

FACULTAD LATINOAMERICANA DE CIENCIAS SOCIALES

(FLACSO)

MAESTRÍA EN PROPIEDAD INTELECTUAL

Propiedad Intelectual y Derechos Humanos.

**Tensiones existentes entre la Ley 11.723 y el marco
constitucional de los Derechos Culturales en Argentina.**

Maestranda: María Beatriz Busaniche

TESIS DE MAESTRÍA

Director: Dr. José Miguel Onaindia

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.

Junio de 2013



Este obra de se distribuye bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-CompartirIgual](https://creativecommons.org/licenses/by-sa/3.0/).

[3.0 Unported.](https://creativecommons.org/licenses/by-sa/3.0/)

“El derecho a participar en la vida cultural puede calificarse de libertad.”

Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General Nro. 21. Párrafo 6. 2009

Agradecimientos

Cuando sobre finales de 2009 decidí embarcarme en la realización de la Maestría en Propiedad Intelectual en la sede Argentina de FLACSO, sabía que la tarea iba a ser ardua y compleja, en particular, por el hecho de que el curso no iba a contar con mi dedicación exclusiva, sino que iba a ser una parte más de las tareas que cotidianamente realizo. Sin embargo, como siempre repito, abordé estos estudios con una finalidad: hacer mejor mi trabajo de activista. Trabajo y soy, ante todo, una activista de los derechos humanos en el campo de las nuevas tecnologías, y emprendí esta Maestría con la motivación de sumar a mi propia formación, a la organización en la que trabajo y al movimiento social de cultura libre más y mejores herramientas teóricas para cumplir nuestra meta de defender los derechos humanos en Internet. En ese marco, el primer agradecimiento es sin lugar a dudas para mis mentores y compañeros de ruta, a todos los activistas que defienden una internet libre y abierta, pero fundamentalmente a mis compañeros de militancia y trabajo en la Fundación Vía Libre, en particular a Enrique Chaparro, Federico Heinz, Lila Pagola, Juan Pablo Suarez, Gabriel Acquistapace, María Elena Casañas y muchos otros voluntarios que día a día dedican su tiempo a las causas compartidas. También a Richard Stallman por su permanente orientación y ejemplo. Una mención especial merece Evelin Heidel, quien ha sido durante los últimos años un apoyo indispensable tanto por su ayuda en la búsqueda bibliográfica, en los comentarios y aportes a esta tesis, así como en su colaboración en el trabajo cotidiano en Vía Libre. Debo agradecer también a la Fundación Heinrich Böll de Alemania, que con su apoyo me permitió realizar un libro preliminar a esta Tesis como “Argentina Copyleft. La crisis del modelo de derecho de autor y las prácticas para democratizar la cultura” publicado en 2010.

Es importante destacar también el agradecimiento a todos los docentes de la maestría, quienes con su dedicación están construyendo un espacio de formación amplio, diverso, rico en miradas sobre un tema tan complejo como la propiedad intelectual. Deseo agradecer también al Dr. José Miguel Onaindia por haber aceptado acompañarme en este proceso. Finalmente, quiero mencionar el respaldo de mi familia y amigos y en especial, agradecer la enorme paciencia de mi compañero Fernando Cuenca.

Beatriz Busaniche

Buenos Aires, Marzo de 2013

Índice de contenido

Agradecimientos	3
Resumen	5
Introducción.....	6
La Ley de Propiedad Intelectual Argentina y los Derechos Humanos.....	6
Capítulo 1. Los Derechos Culturales en el marco de los Derechos Humanos.....	16
La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Redacción del artículo 27.....	16
El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La inclusión del artículo 15.	30
Otros derechos vinculados: Libertad de Expresión y Derecho a la Educación.....	43
Interpretación del articulado del PIDESC. Alcances y limitaciones de los artículos 13 y 15.....	52
Capítulo 2: La normativa de Derechos de Autor en Argentina	68
El mandato constitucional.....	68
Hacia la primera ley de derechos autorales en Argentina.....	80
Debates parlamentarios hacia la sanción de la Ley 11.723	86
Las modificaciones aplicadas a la ley 11.723 y sus principales beneficiarios.....	101
Reforma de la Constitución Argentina en 1994	109
Capítulo 3: Tensión o Coexistencia. Derechos Humanos y Derechos de Autor	113
Derechos Humanos y la agenda de la propiedad intelectual	113
Coexistencia o tensión	123
La relación desde la perspectiva del Comité de Aplicación del PIDESC	132
Atributos propios de los Derechos Humanos en la Propiedad Intelectual.....	136
Capítulo 4: Argentina. La Ley 11.723 a la luz de los Derechos Humanos	143
Análisis comparativo de la Ley Argentina.....	143
Prácticas que colisionan con la Ley 11.723. Identificación y análisis de casos.....	147
Bibliotecas y Archivos.....	147
Universidades Públicas	156
Copia privada y usos sin fines de lucro	166
Libertad de expresión.....	173
Capítulo 5: Conclusiones. Hacia una política pública para el ejercicio de los derechos culturales	184
¿Es necesario realizar cambios en la legislación de derechos autorales en Argentina?. 184	
Claves para la construcción de una ley de Derechos Autorales que promueva el ejercicio de los derechos culturales	190
Propuestas legislativas en concordancia con los tratados internacionales y los compromisos asumidos por Argentina.....	193
Redefinir la relación de los autores, la industria y sus representantes corporativos .194	
La relación entre los titulares de derechos y la ciudadanía	196
Redefinición del rol del Estado	199
Bibliografía General.....	201
Leyes, Tratados Internacionales y Declaraciones.....	204

Resumen

Este trabajo tiene por objetivo analizar el sentido y alcance del reconocimiento de los derechos autorales en el marco de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y a partir de allí, estudiar la relación entre el marco normativo de la ley de propiedad intelectual argentina y el ejercicio de los derechos de acceso y participación en la cultura consagrados por esos mismos instrumentos. A tal efecto, se aborda la historia de la redacción de los tratados internacionales de derechos humanos y la inclusión de los derechos culturales en ellos, la historia y construcción del actual sistema jurídico de propiedad intelectual vigente en Argentina, un análisis de las tensiones entre los derechos humanos y la propiedad intelectual, así como un estudio específico de la Ley 11.723 a la luz de los derechos consagrados en la DUDDHH y el PIDESC.

Como corolario, este trabajo finaliza con una serie de propuestas para promover el debate público hacia una legislación que garantice el ejercicio de los derechos culturales, en consonancia con los compromisos internacionales asumidos por Argentina.

Introducción

La Ley de Propiedad Intelectual Argentina y los Derechos Humanos

La relación entre los derechos culturales enmarcados en los tratados internacionales de Derechos Humanos e incorporados en la Constitución Nacional y la Ley de Propiedad Intelectual argentina no ha sido todavía debidamente indagada. De hecho, la mayoría de las modificaciones a las leyes de propiedad intelectual se realizan sin considerar los compromisos asumidos por el país en materia de Derechos Humanos, pese a que los Derechos Culturales incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales tienen rango constitucional desde 1994.

Entre los teóricos clásicos del Derecho de Autor en Argentina, es difícil encontrar un abordaje orientado hacia los Derechos Humanos.

En su exhaustivo análisis de la Ley 11.723, el Dr. Miguel Ángel Emery analiza el texto de la ley de manera detallada; sin embargo, omite abordar la relación de esta normativa con el marco constitucional de Derechos Humanos o evaluar las consecuencias del sistema vigente de propiedad intelectual sobre los derechos de acceso y participación en la cultura. En su análisis sobre las fuentes del derecho autoral en Argentina, Emery menciona el artículo 17 de la Constitución Nacional, aunque no profundiza sobre la implementación del mismo a cargo del Congreso en la sección de Atribuciones del Poder Legislativo, tal como están detalladas en el artículo 75, incisos 18 y 19¹. Emery contrasta la norma argentina con los tratados internacionales en materia comercial y su cumplimiento

¹ Tal como indica la Constitución Nacional Argentina. Art. 75, incisos 18 y 19 disponibles en <http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/atribuciones.php> (visitado el 12 de febrero de 2013)

en relación a las disposiciones de los Acuerdos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio (ADPIC) en el marco de la Organización Mundial del Comercio, así como la relación de la ley argentina con la Convención de Berna, el acuerdo de derecho de autor administrado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. En este estudio, tampoco se aborda la problemática vinculada a la aplicación de la ley en relación al cumplimiento de los Derechos Culturales enmarcados en convenciones de Derechos Humanos con rango constitucional en Argentina.²

La Dra. Delia Lipszyc, por su parte, además de un análisis similar al del Dr. Emery en relación a los ADPIC, la Convención Universal y la Convención de Berna, menciona la incorporación del derecho de autor en las declaraciones de Derechos Humanos: *la inclusión del derecho de autor entre los derechos fundamentales en las constituciones nacionales, en la Declaración de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, importa el reconocimiento de que se trata de un atributo inherente al ser humano y que, como tal, su protección adecuada y eficaz no puede ser desconocida*³. En este sentido, la autoralista agrega que el fundamento teórico del derecho de autor “*se origina en las necesidades de la humanidad en materia de acceso al saber y, en definitiva, en la necesidad de fomentar la búsqueda del conocimiento recompensando a quienes lo efectúan*”. Lipszyc aborda de manera parcial las cláusulas de la Declaración de Derechos Humanos y del PIDESC que hacen alusión al derecho de los autores, priorizando los derechos de los autores por sobre el conjunto completo del

2 Emery, Miguel Ángel. (2004) “Propiedad Intelectual” Argentina. Cuarta Reimpresión. Editorial Astrea. pp.1-4.

3 Lipszyc, Delia – (2006) “Derechos de Autor y derechos conexos” Argentina. Ediciones UNESCO, CERLALC, Zavalía. pp.38-39.

articulado que presenta también, y con similar énfasis e importancia, los derechos de participación y acceso a la cultura, también reconocidos en esos tratados internacionales.⁴

Como bien expresa Lipszyc, la problemática del derecho de autor ha sido incorporada en el campo de los Derechos Humanos. Sin embargo, se torna indispensable indagar en profundidad esta incorporación, en particular tras considerar que los textos de los Acuerdos Internacionales no detallan de manera explícita el significado del articulado y las formas de implementación de los mismos.

El tema ha sido abordado por los comités de aplicación de estos tratados. Por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su 35to. Período de sesiones en Ginebra, adoptó una observación general sobre los derechos culturales en la que detalla los alcances y características del inciso (c) del Artículo 15 del PIDESC. En este documento, el comité indica 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.”*⁵

El comité analizó también las implicancias del resto del artículo 15 de PIDESC en la

4 Busaniche, Beatriz (2010) “Argentina Copyleft” Córdoba, Argentina. Ediciones Fundación Vía Libre. Fundación Heinrich Böll. pp.31-34.

5 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 35o. Período de sesiones. Ginebra 7 a 25 de noviembre de 2005. Derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan pro razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a). Apartado C del Párrafo 1 de artículo 15 del Pacto. Observación General Nro. 17. Adoptado el 21 de noviembre de 2005. Disponible en http://portal.unesco.org/culture/es/files/30545/11432108781Comment_sp.pdf/Comment_sp.pdf (Visitado el 28 de noviembre de 2011)

Observación General Nro. 21 publicada en 2009. Allí expresa y define los alcances de los derechos de acceso y participación en la vida cultural de la comunidad.⁶

Tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 27, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) en su artículo 15, establecen el derecho de autor entre los derechos humanos pero en relación directa con el derecho de acceso y participación en la cultura. La inclusión de los derechos de propiedad intelectual en los pactos internacionales de Derechos Humanos no fue obvia ni pacífica, ya que el tema despertó amplios debates y controversias.⁷

Académicos como el Dr. Carlos Correa observaron los intentos de interpretar el derecho humano de autores e inventores de una forma maximalista. *“Ha habido en los últimos años intentos de interpretar el inciso c) de esta disposición en el sentido de que la propiedad intelectual es un derecho humano. Esta interpretación distorsiona el significado auténtico de la norma, tal como lo clarificó el Comentario General Número 17 del comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”*.⁸

El comité definió los conceptos de “autor” excluyendo las corporaciones de la posibilidad de reivindicar derechos humanos. Pero este no es el único conflicto subyacente. La instrumentación de la legislación de propiedad intelectual a menudo dificulta la realización de los demás compromisos asumidos por los países en el artículo 27 de la declaración de derechos humanos y en el artículo 15 del PIDESC, así como también del

6 Los trabajos del Comité de Aplicación de PIDESC están disponibles en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm> (visitado el 15 de febrero de 2013).

7 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.

8 Correa, Carlos (2009) “Acceso a la cultura y derecho de propiedad intelectual: la búsqueda de un nuevo equilibrio” en “Desea Guardar los Cambios?”, Córdoba, Argentina. Centro Cultural España Córdoba.

artículo 13 del mismo Pacto que reivindica el derecho a la educación.

Estos tratados de Derechos Humanos tienen rango constitucional en Argentina tras la última modificación de la Constitución Nacional en 1994, sin embargo, en la mayoría de los análisis sobre propiedad intelectual, los autoristas se remiten exclusivamente al artículo 17 y no analizan el marco constitucional en toda su amplitud.⁹

Julio Raffo, en su obra “Derecho Autoral. Hacia un nuevo paradigma” destaca que en Argentina el paradigma hegemónico se resiste a advertir las restricciones que se proyectan en este campo para los tratados que garantizan a las personas el acceso a la cultura y comienza a dar cuenta de la tensión existente entre los derechos de las personas a participar y acceder a la cultura y la mirada que el paradigma hegemónico ha construido del derecho de autor. Raffo se preocupa además por la importancia que cobran las nuevas tecnologías de información y comunicación, particularmente a partir de la masificación del acceso a Internet, y plantea la necesidad de un análisis crítico del paradigma vigente en el derecho autoral argentino.¹⁰ Sin embargo, si bien hace una extensa crítica a lo que denomina el paradigma hegemónico, el trabajo de Raffo se concentra más en el rol de las gestoras colectivas de derecho de autor y algunas situaciones de abuso del derecho en relación a las mismas, en errores conceptuales del paradigma hegemónico en relación a la definición del objeto protegido en el marco normativo y en la construcción atípica de los derechos morales. En este marco, Raffo problematiza la supuesta independencia del derecho autoral, al considerar que *“el paradigma es reacio a examinar el contenido del*

9 Vidaurreta, Guillermo. (2007) “Historia del Sistema Argentino de Patentes de Invención (1580-1863). Propiedad Intelectual en la Constitución Nacional”. Buenos Aires, Argentina. Editorial La Ley.

10 Raffo, Julio. (2011) “Derecho autoral. Hacia un nuevo paradigma” Buenos Aires, Argentina. Marcial Pons Editores. pp.201-204.

derecho autoral como siendo parte del ordenamiento jurídico todo, y sujeto a las disposiciones generales del derecho común, en todo aquello que no hubiese sido expresamente modificado por la normativa específica.”¹¹ Sin dudas, la obra de Raffo es un excelente puntapié inicial para dar cuenta de una perspectiva crítica de la norma de propiedad intelectual en Argentina. Vale mencionar que Julio Raffo es autor de un proyecto de modificación de la Ley 11.723 que pretende despenalizar la copia sin fines de lucro en Internet. Los fundamentos de ese proyecto abrevan de manera profunda en los tratados internacionales que consagran los derechos culturales, ampliando de esta forma el aporte de Raffo en este sentido.

Por otra parte, el informe sobre acceso a conocimiento elaborado anualmente por la organización Consumers International indica que Argentina es el segundo país del mundo en el listado de legislaciones de derechos de autor más restrictivas desde la mirada de los consumidores, sólo por debajo de Jordania y en peor situación que otros países de la región como Chile y Brasil.¹² El informe da cuenta del reducido número de excepciones y limitaciones al derecho de autor y detalla los aspectos más problemáticos en la materia, en particular la falta de excepciones para el trabajo de bibliotecas, las limitadas excepciones en el campo educativo y la falta de limitaciones en materia de copia privada. Por su parte, también destaca la falta de un sistema legal de *fair use* o usos justos, tal como sí existe en la legislación anglosajona de copyright.¹³

11 Idem. p. 22.

12 Reporte Anual de Consumers International sobre Acceso a Conocimiento y Leyes de Propiedad Intelectual. Disponible en <http://a2knetwork.org/sites/default/files/IPWatchlist-2012-ENG.pdf> (visitado el 12 de febrero de 2013)

13 Véase el reporte de Consumers International sobre Argentina. (2012) <http://a2knetwork.org/reports2012/argentina> (visitado el 12 de febrero de 2013).

El Dr. Carlos Correa, también se ha expresado en relación a la tensión sobre propiedad intelectual y Derechos Humanos en el campo del derecho autoral. “*El interés general, el derecho a la educación y a la información, requieren restringir en ciertos casos el derecho del autor a explotar económicamente su obra. Por ese motivo, las excepciones y limitaciones son la válvula de ajuste para establecer un equilibrio entre los intereses de los autores, de la industria que realiza la explotación de las obras y del público. Estas excepciones y limitaciones son cruciales para el acceso a conocimiento, especialmente en un país en desarrollo como la Argentina, con grandes asimetrías en la distribución del ingreso*”.¹⁴

En esta misma línea, existen diversos trabajos a nivel internacional que abordan la tensión entre los Derechos Humanos y las Leyes de Propiedad Intelectual, en particular, el derecho de autor. En estas corrientes de trabajo, podemos citar autores como Paul Torremans, Laurence Helfer y Graen Austin, Peter Yu, Daniel Gervais o Lea Shaver, entre otros. Laurence Helfer establece dos marcos posibles de análisis en materia de propiedad intelectual y Derechos Humanos, uno al que denomina enfoque de *conflicto*, en el cual se entiende que una aplicación de altos estándares de propiedad intelectual tal como marca el acuerdo ADPIC socava un amplio espectro de Derechos Humanos. Otro aspecto, identificado como de *coexistencia*, que señala que ambos marcos normativos deberían partir de la misma cuestión: definir cuál es el marco apropiado de derechos monopólicos privados para darle a autores e inventores suficientes incentivos para crear e innovar, mientras que se asegure el adecuado acceso público a los frutos de esos esfuerzos.¹⁵ En los

14 Correa, C. p. 142.

15 Helfer, Laurence R., (2003) Human Rights and Intellectual Property: Conflict or Coexistence?. Minnesota Journal of Law, Science & Technology, Vol. 5, p. 47, ; Loyola-LA Legal Studies Paper No. 2003-27;

EEUU, la preocupación por el dominio público, más que la de los Derechos Culturales, ha sido el eje central del trabajo de numerosos académicos involucrados en este debate.¹⁶ En Argentina, en tanto país comprometido constitucionalmente con el PIDESC y la DUDDHH, la reivindicación de los compromisos asumidos en el marco de los Derechos Culturales en materia de Derecho a la Educación (art. 13 del PIDESC) y los Derechos de Acceso a la Cultura (art. 15) es todavía un asunto pendiente.

Así como numerosos teóricos y organizaciones no gubernamentales europeas y norteamericanas abordaron la tensión entre el acceso a conocimiento, el dominio público, los derechos culturales y los derechos de autor, falta en nuestro país un análisis detallado sobre esta tensión desde una perspectiva de Derechos Humanos. Si bien ya existen algunos primeros abordajes del tema, carecemos todavía de un trabajo que analice en profundidad la Ley 11.723 a la luz de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con rango constitucional, en particular considerando los derechos de Acceso a la Cultura (art. 15 del PIDESC) y el derecho a la educación (Art. 13 de mismo tratado) que sirva para establecer propuestas concretas de política pública para una modificación del derecho de autor en Argentina a la luz del ejercicio de los Derechos Culturales. Ese es el objetivo que persigue la presente tesis.

Para lograrlo, este trabajo aborda desde una perspectiva histórica, la redacción de los tratados internacionales de derechos humanos y en paralelo realiza una síntesis de la evolución de las leyes de propiedad intelectual en Argentina.¹⁷

Princeton Law and Public Affairs Working Paper No. 04-003. Available at SSRN:
<http://ssrn.com/abstract=459120> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.459120>

16 Adscriben a esta línea de trabajo intelectuales como Boyle (2008), Lessig (2005), (Litman (1998), Samuelson (2003) entre otros.

17 En Argentina, la legislación de derechos de autor contenida en la Ley 11.723 se denomina Ley de

El primer capítulo aborda la historia del articulado que contempla los derechos de acceso a la cultura y los derechos de autores e inventores en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDDHH) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Esta revisión sobre la redacción de las cláusulas nos ayuda a entender los alcances de las mismas y en qué medida los derechos de autor deben ser considerados o no dentro del marco de los Derechos Humanos. Para este mismo fin, se incorporan también los documentos del comité de aplicación de PIDESC, entre otros.

El segundo capítulo se dedica a la historia de la regulación de propiedad intelectual en Argentina. Si bien no pretende ser un estudio exhaustivo (trabajo ya realizado por otros académicos de la propiedad intelectual en Argentina como Guillermo Vidaurreta), la aspiración de este capítulo es dar cuenta de la evolución del derecho autoral argentino desde sus orígenes hasta su actual formato. Para esto se aborda la inclusión de la cláusula constitucional de la propiedad intelectual, las primeras leyes de derechos autorales y la sanción y modificaciones ulteriores de la Ley 11.723 vigente a la fecha. Este capítulo incluye también un estudio breve de la modificación de la Constitución Nacional en 1994 y la inclusión en ella de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

El tercer capítulo aborda la pregunta sobre la tensión o coexistencia entre los sistemas de propiedad intelectual y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Para esto, rastrea los análisis académicos que abordan las diferentes miradas en relación a este nuevo campo de diálogo entre los Derechos Humanos y la propiedad intelectual para establecer efectivamente la existencia o no de un orden de primacía y en tal caso, las

Propiedad Intelectual, abarcando en ella tanto los derechos de autores como de herederos, y otros titulares de derechos conexos como los intérpretes.

características de la propiedad intelectual que pueden o no ser incluidas dentro del marco de los Derechos Humanos.

A partir de los capítulos precedentes, el capítulo cuatro analiza la Ley 11.723 a la luz de los Derechos Humanos, evalúa la potencial colisión con garantías esenciales de estos derechos, considera casos particulares, en especial la situación de las bibliotecas, las instituciones educativas y el ejercicio de otros derechos que entran en tensión con la propiedad intelectual como la libertad de expresión, el derecho de acceso a la cultura e información y el derecho a la intimidad.

Finalmente, este trabajo concluye con un capítulo dedicado a establecer la necesidad o no de realizar cambios normativos en materia de derechos autorales y conexos en Argentina. El capítulo quinto tiene carácter propositivo y está orientado a ofrecer claves y propuestas para la construcción de una Ley de Derechos Autorales que promueva el ejercicio de los derechos culturales en concordancia con tratados internacionales como ADPIC y con los compromisos asumidos en materia de Derechos Humanos.

Capítulo 1. Los Derechos Culturales en el marco de los Derechos Humanos

La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Redacción del artículo 27

Cuando tras la finalización de la II Guerra Mundial en 1945 se funda la organización de las Naciones Unidas, existía una gran presión sobre los delegados a la conferencia internacional para que incluyeran una declaración de derechos a la Carta Fundacional de las Naciones Unidas. La primera década de la posguerra se caracterizó por numerosos llamamientos internacionales a la paz y el respeto por los derechos fundamentales. En 1943, judíos, católicos y protestantes se unieron en un llamamiento por la paz y los derechos humanos y distribuyeron un panfleto titulado “A Pattern for Peace”, del cual hicieron más de 750 mil copias. En noviembre de ese año, y como buenos lectores de sus tiempos, Roosevelt y Stalin presentaron en una conferencia en Teherán la cuestión de la conformación de la Organización de las Naciones Unidas. En febrero de 1943 el *American Institute of Law* produjo su propia versión de una Carta Internacional de Derechos que fue luego muy considerada en la redacción de la Declaración Universal. También la Organización Internacional del Trabajo redactó su propia carta de derechos laborales que fueron fundamentales en los artículos referidos a derechos de los trabajadores en la redacción de la Declaración Universal. La construcción de una organización internacional pasó a ser la prioridad de la gestión de Roosevelt, quien en sucesivas reuniones con Stalin logró finalmente la construcción de un compromiso, aún en los albores de la guerra fría. En febrero del 45, el Comité Judío Americano escribió su propia carta de derechos. Esta organización estuvo presente y fue muy activa durante toda la redacción de la Declaración

Universal. Muchas organizaciones con intereses propios redactaron cartas de derechos para la década del 40. La vocación de redactar una carta internacional de derechos no existía sólo en los EEUU. Para febrero y marzo de 1945, en la Conferencia Interamericana de Guerra y Paz realizada en México, veintiún países americanos se pronunciaron a favor de la redacción de una carta de derechos fundamentales. Cuba, Chile y Panamá fueron los primeros en presentar borradores a la Conferencia de San Francisco, con la intención de que una carta de Derechos Humanos fuera incluida en los documentos fundantes de la Organización de Naciones Unidas. Buena parte de estos documentos preliminares fueron analizados e incorporados de alguna manera al primer borrador de la Declaración redactado por el Secretario del Comité de Redacción, John P. Humphrey.¹⁸

En 1947, en la primera sesión de la Comisión de Derechos Humanos, la norteamericana Eleanor Roosevelt (viuda del ex presidente de los EEUU) fue electa por unanimidad como Presidente junto al delegado chino P.C. Chang como vice presidente del comité. El reportero del proceso fue el libanés Charles Malik, y el Profesor Canadiense John Humphrey fue nombrado como secretario de la Comisión, por lo que ocupó un rol clave en todo el proceso de redacción.¹⁹ Durante la primera sesión, la Comisión decidió que a fin de optimizar el largo proceso de trabajo, el presidente, el vice y el reportero, con la asistencia permanente de la Secretaría, tomarían la tarea de formular un borrador preliminar de la Carta Internacional de Derechos Humanos, acorde con las instrucciones emitidas por la comisión, que sería presentada a la misma en la segunda sesión. De ahí la trascendencia

18 Morsink, Johannes (1999) "The Universal Declaration of Human Rights. Origins, Drafting and Intent" Philadelphia. PENN University of Pennsylvania Press..

19 Reporte de la primera sesión de la Comisión de Derechos Humanos (E/259) presentada ante la cuarta sesión de ECOSOC. Disponible en <http://daccess-ods.un.org/TMP/7273268.699646.html> (visitado el 3 de enero de 2013).

de los borradores producidos, especialmente, por el Prof. Humphrey, uno de los responsables directos de la tarea. Cuando el reporte de la primera sesión de la Comisión de Derechos Humanos fue considerado en la cuarta sesión del Consejo Económico y Social (ECOSOC), algunos miembros expresaron su vocación de ampliar el grupo de redacción. Así, en marzo de 1947, la presidencia de la Comisión aceptó aumentar el número de miembros, que incluiría finalmente a Australia, Chile, China, Francia, Líbano, la URSS, el Reino Unido y los EEUU.²⁰

El borrador preliminar preparado por la Secretaria contiene cuarenta y ocho artículos delineando los derechos humanos individuales.²¹ En ese texto, los derechos culturales aparecen en el artículo 44: “*(T)oda persona tiene derecho a participar en la vida cultural de la comunidad, disfrutar las artes y compartir los beneficios de la ciencia*”²².

El documento de addenda E/CH.U/AC.1/3/Add.1 incluye las propuestas y observaciones realizadas a los diferentes artículos. El artículo 44 no recibió observaciones por parte de los miembros de la Comisión de Derechos Humanos, pero sí aportes de países y organizaciones Internacionales²³.

Chile (Inter-American Juridical Committee), presentó la siguiente propuesta:

“Toda persona tiene el derecho a compartir los beneficios que surjan de los

20 Véase The Universal Declaration of Human Rights – An historical record of the drafting process- en http://www.un.org/Depts/dhl/udhr/meetings_1947_4th_esc.shtml (visitado el 3 de enero de 2013).

