension / affirmative actions).

The free and complete development of the person consists in the sovereignty of the composition of his personality, in the autonomy and the self-disposition of the subject, in the ability to decide on his own project of life and modes of its implementation and follow-up (self-realization) and in expressing (manifesting) himself freely out (freedom of action), this in turn allows the individual to interact with the social surroundings and in this way stimulates his development (the feedback). The environment that is stimulating and free of oppressions makes possible the accumulation of experiences and the increase of personal skills, facilitates coping with different and complex work and life circumstances of a person, establishing and maintaining effective and positive social relations, designing the own project of life, meeting the expectations and aspirations towards oneself and, therefore, living up a complete, multidimensional, satisfying and happy life.

Third, showing the vast extra-juridical panorama in which the concept of the free and full development of the personality of the human being is located served, in the first place, to clarify the understanding and break down the content of that concept, in the second place, to justify the significance of it for the functioning of the society, with special attention in the Information and Knowledge Society, in the third place, to determine in which extend the intellectual and psychological condition of individuals

and the degree of their self-development contribute to the Information and Knowledge Society, also in the context of the opportunities that are offered thanks to the Technologies of Information and Communication, as well as to observe the reverse process of the impact of such an environment on the individual himself, and finally, to evidence the utility of introducing the explicit protection of the value of the free personal development as an essential legal good.

Fourth, the expectations that some effective legal provisions and concrete and appropriate public policies will be introduced relating to various areas of personal and social activity of the individual and aiming towards the promotion of his free and complete development are also anchored in the fact that different legal systems, national (constitutional) and international consecrate the merit of the free and complete development of the human personality, although the idea itself of the free and complete personal development would be presented in the form of different legal concepts, in different contexts and scopes of application that mark the mode and the degree of its recognition and applicability. Thus, we can see the precepts, mainly of the constitutional level, which, explicitly or implicitly, give to the legal good of the personal development the protection of the nature of a fundamental right, or in the international framework we talk about a human right. The strongest protection is assured under the shelter of the fundamental right recognized literally, as for example occurs in the German Constitution (Basic Law for the Federal Republic of Germany). The recognition of the right to the free development of the personality in the form of a fundamental right apart from assuring the direct protection of the citizen, leads to the influence (irradiation) of this throughout the entire legal system, as well as to the horizontal effectiveness between non-state actors (*Drittwirkung*). Some legal systems position the free development of the personality as a protected good or value, a guiding principle or an interpretative guideline. In other cases, the concept of the protection of the personality's free development is indicated as the purpose or the component of other specific

fundamental rights, for example, in relation to the right to education or the protection of children.

Fifth, by recognizing the right to the free individual development the legislator (national or community) should reconsider whether the specific legal dispositions meet its requirements. The consequences of such a recognition for the regulatory system are profound since they determine the nature and content of the particular legislative solutions and the public policies that are to be appropriate for the complete implementation of the right in question. It is mainly about the legislation related to communication, including its technological dimensions, culture, scientific research, education, copyright and intellectual property. In the absence of such an explicit recognition of the right to the free personal development in a given order the legislator and the citizens should rethink this absence as it means an essential deficiency that may result in diminishing the socio-economic potential of society.

Sixth, the materialization of the right to the free and complete development of the personality with all the advantages for the socioeconomic progress of the entire society has been made even more viable in the digital era. The foundation and subsequent consolidation of the Information and Knowledge Society which is based on the Information and Communication Technologies offer to individuals a technological, socioeconomic and sociocultural environment exceptionally and optimally suitable to allow them to explore the entire intellectual, creative, artistic and spiritual potential and to develop themselves in conditions of freedom and completeness, which in turn requires that some effective and adequate public policies are carried out and the appropriate legislation is implemented in cultural, educational, scientific, and business fields. In effect, it can be created the socio-legal surroundings which have the capability, the dynamics and the quality sufficient to promote conditions that support the free composition and the complete development of personality of members of the Information and Knowledge Society.

The indispensable requirements to boost progress and human flourishing are fulfilled through the complete and unrestricted accessibility of contents of information, culture, science and knowledge, the permission for the relatively unconstrained reuse and dissemination of such resources and contents and the promotion of free exchange of ideas, thoughts and experiences, which is largely shaped by openness, availability and free applicability of the technologies of virtual storage and digital access, production, transformation and diffusion of contents. These are simultaneously circumstances that contribute to the growth of human and social capital and, therefore, to the prosperity of whole communities via the process of mutual support and constant feedback, apart from allowing reaching the strictly personal aims through facilitating the fulfillment of individual's expectations and the satisfaction of personal ambitions.

Seventh, the guarantee of the effective access to digital resources and the possibility of the free use (reuse) of them consist of three aspects: the first one is the practical availability of contents to the public, i.e. open, free of charge or economically achievable and law unconstrained universal access, the second one is of the technological nature, i.e. possessing the appropriate devices (*hardware aspect*) and the connection of the sufficient quality (technically available access to the network / the coverage throughout the territory / the *roaming* across borders) and the third one relates to digital and media proficiency, i.e. possessing adequate skills to manipulate and manage applications (*software aspect*) that is to be associated with such a substantial attribute that a user has competencies that allow him to obtain desired resources and contents, choose between them according to determined criteria, analyze them critically, assess the quality of the source and the content itself and, based on these factors, find their own judgments and opinions or create new information or content and upload them, assuming responsibility for their quality and veracity. The digital and media literacy fosters to acquire these essential skills that allow a user to move himself with ease and security within the virtual world. All these technological infrastructure's and soft qualification's requirements are in fact covered by the right to the free and complete

development of human being's (user's) personality. Then, the recognition of such a right forces to implement some adequate legal means to achieve the said objectives.

As regards the technological aspect, the feasible and complete accessibility of the virtual space's resources requires also meeting such conditions as: the net neutrality, the access that is safe and free of interceptions and interventions, without filtering, censorship and tracking, the user's control over the personal data, the interoperability between devices, applications and contents, the portability, the impediment of the geographic blocking (*geoblocking*), the open source and the creation of free software.

As regards the material aspect, the extension of permitted scope of access, collection, reuse, transformation, modification, circulation and communication of information, data, works and other resources and productions of any format and character subject to the protection of copyrights and intellectual property rights promotes creativity and innovativeness and, therefore, contribute to the increase in individual and collective socioeconomic welfare and in consequence supports the sustainable development of the population as a whole. In order to reach these objectives, it is needed to settle a change of perception of copyright and intellectual property rights, and as result to approve a revision of legal regulations, shifting oneself from the pure perspective of the protection of the economic rights of creator, innovator, or another entitled subject and giving more attention and priority to the user and to the interests of the community. This kind of remodeling of the attitude is justified by the fact that each new work, invention and concept arises evidently from what already exists, what has been created beforehand and from the common cultural and scientific heritage of the humanity and, in consequence, the attribution to the authors or innovators any exclusive and absolute property right of use and exploitation of a work can often be conceived in a sense as an abuse. Nevertheless, without doubt we should look for a fair balance between the moral and economic interests of all involved in the creative process. In this way, the agents engaged in the diffusion of goods of culture, knowledge and education and results of scientific research, and the users themselves, consumers of these goods,

should have broader and more appropriate permission to accessing, obtaining, conserving, storage and digitizing of content, to transformation of its electronic format, to transmission and secondarily sharing with the public original or created contents using traditional or digital media.

Eighth, in the panorama of the European Union, in relation to changes, requirements and advantages of digital nature, it is the digitalization of resources and services and the extension of the permitted use, including exceptions and limitations to the copyright, the essential condition to strengthen the single market, stimulate internal economic production and exchange, promote scientific research, creativity and innovativeness, increase competitiveness of the European Union in the global market, give more chances to the citizens to enjoy the European and global cultural richness, encourage the growth and reinvention of the labor qualification of people throughout the entire lifetime for purposes of personal progress and make them flexible against the changes in the labor market that is making itself more and more demanding.

Although we call for a direct and verbatim recognition of the right to the free and complete development of personality in legal systems, i.e. in the way of establishing a fundamental right or by other means of giving to it a legal status sufficiently high, nevertheless with or without such a literal recognition of it, the socio-legal environment beneficial for the development of all the human capacities and potentialities irreplaceably determines the individual and collective progress and socioeconomic well-being and the sustainable and continues development of the human communities.

Ninth, the economy of data, knowledge and virtual contents and services wins ever greater importance in the globalized and digitally connected society which activities are carried out in increasingly greater distance, in and through the virtual space which requires that the individual has adequate skills and abilities to act effectively in this environment and adapt himself to the constant changes of it.

The Information and Knowledge Society should be based on the real equality of opportunities and creation and enhancement of the human and social capital. It is a society of learning that is linked to a continuing training and acquisition of knowledge and skills, to an open access to contents of culture and knowledge, to scientific data and results, to innovations, to the enjoyment of cultural production and legacy, to the freedom to communicate and receive information, the freedom of expression, thought and scientific research and possibly extensive participation in conceptualization and exchange of ideas, opinions, thoughts and resources.

All these characteristics can be achieved through the direct recognition and full application of the right to the free and complete development of the personality, as well as through the deep and comprehensive understanding of that concept, in addition that all human rights come together in their attainment.

5. Referencias bibliográficas

5.1. Obras generales, monografías, artículos

AA.VV. (2014). *3-14 Libre Desarrollo de la Personalidad en el Ámbito de los Derechos Humanos*. Instituto de Estudios Legislativos, México. Acceso el 01.09.2017 en <http://www.inesle.gob.mx/INVESTIGACIONES/INVESTIGACION2014.html>.

Acata Águila, I.J. (2011). “Internet, un derecho humano de cuarta generación” en *Misión Jurídica*, Vol. 4, núm. 4. Recuperado el 03.03.2017 de <http://unicolmayor.edu.co/publicaciones/index.php/mjuridica/issue/view/30/showToc>.

Agudo Zamora, M.J. (2005). “La protección de los derechos en la Unión Europea. Claves para entender la evolución histórica desde el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.” *Revista de derecho constitucional europeo (ReDCE)*, N°. 4, 2005, pp. 373-430. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1972274>, el 19.07.2017.

Albert Gómez, M.J. (2011). *Derechos Humanos, Educación y Sociedad*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. (Primera edición 2010).

Alcorta, J. G. (2011). *El banco Central Europeo*. Civitas-Thomson Reuters.

Alexy, R. (2006). “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en Andrés Ibañez, P. y Alexy, R. (2006). *Jueces y ponderación argumentativa*. Universidad Nacional Autónoma de México.

Alexy, R. (2011). “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, enero-abril (2011), págs. 11-29.

Alexy, R. (2012). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Alonso García, R. (2001). “El soft law comunitario”, *Revista de Administración Pública*, 2001, vol. 154, pp. 63-94. Acceso el 27.05.2017 en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17520>.

Alvarado Tapia, K. del Pilar (2015). “El libre desarrollo de la personalidad. Análisis comparativo de su reconocimiento constitucional en Alemania y España”. *Revista IUS (Revista de la Facultad de Derecho)* de la Universidad Católica Santo Toribio de

Mogrovejo, Vol. 1, núm. 10. Recuperado de <http://publicaciones.usat.edu.pe/index.php/ius/article/view/271> el 06.09.2016.

