

La tensión entre los derechos culturales y el derecho de autor

En la clase 1 hicimos una pequeña introducción a algunos aspectos claves del derecho de autor, para poder empezar a desentrañar la gran cantidad de marcos jurídicos que regulan el ejercicio de las atribuciones de un autor sobre su obra. A partir de la actividad 1, indagamos un poco sobre las percepciones del "sentido común" que hay alrededor del derecho de autor, y en la devolución de las tareas tratamos de despejar las dudas más comunes que surgieron a partir de la actividad.

En nuestra segunda clase vamos a tratar de ampliar un poco algunos de los conceptos que aparecieron en los videos introductorios. Trataremos de no ser repetitivos, pero a veces no vamos a poder evitarlo.

En la clase 1 vimos que la ley 11.723 es la ley que actualmente rige en Argentina, y que es el marco jurídico general para nuestro país. Luego, en la devolución de las tareas vimos que había otras leyes que también de algún modo regulaban el ejercicio de los derechos de autor en nuestro país. Y también vimos que existía el Convenio de Berna, y Beatriz en el video mencionó la existencia de los ADPIC, el Acuerdo sobre Aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. Así, para introducir mayores precisiones, vamos a armar un nivel de ordenamiento de los marcos jurídicos.

El nivel local y nacional: un racimo de normas, leyes y organismos

En este nivel tenemos, como oficina encargada de la ley, la [Dirección Nacional de Derecho de Autor](#), dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. La DNDA es un **organismo público** y tiene dos funciones principales: salvaguardar los registros y la custodia de las obras, y responder a consultas y dudas sobre la interpretación de la ley. Es importante entender que la DNDA no tiene funciones de policía: si alguien infringe la ley de derecho de autor, la persona afectada por esa infracción tiene que concurrir a un juzgado y hacer una denuncia, y regirse por los procedimientos judiciales estándares.

Existe, entonces, en Argentina, un marco jurídico nacional, compuesto por varias leyes, principalmente la ley 11.723, que establece que las **infracciones son un delito penal**. Sí, como lo leen, infringir el derecho de autor puede ser un delito penal en Argentina, y esto implica que si una persona es encontrada culpable, puede enfrentar hasta seis años de prisión. Esto lo encuentran en el **capítulo "De las penas"**, artículos 71 a 78.

Y ustedes dirán... bueno, **¿pero a quién le van a ir a hacer juicio penal por infringir la ley de propiedad intelectual?** En el año 2009, [al profesor de Filosofía Horacio Potel le allanaron la casa](#)

por infringir la ley de propiedad intelectual, por los sitios que mantenía en Internet de Derrida, Nietzsche y Heidegger, un juicio iniciado por la Cámara Argentina del Libro a pedido de la editorial francesa Minuit. Finalmente el fiscal que llevaba adelante la causa [lo sobreyó](#), pero eso no le ahorró el susto a Potel.

Son [varias las leyes que regulan](#) la propiedad intelectual, incluyendo una que no suele mencionarse: la [ley 25.446 de Fomento del Libro y la Lectura](#), que les permite a los editores iniciar un juicio penal, sin importar si el autor quiere o no iniciar un juicio de estas características.

Además de las leyes que regulan la propiedad intelectual, hay una serie de leyes que regulan la actividad de los organismos corporativos que defienden este tipo de legislación: **las sociedades de gestión colectiva**. Las sociedades de gestión colectiva son **organismos de recaudación privados, que se encargan de gestionar las remuneraciones y regalías correspondientes en concepto de derecho de autor**.

¿Cuál es la teoría sobre la existencia de las sociedades de gestión colectiva? La teoría nos dice que el derecho de autor genera un **derecho de remuneración**. Como las obras circulan, y circulan porque los autores no pueden prohibir la utilización de una obra, salvo bajo condiciones muy específicas. Pero tampoco pueden autorizar cada uso público específico de una obra. Por lo tanto, el uso público de una obra genera lo que se conoce como un derecho de remuneración, que es gestionado por las entidades de gestión colectiva que tienen una especie de "**licencia global**" para representar a los autores y cobrar así por ellos.