21 Documento E/CN.4/AC.1/3, disponible en <http://daccess-ods.un.org/TMP/6276080.01232147.html> junto con la addenda E/CN.4/AC.1/3/Add.1, disponible en <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=E/CN.4/AC.1/3/Add.1&Lang=E> (visitado el 3 de enero de 2013).

22 “Every one has the right to participate in the cultural life of the community, to enjoy the arts and to share in the benefits of science”. Arg. 44. Documento Documento E/CN.4/AC.1/3, disponible en <http://daccess-ods.un.org/TMP/6276080.01232147.html> (visitado el 3 de enero de 2013).

23 Documento E/CH.U/AC.1/3/Add.1 p. 356-358. Disponible en <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=E/CN.4/AC.1/3/Add.1&Lang=E>

descubrimientos e invenciones de la ciencia, bajo condiciones que permitan una justa retribución a la industria y a aquellos talentos de los responsables del descubrimiento de la invención.

El estado tiene el deber de alentar el desarrollo de las artes y las ciencias, pero debe velar por que las leyes de protección de marcas, patentes y copyrights no sean usadas para el establecimiento de monopolios que puedan evitar que todas las personas compartan los beneficios de la ciencia. Es tarea del estado proteger al ciudadano contra el uso de los descubrimientos científicos de modo tal que creen miedo e intranquilidad entre las personas.”²⁴

EEUU propuso:

*“Entre las categorías de derechos que los EEUU sugiere, debería ser considerado el derecho a 'gozar de un estándar mínimo de bienestar económico, social y cultural'”.*²⁵

El primer borrador del artículo 44 recibió también aportes de las Constituciones vigentes en algunos de los países, entre ellos Bolivia (Constitución del 28 de octubre de 1938, artículo 163, 164), Brasil (Constitución del 18 de Septiembre de 1946, artículo 173, 174), Arabia Saudita (Constitucion del 29 de Agosto de 1926, artículo 23, 24), Uruguay (Constitucion del 24 de Marzo de 1934, modificada en 1942, artículo 62) Yugoslavia (Artículo 37, párrafo 2).²⁶

La segunda addenda establece un índice de cuatro capítulos: libertades, derechos sociales, igualdad y disposiciones generales. El artículo sobre el derecho a *participar de la*

24 Idem. p. 356. La traducción es mia.

25 Ibidem.

26 Idem p. 357-358.

cultura, la ciencia y la vida artística quedó incorporado en el capítulo II sobre Derechos sociales, junto al reconocimiento de los derechos a la salud, la educación, el trabajo, las buenas condiciones laborales, a la participación equitativa en las ganancias nacionales, a la compensación por responsabilidades familiares, a la seguridad social, el alimento y la vivienda, el descanso y la recreación. En esta sesión, el comité de redacción estableció un grupo de trabajo temporal del que participaron los representantes de Francia (René Cassin), Líbano (Charles Malik), Reino Unido (Geoffrey Wilson) y la presidente (Eleanor Roosevelt). El delegado francés recibió la tarea de preparar y reescribir el documento borrador y produjo un texto con un preámbulo y cuarenta y cuatro artículos recomendados. La presencia protagónica de Cassin en el comité fue determinante para la posterior inclusión de los derechos de autores e inventores en el texto definitivo del artículo 27. Sin embargo, esta cláusula no fue incorporada sino hasta el tramo final del trabajo de redacción de la Declaración. La inclusión de esta cláusula en la Declaración Universal de Derechos Humanos no fue pacífica ni obvia y tuvo un largo período de debates a lo largo de las diferentes sesiones.

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.”²⁷ 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 Hombre²⁸, 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 que no eran propiamente hablando un “*derecho humano básico*”²⁹.

El definitivo artículo 27 de la Declaración Universal presenta una redacción esencialmente dual al reconocer que:

“Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.”

Humphrey, como responsable de muchos de los borradores previos, no contaba prácticamente con ningún antecedente que sostuviera la segunda de las cláusulas incluidas en el artículo 27. La referencia más explícita hasta el momento había sido aportada por la Delegación de Chile, que presentó el por entonces todavía borrador de la Carta

27 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.

28 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 3 de enero de 2013).

29 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

Interamericana de los Derechos Humanos. La declaración de Bogotá fue aprobada también en 1948, sólo seis meses antes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y tuvo cierta influencia en la redacción de esta última, ya que la mayoría de las delegaciones latinoamericanas se nuclearon en apoyo de las posiciones contenidas en la Carta Interamericana³⁰. La declaración de Bogotá contenía una cláusula sobre los derechos de autores e inventores, que contribuyó a los borradores elaborados por Humphrey para la Declaración Universal. En su artículo 13 sobre Derecho a los beneficios de la cultura, expresa que:

“Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos. Tiene asimismo derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor. ”

En la segunda sesión del Comité de Redacción, reunido en Nueva York en mayo de 1948, la cláusula sobre los Derechos Culturales estaba contenida en el entonces artículo 30 y no contemplaba todavía los derechos autorales. Entonces, el artículo decía:

“Toda persona tiene derecho a participar en la vida cultural de la comunidad, disfrutar las artes y compartir los beneficios que resulten de los descubrimientos científicos.”³¹

En esa segunda sesión de redacción, Francia aportó el apartado que daría origen a la

30 La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue aprobada en la novena Conferencia Internacional Americana (Bogotá, 1948).

31 *“Everyone has the right to participate in the cultural life of the community, to enjoy the arts and to share in the benefits that result from scientific discoveries.”. La traducción es mía.*

segunda parte del art. 27. La propuesta francesa decía que *“los autores de obras creativas y los inventores deben retener, además de los derechos financieros, un derecho moral sobre su obra o descubrimiento, que debe permanecer incluso más allá de la expiración de los derechos patrimoniales.”*³²

El 28 de Junio de 1948, el Comité de Redacción publicó el Reporte de la tercera sesión de la Comisión de Derechos Humanos en Lake Success, Nueva York.³³ En ese documento se adjuntan dos anexos. El Anexo A es el borrador de la Declaración Internacional de los Derechos Humanos que contiene el por entonces artículo 25 que expresaba: *“Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, disfrutar de las artes y compartir los avances científicos”*.³⁴ En el mismo documento, la Unión Soviética presentó un documento de posición que solicitaba que el art. 25 incluyera como texto que *“el desarrollo de la ciencia debe servir los intereses de progreso y democracia y las causas de la paz y cooperación internacional”*.³⁵ Queda claro entonces que, como resultado de las sesiones de trabajo realizadas entre los días 24 de mayo y 18 de junio, publicadas el 28 de Junio de 1948, los derechos culturales establecidos en el artículo 25 sólo incluían los derechos de acceso, participación y goce de las artes y los beneficios de las ciencias y no los derechos de los autores e inventores, tal como por entonces solicitaba la delegación francesa.

32 Documento E/CN.4/95 p.13. Article 30. Alternative text submitted by France “Authors of creative works and inventors shall retain, apart from financial rights, a moral right over their work or discovery, which shall remain extant after the financial rights have expired”. Reporte del Comité de Redacción, Segunda Sesión, Nueva York, Mayo de 1948, disponible en <http://daccess-ods.un.org/TMP/1570073.8132.html> (visitado el 3 de enero de 2013). La traducción es mía.

33 Disponible en <http://daccess-ods.un.org/TMP/4155121.74367905.html> (visitado el 3 de enero de 2013).

34 E/800 Anexo A. Article 25: “Everyone has the right to participate in the cultural life of the community, to enjoy the arts and to share in scientific advancement”. Reporte de la Tercera Sesión del Comité. E/800 28 de Junio de 1948. p. 13.

35 E/800 p. 44 Amendment to Article 25. Add to the text adopted “The development of science must serve the interests of progress and democracy and the cause of international peace and co-operation.”

A esta altura hubo incluso algunas propuestas tendientes a eliminar de plano la mención a estos derechos. Fue aquí donde la incidencia de UNESCO tuvo mayor relevancia. Jacques Havet, en representación de la agencia de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, expresó que “*era necesario lograr que todos tuvieran el mismo derecho de participación en la cultura y afirmar la prioridad de la vida cultural sobre las concepciones materialistas*”.³⁶

El tercer comité hizo dos pequeñas modificaciones al texto del primer párrafo. Por sugerencia de la delegación de Perú, la palabra “*freely*” (libremente) fue antepuesta a la idea de participación en la cultura. José Encinas defendió la expresión al decir que no era suficiente reconocer que todos tienen el derecho a participar en la vida cultural, artística y científica de la comunidad, sino que se debía dejar en claro que este derecho se debía realizar en completa libertad, sin la cual no habría creación digna de un hombre. Encinas propuso entonces insertar la palabra *libremente*, enmienda que fue aceptada por 38 votos a cero, con 2 abstenciones.

El delegado chino, Chang, propuso en esta instancia un cambio en la redacción para que la primera parte del artículo 27 quedara tal como en la versión definitiva, es decir “*compartir el avance científico*”, en lugar de “compartir los beneficios que resulten de los descubrimientos científicos” tal como aparecía en el borrador previo.³⁷

Perez Cisneros, el delegado de Cuba, advirtió que la eliminación de la palabra “*beneficios*” del texto diluía de algún modo el sentido igualitario de la declaración y propuso volver atrás con el cambio. Advirtió además que no todos estaban lo

36 Citado en Morsink. p.218.

37 Morsink, p.218-219.

suficientemente dotados para jugar un rol en el avance científico y propuso que el texto cambiara por “*compartir los beneficios resultantes del avance científico*”. Cassin apoyó la propuesta al expresar que si bien no todos estaban en condiciones de jugar un rol en el avance de la ciencia, debían indudablemente tener posibilidad de participar en los beneficios derivados de él. El delegado chileno, Santa Cruz, destacó el hecho de que la propuesta cubana no hacía más que traer a la mesa nuevamente los términos de la Carta Interamericana.

La propuesta cubana, apoyada por Francia y Chile, fue aprobada de manera unánime y contribuyó a preservar la conexión entre el derecho al pleno desarrollo de la personalidad humana de los artículos 22, 26 y 29. Participar en los beneficios de la ciencia significa, entre otras cosas, tener derecho a acceder a medicinas asequibles, que son pre-requisito para el desarrollo de la personalidad y la dignidad de la vida humana.³⁸

Diferente fue el desarrollo de la segunda parte del artículo 27, que se debatió en medio de una controversia creciente sobre las legislaciones internacionales de copyright. Para la década del 40, cuando se discutió y redactó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aún no había consensos internacionales sólidos sobre la cuestión de los derechos de autor. El desacuerdo básico giraba en torno a aquellos para los cuales el copyright sólo era una forma más de propiedad privada, es decir, que consideraban exclusivamente la cuestión patrimonial de estos derechos y aquellos que entendían que hay una característica propia en ellos, usualmente referida como los “*derechos morales*” sobre el uso y difusión de las obras. Los derechos morales aparecen, desde esta perspectiva, como

38 Idem p.219.

persistentes aún después de que los derechos patrimoniales y de comercialización hubieran expirado. La compleja discusión sobre la segunda parte del artículo 27 da cuenta de la falta de consensos internacionales en la materia.

En la revisión de los primeros borradores, nada en los textos de Humphrey se parecía a esta segunda parte sobre derechos de autores e inventores. El redactor canadiense había enfocado los derechos culturales en la primera parte, es decir, en el derecho de acceso y participación en la cultura y los beneficios de las ciencias. Fue Cassiniquien incorporó la propuesta francesa ya mencionada. Roosevelt de EEUU y Wilson del Reino Unido objetaron la incorporación de esta cláusula por considerar que pertenecía más propiamente al dominio del copyright que al de los Derechos Humanos. Pero la delegación francesa fue muy persistente en su posición y consiguió su cometido en la Tercera Sesión de la Comisión.

Podría ser un hecho casual, pero vale mencionar que las reuniones de la Tercera Sesión tuvieron lugar entre los días 28 de mayo y 18 de junio de 1948, en paralelo a la Conferencia sobre la Convención Internacional de Berna, realizada en Bruselas, Bélgica, entre los días 5 y 26 de junio del mismo año. En esa conferencia fue efectivamente revisada la cláusula de los Derechos Morales en la Convención de Berna. Aunque muchas delegaciones latinoamericanas no eran entonces signatarias de la Convención de Berna, vieron con buenos ojos el abordaje orientado a la defensa de la reputación y el honor de los autores. Esta misma perspectiva había sido adoptada muy recientemente, en abril de 1948, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, específicamente en el artículo 13 de la Declaración de Bogotá. La delegación francesa hizo apenas unas

modificaciones estilísticas menores al texto de este articulado de la Declaración Interamericana y lo propuso en la tercera sesión del comité como segunda parte del artículo 27. El delegado chileno, Joaquín Larrain, hizo una sólida defensa de la propuesta francesa. Fontana de Uruguay hizo lo propio. En nombre de la delegación de los EEUU, Eleanor Roosevelt se opuso con énfasis a la cláusula propuesta por Francia, en particular porque *“la declaración debía mantenerse breve y porque su delegación consideraba que el copyright era un asunto de Derecho Internacional”*. La tercera sesión rechazó la cláusula por 6 votos a 5, con 5 abstenciones. Pero esta decisión fue revertida en el Tercer Comité, cuya membresía era mucho más numerosa. Allí terciaron los votos de las delegaciones latinoamericanas que vieron con satisfacción la inclusión de los términos de la declaración de Bogotá. Así, tras sendas discusiones, las delegaciones de Cuba, México y Francia unificaron propuestas en un texto que decía: *“Todos tienen el derecho a la protección de los intereses morales y materiales en toda invención u obra literaria, científica o artística de la cual sea autor”*.³⁹

La delegación norteamericana, junto con la ecuatoriana, insistieron en que la propiedad intelectual estaba ya debidamente tratada en el artículo sobre los derechos de propiedad, y hubo algunas delegaciones que argumentaron que la propiedad intelectual no era un derecho humano en absoluto. Así lo sostuvo, por ejemplo, la delegación británica, que enfatizó que las cuestiones de derechos de autor estaban cubiertas ya por acuerdos y legislaciones específicas del derecho internacional. Además agregó que como estos no eran derechos humanos básicos, la declaración debía mantenerse universal en naturaleza y

39 “Everyone has, likewise, the right to the protection of his moral and material interests in any inventions or literary, scientific or artistic work of which he is the author” citado en Morsink, p.221.

reconocer principios generales válidos para todas las personas y no sólo para un sector determinado como en este caso eran los autores e inventores.

La delegación australiana expresó que *“los indisputables derechos de los trabajadores intelectuales no pueden aparecer junto a derechos fundamentales de naturaleza más general como la libertad de pensamiento, la libertad religiosa y el derecho al trabajo”*.

Ante todas estas críticas, Cassin sostuvo su posición basada en el reconocimiento de los derechos morales y consiguió el apoyo de buena parte de las delegaciones latinoamericanas. Argentina, Venezuela, Perú, Brasil, Ecuador y particularmente México se pronunciaron a favor de la enmienda.

A esto se sumó una acotación de China a cargo del delegado Chang, quien mencionó que no se trataba sólo de proteger los intereses de artistas, sino de salvaguardar los intereses de todos. En este sentido, Chang argumentó con firmeza a favor del derecho moral de integridad al decir que las obras *“deben ser puestas a disposición de las personas en su forma original y que esto sólo puede ser hecho si los derechos morales de los artistas son protegidos”*.

En su trabajo sobre la redacción del articulado de la Declaración Universal, Johannes Morsink no ofrece indicación alguna sobre si se dio o no un debate por la evidente tensión entre los párrafos que conforman el artículo 27. Las cuestiones derivadas de la necesaria búsqueda de un equilibrio entre los derechos del autor y los de la colectividad en relación al acceso y participación en la cultura no parecen haberse debatido a fondo o, por lo menos, no parece que se hubiera abordado con suficientes detalles que

quedaran documentados por parte de los historiadores del proceso de redacción⁴⁰.

Las delegaciones comunistas se abstuvieron de votar esta cláusula que fue acompañada favorablemente en el Tercer Comité por 18 votos a favor, 13 en contra y 10 abstenciones. Panamá, Perú, Polonia, Uruguay, Venezuela, Argentina, Bélgica, Brasil, China, Colombia, Cuba, República Dominicana, Francia, Grecia, Honduras, Luxemburgo, México y Holanda fueron los 18 votos positivos. La influencia latinoamericana fue determinante, y en ella, la adopción de la terminología aprobada previamente en la Declaración de Bogotá.⁴¹ En la última rueda de votaciones generales de la Declaración, con un borrador consolidado plenamente, el artículo 27 en su redacción final fue aprobado con 53 votos a favor y tres abstenciones⁴².

El tercer comité realizó una enorme tarea, 81 reuniones para considerar y discutir el borrador de la Declaración preparada por la Comisión de Derechos Humanos, evaluó 168 propuestas de modificaciones a los diversos artículos presentadas durante el proceso de redacción, pero no logró avanzar en la tarea de escribir una Convención ni avanzar en los mecanismos de implementación de la misma⁴³. Estas tareas tardarían años todavía, tras la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos celebrada el 10 de Diciembre de 1948. En la misma resolución, la Asamblea instó al Consejo Económico y Social a que pidiese a la Comisión de Derechos Humanos que continúe con su trabajo prioritario para la elaboración de un Pacto relativo a los Derechos Humanos y a la

40 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.

41 Morsink, p. 222.

42 Anuario de Naciones Unidas 1947-1948. P 534. Disponible en <http://unyearbook.un.org/unyearbook.html?name=194849index.html> (visitado el 3 de enero de 2013).

43 Anuario de las Naciones Unidas 1978-1948. p. 526-529. <http://unyearbook.un.org/unyearbook.html?name=194849index.html>

elaboración de medidas de aplicación. El Consejo Económico y Social transmitió esa resolución de la Asamblea General a la Comisión de Derechos Humanos mediante la resolución 191 (VIII), de 9 de febrero de 1949.⁴⁴

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La inclusión del artículo 15.

Para el año 1951, en su 12º período de sesiones, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, por mandato de la Asamblea General del Organismo, pidió a la Comisión de Derechos Humanos que comenzara a trabajar en un proyecto de pacto de Derechos Humanos que incluyera los derechos económicos, sociales y culturales. Entre abril y mayo de ese año, la Comisión comenzó a examinar el texto sobre los derechos económicos, sociales y culturales y dio lugar a las primeras deliberaciones sobre una disposición contractual relativa a derechos culturales con aportes sustantivos de la UNESCO, que tenía un rol esencial en la deliberación. Entre noviembre de 1951 y febrero de 1952, la Asamblea General tomó la decisión de preparar dos pactos separados y simultáneos, uno sobre derechos civiles y políticos y otros sobre los derechos económicos, sociales y culturales⁴⁵.

La Tercera Comisión trabajó en los dos proyectos en el décimo período de sesiones de la Asamblea general en 1955. El articulado referido a los derechos culturales del

44 Audiovisual Library of International Law. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Procedural History. Disponible en http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/iccpr/iccpr_ph_s.pdf (visitado el 4 de enero de 2013).

45 Véase Documentos de la Asamblea General, Sexta sesión, 543 (VI) Preparation of Two Drafts International Covenants on Human Rights. 374th. Plenary Meeting. Feb. 5th. 1952. Disponible en http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/543%28VI%29 (Visitado el 4 de enero de 2013)

PIDESC apareció en agenda recién en el duodécimo período de sesiones, en 1957, cuando se introdujo la cláusula sobre los intereses de los autores. Este fue el momento definitivo de la discusión sobre derechos culturales. El pacto en su texto completo fue aprobado recién en 1966.

Vale mencionar que varios delegados que participaron de la redacción de la Declaración Universal formaron parte de los comités de redacción del PIDESC. Una de ellas, la representante de los EEUU, Eleanor Roosevelt, fue muy cuidadosa a la hora de mencionar las diferencias en la redacción y la tarea de elaborar el pacto. En este sentido Roosevelt expresó:

"Conviene recordar la diferencia entre la Declaración Universal de Derechos Humanos y el proyecto de primer pacto internacional. La primera consiste en una exposición de los valores que los países deben proponerse alcanzar... Ahora bien,... un pacto es un documento de una clase muy diferente, pues ha de ser susceptible de aplicación judicial. La tarea de redactar un instrumento de esta índole es totalmente distinta de la de enunciar las esperanzas y aspiraciones relacionadas con los derechos y las libertades de los pueblos."⁴⁶

El artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos cobró su forma definitiva sólo al final del proceso y muy poco tiempo antes de la aprobación del mismo, tras lo cual quedó establecido que *“toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le corresponda en razón de las producciones científicas,*

46 E/CN.4/SR.206, párr. 12. 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.

literarias o artísticas de la que sea autora”. Con este artículo como antecedente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 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”*⁴⁷.

El artículo 15 del PIDESC es ciertamente similar al Artículo 27 de la Declaración Universal, sin embargo su redacción no fue una mera copia de la declaración ni fue pacífica su inclusión en el Pacto.

El texto del PIDESC expresa que:

15. *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.

Es importante mencionar que en la redacción del Pacto, fue el inciso c) el que generó más controversias y debates. Al igual que en la redacción de la Declaración Universal, las cláusulas sobre la participación en la vida cultural y el goce de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones fueron debatidas sólo en aspectos menores y

47 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 4 de enero de 2013).

formales. No fue este el caso del inciso 2 de la Declaración Universal, que vela por los derechos de autores e inventores, que sufrió la misma suerte que el inciso c) del artículo 15, es decir, fueron largamente discutidos e incorporados a las versiones definitivas aprobadas sólo en el final de los debates. En su trabajo sobre la inclusión del inciso c) del artículo 15 en el PIDESC, María Green explica que esta disposición fue excluida expresamente de dicho documento en las múltiples sesiones de redacción celebradas por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Green indica que el inciso sólo llegó a incorporarse al pacto en el curso de un debate extremadamente rutinario en 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.⁴⁸

Desde 1951, la UNESCO había presentado al menos dos proyectos de disposiciones sobre derechos culturales. Una más larga y otra más breve y concisa. El proyecto inicial, más largo y detallado de la UNESCO contenía las siguientes disposiciones:

Los Estados signatarios se comprometen a alentar la conservación, el desarrollo y la propagación de la ciencia y la cultura por todos los medios apropiados:

a) Facilitando a todos el acceso a las manifestaciones de la vida cultural y nacional e internacional, entre ellas los libros, las publicaciones y las obras de arte, así como al goce de los beneficios dimanantes del progreso científico y de su aplicación;

b) Conservando y protegiendo el legado de libros, obras de arte y otros

48 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.

monumentos y objetos de interés histórico, científico y cultural;

c) Garantizando la libertad y seguridad a los estudiosos y artistas en su trabajo y procurando que gocen de las condiciones materiales necesarias para la investigación y la creación;

d) Garantizando el libre desarrollo cultural de las minorías raciales y lingüísticas.

Los Estados signatarios se comprometen a proteger por todos los medios apropiados el interés material y moral de todo hombre, dimanante de toda obra literaria, artística o científica de la que sea el autor⁴⁹.

La propuesta más breve presentada por UNESCO estipulaba que:

Los Estados signatarios se comprometen a alentar por todos los medios apropiados la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y la cultura. Reconocen que uno de sus objetivos principales es garantizar las condiciones que permitirán a todos:

a) Participar en la vida cultural;

b) Gozar de los beneficios dimanantes del progreso científico y de sus aplicaciones;

c) Obtener protección para sus intereses morales y materiales dimanantes de toda obra literaria, artística o científica de la que sea autor.⁵⁰

Esta redacción propuesta por UNESCO fue en definitiva la que más incidencia tuvo

49 E/CN.4/AC.14/2, pág. 3. 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"

50 E/CN.4/AC.14/2, párr. 4. 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"

en la redacción final del artículo 15 del PIDESC.

La Tercera Comisión se ocupó del artículo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales relativo a los derechos culturales en su duodécimo período de sesiones, en 1957, en cuyo momento se introdujo en el documento la disposición sobre los intereses de los autores. El debate sostenido por la Tercera Comisión en 1957 fue de hecho la discusión definitiva de la disposición sobre los derechos culturales, aunque la Asamblea General se ocupó de nuevo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dos veces en los años siguientes (en 1962 para la revisión de los artículos 2 a 5 y en 1963 para introducir el derecho a ser protegido contra el hambre), antes de aprobar el texto completo del Pacto en 1966⁵¹.

Al igual que en los debates sobre la Declaración Universal, el reconocimiento de los derechos de acceso y participación fue rápidamente consensuado. Havet, delegado en representación de UNESCO declaró que *"el derecho de toda persona a gozar de su parte de los beneficios de la ciencia era en gran medida el factor determinante para el ejercicio por la humanidad en su conjunto de muchos otros derechos"*⁵². Añadió luego que *"el goce de los beneficios del progreso científico implicaba la difusión del conocimiento científico básico, en especial el conocimiento más eficaz para ilustrar las mentes de los hombres y combatir los prejuicios, coordinar los esfuerzos por parte de los Estados, en colaboración con los organismos especializados competentes, elevar los niveles de vida y conseguir una difusión más amplia de la cultura gracias a los procesos y aparatos creados por la*

51 UN General Assembly. 21st. Session. 16 de diciembre de 1966.

[http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2200\(XXI\)](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2200(XXI)) (visitado el 4 de enero de 2013).

52 E/CN.4/SR.228, pág. 11. 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"

ciencia"⁵³.

En efecto, los incisos a) sobre participación en la cultura y b) sobre el goce de los beneficios dimanantes del progreso científico y de sus aplicaciones, del artículo 15 fueron aprobados con 15 votos favorables frente a ninguno negativo, y sólo 3 abstenciones.⁵⁴ En cambio, la discusión sobre el derecho a la protección de los intereses materiales y morales de los autores fue, como mínimo, controversial. Tal como ocurrió en la Declaración Universal, la delegación francesa y la UNESCO fueron los más firmes defensores de la inclusión del inciso c), mientras que la delegación de los EEUU se opuso una vez más con toda firmeza.⁵⁵ Roosevelt, al frente de la delegación norteamericana indicó que:

*"A juicio de su delegación, el tema del derecho de autor no debe ser tratado en el Pacto, porque ya es objeto de estudio por la UNESCO que... está efectuando una compilación de las leyes sobre el derecho de autor con objeto de acumular un cuerpo de doctrina y, a su debido tiempo, preparar un convenio. Mientras no se hayan estudiado a fondo todas las complejidades de ese asunto, será imposible sentar un principio general sobre la materia para su inclusión en el Pacto."*⁵⁶

En efecto, el propio delegado de la UNESCO había dicho también que ese organismo estaba trabajando en la armonización internacional del derecho autoral. Havelt expresó que:

53 E/CN.4/SR.228, pág. 12. 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"

54 E/CN.4/SR.230, pág. 7. Citado en Green, María.

55 Yu, Peter K. (2007) "Reconceptualizing Intellectual Property Interests in a Human Rights Framework" Legal Studies Research Paper Series Research Paper No. 04-01 Michigan State University College of Law;.

56 E/CN.4/SR.229, pág. 10. Citado en Green, María.

*"En relación con la protección de los intereses morales y materiales de los autores y artistas, la UNESCO lleva adelante la tarea de armonizar la legislación y la práctica nacionales e internacionales en esta esfera. Se espera presentar un convenio a los gobiernos, para su firma en 1952, en relación con los intereses de los artistas y escritores, entre ellos los escritores científicos, pero con exclusión de la cuestión del descubrimiento científico en el sentido estricto del concepto y de las patentes, en relación con lo cual la secretaría está realizando estudios especiales."*⁵⁷

Santa Cruz, quien al igual que en la Declaración Universal representó a Chile en la redacción del PIDESC, dijo que *"si bien la protección... es útil en determinadas circunstancias y en determinados períodos de la vida de las naciones, la cuestión no guarda relación con un derecho humano fundamental."*⁵⁸ En esta primera instancia, la propuesta del inciso c) sobre los derechos de los autores fue rechazada. El resto del artículo fue aprobado por 14 votos a cero, con la abstención de 4 delegaciones, entre ellas, la francesa. Hubo sendos debates con intervenciones de Chile y el Reino Unido en contra del artículo e insistencia francesa a favor de su inclusión. Para esta etapa de la redacción, el texto del articulado estaba definido de la siguiente forma:

Artículo 16

Derechos relativos a la cultura y a la ciencia

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

57 E/CN.4/SR.228, pág. 12. UNESCO distinguía entre "los intereses de los artistas y escritores, entre ellos los escritores científicos" y "la cuestión del descubrimiento científico en el sentido estricto del concepto, y la de las patentes". Mencionado en Green, M.