Álvarez Gálvez, Í. (2009). *Utilitarismo y derechos humanos. La propuesta de John S. Mill*. Madrid-México: Plaza y Valdés.

Alonso, E. (2014). *La quimera del usuario. Resistencia y exclusión en la era digital*. Madrid: Abada Editores.

Angulo Sánchez, N. (2005). *El Derecho Humano al Desarrollo frente a la mundialización del mercado*. Madrid: Instituto Universitario “IEPALA – Rafael Burgaleta.

Ansuátegui Roig, F.J. (2011). “Derechos fundamentales y dignidad humana”. *IDHBC (HURI-AGE). Papeles el tiempo de los derechos*. Número: 10. Recuperado el 22.07.2017 de: <http://hdl.handle.net/10016/19333>.

Atienza, M. (2003). *El sentido de derecho*. Barcelona: Ariel Derecho.

Aust, A. (2010). *Handbook of International Law*. Second edition. Cambridge University Press.

Ávila Ordoñez, M.P., Ávila Santamaría, R. y Gómez Germano, G. (eds). (2011). *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*. UNESCO Oficina en Quito, Ecuador, 1ra. edición: diciembre de 2011. Accesible a través de: <http://unesdoc.unesco.org/images/0021/002156/215627s.pdf>. Recuperado el 11 de septiembre de 2016.

AVSI & Fondazione per la Sussidiarietà. (2008). *CAPITAL HUMANO, recurso para el desarrollo La experiencia en el mundo de tres ONG italianas: AVSI, ICU, Monserrate*. Milán: AVSI & Fondazione per la Sussidiarietà.

Badillo O’Farrell, P. (2001). Autorrealización y derechos: en torno al pensamiento último de Alan Gewirth. *Anuario de derechos humanos*. Año 2001, Número 2, pp. 115-136. Recuperado el 18.08.2017 de: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/94401>.

Barak, A. (2015). *Human Dignity*. Cambridge University Press.

Bar, A. (2001). “El Libro Blanco, La Gobernanza Europea y la reforma de la Unión.” *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, no. 22. España, Instituto Nacional de Administración Pública. DOI: <http://dx.doi.org/10.24965/gapp.vi22.276>. Acceso el 03.06.2017.

Batista Jiménez, F. y Martínez Martínez, F. (2005). “La incorporación de la noción "dignidad humana" en los textos constitucionales”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2005, 9: 1031-1049. Recuperado el 18.07.2017 de: <http://hdl.handle.net/2183/2388>.

Bazúa Witte, A. (2005). *Los derechos de la personalidad. Sanción civil a su violación*. Colección colegio de notarios del distrito federal, México. Recuperado el 20 de octubre 2015 de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3715>

Birnie, P., Boyle, A. y Redgwell, C. (2009). *International law and the environment*. New York: Oxford University Press Inc.

Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema.

Bohórquez Monsalve, V. y Aguirre Román, J. (2009). “Tensions of Human Dignity: Conceptualization and Application to International Human Rights Law”, *SUR - International Journal on Human Rights*. vol. 6, n. 11, Dec. 2009, p. 39-59. Recuperado el 2.08.2017 de <http://www.conectas.org/en/actions/sur-journal/issue/11>. La versión en portugués en: <http://www.conectas.org/pt/acoes/sur/edicao/11>.

Bonney, R., Cooper C.B., Dickinson, J., Kelling, S., Phillips, T., Rosenberg K.V., Shirk, J. (2009). “Citizen Science: A Developing Tool for Expanding Science Knowledge and Scientific Literacy”. *BioScience* (2009) 59 (11): 977-984. DOI: <https://doi.org/10.1525/bio.2009.59.11.9>. Acceso el 25.05.2017 en: <https://academic.oup.com/bioscience/article/59/11/977/251421/Citizen-Science-A-Developing-Tool-for-Expanding>.

Bonilla Sánchez, J.J. (2010). *Personas y derechos de la personalidad*. Madrid: Reus S.A.

Broekman, J.M. (1993). *Derecho y Antropología*. Madrid: Editorial Civitas.

Buganza González, M.C. (2006). *El derecho de autor y el derecho de acceso a la cultura*. Tesis en la Universidad de Barcelona, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Mercantil, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Recuperado el 17 de octubre 2015 de http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/1406/MCBG_TESIS.pdf;jsessionid=93BBC17A306496BC5F6F48C1067F4034.tdx2?sequence=1

Bustamante Donas, J. (2001). “Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica.” en: *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación*, Número 1 /

Septiembre - diciembre 2001. Recuperado el 03.03.2017 de <http://www.oei.es/historico/revistactsi/numero1/bustamante.htm>

Bustamante Donas, J. (2007). “Los nuevos derechos humanos: gobierno electrónico e informática comunitaria” en: *Enlace. Revista Venezolana de Información, Tecnología y Conocimiento*, Año 4: No. 2, Mayo-Agosto 2007, pp. 13-27. Recuperado el 03.03.2017 de http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1690-75152007000200002.

Bustamante Donas, J. (2010). “La cuarta generación de derechos humanos en las redes digitales” en: *Revista TELOS (Cuadernos de Comunicación e Innovación)*, número 85, octubre - diciembre 2010, pp. 80-89. Recuperado el 03.03.2017 de <https://telos.fundaciontelefonica.com/DYC/TELOS/NMEROSANTERIORES/Nmeros80104/seccion=1267&idioma=es> ES.do. Acceso a la revista www.telos.es.

Bustamante Donas, J. (2012). *Los derechos humanos de cuarta generación y sus implicaciones en la sociedad contemporánea*. Recuperado el 03.03.2012 de http://www.academia.edu/4483700/Los_derechos_humanos_de_cuarta_generaci%C3%B3n_y_sus_implicaciones_en_la_sociedad_contempor%C3%A1nea_2012

Bustos Pueche, J.E. (2008). *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*. Madrid: Dykinson.

Caballero Gea, J.A. (2007). *Derecho al honor a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Derecho de rectificación calumnia e injuria*. Madrid: Dykinson.

Carter, E.L. (2009). “Harmonization of copyright law in response to technological change: lessons from Europe about fair use and free expression”. *University of La Verne Law Review*, 30(2), pp. 312-345. Recuperado el 25.06.2017 de https://www.researchgate.net/publication/228945696_Harmonization_of_Copyright_Law_in_Response_to_Technological_Change_Lessons_from_Europe_about_Fair_Use_and_Free_Expression.

Castellano, P.S. (2013). “El carácter relativo del derecho al olvido en la red y su relación con otros derechos, garantías e intereses legítimos” en: Corredoira y Alfonso L. y Cotino Hueso L. (ed.). *Libertad de expresión e información en Internet. Amenazas y protección de los derechos personales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 451-473.

Castells, M. (2001) *The Internet Galaxy. Reflections on the Internet, Business, and Society*, Oxford University Press.

Chiassoni, P. (2011). *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*. Madrid: Marcial Pons.

Cohen, J.E. (2005). “The Place of the User in Copyright Law”. *Georgetown Law Faculty*. Recuperado el 28.06.2017 de <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/61>.

Complak, K.A. (2005). “Por una comprensión adecuada de la Dignidad Humana”. *Dikaion: revista de actualidad jurídica*. Nº. 14, 2005, págs. 19-30. Acceso el 21.07.2017 en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2053524>.

Cotino Hueso, L. (ed.). (2011). *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*. Valencia: PUV (Publicaciones de la Universidad de Valencia). Disponible en <http://www.derechotics.com/congresos/2010-libertades-y-20/e-libro-elibertades-2010>.

Council of Australian University Librarians (2002). “Normas sobre alfabetización en información (1ª Edición)”. *Boletín de la Asociación Andaluza de Bibliotecarios*, nº 68, septiembre-2002, pp. 67-90. Acceso en <http://eprints.rclis.org/5944/1/68a4.pdf> el 05.09.2017.

D’Angelo Hernández, O. S. (2003). “Proyecto de vida y desarrollo integral humano”. *Revista Internacional Crecemos*. Año 6 No. 1 y 2-Puerto Rico. Recuperado el 27.07.2017 de <http://biblioteca.clacso.edu.ar/Cuba/cips/20150429033758/07D050.pdf>.

De Lama Aymá, A. (2005). *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*. Tesis doctoral en la Universitat Autònoma de Barcelona. Departament de Dret Privat. Recuperado el 20 de octubre de 2015 de <http://www.tdx.cat/handle/10803/5207>.

Del Moral Ferrer, A. (2012). “El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana”. *Cuestiones Jurídicas*, vol. VI, núm. 2, julio-diciembre, 2012, pp. 63-96. Acceso en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=127526266005> el 01.09.2017.

Del Río Sánchez, O. (2009). “TIC, derechos humanos y desarrollo: nuevos escenarios de la comunicación social”. *Anàlisi* 38, 2009, págs. 55-69. Acceso el 02.09.2017 en: <http://www.raco.cat/index.php/Analisi/issue/view/11492/showToc>.

Díaz Sánchez, R.J. (2011). “El respeto a la formación de la identidad como un elemento esencial del derecho humano a la identidad de las personas menores”. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*. Vol. 22 (2), julio-diciembre, 2011, pp. 81-105, en <http://www.revistas.una.ac.cr/index.php/derechoshumanos/issue/view/357/showToc>. Acceso el 01.09.2017.

Díez-Picazo, L.M. (2008). “La naturaleza de la Unión Europea” en: InDret Revista para el Análisis del Derecho, no. 4/2008. Acceso en: http://www.indret.com/pdf/574_es.pdf, el 26.05.2017.

Encabo Vera, M.Á. (2012). *Derechos de la personalidad*. Marcial Pons.

Epping, V. (2010). *Grundrechte*. Vierte, aktualisierte und erweiterte Auflage. Springer-Verlag Berlin Heidelberg.

Ezeizabarrena, X. (2013). *Río+20 (1992-2012) El reto del desarrollo sostenible*. Serie Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, Núm. 70. Bilbao: Universidad de Deusto.

Finquelievich, S. y Fischnaller, C. (2014). “Ciencia ciudadana en la Sociedad de la Información: nuevas tendencias a nivel mundial”, en: *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología y Sociedad - CTS*, vol. 9, núm. 27, septiembre-, 2014, pp. 11-31. Acceso el 25.05.2017 en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=92431880001>.

Fuenmayor Espina, A. (2004). *El Derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública. Análisis jurídico y recomendaciones para una propuesta de ley modelo sobre el derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública*. San José C.R.: Oficina de la UNESCO para América Central. Acceso el 09.05.2017 en: http://portal.unesco.org/es/file_download.php/561ff4bc2719856c5184270296fc48f5EL+DERECHO+DE+ACCESO+DE+LOS+CIUDADANOS+A+LA+INFORMACION+PUBLICA.pdf.

Fairhurst, J. (2010). *Law of the European Union*. Pearson Education Limited.

Fernández-Albertos, J. (2012). *Democracia Intervenida*. Madrid: Fundación Alternativas.

Flores Salgado, L.L. (2015). *Temas actuales de los derechos humanos de última generación*. Primera edición digital, agosto 2015. México: Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Recuperado el 03.03.2017 de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4304/1.pdf>.

Galán Juárez, M. (1999). *Antropología y Derechos Humanos*. Madrid: Editorial Dilex.

