

El ejercicio de los derechos culturales en el marco de los monopolios del derecho de autor

Tensiones, normativas y vigencia de estos derechos en la era digital

Beatriz Busaniche¹

Fundación Vía Libre

<http://www.vialibre.org.ar>

*El presente trabajo pretende dar cuenta de las tensiones existentes entre los **derechos de autor** y los **derechos culturales** y el **derecho a la educación** en entornos mediados por **nuevas tecnologías de información y comunicación**. Especialmente, intenta analizar el marco normativo de estos derechos, su ejercicio y vigencia, así como proponer estrategias para ejercicio de los derechos culturales tal como fueron definidos en el artículo 15 del **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** que tiene rango constitucional en Argentina. La trascendencia económica que tienen hoy las industrias del entretenimiento vinculadas al derecho de autor hace que diferentes agentes económicos se precipiten en la reivindicación de estos derechos sin evaluar las consecuencias sobre el ejercicio de los otros derechos culturales y el derecho a la educación, por lo que este trabajo aborda también ideas posibles para que los organismos de Derechos Humanos tomen en cuenta esta tensión y ejerzan un contrapeso frente al avance de aquellos que quieren fortalecer los derechos de autor sin considerar los efectos de estas medidas sobre los Derechos Humanos.*

Introducción

“Las nuevas tecnologías de información y comunicación han abierto un espectro enorme de posibilidades para la cultura, la creación, la educación y la cohesión comunitaria”². Estas tecnologías digitales, cuya función esencial es manipular y reproducir información en diferentes formatos, están cada día al alcance de más personas y se vuelven más dúctiles, sencillas de usar y su

1 Este trabajo se distribuye bajo una licencia Creative Commons, Atribución, Compartir Obras Derivadas Igual de Argentina. Para más información visite http://creativecommons.org/licenses/by-sa/3.0/deed.es_AR

2 Alonso, Rodrigo (2009) “Tu computadora es un campo de batalla. Tensiones tecnológico-político-culturales en la era de las TIC”, en ¿Desea guardar los cambios?, Centro Cultura España Córdoba. Pag. 44

costo tiende a la baja permanentemente en un mercado de alta competitividad³. Sin embargo, estas potencialidades se enfrentan al dilema de la legalidad, en un marco de tensión que llega actualmente a un punto crítico, a partir de la diseminación de herramientas que permiten a la ciudadanía el ejercicio de una serie de prácticas antes vedadas por los entornos tecnológicos, pero hoy habilitadas y facilitadas por la digitalización, tales como la conservación de archivos, la multiplicación de obras a un costo ínfimo, la redistribución a través de redes de pares y sitios de internet, la posibilidad de crear nuevos tipos de obras (remix o mashup) o construir obras colectivas de manera distribuida. Esas prácticas propias del siglo XXI en las que se desdibujan las formás clásicas de las industrias culturales del siglo XX (producción, distribución y consumo) son el eje de este trabajo que tiene como punto de partida la tensión vigente entre los diferentes derechos culturales establecidos en el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales. Ambos instrumentos, con rango constitucional en Argentina, abordan los derechos culturales desde una perspectiva de equilibrio entre los derechos de los autores e inventores al reconocimiento de *“los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”* así como el derecho de toda persona 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”*⁴. La tensión está presente en las dos declaraciones, pero se cristaliza en las legislaciones nacionales que dan cuenta de las mismas. Mientras que los derechos de autores y derechohabientes están claramente establecidos a través de normativas vigentes en materia de *“propiedad intelectual”*⁵, no existe una normativa orgánica a nivel nacional que regule y garantice el derecho a la cultura, lo que genera una asimetría entre la protección de la propiedad intelectual y la garantía de acceso y libre participación en la cultura para la ciudadanía⁶.

El derecho de autor como derecho humano

Los instrumentos internacionales fundamentales de Derechos Humanos reconocen que los productos intelectuales tienen un valor intrínseco como expresión de la creatividad y la dignidad humanas. Es claro que varios de estos instrumentos reconocen derechos a los autores e inventores. En particular, en el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, queda expresado de manera elocuente que *“toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le corresponda en razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de la*

- 3 Se puede responder a esta afirmación que no todas las personas tienen acceso a estas tecnologías, en particular en los países en desarrollo y en los países menos desarrollados. Cuando vale reconocer que esto es cierto y que existe una brecha enorme entre aquellos que tienen acceso a estas tecnologías y aquellos que no, lo innegable es que las mismas han bajado sus precios de manera regular, se han vuelto más accesibles y se han popularizado en diferentes formatos, desde computadoras de escritorio y portátiles, hasta teléfonos celulares, netbooks y otros dispositivos de bajo costo tales como las computadoras que algunos gobiernos distribuyen entre estudiantes de diferente nivel (en Argentina, existe el programa Conectar Igualdad a nivel nacional, así como diversos programas provinciales como el plan de la Provincia de La Rioja basado en OLPC (One Laptop per Child), el plan de la ciudad de Buenos Aires, aún en desarrollo o los programas de conectividad wifi gratuito como los de la Provincia de San Luis, la ciudad de Rosario y un proyecto del gobierno nacional. En Uruguay existe un programa de acceso a la información conocido como Plan Ceibal. Desde las empresas del sector, la perspectiva es que cada vez habrá más dispositivos conectados a internet entre los argentinos. Véase *“Argentina tendrá 400 millones de dispositivos en internet en 2020”* en http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1307255 (visitado el 23 de septiembre de 2010).
- 4 Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículo 27. Disponible en <http://www.un.org/es/documents/udhr/index.shtml#a27> (visitado el 20 de septiembre de 2010)
- 5 En este trabajo usaremos la expresión *“propiedad intelectual”* en estricta relación con los derechos de autor, toda vez que la Ley 11.723, que regula el derecho de autor en Argentina, lleva el título de Ley de Propiedad Intelectual.
- 6 Correa, Carlos (2009) *“Acceso a la cultura y derecho de propiedad intelectual: la búsqueda de un nuevo equilibrio”* en *“Desea Guardar los Cambios?”*, Centro Cultural España Córdoba, p 140.

que sea autora”. Con este artículo como antecedente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC) contiene disposiciones similares en el inciso c) del artículo 15 al decir que toda persona tiene derecho a “*beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le corresponden por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora*”⁷.