58 E/CN.4/SR.230, pág. 8. Citado en Green, María.

- a) *A participar en la vida cultural;*
- b) *A gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones.*

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 la cultura.*

3. *Los Estados Partes en el Pacto se comprometen a respetar la libertad indispensable para la investigación científica y para la actividad creadora⁵⁹.*

Sin embargo, la discusión estaba lejos de cerrarse en ese punto. La Tercera Comisión volvió a examinar el artículo sobre los derechos culturales en su duodécimo período de sesiones, a fines de octubre y a comienzos de noviembre de 1957. Una vez más, las cláusulas relativas al acceso a la cultura y el goce de los beneficios del progreso científico no suscitaron rechazo alguno, pero la cláusula sobre los derechos de autores e inventores volvieron a generar controversia.

Esta vez, la delegación francesa estuvo encabezada por Juvigny, quien pidió con énfasis que la propuesta sobre derechos de autores e inventores figurara en el documento final, pero se abstuvo de proponer el texto él mismo. Fue la delegación de Uruguay, encabezada por Tejera, la que expresó que era imperativa una referencia a los derechos de autor y propuso el articulado sobre el tema, argumentando que en su país, los derechos de autor y los del público no se contraponían sino que se complementaban. En este último

59 "Anotación sobre los proyectos de pactos internacionales de Derechos Humanos". Informe del Secretario General al décimo período de sesiones de la Asamblea General, 1º de julio de 1955. Documento de las Naciones Unidas A/2929, página 125 del texto español.

tramo, algunas delegaciones como la chilena optaron por acompañar la propuesta uruguaya esencialmente porque ya tenían firmados compromisos internacionales en la materia, con lo que la inclusión no cambiaría en nada la situación en ese país. Otras delegaciones se preguntaron por qué no había sido incluida antes, si existía ya una cláusula en ese sentido en la Declaración Universal y atribuyeron el faltante a un olvido.

Indonesia presentó algunas objeciones recordando las mismas posturas de rechazo en el debate sobre la Declaración Universal, bajo la preocupación de que el tema no debía ser resuelto en un texto breve sino que debía ser examinado teniendo en cuenta los derechos del público en todos los países. A su vez, la delegación de la URSS volvió sobre argumentos que también habían sido usados en la declaración de 1948 al expresar que la inclusión de estos derechos rompía el equilibrio del pacto, dado que este instrumento vela por derechos que conciernen a todos los hombres y no a un determinado grupo particular, como mencionaba la propuesta referida a los autores. *“El hecho de que la Declaración Universal de Derechos Humanos enuncie un principio no significa que automáticamente deba repetirlo el pacto”* expresó el delegado soviético. En este sentido, Indonesia y el Bloque de Europa del Este presentaron como preocupación la idea de que la cláusula fortalecería la protección de la propiedad privada e incluso una potencial interferencia y control del gobierno sobre la ciencia y el arte, y sobre los científicos y los artistas.⁶⁰

El delegado de la Unión Soviética hizo una distinción entre una disposición que instituyera una protección nacional de los derechos de autor, de la que él sería partidario

60 Yu, Peter K. (2007) “Reconceptualizing Intellectual Property Interests in a Human Rights Framework” Legal Studies Research Paper Series Research Paper No. 04-01 Michigan State University College of Law; p.1067.

*"a condición de que se agreguen al texto propuesto las palabras "con arreglo a la legislación de los Estados interesados" o una fórmula análoga", y una disposición que creara obligaciones internacionales, de la que no sería partidario. Declaró que "si se trata de las relaciones entre Estados en lo que se refiere a los derechos de autor y a las patentes de invención, el Sr. Morózov estima que estas relaciones deben estar reglamentadas por acuerdos especiales que están fuera del alcance de los pactos de derechos humanos"*⁶¹. En su completo análisis histórico sobre la redacción del artículo 15 del PIDESC, María Green establece que *"de los términos del diálogo entre la Unión Soviética, Checoslovaquia y Uruguay se desprende que la disposición relativa a los derechos de autor quedó asociada a la protección de la libertad de los autores contra una intervención estatal."*⁶²

La disposición relativa a los derechos de autor fue aprobada por 39 votos contra 9 y 24 abstenciones⁶³.

Al igual que en la redacción de la Declaración Universal, prácticamente no se planteó debate sobre las cuestiones de fondo relativas a la tensión interna resultante de los artículos 27 y 15, ni tampoco queda claro en ninguno de los dos documentos si se planteó la existencia de dicha tensión entre ambos derechos, y cuál sería la forma adecuada de resolver la relación entre la participación, los beneficios y la cláusula sobre los autores.

Concluye Green que *"al promover tanto el derecho a "gozar de los beneficios del progreso científico" como el derecho a "beneficiarse de la protección de los intereses*

61 A/C.3/SR.798, párr. 44. Citado en Green, María.

62 Green, María "El proceso de elaboración del apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales"

63 A/C.3/SR.799, párr. 35. Citado en Green, María.

morales y materiales que le correspondan' por razón del trabajo propio en calidad de derechos humanos, los redactores crearon una tensión que se habrá de resolver si se quiere que el artículo 15 tenga efectividad.” y agrega que “parece que (los redactores) dieron por supuesto que primordialmente los objetivos del apartado b) del párrafo 1) del artículo 15 son evidentes e indiscutibles, pues beneficiarse del progreso científico es un derecho humano fundamental, patrimonio de todos. Parece, sin embargo, que consideraron el apartado c) del párrafo 1) del artículo 15 como algo de menor importancia, algo que debía servir para proteger diversos intereses diferentes y en potencia; según el parecer del redactor, algunos delegados querían enunciar en el plano internacional los derechos individuales del autor a ejercer su dominio sobre los aspectos "morales" de su obra; algunos delegados querían confirmar este derecho "moral" como instrumento para asegurar el interés público por la integridad de una creación publicada; algunos delegados se dejaron guiar probablemente por el simple deseo de reforzar la legislación vigente sobre los derechos internacionales de autor. Ahora bien, se observa en todos los casos que los redactores parecían creer casi exclusivamente que sólo podían ser autores los individuos. Ello se deducía quizás necesariamente del hecho de que lo acordado era un pacto de "derechos humanos", pero no parece que los redactores cayeran en la cuenta de que una empresa puede ser titular de una patente o que hayan imaginado el caso de que el creador sea meramente un empleado de la entidad titular de la patente o del derecho de autor.”

Finalmente, el artículo 15 del PIDESC quedó redactado del siguiente modo:

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.*⁶⁴

Así, casi dos décadas después de la Declaración de 1948, el PIDESC fue finalmente aprobado. Sin embargo, tomaría diez años más su entrada en vigor, es decir, obtener el requisito de 35 ratificaciones. Finalmente, el PIDESC entró en vigencia el 3 de enero de 1976, aunque aún quedan países sin firmar y/o ratificar el acuerdo. Tal es el caso de Estados Unidos, que participó activamente de la redacción y firmó el Pacto pero nunca lo ratificó formalmente en el Congreso, por lo que no se integró a las obligaciones dimanantes del mismo.

64 Véase <http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/pidesc.htm> (visitado el 8 de enero de 2013).

Con el correr de las décadas, la inclusión de la propiedad intelectual en tratados comerciales como los ADPIC⁶⁵ obliga a revisar la mirada de los redactores a la hora de legarnos la cláusula c) del artículo 15 de PIDESC, ya que seguramente no existían entonces los problemas y dilemas que ponen cada vez más en tensión los derechos de participación en la cultura, los derechos de acceso a los beneficios del progreso de las ciencias y los derechos de autores e inventores.

Otros derechos vinculados: Libertad de Expresión y Derecho a la Educación

Tanto la Declaración Universal como el PIDESC contemplan otros derechos que están estrechamente vinculados al artículo que contempla los derechos de autores e inventores. Los compromisos asumidos en materia de libertad de expresión y derecho a la educación también tienen relación con los niveles de protección que los países definan sobre los derechos de autores e inventores en relación a las obras de las que son autores.

El debate sobre la libertad de expresión durante la redacción de la declaración de 1948 estuvo teñido especialmente por las limitaciones al ejercicio de esta libertad. Recordemos que la DUDDHH fue redactada en los primeros años posteriores a la II Guerra Mundial, cuando las consecuencias y el espíritu del nazismo eran muy recientes. Los horrores de la guerra pusieron el tema del libre flujo de información como una de las prioridades en la agenda de la recientemente constituida Organización de las Naciones Unidas. La Comisión de Derechos Humanos creó entonces una Sub-comisión sobre libertad

65 Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual aplicados al Comercio, firmado en el marco de la Organización Mundial del Comercio. Disponible en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/trips_s.htm (visitado el 8 de enero de 2013).

de información para que trabajara los derechos, obligaciones y prácticas que debían ser incluidos en el concepto de libertad de información. Todas estas cuestiones fueron derivadas entonces a la Conferencia Mundial sobre Libertad de Información que se realizó por aquellos años⁶⁶.

Pese a las propuestas de fijar límites a las expresiones que apelaran al odio y el desprecio por los Derechos Humanos, tal como propuso la delegación de la Unión Soviética, que planteó el problema de si los nazis debían gozar del derecho de libertad de expresión y libertad de asociación en un país regido por la Declaración Universal de los Derechos Humanos,⁶⁷ finalmente, el comité de redacción adoptó dos artículos sobre libertad de pensamiento y expresión, ninguno de los cuales contenía cláusulas de limitaciones o restricciones.

*“Toda persona tiene derecho a expresar e impartir opiniones, o a recibir y buscar información y la opinión de otros sin importar la localización de las fuentes” y “habrá libertad de expresión ya sea de palabra, en escritos, en la prensa, en libros o por la vía visual, auditiva o cualquier otro medio. Habrá igualdad de acceso a los canales de comunicación”. Las frases “sin importar la localización de las fuentes” y “a todos los canales de comunicación” son el origen de la redacción final del artículo 19 que indica “a través de cualquier medio y más allá de las fronteras”.*⁶⁸

La delegación británica propuso una síntesis de estos artículos, lo que llevó a la

66 Morsink, p. 66.

67 Idem.

68 Idem p. 67. “Every one is free to express and impart opinions, or to receive and seek information and the opinion of others from sources wherever situated” y “There shall be freedom of expression either by word, in writing, in the press, in books or by visual, auditory or other means. There shall be equal access to all channels of communication”.

adopción del siguiente texto: *“Toda persona tendrá el derecho a la libertad de pensamiento y comunicación. Esto debe incluir la libertad de sostener opiniones sin interferencias, y de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas por cualquier medio, más allá de las fronteras”*. A esta propuesta se sumaron alternativas que apuntaban a incluir limitaciones tales como *“teniendo en consideración los derechos de los demás”* y *“siendo responsable de los abusos de esta libertad sólo en casos determinados por las leyes nacionales”*. Los delegados de Checoslovaquia y la URSS fueron los únicos en objetar que estas limitaciones no eran suficientes. Estos últimos explicaron que el mundo salía de una gran guerra y que era necesario limitar la prensa si ésta era usada como vehículo de *“propaganda de guerra y exhortación a la venganza”*.⁶⁹ Las limitaciones propuestas fueron eliminadas en la votación, pese a lo cual la URSS insistió de manera recurrente en incluir las mismas a lo largo del proceso.

Bolivia tuvo una respuesta contundente a los temores de la URSS. El delegado de ese país, Eduardo Anze Matienzo expresó que la *“forma segura de curar esos males (en referencia al nazismo y el fascismo) era asegurar las libertades fundamentales”*.⁷⁰

El artículo 19 quedó finalmente redactado así:

*“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.”*⁷¹

69 Ibidem.

70 Idem. p.69.

71 Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 19, disponible en

En el marco de los Pactos posteriores a la Declaración Universal, la libertad de expresión también integra el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, redactado en paralelo al PIDESC. En ese contexto, el artículo 19 del Pacto expresa que:

1. *Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.*
2. *Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*
3. *El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:*
 - a) *Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;*
 - b) *La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.*⁷²

Este pacto fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y entró finalmente en vigor el 23 de marzo de 1976.

<http://www.un.org/es/documents/udhr/index.shtml> (visitado el 8 de enero de 2013).

72 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm> (visitado el 8 de enero de 2013).

Otro derecho que guarda directa relación con el derecho de autor es el derecho a la educación, consagrado tanto en la Declaración Universal como en el PIDESC.

En el marco de los derechos humanos, el Derecho al desarrollo es muchas veces asociado al derecho a la auto-determinación, contemplado tanto en la DUDDHH como en el PIDESC y en el PIDCP. Estos derechos son catalogados como derechos colectivos, sin embargo, también es posible encontrar reconocimiento a los derechos individuales de libre determinación y desarrollo personal, en textos tales como aquel que indica que en ningún caso un individuo puede ser despojado de sus medios de subsistencia. Más allá de la mera subsistencia, el derecho al libre y pleno desarrollo de la personalidad incluye los derechos laborales, la elección libre de vocación y empleo y la protección contra el desempleo. Estas ideas se encuentran en los primeros borradores presentados por la Federación Americana del Trabajo, entre otros documentos que contribuyeron al diseño y redacción de la DUDDHH.

Fue Cassin, el delegado francés, el encargado de incorporar en los borradores de la declaración la importancia del desarrollo pleno de la personalidad de los individuos. La delegación cubana, por su parte, introdujo una propuesta en la que se reconoce el derecho a la realización *“de los derechos económicos, sociales y culturales indispensables para la dignidad y el desarrollo libre de la personalidad”*.⁷³

Una parte central en el ejercicio del derecho al pleno desarrollo de la personalidad se encuentra en el artículo 26 que consagra el Derecho a la Educación. De hecho, el delegado de Brasil, De Athayde, expresó en la reunión del Tercer Comité que *“el derecho a la*

73 Morsink, p. 211.

educación era indisputable”⁷⁴. Pero más allá del desarrollo individual, algunos delegados expresaron los fundamentos del Derecho a la Educación en términos colectivos. El Delegado filipino, Melchor Aquino, expresó que a la luz de los sucesos de los años recientes (en relación a la II Guerra Mundial y la barbarie del nazismo), “*una ciudadanía ilustrada y bien informada constituye la mejor defensa para la democracia y el progreso*” y agregó que dado que los Estados quieren que la ciudadanía tenga educación, “*la hacen obligatoria y gratuita*”. Al menos un tercio de las constituciones citadas en el debate sobre este derecho contemplan que la educación obligatoria es una necesidad clave de los estados para promover una actitud cívica por parte de los ciudadanos.

Por ejemplo, el segundo párrafo de un aporte argentino a la redacción en el Tercer Comité establecía que “*toda persona tiene derecho a una educación que la prepare, entre otras cosas, para ser un miembro útil de la sociedad*”. Diferentes lecturas son factibles a partir de la idea de “útil” expresada aquí, ya que hay una estrecha vinculación en diferentes sociedades entre el derecho a la educación y los diversos tipos de empleos que una sociedad necesita.⁷⁵ Corominas, el delegado argentino, fue además el responsable de impulsar la inclusión de una cláusula tendiente a promover la educación técnica, ampliando así la idea de utilidad en la educación. Otras delegaciones americanas enfatizaron la utilidad más allá de las aptitudes para el empleo e incluyeron la lógica del servicio público y la educación cívica. Ecuador por ejemplo propuso la idea de que la educación debía ser compatible con los valores morales y las instituciones republicanas, Haití enfatizó en los deberes de los ciudadanos y Brasil puso foco en los principios de la libertad y la solidaridad humana.

74 Idem. p.212

75 Idem p. 213-214.

Cassin propuso que la frase “*desarrollo pleno de la personalidad humana*” sea reemplazada por “*el pleno desarrollo de las aptitudes físicas, espirituales y morales de los individuos*”.

El artículo 26 quedó finalmente redactado de este modo:

1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

*3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.*⁷⁶

Por su parte, el PIDESC también reconoce y detalla el derecho a la educación ya consagrado en la DUDDHH. El artículo 13 del Pacto expresa las obligaciones de cada Estado en relación a la educación al expresar:

76 Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículo 26.

Artículo 13

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:

a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;

b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo

de instrucción primaria;

e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquellas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

4. Nada de lo dispuesto en este Artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

Recordemos que los Estados parte del PIDESC, es decir, aquellos que lo firmaron y ratificaron la aceptación de sus términos, aceptan voluntariamente las obligaciones del Pacto a fin de promover la plena realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales dimanantes del mismo. De este modo, el país que ratifica estos tratados se somete además a la vigilancia del comité internacional de expertos independientes que trabajan sobre la base de esas normas y estándares.

Interpretación del articulado del PIDESC. Alcances y limitaciones de los artículos 13 y 15

El Comité de aplicación del PIDESC es el encargado de interpretar los textos, alcances y limitaciones de los diferentes artículo que conforman el Pacto Internacional. Es evidente que el breve articulado de un Pacto de esta naturaleza no permite inferir a primera vista sus alcances y significado, por lo que la tarea del Comité de Aplicación es interpretar punto por punto el tratado y fijar directrices de aplicación para los encargados de su implementación en los países comprometidos por el mismo. Estas interpretaciones son fundamentales además a la hora de evaluar la aplicación y el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados en el momento de rubricar y ratificar los términos del PIDESC.

En este sentido, el Comité de Aplicación del PIDESC ha elaborado una serie de comentarios específicos sobre cada artículo, en los que se interpreta y detalla el alcance de las obligaciones dimanantes de cada uno de ellos.⁷⁷ Estos instrumentos ayudan a comprender el alcance de los compromisos, por lo que es esencial apreciar los comentarios referidos al artículo 13 en 1999, al inciso c) del artículo 15 realizado en 2005 y a los incisos a) y b) del artículo 15 publicados en 2009.

La interpretación del inciso c) del artículo 15 del PIDESC recibió detallada atención en la Observación General Nro. 17 (2005) del 35to. Período de Sesiones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales realizado en Ginebra, Suiza, del 7 al 25 de noviembre de 2005. La observación general analiza el derecho de toda persona a

⁷⁷ La lista completa de comentarios del Comité está disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm> (visitado el 8 de enero de 2013).

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 autor(a), (apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 del pacto).

En un primer párrafo, el Comité deja asentada una premisa esencial: distingue el derecho consagrado en el artículo 15 inciso c), así como otros derechos humanos, de los derechos legales reconocidos en las regulaciones de propiedad intelectual. Los primeros son derechos fundamentales, inalienables, universales al individuo y en ciertas circunstancias de grupos o comunidades, que derivan de la dignidad y la valía inherentes a toda persona. Los derechos de propiedad intelectual son, ante todo, medios que utilizan los Estados para estimular la inventiva y la creatividad y alentar la difusión de producciones creativas e innovadoras para beneficio de la sociedad. Los derechos de propiedad intelectual son de índole temporal y es posible revocarlos, autorizar su ejercicio y cederlos a terceros. Los derechos de propiedad intelectual, a excepción de algunos aspectos de los derechos morales, pueden ser susceptibles de transacción, enmienda o incluso renuncia, y pueden ser a su vez limitados en el tiempo y en su alcance. No ocurre lo mismo con los derechos humanos, que son la expresión propia de la dignidad de la persona humana.

El Comité es claro en la distinción al expresar que *“mientras el derecho humano a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales resultantes de las producciones científicas, literarias o artísticas protege la vinculación personal entre los autores y sus creaciones y entre los pueblos, comunidades y otros grupos y su patrimonio cultural colectivo, así como los intereses materiales básicos necesarios para que contribuyan, como mínimo, a un nivel de vida adecuado, los regímenes de propiedad*

*intelectual protegen principalmente los intereses e inversiones comerciales y empresariales. Además, la protección de los intereses morales y materiales del autor prevista en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 no coincide necesariamente con lo que se denomina derechos de propiedad intelectual en la legislación nacional o en los acuerdos internacionales”.*⁷⁸

El Comité llama la atención sobre la importancia de no equiparar los derechos de propiedad intelectual con el derecho humano reconocido en PIDESC así como tampoco en el inciso 2) del artículo 27 de la DUDDHH.

El inciso c) del artículo 15 está intrínsecamente relacionado con los demás derechos reconocidos en el mismo artículo, es decir, el derecho a participar de la vida cultural (apartado a) del párrafo 1 del art. 15), el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones (apartado b) del párrafo 1 del art. 15) y la indispensable libertad para la investigación científica y la actividad creadora (párrafo 3 del art. 15). El Comité entiende que todos los incisos y párrafos se refuerzan mutua y recíprocamente.

El Comité realiza un minucioso análisis del texto del inciso c) y explica a qué se refiere cada una de sus partes. En este sentido, el Comité considera que sólo el autor, sea hombre, mujer, individuo o grupo, de producciones científicas, literarias o artísticas se puede beneficiar de la protección que ofrece el apartado c). Esto deriva del uso de la expresión “toda persona” que sea autora, por lo que queda claro que los redactores se referían estrictamente a personas físicas, sin tomar nota entonces de que también podía

78 Comentario General Nro 17 del Comité de Aplicación de PIDESC. 2005. Disponible en <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=E/C.12/GC/17&Lang=S> (visitado el 8 de enero de 2013)

tratarse de grupos. En los sistemas de propiedad intelectual vigentes, las personas jurídicas son también titulares de derechos de propiedad intelectual. En este caso, debido a su diferente naturaleza y carácter jurídico, sus derechos no están protegidos en el plano de los derechos humanos.⁷⁹

Otro aspecto que requiere aclaración por parte del Comité es el que refiere al derecho a beneficiarse de la protección emanada del inciso c) del párrafo 1 del artículo 15. El texto del PIDESC no explicita la modalidad de dicha protección. Si bien el espíritu de todo el artículo apunta a que se debe velar por la protección de los intereses morales y materiales que les correspondan, el Comité interpreta que este inciso no refleja, ni debe reflejar necesariamente el nivel y los medios de protección que se encuentran en los actuales sistemas de derechos de autor, patentes u otros sistemas de propiedad intelectual. El comité también reconoce el derecho de los Estados Parte a otorgar niveles más elevados de protección, pero advierte que estas normas no deben limitar injustificadamente el disfrute por parte de terceros de los derechos reconocidos en el Pacto y contemplados en el mismo artículo 15.

En relación a los intereses morales, y de conformidad a los procesos de redacción tanto de la DUDDHH como del PIDESC, el Comité considera que los intereses morales comprenden el derecho de los autores a ser reconocidos como los creadores de sus producciones científicas, literarias y artísticas y a oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de las producciones que cause perjuicio a su honor o

79 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 27o período de sesiones, declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre los Derechos Humanos y la propiedad intelectual, 29 de noviembre de 2001, E/C.12/2001/15, párr. 6. citado por el Comité en el Comentario General Nro. 17.

reputación.

Por otro lado, la protección de los intereses materiales de los autores vincula el artículo 15 al artículo 17 de la DUDDHH que reconoce el derecho a la propiedad, así como el derecho de todo trabajador a una remuneración adecuada. Estos comentarios del Comité reflotan los debates mantenidos durante los procesos de redacción en los que algunas delegaciones objetaban la inclusión del inciso c) alegando que estos derechos estaban ya contemplados en los derechos de propiedad y de remuneración justa por el trabajo realizado. A diferencia de los intereses morales, el caso de los intereses materiales guarda más relación con el goce del derecho a un nivel de vida adecuado. Por lo tanto, el Comité avanza en esta perspectiva y con este objetivo en claro expresa que el período de protección de los intereses materiales *“no debe por fuerza abarcar toda la vida de un creador”*. En el párrafo 16 del Comentario General, agrega que *“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.”* En esta afirmación queda remarcada la mención previa a la no asimilación del sistema de derechos de los autores en el marco de los derechos humanos a las regulaciones de propiedad intelectual vigentes.

Estos derechos reconocidos en el inciso c) están sujetos a limitaciones tendientes a equilibrarlos con los demás derechos protegidos en el Pacto. Estas limitaciones deben ser determinadas por ley, ser compatibles con esos derechos, perseguir fines legítimos y ser estrictamente necesarias para la promoción del bienestar general en una sociedad democrática. Incluso, en algunos casos se reconoce la posibilidad de otorgar algún tipo de

medida compensatoria como el pago de una indemnización adecuada por la utilización de las producciones para bien público. En este sentido, el objetivo de velar por el nivel de vida adecuado debe ser el horizonte a considerar.

Como en todos los derechos incorporados en el PIDESC, estos derechos de los autores son de carácter progresivo. Mientras tanto, los Estados Partes tienen la obligación de *respetar*, de *proteger* y de *cumplir* con los mismos en la medida de las posibilidades. *Respetar* significa que los Estados deben abstenerse de interferir directa o indirectamente en el disfrute de este derecho, *proteger* requiere que los Estados adopten medidas destinadas a impedir que terceros interfieran en los intereses morales y materiales de los autores y *cumplir* requiere que los Estados adopten medidas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario y judicial proporcional a la plena aplicación del artículo 15.

El párrafo 35 expresa:

“El derecho de los autores e inventores a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que les correspondan por razón de sus producciones científicas, literarias y artísticas no puede considerarse independientemente de los demás derechos reconocidos en el Pacto. Por consiguiente, los Estados Partes tienen la obligación de lograr un equilibrio entre las obligaciones que les incumben en el marco del apartado c) del Párrafo 1 del artículo 15, por un lado, y las que les incumben en el marco de las disposiciones del Pacto, por el otro, a fin de promover y proteger toda la serie de derechos reconocidos en el Plan. Al tratar de lograr ese equilibrio, no deberían privilegiarse indebidamente los intereses privados de los autores y debería prestarse la

debida consideración al interés público en el disfrute de un acceso generalizado a sus producciones. Por consiguiente, los Estados Partes deberían cerciorarse de que los regímenes legales o de otra índole para la protección de los intereses morales o materiales que corresponden a las personas en razón de sus producciones científicas, literarias o artísticas no menoscaben su capacidad para cumplir sus obligaciones fundamentales en relación a los derechos a la alimentación, la salud y la educación, así como a participar en la vida cultural y a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, o de cualquier otro derecho reconocido en el Pacto.”

Es enfática la afirmación de que “la propiedad intelectual es un producto social y tiene una función social”. “Los Estados tienen el deber de impedir que se impongan costos irrazonablemente elevados para el acceso a medicamentos esenciales, semillas u otros medios de producción de alimentos, o a libros de texto y material educativo, que menoscaben el derecho de grandes segmentos de la población a la salud, la alimentación y la educación.”

El Comité recomienda entonces que los “Estados deberían considerar asimismo la posibilidad de realizar evaluaciones del impacto en los derechos humanos antes de aprobar leyes para proteger intereses morales y materiales que correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas, así como tras un determinado período de aplicación”.

Entre las obligaciones básicas, junto al deber de proteger los intereses morales y materiales, asegurar el reconocimiento de los autores y la integridad de sus obras ante

cualquier acción que perjudique su honor o reputación, proteger los intereses materiales para que logren mantener un nivel de vida adecuado, garantizar la igualdad en el acceso a los procedimientos administrativos y judiciales para proteger estos derechos, el Comité insta a los Estados a lograr un equilibrio adecuado entre la necesidad de una protección efectiva de los intereses morales y materiales de los autores y las obligaciones de los Estados Partes en relación con los derechos a la alimentación, la salud, y la educación así como los derechos a participar de la vida cultural y a gozar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones y cualquier otro derecho reconocido en el Pacto.

