### Módulo 1

# El derecho de autor y el derecho a la cultura: introducción, tensiones y desafíos

### ¿Qué es el derecho de autor?

El derecho de autor es una regulación legal que protege la distribución de las obras artísticas, literarias o científicas, otorgando para su autor los derechos exclusivos y monopólicos de decisión sobre la forma en que estas obras circularán.

Normalmente se dice que el derecho es de los autores, pero la realidad es que en el artículo 2 del Convenio de Berna (el principal tratado sobre la materia, junto con ADPIC), se establece de manera directa que son las obras las protegidas, y los autores los beneficiarios o titulares de la protección. Esta diferencia, aunque pueda parecer menor, en realidad nos indica claramente que el derecho de autor se constituye desde sus inicios como una forma monopólica de protección de un bien.

El Convenio de Berna es un tratado internacional que se firmó en 1886 en Suiza, y fue revisado y enmendado por última vez en 1979, sin que se modificaran partes sustantivas de sus principios. Es administrado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, que gestiona los tratados más importantes en propiedad intelectual en general, y que tiene la tarea, además, de capacitar a las oficinas locales de derecho de autor y propiedad industrial, convirtiéndose así en un importante vector de difusión ideológica en lo que respecta a cómo debe entenderse el derecho de autor. Así que ya tenemos un buen dato para empezar: el Convenio de Berna es un tratado que se redacta, se firma y se ratifica en un momento en que no existían tres de las tecnologías más importantes de los siglos XX y XXI,

como son la radio, el audiovisual (con el cine y la televisión) y la Internet. Sin embargo, es este tratado el que regula los modos de distribución de la cultura hoy a través de estos tres enormes medios.

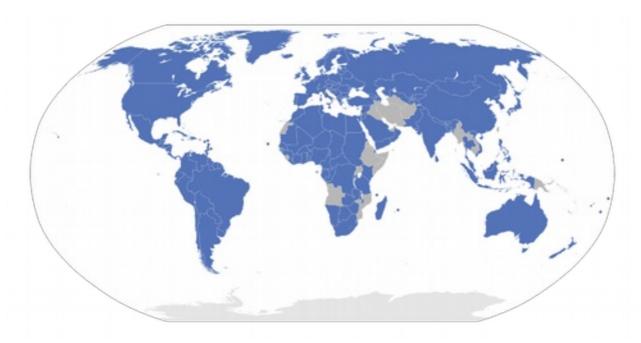


Imagen: signatarios del Convenio de Berna. Fuente: Wikipedia.

El Convenio de Berna, además, establece una distinción importante: las obras están protegidas desde el momento mismo de su creación, de manera independiente de que hayan sido fijadas o no en un soporte, estableciendo para esas obras por defecto que "todos los derechos están reservados". Es decir, el copyright o derecho de autor es la opción por defecto, de manera independiente de la voluntad de los autores. Si los autores no quieren que la obra esté protegida de antemano contra cualquier uso, tienen que declararlo explícitamente, de lo contrario caen en las generalidades de la ley, es decir, que está prohibido hacer cualquier uso de la obra, salvo autorización expresa del autor.

Entonces, recapitulando: el derecho de autor regula la distribución de las obras artísticas, literarias y científicas.

En Nicaragua, el derecho de autor se encuentra regulado por la <u>Ley N° 312 de</u> <u>Derecho de Autor y Derechos Conexos</u> del año 1999 (reformada en 2006 por <u>la Ley</u> 577).

Fíjense cómo está instalada en la ley esta idea de que lo que se protege es la obra, en

#### el artículo 13:

"ARTÍCULO 13. Están protegidas por esta Ley todas las creaciones originales y derivadas, literarias, artísticas o científicas, independientemente de su género, mérito o forma actual o futura, tales como:

- 1) Las obras artísticas artesanales producto del arte popular en sus diversas expresiones y formas.
- 2) Las obras literarias, ya sean orales como los discursos, alocuciones, sermones, conferencias, alegatos de estrado y las explicaciones de cátedra; ya escritas como las novelas, cuentos, poemas, comprendiendo también los programas de cómputo, sean estos programas fuente o programa objeto y cualquiera que sea su modo o formas de expresión.
- 3) Las composiciones musicales, con o sin letra.
- 4) Las obras dramáticas, las dramático-musicales, las coreográficas, las pantomimas y en general, las obras teatrales.
- 5) Las obras audiovisuales dentro de las cuales se comprende los videogramas.
- 6) Las esculturas, pinturas, grabados, fotograbados, litografías, dibujos, las historietas gráficas o cómicas y las obras plásticas en general.
- 7) Las fotográficas y las producidas por un procedimiento análogo.
- 8) Las obras de arquitectura y sus proyectos, ensayos, bosquejos, planos, maquetas, bosquejos y diseños de obras de arquitectura.
- 9) Los gráficos, mapas, diseños y figuras tridimensionales referidos a la geografía y topografía, y en general, a la ciencia.