La inclusión de estas cláusulas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y el PIDESC no fue pacífica ni obvia. Tal como indica Audrey Chapman, “según la reseña de Johannes Morsink de la historia de la redacción del Artículo 27 de la Declaración Universal, no hubo mucho desacuerdo con respecto a la noción del derecho de toda persona a disfrutar de los beneficios del progreso científico y a participar en la vida cultural. En cambio, el debate sobre las cuestiones de propiedad intelectual suscitó mucha más polémica. Lo mismo ocurrió cuando el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas se ocupó de la redacción de un pacto sobre los Derechos Humanos basado en la Declaración Universal de Derechos Humanos.”⁸ De hecho, en el marco de este debate, y considerando que los derechos de los autores ya estaban contemplados en el Convenio de Berna y en la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre⁹, uno de los argumentos a favor de excluirlos del artículo 27 fue que los derechos de propiedad intelectual estaban adecuadamente regidos por la disposición ya existente en materia de derechos de propiedad o no eran propiamente hablando un “derecho humano básico”¹⁰. La inclusión de los derechos de los autores en el PIDESC surge de la propuesta de la delegación francesa, que propuso dos aspectos vinculados al derecho de autor: el derecho moral de un autor a restringir las alteraciones y usos indebidos de su obra así como el derecho a una remuneración por su trabajo. Frente a las propuestas de la Delegación Francesa, que entonces contó con apoyo de buena parte de las delegaciones latinoamericanas, en la reunión de mayo de 1952 la delegación de los EEUU representada entonces por Eleanor Roosevelt, con el apoyo del Reino Unido y Yugoslavia, argumentó que la cuestión era demasiado compleja para ser tratada en el Pacto. Los delegados de UNESCO insistieron con la inclusión de la disposición relativa a los derechos de los autores, a la vez que la delegación de Australia sostuvo que era inadmisibles prever la protección del autor sin tomar igualmente en consideración los derechos de la comunidad. En esa instancia, la cláusula fue rechazada. En el proyecto de Pacto que llegó a las deliberaciones de 1957, la cláusula c) del artículo 15 no estaba y todo el bloque del Este encabezado por la URSS se negaba con firmeza a la inclusión de atribuciones referidas a Propiedad Intelectual al decir que el derecho de los pueblos a beneficiarse de la ciencia no debía mezclarse con los derechos de propiedad¹¹. Las deliberaciones iniciales de las sesiones de ese año estaban fuertemente inclinadas en el apoyo al derecho a participar de la vida cultural y a disfrutar de los beneficios de los avances científicos más no la de derechos de autor, por lo cual, la delegación francesa volvió a insistir con su propuesta, acompañada una vez más por la UNESCO y varios países latinoamericanos, entre ellos, con voz destacada Uruguay y Costa Rica que sostuvieron su posición en el argumento de que los derechos de autor y los derechos de la

7 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 15, inciso c) disponible en <http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/pidesc.htm> (visitado el 23 de septiembre de 2010).

8 Chapman, Audrey (2001) “La propiedad intelectual como derecho humano: obligaciones dimanantes de apartado c) del párrafo I del Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” en Boletín de derecho de autor, UNESCO. Vol. XXXV, no 3, 2001. Doctrina. Pag. 11.

9 Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre. Aprobada en 1948. Véase art. 13 en <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos1.htm> (visitado el 23 de septiembre de 2010).

10 Morsink, pág. 221, citado en Green, María “El proceso de elaboración del apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” E/C.12/2000/15 - 9 de octubre de 2000 . pag. 5

11 La presión del bloque soviético ya había influido para que el Artículo 17 de la Declaración Universal que reconocía el derecho a formas tangibles de propiedad no sea incluido en el PIDESC. Véase Chapman, A. (2001) pag. 13

ciudadanía no eran opuestos.

Vale sintetizar entonces que los estudios históricos elaborados sobre la inclusión de la propiedad intelectual en los PIDESC indican que el inciso c) fue excluido expresamente del documento en las múltiples sesiones de redacción celebradas por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. “Sólo llegó a incorporarse al Pacto en el curso de un debate extremadamente rutinario de la Tercera Comisión de la Asamblea General en 1957, tres años después de que la Comisión hubiera terminado su labor y cinco años después de haberse debatido por última vez la disposición sobre los derechos culturales”¹².

Chapman elabora cuatro posibles conclusiones en relación a la inclusión de los derechos de los autores en las declaraciones de Derechos Humanos¹³:

a) La debilidad de las pretensiones de considerar los derechos de autor como Derechos Humanos, en particular considerando dos aspectos tales como las duras polémicas desatadas y el hecho de que su inclusión se justificó estrictamente en que los derechos de autor serían accesorios para la realización de otros derechos que se consideran apoyados en una base moral más fuerte.

b) Los redactores del PIDESC consideran las tres disposiciones del artículo 15 como intrínsecamente relacionadas entre sí. Todas las declaraciones consideran estas postulaciones como componentes de un sólo artículo, por lo que los derechos de autores y creadores no son promovidos en sí mismos sino como condiciones previas esenciales de la libertad cultural y la participación y acceso a los beneficios de los avances culturales y científicos.

c) Las consideraciones de Derechos Humanos imponen condiciones a la forma de implementar el derecho de autor, ya que para dar cumplimiento al artículo 15, la legislación debe garantizar que las protecciones de los autores complementan, respetan plenamente y fomentan los otros elementos del artículo 15. Los derechos de autores y creadores deben facilitar en vez de limitar la participación cultural.

d) El debate sobre los derechos de autor en el marco del PIDESC no incluyó el alcance y los límites de los derechos de autor, sino simplemente si se debían incluir o no en el Pacto.

Concluye Chapman que los derechos del autor están condicionados a su contribución al bien común y al bienestar de la sociedad, y agrega que, en relación al artículo 15, los Estados partes tienen que garantizar que toda persona pueda 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, pero que esto dista mucho de otorgar a los creadores, autores e inventores, derechos monopolísticos de propiedad plenos y sin restricciones.

En el mismo sentido se pronunció el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su 35ta. Reunión, en la observación 17, al decir que “el período de protección de los intereses materiales en virtud del apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 no debe por fuerza abarcar toda la vida de un creador. El propósito de que los autores gocen de un nivel de vida adecuado puede lograrse también mediante pagos únicos o la concesión al autor durante un período determinado del derecho exclusivo a explotar su producción científica, literaria o artística.”¹⁴

12 Green, María "El proceso de elaboración del apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" E/C.12/2000/15 - 9 de octubre de 2000 . Disponible en línea en [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/9c6adf9909fa53f5c1256999005c7395/\\$FILE/G0044902.doc](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/9c6adf9909fa53f5c1256999005c7395/$FILE/G0044902.doc) (visitado el 23 de septiembre de 2010)

13 Chapman, A (2001) pag. 14

14 En Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 35o período de sesiones Ginebra, 7 a 25 de noviembre de 2005 OBSERVACIÓN GENERAL No 17 (2005) Adoptada el 21 de noviembre de 2005* Disponible en línea en http://portal.unesco.org/culture/es/files/30545/11432108781Comment_sp.pdf/Comment_sp.pdf

Perspectivas contradictorias: derechos de autor desde la agenda de OMPI y OMC o desde los Derechos Humanos

Es evidente que el derecho de autor entendido desde una perspectiva de Derechos Humanos es diferente del enfoque que se asigna al tema desde los intereses económicos en la materia, en particular, desde la perspectiva abordada por organizaciones internacionales como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y la Organización Mundial del Comercio.