En la observación general Nro. 13 correspondiente a la implementación del artículo 13 del PIDESC que consagra el derecho a la educación, queda expresado que: *“La educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos. Como derecho del ámbito de la autonomía de la persona, la educación es el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades. La educación desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico. Está cada vez más aceptada la idea de que la educación es una de las mejores inversiones financieras que los Estados pueden hacer, pero su importancia no es únicamente práctica pues dispone de una mente instruida, inteligente y activa, con libertad y amplitud de pensamiento, es uno de los placeres y recompensas de la existencia humana.”*

En este sentido, el Comité enfatiza en la trascendencia del ejercicio de este derecho al expresar que: “*Si bien la aplicación precisa y pertinente de los requisitos dependerá de las condiciones que imperen en un determinado Estado Parte, la educación en todas sus formas y en todos los niveles debe tener las siguientes cuatro características interrelacionadas:*

*a) Disponibilidad. Debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado Parte. Las condiciones para que funcionen dependen de numerosos factores, entre otros, el contexto de desarrollo en el que actúan; por ejemplo, las instituciones y los programas probablemente necesiten edificios u otra protección contra los elementos, instalaciones sanitarias para ambos sexos, agua potable, docentes calificados con salarios competitivos, **materiales de enseñanza**, etc.; algunos necesitarán además **bibliotecas, servicios de informática, tecnología de la información, etc.**⁸⁰*

b) Accesibilidad. Las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles a todos, sin discriminación, en el ámbito del Estado Parte. La accesibilidad consta de tres dimensiones que coinciden parcialmente:

No discriminación. La educación debe ser accesible a todos, especialmente a los grupos vulnerables de hecho y de derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos (véanse los párrafos 31 a 37 sobre la no discriminación);

Accesibilidad material. La educación ha de ser asequible materialmente, ya sea por su localización geográfica de acceso razonable (por ejemplo, una escuela vecinal) o

80 El destacado es mío.

*por medio de la tecnología moderna (mediante el acceso a programas de educación a distancia);*⁸¹

Accesibilidad económica. La educación ha de estar al alcance de todos. Esta dimensión de la accesibilidad está condicionada por las diferencias de redacción del párrafo 2 del artículo 13 respecto de la enseñanza primaria, secundaria y superior: mientras que la enseñanza primaria ha de ser gratuita para todos, se pide a los Estados Partes que implanten gradualmente la enseñanza secundaria y superior gratuita.

c) Aceptabilidad. La forma y el fondo de la educación, comprendidos los programas de estudio y los métodos pedagógicos, han de ser aceptables (por ejemplo, pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad) para los estudiantes y, cuando proceda, los padres; este punto está supeditado a los objetivos de la educación mencionados en el párrafo 1 del artículo 13 y a las normas mínimas que el Estado apruebe en materia de enseñanza (véanse los párrafos 3 y 4 del artículo 13).

*d) Adaptabilidad. La educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados.*⁸²

En noviembre de 2009, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su 43ro. período de sesiones trabajó en la observación nro. 21 que fue publicada en mayo de 2010, referida al artículo 15, esta vez relacionada al inciso a) del primer párrafo,

81 Idem.

82 Observación general N° 13: El derecho a la educación (artículo 13) Disponible en <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=E/C.12/1999/10&Lang=S> (visitado el 8 de enero de 2013).

que establece el derecho a la participación en la vida cultural de la comunidad.

El documento parte de la premisa de que los derechos culturales son parte integrante de los Derechos Humanos y al igual que éstos son universales, indivisibles e interdependientes. En este sentido, el derecho de toda persona a participar en la vida cultural se encuentra íntimamente relacionado con los otros derechos culturales consagrados en el artículo 15, como el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones y el derecho de toda persona 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, así como el derecho a la indispensable libertad científica y la actividad creadora. El derecho a participar de la vida cultural está además intrínsecamente ligado al derecho a la educación, por el cual individuos y comunidades transmiten sus valores, costumbres, lenguas, religiones y otras referencias culturales, así como al derecho a la libre determinación de los pueblos y el derecho a un nivel de vida adecuado. Este derecho tiene su paralelismo inmediato en el inciso a) del artículo 27 de la Declaración Universal, que consagra el derecho a tomar parte libremente de la vida cultural de la comunidad.

“El derecho a participar en la vida cultural puede calificarse de libertad. Para cumplirlo, es indispensable que el Estado Parte se abstenga de hacer algo (no injerencia en el ejercicio de prácticas culturales y en el acceso a los bienes culturales), por una parte y que tome medidas positivas (asegurar que existan las condiciones previas para participar en la vida cultural, promoverla, facilitarla, dar acceso a los bienes culturales y

preservarlos), por la otra.”⁸³

Difícil es, en este contexto, definir los alcances de la idea de participación en la vida cultural. En este caso, el Comité hace referencia explícita al carácter de la cultura como un proceso vital, histórico, dinámico y evolutivo, que tiene un pasado, un presente y un futuro. Entiende entonces que la cultura está integrada por *“las formas de vida, el lenguaje, la literatura escrita y oral, la música y las canciones, la comunicación no verbal, los sistemas de religión y de creencias, los ritos y las ceremonias, los deportes y juegos, los métodos de producción o la tecnología, el entorno natural y el producido por el ser humano, la comida, el vestido y la vivienda, así como las artes, costumbres y tradiciones, por los cuales individuos, grupos y comunidades expresan su humanidad y el sentido que dan a su existencia, y configuran una visión del mundo que representa su encuentro con las fuerzas externas que afectan a sus vidas.”*⁸⁴

Otros documentos que sirvieron de base al trabajo del Comité DESC fueron la Declaración Universal de UNESCO sobre diversidad cultural y la Declaración de Friburgo sobre derechos culturales.

En este sentido, la Declaración de UNESCO sobre Diversidad Cultural, en su artículo 5, expresa que *“los derechos culturales son parte integrante de los derechos humanos, que son universales, indisociables e interdependientes. El desarrollo de una diversidad creativa exige la plena realización de los derechos culturales, tal como los*

83 Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General Nro. 21. Párrafo 6. 2009. Disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.GC.21.Rev.1-SPA.doc> (visitado el 8 de enero de 2013)

84 Idem párrafo 13

*define el Artículo 27 de la DUDDHH y los artículos 13 y 15 del PIDESC. Toda persona debe, así, poder expresarse, crear y difundir sus obras en la lengua que desee y en particular en su lengua materna, toda persona tiene derecho a una educación y una formación de calidad que respete plenamente su identidad cultural, toda persona debe poder participar en la vida cultural que elija y ejercer sus propias prácticas culturales, dentro de los límites que impone el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.”*⁸⁵

La declaración de Friburgo sobre Derechos Culturales define la participación en su artículo 5to. (Acceso y participación en la vida cultural):

a. Toda persona, individual y colectivamente, tiene el derecho de acceder y participar libremente, sin consideración de fronteras, en la vida cultural a través de las actividades que libremente elija.

b. Este derecho comprende en particular:

- La libertad de expresarse, en público o en privado, en el o los idiomas de su elección;*

- La libertad de ejercer, de acuerdo con los derechos reconocidos en la presente Declaración, las propias prácticas culturales, y de seguir un modo de vida asociado a la valorización de sus recursos culturales, en particular en lo que atañe a la utilización, la producción y la difusión de bienes y servicios;*

85 Declaración de UNESCO sobre Diversidad Cultural. (2002) http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13179&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (visitada el 8 de enero de 2013)

- *La libertad de desarrollar y compartir conocimientos, expresiones culturales, emprender investigaciones y participar en las diferentes formas de creación y sus beneficios;*

- *El derecho a la protección de los intereses morales y materiales relacionados con las obras que sean fruto de su actividad cultural.*⁸⁶

Entre los elementos centrales para el ejercicio del derecho de participación en la vida cultural, el Comité DESC expresa en el párrafo 16 del Comentario Nro. 21:

16. La plena realización del derecho de toda persona a participar en la vida cultural requiere de la existencia de los siguientes elementos, sobre la base de la igualdad y de la no discriminación:

a) *La disponibilidad, que es la presencia de bienes y servicios culturales que todo el mundo pueda disfrutar y aprovechar, en particular bibliotecas, museos, teatros, salas de cine y estadios deportivos; la literatura, incluido el folclore, y las artes en todas sus manifestaciones; espacios abiertos compartidos esenciales para la interacción cultural, como parques, plazas, avenidas y calles; dones de la naturaleza, como mares, lagos, ríos, montañas, bosques y reservas naturales, en particular su flora y su fauna, que dan a los países su carácter y su biodiversidad; bienes culturales intangibles, como lenguas, costumbres, tradiciones, creencias, conocimientos e historia, así como valores, que configuran la identidad y contribuyen a la diversidad cultural de individuos y comunidades. De todos los bienes culturales, tiene especial valor la productiva relación intercultural que se establece cuando diversos grupos, minorías y comunidades pueden*

86 Declaración de Friburgo sobre los Derechos Culturales. (2007) Disponible en http://www.culturalrights.net/descargas/drets_culturals239.pdf (visitada el 8 de enero de 2013)

compartir libremente el mismo territorio.

b) La accesibilidad consiste en disponer de oportunidades efectivas y concretas de que los individuos y las comunidades disfruten plenamente de una cultura que esté al alcance físico y financiero de todos, en las zonas urbanas y en las rurales, sin discriminación. Es fundamental a este respecto dar y facilitar a las personas mayores, a las personas con discapacidad y a quienes viven en la pobreza acceso a esa cultura. Comprende también el derecho de toda persona a buscar, recibir y compartir información sobre todas las manifestaciones de la cultura en el idioma de su elección, así como el acceso de las comunidades a los medios de expresión y difusión.

c) La aceptabilidad implica que las leyes, políticas, estrategias, programas y medidas adoptadas por el Estado Parte para el disfrute de los derechos culturales deben formularse y aplicarse de tal forma que sean aceptables para las personas y las comunidades de que se trate. A este respecto, se deben celebrar consultas con esas personas y comunidades para que las medidas destinadas a proteger la diversidad cultural les sean aceptables.

d) La adaptabilidad se refiere a la flexibilidad y la pertinencia de las políticas, los programas y las medidas adoptados por el Estado parte en cualquier ámbito de la vida cultural, que deben respetar la diversidad cultural de las personas y las comunidades.

e) La idoneidad se refiere a la realización de un determinado derecho humano de manera pertinente y apta a un determinado contexto o una determinada modalidad cultural, vale decir, de manera que respete la cultura y los derechos culturales de las personas y las comunidades, con inclusión de las minorías y de los pueblos indígenas. El Comité se ha referido en muchas ocasiones al concepto de idoneidad cultural (o bien

*aceptabilidad o adecuación cultural) en anteriores observaciones generales, particularmente en relación con los derechos a la alimentación, la salud, el agua, la vivienda y la educación. La forma en que se llevan a la práctica los derechos puede repercutir también en la vida y la diversidad culturales. El Comité desea recalcar a este respecto la necesidad de tener en cuenta, en toda la medida de lo posible, los valores culturales asociados, entre otras cosas, con los alimentos y su consumo, la utilización del agua, la forma en que se prestan los servicios de salud y educación, y la forma en que se diseña y construye la vivienda.*⁸⁷

En consonancia con el artículo 5 del PIDESC, todas las interpretaciones coinciden en una característica central: ninguno de los derechos reconocidos puede ser interpretado de modo tal que impida el ejercicio de otros derechos reconocidos en el PIDESC.⁸⁸

Los registros históricos y las interpretaciones de los mismos dan cuenta de que los redactores de las declaraciones mantuvieron un sólido consenso en relación a los derechos de acceso y participación, aunque tenían diferencias sustantivas en relación a los derechos de autores e inventores. Sin embargo, en la ausencia de mayores precisiones, la falta de un debate profundo sobre la tensión interna de los artículos estudiados no arroja guías claras sobre cómo los Estados deben balancear la tensión entre ambas tendencias.⁸⁹

87 Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General Nro. 21. Párrafo 16. 2009. Disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.GC.21.Rev.1-SPA.doc> (visitado el 8 de enero de 2013)

88 “Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él.” PIDESC Art. 5. Disponible en <http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/pidesc.htm> (visitado el 8 de enero de 2013)

89 Helfer y Austin. p. 507.

Capítulo 2: La normativa de Derechos de Autor en Argentina

El mandato constitucional

En Argentina, así como en otros países de América Latina, las Constituciones redactadas y aprobadas durante el Siglo XIX incorporan los derechos de propiedad intelectual a su texto.

Durante los tiempos de la Colonia, la región heredó el sistema imperante en la metrópoli. Desde el Siglo XVI, España contaba con un sistema de privilegios para la publicación, cuya obtención requería largos trámites y la aprobación de un proceso de censura previa. Sólo después de controlado y enmendado el manuscrito, era autorizado a ser enviado a imprenta para su distribución. De este modo, la Corona se reservaba el derecho de autorizar la circulación de ideas y publicaciones. Estos privilegios eran otorgados por el gobierno y consistían en monopolios de explotación de la obra por tiempo limitado.⁹⁰

Pero ya para principios del Siglo XVIII, las diferencias entre los españoles y los americanos en las colonias eran marcadas. En el territorio del Río de la Plata, hombres como Mariano Moreno, Manuel Belgrano, Hipólito Vieytes o Juan José Castelli “imbuídos de las ideas liberales y fisiocráticas bregaron por la libre circulación de los bienes y por el fomento de la industria nacional”.⁹¹ Este espíritu liberal, pero de fuerte tendencia al desarrollo de una industria nacional basada en el progreso y la ilustración en los territorios de las colonias, impregnaba el pensamiento de los hombres que diseñaron el cuerpo jurídico

90 Villalba C, Lipszyc D, (2009) “El derecho de autor en la Argentina”. Buenos Aires. Argentina. Editorial La Ley. Segunda Edición p. 1.

91 Vidaurreta, G. (2007) “Historia del Sistema Argentino de Patentes de Invención (1580-1863). Propiedad Intelectual en la Constitución Nacional”. Buenos Aires. Argentina. Editorial La Ley.. p. 27

de la Nación. Es fundamental destacar que las ideas económicas de los hombres de mayo y los precursores de la Patria eran las del liberalismo, que se levantaba contra todos los monopolios y restricciones impuestas, y en especial, contra los sistemas de privilegios establecidos por la Corona Española. Aún así, diversos sistemas de privilegios se mantuvieron en las diferentes regiones de la incipiente Argentina. “*Lo viejo eran las restricciones, lo nuevo la libertad*” destaca Vidaurreta sobre la posición de Vieytes y Belgrano, quienes consideraban los privilegios exclusivos como anacrónicas restricciones a la libertad económica.⁹² En una nota publicada en El Correo de Comercio, del 24 de noviembre de 1810, Belgrano y Vieytes dejan en claro su posición con respecto a los privilegios de invención.⁹³ El artículo coloca la concesión de privilegios exclusivos en el pasado, al denominarla como “antigua política” y pone la mirada sobre uno de los temas que aún hoy preocupa a los expertos en materia de propiedad intelectual: el conflicto entre los privilegios exclusivos que concede el sistema y la libre competencia. El artículo agrega además que un derecho exclusivo estanca la tecnología, la reserva a pocos hombres -excluyéndola de la sociedad – y repercute en el precio del producto, que no será fijado por la libre competencia sino por el titular del privilegio.⁹⁴ Aún así, la oposición a los privilegios exclusivos no es total. En el mismo artículo se admite la posibilidad de otorgar ciertos privilegios siempre que se cumplan las condiciones necesarias para el bienestar y el crecimiento del país. Una vez más, la visión de la época tiene enorme actualidad con los debates de nuestro tiempo sobre producción nacional y transferencia de tecnología como

92 Idem. p. 29

93 Idem. p. 35. El Correo de Comercio fue dirigido por Belgrano con ayuda de Vieytes, y los textos, tal como era costumbre de la época, no llevaban firma, por lo que la opinión vertida en el documento citado por Vidaurreta puede ser atribuible a ambos pensadores, ya que no resulta explícita la autoría del mismo.

94 Idem. p.36

recaudos para acceder al privilegio. Vidaurreta sistematiza los pensamientos propios de la época en relación a los privilegios exclusivos en distintos tipos: 1) el sistema de privilegios no limita el objeto protegido a obras e inventos, 2) el sistema de privilegios exclusivos es de carácter restrictivo, porque se reconoce el conflicto con la libre concurrencia y la libre disponibilidad de tecnología, como también su influencia en la conformación de los precios, 3) la protección sólo se justifica si se transfiere tecnología y las nuevas manufacturas se fabrican en el país, 4) la protección siempre se realiza por medio de un derecho exclusivo que 'crea' un derecho que antes no existía. Por el privilegio exclusivo se le concede a un particular lo que antes era de la comunidad en vista de un objetivo determinado.⁹⁵ El primer gobierno patrio no derogó el sistema de derechos exclusivos, que siguió funcionando hasta la aprobación de la Constitución de 1853. La Constitución de 1819, en su artículo 44, atribuyó al Congreso la facultad de *“asegurar a los autores e inventores de establecimientos útiles, privilegios exclusivos por tiempo determinado”*. Esta Constitución incluye otra cláusula mucho menos estudiada que el artículo 44, que fija límites a los privilegios exclusivos. En su artículo 127, la Constitución de 1819 dice textualmente que *“a ningún hombre o corporación se concederán ventajas, distinciones o privilegios exclusivos, sino los que sean debidos a la virtud o el talento: no siendo estos transmisibles a los descendientes, se prohíbe conceder nuevos títulos de nobleza hereditarios”*. Por lo tanto, la posibilidad de otorgar privilegios exclusivos tal como habilita el artículo 44 depende de la virtud o el talento y queda totalmente prohibida la posibilidad de hacerlos hereditarios.⁹⁶

95 Idem. p.38

96 Idem. p.72

Una cláusula similar a la del artículo 44 de 1819 está contemplada en el artículo 57 de la Constitución de 1826.⁹⁷ Este texto dispone como atribuciones del poder legislativo “*acordar a los autores, o inventores de establecimientos útiles, privilegios exclusivos por tiempo determinado*”.⁹⁸

La potestad de otorgar privilegios a autores e inventores también está incluida en algunas constituciones provinciales, como la de Tucumán de 1820 y la de Córdoba de 1821. Así también, existe una cláusula que habilita el otorgamiento de privilegios exclusivos a inventores por sus obras en la normativa de la Ciudad de Buenos Aires de 1841.⁹⁹

Los avances hacia la construcción del marco constitucional de 1853 en relación a los derechos intelectuales en Argentina no estuvieron ajenos a las evoluciones realizadas por los países de la región. En su notable trabajo “Historia del Sistema Argentino de Patentes de Invención (1580-1863). Propiedad Intelectual en la Constitución Argentina”, el Dr. Guillermo Vidaurreta explora con detenimiento la inclusión de cláusulas de propiedad intelectual en todo el sistema constitucional de América Latina y concluye que los términos usados no son necesariamente heredados de las Constituciones Europeas o de la Carta Constitucional Norteamericana, como suelen presentar numerosos teóricos de la propiedad intelectual, sino que propone la existencia de una “fórmula latinoamericana”.¹⁰⁰

Vale mencionar que, en su detallado relevamiento histórico sobre la inclusión de las cláusulas de propiedad intelectual en las Constituciones de la región, Vidaurreta desmiente

97 Villalba y Lipszyc. p. 2

98 Citado en Vidaurreta. p. 77

99 Villalba y Lipszyc. p. 2

100 Para un estudio detallado del análisis de Vidaurreta, véase el Capítulo VIII “Aporte de los paradigmas imperantes en la organización constitucional de los países de América del Sur al Sistema de Propiedad Intelectual de la Constitución de 1853”.

a buena parte de los autorialistas argentinos. Por ejemplo, Miguel Ángel Emery, en su clásica obra “Propiedad Intelectual” indica que “*la Ley 11.723 tiene base en el art. 17 de la Constitución Nacional al establecer que 'todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley'*” y agrega que “*esta disposición constitucional está inspirada en el párrafo 8° del art. 1° de la Constitución de los EEUU de Norteamérica de 1787, que da al Congreso el poder de 'promover el progreso de la ciencia y de las artes útiles confiriendo a los autores y a los inventores un derecho exclusivo sobre sus escritos y sus invenciones'*”.¹⁰¹

Villalba y Lipszyc, por su parte, afirman que la cláusula constitucional establecida en el artículo 17 abandona la idea de los privilegios exclusivos para entender los derechos intelectuales en términos de “propiedad”, tal como era contemplado en Francia con la sanción de los decretos de 1791 y 1793 de la Asamblea Constituyente de la Revolución Francesa.¹⁰² Estos autores entienden que estas normas pusieron fin al sistema de privilegios y fundaron la concepción jurídica continental europea, seguida en América Latina del *droit d'auteur*, a diferencia del sistema angloamericano del *common law*.

Es en el trabajo de los pensadores argentinos, y en particular en el trabajo de Alberdi donde es posible abreviar a la hora de analizar la incorporación de la propiedad intelectual en el texto constitucional.¹⁰³ La consigna “*soluciones americanas a los problemas*

101 Emery, Miguel Angel. (2009) “Propiedad Intelectual. Ley 11.723 Comentada, anotada y concordada con los tratados internacionales”. Buenos Aires. Argentina. Ed. Astrea. 4ta. Reimpresión. pp. 1-2.

102 Villalba y Lipszyc. p. 3

103 Dice Quesada en su Considerando 5 del fallo:

“*Que la constitución nacional, vigente desde 1853, ha establecido en su artículo 17 que todo autor ó inventor es propietario exclusivo de su obra, invento ó descubrimiento, por el término que le acuerda la ley. La única restricción, por lo tanto, es la relativa á la duración. ¿Cómo debe interpretarse esa cláusula? Las constituciones de 1819 y 1826 —se ha declarado in re Correa versus Estrada: fallo del juez Urdinarrain, junio 6 de 1899— incluían entre las facultades del poder legislativo la de asegurar á los autores ó inventores privilegios exclusivos por tiempo determinado, y la de los Estados Unidos establece, entre las atribuciones del congreso, la de promover el adelanto de las ciencias y artes útiles, asegurando por un tiempo limitado á los autores ó inventores, el derecho exclusivo á*

americanos” era sin dudas la clave de la generación del 37' que bregaba por una construcción normativa propia. El mismo Alberdi afirmaba que era nefasto todo trasplante de derecho, postura que era compartida entonces por Esteban Echeverría.¹⁰⁴ Reunidos primero en torno al Salón Literario y luego en la Asociación de la Joven Generación Argentina y finalmente en la Asociación de Mayo, tenían una clara visión de la necesidad de adoptar los avances europeos pero bajo ciertas condiciones, es decir, construir una vida intelectual que sea a la vez nacional y humanitaria. Decía Echeverría, “*tendremos siempre un ojo clavado en el progreso de las naciones y el otro en las entrañas de nuestra sociedad.*”¹⁰⁵ La influencia de la generación del 37 en la Constitución Nacional es ineludible.

Con clara vocación de promover el progreso de la industria nacional, Esteban Echeverría expresó que “*lo que la industria requiere para prosperar no son restricciones y trabas sino fomento y libertad. La libertad es un derecho suyo natural. Cada hombre puede ejercer la que le parezca, con tal que no dañe el derecho de otro a la misma libertad. Otorgar privilegios, poner restricciones es destruir la igualdad y la libertad, sofocar las libertades del hombre y violar un derecho sagrado suyo, y atentar a la más sagrada de las propiedades: su sudor y trabajo personal*”.¹⁰⁶ Vale mencionar que el uso de la expresión “la

los escritos y descubrimientos respectivos; como se ve, estas constituciones no consagran el derecho de propiedad literaria y artística, sino que dejan á la ley la concesión de un privilegio para su explotación, mientras **el artículo 17 de nuestra constitución se aparta de estos precedentes** y, si bien no acepta en absoluto el artículo del proyecto de Alberdi, que decía «todo autor ó inventor goza de la propiedad exclusiva de su obra ó descubrimiento», declara en términos imperativos que es propietario exclusivo de su obra ¿por tiempo ilimitado? no, por el que la ley fije: no se ha dictado la ley, y queda en pie, entonces, en toda su amplitud, la primera parte del artículo, y el derecho fundado en ella es indiscutible.” (el destacado es mio).

104 Vidaurreta. p 139

105 Idem. p. 140. La cita original se encuentra en Echeverría, Esteban, op.cit. Del prólogo de Carlos Alberto Erro, p.13.

106 Idem. p.142. La cita original se encuentra en Pelletieri, Osvaldo. Esteban Echeverría. Antología de prosa y verso. Editorial de Belgrano. 1981. p.267.

más sagrada de las propiedades” no parece casual, ya que Echeverría vivió y estudió en Francia y parece contestar con ironía a la frase famosa de Le Chapelier sobre el derecho de autor como *“la más sagrada, la más personal de todas las propiedades”*.¹⁰⁷

La discusión sobre los derechos de autores e inventores era parte del debate público de la época. Tanto Alberdi como Sarmiento se pronunciaron a favor de la protección, mas sólo como un instrumento para el logro de un objetivo manifiesto: atraer inversiones extranjeras y desarrollar una industria nacional. En tres artículos publicados en El Progreso de Chile, en noviembre de 1844, bajo el título *“Legislación sobre imprenta como industria”*, Domingo F. Sarmiento hace explícita su visión del asunto. Es evidente en el contenido de los tres artículos que Sarmiento estaba al tanto de los debates internacionales en la materia y que reconocía que *“esta cuestión de la propiedad literaria se encamina visiblemente a formar parte del Derecho Internacional.”* También, como Le Chapelier, califica el derecho autoral como un derecho sagrado, pero advierte que las legislaciones europeas tardaron mucho en dar cuenta de este derecho de los hombres a sacar provecho de sus elucubraciones abandonadas a la publicidad. Sarmiento explora la problemática de la reproducción de libros entre países que aún no reconocen los derechos de autor entre sí, y cita los ejemplos de aquellos libros franceses editados en Bélgica. Sin embargo, no se escandaliza de tal acción sino que la reconoce como una oportunidad. Dice Sarmiento: *“Esta reproducción de los libros de una nación a otra, si bien despoja a su autor de su derecho, limitándolo al solo país de su nacimiento, trae por otra parte, ventajas inmensas a la civilización del mundo, que hace desde luego propiedad suya cada progreso que la inteligencia humana hace en los pueblos más adelantados por el ministerio de las cabezas*

107 Ibidem.

*más bien organizadas. Cuando todos los cristianos marchan bajo una misma bandera y se dirigen a un mismo fin; cuando cada pueblo avanza con los progresos de todos los demás y la inteligencia humana por medio de la inteligencia de los grandes hombres de todas las naciones se instruye, por decirlo así, con la colección de todos los pensamientos, de todas las observaciones que han ligado todos los hombres y todos los siglos pasados ¿no deben volver los que elaboran nuevas ideas al depósito común, las verdades que han añadido a las que de todas partes se les transmiten? Cada escritor tiene un poco de plagio, se ha dicho y con razón, y son muy pocos los pensamientos nuevos que no sean hijos legítimos de pensamientos anteriores”.*¹⁰⁸

Para completar el pensamiento de Sarmiento al respecto, vale mencionar que en los mismos textos citados, considera que *“la legislación debe ocuparse de los intereses presentes y cambiar según que los intereses cambien. Es ventaja inapreciable de los gobiernos representativos el que las leyes sean la expresión fiel de las necesidades presentes, sin curarse de construir monumentos duraderos, inaplicables en su ejecución, desde que desaparecen las circunstancias especiales que hicieron necesaria su existencia”.*¹⁰⁹

En un profundo análisis histórico que este trabajo no pretende reproducir ni extender, el Dr. Vidaurreta arroja luz al proceso de construcción de los sistemas de propiedad intelectual en la región y explica que más allá de las relaciones e influencias, que naturalmente existían, con los sistemas de EE.UU. y Europa, es posible detectar coincidencias importantes entre el nacimiento del sistema de patentes en Argentina y el

108 Idem. pp. 143-144. La cita original se encuentra en Sarmiento, Domingo F. Legislación sobre imprenta como industria. El progreso, Chile, 16 de noviembre de 1844. en Obras Completas., op. Cit. p. 57.