No son objeto de protección las ideas, procedimientos, métodos o conceptos matemáticos."

Los invitamos a que lean la ley y se familiaricen con ella, ya que es fundamental para trabajar en este campo entender primero cómo se regulan los bienes bajo esta normativa.

Otro **aspecto fundamental** a comprender (y que está presente también en el artículo 13), es que la propiedad intelectual protege las **expresiones de ideas**, no las ideas en sí mismas. Así, por ejemplo, la historia de dos personas que se aman

alocadamente pero que pertenecen a familias que por razones diversas se odian entre sí, no es propiedad de nadie, por lo que ninguna persona puede impedirle a otra que utilice esa idea para armar una obra. Pero claramente "Romeo y Julieta" es una obra de Shakespeare, y si alguien se atribuyera esa obra en vez de decir que es de Shakespeare, estaría cometiendo plagio.

Por lo tanto, hay una diferencia importante entre una obra, que puede estar protegida, y una idea de una obra, que puede ser utilizada libremente.

#### Diferencias entre los derechos morales y patrimoniales

El derecho de autor reconoce una diferencia importante entre los **derechos patrimoniales** y los **derechos morales**.

Los derechos patrimoniales, como su nombre lo indica, son todos aquellos derechos vinculados a la **explotación económica** y a la distribución de la obra. Incluyen el derecho a venderla, a exhibirla, a prestarla, a distribuirla comercialmente, a transferir la titularidad de la obra, a otorgar el derecho a la traducción, etcétera, es decir, todos los derechos vinculados a la explotación de esa obra.



El derecho patrimonial sobre las obras dura en Nicaragua **toda la vida del autor más 70 años**, es decir, 70 años post-mortem, período tras el cual las obras ingresan al **dominio público** y toda la ciudadanía puede abrevar de este enorme patrimonio cultural común. Es importante tener en cuenta que este plazo no es igual en todos los países, y ha ido cambiando a lo largo del tiempo. En Uruguay y en Bolivia, por ejemplo, el derecho patrimonial sobre las obras dura 50 años post-mortem, mientras que en México dura 100 años post-mortem. En las últimas décadas ha habido una tendencia en la mayoría de los países a aumentar este plazo, debido a la fuerte presión de las industrias del entretenimiento, que en la década de 1990 se hizo efectiva a través de la Organización Mundial del Comercio, y luego a través de tratados comerciales bilaterales y multilaterales.

Los derechos morales son los derechos que tiene todo autor de **ser reconocido (o no) en la autoría** de su obra, y a que se respete **la integridad** de su obra.

¿En qué consiste el derecho de reconocimiento (o atribución)? Quizás algunos recuerden esta anécdota: hace unos años circuló por mail un texto atribuido a

Gabriel García Márquez que hablaba del final de la vida y demás cuestiones, un mail que claramente no había escrito él y que él tampoco había puesto a circular. Ese es un claro ejemplo del derecho a no ser atribuido por algo que un autor no escribió. En el otro extremo, todos los autores tienen derecho a ser atribuidos por las obras que sí escribieron o compusieron. Si otra persona se atribuye su obra, está cometiendo plagio. El derecho a ser atribuido es intransferible, es decir, no se puede renunciar a él; no es enajenable y dura incluso después de que la obra haya ingresado al dominio público.

El segundo concepto al que hacíamos referencia tiene que ver con la **integridad de la obra**. ¿Qué quiere decir esto? Básicamente, que uno no puede tomar una obra y partirla en mil pedazos, que debe respetar su lógica interna, debe respetar además la forma en que está escrita, las ideas expresadas en ella, es decir, respetarla en su totalidad. Este derecho está pensado para proteger al autor de la tergiversación de sus ideas y de la censura. Por ejemplo, una editorial no puede tomar un texto y quitarle o modificarle las partes que considera inconvenientes, sin autorización del autor. Uno por supuesto podría cuestionar desde aquella famosa frase de "traduttore, traditore" (traductor, traidor): ¿qué tan fácil es preservar la integridad de una obra?, pero estas ya son cosas que escapan a la esfera de las regulaciones jurídicas y entran en el campo de la filosofía.