Tanto los tratados de la OMPI en relación a derechos de autor, desde la Convención de Berna, hasta las actualizaciones realizadas en 1996 en el marco de los denominados Tratados de Internet (WCT y WPPT), abordan el derecho de autor y los derechos conexos¹⁵ desde una mirada exclusivamente centrada en los intereses de los autores o derechohabientes, a diferencia de las perspectivas orientadas al bien común que presentan las declaraciones de Derechos Humanos. Pero el cambio más radical tuvo lugar a mediados de la década del 90 con la entrada en vigencia de los Acuerdos sobre Aspectos de Propiedad Intelectual aplicados al Comercio en el marco de la naciente Organización Mundial del Comercio¹⁶.

En las últimas décadas del siglo XX y las primeras del XXI hemos sido testigos de una expansión sin precedentes de los monopolios intelectuales en general, tanto en alcance como en extensión. A modo de referencia vale mencionar que en el área de patentes, desde la década de los 80, estas tendencias tomaron forma con la posibilidad de patentar organismos vivos¹⁷, algoritmos matemáticos y programas de cómputo¹⁸, así como con la posibilidad de patentar los productos de la investigación científica financiada con fondos públicos en los EEUU¹⁹, en lo que constituyen expansiones en el campo de las patentes con marcada influencia en el resto de las legislaciones del mundo. En el campo del derecho de autor se extendió la regulación al campo de los programas de cómputo²⁰, se extendieron los plazos de monopolio sobre las obras²¹, se trasladó el tema al fuero

15 Nos referimos aquí al Convenio de Berna, el Convenio de Bruselas, el Convenio de Ginebra, la Convención de Roma, y los tratados de la OMPI sobre Derechos de autor y derechos de Interpretación o ejecución y fonogramas. Para más información véase <http://www.wipo.int/copyright/es/treaties.htm> (visitado el 23 de septiembre de 2010)

16 Acuerdos sobre Aspectos de Propiedad Intelectual aplicados al Comercio en el marco de la OMC. Véase http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/legal_s.htm#TRIPs (visitado el 23 de septiembre de 2010)

17 El primer antecedente es Diamond vs. Chakrabarty (1980) Disponible en <http://supreme.justia.com/us/447/303/case.html>

18 El primer antecedente es Diamond Vs. Diehr (1981) en <http://supreme.justia.com/us/450/175/> Véase también la historia de las patentes de software en <http://www.bitlaw.com/software-patent/history.html>

19 El antecedente en la materia es la Ley Bayh Dole, adoptada en 1980. Véase http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode35/usc_sec_35_00000200----000-.html

20 La aplicación del Copyright a los programas de ordenador tiene como antecedentes el trabajo de la Comisión CONTU en los EEUU, que sesionó entre los años 1974 y 1978, y recomendó la inclusión de los programas de ordenador en el marco del Copyright. Véase Informe de la Comisión CONTU en <http://digital-law-online.info/CONTU/contu32.html>

EEUU modificó su ley de copyright en 1980 e incluyó los programas de ordenador en versión fuente y objeto. Además, la cobertura de copyright para los programas de cómputo se encuentra establecida en el Art. 10 del Acuerdo ADPIC, véase http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_04_s.htm

En 1998, en cumplimiento de los compromisos asumidos tras la firma de ADPIC, Argentina modificó la ley 11723 e incorporó los programas de ordenador en fuente y objeto a la lista de obras contempladas en el art. 1 de la normativa. Véase Millé, Antonio "Los programas de computación en el régimen argentino de Derecho de Autor". Disponible en <http://www.mille.com.ar/mille-imagenes/programas-de-computacion.pdf>

Véase también Fernández Delpech, Horacio. "Protección Jurídica del Software" Editorial Abeledo Perrot. (2000)

21 El caso más famoso es la denominada Ley Sonny Bono, aprobada en 1998 en los EEUU. Sin embargo, se han realizado sistemáticas extensiones en todo el mundo, incluyendo Argentina, donde el actual plazo de vencimiento de los derechos autorales es de 70 años post-mortem. Además, en diciembre de 2009 se extendieron en Argentina los derechos de intérpretes y productores de fonogramas de 50 a 70 años después de su publicación.

penal, se criminalizaron prácticas de investigación informática, ingeniería inversa y la distribución de programas que permiten quebrar sistemas de restricción de copia²².

Las repercusiones inmediatas de las restricciones a la ingeniería inversa y la prohibición de eludir medidas de restricción de acceso y copia²³ significaron la virtual restricción del ejercicio de derechos de uso justo²⁴ o de limitaciones y excepciones al derecho de autor²⁵, con la consecuente ilegalización de tareas tales como el cambio de formatos, la realización de copias de uso privado, la distribución de versiones accesibles para personas con discapacidades visuales²⁶ u otras dificultades de lectura, la imposibilidad de conservar copias de obras para respaldo, conservación e intercambio interbibliotecario²⁷, entre otras. Medidas como el canon digital²⁸, el préstamo de pago en bibliotecas públicas²⁹, los acuerdos de licencias por derechos reprográficos³⁰ se promueven o adoptan teniendo en cuenta estrictamente los intereses comerciales de los titulares de derechos y rara vez se sopesan con el ejercicio de los derechos culturales de la ciudadanía.

Durante muchos años, los organismos de Derechos Humanos dejaron vacante este debate desde esa perspectiva. Excepcionalmente se presta atención a los aspectos vinculados a los derechos de autor desde una perspectiva de Derechos Humanos³¹. De hecho, existe muy poca documentación para

22 Este tipo de regulaciones, denominadas en inglés como “anti-circumvention measures” se establecieron en 1996 en los tratados de derechos de autor y de intérpretes y productores de fonogramas de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. La regulación emblemática en aplicar este tipo de medidas es la Digital Millennium Copyright Act de los EEUU aprobada en 1998 <http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>

23 Las Tecnologías de Gestión Digital de Derechos o Gestión Digital de Restricciones (también conocidas como DRM o TPMs) son sistemas implementados en software o hardware que permiten al proveedor de programas de cómputo o cualquier otra obra bajo copyright gestionar los usos que se realizan de las obras distribuidas al público. Véase Busaniche et. Al (2007) “Monopolios Artificiales sobre Bienes Intangibles” Fundación Via Libre Editores, pag. 83. Disponible en <http://www.vialibre.org.ar/wp-content/uploads/2007/03/mabi.pdf> (visitado el 23 de septiembre de 2010)

24 El Fair Use existe en las normativas vinculadas a la tradición del Copyright. En Argentina, la ley 11723 no contempla el uso justo.

25 Las Limitaciones y Excepciones al derecho de autor están contempladas en la Convención de Berna y se implementan de manera diferencial en las distintas legislaciones.