109 Ibidem.

resto de los países de América del Sur. El proceso que vivió Argentina hacia la sanción de la Constitución Nacional y la posterior ley 111 de patentes en 1864 no fue aislado, sino que forma parte de un proceso regional.¹¹⁰ En este marco, sobre mediados del Siglo XIX se dictan diferentes leyes, reglamentos y constituciones que establecen el sistema de protección, pero sin salir de la lógica de los privilegios, aunque los textos parezcan instaurar un sistema de patentes del tipo europeo o norteamericano o incluso, como en el caso Argentino, donde prometen que el inventor será propietario de su invento. En estos casos, la protección siempre es dada mediante un derecho exclusivo que el Estado concede en vistas a un fin. Hasta finales del Siglo XIX, explica Vidaurreta, los privilegios de invención son vistos conceptualmente como uno de los privilegios exclusivos dados en general para fomentar el “progreso”, generalmente como forma de atraer capitales extranjeros y no de resguardar los derechos de los inventores, por cuanto el sistema fue concebido como una herramienta económica para favorecer las inversiones extranjeras en la región.¹¹¹

“Esta América necesita de capitales tanto como de población. El inmigrante sin dinero es un soldado sin armas. Haced que inmigren los pesos en estos países de riqueza futura y pobreza actual. Pero el peso es un inmigrado que exige muchas concesiones y privilegios. Dádselos, porque el capital es el brazo izquierdo del progreso de estos países. Es el secreto de que se valieron los Estados Unidos y Holanda para dar impulso mágico a su industria y comercio. Las leyes de Indias para civilizar este continente, como en la Edad Media por la propaganda religiosa, colmaban de privilegios a los conventos, como medio

110 Idem. p. 105

111 Idem. p. 106

de fomentar el establecimiento de estas guardias avanzadas de la civilización de aquella época. Otro tanto deben hacer nuestras leyes actuales, para dar pábulo al desarrollo industrial y comercial, prodigando el favor a las empresas industriales que levanten su bandera atrevida en los desiertos de nuestro continente. El privilegio a la industria heroica es el aliciente mágico para atraer riquezas de fuera. Por eso los Estados Unidos asignaron al Congreso general, entre sus grandes atribuciones, la de fomentar la prosperidad de la Confederación por la concesión de privilegios a los autores e inventores; y aquella tierra de libertad se ha fecundado, entre otros medios, por privilegios dados por la libertad al heroísmo de empresa, al talento de mejoras.”

De este modo se expresa Alberdi en el Capítulo XV de las Bases, texto esencial para comprender la Constitución Nacional. Contrariamente a la interpretación de buena parte de los autorialistas argentinos, Alberdi no consideraba que la propiedad intelectual fuera un derecho natural ni que debiera ser otorgado a perpetuidad. Villalba y Lipszyc expresan que "en la legislación argentina se abandona la idea del privilegio y se reconoce al derecho de autor como un derecho de propiedad"¹¹². Esta afirmación es posible cuando el análisis constitucional se limita de forma literal a la mención del artículo 17 sobre la propiedad intelectual. Sin embargo, cuando se aborda el estudio integral de la Constitución tal como propuso el Dr. Vidaurreta, queda claro que Alberdi seguía en la lógica de los privilegios tal como expresa en las Bases en la sección de Franquicias y Privilegios. En sus textos no menciona explícitamente el por entonces art. 18, sino sólo en esta sección cuyo título es elocuente.¹¹³ Por su parte, el propio Alberdi explicaba que la sección de Derechos y

112 Villalba y Lipszyc. p. 3

113 Alberdi, Juan B. Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina Cap. XV. Franquicias y Privilegios. Disponible en

Garantías en la cual está inmersa la cláusula del artículo 17 es una promesa a los ciudadanos cuyos términos de implementación, es decir, cumplimiento, están definidos en la sección de atribuciones del congreso.¹¹⁴ Entendida desde esta óptica, tampoco se puede atribuir a Alberdi aquello que muchos le atribuyen sobre la duración perpetua de los derechos de propiedad por no haber puesto la cláusula de limitación temporal en la redacción original de su propuesta, si esta limitación iba luego a ser incorporada en las atribuciones del congreso. El propio Alberdi desmintió esta interpretación en escritos donde menciona explícitamente que las patentes y privilegios a inventores no pueden ser otorgados de manera perpetua.¹¹⁵ En el libro “Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina” es explícito al decir que *“También se deben considerar como postulados del principio de igualdad en lo económico, porque lo son efectivamente, la extinción de las matrículas y gremios en los varios ramos de industria, y de patentes de monopolio indefinido que en cierto modo desmienten la garantía de la igualdad.”* En otra sección del mismo documento, Alberdi se refiere a la propiedad intelectual en estos términos: *“La propiedad intelectual puede ser atacada por el plagio, mediante la facilidad que ofrece la difusión de una idea divulgada por la prensa o por otro medio de publicidad. Para remediarlo, la Constitución ha declarado que todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que la ley le acuerde. Esto es lo que vulgarmente se llama privilegio o patente de invención, que, como se ve no es monopolio ni limitación del derecho de propiedad, sino en el mismo sentido que así*

http://www.laeditorialvirtual.com.ar/Pages/Alberdi/Alberdi_Bases_01.htm#bases15 (visitado el 15 de enero de 2013)

114 Vidaurreta. p. 163

115 Ibidem.

*podiera llamarse la propiedad misma.*¹¹⁶

Es el propio Alberdi quien desmiente a quienes indican que la norma argentina abandona el concepto de privilegios, que finalmente, y tras la redacción definitiva quedaron incorporados a las atribuciones del congreso en el artículo 75, inciso 18.¹¹⁷ La cláusula de la Constitución Argentina referida a propiedad intelectual, si bien no está necesariamente basada en la constitución de los EEUU como citan algunos autoristas, sí tiene ciertas influencias en relación a los fines que pretende estimular. Es claro que Alberdi diseñó una Constitución donde el otorgamiento de privilegios de esta naturaleza estaba orientado a atraer inversiones a fin de promover el progreso de la industria nacional y está subsumido a los objetivos generales de progreso, ilustración y bienestar general que guían todo el cuerpo constitucional y el pensamiento de Alberdi.

A la fecha de la aprobación de la Constitución Argentina, en 1853, el reconocimiento de los derechos intelectuales como “propiedad” no existía en ninguna de las constituciones de los países industrializados como EE.UU., Inglaterra e incluso Francia, que a esa altura había derogado la norma que reconocía los derechos intelectuales en esos términos. Holanda, otro caso citado por Alberdi, había incluso derogado todo su sistema de patentes para entonces. Sin embargo, la fórmula de la Constitución Nacional encuentra similitudes con la ya vigente Constitución del Imperio de Brasil, la de Chile de 1833 y la de

116 Alberdi, Juan Bautista. Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina.

117 En la Constitución Nacional tras la reforma de 1994, en la Sección Atribuciones del Congreso se puede leer:

“Artículo 75

18. *Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo.”*

Venezuela de 1830.¹¹⁸

Vale mencionar que la existencia de la cláusula constitucional que consagra los derechos de autores e inventores permitió que los tribunales aplicaran el derecho autoral antes de la existencia de una ley específica en la materia, norma que llegaría recién en 1910 con la sanción de la ley 7092.¹¹⁹

La tesis de Vidaurreta que destaca que los constitucionalistas latinoamericanos se dieron a sí mismos un sistema propio y no una mera herencia del sistema norteamericano o el francés, no sólo está convalidada en la copiosa documentación citada, sino que queda consignada también en uno de los textos fundantes del Derecho de Autor en Argentina, el fallo del caso Podestá y Scotti v. Anselmi¹²⁰, producido por el Juez Ernesto Quesada, y compilado en su libro “La propiedad literaria en el derecho argentino”. Ante la falta de ley que implementara el artículo 17, el Juez de Primera Instancia en lo Civil, tuvo que realizar una interpretación propia del texto constitucional que conforma uno de los textos fundamentales del debate hacia la Ley de Propiedad Intelectual que sería sancionada en 1933. En los considerandos del fallo, Quesada descarta la idea de interpretar la cláusula constitucional argentina a la luz de la constitución de los EEUU, y retoma la formulación de Alberdi, principal ideólogo y redactor del texto argentino.

Hacia la primera ley de derechos autorales en Argentina

Para 1910, Argentina contaba con cláusulas constitucionales que amparaban la

118 Vidaurreta. p. 160.

119 Buena parte de estos fallos están documentados en el ya citado libro de 1904 “La Propiedad Intelectual en el Derecho Argentino” que recoge el fallo del caso Podestá y Scotti v. Anselmi y numerosa jurisprudencia y antecedentes.

120 Quesada, Ernesto (1904) “La propiedad Intelectual en el derecho argentino”. Buenos Aires. Argentina. Imprenta y Casa Editora de Coni Hermanos p. 19

propiedad intelectual, reconocimiento en el Código Civil y una colección de fallos que ratificaban ese derecho en el fuero civil.¹²¹

El Código civil, vigente desde 1869, incluía una referencia al tema en el artículo 2335. Allí, el codificador Dalmacio Velez Sarsfield expresó que *“las pinturas, esculturas, escritos e impresos, serán siempre reputados como principales cuando el arte tenga mayor valor e importancia que la materia en que se ha ejercido y como accesorio la tabla, lienzo, papel, pergamino o piedra a que se hallara adherido”*¹²², aclarando, asimismo, en la nota correspondiente a dicho artículo que con este criterio se separa del Derecho Romano.¹²³

En 1889 se había aprobado el Tratado de Montevideo sobre Propiedad Literaria y Artística, que consagra en su artículo 1ro. el compromiso de los países firmantes de reconocer y proteger los derechos de propiedad literaria y artística en conformidad con las estipulaciones del tratado. En ese sentido, el texto aprobado en Montevideo expresa que *“El autor de toda obra literaria y artística y sus sucesores gozarán en los Estados signatarios de los derechos que les acuerda la ley del Estado en que tuvo lugar su primera publicación o reproducción”* y detalla que *“el derecho de propiedad de una obra literaria y artística comprende para su autor la facultad de disponer de ella, de publicarla, de enajenarla, de traducirla, o de autorizar su traducción y de reproducirla en cualquier Estado.”*¹²⁴ El

121 El propio Quesada explica en su fallo que la propiedad literaria en Argentina está amparada sólo por el artículo 17 de la constitución nacional y por el código civil. “En ese marco, no es posible en la República Argentina obrar mediante querrela de falsificación por la vía penal, lo que se comprende fácilmente, puesto que, por más que se considere un delito la abusiva publicación ó reproducción de una obra del ingenio, no puede el magistrado iniciar un sumario si el código penal no reconoce el delito, ni podrá aplicar penas que no están determinadas.” Quesada. pp. 27-28.

122 Código Civil. “ARTICULO 2335.- Las pinturas, esculturas, escritos e impresos, serán siempre reputados como principales, cuando el arte tenga mayor valor e importancia que la materia en que se ha ejercido, y como accesorios la tabla, lienzo, papel, pergamino o piedra a que se hallasen adheridos.”

123 Goldstein Mabel y Torchio, Laura. (2009)“El autor y el derecho”. Buenos Aires. Argentina. Editorial Universitaria Rioplatense. pp. 20-21.

124 Tratado de de Montevideo sobre Propiedad Literaria y Artística. Arts. 1, 2 y 3.

tratado fue ratificado por Argentina mediante la Ley 3.192 aprobada en 1894. Miguel Cané, representante argentino ante la Conferencia Internacional sobre Propiedad Literaria realizada en París en 1896, expresó que nuestro país debía todavía ser cauto a la hora de legislar en esta materia. *“Entre esos dos extremos, un término medio, que debe inclinarse á la concisión, se impone para nosotros. Las condiciones y circunstancias sociológicas de nuestro país están lejos de revestir un carácter definitivo: conviene, pues, que la ley sobre la protección de las obras literarias y artísticas se limite al reconocimiento del derecho, á la duración del mismo, á la enumeración clara de las obras protegidas y á la sanción penal. Lo demás vendrá más tarde, cuando la práctica de la ley nos haya enseñado sus inconvenientes ó sus deficiencias. Entonces podremos modificarla ó abrogarla si, como no lo creo, la adhesión a la convención de Berna ha sido perjudicial para los intereses bien entendidos de nuestro país”*. Con esta expresión, Cané expresa que la ley debería adaptarse y mejorarse con el correr de los años y la experiencia a fin de beneficiar los intereses del país¹²⁵. En su presentación en la Conferencia de París, Cané se mostró afín a la idea de que Argentina ratificara la Convención de Berna. Sin embargo, agregó: *“Es indudable que en el momento actual esa adhesión se hace difícil, en cuanto a su resultado práctico, por la ausencia de una ley especial que rija la materia entre nosotros. La convención de Berna se refiere á cada instante a la legislación interna de cada país, á la que deja gran amplitud; y nuestros tribunales, en los casos de contravención a la convención convertida en ley, se verían en dificultades insuperables para aplicar una penalidad que no existe. Piense, pues,*

125 Cané, Miguel. Nota del delegado argentino a la Conferencia internacional sobre Propiedad Literaria (París 1896). Conf. Memoria de relaciones exteriores, 1896-1897, p. 179. La conferencia sobre propiedad literaria y artística, a que se refiere la nota del ministro Cané, tuvo lugar en París en los meses de abril y mayo de 1896, por iniciativa del gobierno francés y de acuerdo con lo que se dispuso en el art. 6 del protocolo final de la convención de Berna de septiembre 9 de 1886.

*que si el gobierno argentino adopta el temperamento de prestar su adhesión á la obra de la convención de Berna, el primer paso debe ser la sanción de una ley especial de la materia.”*¹²⁶

Hacia finales del siglo XIX se presentaron varios proyectos de ley incluyendo el de Carlos Baires en 1896 y el de Eleodoro Lobos en 1897. Ninguno de ellos alcanzó aprobación en el parlamento.¹²⁷

El ya citado fallo Quesada constituye un momento relevante en el camino hacia la construcción de una legislación de derechos autorales en Argentina. El mismo juez, en el texto de la larga sentencia, indica que *“la falta, pues, de una ley especial coloca á esta cuestión en una posición delicadísima.”*¹²⁸

Los legisladores no eran ajenos a la discusión. El propio Quesada cita en su fallo: *“En nuestro país — decía en el congreso el diputado Ugarriza : sesión cit., — ¿quién ha pretendido vivir de la literatura y del arte ? Nadie: entonces el congreso no ha sido remiso al no dictar una ley que no exigía la sociedad. Ahora que se presenta otra época en que el trabajo intelectual puede llegar á ser una fuente de recursos, debe el congreso dictar la ley que no dictó antes.”*¹²⁹

Luego, el Juez expresa su preocupación por la inexistencia de la ley específica en la materia y se pregunta si no será la ausencia de una ley lo que impide que los autores nacionales se ganen la vida con sus obras. Expresa Quesada: *“Quizá podría observarse que ha sido cabalmente la falta de esa ley lo que ha impedido que aquí el escritor viva de su*

126 Ibidem.

127 Goldstein y Torchio, p. 22.

128 Quesada, p.28

129 Ibidem.

producción intelectual, desde que, estando de facto tolerada la piratería literaria, se usaba y abusaba de los libros extranjeros' como si fueran bienes mostrencos de modo que, teniendo ese material gratis, los editores ó los libreros no necesitaban ocuparse ni preocuparse de los escritores nacionales, ni tenían por qué pagarles sus producciones ni por qué imprimirlas siquiera, ni menos procurar vender los libros que aquellos les llevaban á comisión, — por más que exigieran por esa « deferencia » la participación del tercio (30%), — desde que era más lucrativo y fácil el negocio de vender lo que venía de afuera, consignado á precios de pacotilla ó poco menos, ó reproducir aquí lo mejor que se producía en el exterior, ganando así sobre el trabajo ajeno y como si éste fuera res nullius: mercantes prácticos, es cierto, pero mercantes al fin...”¹³⁰

Pese a la cláusula constitucional, a la existencia de numerosos fallos civiles y a un incipiente debate público, la aprobación de la primera ley de derechos autorales en Argentina se debe más a una anécdota que a una convicción. La primera ley de propiedad literaria fue sancionada en 1910 con fuertes apremios por una situación incómoda generada con la visita al país del escritor y político George Clemenceau, quien llegó a Buenos Aires a las celebraciones del primer centenario de la patria. En esa ocasión, su obra *"El velo de la felicidad"* estaba siendo representada en teatro, lo que generó que el autor reclamara el pago de derechos autorales. Argentina no tenía entonces ninguna ley que amparara las ambiciones de Clemenceau y se produjo un escándalo público que derivó en la presentación de un proyecto de ley por parte de los diputados Carlos y Manuel Carlés. Este proyecto se convertiría pronto en la Ley 7.092. Este cuerpo normativo fijaba el límite del derecho de los titulares hasta 10 años posteriores a la muerte del autor y no contemplaba sanciones penales

130 Idem. p.29

para los casos de infracción, aspecto que tampoco fue incorporado en la sanción de la Ley 9.410 de 1914.¹³¹ Esta norma incorporó la reglamentación del depósito de las obras que debían cumplir impresores y editores y fijaba las penas para su incumplimiento.¹³²

También en 1910, Argentina fue país anfitrión de la Convención Internacional Americana sobre propiedad literaria y artística, aprobada en Buenos Aires el 11 de agosto de ese año. En esa Convención, se establece un marco general de cobertura de derechos autorales para los países firmantes, pero no se fijan especificaciones de la duración de los derechos en el tiempo ni penas en caso de infracción aunque en su artículo 14 establece la posibilidad de secuestrar las obras impresas en condiciones ilícitas. La definición que la convención otorga al acto ilícito estipula que (art. 13) *“Se consideran reproducciones ilícitas para los efectos de la responsabilidad civil las apropiaciones indirectas no autorizadas, de la mayor parte de ella, acompañado de notas o comentarios, a pretexto de crítica literaria, de ampliación o complemento de obra original. Será también considerada ilícita la reproducción en cualquier forma de una obra íntegra o de la mayor parte de ella, acompañada de notas o comentarios, a pretexto de crítica literaria, de ampliación o complemento de la obra original.”*

La convención incluye una incipiente excepción educativa en su artículo 12, al prever que *“La reproducción de fragmentos de obras literarias o artísticas en publicaciones destinadas a la enseñanza o para crestomatía, no confiere ningún derecho de propiedad y puede, por consiguiente, ser hecho libremente en todos los países signatarios.”* Deja de lado además, toda protección a noticias y misceláneas que tengan el

131 Villalba y Lipszyc. p. 7.

132 Goldstein y Torchio, p. 22

carácter de mera prensa informativa. Esta Convención fue ratificada por Argentina mediante la ley 13.585 de 1949.

A principios del siglo XX se registraron varios proyectos de ley que no lograron tratamiento en el Congreso.

Debates parlamentarios hacia la sanción de la Ley 11.723

El debate y aprobación de la Ley 11.723 estuvo precedido por la presentación de varios proyectos, entre los cuales es posible mencionar los redactados en 1918 por Benjamín Bonifacio y José María Zalazar, en 1925 por el entonces Diputado Matías G. Sánchez Sorondo (luego senador) y en 1932 por el Diputado Roberto J. Noble. En 1933, y a instancias del Poder Ejecutivo, se formó una Comisión Parlamentaria Especial integrada por miembros de ambas cámaras para trabajar los proyectos. La Comisión fue integrada por los Senadores Sánchez Sorondo en la presidencia y Mario Bravo, y por los Diputados Noble, Ramón G. Loyarte y Silvio L. Ruggieri.^{133 134}

La comisión trabajó durante alrededor de un mes en consultas y debates, en los que participaron numerosos sectores interesados en la promulgación de esta ley.

Entre las voces que pasaron a fijar posición en las sesiones de la Comisión se cuentan escritores como Gustavo Martínez Zuviría, entonces Director de la Biblioteca Nacional, Juan Pablo Echagüe y Ezequiel Martínez Estrada, presidente de la Sociedad de Escritores, críticos literarios como Jean Paul, presidente de la Comisión de Bibliotecas Populares y del PEN Club Argentino, Atilio Chiapori, Director del Museo Nacional de

133 Villalba y Lipszyc. p. 7.

134 Goldstein y Torchio p.22.

Bellas Artes, autores teatrales como Alejandro Berrutti, presidente del Círculo Argentino de Autores Teatrales y Carlos Damel, presidente de la Sociedad Argentina de Autores Teatrales. También participaron compositores como Augusto Berto o Francisco Canaro, Presidente de la Sociedad de Compositores Musicales. Hubo además representantes de empresas editoriales argentinas y extranjeras y funcionarios públicos vinculados a la temática.¹³⁵

El proyecto fue tratado y aprobado primero por la Cámara de Senadores el 18 de septiembre de 1933 y en la de Diputados el 25 de Septiembre de ese mismo año, lo que da cuenta de un debate rápido y consensos acordados previamente al tratamiento legislativo. La Ley 11.723 "sobre régimen legal de la propiedad intelectual" fue promulgada por el Poder Ejecutivo Nacional el 28 de septiembre de 1933 y publicada en el Boletín oficial el día 30 de ese mismo mes.

En el marco del debate que condujo a la media sanción de la Ley 11.723 en el Senado Nacional, aquel 18 de septiembre de 1933, el Senador Sánchez Sorondo, uno de los principales responsables de la redacción de la norma, presentó los resultados del trabajo de la Comisión Bicameral encargada de estudiar y diseñar un proyecto de ley de propiedad literaria.

Sánchez Sorondo revisó en detalle los antecedentes tanto en materia constitucional y judicial en el marco de los varios casos que hasta entonces habían tenido lugar en el fuero civil. En este sentido, el Senador hizo lugar a la mención de sentencias como la del Juez Tedín sobre publicación clandestina y venta de obras literarias, confirmado luego por

135 Villalba y Lipszyc, pp.7-8.

Suprema Corte de la Nación. Ese fallo establece que: “1— *La propiedad literaria está reconocida por la Constitución nacional; 2— En las producciones literarias impresas se reputa como principal la propiedad literaria, cuando tiene mayor importancia que el papel en que está impresa; 3— El autor o propietario de una obra literaria tiene el derecho de percibir sus frutos y de prohibir que otros lo perciban; 4 — El que sin autorización o consentimiento del autor reimprima la obra literaria con el propósito de lucrar, en perjuicio del derecho del autor, comete un delito; 5 — De todo delito se deriva la obligación de reparar el perjuicio que por él se hubiere causado a otra persona, acordándole al efecto acción civil al damnificado, independiente de la acción criminal, para obtener la indemnización correspondiente, cuya estimación, tanto en lo civil como en lo penal, corresponde al juez (Fallo de la Suprema Corte, tomo XX, segunda serie, sentencia 152).*”¹³⁶

Sánchez Sorondo menciona además la sentencia sobre derecho de propiedad originado en el extranjero confirmada por Cámara de Apelaciones y una sentencia sobre transformación de obra literaria a cargo del Juez Doctor Diego Saavedra. Sin embargo, entre todos estos antecedentes menciona especialmente la obra que sostiene durante el debate en su escritorio y que es el libro sobre La Propiedad Intelectual del Juez Ernesto Quesada, fruto del fallo producido en 1904.¹³⁷ Otros antecedentes presentados en el debate tienen que ver con el texto constitucional y la historia de las cláusulas incluidas en los proyectos previos a 1853, así como las Bases de Alberdi, como referencia directa e indispensable para toda interpretación del texto de la Constitución Nacional vigente a la

136 Citado por el Senador Sánchez Sorondo. Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación. 18 de septiembre de 1933. 39º Reunión. 28! Sesión Ordinaria. p.209

137 Ibidem.

fecha.

El trabajo de la Comisión contó con aportes de personalidades del mundo cultural de aquellos años así como de representantes de editores nacionales y extranjeros.”¹³⁸

Es importante mencionar que la ley fue evaluada y comentada por especialistas europeos. Desde Italia, los Señores Valerio de Sanctis y Alfredo Colombo, especialistas en la materia enviaron observaciones. La ley fue enviada por avión a Europa y regresó en zepelín con aquellos comentarios originados en Italia, que fueron luego considerados e incorporados por la Comisión.

En relación a las objeciones recibidas al proyecto, Sánchez Sorondo menciona exclusivamente dos: *“una formulada por la Sociedad Argentina de Escritores y que se refiere al derecho de traducción, y otra expuesta por algunos representantes de la prensa, referente a la propiedad exclusiva de las noticias.”* Esta última objeción sobre las noticias dio lugar a uno de los debates más encendidos del trámite parlamentario.

En relación al tipo de derecho regulado, el senador encargado de la presentación del proyecto expresó: *“la Comisión entiende fijar su criterio a este respecto, estableciendo que el derecho de propiedad sobre la obra artística, literaria y científica, es un derecho real, dentro de lo que esta terminología significa en nuestro derecho civil, un derecho real sometido en cuanto al término de su ejercicio y en cuanto a las condiciones especiales de su realización a lo que disponga la ley especial.”*¹³⁹

Entre los aportes al proyecto de ley, vale mencionar uno de la Academia Argentina de Letras que solicitaba que *“el derecho de autor, después de la muerte de éste, perdure en*

138 Idem. p. 208

139 Idem. p. 210

beneficio de herederos y sucesores, mientras ellos lo ejerciten”. A esta acotación específica, Sánchez Sorondo respondió que la comisión “*se ha resistido a entregarlo, (el derecho de propiedad) en su caso, perpetuamente a los herederos*”.¹⁴⁰

Entre las razones argumentadas contra los derechos a perpetuidad, Sánchez Sorondo expresó: “*Primero, esta perpetuidad constituye un entorpecimiento a la difusión cultural, al comercio de artes, en razón de las posibles exigencias de los herederos, de la imposibilidad de ponerlos de acuerdo cuando han transcurrido varios años, o de su posible desidia... Y la segunda razón, razón de un orden superior, es la siguiente: el autor ha tomado del dominio público sus ideas; es justo que después de cierto tiempo vuelva su obra al dominio público. El artista se ha impregnado de la cultura y del arte de su época; es justo que después de cierto tiempo le devuelva lo que le debe. Los descendientes del autor no están en estas cuestiones; es justo que sea el público su heredero natural.*”¹⁴¹

El legislador profundizó con información de diversos países la situación global relativa a la duración de los derechos. El despacho presentado por Sánchez Sorondo en el Senado contaba con una duración de la vida del autor más treinta años. En este sentido, el otro proyecto que estaba sobre la mesa, firmado por el Diputado Noble preveía una duración de 50 años post-mortem. Hasta entonces, recordemos, la Ley de 1910 contemplaba 10 años tras la muerte del autor.

“La Comisión aconseja 30 años. En realidad, no hay para determinarlo, un criterio científico; es una cuestión de apreciación. Nos ha parecido prudente aceptar este término, que es igual al de la prescripción en materia de propiedad y que es lo suficientemente

140 Idem. p. 211

141 El destacado es mío.

amplio para que todos los herederos de una generación puedan disfrutar de los beneficios pecuniarios que esta obra haya reportado al autor, teniendo también en cuenta, señor presidente, que hay muchos aspectos de las obras artísticas que no tienen esa vida. Por ejemplo, los discos fonográficos, la producción cinematográfica y fotográfica y gran parte de las obras teatrales.”¹⁴²

El despacho promovido por Sánchez Sorondo, y según su propia exposición, incluía algunas características específicas: 1. La ampliación del derecho privado, de 10 años a 30 años; 2. La protección más eficaz y precisa de la obra extranjera; 3. Las sanciones penales; 4. El procedimiento y el dominio del Estado.