Recapitulando: los derechos morales, entonces, implican reconocer la autoría de la obra y preservar la integridad, y los derechos patrimoniales se vinculan a la explotación económica y a la distribución de la obra.

# Las excepciones al derecho de autor

En el derecho de autor sucede algo curioso: todo lo que no está explícitamente permitido, está prohibido. Es decir, uno no puede hacer nada con la obra (ni distribuirla, ni copiarla, ni descargarla por Internet, ni traducirla, ni editarla), salvo que cuente con la autorización del autor. Esto, que a nosotros nos resulta difícil de creer (¿quién, a fin de cuentas, no se descargó una película por Internet, quién no fotocopió un libro?), implica que no se puede hacer nada con la obra a menos que el autor así lo autorice.

Este **sistema de restricciones** lesiona derechos fundamentales como el derecho a la educación y el derecho a la cultura, reconocidos en numerosos pactos

internacionales (como el <u>Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o PIDESC</u>), que son parte de la legislación en Nicaragua, así como en otros países de América Latina. Para corregir esta situación, las leyes de derecho de autor suelen incluir un capítulo de excepciones o limitaciones con el fin de permitir que se puedan operar ciertos usos legítimos sobre las obras, permitiendo así a bibliotecas e instituciones educativas cumplir con su misión de brindar información a la ciudadanía.

En la ley nicaragüense, encontramos una sección llamada "Limitaciones" donde se enumeran algunas acciones, como la reproducción de obras, que bajo ciertas situaciones son permitidas sin autorización previa del autor. Hay algunos límites al derecho de autor a favor de la enseñanza, las bibliotecas y archivos, el acceso a las noticias y el uso personal, entre otros.

Las excepciones al derecho de autor son una materia que cada país debe legislar internamente, y muchas veces requiere reformas que son motivo de debate y conflicto. En Uruguay, por ejemplo, donde las excepciones son mucho más acotadas que en Nicaragua, actualmente se está debatiendo una reforma a la ley de derecho de autor para incluir excepciones en favor de la educación y de las bibliotecas. Esta propuesta, que sigue a la espera de aprobación en el Parlamento, fue impulsada por los estudiantes universitarios, con el apoyo de las principales instituciones educativas y bibliotecas del país, pero enfrenta una fuerte oposición de la entidad recaudadora de derechos de autor y de las cámaras empresariales del sector cultural. Este es un ejemplo de las tensiones y conflictos de las que hablaremos en el taller.

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

Existe en Nicaragua, así como en todos los países de la región, un marco jurídico nacional, compuesto por varias leyes, principalmente la mencionada ley 312, que establece que las **infracciones al derecho de autor son un delito penal**. Sí, como lo leen, infringir el derecho de autor puede tener una pena de prisión. Esto lo encuentran en el **capítulo "Violaciones y sanciones penales"**, artículos 106 a 112.

Y ustedes dirán... bueno, ¿pero a quién le van a ir a hacer juicio penal por infringir la ley de propiedad intelectual? En Argentina, 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, Nietzche 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 <u>lo sobreseyó</u>, pero eso no le ahorró el susto a Potel. En Colombia, en el año 2013, el biólogo Diego Gómez fue denunciado por subir a Internet una tesis de grado, incluso citando al autor y solamente con el fin de compartir conocimiento que estaba utilizando para sus estudios de maestría. Luego de cuatro años de proceso, Diego fue absuelto en diciembre de 2017. Para poder afrontar los gastos del juicio, fue necesaria <u>una campaña de donaciones organizada por activistas de la Fundación Karisma</u>. Sin ese apoyo, ¿cómo hubiera podido este estudiante tener una defensa apropiada?

Junto con las leyes que regulan la propiedad intelectual, se regula también la actividad de las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor. 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? Los autores raramente tienen la capacidad práctica de impedir la utilización de una obra, salvo bajo condiciones muy específicas. Pero tampoco les resulta práctico, en los hechos, autorizar cada uso público específico de una obra, por ejemplo en un bar o en una radio. 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.

El sistema de la gestión colectiva de derechos de autor 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. Las entidades de gestión recaudan 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. Para ello existe una red internacional de numerosas asociaciones de gestión colectiva, a quienes las asociaciones locales les giran fondos en concepto de regalías por propiedad intelectual.