García Cuadrado, A.M. (2012). “Problemas constitucionales de la dignidad de la persona”. *Persona y Derecho*. Vol. 67. 2012(2), pp. 449-514. Recuperado el 18.07.2017 de: <https://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/persona-y-derecho/issue/view/107>.

- Garrido Gómez, M.I. (ed). (2013). *El derecho humano al desarrollo*. Tecnos.
- Genta, M. (2008). *Etapas hacia las Sociedades del Conocimiento*. Oficina Regional de Ciencia de la UNESCO para América Latina y el Caribe. Recuperado el 13.06.2017 de: <http://unesdoc.unesco.org/images/0017/001798/179801S.pdf>.
- Gervais, D.J. (2005). “Towards a new core international copyright norm: the reverse three-step test”. *Marquette Intellectual Property Law Review*, Vol. 9:1 2005. Recuperado el 25.06.2017 de <http://scholarship.law.marquette.edu/iplr/vol9/iss1/1/>.
- Gewirth, A. (1998). *Self-Fulfillment*. Princeton University Press, Princeton New Jersey.
- Glensy, R.D. (2011). “The right to dignity” en *Columbia Human Rights Law Review*, Volume 43, Fall 2011. Consultado en <http://hrlr.law.columbia.edu/archives/volume-43/> el 04.08.2017.
- Gómez Isa, F. (2013). “El derecho al desarrollo: ¿Otros veinticinco años de diálogo de sordos?” en Garrido Gómez (2013: 21-44).
- Gómez Sánchez, Y. (2004). “Estado Constitucional y Protección Internacional”, en: Y. Gómez Sánchez (Coordinadora), *Pasado, Presente y Futuro de los Derechos Humanos*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, pp. 231-280.
- Gómez Sánchez, Y. (2005). “Dignidad y Ordenamiento Comunitario”, en: *Revista de derecho constitucional europeo*, N°. 4, 2005, pp. 219-254. Acceso el 20.07.2017 en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1972258>.
- Gómez Sánchez, Y. (2008). “La protección de los datos genéticos. El derecho a la autodeterminación informativa” en: *Derecho y salud*, Vol. 16, Número Extraordinario 1. Dedicado a: XVI Congreso "Derecho y Salud", pp. 59-78. Recuperado el 02.03.2017 de: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/186750>.
- Gómez Sánchez, Y. (2009). “La libertad de creación y producción científica: especial referencia a la ley de investigación biomédica”, en: *Revista de derecho político*, N° 75-76, 2009, pp. 489-514. En: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3133300>. Acceso el 20.07.2017.
- Gómez Sánchez, Y. (2009a). “Cooperación internacional y Bioética”, en *Hacia un instrumento regional interamericano sobre la Bioética. Experiencia y Expectativas*, Brena Sesma, Ingrid y Teboul, Gérard (Coords.) Instituto de investigaciones jurídicas, México, pp. 353-371.

Gómez Sánchez, Y. (2011). “Dignidad y autodeterminación física como fundamento del estatuto del paciente”. *Acta Bioethica*, 2011; 17 (1): 37-46. Acceso el 20.07.2017 en: <http://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2011000100005>.

Goñi Palacios, E. y Fernández Zabala, A. (2007). “Los dominios social y personal del autoconcepto”. *Revista de Psicodidáctica*, Año 2007, Volumen 12, N° 2, págs. 179-194. Consultado el 21.08.2017 en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=17512202>.

Goñi Palacios, E. y Fernández Zabala, A. (2007). “Los dominios social y personal del autoconcepto”: *Revista de Psicodidáctica* 12(2), pp. 179-194. Acceso el 17 de octubre de 2015 en <https://addi.ehu.es/handle/10810/7098>.

Goñi Palacios, E. (2009). *El autoconcepto personal: estructura interna, medida y variabilidad*. Tesis doctoral presentada en la Universidad del País Vasco. Consulta el 21.08.2017 en <http://hdl.handle.net/10810/12241>.

González Amuchastegui, J. (2004). *Autonomía, dignidad y ciudadanía*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

González Pérez, D.J. (1985). *La dignidad de la persona en la jurisprudencia constitucional*. *Anales* N° 62 (1985), pp. 133-148. Recuperado el 18.07.2017 de <http://www.racmyp.es/academicos/numerarios.cfm?ac=1&id=26&sc=i>.

Grunwald, S. y Reddy, K.R., (2007). “Concept Guide on Reusable Learning Objects with Application to Soil, Water and Environmental Sciences”, 12/2007, <http://oerasia.org/OERResources/4.pdf>. Recuperado el 27 de septiembre de 2015.

Grupo de Trabajo de “Depósito y Gestión de datos en Acceso Abierto” del proyecto RECOLECTA. (2012). *La conservación y reutilización de los datos científicos en España. Informe del grupo de trabajo de buenas prácticas*. Madrid: Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología, FECYT. Recuperado el 04.05.2017 de: <https://www.fecyt.es/es/publicacion/la-conservacion-y-reutilizacion-de-los-datos-cientificos-en-espana-informe-del-grupo-de>.

Gutiérrez Gutiérrez, I. (2012). “Traducir derechos: la dignidad humana en el derecho constitucional de la comunidad internacional”. *AFDUAM (Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid)* 16 (2012): 91-107. Recuperado el 17.07.2017 de <https://repositorio.uam.es/handle/10486/662690>.

Habermas, J. (2010). “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos” *Diánoia*. Volumen LV, número 64 (mayo 2010): pp. 3–25. Acceso

el 28.07.2017 en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-24502010000100001&lng=es&nrm=iso.

Hawtin, D. (2011). “Cartas y principios de internet: tendencias y reflexiones” (la versión en castellano) en: *Internet rights and democratization. Focus on freedom of expression and association online*, el Informe (en inglés) de Global Information Society Watch 2011 (Monitor Mundial sobre la Sociedad de la Información). Ambos recursos disponibles en <https://www.giswatch.org/es/2011>. Acceso el 21.02.2017.

Helberger, N. (2004). *It' s not a right, silly! The private copying exception in practice*. INDICARE Monitor, Amsterdam, The Netherlands, 7 October 2004. Acceso el 29.06.2017 en: <https://www.ivir.nl/publicaties/download/itsnotarightsilly.pdf>.

Helberger, N. (2005). Not so silly after all – new hope for private copying. Amsterdam, The Netherlands on 25/08/05. Acceso el 29.06.2017 en: http://www.indicare.org/tiki-read_article.php?articleId=132.

Helberger, N. y Hugenholt, P.B. (2007). “No place like home for making a copy: private copying in European copyright law and consumer law.” En *Berkeley Technology Law Journal, Symposium: Copyright, Digital Rights Management Technology, and Consumer Protection*. Vol. 22, No. 3, Summer 2007. Acceso el 29.06.2017 en: <http://btlj.org/2007/01/volume-23-issue-2-symposium-2007/>.

Héritier, A. y Rhodes, M. (eds.). (2011). *New Modes of Governance in Europe: Governing in the Shadow of Hierarchy*. Palgrave Macmillan.

Hernández Godínez, A. (2010). *El acceso a la información pública: evolución y consolidación de un derecho fundamental de nueva generación*. Tesis Doctoral. Universidad Carlos III de Madrid. Acceso el 09.05.2017 en: <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/8335>.

Informe del Observatorio de la Ciencia Ciudadana en España (2016). Fundación Iberoactiv. Enero-Diciembre 2016. DOI 10.5281/zenodo.225678. Recuperado el 25.05.2017 de <http://ciencia-ciudadana.es/wp-content/uploads/2017/05/ObservatorioCC2017Webv2.pdf>.

Jacobsson, K. (2004). *Soft Regulation and the Subtle Transformation of States: The Case of EU Employment Policy*. SCORE (Stockholm Center for Organizational Research), SE-106 91, Stockholm, Sweden. Recuperado el 01.06.2017 de http://www.score.su.se/polopoly_fs/1.26588.1320939800!/20024.pdf. La versión final: K. Jacobsson, ‘Between Deliberation and Discipline: Soft Governance in EU

Employment Policy’, en U. Morth (ed.), *Soft Law in Governance and Regulation: An Interdisciplinary Analysis*. Edward Edgar, 2004.

Jaramillo Rojas, C.A. (2013). “Libertad negativa y libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana: un análisis desde la perspectiva de John Stuart Mill y Thomas Hobbes”. *Precedente - Anuario jurídico*, Vol. 3. DOI: <http://dx.doi.org/10.18046/prec.v3.1726>. Acceso el 01.09.2017.

Johnson, R., Fernholz, O. y Fosci, M. (2016). *Text and data mining in higher education and public research. An analysis of case studies from the United Kingdom and France*. Research Consulting. Prepared on Behalf of The ADBU (Association des Directeurs & personnels de direction des Bibliothèques Universitaires et de la Documentation). December 2016. Recuperado el 23.06.2017 de <https://adbu.fr/competplug/uploads/2016/12/TDM-in-Public-Research-Revised-15-Dec-16.pdf>.

Kaczorowska, A. (2011). *European Union Law*. Second edition. London and New York: Routledge.

Kateb, G. (2011). *Human Dignity*. The Belknap Press of Harvard University Press.

Kogan, L.A. (2006). “Rediscovering the Value of Intellectual Property Rights. How Brazil’s Recognition and Protection of Foreign IPRs Can Stimulate Domestic Innovation and Generate Economic Growth”: *International Journal of Economic Development*, Vol. 8 (no 1-2), pp. 15-678.

Leiva Ramírez, E., Torres Santamaría, M., Baquero Urrego, A., Gil Silva, J. (2010). “Violación del libre desarrollo de la personalidad por parte de las Instituciones educativas con relación a la longitud y corte del cabello”. *Nova et Véteria*, Vol. 19, Nº. 63, 2010, págs. 97-113. Recuperado el 17.07.2017 de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3732076>

Lin, N., Cook, K. y Burt, R.S. (2001). *Social capital: theory and research*. Walter de Gruyter, Inc., New York.

Linde Paniagua, E. (2011). *Principios de Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Colex, 4ª edición.

López González, J. (2015). *¿Consumes cultura? La propiedad intelectual en la era digital*. Tesis doctoral en Universitat Autònoma de Barcelona. Departament de Dret Públic i de Ciències Historicojurídiques. Acceso en <http://ddd.uab.cat/record/131632> el 10.09.2017.

López Sánchez, R. (2009). “El tardío desarrollo de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad en el Estado Constitucional mexicano”. *Derecho en Libertad*, No. 3, año 2, julio – diciembre 2009, Facultad Libre de Derecho de Monterrey, México. El acceso <http://fldm.edu.mx/wp-content/uploads/2015/10/fldm-revista-3.pdf> el 16 de septiembre de 2016.

Lucas Sàtiro, M.A. (2012). *Pedagogía para una ciudadanía creativa*. Tesis doctoral defendida en la Universitat de Barcelona. Acceso el 21.08.2017 en <http://hdl.handle.net/2445/43121>.

Maciá Manso, R. (2002). “Derecho a la singularidad”. *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*. Vol 3 (2002), págs. 337 – 452. Acceso el 24.08.2017 en: <https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/issue/view/ANDH020211/showToc>.

Mangas Martín, A. y Liñán Nogueras, D.J. (2010). *Instituciones y Derecho de la UE*. Madrid: Tecnos.