En cada uno de estos aspectos, el legislador abunda en explicaciones que aclaran la vocación de la norma. En relación a la ampliación del derecho privado, ésta se realiza no sin pensar en alguna limitación a los propios herederos al explicar que *“restringimos el derecho privado y lo restringimos por un concepto de cultura pública. Así, hemos contemplado dos casos: el caso de los herederos que no quieren reeditar, y el de los herederos que no quieren traducir, casos que han ocurrido en la práctica.*”¹⁴³

En cuanto a la obra extranjera, se reconoce el derecho sobre toda obra extranjera cuyos derechos estén efectivamente reconocidos en su país de origen, sin importar las convenciones internacionales ni las reciprocidades con Argentina. Esta cobertura, según el

142 Idem. p. 212.

143 Las cláusulas que especifican estas limitaciones indican que: «Los herederos o derechohabientes no podrán oponerse a que terceros rediten las obras del causante cuando dejen transcurrir más de diez años sin disponer su publicación. «Tampoco podrán oponerse los herederos o derechohabientes a que terceros traduzcan las obras del causante después de diez años de su fallecimiento. «En estos casos, si entre el tercero editor y los herederos o derechohabientes no hubiera acuerdo sobre las condiciones de impresión o la retribución pecuniaria, ambas serán fijadas por árbitros». Estas limitaciones operan exclusivamente para los herederos y no para los autores.

art. 15, no se extenderá más allá de lo que la ley les acuerde en sus respectivos países, si es que este plazo es menor que en la República Argentina. Si tales términos fueran mayores, entonces regirán en nuestro país los términos de la presente ley nacional.¹⁴⁴

“*Una ley sin sanción penal se limita simplemente a un consejo*” expresó Sánchez Sorondo a la hora de explicar los artículos 71 a 78 del despacho presentado tras el trabajo de la Comisión en el cual se incluyen normas penales para la infracción de los derechos de propiedad intelectual.¹⁴⁵

En relación al dominio del Estado, el despacho presentado por Sánchez Sorondo incorpora el concepto del dominio público despojándolo de todo orden material, pecuniario. El legislador se reconoce más afín con un dominio del Estado completo, e incluso con un dominio público pagante al Estado y a los herederos una contribución. Sin embargo, la Comisión ha cedido a algunas objeciones realizadas, en particular sobre la falta de derecho del Estado de cobrar una retribución por una obra de la cual el no ha tenido parte alguna en la creación y por otra a los inconvenientes prácticos que podrían oponerse a estas disposiciones. Fue el bloque socialista el que pidió suprimir estas propuestas que también incluía el proyecto del Diputado Noble.¹⁴⁶ Recordemos que pese a esta decisión tomada en 1933, varios años más tarde, el dominio público pagante sería decretado en el marco de esta ley y aún hoy está vigente en Argentina.¹⁴⁷

Otro tema de debate en las sesiones del Senado fue la objeción presentada por el círculo de la prensa al artículo 28 del despacho de la Comisión sobre la propiedad de las

144 Idem. p. 214

145 Idem. p. 215

146 Idem. p. 217

147 El régimen del dominio público pagante está vigente en muy pocos países. En la región sólo Argentina y Uruguay cuentan con un sistema así.

noticias.

Decía el Círculo de Prensa: *“La ley debe proteger todo el contenido de los diarios, a saber: los artículos de cualquier clase, las noticias, los telegramas, las traducciones, los resúmenes, las listas, las cotizaciones, los grabados de toda especie, incluidas las fotografías, dibujos, croquis, planos y esquemas. La ley debe hacer constar que la enumeración no es taxativa, porque la protección se extiende, como queda dicho, a todo el contenido de los diarios. Es indispensable dedicar a la propiedad de las noticias disposiciones especiales, concebidas más o menos en los siguientes términos: Todas las noticias obtenidas por un diario o por una agencia de informaciones cualquiera sea su forma, su contenido y el procedimiento por medio del cual han de ser transcriptas, serán consideradas de propiedad de este diario, o su agencia, hasta 24 horas después de publicadas. Durante este término las noticias y telegramas no podrán ser reproducidos, ni propalados con propósitos de lucro sin autorización del diario o agencia al cual pertenecen. Tampoco se podrá hasta 24 horas después de publicadas las noticias transmitir las o retransmitirlas con propósito de lucro por ningún medio.”*¹⁴⁸ La solicitud del Círculo de la Prensa fue debidamente sopesada por la Comisión y si bien el despacho presentado por Sánchez Sorondo incluye la protección de buena parte del trabajo periodístico, excluye de manera explícita la reproducción de las noticias siempre que se cite la fuente, con o sin fin de lucro.

En respuesta al reclamo del Círculo de la Prensa, Sánchez Sorondo expresó: *“¿Qué es la noticia? La noticia, dándole a la palabra su sentido estricto, es en realidad la*

148 Idem. p. 219

primicia de una información. La información en sí, cuando viene retardada, no es una noticia, es una simple información; luego es inherente al carácter de la noticia, este otro, el de primicia. ¿Pero esta primicia, cómo se consigue? Se consigue mediante una organización que reconozco que en nuestros grandes diarios es admirable, y así les cuesta. ¿Pero hay algún elemento para crear un derecho de propiedad sobre una noticia?” La conclusión a la que arriba la comisión tras este debate es que “si el pedido del Círculo de la Prensa fuera convertido en ley, las consecuencias de una legislación semejante serían perniciosas para la difusión de la cultura pública, y entraríamos en una especie de monopolio de noticias, monopolio tanto más delicado, cuanto que las fuentes de esas informaciones están siempre fuera del país, y el monopolio de esas noticias está hoy ejercido por 4 ó 5 grandes agencias extranjeras de publicidad de distinto origen.”

Definitivamente, el debate sobre las noticias queda saldado en aquellas sesiones de 1933, “una noticia no existe si no se la entrega al público, sino en función de ser entregada al público, y dentro de los medios tan modernos de difusión, ¿cómo se puede hacer que una noticia, recibida por un diario y colocada por ese diario en sus pizarras, sea retenida para todo el país durante 24 horas? ¿Cómo se puede impedir que la difunda el que pasa por la calle, el público, que es en definitiva el dueño de la noticia? Porque si la noticia tiene algún dueño, y esta es la verdad aunque parezca una paradoja, si la noticia tiene un dueño, ese dueño final es el público, para quien se la consigue y a quien se la da. El diario da la noticia y el propio término nos está indicando que si la da, no la puede retener. El público recibe la noticia de ese diario y la transmite por todos los medios que tiene a su alcance. Ahora, que esa transmisión sea con fines de lucro o que no sea con fines de lucro,

ya son cuestiones ajenas a la ley de propiedad literaria, en nuestro concepto.”¹⁴⁹

Tras la media sanción obtenida en el Senado el 18 de septiembre de 1933, el proyecto pasó a la Cámara de Diputados de la Nación, donde fue tratado el 25 de septiembre del mismo año. El miembro informante en la cámara baja fue el entonces Diputado Dr. Roberto Noble.¹⁵⁰

En su breve presentación, el Dr. Noble resumió los puntos centrales del despacho presentado: *“Las características primordiales que debe revestir en el estado actual de las ideas una ley de propiedad intelectual han sido plenamente logradas en este despacho. Se han substituido las sanciones inocuas de la ley 7.092, que significaban dar libre curso a la piratería por una sanción penal que comprende la falsificación y edición clandestina de las obras dentro de la figura jurídica de la defraudación diseñada en el Código Penal. Adoptamos así un criterio reflejado en casi toda la legislación extranjera y sancionado por los congresos internacionales. Se ha extendido a treinta años el exiguo plazo de diez, establecido en la ley vigente como término del derecho de propiedad en favor de los herederos, y al obrar así se ha procedido con verdadera prudencia, puesto que la doctrina y legislación extranjeras aconsejaban ir más allá; prolongando hasta cincuenta años el plazo fijado en el despacho.*”¹⁵¹

Tras la presentación del miembro informante, tomaron la palabra los representantes de diferentes bloques, entre ellos, el Diputado Saggese, quien en nombre del Partido Radical, expresó el total apoyo de su bloque al proyecto de ley de propiedad intelectual.¹⁵²

149 Idem. pp. 219-221

150 Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación. 57° Reunión. Continuación de la Sesión Especial. 25 de Septiembre de 1933.

151 Idem. p. 358.

152 Idem. p. 359.

Lo propio hizo el Diputado Ruggieri, quien aprovechó la ocasión para manifestar una posición crítica al dominio del estado y/o al establecimiento de un dominio público pagante, tal como proponían los proyectos originales tanto de Noble como de Sánchez Sorondo. En este sentido, Ruggieri recordó la oposición socialista a la implementación de un sistema que no se registraba entonces en ningún país del mundo, y que había sido intentado de maneras diversas en países como Italia. En este sentido, Ruggieri expresó: *“En los proyectos del señor diputado Noble y del señor senador Sánchez Sorondo se construía un dominio de Estado sui géneris, porque ni hablaban de propiedad oficial ni se reservaba al Estado la facultad de no autorizar ediciones, ejecuciones o representaciones por particulares. No era en realidad dominio de Estado, sino dominio público pagante, porque lo que aseguraba era sólo el cobro de una regalía o contribución sobre el precio de las obras que no pertenecieran al dominio privado, nacionales o extranjeras, y editadas dentro o fuera del país. Hubiera sido avanzar demasiado en el campo de la propiedad intelectual sancionar un dominio del Estado que, como ya se ha dicho, no aparece en ninguna otra legislación.”*¹⁵³

El diputado Enrique Dickmann cambió radicalmente el tono del debate e intervino sobre los fundamentos de la ley: *“¿quién puede decir que es propietario de una obra de arte o de ciencia? El más eximio artista y el más genial sabio, no podría afirmar con probidad mental que es propietario de la obra por él creada.”*¹⁵⁴ Con este tono, el legislador explicó que iba a votar la ley de propiedad intelectual sin ninguna convicción. Crítico de la propiedad, socialista de afiliación, el Diputado Dickmann fue uno de los que más profundizó el debate en la cámara de diputados, y con el fin de ir más allá de los

153 Idem. p. 361.

154 Idem. pp.367-368.

estrictos términos de la ley, el legislador se propuso provocar un debate más amplio sobre esta propiedad tan particular que estaban creando por ley. *“Estamos creando por ley una nueva propiedad y los socialistas que somos críticos de la propiedad ya constituida, hemos de ser muy parcios en la creación de nuevas formas de propiedad; hemos de establecerla con toda clase de limitaciones, restricciones; denunciándola desde su creación en todas sus fallas o defectos.”*¹⁵⁵

“Establecido que nadie puede invocar ser propietario de su obra, en el sentido material de la palabra, es indispensable tomar ese género de propiedad con un espíritu de crítica, con un criterio de relatividad, que es útil conozcan los artistas y los escritores. Ellos no conquistan su propiedad por la espada; la consiguen por la ley que dicta el legislador; y deben comprender su relatividad, no deben ampararse a su sombra para lucrar y negociar con los impulsos de su corazón y la inteligencia de su cerebro” agregó Dickmann en el debate.¹⁵⁶

En una notable crítica al sistema hereditario de propiedad intelectual, el legislador que mostró los mayores reparos hacia la ley no sólo expresó los problemas de la herencia sino que presentó una redacción alternativa al articulado de la ley. *“Nosotros no sólo creamos aquí la propiedad artística o literaria, sino que la trasmitimos por herencia, el aspecto menos simpático de la propiedad. Estamos constantemente cercenando la herencia; quisiéramos reducirla a su mínima expresión hasta suprimirla; consideramos que suprimida la herencia, se suprimiría el estímulo de la acumulación indebida; y ahora creamos y ampliamos la herencia artística, que es, evidentemente, una herencia muy especial y singular. Veo que en esta ley se contempla en parte el asunto y voy a proponer*

155 Idibem.

156 Idem. p.369.

*un artículo distinto al respecto. Con gran frecuencia los herederos de una obra no comparten las ideas del autor de la misma; los hijos de un padre revolucionario son conservadores y los hijos de un ultraconservador resultan a veces revolucionarios... En materia de herencia común no tiene importancia este punto, pero si los hijos conservadores de un padre revolucionario heredan su obra, su primer interés será substraer la obra de la circulación.”*¹⁵⁷

Dickmann realizó una extensa crítica a la mercantilización de la cultura y a la creación de esta nueva forma de propiedad por ley, destacando que las principales obras de la humanidad habían sido construidas y difundidas sin que nadie reclamara propiedad sobre ellas. En tono de advertencia, expresó *“asimismo, señores diputados, voy a votar esta ley, sin fe y sin entusiasmo. Es un modo de hacer concesiones, de satisfacer deseos, reclamos y ambiciones movidas por un numerosísimo gremio, cuyos derechos no quiero desconocer en absoluto. Tendrán la ley, pero la ley no les va a dar genio, no les va a dar verdad, no les va a dar belleza. Y el país argentino ansía, espera, invoca, reclama a sus futuros artistas, a sus futuros sabios, sabios de verdad; como alguna vez dijimos, grandes sabios que trabajan en pequeños laboratorios, y no grandes laboratorios donde trabajan pigmeos de la ciencia.”*¹⁵⁸

El diputado Loyarte, miembro integrante de la comisión parlamentaria redactora de la ley expresó sus discrepancias con Dickmann y sostuvo la necesidad de avanzar en la aprobación de esta normativa. El legislador expresó *“si se ahonda en los pensamientos que han contribuído a establecer en los países de acendrada cultura el régimen de la propiedad intelectual, se advierte que pueden resumirse en los siguientes: El bienestar*

157 Ibidem.

158 Idem. p.371.

material y moral de la sociedad es fruto, en gran parte, de la labor científica, literaria y artística del espíritu humano. Conviene entonces que el hombre pueda sustentar su vida y asegurar el libre y espontáneo desarrollo de sus fuerzas creadoras por el provecho económico de esa labor, y la mejor y más digna manera de lograrlo es por medio de la propiedad intelectual... Por mi parte considero que es pura metafísica hablar de un derecho natural de la propiedad, aún en el caso de la llamada propiedad literaria. Como lo han mencionado muchos autores, entre ellos Macaulay, que cita a Payley en el discurso que pronunciara en la Cámara de los Comunes en el año 1841, conceptúo que la propiedad es obra de la ley y que la ley que la crea no puede tener otro fin que beneficiar a la colectividad, o mejor aún, al género humano.”¹⁵⁹

En defensa de la aprobación de la ley de propiedad intelectual como un avance en la consolidación del sistema de propiedad privada, el Diputado Loyarte agregó: *“Estimo que no hay posibilidad de organizar la sociedad de modo que la libertad individual quede garantizada y el progreso constante del mundo asegurado, sin el régimen de la propiedad privada, lo cual no supone el desconocimiento de los abusos de ese derecho, abusos que es menester impedir mediante una legislación adecuada, para que el principio obre, como ya dije, para el bien de la colectividad, para el bien de la sociedad y, extendiendo más aún el concepto que ya manifestara, para el bien del género humano.”* En este caso, una vez más, y siendo el autor de estas palabras uno de los redactores miembro de la comisión parlamentaria, queda claro que el objetivo de la ley es el bienestar general y el bien de la comunidad, y en ese marco es que debe ser elaborada teniendo en cuenta los límites que hagan falta para evitar abusos.

159 Idem. p. 374.

Una característica que tuvo el debate en la Cámara de Diputados fue la vocación de muchos sectores de aprobarla tal como llegó del Senado a fin de no extender el tratamiento de la misma. Por esta razón fueron rechazadas, entre otras, algunas modificaciones propuestas por el Diputado Dickmann que tenían por objeto limitaciones a los derechos de los herederos.¹⁶⁰ Elocuente en su crítica al sistema de herencia, Dickmann expresó: *“El señor miembro informante de la comisión, ha dicho que se establece un tribunal para cuando las obras pasen al dominio público. Entonces este tribunal vigilará que no sean adulteradas, mutiladas, etcétera. Pero eso es recién a los veinte años y los primeros de quienes hay que defenderse son los herederos que con frecuencia tienen interés en adulterar la obra porque no les guste el espíritu o una tal página o tal párrafo. Es contra éstos que hay que defenderse principalmente, y es contra ellos que yo introduzco la segunda parte de mi artículo.”*¹⁶¹

Por su parte, el Diputado Escobar propuso que la protección a las obras extranjeras se asegurara sólo para aquellas obras publicadas en la República Argentina. El legislador, aún sabiendo que no iba a ser aceptado, propuso redactar el artículo 15 de la siguiente forma: *“La protección que la ley argentina acuerda a los autores extranjeros se hará efectiva siempre que la obra haya sido editada e impresa en la República Argentina y no se extenderá...”* Pretendía, tal como indicó en su discurso, alimentar la alicaída industria impresora argentina.¹⁶²

En el afán de aprobar la ley lo antes posible y no tener que devolverla al Senado con modificaciones, se aprobaron los artículos en particular tal como habían sido enviados en el

160 Idem. pp.377-379.

161 Ibidem.

162 Idem. p. 279.

despacho. La solución propuesta para subsanar la brevedad del debate y la no aceptación de cambios propuestos por diversos legisladores, fue proponerles que ingresen luego proyectos de modificación de la normativa una vez aprobada.¹⁶³ Sólo se aprobó una modificación menor en el artículo 83, devuelto al senado y aprobado finalmente el 26 de septiembre de 1933. Fue promulgada por el Poder Ejecutivo Nacional el 28 de septiembre y publicada en el Boletín oficial con fecha 30 de Septiembre de 1933.¹⁶⁴

Las modificaciones aplicadas a la ley 11.723 y sus principales beneficiarios

Desde su aprobación en la década del 30', la ley sufrió numerosas modificaciones y adaptaciones. Entre 1933 y 2009, la ley fue revisada para ampliar el espectro de obras cubiertas, para extender los plazos de regulación, establecer algunas limitaciones y excepciones, agregar penas y sanciones y crear el dominio público pagante. Las diversas modificaciones aplicadas a la ley son las siguientes:

- Decreto-ley 12.063/57 (B.O. de 11-10-1957): modifica el art. 5º, eleva a cincuenta post-mortem el número de años de vigencia del derecho y el art. 84 dispone el regreso automático al dominio privado las obras que se encontraran en el dominio público sin que hubieran transcurrido los cincuenta años.
- Decreto-ley 1.224/58 (B.O. de 14-2-1958): deroga los arts. 69 y 70¹⁶⁵ y crea el Fondo Nacional de las Artes al que se adjudica la obligación de dedicar el 5% neto de los fondos recaudados para el mantenimiento de la Casa del Teatro.

163 Idem. p. 380.

164 Villalba y Lipszyc, p. 8.

165 En el proyecto aprobado en 1933, estos dos artículos estaban destinados a la creación de fondos de fomento, premios culturales, bibliotecas populares, instituto cinematográfico, instituto de radiodifusión, entre otros. A fin de cumplir con las metas del art. 69, el art. 70 disponía la creación de la Comisión Nacional de Cultura. Ambos artículos fueron derogados a fin de habilitar la creación del Fondo Nacional de las Artes.

- Ley 17.567/67 (B.O. de 12-1-1968): modifica los arts. 73 y 74 al elevar las multas allí establecidas e introduce el art. 74 bis que tipifica el delito de falsa atribución de autoría, que fue posteriormente derogado por ley 20.509, restablecido por ley 21.338 y, finalmente, derogado por ley 23.077.

- Ley 17.753/68 (B.O. de 3-6-1968): sustituye el texto del art. 36 y agrega la segunda parte que establece, como limitación del derecho de autor y del derecho de intérprete, la libre y gratuita representación, ejecución y recitación de obras literarias o artísticas ya publicadas, en actos públicos organizados por establecimientos de enseñanza, vinculados en el cumplimiento de sus fines educativos, planes y programas de estudio, siempre que el espectáculo no sea difundido fuera del lugar donde se realice y la concurrencia y la actuación de los intérpretes sea gratuita. Esta es la primera modificación que incorpora limitaciones y excepciones al derecho autoral.¹⁶⁶

- Ley 18.453/69 (B.O. de 1-12-1969): agrega la tercera parte del art. 36 extendiendo la limitación del segundo párrafo también a la ejecución o interpretación de piezas musicales en los conciertos o audiciones públicas a cargo de las bandas y fanfarrias pertenecientes a instituciones del Estado Nacional, de las provincias o de las municipalidades, siempre que la actuación de las mismas y la concurrencia del auditorio sean gratuitas.

- Ley 20.098/73 (B.O. de 23-1-1973): amplía la limitación establecida en la tercera parte del art. 36 extendiéndola a todos los organismos musicales pertenecientes a instituciones del Estado Nacional, de las provincias o de las municipalidades, siempre que la concurrencia del público sea gratuita.

166 Villalba y Lipszyc. p. 11

- Ley 23.741/89 (B.O. de 25-10-1989): en el art. 1° sustituye la expresión "discos fonográficos" por "fonogramas" e introduce el art. 72 bis que tipifica el delito de copia ilegal de fonogramas (reproducción no autorizada de grabaciones sonoras con fin de lucro, comercialización, importación y actos adicionales respecto de tales reproducciones).¹⁶⁷
- Ley 24.249/93 (B.O. de 17-11-1993): modifica el art. 34 elevando a cincuenta los años de cobertura de las obras cinematográficas.
- Ley 24.870/97 (B.O. de 16-9-1997): modifica el art. 5° elevando los plazos a setenta años contados a partir del 1 de enero del año siguiente al de la muerte del autor y el art. 84 dispone que vuelven automáticamente al dominio privado las obras que se encontraban en el dominio público sin que hubieran transcurrido los setenta años.

167 El art. 72 bis incorporado en 1989 quedó redactado de la siguiente forma:

Art. 72 bis. — Será reprimido con prisión de un mes a seis años:

- a) El con fin de lucro reproduzca un fonograma sin autorización por escrito de su productor o del licenciado del productor;
- b) El que con el mismo fin facilite la reproducción ilícita mediante el alquiler de discos fonográficos u otros soportes materiales;
- c) El que reproduzca copias no autorizadas por encargo de terceros mediante un precio;
- d) El que almacene o exhiba copias ilícitas y no pueda acreditar su origen mediante la factura que lo vincule comercialmente con un productor legítimo;
- e) El que importe las copias ilegales con miras a su distribución al público.

El damnificado podrá solicitar en jurisdicción comercial o penal el secuestro de las copias de fonogramas reproducidas ilícitamente y de los elementos de reproducción.

El juez podrá ordenar esta medida de oficio, así como requerir caución suficiente al peticionario cuando estime que éste carezca de responsabilidad patrimonial. Cuando la medida precautoria haya sido solicitada por una sociedad autoral o de productores, cuya representatividad haya sido reconocida legalmente, no se requerirá caución.

Si no se dedujera acción, denuncia o querrela, dentro de los 15 días de haberse practicado el secuestro, la medida podrá dejarse sin efecto a petición del titular de las copias secuestradas, sin perjuicio de la responsabilidad que recaiga sobre el peticionante.

A pedido del damnificado el juez ordenará el comiso de las copias que materialicen el ilícito, así como los elementos de reproducción. Las copias ilícitas serán destruidas y los equipos de reproducción subastados. A fin de acreditar que no utilizará los aparatos de reproducción para fines ilícitos, el comprador deberá acreditar su carácter de productor fonográfico o de licenciado de un productor. El producto de la subasta se destinará a acrecentar el "fondo de fomento a las artes" del Fondo Nacional del Derechos de Autor a que se refiere el artículo 6° del decreto-ley 1224/58.

- Ley 25.006/98 (B.O. de 13-8-1998): modifica el art. 34 en cuanto a la forma de computar el plazo de protección de las obras cinematográficas estableciendo que los cincuenta años corren a partir del deceso del colaborador enumerado en el art. 20 (el autor del argumento, el productor, el director del film y, en la obra cinematográfica musical, el compositor) que fallezca en último término, e introduce el art. 34bis según el cual dicha forma de computar el plazo será de aplicación a las obras cinematográficas que se encontraban en el dominio público sin que hubiera transcurrido el plazo previsto en el art. 34.

- Ley 25.036/98 (B.O. de 11-11-1998): modifica el art. 1° e introduce el inc. d) del art. 4°; los dos últimos párrafos del art. 9°; el art. 55 bis y la parte final del art. 57. Art. 1°: incorpora la mención de "los programas de computación fuente y objeto" y de "las compilaciones de datos o de otros materiales" y agrega, como último párrafo: "La protección del derecho de autor abarcará la expresión de las ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos pero no esas ideas, procedimientos, métodos y conceptos en sí". El inc. d) del art. 4° incorpora como titulares del derecho de propiedad intelectual -salvo estipulación en contrario- a las personas físicas o jurídicas cuyos dependientes contratados para ese fin, elaboren un programa de computación en el desempeño de sus funciones laborales. En el art. 9°, segundo y tercer párrafo, se autoriza al licenciatarario legítimo a efectuar una copia única de salvaguardia del ejemplar original de un programa de computación. El art. 55bis dispone que la explotación de la propiedad intelectual sobre los programas de computación incluirá entre otras formas los contratos de licencia para su uso o reproducción y el art. 57, in fine, dispone que, para los programas de

computación, el depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual será de los elementos y documentos que determine la reglamentación.

- Ley 25.847/03 (B.O. de 6-1-2004): modifica el art. 20 para reconocer al director como colaborador de la obra cinematográfica.
- Ley 26.285/07 (B.O. de 13-09-2007): incorpora al art. 36 in fine una excepción para la reproducción y distribución de obras científicas o literarias en sistemas especiales para personas ciegas o con otras discapacidades visuales. Esta excepción está limitada en su ejercicio a instituciones cuyo objeto estatutario sea asistir a ciegos o personas con discapacidades perceptivas.^{168 169}
- Ley N° 26.570/09 (B.O. De 14-12-2009): incorpora el artículo 5bis para aprobar la extensión de la duración de derechos conexos, es decir, derechos de intérpretes y productores fonográficos y el regreso al dominio privado de aquellas obras que hubieran estado ya en dominio público sin cumplir con el plazo de 70 años desde la fecha de edición.¹⁷⁰

El análisis de los cambios sufridos por la Ley 11.723 desde su aprobación en 1933 hasta el presente nos permite evaluar el sentido de los cambios incorporados. En 1957, bajo

168 La excepción incorporada en el art. 36 reconoce como entidades autorizadas en su ejercicio exclusivamente a un organismo estatal o asociación sin fines de lucro con personería jurídica, cuya misión primaria sea asistir a ciegos o personas con otras discapacidades perceptivas.

169 Villalba y Lipszcy. pp.10-13

170 El articulado incorporó el artículo 5° bis diciendo: **Art. 5° bis.** — La propiedad intelectual sobre sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas corresponde a los artistas intérpretes por el plazo de SETENTA (70) años contados a partir del 1° de enero del año siguiente al de su publicación. Asimismo, la propiedad intelectual sobre los fonogramas corresponde a los productores de los fonogramas o sus derechohabientes por el plazo de SETENTA (70) años contados a partir del 1° de enero del año siguiente al de su publicación. Los fonogramas e interpretaciones que se encontraren en el dominio público sin que hubieran transcurrido los plazos de protección previstos en esta ley, volverán automáticamente al dominio privado por el plazo que reste, y los terceros deberán cesar cualquier forma de utilización que hubieran realizado durante el lapso en que estuvieron en el dominio público.

el gobierno de Aramburu, fruto del golpe de estado ocurrido en 1955 bajo el rótulo de 'Revolución Libertadora', la ley de propiedad intelectual sufrió modificaciones que incluyeron la extensión de la duración del monopolio de 30 a 50 años tras la muerte del autor y el regreso al dominio privado de obras que ya hubieran entrado al dominio público sin cumplir ese plazo. En 1958 fue creado por Decreto Ley de la misma dictadura, el Fondo Nacional de las Artes y se instauró en Argentina aquel proyecto rechazado por los legisladores en el '33, la conformación de un dominio público pagante.