Por supuesto, como se imaginarán, esto es una verdad a medias. Sin ir más lejos, AADI-CAPIF, que es el organismo recaudador para los productores fonográficos, sólo admite entre sus socios con derecho a voto a aquellos productores fonográficos que tengan más de 20 sellos *publicados*. Como el diablo está en los detalles, el concepto de *publicados* entraña una especificidad que sólo los grandes sellos pueden llegar a cumplir, quedando así los pequeños excluidos de dos aspectos fundamentales: **la toma de decisiones y el reparto de la torta de recaudación**.

El sistema de la gestión colectiva reproduce en su interior las desigualdades de las condiciones del mercado. **Los autores que más circulan son los que más cobran**. Eso incluye, también, a **los autores extranjeros**: SADAIC, por ejemplo, recauda dinero para (en teoría) pagarle a los autores locales, pero también para pagarle a autores como Justin Bieber o Adele, por las reproducciones de sus canciones en las radios nacionales. SADAIC es miembro de [numerosas asociaciones internacionales de gestión colectiva](#), a quienes les gira fondos en concepto de regalías por propiedad intelectual.

Esto es así en todas y cada una de las sociedades de gestión colectiva. **En Argentina, en total, tenemos cinco sociedades de gestión colectiva:**

- SAGAI: Sociedad Argentina de Gestión de Actores e Intérpretes;
- AADI - CAPIF Asociación Civil Recaudadora: Asociación Argentina de Intérpretes / Cámara de Productores de la Industria Fonográfica;
- SADAIC: Sociedad Argentina de Autores, Intérpretes y Compositores;

- ARGENTORES: Sociedad General de Autores de la Argentina;
- DAC: Directores Argentinos Cinematográficos.

Estas son **las únicas autoridades de gestión colectiva autorizadas** a recaudar dinero en concepto de gestión del derecho de autor. Son también las encargadas de iniciar acciones penales y civiles en caso de infracción del derecho de autor.

El marco internacional: la OMC, la OMPI, la resolución de controversias

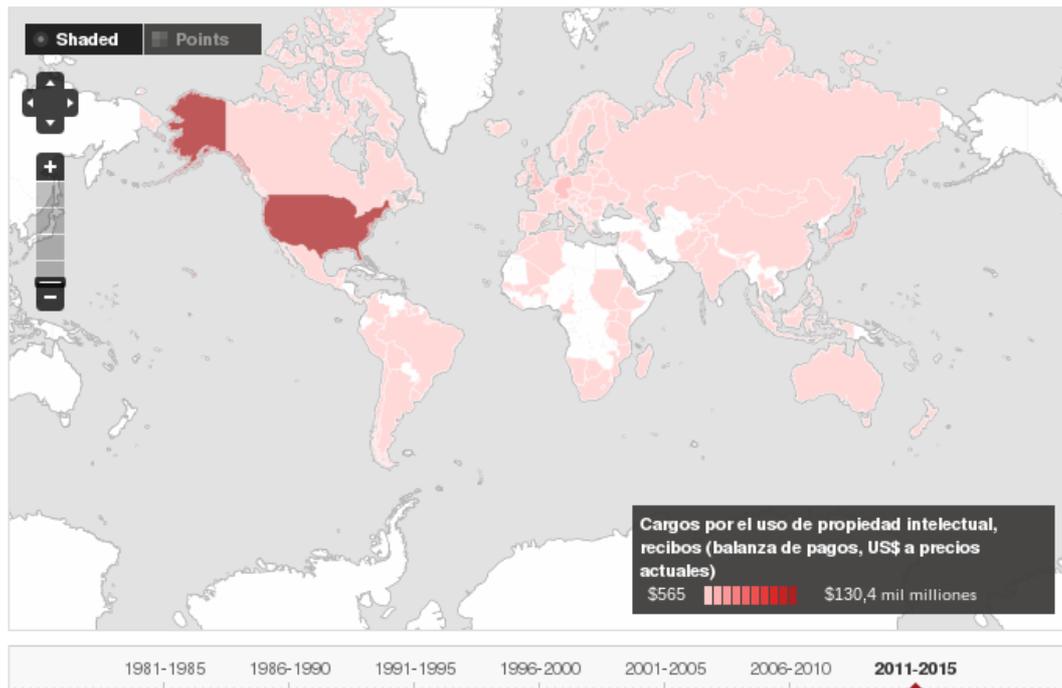
Ya vimos en la clase pasada algo sobre la OMPI, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. La OMPI es un organismo de Naciones Unidas, y sus principales funciones son: administrar todos los tratados vinculados a propiedad intelectual, y capacitar a los funcionarios locales (como los que están en la Dirección Nacional de Derecho de Autor) sobre la aplicación e interpretación de esos tratados. Es decir, una de sus funciones principales es **construir hegemonía** respecto de la forma en que deben interpretarse las leyes internacionales. Ahora vamos a ver los intereses que hay en juego en esta construcción de la hegemonía.