Marín Castán, M.L. (2007). “La dignidad humana, los Derechos Humanos y los Derechos Constitucionales.” *Revista de Bioética y Derecho*. Núm. 9, 2007, pp. 1-8. <http://dx.doi.org/10.1344/rbd2007.9.7833>. Recuperado el 18.07.2017 de <http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/7833>.

Martín y Pérez de Nanclares, J. (2009). “Las competencias de la Unión Europea”, en Beneyto Pérez, J.M. (edit.) *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, Tomo I, Aranzadi-Thomson Reuters.

Martínez Estay, J.I. (2001). “Valor de la incorporación de conceptos meta-jurídicos al lenguaje del derecho constitucional. El caso de la dignidad humana.”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*. 22/2001. Recuperado el 21.07.2017 de: <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/issue/view/24>.

Martínez Miguélez, M. (2009). “Dimensiones Básicas de un Desarrollo Humano Integral”. *Polis*, Revista de la Universidad Bolivariana, Volumen 8, N° 23, 2009, p. 119-138. Acceso en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-65682009000200006, el 01.09.2017.

Martínez Zorrilla, D. (2007). *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. La tesis doctoral en la Universitat Pompeu Fabra. Barcelona. Editorial: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

Maslow, A.H. (1982). *El hombre autorealizado*. Barcelona: Kairós.

- Maslow, A.H. (2008). *La personalidad creadora*. Barcelona: Kairós.
- Mazuelos Bellido, A. (2004). “Soft Law, ¿Mucho ruido y pocas nueces?” *Revista electrónica de estudios internacionales* (REEI), N.º. 8, 2004. Acceso el 27.05.2017 en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1004415>.
- Mazziotti, G. (2008). *EU Digital Copyright Law and the End-User*. Berlin Heidelberg: Springer-Verlag.
- McLuhan, M. (1964). *Understanding Media: The Extensions of Man*, London and New York. Acceso en: <https://designopendata.wordpress.com/portfolio/understanding-media-the-extensions-of-man-1964-marshall-mcluhan/>, el 24.05.2017.
- Megías Quirós, J.J. (2007). “Hacia una propiedad intelectual comunitarista”, p. 121-209, en *Sociedad de la información, derecho, libertad, comunidad*. Thomson-Aranzadi.
- Mora, J.E. (2000). “La dignidad de la persona humana en la jurisprudencia constitucional española”. *Cuadernos de Bioética*. Número 42. Revista cuatrimestral de investigación 2ª. Año 2000. Recuperado el 18.07.2017 de <http://aebioetica.org/cuadernos-de-bioetica/archivo-historico/ano-2000/numero-42.html>.
- Mörth, U. (2005). *Soft Law and New Modes of EU Governance – A Democratic Problem?* Paper presented in Darmstadt November 2005, en: http://www.mzes.uni-mannheim.de/projekte/typo3/site/fileadmin/research%20groups/6/Papers_Soft%20Mode/Moerth.pdf. Recuperado el 05.06.2017.
- NERA Economic Consulting (2015). *Impacto del Nuevo Artículo 32.2 de la Ley de Propiedad Intelectual. Informe para la Asociación Española de Editoriales de Publicaciones Periódicas (AEPP)*. 9 de julio de 2015.
- Ochoa, O.A. (2010). “La filosofía liberal y el imperativo kantiano, una aproximación reflexiva desde el derecho al libre desarrollo de la personalidad”. *Panorama* (Bogotá, Colombia) No. 8, págs. 14-19. Acceso en: <http://biblat.unam.mx/es/revista/panorama-bogota/articulo/la-filosofia-liberal-y-el-imperativo-kantiano-una-aproximacion-reflexiva-desde-el-derecho-al-libre-desarrollo-de-la-personalidad> el 01.09.2017.
- Oehling de los Reyes, A. (2011). “El concepto constitucional de dignidad de la persona forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental”. *Revista española de derecho constitucional*, Año n.º 31, N.º 91, 2011, págs. 135-178. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3622297> el 22.07.2017.

Okediji, R.L. (2006). *The International Copyright System: Limitations, Exceptions and Public Interest Considerations for Developing Countries*. Issue Paper No. 15. International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) y United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). Recuperado el 25.06.2017 de: http://unctad.org/en/docs/iteipc200610_en.pdf.

Pascual Lagunas, E. (2009). *Configuración jurídica de la dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Editorial J.M. Bosch. Barcelona.

Pelé, A. (2006). *Filosofía e historia en el fundamento de la dignidad humana*. Tesis doctoral en Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”. Acceso el 15 de octubre de 2015 en <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/3052>.

Pereira-Menaut, A-C. y Pereira Sáez, C. (2014). “De nuevo sobre la dignidad humana”. *Cuadernos de Bioética*, Vol. XXV, núm. 84, 2014/2ª. Recuperado el 21.07.2017 de <http://aebioetica.org/cuadernos-de-bioetica/archivo-on-line/2014/n%C2%BA-84-mayo-agosto.html>.

Pérez Luño, A. E. (2013). “Las generaciones de derechos humanos”, *REDESG / Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, v. 2, n. 1, jan.jun/2013, págs. 163-196. (DOI): 10.5902/2316305410183. Recuperado de www.ufsm.br/redesg.

Peters, H. (1961). *Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung*. Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen Geisteswissenschaften, Heft 109. Springer Fachmedien Wiesbaden

Putnam, R. D. (2000). *Bowling Alone: The Collapse and Revival of American Community*. New York, Simon & Schuster.

Rao, N. (2013). “Three concepts of dignity in constitutional law”. 86 *Notre Dame L. Rev.* 183 (2013). Recuperado de <http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol86/iss1/4> el 23.08.2017.

Rebollo Delgado, L. (1998). “Derechos de la personalidad y datos personales” en *Revista de Derecho Político*, núm. 44, pp. 143-206.

Riofrío Martínez-Villalba, J.C. (2014). “La cuarta ola de derechos humanos: los derechos digitales.” en: *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, [S.l.], v. 25, n. 1, mar. 2014, pp. 15-45. Fecha de acceso: 03.03.2017. Disponible en: <http://www.revistas.una.ac.cr/index.php/derechoshumanos/article/view/6117>.

Rocha Espíndola, M. (2015). “La persona del menor, su interés superior, su autonomía y el libre desarrollo de su personalidad”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, febrero 2015, pp. 43-86. Acceso el 01.09.2017 en: <http://revista-aji.com/2015.html>.

Rodríguez Calero, J.M. (1998). *La creación judicial del derecho en la colisión entre derechos fundamentales*. Tesis doctoral en la Universidad de La Laguna (España). Recuperado el 09.09.2017 de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=771>.

Rodríguez Palop, M.E. (2010). *La nueva generación de Derechos Humanos. Origen y justificación*. 2ª edición, Dykinson.

Rodríguez Sánchez, S. (2005). *Características relevantes autodefinidas de la personalidad y su influencia autopercebida en el desarrollo vital*. Tesis del doctorado en la Universidad de Huelva. Departamento de Psicología Evolutiva y de la Educación. Acceso el 17 de octubre de 2015 en <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/2724>.

Rolla, G. (2009). “La carta de los derechos fundamentales de la unión europea en una perspectiva comparada. Técnicas de codificación y cláusulas de interpretación.” *Revista de derecho constitucional europeo (ReDCE)*. Año 6. Núm. 11. Enero-junio/2009. Págs. 135-163. Acceso a la versión htm el 19.07.2017 en: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE11/articulos/05GiancarloRolla.htm>.

Sachs, J. D. (2015). *The Age of Sustainable Development*. Columbia University Press

Sádaba, I. (2008). *Propiedad intelectual ¿Bienes públicos o mercancía privadas?* Madrid: Catarata.

Sánchez Carrero, J. y Contreras Pulido, P. (2012). “De cara al prosumidor: producción y consumo empoderando a la ciudadanía 3.0.” *Revista ICONO* 14, v. 10, n. 3, p. 62-84, sep. 2012. Fecha de acceso: 24 mayo 2017 doi: <http://dx.doi.org/10.7195/ri14.v10i3.210> Disponible en: <http://www.icono14.net/ojs/index.php/icono14/article/view/210>.

Sánchez de Diego Fernández de la Riva, M.S. (coord.) (2008). *El derecho de acceso a la información pública*. Imprime CERSA Madrid. Acceso el 09.05.2017 en: http://eprints.ucm.es/8946/1/MANUEL_SANCHEZ_DER_ACCESO_V14_2.pdf.

Santana Ramos, E.M. (2014). “Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho (CEFD)*, Número 29 (2014), págs. 99-112. Acceso en: <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/issue/view/277> el 25.08.2017.

Sänger, R. (2013). “El bloqueo de páginas web en el Derecho alemán, a través del ejemplo de la ley para dificultar al acceso a páginas web” en: Corredoira y Alfonso L. y Cotino Hueso L. (ed.). *Libertad de expresión e información en Internet. Amenazas y protección de los derechos personales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 191-213.

Sarmiento Acosta, M.J. (2003). “La potestad normativa del Banco Central Europeo y del Banco de España una transformación del tradicional sistema de fuentes.” *Noticias de la Unión Europea*, Nº 217, 2003, págs. 57-66.

Schneewind, J.B. (2009). *La invención de la autonomía. Una historia de la filosofía moral moderna*. Fondo de Cultura Económica. México.

Schwabe, J. (2009). *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*. Konrad Adenauer Stiftung e. V. (Programa Estado de Derecho para Latinoamérica). Recuperado desde la página de Konrad Adenauer Stiftung el 6 de septiembre de 2016, http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf.

Selkoe, D.J. (1998). “Envejecimiento Cerebral y Mental”. *Temas IyC Biología del envejecimiento*. Nº 11.

Senden, L. (2004). *Soft Law in European Community Law*. Oxford: Hart Publishing.

Serna, P. (1999). “Dignidad de la persona: un estudio jurisprudencial”. *Persona y Derecho*, 41 (1999): 139-196. Acceso en: <http://dadun.unav.edu/handle/10171/13892>, el 21.07.2017.

Shaw, J. (2000). *Law of the European Union*. Third Edition. Palgrave.

Silbey, J. (2014). *The Eureka Myth: Creators, Innovators, and Everyday Intellectual Property*. Stanford University Press.

Silver, A. (2009). “A European Approach to Media Literacy: Moving towards an Inclusive Knowledge Society”, en *Mapping Media Education Policies in the World. Visions, Programmes and Challenges*. United Nations Alliance of Civilizations UNESCO European Commission Grupo Comunicar, pp. 11-13.

Sobrino Heredia, J.M. (2008). “Dignidad Humana”, en: Mangas Martín, A. (Dir.). (2008). *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. Fundación BBVA, pp. 107-190. Recuperado el 19.07.2017 de: https://w3.grupobbva.com/TLFU/dat/DE_2008_carta_drechos_fundamentales.pdf.

Suárez Berrío, A.F. (1999) “Derecho al libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana entre los años 1992 y 1997”. *Dikaion*, Vol. 8. En <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/279>. Acceso el 01.09.2017.

Tello Moreno, L.F. (2012). *El derecho al patrimonio común de la humanidad. Origen del derecho de acceso al patrimonio cultural y su disfrute*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. México.