26 En 2007, Argentina modificó la Ley 11.723 e incluyó una excepción al derecho de autor para permitir la copia de obras en formato de audiolibro y braille para las personas con discapacidades visuales o con impedimentos para la lectura. En el marco de la OMPI, en 2009, Brasil, Ecuador y Paraguay presentaron en forma conjunta un proyecto de Tratado sobre Limitaciones y Excepciones al derecho de autor para personas con discapacidad visual. Véase http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_18/sccr_18_5.pdf (visitado el 23 de septiembre de 2010).

27 La Federación Internacional de Bibliotecas (IFLA) reclama desde hace años la modificación de las leyes de derecho de autor para contemplar el trabajo de las bibliotecas. Véase por ejemplo <http://www.ifla.org/files/hq/papers/ifla76/121-molina-es.pdf>

La Asociación de Bibliotecarios Graduados de la República Argentina (AGBRA) trabaja en un proyecto de Ley de Modificación de la Ley 11.723 para incluir excepciones para bibliotecas. Véase Pelaya, L, Sanllorenti, A. en Busaniche et al (2010) “Argentina Copyleft. La crisis del modelo de derecho de autor y las prácticas para democratizar la cultura” pag. 51, disponible en <http://vialibre.org.ar/arcopy.pdf> (visitado el 23 de septiembre de 2010).

28 El canon digital es un gravamen que se aplica por el ejercicio del derecho de copia privada, sobre todos los dispositivos que permiten la reproducción de obras bajo copyright. El gravamen generalmente es percibido por las Gestoras Colectivas de Derechos de Autor. En España existen numerosas campañas contra este gravamen. Véase http://www.todoscontraelcanon.com/index2.php?body=press_document

29 Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31992L0100:ES:HTML> (visitada el 23 de septiembre de 2010)

30 Para más información, véase Heidel, E ¿ Cuánto cuesta tu educación gratuita?” en Busaniche, et al. (2010) pág. 99.

31 Las excepciones a esto provienen generalmente de las comunidades de pueblos originarios, que realizan fuertes cuestionamientos a los modelos de apropiación privada del conocimiento tradicional de sus comunidades. También

conceptualizar el alcance del artículo 15 en toda su extensión, ya que es excepcional el trato que se da a los derechos de autor desde una perspectiva de Derechos Humanos. Haber dejado el tema casi estrictamente en la agenda de comercio y en mano de negociadores vinculados a la titularidad de derechos patrimoniales sobre la cultura provocó un desequilibrio entre los derechos de autor y el bien común y los Derechos Humanos. “Estas tendencias expansivas en los DPI crean una fuerte tensión con un derecho fundamental, el de acceso a la cultura. Este derecho es crucial para el desarrollo individual y colectivo” (Correa, 2009:134). Vale mencionar que esta perspectiva de los derechos de autor establecida en las agendas de comercio, además de entrar en tensión con el ejercicio de los derechos culturales, también lo hace con el derecho a la educación consagrado en el artículo 13 del PIDESC.

Desde una visión patrimonial de los derechos de autor, es difícil considerarlos efectivamente como Derechos Humanos, ya que estos son personalísimos, intransferibles, indivisibles y no se pueden comercializar. La concepción desde los Derechos Humanos contempla también la posibilidad de actores colectivos, comunidades en la construcción cultural, mientras que la percepción de los derechos de autor desde la agenda de comercio establece derechos individuales que a su vez pueden ser reivindicados por o transferidos a entidades jurídicas. Los derechos patrimoniales de autor³², tal como están establecidos en los Convenios de Berna, ADPIC y en la legislación argentina son susceptibles de ser enajenados, heredados, e incluso fragmentados a través de contratos de cesión de derechos parciales o totales hacia entidades jurídicas que no pueden en sí mismas reivindicar Derechos Humanos. Un caso que sirve de ejemplo es la regulación de derechos sobre obras de software, que en el caso de la ley Argentina se atribuye a la empresa contratante de los programadores encargados de escribir un programa de cómputo³³.

Queda claro, tras el mencionado Comentario General nro. 17 del Comité del PIDESC de 2005, que la protección de los intereses morales y económicos de los autores no supone supremacía de los derechos de autor por sobre otros intereses de la sociedad. Más bien todo lo contrario, en varias Constituciones, en particular la de los EEUU, es elocuente que el otorgamiento de monopolios limitados en el tiempo está subsumido al objetivo superior de promover las artes y las ciencias útiles. En ese marco legal, los derechos de autor son un instrumento, no un fin en sí mismos (Correa, 2009:141)³⁴. Además, la consideración de los derechos de autor como Derecho Humano es contraria al espíritu constitucional norteamericano, a punto tal que durante un largo período, ese país se negó a otorgar derechos a los autores extranjeros, bajo diversos argumentos, entre ellos, que para expandir la alfabetización es necesario contar con libros baratos pero de excelencia, que no existe propiedad inherente a las obras literarias, que conceder copyright a extranjeros les daría un monopolio a expensas del público lector, y que los editores locales y sus empleados necesitan la ventaja de facto acordada por la ausencia de protección³⁵.

Por otro lado, la Constitución Argentina, en su art. 17 reconoce que “todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley”

la Unión Mundial de Ciegos es un actor importante en el debate, diversas organizaciones de defensa del consumidor como Consumers International así como Asociaciones de bibliotecarios como IFLA. Sin embargo, más allá de casos puntuales, la perspectiva de los Derechos Humanos en el debate sobre los derechos de autor está prácticamente ausente.

32 Distinto es el caso de los derechos morales, que son inalienables e imprescriptibles. Emery, M. (2004) “Propiedad Intelectual” Cuarta Reimpresión. Editorial Astrea. Pag. 77-78.

33 Ley de Propiedad Intelectual 11.723, artículo 4, inciso d) http://www.mincyt.gov.ar/11723_act.htm

34 Para ampliar conceptos relativos a las teorías instrumentalistas o utilitarias de la propiedad intelectual véase Fisher, W, Theories of Intellectual Property (2001) Disponible en <http://www.law.harvard.edu/faculty/ffisher/iptheory.html>

35 Vaidhyathan, S (2001) “Copyrights and Copywrongs. The rise of intellectual property and how it threatens creativity” New York University Press, pag.51. Citado en Correa, C (2009) pag. 141.

supeditando estos particulares derechos de propiedad a la decisión del parlamento. Esto se debe a que la Constitución Argentina, ya en su versión de 1853 contenía cláusulas de acción positiva en la defensa de la “ilustración” y la promoción de actividades vinculadas al desarrollo cultural de la población”³⁶ en una línea similar a la cláusula del progreso de la Constitución de los EEUU aprobada en 1787. Aún así, la reforma de 1994 incorporó factores importantes, en particular el inciso 19 del artículo 75, mediante el cual “el constituyente impuso al Estado, a través de su órgano legislativo, la obligación de establecer una legislación protectoria de la identidad y la diversidad cultural, de la libertad de creación y circulación de obras de autor, del patrimonio artístico y los espacios culturales y dio rango constitucional al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, que consagran el derecho de acceso a la cultura como una atribución esencial de todos los miembros de la comunidad (art.71, inc. 22)” (Onaindia, 2009:162).