Durante la presidencia de Onganía, jefe del ejecutivo fruto de otra dictadura militar conocida como la 'Revolución Argentina', se aprobaron varias normas vinculadas a la propiedad intelectual. En 1967 se elevaron las multas establecidas en los artículos 73 y 74 y se incluyó el artículo 74bis para penar la falsa atribución de autoría. Esta norma fue derogada tiempo después. También de estos años datan las inclusiones de las primeras excepciones y limitaciones establecidas en el artículo 36, siendo estas salvaguardas muy limitadas al entorno escolar y a los fines pedagógicos y posteriormente se incluyen las interpretaciones por parte de bandas y fanfarrias pertenecientes al Estado nacional en actuaciones libres y gratuitas.¹⁷¹ Esta excepción se amplió en 1973 a favor de todas las instituciones musicales dependientes del Estado en todos sus niveles, siempre que la actuación fuera gratuita.

La Ley 17.648 (B.O. 07-03-68) sancionada también durante la dictadura de Onganía, confiere a la Sociedad Argentina de Autores y Compositores (SADAIC), la exclusividad de la gestión colectiva de autores y compositores con potestad para ser la única entidad autorizada para percibir y distribuir los derechos generados por la utilización

¹⁷¹ Véase Art. 36.

de obras musicales, nacionales y extranjeras, incluyendo todo el repertorio disponible en la República Argentina. El Decreto Nacional 5146/69 establecerá luego las formas y atribuciones que asumirá SADAIC en la representación y administración como entidad de gestión colectiva.

La siguiente modificación ocurrirá recién en 1989, con la inclusión del artículo 72bis para detallar y ampliar las penas por la copia ilegal de fonogramas. En 1993 se elevó a 50 el número de años para las obras cinematográficas y en 1997 se extendió una vez más el derecho de los autores de 50 a 70 años post-mortem.¹⁷²

En 1998, y tras la firma de los Acuerdos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio en el marco de la Ronda Uruguay de la OMC, se produjo una modificación sustantiva de la Ley 11.723. La modificación incluyó la definición del plazo de protección de obras cinematográficas, mediante la Ley 25.006. Posteriormente, en ese mismo año se incluyeron los programas de computación tanto en fuente como en objeto y las compilaciones de datos, así como detalles vinculados a la titularidad del programa en caso de trabajos por encargo (véase art. 4, inciso d), incorporado en esta modificación), y también se reconoce la posibilidad de realizar una única copia de respaldo del programa. De este modo, la ampliación no es ya en tiempo sino en alcance de la ley de propiedad intelectual a un campo antes no abarcado por esta normativa, como son los programas de computadora.¹⁷³

En el 2003, la modificación incorporó al Director a la nómina de titulares de

172 Boletín Oficial. 16 de septiembre de 1989. Boletín Nro. 28.731 1a Sección. Pag. 4.

173 Busaniche, Beatriz “Los dilemas del copyright en el campo del Software” Trabajo final de Derecho de Autor para la Maestría en Propiedad Intelectual. FLACSO Argentina, disponible en <http://www.bea.org.ar/2010/08/el-dilema-del-copyright-en-el-campo-del-software/> (visitado el 22 de enero de 2013).

derechos en obras cinematográficas.

Mediante el decreto 1914/2006, el Estado Nacional reconoció a la Sociedad Argentina de Gestión de Actores e Intérpretes Asociación Civil (S.A.G.A.I.) como representante dentro del territorio nacional de los artistas argentinos y extranjeros en las categorías de actores y bailarines y sus derecho-habientes para percibir y administrar las retribuciones previstas en la Ley 11.723 por la explotación, utilización, puesta a disposición interactiva o comunicación al público en cualquier forma de fijación, ya sea en grabaciones u otros soportes audiovisuales.¹⁷⁴

En 2007, por iniciativa del Senador Terragno, se incorporó la excepción para instituciones autorizadas de asistencia a personas con discapacidades visuales o de lectura.

En 2009, la Presidente de la Nación, Cristina Fernández de Kirchner, firmó el decreto 124/09 que reconoce a Directores Argentinos Cinematográficos (D.A.C.) como única entidad representativa para la recaudación y distribución de los Derechos de Autor de Directores Cinematográficos y de obras audiovisuales nacionales y extranjeras en todo el territorio nacional.

En 2009 se produjo una nueva extensión de los derechos, esta vez de intérpretes y productores fonográficos, de 50 a 70 años tras su publicación, con la cláusula de retroactividad que devuelve al dominio privado obras que hubieran entrado a dominio público sin haber cumplido aún los 70 años previstos en la revisión legislativa.

Queda claro tras este resumen que la tendencia en la mayoría de los casos ha sido

¹⁷⁴ Decreto 1914/06 disponible en http://www.sagai.org/pdf/decretos_leyes/Decreto_1914_06.pdf (visitado el 8 de abril de 2013).

hacia la ampliación tanto en alcance como en duración, con la institucionalización en paralelo de las entidades de recaudación y defensa de los derechos autorales como las entidades de gestión colectiva¹⁷⁵ y con contadas y muy limitadas inclusiones de flexibilidades volcadas en el artículo 36.

Otra conclusión preliminar que se desprende de estas modificaciones es que todas ellas, incluyendo las excepciones y limitaciones como la realizada en 2007, se relacionaron más con la incidencia de grupos específicamente interesados como las asociaciones de ciegos, así como las entidades de gestión colectiva y las empresas vinculadas a la industria de software y la industria del entretenimiento, que con un debate amplio de las políticas culturales del país. El rol de los grupos de presión en las sucesivas modificaciones de la ley ha sido clave. 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”¹⁷⁶. 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 hombre¹⁷⁷ no hay en este mundo ningún otro ser, ningún otro sujeto que tenga Derechos Humanos”¹⁷⁸.

175 Actualmente Argentina cuenta con numerosas entidades de gestión colectiva, entre ellas, Sadaic, Argentores, AADI, Capif, SAGAI y DAC, estas últimas reconocidas como tales durante la gestión de Cristina Fernández de Kirchner.

176 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)

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

178 Herrendorf, D y Bidart Campos, G. (1991) Principios de Derechos Humanos y Garantías. Buenos Aires. Ediar. p. 62.

Reforma de la Constitución Argentina en 1994

La Constitución Argentina, en su artículo 17 reconoce que *“todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley”* supeditando estos particulares derechos de propiedad a la definición en términos de duración y alcances por parte 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*¹⁷⁹ 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 destacables en este mismo sentido, 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 consagra el derecho de acceso a la cultura como una atribución esencial de todos los miembros de la comunidad (art.75, inc. 22)”*¹⁸⁰

La importancia y necesidad de establecer una protección supranacional de los Derechos Humanos tuvo fuertes influencias en el constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial, que se tradujo en nuevas cláusulas constitucionales que consagran este principio con el nuevo sistema internacional de protección normativa y judicial de los Derechos Humanos.¹⁸¹ El principio de supremacía de la Constitución está contemplado en

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

180 Ibidem.

181 Onaindia, José Miguel. (1998) “Instituciones de Derecho Constitucional”. Buenos Aires. Argentina.

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 y darle rango constitucional a algunos tratados de Derechos Humanos. De esta manera, hizo más complejo el orden de prelación de las normas. En efecto, al incorporar el inciso 22 al artículo 75 sobre las atribuciones del Congreso, quedó determinada la superioridad jerárquica de algunos 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, y 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 Constitución,¹⁸² a lo cual 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.

Errepar. Pag. 4.

182 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 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.*”

Vale destacar entonces que de acuerdo a la jerarquía normativa así establecida por la propia Constitución, los derechos culturales contemplados en el artículo 15 del PIDESC, así como los derechos contemplados en el inciso 19¹⁸³ del artículo 75 son superiores a la Ley de Propiedad Intelectual 11.723.

En este contexto, autoristas como Villalba y Lipszyc entienden que la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, en particular La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948), la Declaración Universal de Derechos Humanos (París, 1948) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -PIDESC- (Nueva York, 1966) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José de Costa Rica, 1969), que tal como hemos visto incluyen cláusulas específicas sobre los derechos de autores e inventores, “importan el reconocimiento de que se trata de un atributo inherente al ser humano y que, como tal, su protección adecuada y eficaz no puede desconocerse.”¹⁸⁴

Corresponde entonces analizar cómo se puede tratar la tensión existente entre los derechos de acceso y participación en la cultura, los derechos de autor, los pactos internacionales de derechos humanos y las leyes vigentes de propiedad intelectual.

183 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.

184 Villalba y Lipszyc. pp-9-10.

Capítulo 3: Tensión o Coexistencia. Derechos Humanos y Derechos de Autor

Derechos Humanos y la agenda de la propiedad intelectual

La relación entre los derechos humanos y los derechos de autor ha sido centro de numerosas controversias a lo largo de los últimos años. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 así como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 son los principales instrumentos que sirven de base a esta discusión. Sin embargo, el análisis histórico de la redacción de ambos documentos no arroja de manera explícita la forma en la que debería concebirse la relación entre los diferentes aspectos incorporados en los artículos referidos a los derechos culturales. Los redactores dejaron textos que contemplan los derechos de acceso y participación en la cultura, así como los derechos a gozar de los beneficios morales y materiales fruto de las obras de los que una persona sea autora, sin que, al menos en apariencia, quedara documentada ninguna preocupación por la tensión entre ambos. Al menos así se desprende de la detallada historia de la redacción de la Declaración Universal escrita por Johannes Morsink, que no da indicación clara de la amplitud del debate suscitado por la posible tensión entre los incisos 1 y 2 del artículo 27. El texto de Morsink no da cuenta de las cuestiones derivadas de la potencial búsqueda de un equilibrio entre los derechos del autor o inventor y los de la colectividad o los derechos de acceso y participación. En consecuencia cabe concluir que esta tensión no fue debatida a fondo o por lo menos no en detalle, durante la redacción de la Declaración Universal. Durante la redacción del

PIDESC, en cambio, la cuestión sobre la relación entre derechos de autores e inventores y derechos de acceso y participación apareció, aunque no de manera tan extensa o suficiente como para dejar una orientación elocuente sobre el pensamiento de los redactores. Valenzuela, uno de los delegados de Chile durante la redacción del PIDESC, presentó una inquietud vinculada a la relación entre el acceso y los derechos de propiedad intelectual al explicar que *“Compartía totalmente las loables intenciones de la delegación francesa y coincidía en que debía protegerse la producción intelectual, pero era también necesario proteger a los países insuficientemente desarrollados, que habían sufrido extremadamente hasta ahora de su incapacidad para competir en la investigación científica y para registrar sus propias patentes. En consecuencia, dependían de los conocimientos técnicos retenidos exclusivamente por unos pocos monopolios. Como la enmienda francesa perpetuaría esta situación, el orador se vería en la obligación de votar en contra. En términos generales, el asunto era tan complejo que sería menester tratarlo en un convenio separado en vez de hacerlo en un solo artículo del pacto de derechos humanos.”*¹⁸⁵ Tal inquietud fue acompañada por la delegación egipcia así como por la delegación australiana. Esta última expresó que *“no era aconsejable instituir la protección del autor sin tomar también en consideración los derechos de la colectividad”*.¹⁸⁶ Los franceses insistieron en su postura al decir que las patentes no representaban un peligro tan grave y que la ausencia de protección sería aún peor para los países con insuficiente desarrollo.¹⁸⁷ Existen pocos indicios que den cuenta de la profundización de este debate. Lo cierto es que sobre finales del Siglo XX y principios del Siglo XXI, elucidar y dar cuenta de la tensión entre estos derechos es todavía

185 Green, párrafo 29.

186 Idem, párrafo 30.

187 Idem, párrafo 31.

un asunto pendiente.

En las últimas décadas del siglo XX, la relación entre los Derechos Humanos y la Propiedad Intelectual pasó a ser un tema clave de la agenda de los organismos de Naciones Unidas, así como de numerosas ONGs de Derechos Humanos y países en desarrollo. La incorporación de los Acuerdos sobre Propiedad Intelectual relacionados al Comercio en el marco de la Organización Mundial del Comercio y la consecuente armonización global de las regulaciones puso sobre la mesa la necesidad de dar cuenta de la relación de estos tratados internacionales y los compromisos con los derechos asumidos por los países con los tratados de Derechos Humanos, en particular en el caso del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que tiene carácter mandatorio para los países signatarios y rango constitucional en Argentina a partir de 1994.

De este modo, diversos organismos tuvieron que trabajar sobre la interpretación de estos documentos, en particular, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos así como el Comité de Aplicación del PIDESC, ambos organismos encargados de dar contenido concreto y práctico a los textos de los tratados.

El 17 de agosto de 2000, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos emitió la Resolución de la Subcomisión de Derechos Humanos 2000/7 sobre Derechos de Propiedad Intelectual y Derechos Humanos.¹⁸⁸ En este documento da cuenta de los tratados internacionales de Propiedad Intelectual en la OMC, así como de los

¹⁸⁸ Disponible en español en

<http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/bc9bae19229eadabc1256970004cde3f?Opendocument> (visitado el 11 de febrero de 2013).

avances en la materia en la OMPI, organismo especializado en Propiedad Intelectual que ya había iniciado una serie de debates y mesas redondas estableciendo la relación entre los Derechos Humanos y la Propiedad Intelectual.¹⁸⁹ De manera elocuente y sin ambigüedades, el Alto Comisionado reconoce que *“existen contradicciones reales o potenciales entre la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC y la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, entre otras cosas con respecto a los obstáculos a la transferencia de tecnología a los países en desarrollo, las consecuencias para el disfrute del derecho a la alimentación vinculados a las regulaciones en materia de derechos sobre variedades vegetales y de patentes sobre organismos genéticamente modificados, la "biopiratería" y la reducción del control por las comunidades (especialmente las comunidades indígenas) de sus propios recursos genéticos y naturales y de sus valores culturales, y las restricciones al acceso a productos farmacéuticos patentados y sus consecuencias para el disfrute del derecho a la salud.”*¹⁹⁰

El Alto comisionado afirma *“que el derecho a la protección de los intereses morales y materiales que corresponden a una persona por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que es autora es un derecho humano, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 27 de la Declaración de Derechos Humanos y en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, con sujeción a las limitaciones en el interés del público;”* y declara, no obstante, que *“habida cuenta de que la aplicación del Acuerdo*

189 La Resolución de la Subcomisión de DDHH 2000/7 menciona explícitamente que la OMPI había organizado una mesa redonda sobre el tema en 1998.

190 Ibidem.

sobre los ADPIC no refleja adecuadamente el carácter fundamental y la indivisibilidad de los derechos humanos, inclusive el derecho de toda persona a disfrutar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, el derecho a la salud, el derecho a la alimentación y el derecho a la libre determinación, existen contradicciones aparentes entre el régimen de derechos de propiedad intelectual consagrado en el Acuerdo sobre los ADPIC, por una parte, y el derecho internacional relativo a los derechos humanos, por otra parte.”¹⁹¹

El texto avanza aún más y recuerda a todos los gobiernos la primacía de las obligaciones en relación con los derechos humanos por sobre las políticas y acuerdos económicos, así como la necesidad de que todos los negociadores en todos los niveles, nacionales, regionales e internacionales que se ocupan de la materia también las negociaciones de políticas económicas desde la perspectiva de los Derechos Humanos a fin de que los países puedan cumplir con las obligaciones y principios fundamentales asumidos.¹⁹² Incluso, en otra sección del documento, exhorta a los gobiernos a *“que integren en sus leyes y políticas nacionales y locales disposiciones conformes con las obligaciones y los principios internacionales en materia de derechos humanos, que protejan la función social de la propiedad intelectual.”* Lo mismo solicita a los organismos internacionales y exhorta a los países a que cumplan plenamente con el PIDESC y establezcan cooperación en el plano internacional a tal fin, inclusive en el contexto de los regímenes internacionales de propiedad intelectual.

191 Ibidem.

192 Ibidem.

La exhortación se extiende de manera explícita a la Organización Mundial del Comercio en general y al Consejo de los ADPIC en particular para que *“tengan plenamente en cuenta las obligaciones vigentes de los Estados en virtud de los instrumentos internacionales de derechos humanos”*.¹⁹³

En el mismo sentido se pronunció la Resolución de la Subcomisión de Derechos Humanos 2001/21, emitida por el Alto Comisionado al año siguiente, lo que da cuenta de la continuidad del trabajo en la materia.¹⁹⁴

La resolución agrega una mención a los artículos 7 y 8 de los ADPIC al destacar *“la necesidad de aclarar el alcance y el significado de varias disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC, en particular de los artículos 7 y 8 sobre los objetivos y los principios en que se basa el Acuerdo, a fin de garantizar que las obligaciones de los Estados en virtud del Acuerdo no contradigan sus obligaciones vinculantes en materia de derechos humanos.”*¹⁹⁵

Sendos documentos oficiales de Naciones Unidas dan cuenta de la tensión. En la Resolución de 2001 se destacan especialmente dos textos producidos para el Alto Comisionado. Por un lado, el reporte sobre “Globalización y su impacto en los Derechos Humanos” elaborado por J.Oloka-Onyango y Deepika Udagama¹⁹⁶ y el Reporte del Alto Comisionado sobre “Impactos del Acuerdo ADPIC en los Derechos Humanos”.¹⁹⁷

193 Ibidem.

194 Véase Resolución de la Subcomisión de Derechos Humanos 2001/21 Disponible en <http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/%28Symbol%29/E.CN.4.SUB.2.RES.2001.21.Sp?Opendocument> (visitado el 11 de febrero de 2013).

195 Ibidem.

196 Véase <http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/%28Symbol%29/E.CN.4.Sub.2.2000.13.En?Opendocument> (visitado el 11 de febrero de 2013).

197 Véase <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/Symbol/E.CN.4.Sub.2.2001.13.En?Opendocument> (visitado el 11 de febrero de 2013).

El documento sobre globalización llama la atención sobre la necesidad de prestar especial atención al marco de Derechos Humanos en los procesos de liberalización de los mercados y pone énfasis en la importancia de equilibrar los intereses y necesidades de los países del sur, así como en la necesidad de que la OMC reformule sus procedimientos y mecanismos de deliberación para que sean más inclusivos, especialmente, para la incorporación de múltiples actores interesados como las organizaciones sociales. Citando a Joseph Stiglitz, el documento enfatiza que la liberalización de los mercados debe ser balanceada en su agenda, procesos y resultados, y debe reflejar las preocupaciones de los países en desarrollo. No sólo se deben incluir los intereses de los países desarrollados en relación a la protección de la propiedad intelectual, sino también y especialmente las áreas donde los países en desarrollo tienen fuerte preocupación como la apropiación privada de conocimientos tradicionales y los altos precios de los productos farmacéuticos.¹⁹⁸ Está claro que la tensión entre derechos humanos y propiedad intelectual en particular está enmarcada en un escenario aún más amplio que tiene que ver con la agenda de comercio en general y los compromisos de los países con los Derechos Humanos.

Por su parte, el reporte del Alto Comisionado sobre el impacto de los ADPIC en los Derechos Humanos de Junio de 2001, hace especial foco en asuntos vinculados al acceso a medicinas y salud pública, sentando así un precedente inmediato de la reconocida declaración de Doha y Salud Pública aprobada en el marco de la Ronda de Doha de la OMC en 2001.¹⁹⁹

198 Citado en J.Oloka-Onyango y Deepika Udagama, párrafo 19.

199 Declaración relativa a los Acuerdos ADPIC y la Salud Pública. Declaración de Doha. 14 de noviembre de 2001. Disponible en http://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min01_s/mindecl_trips_s.htm (visitada el 11 de febrero de 2013).

Una pregunta central para abordar los acuerdos ADPIC desde una perspectiva de Derechos Humanos implica analizar si el marco de presupuestos mínimos y los objetivos del ADPIC está balanceado de manera suficiente con el marco del PIDESC. En su artículo 7, el ADPIC establece que *“La protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones.”*²⁰⁰ Esta declaración, al menos en teoría, podría entenderse como un reconocimiento del balance de los derechos humanos incorporados en el artículo 15 del PIDESC. Sin embargo, reconocer esto no significa que los ADPIC tengan un abordaje claro en favor de los Derechos Humanos. Cabe preguntarse aún si los ADPIC alcanzan un balance justo, acorde con los acuerdos internacionales, y si la implementación de las reconocidas flexibilidades de los ADPIC en el marco de las legislaciones nacionales permite a los Estados garantizar el cumplimiento de los tratados de Derechos Humanos.

El alto comisionado pone en cuestión estas premisas. En primer lugar, la promoción de la salud pública, el desarrollo, la nutrición y la promoción del medio ambiente, así como las cláusulas de acceso y participación en la cultura contempladas en los tratados de Derechos Humanos, serían abordadas en el marco de los ADPIC sólo bajo la modalidad de excepciones y limitaciones al ejercicio de los derechos de propiedad intelectual, en un claro plano de debilidad y desequilibrio frente a éstos. Estas previsiones que velan por el acceso

200 ADPIC, Art. 7. Disponible en http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_03_s.htm (visitado el 11 de febrero de 2013).

y la participación no siempre están implementadas en los países firmantes, mientras que los estándares mínimos previstos por los ADPIC necesariamente lo están, e incluso aparecen fortalecidos por las obligaciones asumidas bajo la amenaza de intervención del organismo de solución de controversias de la OMC. Un abordaje desde los derechos humanos debería poner estos derechos en primer plano y hacer explícita la promoción y protección de los derechos contemplados en el PIDESC en el corazón de un tratado de Propiedad Intelectual y no como excepciones y limitaciones subordinadas a otros derechos que quedan consagrados así como de índole superior. *“Esto no significa necesariamente que los objetivos comerciales son incompatibles con los Derechos Humanos. Sin embargo, si realmente deseamos promover y proteger los Derechos Humanos en el marco de los objetivos del Acuerdo ADPIC, debemos explorar diferentes vías y estrategias para promover y proteger el progreso científico y sus resultados.”*²⁰¹

Mientras que el Acuerdo identifica la necesidad de balancear derechos con obligaciones, no ofrece guía alguna sobre cómo lograr ese balance. Así, los ADPIC fijan con notable detalle las implementaciones y contenidos de los derechos de propiedad intelectual, en términos de duración, requisitos para el otorgamiento, modos de aplicación, penalizaciones en caso de no implementación, etc., mientras que por otra parte sólo aluden a las responsabilidades de los titulares de derechos de acuerdo a sus propios objetivos como la prevención de prácticas anticompetitivas o el abuso de los derechos, la promoción de la transferencia de tecnología y un trato diferenciado para los países menos desarrollados, pero sin establecer ningún contenido concreto para esas responsabilidades ni ofrecer

201 E/CN.4/Sub.2/2001/13 párrafo 22.

indicaciones para su implementación. Los supuestos mínimos de propiedad intelectual son específicos y obligatorios, mientras que las excepciones y limitaciones son difusas y opcionales. En consecuencia, el balance que se pretende establecer en los ADPIC no se acerca siquiera al balance requerido por el artículo 15 del PIDESC.²⁰²

Un tercer problema identificado por el Alto Comisionado es que entre los compromisos mínimos implementados por ADPIC aparecen medidas tales como la cobertura de patentes sobre todos los campos de la tecnología, incluyendo los productos farmacéuticos. Esta disposición avanza sobre las autonomías de los Estados Nacionales en relación a las políticas y el derecho al desarrollo de cada país. Allí donde un país tenía la potestad de fijar políticas públicas en materia de acceso a medicamentos, el acuerdo ADPIC clausuró la posibilidad de que estas decisiones sigan estando en manos de los propios Estados en ejercicio de su derecho al desarrollo.²⁰³

Preocupa también la sucesiva inclusión de cláusulas denominadas ADPIC Plus en las legislaciones nacionales. La presión comercial, entre otras estrategias, ha sido utilizada por países desarrollados para que algunos miembros de la OMC incorporen cláusulas que anulan las salvaguardas del ADPIC y que pueden ser inconsistentes con las responsabilidades de los Estados con los Derechos Humanos.²⁰⁴

Aún observando estos problemas en los ADPIC, mucho depende de la forma en que se implemente. En el mismo documento, el Alto Comisionado urge a los miembros de la

202 Idem. Párrafo 23.

203 Idem. Pár. 24.

204 Idem. Pár. 27.

OMC a utilizar en toda su expresión las flexibilidades ofrecidas por el tratado de modo tal que su implementación sea compatible con la promoción y protección de los Derechos Humanos. Es importante notar además que de los 141 estados miembros de la OMC, 111 son firmantes que ratificaron el PIDESC.²⁰⁵

Por lo tanto, en relación con los ADPIC, el Alto Comisionado “*Insta a los gobiernos a que garanticen que la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC no repercuta negativamente en el disfrute de los derechos humanos previstos en los instrumentos internacionales de derechos humanos por los que están obligados.*”²⁰⁶

Coexistencia o tensión

Durante décadas, la propiedad intelectual y los derechos humanos permanecieron en compartimientos separados y muy pocos expertos en cada uno de los campos establecían puntos de contacto o de diálogo. Si bien los derechos de autores e inventores están incorporados en las Declaraciones de Derechos Humanos, los expertos y activistas en esta materia prestaron históricamente poca atención a esos derechos. Lo mismo pasaba desde los marcos regulatorios de la propiedad intelectual. Pocas o nulas menciones a los Derechos Humanos aparecen en las negociaciones de tratados internacionales de propiedad intelectual, incluso en los actuales documentos como los Tratados de Internet de la OMPI de 1996²⁰⁷ o en las negociaciones comerciales que incluyen capítulos enteros dedicados a la

205 Idem. Pár. 28.

206 Derechos de propiedad intelectual y Derechos Humanos. Resolución de la Subcomisión de Derechos Humanos 2001/21 Disponible en <http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/%28Symbol%29/E.CN.4.SUB.2.RES.2001.21.Sp?Opendocument> (visitado el 11 de febrero de 2013).

207 Los denominados tratados de Internet son el Tratado OMPI sobre Derechos de Autor (TODA) y el Tratado OMPI sobre interpretación, ejecución y fonogramas (TOIEF).

propiedad intelectual. Cada vez más activistas de derechos humanos comienzan a advertir y trabajar en la intersección de ambos sistemas, sobre todo, teniendo en cuenta la notable influencia de los tratados comerciales y la armonización y expansión creciente de los sistemas de propiedad intelectual, en particular a partir de las consecuencias de la firma de los ADPIC y los consecuentes tratados y legislaciones ADPIC Plus promovidos desde la agenda de comercio con el impulso de los países desarrollados hacia la firma de tratados bilaterales y regionales de libre comercio con capítulos integrales referidos a Propiedad Intelectual²⁰⁸.