Terpan, F. (2014). “Soft Law in the European Union. The Changing Nature of EU Law.” *European Law Journal*, Wiley, 2014, pp.40. Recuperado el 04.06.2017 de <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00911460>.

Triaille, J-P., de Meeûs d’Argenteuil, J. y de Francquen, A. (2014). *Study on the legal framework of text and data mining (TDM)*. March 2014. El Informe financiado y editado por la Comisión Europea. Recuperado el 23.06.2017 de http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/1403_study2_en.pdf.

Toffler, A. (1980). *The third Wave*. Bantam Books.

Toyama, K. (2010). “Myths about ICT for the Other Billions” en: Arnold Picot A. y Lorenz J. (eds). *ICT for the Next Five Billion People. Information and Communication for Sustainable Development*. Springer-Verlag: Berlin Heidelberg.

Trubek, D.M. y Trubek, L.G. (2005). “Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Co-ordination”. *European Law Journal*, Vol. 11, No. 3, May 2005, pp. 343–364. Recuperado el 01.06.2017 de https://media.law.wisc.edu/m/ndjkz/pub_hardandsoftlaw_2005.pdf.

Ugarte Cataldo, J.L. (2011). *La colisión de derechos fundamentales en el contrato de trabajo y el principio de proporcionalidad*. La tesis doctoral en la Universidad de Salamanca. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=26589> el 09.09.2017.

Urs, S. (2014). *Directory of Open Access Education and Training Opportunities*. UNESCO.

Villalobos Badilla, K.J. (2012). *El derecho humano al libre desarrollo de la personalidad*. La tesis de licenciatura en Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho Sede de Occidente. Recuperado el 15 de octubre de 2015 de http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/t12-el_derecho_humano_al_libre_desarrollo_de_la_personalidad.pdf.

Viteri Custodio, D.D. (2012). “La naturaleza jurídica de la dignidad humana: un análisis comparado de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y el Tribunal Constitucional Federal alemán”. *Estudios de Derecho*, Vol. 69, Núm. 153, junio 2012. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia (Medellin, Colombia). Recuperado el 17.07.2017 de: <https://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/view/14143>.

Wiggins, A. y Crowston, K. (2011) “From Conservation to Crowdsourcing: A Typology of Citizen Science, en: *Proceedings of the Forty-fourth Hawai'i International Conference on System Science (HICSS-44)*, Koloa, HI (2011). Recuperado el 25.05.2017 de <http://citsci.syr.edu/content/conservation-crowdsourcing-typology-citizen-science>.

Wienbracke, M. (2013). *Einführung in die Grundrechte*, FOM-Edition, Springer Fachmedien Wiesbaden.

Wilson, C., Grizzle, A. et al. (2011). *Alfabetización Mediática e Informativa. Currículum para profesores*. UNESCO. Recuperado el 05.09.2017 de <http://unesdoc.unesco.org/images/0021/002160/216099S.pdf>.

Wintrich, J. M. (1957). *Zur Problematik der Grundrechte*. Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, Geisteswissenschaften, Heft 71. Westdeutscher Verlag Köln und Opladen.

Zakariás, K.y Beneke, K. (2012). “Human dignity in the case-law of the Constitutional Courts of Germany, Hungary and Romania”. *Buletinul Curții Constituționale (The Constitutional Court Bulletin, Romania)*. No.2 / 2012. Recuperado el 16.07.2017 de <https://www.ccr.ro/Nr-2-2012>, https://www.ccr.ro/uploads/zakarias_benke_1.pdf.

Zambrano, M. (2004). *Persona y Democracia*. Ediciones Siruela S.A. 2ª edición, enero 2004.

5.2. Documentación oficial básica citada

TUE, TFUE, CDF (comentarios, explicaciones), Reglamento del Parlamento Europeo

Tratado de la Unión Europea. Versión Consolidada. DO C 326/13 de 26.10.2012.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versión Consolidada. DO C 326/47 de 26.10.2012.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. DO C 364/1 de 18.12.2000 (DO C 326/393 de 26.10.2012).

Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales. DO 2007/C 303/02 de 14.12.2007 (versión española C 303/17).

Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. June 2006. EU network of independent experts on fundamental rights (Réseau ue d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux) Acceso el 21.07.2017 en: http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/networkcommentaryfinal_en.pdf.

Reglamento del Parlamento Europeo . Edición Provisional (enero de 2017).

Tratados internacionales firmados o aprobados por parte de la Unión Europea

Tratado de Marrakech (Marruecos) de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), adoptado el 28.06.2013, firmado por la UE el 30.04.2014.

Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC / TRIPS: Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) de 1994. Decisión 94/800/CE del Consejo, de 22.12.1994, relativa a la celebración en nombre de la Comunidad Europea, por lo que respecta a los temas de su competencia, de los acuerdos resultantes de las negociaciones multilaterales de la Ronda de Uruguay (1986-1994).

Tratado de la OMPI sobre derecho de autor y el Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas: 2000/278/CE, Decisión del Consejo, de 16 de marzo de 2000, relativa a la aprobación, en nombre de la Comunidad Europea, del Tratado de la OMPI sobre derecho de autor y del Tratado de la OMPI sobre

interpretación o ejecución y fonogramas (DOCE, L 89/6 de 11.4.2000). Notificaciones a la OMPI No. 76 y 78; IP/09/1916, Información a la prensa sobre 2000/278/CE.

Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales: 2013/275/UE, Decisión del Consejo de 10.07.2013 relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales.

Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo aprobados el 13 de diciembre de 2006 (Resolución 61/106). Entrada en vigor el 3 de mayo de 2008. Firmada por la Comunidad Europea el 30 de marzo de 2007 a base de la Decisión del Consejo, de 27 de marzo de 2007 (ST07404/07) refiriéndose a la Propuesta del 27 de febrero de 2007 de decisión del Consejo relativa a la firma, en nombre de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo [COM(2007) 77]. A base de la Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de abril de 2009, sobre la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo se emitió la Decisión del Consejo de 26 de noviembre de 2009 relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (2010/48/CE), [DO de 27.1.2010 L 23/35]. El Protocolo Facultativo todavía no se ha firmado aunque ya la Propuesta 2 de septiembre de 2008 de decisión del Consejo relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, del Protocolo Facultativo de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad [COM(2008) 530 final/2] lo propuso. La Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de julio de 2016, sobre la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, con especial atención a las Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas (2015/2258(INI)) aboga por la ratificación por la Unión Europea del Protocolo Facultativo de la CDPD.

Convención de 2005 sobre la Protección y la Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales adoptada por la UNESCO el 20 de octubre de 2005. Entrada en vigor el 18 de marzo de 2007. Decisión del Consejo de 18 de mayo de 2006 relativa a la celebración de la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales (2006/515/CE) [DO de 25.7.2006, L 201/15].

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (Roma). Pendiente de adhesión por parte de la Unión Europea. Aunque el Protocolo (nº 8) sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea prevé la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el Proyecto de Acuerdo de Adhesión al Convenio acordado entre las partes implicadas (la UE y los Estados Parte del Consejo de Europa) presentado ante el TJUE para la previa revisión (en virtud del art 218.11 TFUE) fue descartado por éste por no ser compatible con los Tratados de la Unión (Dictamen 2/2013 de 18.12.2013).

Otros actos (convenciones y tratados) e informes de las organizaciones internacionales (ONU, UNESCO, UNICEF, CIDH, OECD, Consejo de Europa)

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948.

Convención sobre el Canje Internacional de Publicaciones 1958, aprobada el día 3 de diciembre de 1958 durante La Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en su décima reunión, en París del 4 de noviembre al 5 de diciembre de 1958. Entró en vigor el 23 de noviembre de 1961. Ratificada por España el 1 de febrero de 1963.

Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. Acta de París del 24.07.1971 y enmendado el 28.07.1979. El texto consolidado de éste se puede consultar en la Base de datos de la OMPI de textos legislativos de propiedad intelectual.

Convención Universal sobre Derecho de Autor de la ONU / UNESCO, revisada en París 1971. París, 24 de julio de 1971.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica el 22.11.1969.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. "Protocolo de San Salvador", 17.11.1988.

Consejo de Europa: Carta Social Europea de Estrasburgo de 3 de mayo de 1996. España ratificó la versión anterior de la Carta (Instrumento de Ratificación de

29.04.1980, de la Carta Social Europea, hecha en Turín de 18.10.1961, BOE, núm. 153, de 26/06/1980), pero la versión revisada del año 1996 aunque fue firmada por España el 23.10.2000, se queda sin ratificación hasta el momento (5.09.2016).

CIDH. Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. 108º período de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, octubre de 2000.

CIDH: *El Derecho de Acceso a la Información en el Marco Jurídico Interamericano*, Informe OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 9/12 de 7 marzo 2011 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Segunda Edición, 2012. Acceso en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/ACCESO%20A%20LA%20INFORMACION%202012%20da%20edicion.pdf> el 05.05.2017

OECD. *OECD Principles and Guidelines for Access to Research Data from Public Funding*, OECD, 2007. Acceso el 15.06.2017 en: <http://www.oecd.org/sti/sci-tech/oecdprinciplesandguidelinesforaccesstoresearchdatafrompublicfunding.htm>.

OECD. *Making Open Science a Reality*. OECD Science, Technology and Industry Policy Papers, No. 25, OECD 2015, Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/5jrs2f963zs1-en>.

OMC (WTO). Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC / TRIPS) del año 1994. Entrada en vigor el 1.01.1996

OMPI (WIPO). Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996.

ONU (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 10 de diciembre de 1948. Se citan las disposiciones de la Declaración en versión española de la página de la ONU (acceso 30.08.2016): http://www.un.org/es/documents/udhr/index_print.shtml.

ONU (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976. A lo largo de la tesis se citan las disposiciones del Pacto en versión española accesible en la página de la ONU, consultado el 30 de agosto de 2016 en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>.

ONU (1969). *Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social* de 1969. Proclamada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 2542 (XXIV), de 11 de diciembre de 1969.

ONU (1975). *Declaración sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en interés de la paz y en beneficio de la humanidad* de 1975. Proclamada por la Asamblea General en su resolución 3384 (XXX), de 10 de noviembre de 1975.

ONU (1986). *Declaración sobre el derecho al desarrollo* de 1986. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986.

ONU (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño* de 20 de noviembre de 1989, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990.

ONU (2010). Informe de la Experta independiente en la esfera de los derechos culturales, Sra. Farida Shaheed, presentado de conformidad con la resolución 10/23 del Consejo de Derechos Humanos de 22 de marzo de 2010 (A/HRC/14/36).

ONU (2013). Una vida digna para todos: acelerar el logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio y promover la agenda de las Naciones Unidas para el desarrollo después de 2015. El Informe del Secretario General de 26 de julio de 2013 [A/68/202]

UNESCO (1972). Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural. París del 16 de noviembre de 1972.

UNESCO (1982). Declaración de Grünwald sobre la educación relativa a los medios de comunicación de 22 de enero de 1982. Recuperado el 05.09.2017 de http://www.unesco.org/education/pdf/MEDIA_S.PDF.

UNESCO (1995). Edwin R. Harvey. *Derechos Culturales*. Mayo de 1995. Acceso en <http://www.ufrgs.br/difusaocultural/adminseminario/documentos/arquivo/DerechosCulturales-harvey.pdf> el 11.09.2017.