Vale mencionar además, que los principales impulsores del fortalecimiento de los monopolios de derecho de autor no son justamente los autores individuales en tanto personas físicas, sino los grandes conglomerados de las denominadas “industrias culturales”³⁷. En este sentido, las empresas no pueden reivindicar Derechos Humanos, pues estos son justamente derechos del hombre, o más bien de la persona humana. “Los Derechos Humanos son los derechos del hombre concreto, fuera del hombre”³⁸ no hay en este mundo ningún otro ser, ningún otro sujeto que tenga Derechos Humanos”³⁹.

En este sentido, el fenómeno de la internacionalización del derecho y la necesidad de establecer una protección supranacional de los Derechos Humanos tuvo fuertes influencias en el constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial, en particular, un efecto sobre la supremacía constitucional, que se tradujo en nuevas cláusulas que consagran este principio con el nuevo sistema internacional de protección normativa y judicial de los Derechos Humanos⁴⁰. El principio de supremacía de la Constitución está contemplado en su texto histórico, en el artículo 31, que indica que efectivamente la misma es la Ley Suprema de la Nación, o como decía Juan Bautista Alberdi, “la ley de leyes”. La reforma de 1994 produjo un cambio sustancial en el orden de jerarquía normativa, en particular, al incorporar la perspectiva de los órganos supranacionales vinculados a la protección de los Derechos Humanos, otorgando una nueva complejidad al orden de prelación de las normas en el derecho constitucional contemporáneo. La sanción de la reforma de 1994 produjo una transformación importante en el orden de jerarquía normativa. Al incorporar el inciso 22 al artículo 75 sobre las atribuciones del Congreso, quedó determinada la superioridad jerárquica de los tratados internacionales respecto de las leyes. El Constituyente no se limitó a esto, sino que introdujo una modificación todavía más trascendente en relación a los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos. En el primer párrafo del inciso 22 consagra el principio general de supremacía de los tratados y concordatos sobre la ley interna, más en el segundo párrafo dispone que dos declaraciones y ocho convenios internacionales sobre Derechos Humanos tienen jerarquía constitucional y gozan del mismo rango que las cláusulas escritas de la Constitución⁴¹, a lo cual

36 Onaindia, José Miguel (2009) “Cultura y Desarrollo: la urgencia de un nuevo pacto social”, en “¿Desea guardar los cambios?”, Centro Cultura España Córdoba, 2009. pag. 162.

37 El concepto de Industrias Culturales fue acuñado por la Escuela de Frankfurt, en particular por los teóricos Adorno y Horkheimer, y ha evolucionado en diferentes conceptos. En los EEUU, el concepto que más se utiliza actualmente es el de Industrias del Entretenimiento. (Gettino, 2008)

38 En la mención a los derechos del “hombre” aquí expresado, se entiende que los autores refieren a persona humana, sin distinción de género.

39 Herrendorf, D y Bidart Campos, G. (1991) Principios de Derechos Humanos y Garantías. Ediar. Pag. 62.

40 Onaindia, José Miguel. (1998) “Instituciones de Derecho Constitucional” Errepar. Pag. 4.

41 Constitución Nacional, Art. 75, inciso 22 sobre las atribuciones del Congreso: “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la

luego impone un mecanismo específico de denuncia de las normas enumeradas que el Poder Ejecutivo Nacional sólo podrá realizar con la aprobación previa de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara.

Vale destacar entonces que por orden de jerarquía normativa, los derechos culturales contemplados en el PIDESC, así como los derechos contemplados en el inciso 19⁴² del artículo 75 tienen superioridad normativa con relación a la Ley de Propiedad Intelectual 11.723.

La ilegalidad en el ejercicio de los derechos culturales

Establecido ya que los Derechos Culturales contemplados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el PIDESC tienen rango constitucional superior a las leyes nacionales, incluida entre ellas la Ley de Propiedad Intelectual, es menester mencionar que la mera existencia de una norma escrita no garantiza la vigencia plena de los Derechos Humanos. La existencia de la norma no da la pauta de la vigencia efectiva, ni necesariamente las conductas humanas coinciden con lo que las normas estipulan y esto puede aplicarse en el caso de la vigencia efectiva de los derechos culturales en nuestro país. Necesitamos para este ejercicio, además de la vigencia normológica, la vigencia sociológica, cristalizada en las prácticas, con la debida correspondencia en las conductas humanas⁴³. Lo que interesa es que los derechos culturales tengan vigencia sociológica, es decir, realidad en las prácticas, sin que aquellos que los ejercen sean pasibles de persecución penal.

La filosofía utilitarista de los derechos de propiedad intelectual en relación a la promoción del progreso de las artes y las ciencias que impregna la Constitución Argentina (en el mismo sentido que la Constitución de los EEUU) responde a la idea de que otorgar monopolios limitados en el tiempo a autores e inventores promueve la creación, difusión y enriquecimiento social del dominio público. Sin embargo, la proliferación de las nuevas tecnologías de información y comunicación pone en tela de juicio esta afirmación. Nuevas formas artísticas y culturales surgen a cada momento y se ha revolucionado la posibilidad de producir y distribuir cultura, con una potencialidad comunicativa nunca antes vista, sin que la condición de obtener monopolios sobre las producciones

Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre Derechos Humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.”

42 Constitución Nacional, Art. 75, inciso 19, sobre atribuciones del Congreso: “Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento.

Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen. Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales.

Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales.

43 Herrendorf, D y Bidart Campos, G. (1991) Pag. 76.

sea indispensable⁴⁴. “Las condiciones materiales en las que se produce, distribuye y accede a la cultura han sido transformadas en la segunda mitad del siglo XX y comienzos del XXI, especialmente en las últimas dos décadas. Uno de los cambios fundamentales ha sido sin dudas la expansión de medios electrónicos de codificación de información”⁴⁵.

Al mismo tiempo que Internet aparece como la promesa de acceso masivo a cultura, el quiebre de la noción de autor y un desplazamiento tecnológico de las formas de construir conocimiento y generar prácticas de acceso más amplio, la reivindicación del derecho de autor desde la perspectiva comercial aparece más viva que nunca. “Defender” al autor de los abusos producidos a partir de la masificación de las TICs se ha convertido en el discurso dominante de gobiernos, empresas vinculadas al derecho de autor, gestoras colectivas e incluso se cristaliza en legislaciones nacionales y tratados internacionales. En nombre de los derechos de los autores se renuevan las amenazas en forma permanente: persecución penal⁴⁶, desconexión a Internet⁴⁷, bloqueo de contenidos⁴⁸ y multas inauditas⁴⁹.