Los tratados sobre derecho de autor son varios; el Convenio de Berna es el principal, pero no el único. Los otros dos que más nos interesan son: "[Tratado sobre la interpretación o ejecución y fonogramas](#)" (WPPT) y el "[Tratado de la OMPI sobre derecho de autor](#)" (WCT), dos tratados que en la jerga se los conoce como los "Tratados de la OMPI sobre Internet". ¿Y por qué se los conoce de esa forma? **Porque son los tratados que regulan, entre otras cosas, los mecanismos de notificación y baja de contenido de páginas web.** Argentina está adherido a esos tratados, pero nunca los implementó en su legislación local.

¿Y por qué Argentina firmó esos tratados pero no los implementó? Por una razón muy simple: **porque la OMPI no tiene poder de policía.** Es decir, si un país firma, adhiere o ratifica un tratado, y luego no lo cumple, la OMPI no puede hacer nada. **No lo puede castigar.**

La política del palo y la zanahoria: cuando los derechos de propiedad intelectual son mucho más que una remuneración

Entonces acá viene la segunda parte de esta historia. En 1970, a Estados Unidos le empezó a parecer que la OMPI no jugaba un rol muy favorable a sus intereses de castigar a los demás países que no cumplían con su propiedad intelectual. ¿Por qué les parece que es tan importante la propiedad intelectual para Estados Unidos? Porque no estamos hablando de las bellas ideas de los artistas o del genio creador. **De lo que hablamos cuando hablamos de propiedad intelectual es de plata.** De nada más y nada menos. [Este mapa](#) muestra cuánto recibió cada país en concepto de propiedad intelectual en el período 2011-2015:



Si quieren, pueden jugar a armar la serie de cuánta plata recibió Argentina en cada uno de los años de los que el Banco Mundial lleva registro, [siguiendo este link](#). Pero les anticipo algo: **la cuenta da negativa para Argentina, Uruguay, Colombia, Venezuela**, toda Sudamérica en general, y para todos los países que no son Francia, Alemania, Japón y Estados Unidos ;).

Les explico por qué el Banco Mundial no tiene registros sobre cargos de propiedad intelectual antes de 1995. **Porque hasta 1995, cada país podía adoptar la legislación que le pareciera en materia de propiedad intelectual. Si quería tener una ley, tenía una ley como le parecía a ese país, y si no quería tener una ley: pues bueno, no la tenía.** Por supuesto, buena parte de los países tenían una ley de propiedad intelectual, pero seguía estando en su órbita de decisión soberana los límites que establecía para esa ley, los campos hasta donde llegaba, los plazos, etcétera.

A partir de 1995 esa situación se modifica radicalmente. Entre 1970 y 1995, Estados Unidos aplicó distintas medidas (coercitivas y cohesivas) para avanzar hacia un acuerdo de propiedad intelectual lo suficientemente comprensivo que le ganara la posibilidad de recaudar regalías en todo el mundo, junto con otros acuerdos comerciales igualmente beneficiosos para los países del Norte. Por supuesto, como se imaginarán, Estados Unidos, Alemania, Francia y Japón concentran el 95% de los recursos intangibles: patentes, derecho de autor, marcas, en fin, todos los bienes intangibles que están comprendidos en la categoría de propiedad intelectual.

Esos acuerdos que se firmaron dieron origen a la **Organización Mundial de Comercio (OMC)**. Ahí es donde nace ADPIC, el Acuerdo sobre Aspectos de la Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, junto con otros tratados **que son vinculantes**: lo que quiere decir es que un país no puede optar por firmar un tratado y no firmar otro, tiene que firmar **todos** los tratados y **cumplir** todos los tratados.