UNESCO (1996). Delors, J. (1996.): “Los cuatro pilares de la educación” en La educación encierra un tesoro. Informe a la UNESCO de la Comisión internacional sobre la educación para el siglo XXI, Madrid, Santillana/UNESCO, pp. 91-103.

UNESCO (2003). *The Prague Declaration "Towards an information literate society"*. En (acceso el 05.09.2017): <http://www.unesco.org/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CI/CI/pdf/PragueDeclaration.pdf>

UNESCO (2005). *Hacia las sociedades del conocimiento*. Informe Mundial de la UNESCO. Acceso en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001419/141908s.pdf> el 13.06.2017.

UNESCO (2007). *Estrategia a Plazo Medio para 2008-2013*. UNESCO. Documento 34 C/4 de la Resolución 34 C/1. Publicado en 2007. Acceso el 12.06.2017 en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001499/149999s.pdf>.

UNESCO (2008: Harvey). Derecho a participar en la vida cultural (artículo 15 (1) (a) del Pacto). Instrumentos normativos internacionales y políticas culturales nacionales. Documento informativo presentado por Edwin R. Harvey (E/C.12/40/16 de 9 mayo 2008). Acceso el 11.09.2017 en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/discussion/EdwinRHarvey.pdf>.

UNESCO (2008). *Open Access – Opportunities and challenges – A handbook*. (2008). The European Commission and the German Commission for UNESCO. Traducción del original alemán publicado por the German Commission for UNESCO. Recuperado de: http://unesco.de/fileadmin/medien/Dokumente/Kommunikation/Handbook_Open_Access_English.pdf el 13.06.2017.

UNESCO (2011). *A Global Perspective on Open Access*. Amsterdam, January 20, 2011. The Netherlands National Commission for UNESCO. Recuperado 13.06.2017 de http://www.unesco.org/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CI/CI/pdf/themes/access_to_knowledge_societies/open_access/en%20-%20UNESCO%20expert%20meeting%20Open%20Access%20conclusions.pdf.

UNESCO (2012). *Policy Guidelines for The Development and Promotion of Open Access*. Autor: Alma Swan. 2012.

UNESCO (2014). *Estrategia a Plazo Medio 2014-2021*. UNESCO. Documento 37 C/4 de la Resolución 37 C/1. Publicado en 2014. Acceso el 12.06.2017 en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0022/002278/227860s.pdf>.

5.3. Actos legislativos y otros documentos de la Unión Europea y sus predecesores

Directivas

Directiva 89/552/CEE de 3 de octubre de 1989 sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual llamada *Directiva de servicios de comunicación audiovisual*. DO L 298 de 17.10.1989 (derogada).

Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos.

Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998 por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas.

Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (llamada Directiva InfoSoc).

Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva acceso). DO L 108 de 24.04.2002. Modificada por Directiva 2009/140/CE, DO L 337, 18.12.2009.

Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización). DO L 108 de 24.04.2002. Modificada por Directiva 2009/140/CE, DO L 337, 18.12.2009.

Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco). DO L 108 de 24.4.2002. Modificada por Directiva 2009/140/CE, DO L 337, 18.12.2009.

Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y

los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal). DO L 108 de 24.04.2002. Modificada por Directiva 2009/136/CE, DO L 337 de 18.12.2009.

Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas). DO L 201 de 31.7.2002. Modificada por Directiva 2009/136/CE, DO L 337 de 18.12.2009.

Directiva 2003/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre de 2003, relativa a la reutilización de la información del sector público. DO L 345/90 de 31.12.2003. Modificación: Directiva 2013/37/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, DO L 175/1 de 27.6.2013.

Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual (Versión codificada)

Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador (Versión codificada). DO L 111 de 5.5.2009.

Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas. DO L 299/5 de 7.10.2012.

Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior. DO L 84 de 20.3.2014.

Directiva (UE) 2016/1148 de 6 de julio de 2016 relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la UE llamada NIS (Network and Information Security Directive). DO L 194/1 de 19.7.2016.

Directiva (UE) 2016/2102 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2016 sobre la accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles de los organismos del sector público. DO L 327/1 de 2.12.2016.

Reglamentos

Reglamento (CE) 1049/2001 de 30 de mayo de 2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. DO L 145 de 31.5.2001.

Reglamento (UE) 531/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión. DO L 172/10 de 30.06.2012.

Reglamento (UE) 1291/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2013 por el que se establece Horizonte 2020, Programa Marco de Investigación e Innovación (2014-2020) y por el que se deroga la Decisión núm. 1982/2006/CE. DO L 347/104 de 20.12.2013.

Reglamento (UE) 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se establecen disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión, al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y por el que se establecen disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y se deroga el Reglamento (CE) núm. 1083/2006 del Consejo. DO L 347/320 de 20.12.2013.

Reglamento (UE) 1304/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, relativo al Fondo Social Europeo y por el que se deroga el Reglamento (CE) no. 1081/2006 del Consejo. DO L 347/470 de 20.12.2013.

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). DO L 119/1 de 4.5.2016.

Resoluciones del Parlamento Europeo y del Consejo. Informes de Comisiones del PE

86/C 158/01, Declaración del Parlamento Europeo, el Consejo, los Representantes de los Estados Miembros contra el racismo y la xenofobia. DO C 158 de 25/06/1986 pp. 1-3.

A4-0045/97, Informe sobre el Libro Verde "Vivir y trabajar en la sociedad de la información: prioridad para las personas" de 11 de febrero de 1997. Comisión de Empleo y Asuntos Sociales. Ponente: Sr. Wim van Velzen. (COM(96)0389-C4-0522/96).

A4-0244/96, Resolución del Parlamento Europeo de 19 de septiembre de 1996 (basada en el Informe de 16 de julio de 1996) sobre "Europa y la sociedad global de la información - Recomendaciones al Consejo Europeo" y la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre "Europa en marcha hacia la sociedad de la información. Plan de acción" (COM(94)0347 - C4-0093/94).

A4-0045/97, Resolución del Parlamento Europeo de 11 de febrero de 1997 sobre el Libro Verde "Vivir y trabajar en la sociedad de la información: prioridad para las personas" (COM(96)0389 - C4-0522/96).

A4-0248/98, Resolución del Parlamento Europeo sobre el papel de las bibliotecas en la sociedad moderna de 23 de octubre 1998.

2002/C 32/01, Resolución del Consejo de 21 de enero de 2002 sobre Cultura y sociedad del conocimiento. DO C 32/1 de 5.2.2002.

2002/C 162/02, Resolución del Consejo de 25 de junio de 2002 sobre Conservar la memoria del mañana — Conservar los contenidos digitales para las generaciones futuras. DO C 162/4 de 6.7.2002.

2013/2063(INI), Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de diciembre de 2013 sobre la liberación del potencial de la computación en la nube en Europa.

2013/2114(INI), Resolución del Parlamento Europeo, de 27 de febrero de 2014 sobre los cánones por copia privada.

2014/2256(INI) (A8-0209/2015), Informe de 24 de junio de 2015 de la Comisión de Asuntos Jurídicos del PE sobre la aplicación de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento

Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información). Ponente de opinión: Julia Reda.

A8-0161/2015 (2014/2206(INI) / P8_TA(2015)0219), Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de junio de 2015, sobre una “Estrategia para mejorar la protección y la garantía de respeto de los derechos de propiedad intelectual en los terceros países”, Ponente: Alessia Maria Mosca.

A8-0169/2015 (2014/2151(INI) / P8_TA-PROV(2015)0220), Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de junio de 2015, sobre “Hacia un consenso renovado sobre el respeto de los derechos de propiedad intelectual: Un plan de acción de la UE”. Ponente: Pavel Svoboda.

A8-0209/2015 (2014/2256(INI) / P8_TA(2015)0273), Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de julio de 2015, sobre la aplicación de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. Ponente: Julia Reda.

Decisiones del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión

94/800/CE, Decisión del Consejo, de 22 de diciembre de 1994, relativa a la celebración en nombre de la Comunidad Europea, por lo que respecta a los temas de su competencia, de los acuerdos resultantes de las negociaciones multilaterales de la Ronda de Uruguay (1986-1994)

676/2002/CE, Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, -sobre un marco regulador de la política del espectro radioeléctrico en la Comunidad Europea (Decisión espectro radioeléctrico). DO L 108 de 24.04.2002.

2318/2003/CE, Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de diciembre de 2003, por la que se adopta un programa plurianual (2004-2006) para la integración efectiva de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en los sistemas de educación y formación en Europa (programa eLearning).

456/2005/CE, Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo 2005, por la que se establece un programa plurianual comunitario de incremento de las

posibilidades de acceso, utilización y explotación de los contenidos digitales en Europa (eContentplus).

1720/2006/CE, Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de noviembre de 2006, por la que se establece un programa de acción en el ámbito del aprendizaje permanente.

2006/1982/CE, Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2006 relativa al Séptimo Programa Marco de la Comunidad Europea para acciones de investigación, desarrollo tecnológico y demostración (2007 a 2013)

2006/969/CE, Decisión del Consejo de 18 de diciembre de 2006 relativa al séptimo programa marco de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom) de acciones de investigación y formación en materia nuclear (2007 a 2011).

2011/833/UE, Decisión de la Comisión de 12 de diciembre de 2011 relativa a la reutilización de los documentos de la Comisión, DO L 330/39 de 14.12.2011.

2017/864/UE, Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, relativa a un Año Europeo del Patrimonio Cultural (2018), DO L 131 de 20.5.2017.

Comunicaciones, Conclusiones, Dictámenes, Recomendaciones, Comunicados de prensa

COM(94) 347, Comunicación "Europa y la sociedad global de la información - Recomendaciones al Consejo Europeo" de la Comisión de las Comunidades Europeas de 16 de julio de 1996 (C4-0093/94).

COM(1996) 392 de 30 de agosto de 1996, Comunicación "La transparencia normativa en el mercado interior para los servicios de la Sociedad de la Información"

IP/97/681, Comunicado de prensa de 23 de julio de 1997 La Comisión adopta una comunicación sobre la dimensión social y del mercado de trabajo de la sociedad de la información: "Prioridad para las personas - las próximas etapas".

COM(1997) 626 final de 26 de noviembre de 1997 Commission Report to the European Council "Better Lawmaking 1997"

COM(2005) 229 de 1 de junio de 2005, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones titulada “i2010 - Una sociedad de la información europea para el crecimiento y el empleo”

COM(2005) 465 final de 30 de septiembre de 2005, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - i2010: bibliotecas digitales. DO C 49 de 28.2.2008.

2006/585/CE, Recomendación de la Comisión, de 24 de agosto de 2006, sobre la digitalización y la accesibilidad en línea del material cultural y la conservación digital. DO L 236/28 de 31.8.2006.

COM(2007) 056 de 14 de febrero de 2007, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la información científica en la era digital acceso, difusión y preservación.

7652/1/08, Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de 13 y 14 marzo de 2008, fechadas el 20 de mayo de 2008 en Bruselas.

C(2008) 1329, Recomendación de la Comisión de 10 de abril de 2008 sobre la gestión de la propiedad intelectual en las actividades de transferencia de conocimientos y Código de buenas prácticas para las universidades y otros organismos públicos de investigación. DO L 146/19 de 5.6.2008.