En Nicaragua existe una sola entidad de gestión colectiva: NICAUTOR, operativa

desde el año 2003, orientada a la gestión de derechos de obras musicales. Esta entidad ha tenido dificultades para funcionar y ha enfrentado diversos conflictos.

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

El marco internacional del derecho de autor está conformado por diversas organizaciones y tratados.

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (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 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 el "<u>Tratado sobre la interpretación o ejecución y fonogramas</u>" (WPPT) y el "<u>Tratado de la OMPI sobre derecho de autor</u>" (WCT), dos tratados que en la jerga se los conoce como los "Tratados de la OMPI sobre Internet".

Nicaragua está adherida a esos tratados, y reformó la legislación local para adaptarse a ellos en 2006. Esta reforma también estuvo determinada por el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, Estados Unidos y República Dominicana (CAFTA-DR).

Hacia 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 dinero**. De nada más y nada menos.

El siguiente mapa muestra cuánto recibió cada país en concepto de propiedad intelectual en 2017, de acuerdo a los datos del Banco Mundial:



Si quieren pueden entretenerse navegando por los recibos y pagos por propiedad intelectual realizados por los distintos países en cada uno de los años de los que el Banco Mundial lleva registro, <u>siguiendo este link</u>. Pero les anticipamos algo: el balance entre recibos y pagos da negativo para Nicaragua, Uruguay, Argentina, toda América Latina en general, y para todos los países que no son Francia, Alemania, Japón y Estados Unidos.

Como podrán comprobar en el link anterior, los recibos y pagos por propiedad intelectual aumentaron notablemente a nivel mundial desde mediados a fines de la década de 1990. 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 del Comercio (OMC)**. Allí 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 de la OMC y no firmar otro, tiene que firmar **todos** los tratados y **cumplir** todos los tratados.

A diferencia de la OMPI, 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 en todo el mundo es el Acuerdo ADPIC** firmado en 1995, en pleno auge de las premisas del Consenso de Washington. Ese es el acuerdo que define las principales políticas en materia de derecho de autor en nuestros países.

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 <u>PIDESC</u> 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 <u>Observación General Nro. 17 del Comité de Aplicación del PIDESC</u>, 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. Esta cuestión está tratada en mayor detalle en el artículo de Beatriz Busaniche "El ejercicio de los derechos culturales en el marco de los monopolios del derecho de autor".

La Relatora Especial sobre los derechos culturales de Naciones Unidas, Farida Shaheed, realizó en 2015 un reporte al Alto Comisionado de Naciones Unidas sobre políticas de derecho de autor y el derecho a la ciencia y a la cultura. En ese informe, Shaheed advirtió sobre los impactos que el derecho de autor tiene sobre los derechos culturales. Llamó también la atención sobre que los acuerdos comerciales deben ser interpretados a la luz de los pactos internacionales de derechos humanos, y no al revés. Esto es así porque los derechos humanos tienen mayor jerarquía que los acuerdos de comercio.

# La importancia del dominio público y del derecho de acceso a la cultura

Para sintetizar, el marco internacional de derechos humanos consagra el derecho de acceso a la cultura, a las ciencias y a las artes. Sin embargo, el principio de "todo está prohibido si no está explícitamente autorizado" va en contra de este acceso, en

especial a partir del desarrollo de las tecnologías digitales, con las que los costos de copiar y distribuir las obras culturales se han reducido notablemente. Lo lógico sería entonces repensar los marcos legislativos que se diseñaron hace ya más de un siglo para flexibilizarlos, pero sin embargo existen cada vez más restricciones y cada vez menos espacio para hacer estas reformas: desde tratados de libre comercio hasta tratados sobre propiedad intelectual como ADPIC, que imponen una serie de restricciones importantes a la hora de hacer reformas.

Esto hace, entonces, que la perspectiva que se le ha dado al derecho de autor en las últimas tres décadas, desarrollada desde la agenda de comercio, impacte negativamente sobre una perspectiva de derechos humanos en materia de acceso a la cultura y a la ciencia.

Este documento es una adaptación realizada por Mariana Fossatti y Jorge Gemetto de dos textos publicados originalmente por Evelin Heidel, bajo una <u>Licencia</u> <u>Creative Commons Atribución-CompartirIgual 4.0 Internacional</u>, para una edición anterior de este taller. Los textos originales están disponibles en los siguientes enlaces: <u>Clase 1</u> | <u>Clase 2</u>.