La OMC sí tiene poder de policía. Puede castigar a un país, en moneda o en especies, cuando ese país no cumple con alguno de los acuerdos firmados en el marco de la OMC (y el ADPIC es uno de ellos). Para eso, se va a un tribunal de resolución de controversias que es el que decide si el reclamo de un Estado tiene sentido o no, y si le da curso a la demanda contra el otro Estado. Luego un fallo dictamina el monto en el que se fija el resarcimiento, y el Estado demandante puede optar por el metálico o bien por la reducción de un arancel aduanero, o algún resarcimiento similar.

Para resumir, **lo que define las políticas culturales en materia de derecho de autor es el Acuerdo ADPIC** firmado en 1995, en pleno auge de las premisas del Consenso de Washington. Y ese es el acuerdo que define nuestras principales políticas en materia de derecho de autor.

Si están interesados en seguir leyendo más sobre cómo se forjó este mega-acuerdo de propiedad intelectual, pueden leer el texto de Peter Drahos, "[¿A quién le pertenece la economía del conocimiento?](#)".

¿Y los derechos culturales?

Los derechos culturales no están, por supuesto, en ningún acuerdo comercial de ninguna especie. Los derechos culturales están consagrados en diversos tratados de derechos humanos, de los cuales los más importantes son el **PIDESC (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)** y la **Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)**.

Si un país incumple con algún pacto de derechos humanos, lo cierto es que no hay el mismo nivel de castigo que si incumple con un acuerdo comercial. No existe además un "tribunal global": los tribunales de derechos humanos son siempre regionales; por ejemplo, en América Latina existe la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero si una persona en América Latina se siente afectada por la violación de sus derechos humanos por una empresa francesa, no puede demandar a la empresa francesa, tiene que demandar al Estado en el que vive por una violación concreta. El procedimiento además suele ser mucho más lento que en el tribunal de resolución de controversias de la OMC, y las personas que hacen las denuncias suelen estar infinitamente más desprotegidas que un Estado que demanda a otro Estado. Por supuesto, el diseño de este sistema no es una casualidad, sino una consecuencia del mundo donde vivimos.

Retomando, entonces, el [PIDESC](#) tiene una cláusula donde habla justamente de los derechos de autor y los derechos de acceso a la cultura. El artículo 15 establece lo siguiente:

“1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:

- a) Participar en la vida cultural;*
- b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;*
- c) 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.*

2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.”

Como ven, los incisos a) y b) se contradicen con el inciso c). Garantizar los derechos reconocidos en el inciso a) y b) implica crear excepciones y limitaciones en las leyes de derecho de autor, pero a la par, se reconoce el derecho de los autores a tener un nivel de vida digno. Esto fue motivo de controversia en la redacción del PIDESC, pero finalmente se saldó con la [Observación General Nro. 17 del Comité de Aplicación del PIDESC](#), que señaló algunas cosas interesantes:

- la propiedad intelectual como tal no es un derecho humano, sino una inversión comercial y mayormente corporativa;
- garantizar un nivel de vida digno para los autores no implica otorgarles un monopolio de toda la vida más protección de cincuenta o setenta años post-mortem;
- las personas jurídicas no tienen derechos humanos, por lo tanto el artículo no es aplicable a corporaciones, empresas, o entidades de gestión colectiva;
- los incisos indican jerarquía, por lo que los incisos a y b tienen mayor jerarquía que el inciso c.

Estas son algunas de las observaciones que hicieron en su comentario general Nro. 17. Esto está tratado en mayor detalle en el artículo de Beatriz Busaniche, "[El ejercicio de los derechos culturales en el marco del monopolio del derecho de autor](#)".

Algunos autores, como Lea Shaver, proponen que deben releerse los acuerdos comerciales a la luz de los pactos internacionales de derechos humanos. Y sostienen que los derechos humanos tienen mayor jerarquía que los acuerdos de comercio.

Coda final y una invitación a la reflexión

Como la mayoría de ustedes saben, todos somos iguales, pero algunos somos más iguales que otros. ¿Qué opinan ahora del "equilibrio" entre los derechos de autor y los derechos culturales? ¿Piensan que es posible?

Un saludo y hasta los materiales que vienen,

Evelin Heidel