COM(2008) 466 de 16 de julio de 2008, Libro Verde de la Comisión sobre los derechos de autor en la economía del conocimiento.

COM(2009) 108 de 5 de marzo de 2009, titulada “Infraestructuras de TIC para la eficiencia”.

COM(2009) 532 de 19 de octubre de 2009, Comunicación de la Comisión “Los derechos de autor en la economía del conocimiento”

COM(2010) 183 final de 27 abril de 2010, “Libro Verde - Liberar el potencial de las industrias culturales y creativas”

COM(2010) 245 de 19 de mayo de 2010, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Agenda digital para Europa”

COM(2010) 546 final de 6 de octubre de 2010, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones titulada “Iniciativa emblemática de Europa 2020. Unión por la innovación”

COM(2010) 682 final de 23 de noviembre de 2010, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones titulada “Agenda de nuevas cualificaciones y empleos: una contribución europea hacia el pleno empleo”

COM(2010) 743 final de 15 de diciembre de 2010, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Plan de Acción Europeo sobre Administración Electrónica 2011-2015 Aprovechamiento de las TIC para promover una administración pública inteligente, sostenible e innovadora”

COM(2010) 2020 final de 3 de marzo de 2010, Comunicación de la Comisión “Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”.

COM(2011) 808 final de 30 de noviembre de 2011, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Horizonte 2020, Programa Marco de Investigación e Innovación.”

COM(2011) 882 de 12 de diciembre de 2012, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones titulada “Datos abiertos. Un motor para la innovación, el crecimiento y la gobernanza transparente”

2012/417/UE, Recomendación de la Comisión, de 17 de julio de 2012 relativa al acceso a la información científica y a su preservación. DO L 194/39 de 21.7.2012.

COM(2012) 392 final de 17 de julio de 2012, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones denominada “Una asociación del Espacio Europeo de Investigación reforzada en pos de la excelencia y el crecimiento”.

COM(2012) 401 final de 17 de julio de 2012, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones denominada “Hacia un mejor acceso a la información científica: impulsar los beneficios de las inversiones públicas en investigación”.

COM(2012) 529 final de 27 de septiembre de 2012, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones denominada “Liberar el potencial de la computación en nube en Europa”.

IP-12-1394, Press release (el comunicado de prensa) de 18 de diciembre de 2012 (solo en inglés, francés y alemán) “Commission urges industry to deliver innovative solutions for greater access to online content”.

2013/C 76/06, Dictamen del 16 de enero de 2013 del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Una asociación del Espacio Europeo de Investigación reforzada en pos de la excelencia y el crecimiento [COM(2012) 392 final]. DO C 76/36 de 14.3.2013.

2013/C 76/09, Dictamen del 16 de enero de 2013 del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Hacia un mejor acceso a la información científica: impulsar los beneficios de las inversiones públicas en investigación [COM(2012) 401 final]. DO C 76/48 de 14.3.2013.

2013/C 76/06, Dictamen del 16 de enero de 2013 del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Una asociación del Espacio Europeo de Investigación reforzada en pos de la excelencia y el crecimiento [COM(2012) 392 final]. DO C 76/36 de 14.3.2013.

JOIN(2013) 1 final de 7 de febrero de 2013, Comunicación Conjunta al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Estrategia de ciberseguridad de la Unión Europea: Un ciberespacio abierto, protegido y seguro”.

COM(2013) 627 final, Propuesta del día 11 de septiembre de 2013 de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen medidas en relación con el mercado único europeo de las comunicaciones electrónicas y para crear un continente conectado, y se modifican las Directivas 2002/20/CE, 2002/21/CE y 2002/22/CE y los Reglamentos (CE) nº 1211/2009 y (UE) nº 531/2012.

COM(2014) 72 final de 12 de febrero de 2014 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones denominada “La política y la gobernanza de Internet. El papel de Europa en la configuración de la gobernanza de Internet”.

COM(2014) 535 final de 25 de agosto de 2014, Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Informe sobre la aplicación y la pertinencia del Plan de trabajo en materia de cultura 2011-2014”.

2014/C 463/02, Conclusiones del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, sobre el Plan de trabajo en materia de cultura (2015-2018). DO C 463/4 de 23.12.2014.

COM(2015) 192 de 6 de mayo de 2015, Comunicación “Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa”.

COM(2016) 178 final de 19 de abril de 2016, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones denominada “Iniciativa Europea de Computación en la Nube: construir en Europa una economía competitiva de los datos y del conocimiento”.

COM(2016) 179 final de 19 de abril de 2016, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones denominada “Plan de Acción sobre Administración Electrónica de la UE 2016-2020 Acelerar la transformación digital de la administración”.

COM(2016) 289 de 25 mayo de 2016, la Propuesta se tradujo en el Reglamento (UE) 2018/302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2018, sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de

establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 2006/2004 y (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE

9526/16, Conclusiones del Consejo de la UE de 27 de mayo de 2016 “The transition towards an Open Science system”

IP-16-2321, 5 de julio de 2016. Comunicado de prensa de la Comisión Europea “La Comisión firma con la industria un acuerdo sobre ciberseguridad e intensifica sus esfuerzos para hacer frente a las ciberamenazas.”

COM(2016) 543 de 30 de agosto de 2016, Propuesta de Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el Año Europeo del Patrimonio Cultural. Implementada: Decisión 2017/864 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017.

COM(2016) 588 de 14 de septiembre de 2016, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “La 5G para Europa: un plan de acción”.

COM(2016) 589 de 14 de septiembre de 2016, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.º 1316/2013 y (UE) n.º 283/2014 en lo que atañe al fomento de la conectividad a Internet de las comunidades locales. Implementada: Reglamento (UE) 2017/1953.

COM(2016) 590 de 14 de septiembre de 2016, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council establishing the European Electronic Communications Code. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas (Refundición: 2.10.2016). A día de 18 de octubre 2018, el último documento de trabajo es del día 29 de junio de 2018, Outcome of proceedings, ST 10692 2018 INIT.

COM(2016) 591 de 14 de septiembre de 2016, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas. A día de 18 de octubre 2018, el último documento de trabajo es del día 29 de junio de 2018, Analysis of the final compromise text with a view to Agreement, ST 10249 2018 COR 1.

COM(2016) 592 de 14 de septiembre de 2016, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de

las Regiones Promover una economía europea fundada en los derechos de autor justa, eficiente y competitiva en el mercado único digital.

COM(2016) 593 de 14 de septiembre de 2016, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital. A día de 18 de octubre 2018, el último documento de trabajo es del día 26 de septiembre de 2018 Preparation for the trilogue - 4-column document, ST 12513 2018 INIT.

COM(2016) 594 de 14 de septiembre de 2016, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen las normas sobre el ejercicio de los derechos de autor y determinados derechos afines a los derechos de autor aplicables a determinadas transmisiones en línea de los organismos de radiodifusión y a las retransmisiones de programas de radio y televisión. A día de 18 de octubre 2018, el último documento de trabajo es del día 19 de diciembre de 2017, ST 15898 2017 INIT - 2016/0284 (COD).

COM(2016) 595 de 14 de septiembre de 2016, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el intercambio transfronterizo entre la Unión y terceros países de ejemplares en formato accesible de determinadas obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos afines en favor de personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso. Implementada: Reglamento (UE) 2017/1563.

COM(2016) 596 de 14 de septiembre de 2016, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados usos permitidos de obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos afines en favor de personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso y por la que se modifica la Directiva 2001/29/CE, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. Implementada: Directiva (UE) 2017/1564.

COM(2017) 8 final de 10 de enero de 2017 [2017/0002 (COD)], Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión y a la libre circulación de estos datos, y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 45/2001 y la Decisión n.º 1247/2002/CE. Implementada: Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016.

COM(2017) 9 final de 10 de enero de 2017, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «La construcción de una economía de los datos europea».

COM(2017) 7 final/2 de 15 de febrero de 2017, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo “Intercambio y protección de los datos personales en un mundo globalizado” [la versión española corregida, la primera: COM(2017) 7 final de 10 de enero de 2017].

Realising the European Open Science Cloud. First report and recommendations of the Commission High Level Expert Group on the European Open Science Cloud (2016). European Commission. Directorate-General for Research and Innovation. Recuperado el 18.05.2017 de <http://ec.europa.eu/research/openscience/index.cfm?pg=publications>.

H2020 Programme. Guidelines on FAIR Data Management in Horizon 2020. Versión 3.0 de 26 de juli de 2016. European Commission, Directorate-General for Research & Innovation. Recuperado el 18.05.2017 de http://ec.europa.eu/research/participants/data/ref/h2020/grants_manual/hi/oa_pilot/h2020-hi-oa-data-mgt_en.pdf.

H2020 Programme. Guidelines to the Rules on Open Access to Scientific Publications and Open Access to Research Data in Horizon 2020. Versión 3.2 de 21 de marzo 2017, European Commission, Directorate-General for Research & Innovation. Recuperado de http://ec.europa.eu/research/participants/data/ref/h2020/grants_manual/hi/oa_pilot/h2020-hi-oa-pilot-guide_en.pdf, el 18.05.2017.

HORIZON 2020 - Work Programme 2016 – 2017. 4. European Research Infrastructures (including e-Infrastructures). European Commission. European Commission Decision C(2016)4614 of 25 July 2016 y European Commission Decision C(2017)2468 of 24 April 2017. Recuperado el 18.05.2017 de https://ec.europa.eu/research/participants/data/ref/h2020/wp/2016_2017/main/h2020-wp1617-infrastructures_en.pdf.

European Research Council (ERC). Guidelines on Implementation of Open Access to Scientific Publications and Research Data in projects supported by the European Research Council under Horizon 2020. Version 1.1 de 21 de abril de 2017. European Union Funding for Research & Innovation. Recuperado el 18.05.2017 de

<https://erc.europa.eu/sites/default/files/document/file/ERC%20Open%20Access%20guidelines-Version%201.1.10.04.2017.pdf>.

Informes. Actos informativos y preparatorios. Estudios

Bangemann Report. Europe and the Global Information Society (1994), el Informe Bangemann, Bulletin of the European Union, Supplement 2/94. El Informe a pedido de la Comisión Europea de finales del año 1993 para su encuentro en Corfú los días 24 - 25 June 1994.

Aplicación en la Unión Europea de la Convención de la UNESCO de 2005 sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales. Parlamento Europeo, 2010, http://www.diversitystudy.eu/ms/spanish_study_version_10_10_2010.pdf, acceso el 10.09.2017.

Sectores intensivos en derechos de propiedad intelectual: contribución al rendimiento económico y al empleo en la Unión Europea, (Resumen). El Informe integral en inglés: Intellectual property rights intensive industries: contribution to economic performance and employment in the EU. Septiembre de 2013. Acceso el 17.05.2017 en: <https://oami.europa.eu/ohimportal/es/web/observatory/ip-contribution#1study>

Manual sensibilização e expressão culturais. Método aberto de coordenação (MAC) grupo de trabalho de peritos dos estados-membros da UE para o desenvolvimento da competência-chave «sensibilização e expressão culturais» (en inglés: Cultural awareness and expression handbook. Open method of coordination (OMC) working group of EU Member States' experts on 'cultural awareness and expression). Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2016. Acceso el 01.06.2017 en: <http://bookshop.europa.eu/en/cultural-awareness-and-expression-handbook-pbNC0116125/>.