Lo que ocurre actualmente es que las normas establecidas en legislaciones nacionales y los tratados de libre comercio son claros en relación al cumplimiento de la letra de la ley. En paralelo, funcionarios de comercio de países como los EEUU⁵⁰ junto con lobbistas de las grandes multinacionales de la Industria del entretenimiento, presionan para reforzar las normativas de derechos de autor y su cumplimiento, en muchos casos acompañados por intérpretes, artistas y representantes de la cultura de los propios países⁵¹. Se trata así, en nombre del derecho de los autores, de restringir y limitar el uso de tecnologías digitales para acceder, producir y distribuir conocimiento⁵².

“El poder mayor de las Industrias Culturales a escala mundial radica en los conglomerados de transnacionales que concentran la mayor parte de la producción y la comercialización de bienes y servicios. Los países más industrializados apenas representan el 30% de la población mundial,

44 Dos ejemplos de desarrollo innovador que prescinde deliberadamente de los monopolios de copia son el desarrollo de Software Libre y el desarrollo de la enciclopedia libre Wikipedia.

45 López Cuenca, Alberto (2009) “¿A quién protege el derecho de autor? Sujeto y ontología de la cultura digital. En “¿Desea guardar los cambios?”, Centro Cultura España Córdoba, 2009. pag. 89.

46 Un ejemplo es el caso del Profesor Horacio Potel, a quien la Cámara Argentina del Libro inició acción penal por mantener un sitio de internet sobre Jacques Derrida. Véase Busaniche et. Al (2010) “Argentina Copyleft. La crisis del modelo de derecho de autor y las prácticas para democratizar la cultura” Ediciones Fundación Vía Libre.

47 Tal como consta en la Ley HADOPI impulsada por el Presidente Francés Nicolás Sarkozy. Véase <http://www.fayerwayer.com/2010/09/en-francia-comenzo-a-operar-la-ley-hadopi/>

48 Son innumerables los casos de bloqueo de contenidos en portales como YouTube.com u otros servicios web que responden al modelo denominado “User Generated Contents”. Sólo a título ilustrativo podemos dar como ejemplo la eliminación unilateral por parte de la Empresa Google, titular del portal de Blogs Blogger.com del sitio sobre Rock Nacional titulado “Los inconseguibles del Rock Argentino”, una colección de materiales no disponibles en el mercado comercial que tenía 7 millones de visitas. Véase <http://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/espectaculos/17-17489-2010-04-04.html> (visitado el 23 de septiembre de 2010).

49 Los casos de multas por descarga de canciones de redes de pares se destacan en los EEUU, donde los montos reclamados por la Industria Discográfica son de miles de dólares. Un ejemplo es el famoso caso de la ama de casa Jammie Thomas-Rasset, condenada a pagar casi 2 millones de dólares por el uso de programas de intercambio de archivos para bajar 24 canciones. La multa fue reducida luego a 54 mil dólares, pero la condena permaneció firme <http://www.elmundo.es/elmundo/2010/01/26/navegante/1264495290.html>

50 A través de su Departamento de Comercio y su Reporte 301 sobre violaciones a la Propiedad Intelectual.

51 Es paradigmático que figuras de alto prestigio de la cultura local como Tito Cossa (de Argentores), León Gieco, o Fito Páez se pronuncien en favor de medidas regresivas como el Canon Digital o la extensión del monopolio sobre Fonogramas aprobado en el congreso en 2009. Véase http://www.clarin.com/sociedad/Argentores-Rosada-Ley-Copia-Privada_0_281971867.html

52 López Cuenca, Alberto (2009), pag. 94.

cuentan con casi el 80% de la circulación de la prensa del mundo” indica Octavio Gettino⁵³. Esas industrias producen lo que Joost Smiers denomina culturas corporativas, con altos grados de concentración oligopólica que tampoco proporcionan un escenario propicio para el ejercicio de los derechos artísticos⁵⁴.

Justamente, estos conglomerados de la industria son los principales interesados en el control de las redes y las nuevas tecnologías. Nos guste o no, aquellas regulaciones que fueron diseñadas antaño para asegurar a autores y artistas una remuneración justa por su trabajo se han convertido en herramientas de control por parte de las grandes empresas (Smiers, 2006: 98).

Otro de los dilemas que aparecen a partir de las nuevas tecnologías es la propuesta de comercialización de obras a partir de la difusión de dispositivos digitales de lectura portátiles como los e-books. Las industrias editoriales trabajan desde un nuevo modelo en el cual lo que venden no es un libro, sino un mero permiso de lectura. Este sistema que se parece al sistema de licencias de software permite, así como en el caso de los programas informáticos, terminar con la doctrina de la primera venta -ya que nunca se produce una venta, sino simplemente una licencia de lectura- y controlar los usos que el lector hace de los materiales bajo copyright. Por supuesto, por tratados internacionales y por vigencia de Digital Milenium Copyright Act en los EEUU, desarrollar, distribuir o utilizar programas que permitan dismantelar los sistemas digitales de control es delito penal, aún cuando la elusión de las medidas técnicas tenga como único objetivo acceder, cambiar de plataforma, o prestar una obra adquirida legalmente. En nombre, una vez más, de la protección de los derechos de los autores, las empresas proveedoras de contenidos avanzan sobre el derecho a la lectura anónima, al uso justo y al préstamo de libros, tan común entre el público lector. No sólo eso, los mecanismos de control de copia y acceso permiten a las empresas proveedoras mantener el control último de las obras aunque las mismas ya se encuentren en manos de quien legítimamente la adquirió, tal como quedó de manifiesto con el borrado a distancia de todas las versiones de las obras de George Orwell que la empresa Amazon había vendido a través de su lector de libros electrónicos Kindle⁵⁵. En nombre del derecho de autor, otro derecho constitucional entra en riesgo: el derecho a la privacidad, consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional⁵⁶ y en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁵⁷.

La propiedad intelectual en Argentina desde la perspectiva del PIDESC

El primer inconveniente de la Ley Argentina de Propiedad Intelectual tiene que ver esencialmente con su nombre, que atribuye las características del dominio sobre la propiedad tangible a las obras

53 Gettino, O (2008), El Capital de la Cultura. Ediciones Ciccus, pag.48

54 Smiers, Joost (2006) “Un mundo sin Copyright. Artes y medios en la globalización” Gedisa Editores. Barcelona. Pag. 228.

55 “Amazon Erases Orwell Books from Kindle” en New York Times, 17 de Julio de 2009, disponible en <http://www.nytimes.com/2009/07/18/technology/companies/18amazon.html>

56 **Art. 19º.**- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe .

57 Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

del intelecto cubiertas por esa regulación. La norma, redactada en 1933, no da cuenta de la discusión en relación al concepto de propiedad intelectual que, con el correr de los años y la mayor profundidad tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, fue objeto de numerosos cuestionamientos, entre los que se pueden destacar que:

- la obra no es una cosa, por lo tanto el dominio que se ejerce sobre ella es diferente del que se ejerce sobre una propiedad tangible;
- el derecho de autor nace del acto creativo de una obra, y no de las formas clásicas de adquisición del dominio de un bien tangible;
- el plazo de ejercicio del derecho monopólico es limitado en el tiempo, no es ilimitado como en el sistema de propiedades materiales;
- el sistema de coautoría es diferente del sistema de condominio;
- el derecho moral, propio del derecho de autor, no tiene contraparte alguna en el derecho de dominio y propiedad;
- no existe transferencia plena del derecho de autor, pues la obra nunca deja de ser una obra de su autor, nunca abandona la esfera de la personalidad de éste, independientemente de las enajenaciones que puedan producirse⁵⁸.

Los primeros límites contemplados en la Ley tienen que ver con la duración, ya que el derecho no es eterno, sino que tiene una limitación temporal definida por el Poder Legislativo, tal como indica la Constitución Nacional. Sin embargo, la duración de 70 años tras la muerte del autor es ampliamente superior a los compromisos asumidos en tratados internacionales que fijan un mínimo de duración de la vida completa del autor más un período de 50 años post-mortem⁵⁹. Incluso, en relación a la duración de los derechos, el ya mencionado Comentario Nro. 17 del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales indica que el reconocimiento de derechos de autor en el marco de los Derechos Humanos no implica necesariamente otorgarles un monopolio de por vida sobre las obras.

La ley argentina tampoco contempla la doctrina del uso justo ni la posibilidad de hacer copias para uso privado, que sin embargo, debería ser un acto contemplado en el principio constitucional que ampara las acciones privadas de las personas.

La Convención de Berna prevé la posibilidad de establecer limitaciones y excepciones al derecho de autor bajo tres condiciones: que sean aplicables a un sector en particular, que no perjudiquen la normal explotación comercial de la obra y que no atenten contra los legítimos intereses de los autores⁶⁰.

En este sentido, la Ley de Propiedad Intelectual en Argentina contempla una excepción para personas con discapacidad visual introducida por el poder legislativo en 2007, pero aún no contempla excepciones para bibliotecas o excepciones educativas.

Las excepciones educativas están acotadas en el artículo 36 de la norma a la interpretación y representación de obras en actos escolares, organizados por establecimientos de enseñanza, vinculados al cumplimiento de los fines educativos, planes y programas de estudio, siempre que el

58 Lipszyc, Delia - "Derechos de Autor y derechos conexos" Ediciones UNESCO, CERLALC, Zavalía. Edición 2006.

59 Véase Convenio de Berna, artículo 7. http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/trtdocs_wo001.html

60 Véase Convenio de Berna, artículo 9 inciso 2: "Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

espectáculo no sea difundido fuera del lugar donde se realice y la concurrencia y la actuación de los intérpretes sea gratuita. Cualquier incumplimiento de estas condiciones hace que la representación se torne ilegal. Si algún padre o maestra participante del acto decide filmarlo y subirlo a sus redes de intercambio o sitios de contenidos generados por los usuarios, la publicación se convierte en un acto ilegal.

El hecho de que esta sea la única excepción educativa contemplada en la Ley 11.723 entra en clara tensión con el derecho a la educación que tiene rango constitucional. Tampoco se puede tomar notas en una conferencia y reproducirlas, ya que el artículo 27 de la ley indica que “los discursos políticos o literarios y en general las conferencias sobre temas intelectuales no podrán ser publicadas si el autor no lo hubiere expresamente autorizado”. La única excepción a esta cláusula es la información periodística, pero en un marco tecnológico en que las posibilidades comunicativas de la ciudadanía se amplían, la libertad de expresión no puede ni debe ser potestad exclusiva de la prensa profesional o de las empresas de medios de comunicación.

La posibilidad de fotocopiar materiales para usos educativos en clases, tal como habilita por ejemplo la ley de Copyright de los EEUU, está prohibida por la ley Argentina. Así también lo está el trabajo de copia para conservación de ejemplares agotados o inaccesibles en el mercado local y las copias para estudiantes, docentes o préstamo interbibliotecario no están contempladas como acciones socialmente útiles y legales para las bibliotecas. De hecho, según un informe de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Argentina es uno de los pocos países del mundo que no contemplan el trabajo de las bibliotecas para las excepciones al derecho de autor y las mantienen en la ilegalidad⁶¹.

El derecho de cita en la ley de Propiedad Intelectual también está restringido y limitado a mil palabras u ocho compases en el caso de la música y sólo para fines didácticos o científicos. Este marco tan limitado del derecho de cita pone en tensión el derecho a la libertad de expresión, en particular a casos tales como la parodia, el humor, o la cita para fines diferentes que los académicos.

El caso de la parodia y el humor es importante, porque la ley argentina la incluye dentro de las adaptaciones, por lo que requiere de la autorización del autor para no convertirse en una acción ilegal. También se considera así la publicación en internet de obras o la traducción no autorizada aún cuando no existan versiones en español, tal como ilustra el caso del Profesor Horacio Potel⁶².

A modo de conclusión: perspectivas en la defensa de los derechos culturales desde una visión de Derechos Humanos

El fortalecimiento y la ampliación de los derechos de autor se debe, esencialmente, a la existencia de grupos de interés organizados que trabajan de manera sistemática en esa meta, invierten recursos en esta tarea y consiguen consensos políticos y sociales para llevar las modificaciones adelante. Además, cuentan con estructuras de soporte corporativo, fuerte vinculación con los medios de

61 Los otros países en igual situación que Argentina son Burkina Faso, Burundi, Camerún, Costa de Marfil, Guinea, República Árabe de Libia, Namibia, República Democrática del Congo, Senegal, Seychelles, Swazilandia, Togo, Iraq, Kuwait, Yemen, Brasil, Costa Rica, Haití y San Marino. Chile estaba en ese grupo hasta el 2010, año en que incorporó excepciones al copyright en beneficio de las Bibliotecas. El estudio está disponible en http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/sccr_17/sccr_17_2.pdf

62 Horacio Potel fue finalmente sobreseído porque la fiscalía decidió retirar los cargos al no contar con posibilidad alguna de probar efectivamente el supuesto daño ocasionado por sus acciones. Véase <http://www.vialibre.org.ar/wp-content/uploads/2009/11/sobreseimiento.pdf> (visitado el 24 de septiembre de 2010)

comunicación de masas y el apoyo de algunos artistas populares que resultan beneficiados con estas políticas. La desactivación de un discurso único en relación a los derechos de los autores requiere la reconstrucción de estrategias de defensa de los derechos culturales, el derecho a la educación desde perspectivas de Derechos Humanos, es decir, requiere estrategias de comunicación que permitan contrarrestar la difundida idea de que “la fotocopia mata el libro”⁶³.