Promoting reading in the digital environment. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016. Acceso el 01.06.2017 en: <http://bookshop.europa.eu/en/promoting-reading-in-the-digital-environment-pbNC0116151/>.

Vitorino Antoni6, *Recommendations resulting from the mediation on private copying and reprography levies*. Brussels, 31 January 2013. Recuperado el 28.06.2017 de http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/levy_reform/index_en.htm.

Report on the responses to the Public Consultation on the Review of the EU Copyright Rules. European Commission. Directorate General Internal Market and Services. July 2014, en: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/contributions/consultation-report_en.pdf. Consultado el 03.07.2017.

Sentencias y Dict6menes del Tribunal de Justicia de la Uni6n Europea

C-322/88, Grimaldi v Fonds des Maladies Professionnelles, Sentencia de 13.12.1989.

C-174/15, Vereniging Openbare Bibliotheken v Stichting Leenrecht, Sentencia de 10.11.2016.

Dictamen 3/15 de 14 de febrero de 2017, acerca de si la Uni6n Europea tiene competencia exclusiva para la celebraci6n del Tratado de Marrakech.

C-470/14, Entidad de gesti6n de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA), Derechos de Autor de Medios Audiovisuales (DAMA), Visual Entidad de gesti6n de Artistas Pl6sticos (VEGAP) v Administraci6n del Estado, Sentencia de 9 de junio de 2016.

C-467/08, Padawan, S.L. v Sociedad General de Autores y Editores de Espa1a (SGAE), Sentencia de 21 de octubre de 2010

5.4. Actos legislativos y Sentencias de Tribunales nacionales

Alemania

Grundgesetz f6r die Bundesrepublik Deutschland de 23.05.1949 (GG). 6ltima modificaci6n de 23.12.2014 (BGBl. I S. 2438). Ley Fundamental de la Rep6blica Federal de Alemania de 23 de mayo de 1949. La traducci6n al espa1ol de la edici6n del texto actualizado hasta octubre de 2010 por Ricardo Garc6a Macho y Karl-Peter Sommermann se publica en la p6gina oficial de Deutscher Bundestag (la c6mara baja del parlamento): <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>. Recuperada el 9 de octubre de 2015. A la interpretaci6n del art. 1.1 GG y el art. 2.1 GG se refiere una serie de sentencias del Tribunal Constitucional Federal alem6n, as6 se citan algunas

(tituladas siguiendo Schwabe: 2009; BVerfGE: die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts / Sentencias del Tribunal Constitucional Federal). Así, en relación con el art. 1.1 GG: BVerfGE 5, 85 [KPD-Verbot / Prohibición del Partido Comunista Alemán]; BVerfGE 7, 198 [Lüth]; BVerfGE 30, 1 [Escucha telefónica]; BVerfGE 39, 1 [Schwangerschaftsabbruch I]; BVerfGE 45, 187 [Cadena perpetua]; BVerfGE 109, 133 (Zakariás y Benke, 2012: 45); en relación con el art. 2.1 GG: BVerfGE 6, 32 [Wilhelm Elfes]; BVerfGE 34, 238 [Reproducción de una grabación secreta]; BVerfGE 65, 1 [Censo de Población]; BVerfGE 90, 145 [Cannabis]; BVerfGE 96, 56 [Investigación de la paternidad]; BVerfGE 99, 185 [Cienciología]; BVerfGE 101, 361 [Carolina de Mónaco]; BVerfGE 106, 28 [Grabación de conversaciones telefónicas]; BVerfGE 115, 118 [art. 14 (3) de Luftsicherheitsgesetz].

Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz - UrhG) / la ley sobre el derecho de autor y derechos afines de 9.09.1965 (BGBl. I S. 1273). Está a disposición, con fines informativos, la traducción de la Ley al inglés (incluida la última enmienda introducida por el art. 1 de la Ley del 20.12.2016, BGBl. I S. 3037) en la página https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_urhg/englisch_urhg.pdf (acceso el 23.06.2017).

Konvention über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989, am 26. Januar 1990 von der Bundesrepublik Deutschland unterzeichnet (Zustimmung von Bundestag und Bundesrat durch Gesetz vom 17. Februar 1992 - BGBl. II S.121), am 6. März 1992 Hinterlegung der Ratifikationsurkunde beim Generalsekretär der Vereinten Nationen, am 5. April 1992 für Deutschland in Kraft getreten (Bekanntmachung vom 10. Juli 1992 - BGBl. II S. 990).

Achtes Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes (8. UrhGÄndG / *Leistungsschutzrecht*) de 07.05.2013 (BGBl. I S. 1161). Entrada en vigor el 01.08.2013. (§ 87f-87h UrhG se refieren a la llamada tasa Google)

Gesetz zur Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes (UrhGuaÄndG) de 01.10.2013 (BGBl. I S. 3728) / Ley sobre el uso de obras huérfanas y agotadas y la nueva enmienda a la ley del derecho de autor. Entrada en vigor el 01.01.2014. (§ 38 UrhG trata del acceso a las publicaciones que resulten de investigaciones realizadas con fondos públicos).

Gesetz zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft (Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetz – UrhWissG) / Ley

para reajustar la ley del derecho de autor a los actuales requisitos de la sociedad del conocimiento. El proyecto: Signatura (Deutscher Bundestag / Drucksache) 18/12329 de 15.05.2017. Aprobada el 30.06.2017. Entrada en vigor el 01.03.2018. (§ 60a-60h UrhG). Está a disposición la versión inglesa del Proyecto de ley *Draft of an Act to Align Copyright Law with the Current Demands of the Knowledge-based Society*. Acceso el 16.06.2017 en: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_UrhWiss_G_draft.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

Landgericht Berlin, Beschluss von 09.05.2017, Az. 16 O 546/15. La cuestión prejudicial de interpretación dirigida al TJUE acerca de la tasa Google alemana (*Leistungsschutzrecht*, § 87f-87h UrhG).

Landgericht München I, Urteil vom 05.02.2016 - 37 O 23580/15 (UrhG § 19a, § 87f Abs. 1 S. 1). La Sentencia acerca (entre otros) del significado de la frase “kleinste Textausschnitte” (§ 87f Abs. 1 S. 1) / “los fragmentos de texto más pequeños” que se pueden publicar, incluso con fines comerciales, sin el consentimiento del titular de derechos de autor a un artículo de prensa.

Argentina

Ley 26.899 del 13 de noviembre de 2013 sobre Repositorios digitales institucionales de acceso abierto.

Resolución 753 - E/2016 del 10.11.2016 del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva de Argentina que establece el Sistema Nacional de Repositorios Digitales (SNRD)

Brasil

Constitución Política de la República Federativa de Brasil del año 1988. El texto en español de la página de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (WIPO). Consulta en <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/br/br117es.pdf>. el 02.09.2016.

Colombia

Constitución Política de Colombia de 1991 promulgada el jueves 4 de julio de 1991

Dominicana

Constitución de la República Dominicana del 13 de junio del 2015

Ecuador

Constitución de la República del Ecuador de 2008

España

La Constitución Española de 1978. Sentencias y autos del Tribunal Constitucional concernientes al art. 10.1 CE: Auto 95/1982 de 17 de febrero; Auto 371/1982, de 24 de noviembre; Sentencia 53/1985, de 11 de abril; Auto 241/1985 de 17 de abril; Sentencia 64/1986 de 21 de mayo; Sentencia 98/1986 de 10 de julio; Sentencia 120/1990, de 27 de junio; Auto ATC 149/1999 de 14 de junio; Sentencia STC 214/1991 de 11 de noviembre.

Sentencia 36/1981 de 12 de noviembre 1981 del Tribunal Constitucional de España, BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 1981.

Sentencia 150/1990 de 4 de octubre 1990 del Tribunal Constitucional de España, BOE núm. 266 de 6 de noviembre de 1990, suplemento.

Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. BOE núm. 97, de 22 de abril de 1996. Referencia: BOE-A-1996-8930. Última modificación: 5 de noviembre de 2014 por la Ley N° 21/2014, de 4 de noviembre).

Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público. BOE núm. 276, de 17 de noviembre de 2007, Referencia: BOE-A-2007-19814.

Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos. BOE núm. 150, de 23 de junio de 2007. Referencia: BOE-A-2007-12352.

Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica. BOE núm. 25 de 29 de enero de 2010. Referencia: BOE-A-2010-1331.

Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, BOE núm. 131, de 2 de junio de 2011, BOE-A-2011-9617 (la última modificación del 10 de septiembre de 2015).

Real Decreto 99/2011, de 28 de enero, por el que se regulan las enseñanzas oficiales de doctorado. BOE núm. 35, de 10/02/2011. Texto consolidado del día 3 de junio de 2016.

Orden PRE/1743/2008, de 18 de junio, por la que se establece la relación de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada, las cantidades aplicables a cada uno de ellos y la distribución entre las diferentes modalidades de reproducción (declarado nulo por la Sentencia del 22.03.2011 de Audiencia Nacional respectiva al recurso número 0000704/2008).

Auto del Tribunal Supremo de 10.09.2014, Recurso Núm.: 34/2013 (canon por copia privada).

Sentencia 84/2015 del Tribunal Supremo de 06.03.2015 (canon digital).

Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre (Ref. BOE-A-2011-20638) [supresión del art. 25 TRPLI].

Grecia

La Constitución de Grecia de 11 de junio de 1975. Consultada la versión en inglés <http://www.hellenicparliament.gr/UserFiles/f3c70a23-7696-49db-9148-f24dce6a27c8/001-156%20aggluko.pdf>, la página del Parlamento griego. Fragmentos en castellano extraídos de la traducción de http://www.teinteresa.es/mundo/constitucion_de_grecia-reforma_0_1040297081.html. Acceso a ambos recursos el 29 de agosto de 2016.

Italia

Constitución de la República Italiana de 22 de diciembre de 1947. La Costituzione della Repubblica Italiana del 22 diciembre 1947. El texto en castellano, acceso el 29.08.2016 en <http://www.cittametropolitana.mi.it/export/sites/default/international/es/segnalazioni/Spagnolo.pdf>.

México

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada el 5 de febrero de 1917. Última reforma publicada 07.07.2014.

Perú

Ley 30035 del 5.6.2013 de la República del Perú que regula el Repositorio Nacional Digital de Ciencia, Tecnología e Innovación de Acceso Abierto

Reglamento de la Ley 30035 (Perú) que Regula el Repositorio Nacional Digital de Ciencia, Tecnología e Innovación de Acceso Abierto [Decreto Supremo N° 006-2015-PCM, publicación: El Peruano, sábado, 24 de enero de 2015]

Directiva N° 004-2016-CONCYTEC-DEGC del Consejo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación Tecnológica que regula el Repositorio Nacional Digital de Ciencia, Tecnología e Innovación de Acceso Abierto [Resolución de Presidencia N° 087-2016-CONCYTEC-P, publicación: El Peruano, miércoles 8 de junio de 2016]

Portugal

Constitución la República Portuguesa de 2 de abril de 1976

El Salvador

Constitución de la Republica de El Salvador de 1983

Suiza

Constitución Federal de la Confederación Suiza del 18 de abril de 1999