Contrarrestar estas acciones requiere, de parte de las organizaciones sociales y de Derechos Humanos, el mismo tipo de estrategias de organización y cabildeo, la coordinación de acciones y la construcción de vínculos que permitan a las organizaciones de Derechos Humanos incidir en la definición de políticas y la modificación de las leyes que dificultan el ejercicio de los derechos culturales. El camino de las Limitaciones y Excepciones al Derecho de Autor es una solución de mínima para un problema complejo, que merece un debate de fondo y modificaciones radicales tanto en materia de derecho internacional como en el plano nacional. Sin embargo, en el balance de lo posible, la estrategia de apelar a las Excepciones y Limitaciones es, por el momento, la que provocaría la menor cantidad de conflictos comerciales en el plano internacional, ya que las mismas están contempladas en los Convenios de Berna y en ADPIC y se pueden aplicar en normativa nacional sin temor al riesgo de sufrir represalias comerciales en el marco de OMC.

Que las normas de Derechos Humanos estén escritas no significa que se garantice su ejercicio y vigencia para todas las personas. El derecho está en la realidad de las conductas humanas. Tenemos las herramientas digitales a la mano para construir, compartir y disfrutar plenamente de nuestros derechos culturales, lo fundamental es promover y defender la libertad de uso y apropiación de las mismas.

“Entendemos que si la declaración escrita ha querido, desde su comienzo histórico, traer los derechos a la memoria desde el olvido, expresarlos en un lenguaje, y escribirlos, ha sido no para que queden escritos, sino para que sean realidad, para que estén en esa realidad social que mencionan las normas de la declaración” (Herrendorf y Bidart Campos, 1991:112).

Si aspiramos a que los Derechos Culturales y el Derecho a la Educación, en fuerte tensión con los Derechos de Autor y las normativas internacionales de Propiedad Intelectual, tengan plena vigencia, la estrategia más efectiva es, además de reclamar y proponer una legislación apropiada para el pleno ejercicio, la acción social, la práctica ciudadana. Aún a sabiendas de esta evidente tensión, llevar la reivindicación de los Derechos Culturales de la letra normativa de los Tratados Internacionales a la práctica y el ejercicio en la realidad social será la única estrategia para su plena y efectiva vigencia.

Bibliografía

Alonso, R. et al. (2009) ¿Desea guardar los cambios?, Centro Cultural de España Córdoba.

Busaniche, B. et al. (2010) “Argentina Copyleft. La crisis del modelo de derecho de autor y las prácticas para democratizar la cultura” Fundación Vía Libre y Fundación Heinrich Böll, editores. <http://vialibre.org.ar/arcopy.pdf>

Busaniche, B. et al. (2007) “Monopolios Artificiales sobre Bienes Intangibles” Fundación Vía Libre editores. <http://www.vialibre.org.ar/wp-content/uploads/2007/03/mabi.pdf>

Chapman, Audrey (2001) “La propiedad intelectual como derecho humano: obligaciones dimanantes de apartado c) del párrafo I del Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos

⁶³ Slogan impreso en innumerable cantidad de libros publicados.

Económicos, Sociales y Culturales” en Boletín de derecho de autor, UNESCO. Vol. XXXV, no 3, 2001. Doctrina.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 35o período de sesiones Ginebra, 7 a 25 de noviembre de 2005 Adoptada el 21 de noviembre de 2005. Disponible en línea en

http://portal.unesco.org/culture/es/files/30545/11432108781Comment_sp.pdf/Comment_sp.pdf

Comité Permanente de Derechos de Autor y Derechos Conexos. Decimoséptima Sesión. Ginebra 3 a 7 de noviembre de 21008. Estudio sobre las Limitaciones y Excepciones al Derecho de Autor en Beneficio de Bibliotecas y Archivos.

http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/sccr_17/sccr_17_2.pdf

Emery, M. (2004) “Propiedad Intelectual” Cuarta Reimpresión. Editorial Astrea.

Fernández Delpech, Horacio. (2000) “Protección Jurídica del Software” Editorial Abeledo Perrot.

Fisher, W, (2001) Theories of Intellectual Property

<http://www.law.harvard.edu/faculty/ffisher/iptheory.html>

Gettino, O (2008), El Capital de la Cultura. Las industrias culturales en la Argentina. Ediciones Ciccus.

Green, María "El proceso de elaboración del apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" E/C.12/2000/15 - 9 de octubre de 2000

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/9c6adf9909fa53f5c1256999005c7395/\\$FILE/G0044902.doc](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/9c6adf9909fa53f5c1256999005c7395/$FILE/G0044902.doc)

Herrendorf, D y Bidart Campos, G. (1991) Principios de Derechos Humanos y Garantías. Ediar.

Historia de las patentes de software <http://www.bitlaw.com/software-patent/history.html>

Informe de la Comisión CONTU <http://digital-law-online.info/CONTU/contu32.html>

Lipszyc, Delia – (2006) “Derechos de Autor y derechos conexos” Ediciones UNESCO, CERLALC, Zavalía.

Millé, Antonio “Los programas de computación en el régimen argentino de Derecho de Autor ”.

<http://www.mille.com.ar/mille-imagenes/programas-de-computacion.pdf>

Onaindía, José Miguel. (1998) “Instituciones de Derecho Constitucional” Errepar.

Smiers, Joost (2006) “Un mundo sin Copyright. Artes y medios en la globalización” Gedisa Editores. Barcelona.

Fallos judiciales, Tratados y Declaraciones

Acuerdos sobre Aspectos de Propiedad Intelectual aplicados al Comercio en el marco de la OMC.

http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/legal_s.htm#TRIPs

Constitución de la Nación Argentina.

<http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php>

Convención de Berna. http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/trtdocs_wo001.html

Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre.

<http://www.cidh.org/Basicos/Basicos1.htm>

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

<http://www.un.org/es/documents/udhr/index.shtml#a27>

Diamond vs. Chakrabarty (1980) <http://supreme.justia.com/us/447/303/case.html>

Diamond Vs. Diehr (1981) en <http://supreme.justia.com/us/450/175/>

Digital Millenium Copyright Act de los EEUU aprobada en 1998

<http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>

Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31992L0100:ES:HTML>

Ley Bayh Dole, adoptada en los EEUU en 1980. http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode35/usc_sec_35_00000200----000-.html

Ley argentina de Propiedad Intelectual 11.723, actualizada. http://www.mincyt.gov.ar/11723_act.htm

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/pidesc.htm>

Propuesta de Brasil, Ecuador y Paraguay ante la OMPI para un Tratado sobre Limitaciones y Excepciones al derecho de autor para personas con discapacidad visual.

http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_18/sccr_18_5.pdf

Sobreseimiento del Profesor Horacio Potel. <http://www.vialibre.org.ar/wp-content/uploads/2009/11/sobreseimiento.pdf>

Tratados de la Organización Mundial Propiedad Intelectual

<http://www.wipo.int/copyright/es/treaties.htm>