“Los derechos humanos y la propiedad intelectual deben aprender a coexistir”, expresa Daniel J. Gervais al introducir su trabajo sobre el tema. Históricamente han existido dos puntos de vista dominantes en esta relación, una teoría basada en la existencia de conflicto que enfatiza en los aspectos negativos de la propiedad intelectual sobre derechos humanos tales como la libertad de expresión, o el derecho a la salud y la educación y otra teoría basada en la coexistencia, que aborda los dos tipos de derechos desde un modelo de compatibilidad hacia un sistema de equilibrio.²⁰⁹ Estas dos teorías son lo que, siguiendo a Laurence Helfer, llamaremos modelo de tensión y conflicto o modelo de coexistencia.²¹⁰

El primer abordaje interpreta la relación entre los Derechos Humanos y la propiedad

208 Como ejemplo, vale mencionar la negociación del Trans Pacific Partnership abierta actualmente.

209 Gervais, Daniel J. (2008). *Intellectual Property and Human Rights: learning to live together*” en Torremans, Paul L. C. *Intellectual Property and Human Rights*, pp. 3-23. The Netherlands Kluwer Law International Bv.,

210 Helfer, Laurence R., *Human Rights and Intellectual Property: Conflict or Coexistence?*. Minnesota Journal of Law, Science & Technology, Vol. 5, p. 47, 2003; Loyola-LA Legal Studies Paper No. 2003-27; Princeton Law and Public Affairs Working Paper No. 04-003. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=459120> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.459120>

intelectual como esencialmente conflictiva. Este marco entiende que una fuerte protección de la propiedad intelectual socava el ejercicio de los derechos humanos, especialmente en las áreas de los derechos económicos, sociales y culturales y que por lo tanto, la salida más clara para resolver este conflicto es que los Estados reconozcan la preeminencia de los Derechos Humanos sobre las leyes de propiedad intelectual en las áreas donde entran en elocuente conflicto.²¹¹ Esta es la posición del Alto Comisionado de Derechos Humanos en su análisis sobre la relación entre ambos sistemas de derechos.²¹²

Mientras que el enfoque del conflicto aparece muy claro, especialmente en documentos de Naciones Unidas, Helfer enfatiza que este abordaje tiene una serie de problemas y ambigüedades. En primer lugar, destaca la dificultad para identificar la naturaleza exacta del conflicto antes de definir que los Derechos Humanos tienen preeminencia. En numerosos asuntos públicos, la identificación de un conflicto claro es primordial cuando se trata de confrontar dos sistemas jurídicos supuestamente contrapuestos o mutuamente inconsistentes. De hecho, si analizamos el marco de derechos humanos en sí mismo, asuntos tales como la prohibición del genocidio, la esclavitud, o la tortura tienen definiciones que presentan certezas que tornan inequívoca una definición de preeminencia. Sin embargo, cuando llega la hora de evaluar el ejercicio de los derechos culturales, o el derecho a la salud o el derecho a la alimentación y la educación, así como la libertad de expresión, las definiciones se tornan lo suficientemente vagas como para establecer en qué medida el actual sistema de propiedad intelectual impide su ejercicio

211 Idem. p. 48.

212 Torremans, Paul L. C. (2008) "Copyright (and other intellectual property rights) as Human Rights" en *Intellectual Property and Human Rights* 195-196.

pleno. Es posible identificar la tensión, pero ¿cuál es el punto de limitación impuesto por la propiedad intelectual que nos permite apelar al principio de supremacía? Las teorías sobre los tratados internacionales presumen que cuando dos tratados versan sobre los mismos temas, se deben interpretar de manera compatible entre sí, y a la luz de otros tratados. Desde esta perspectiva, se puede interpretar que los tratados de Derechos Humanos ofrecen un recurso correctivo cuando los tratados de propiedad intelectual se usan en forma excesiva o contraria a sus funciones.²¹³ El segundo problema en el marco de la visión de conflicto tiene que ver con que los derechos de autores e inventores están incorporados en el marco de derechos humanos, por lo tanto, están también subsumidos a las cláusulas protectoras de los mismos. El PIDESC es elocuente en su articulado al expresar que *“Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él.”*²¹⁴ El art. 5 se completa con un inciso que expresa: *“no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.”*

Por lo tanto, la perspectiva del conflicto y la solución de la preeminencia de los Derechos Humanos no necesariamente es clara al momento de resolver casos concretos.

213 Helfer, Laurence, (2011) “Mapping the Interface of Human Rights” en Helfer, Laurence y Austin, Graem. “Human Rights and Intellectual Property. Mapping the Global Interface. Cambridge University Press. pp.66-67.

214 PIDESC, Art. 5. incisos 1 y 2.

El abordaje de la coexistencia apunta a la intersección de los Derechos Humanos y la Propiedad Intelectual como dos aspectos de la misma pregunta fundamental: ¿cómo definir el justo equilibrio en el cual el sistema de protección otorga suficientes incentivos a autores e inventores para crear e innovar mientras se asegura que el público tenga acceso equitativo y justo a los frutos de esos esfuerzos?²¹⁵ Este abordaje interpreta que los derechos de propiedad intelectual y los derechos de acceso son partes esenciales del mismo marco de derechos humanos y por lo tanto, las diferencias al interior de esta corriente se encuentran sólo en la búsqueda del punto de equilibrio para el cumplimiento de ambos. Por lo tanto, una de las preguntas clave que este abordaje propone es justamente cómo se deben regular los derechos de propiedad intelectual a la luz del marco general de los Derechos Humanos.²¹⁶

Un abordaje desde los Derechos Humanos puede ayudar a compensar la marcada tendencia económica y comercial en la evolución del copyright, *“dominada por una comunidad de abogados estrictamente técnicos en la materia, en cuyas manos el sistema de propiedad intelectual ha crecido como un complejo y altamente diferenciado sistema de reglas. El desarrollo de estas políticas se ha definido muchas veces por los valores propios de ese grupo”*.²¹⁷ Ante semejantes niveles de especialización, y considerando la importancia de los temas tratados, ningún tomador de decisiones en la materia debería quedarse sólo con las visiones de los expertos en propiedad intelectual. *“Idealmente, la comunidad de derechos humanos y la de expertos en propiedad intelectual deberían iniciar un diálogo.*

215 Helfer. (2003) p. 48.

216 Helfer y Austin, p. 73.

217 Drahos, Peter. (1998) “The Universality of Intellectual Property Rights. Origins and development” WIPO Disponible en <http://www.wipo.int/tk/en/hr/paneldiscussion/papers/pdf/drahos.pdf> (visitado el 12 de febrero de 2013).

Ambas comunidades tienen muchas cosas que aprender mutuamente. Apreciar la propiedad intelectual desde el prisma de los Derechos Humanos motivará diferentes formas en las cuales estos derechos deben ser reformulados para incluir los intereses y necesidades que actualmente no cubren. Por su parte, los expertos en propiedad intelectual pueden ofrecer a los Derechos Humanos un discurso regulatorio de mayor especificidad. En algún punto, los principios difusos que sostienen los reclamos de nuevas formas de propiedad intelectual desde los Derechos Humanos deberán concretarse en nuevos modelos regulatorios. Estos modelos deberán operar en un mundo de gran diversidad cultural. Es en el mundo real y en las aplicaciones prácticas donde los asuntos de propiedad, uso, acceso, explotación y duración de nuevas formas de propiedad intelectual deben ser decididas y es allí donde los expertos en la materia podrían hacer contribuciones."²¹⁸

El abordaje de Derechos Humanos puede devolver ciertos valores al sistema de Propiedad Intelectual. El énfasis en la cultura en los instrumentos de Derechos Humanos permite, entre otras cosas, entender los límites de una mirada esencialmente comercial en la materia. Esto favorecería una perspectiva en la cual el sistema de derechos autorales no tenga sólo un fin económico, sino que permitiría recuperar su misión de promover la cultura, a fin de cumplir con los mandatos de promover el acceso y la participación en la vida cultural.²¹⁹

Desde esta perspectiva, el copyright puede convivir con los derechos humanos e

218 Ibidem.

219 Gervais. p.15.

incluso justificar su existencia en ellos, pero esto es posible sólo si puede cambiar su discurso basado en la retórica de la propiedad y en la idea de que cualquier uso no pagado de las obras es “piratería”. Cambiando esta perspectiva, el copyright podría trascender este debate meramente comercial hacia el establecimiento de un sistema en el cual protección y acceso sean vistos como objetivos complementarios.²²⁰

Lea Shaver, por su parte, propone superar el análisis dual de la coexistencia y el conflicto y considera que existen al menos cuatro abordajes posibles en materia de propiedad intelectual y derechos humanos. Hasta el momento, explica Shaver, la interacción entre Derechos Humanos y propiedad intelectual ha considerado tres posibilidades. El primer abordaje que contempla los derechos de propiedad intelectual como derechos humanos y plantea pocos o ningún conflicto entre ambos sistemas. Un segundo abordaje enfoca la existencia de conflictos en áreas particulares como el derecho a la salud, alimentación y educación, que requiere desmenuzar las tensiones en cada una de las áreas afectadas. Recientemente, un tercer abordaje aparece en escena y tiene que ver con la idea de que el derecho al desarrollo está siendo amenazado por la tendencia a la armonización y profundización de los sistemas de propiedad intelectual, afectando específicamente la transferencia de tecnologías y la aparición de industrias jóvenes. Este abordaje sugiere que sistemas fuertes de regulación de propiedad intelectual son útiles para los países desarrollados, pero que requieren limitaciones y excepciones para los países en desarrollo.

Shaver propone y suscribe ella misma a un cuarto abordaje para analizar la

220 Idem. p.19.

interacción entre los derechos humanos y la propiedad intelectual: el reconocimiento de que las leyes de propiedad intelectual están en tensión con los derechos humanos no sólo en ciertas instancias específicas, sino sistemáticamente, ya que estos sistemas transforman la creatividad, la información, la ciencia y la tecnología, los bienes públicos, en bienes privatizados.

De este modo, argumenta que los sistemas de propiedad intelectual están en conflicto directo con el derecho a la ciencia y la cultura. Esta premisa no supone que los sistemas de propiedad privada deban ser abolidos, sino que se requiere que los mismos sean cuidadosamente considerados y justificados, con atención especial a los impactos negativos que tienen en el acceso al conocimiento.²²¹

Sea cual sea el abordaje elegido, queda claro entonces el enorme potencial que tiene el marco de los derechos humanos para poner límites a una expansión injustificada de los sistemas de propiedad intelectual. *"Un enfoque de derechos humanos asume un equilibrio implícito entre los derechos de los inventores y creadores y los intereses de la sociedad en general dentro de los paradigmas de la propiedad intelectual y lo hace mucho más explícito y exigente. Un enfoque de derechos humanos se basa en la importancia esencial de proteger y fomentar la dignidad humana y el bien común. En sentido amplio, los derechos del creador o del autor están condicionados a su contribución al bien común y al bienestar de la sociedad."*²²²

221 Shaver, Lea Bishop, (2010) The Right to Science and Culture . Wisconsin Law Review, Vol. 2010, p. 121. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1354788> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1354788>

222 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. p.16.

Más allá de la relación incuestionable de los Derechos Humanos con los sistemas de Propiedad Intelectual, Laurence Helfer identifica todavía sectores que se muestran resistentes a la construcción de una interfaz que reúna ambos marcos de derechos. Por diversas razones, hay quienes se oponen a la construcción de puentes entre el discurso de los Derechos Humanos y la propiedad intelectual. Una primera resistencia tiene que ver con la diferencia de lenguajes de las comunidades de Derechos Humanos y los expertos en Propiedad Intelectual. Mientras estos últimos, en particular los del sistema anglosajón, trabajan en aspectos económicos, en evaluación de incentivos e intereses vinculados al copyright, los primeros se enmarcan en un discurso de derechos fundamentales y por lo tanto temen incorporar la propiedad intelectual en ese contexto. Activistas de Derechos Humanos temen, por su parte, que corporaciones y titulares de derechos invoquen el marco de los derechos fundamentales para sostener una visión maximalista del derecho autorial. Otra resistencia proviene de quienes temen que ambos sistemas jurídicos, tan complejos y diferentes, terminen generando una encrucijada de competencias institucionales a nivel internacional. En esta tendencia se suma la preocupación de que muchos de los temas críticos vinculados a la propiedad intelectual han sido resueltos en el marco de las negociaciones de comercio, en particular en la Organización Mundial de Comercio, tras la armonización global instalada a partir de la aprobación de los ADPIC. Este temor ha llevado a debates aún no resueltos sobre la primacía de las normas y la aplicación de reglas claras en marcos jurídicos dispares. Aún así, la apertura del diálogo entre los dos sistemas jurídicos parece inevitable, por lo que se requiere una mirada constructiva para analizar las tensiones y la coexistencia entre los Derechos Humanos y los sistemas de propiedad

intelectual.²²³

La relación desde la perspectiva del Comité de Aplicación del PIDESC

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por sus Estados Partes. Es el encargado de dotar de contenido los textos del Tratado y de evaluar su cumplimiento por parte de los países firmantes. El comité está integrado por 18 miembros de todas las regiones del globo, que actúan a título personal, y tienen reconocida trayectoria y competencia en el campo de los Derechos Humanos. El Comité publica sus interpretaciones de las disposiciones del Pacto, en forma de observaciones generales. Entre estas, la observación general Nro. 17, publicada en 2005, referida al inciso (c) del artículo 15 es de gran trascendencia, ya que constituye el documento más claro y específico sobre el significado de los derechos de los autores e inventores en el marco del PIDESC. También es fundamental el estudio de la Observación General Nro. 21 publicada en 2009.

En noviembre de 2000, Audrey Chapman, en su carácter de Directora del Programa de Ciencias y Derechos Humanos de la Asociación Americana para el Avance de la Ciencia, presentó un documento ante el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales dedicado al análisis de los temas sustantivos emergentes de la implementación del PIDESC, en particular, sobre el artículo 15(1)(c). El documento titulado "La Propiedad Intelectual como Derecho Humano. Obligaciones Dimanantes del Artículo 15(1)(c), aborda en detalle

223 Helfer, Laurence. pp. 505-506.

el significado del derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales resultantes de todo trabajo científico, literario o artístico del cual sea autora.²²⁴

En sintonía con la resolución sobre Derechos Humanos y Propiedad Intelectual de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobada en su período de sesiones de agosto de 2000, Chapman recuerda que el Acuerdo sobre los ADPIC no refleja adecuadamente el carácter fundamental y la indivisibilidad de los Derechos Humanos y que existen contradicciones aparentes entre el régimen de propiedad intelectual consagrado por la OMC y el derecho internacional relativo a los Derechos Humanos, aún cuando reconoce que el derecho a la protección de los intereses morales y materiales que corresponden a una persona por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que es autora es un derecho humano, con sujeción a las limitaciones en el interés del público. Chapman sostiene y reafirma lo dicho por la Subcomisión en relación a la preeminencia de los derechos humanos por encima de cualquier otra negociación y acuerdo internacional de índole comercial.²²⁵

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

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 durante los debates sobre el articulado de los instrumentos internacionales y el

224 Idem.

225 Idem. pp.7-8.

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 solo 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.²²⁶ El derecho de autores e inventores consagrado en el art. 15 inciso (c) del PIDESC debe distinguirse claramente de cualquier otro derecho consagrado en la mayoría de los sistemas de propiedad intelectual. Los Derechos Humanos son fundamentales, inalienables y universales del individuo y en ciertas circunstancias, de grupos de individuos o comunidades. Los Derechos Humanos son inherentes a la persona humana como tal, mientras que los derechos de propiedad intelectual son, ante todo, medios que utilizan los Estados para estimular la inventiva y la creatividad, alentar la difusión de producciones creativas e innovadoras, para beneficio de la sociedad en su conjunto. Así, el Comité de Implementación del PIDESC deja sentada la diferencia central que existe entre los Derechos Humanos y los derechos de propiedad intelectual.²²⁷

"En contraste con los derechos humanos, los derechos de propiedad intelectual son generalmente de índole temporal y es posible revocarlos, autorizar su ejercicio o cederlos a terceros. Mientras que en la mayoría de los sistemas de propiedad intelectual los derechos de propiedad intelectual, a menudo con excepción de los derechos morales, pueden ser transmitidos y son de alcance y duración limitados y susceptibles de transacción, enmienda e incluso renuncia, los Derechos Humanos son la expresión imperecedera de un título fundamental de la persona humana. Mientras que el derecho humano a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales resultantes de las producciones científicas, literarias o artísticas propias protege la vinculación personal

226 Idem. p.14.

227 Idem. Párrafo 1.

entre los autores y sus creaciones y entre los pueblos, comunidades y otros grupos y su patrimonio cultural colectivo, así como los intereses materiales básicos necesarios para que contribuyan, como mínimo, a un nivel de vida adecuado, los regímenes de propiedad intelectual protegen principalmente los intereses e inversiones comerciales y empresariales.”

Atributos propios de los Derechos Humanos en la Propiedad Intelectual

Para superar las dicotomías abiertas frente a los abordajes de coexistencia o tensión entre los sistemas de propiedad intelectual y Derechos Humanos, parece fundamental incorporar una mirada que de cuenta del hecho de que existen atributos de la propiedad intelectual que están contemplados dentro de los Derechos Humanos mientras que otros atributos y características no lo están. Para esto es indispensable abordar la problemática de una manera detallada y rigurosa, separar debidamente cada una de las regulaciones propias del sistema internacional de la propiedad intelectual, evaluar en cada una de ellas las características que sí son parte del sistema de Derechos Humanos y las que no, y recién entonces abordar la posibilidad de apelar a la preeminencia del sistema de Derechos Humanos.

Para formalizar su análisis, Peter Yu divide las tensiones entre la propiedad intelectual y los Derechos Humanos en dos tipos de conflictos: los conflictos externos y los internos. Mientras que los conflictos externos tienen que ver con las tensiones entre los sistemas de Derechos Humanos y los regímenes de propiedad intelectual, los conflictos

internos sólo existen al interior de los sistemas de Derechos Humanos.²²⁸ En la evaluación de los conflictos externos, es esencial separar los aspectos de la propiedad intelectual que pueden ser considerados Derechos Humanos de los que no. Sólo después es posible reivindicar la primacía de los Derechos Humanos para la resolución de la tensión. Mientras que en los conflictos internos, la apelación a la primacía es estéril ya que los contornos de la tensión quedan muy débilmente delineados.

En la definición de cuáles son los aspectos de la propiedad intelectual que pueden ser considerados Derechos Humanos es útil regresar al Comentario General Nro. 17 del Comité que explícitamente diferencia la mención a los derechos de autores e inventores del PIDESC de los derechos establecidos por los tratados internacionales de Propiedad Intelectual. Estos sistemas, como ya se ha dicho, no son asimilables.

Existen aspectos de los regímenes de propiedad intelectual que carecen de todo fundamento en los Derechos Humanos. Por ejemplo, la protección de marcas corporativas está muy lejos de ser considerada un derecho humano. Lo mismo ocurre con los secretos comerciales e industriales así como con los trabajos por encargo, las invenciones de empleados, los derechos conexos, las bases de datos, los derechos de los productores cinematográficos o fonográficos (empresas discográficas), y todo otro derecho en cabeza de una corporación o persona jurídica, explícitamente excluida del goce de los Derechos Humanos.

228 Yu, Peter K., (2007) Ten Common Questions About Intellectual Property and Human Rights. Georgia State University Law Review, Vol. 23, pp. 709-53; Michigan State University Legal Studies Research Paper No. 04-27. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1090241> (visitado el 12 de febrero de 2013).

Otra característica importante a considerar es que los Derechos Humanos son inalienables. Mientras que las corporaciones, las editoriales o las discográficas pueden obtener derechos cedidos por autores e inventores individuales a través de la firma de contratos o bajo la forma de trabajo por encargo, los Derechos Humanos a la protección de los intereses morales o materiales de autores e inventores no son transferibles a la persona jurídica con la que rubriquen un contrato.²²⁹

Por otro lado, no es posible asimilar todos los atributos de la propiedad intelectual como si fueran un derecho humano. Sólo algunos de ellos lo son y por lo tanto, el riesgo de un fortalecimiento del sistema de propiedad intelectual en este sentido no parece posible.

Tal como indican la DUDDHH y el PIDESC, el derecho a la protección de los intereses de autores e inventores refiere a dos tipos: los intereses morales y los intereses materiales. Mientras que los intereses morales se ocupan del lazo personal entre el autor y sus creaciones y entre las personas y las comunidades, y los grupos con su patrimonio cultural, los intereses materiales parecen referirse al goce de un nivel de vida adecuado²³⁰.

La protección de los intereses morales parece ser lo que aparecía en el borrador propuesto por el delegado francés Cassin en la redacción de la Declaración Universal. En aquellos borradores, la propuesta francesa expresaba que *"adicionalmente a la remuneración justa por el trabajo de los autores, la protección de los derechos morales sobre su obra o descubrimiento no desaparecerá, aún después que la obra o*

229 Idem. p. 728.

230 Yu, Peter K., (2007) Reconceptualizing Intellectual Property Interests in a Human Rights Framework. U.C. Davis Law Review, Vol. 40, pp. 1039-1149; Michigan State University Legal Studies Research Paper No. 04-01. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=927335> p. 1081.

descubrimiento haya pasado a formar parte del patrimonio común de la humanidad". Esa protección es importante a la dignidad humana porque salvaguarda la relación personal entre el autor y su creación y asegura al público la autenticidad de la obra, tal como propuso en su momento Chang, el delegado Chino. Tales atributos morales eran familiares para el delegado francés, ya que provienen de la tradición del derecho continental, en particular de Francia y Alemania. Estos derechos incluyen el derecho a la atribución de paternidad de la obra, el derecho a la preservación de la integridad de la misma y el derecho a no publicarla o retirarla de la circulación, entre otros.²³¹ Estos atributos están amparados por el artículo 6bis de la Convención de Berna.²³²

A diferencia de esta definición de los derechos morales, los intereses materiales son difíciles de definir. Estos fueron incluidos por la delegación francesa cuando incorporaron párrafos de la Declaración Americana en la Declaración Universal en la Tercera Sesión de la Comisión de redacción. Esa redacción también fue incorporada en el PIDESC en el art. 15 (c).

Mientras que los textos de las declaraciones no dan ninguna orientación sobre cuáles son exactamente esos intereses materiales, el Comité de Aplicación, en su Comentario General Nro. 17 explica que los intereses materiales tienen vínculo cercano con las previsiones sobre el derecho a la propiedad, ya sea individual o colectiva. Sin embargo, una revisión de la historia de la redacción de la DUDDHH así como del PIDESC, parece indicar que la frase refiere a un tipo de interés material mucho más acotado que la

231 Idem. p. 1081.

232 Véase http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/trtdocs_wo001.html#P132_23079 Art. 6bis. (visitado el 12 de febrero de 2013).

propiedad privada. Recordemos que la guerra fría y la negociación entre los países redactores de los tratados llevó a retirar de los textos la expresión propiedad "privada".²³³ Dadas las características de la redacción y de los documentos, queda poco claro que los delegados hayan acordado establecer un tipo especial de propiedad para los derechos sobre las creaciones intelectuales, por lo que, a juzgar por los derechos protegidos en el PIDESC, el 15(c) es considerado un derecho que existe independientemente de los derechos de propiedad.²³⁴

Si volvemos al borrador de Cassin de lo que luego sería el artículo 27 de la declaración, en redacciones preliminares se incluía el derecho a una "justa remuneración del trabajo de los autores". La razón por la que la frase propuesta fue retirada de la redacción final tuvo que ver con que el propio Cassin entendió que ese derecho ya estaba contemplado en otra de las previsiones del borrador vinculada a la remuneración justa y el nivel de vida digno para todos los trabajadores.²³⁵

De esta manera, la historia de la redacción de las declaraciones nos lleva a concluir que la referencia a los intereses materiales no debe ser interpretada de manera que cubra todas las formas de derechos económicos contemplados por los sistemas actuales de propiedad intelectual, sino de manera acotada, a los intereses estrictamente limitados a la obtención de una remuneración justa por el trabajo intelectual.²³⁶

233 Mientras que los EEUU bregó por la inclusión de la defensa del derecho a la propiedad privada en la declaración, la entonces URSS se negó a firmar tal declaración y finalmente el artículo 17 habla de propiedad, más en un sentido amplio, ya sea de manera individual o colectiva, pero eliminando la expresión propiedad privada.

234 Yu. (2007) pp. 1085-1086.

235 Idem. pp.1087-1088.

236 Idem. p. 1088.

Queda claro entonces, que un sistema de propiedad no es la única posible modalidad, ni necesariamente la mejor, para la protección de los intereses materiales, que, a juzgar por la declaración del comité, puede ser reemplazada por diferentes opciones, tales como el otorgamiento de premios, pagos únicos, un tiempo limitado de derechos exclusivos u otras formas de otorgar a los autores una justa remuneración por su trabajo. El criterio clave para evaluar si se satisface o no el derecho a la protección de los intereses materiales no es el cumplimiento de las leyes vigentes de propiedad intelectual sino si el sistema provee de protección significativa a los autores en términos de una remuneración justa para un nivel de vida digno.

Por otro lado, la protección de los intereses materiales no es asimilable a los monopolios post-mortem de los autores, es decir, al derecho de los herederos, y tampoco es necesario el otorgamiento de derechos exclusivos durante toda la vida del autor. Es fundamental expresar que la cláusula sobre los intereses materiales sobre la obra de la que una persona es autora no contemplan los derechos de los herederos, por lo tanto, los *derechohabientes* que ostentan titularidad sobre obras tampoco pueden amparar sus prerrogativas en los Derechos Humanos ya que los herederos claramente no son los autores contemplados en las declaraciones.

Una vez que los atributos de Derechos Humanos en la propiedad intelectual han sido claramente identificados y definidos, es posible aplicar el principio de primacía de los Derechos Humanos sobre todos los otros atributos que no están contemplados por los Derechos Humanos y acordar con la Sub-Comisión para la promoción y la protección de

los Derechos Humanos del Alto Comisionado de Naciones Unidas que las obligaciones con los Derechos Humanos tienen preeminencia sobre las políticas económicas y los tratados comerciales.

Resta definir si esta primacía de los Derechos Humanos puede o no ser abordada a partir de las flexibilidades y limitaciones contempladas en los tratados de comercio, ya que la prioridad de los Derechos Humanos no implica necesariamente que los Estados parte deban denunciar los compromisos asumidos en otros foros como la OMC.

En este sentido, teniendo en cuenta esta evaluación sobre la jerarquía de los derechos, Julio Raffo expresa que *“en caso de ser uno de ellos de superior jerarquía habrá que subordinar el de menor jerarquía en aras de la efectiva vigencia del que le es superior. Al respecto entiendo que el derecho de “acceder a la cultura” por parte de todos los ciudadanos puede causar un “perjuicio justificado” a la comercialización de la obra, pero si atenta contra su “explotación normal”, ello constituye el ejercicio de un derecho.”*²³⁷

Queda por evaluar a partir de aquí si la legislación vigente en Argentina contribuye al cumplimiento pleno de los derechos culturales o merece ser revisada a la luz de la preeminencia de los Derechos Humanos.

237 Raffo, Julio (2011) “Derecho Autoral. Hacia un nuevo paradigma” Buenos Aires. Argentina. Marcial Pons Editores. p. 276.

Capítulo 4: Argentina. La Ley 11.723 a la luz de los Derechos Humanos

Análisis comparativo de la Ley Argentina

Cada año, la organización Consumers International publica su reporte sobre acceso al conocimiento y elabora una lista de observación de las leyes de propiedad intelectual en una treintena de países. En el reporte 2012, Argentina ocupó el puesto 29 del ranking en materia de acceso, es decir, fue catalogado como el segundo país en materia de restricciones.²³⁸

El informe detallado país por país nos permite comparar las legislaciones de las jurisdicciones evaluadas y reconocer de manera elocuente y sencilla las características de la ley argentina en relación a las demás. Entre las características evaluadas de la legislación argentina, el informe destaca que, por ejemplo, nuestro país excede los requerimientos mínimos en términos de duración comprometidos en la Convención de Berna y los ADPIC, que fijan un mínimo de 50 años post-mortem para la vigencia de los derechos autorales. En todo el marco legal referido a la duración de los derechos, Argentina cuenta con regulaciones superiores a las obligaciones contraídas en tratados internacionales, salvo para el caso de los derechos de autores de fotografías. Además, es indispensable recordar que más allá de la prescripción de los derechos de los titulares, las obras pasan al dominio público pagante, sistema vigente en Argentina desde 1958, año de la creación del Fondo Nacional de las Artes.

²³⁸ Consumers International A2K watchlist 2012. Véase <http://a2knetwork.org/watchlist> (visitado el 5 de marzo de 2013).

Por otro lado, el informe detalla la inexistencia de cláusulas de uso justo o “fair use” así como la prohibición de realizar cambios de formato o reproducciones de obras para uso privado o back up (salvo en el caso explícito de los programas de computadora). En relación a los usos privados, el sistema de propiedad intelectual argentino ni siquiera contempla excepciones para las copias y usos para fines domésticos o familiares.

En relación a los usos educativos, el informe reporta que no existen excepciones en la reproducción de materiales educativos, salvo un exiguo derecho de cita limitado a mil palabras y ocho compases en música. El marco normativo no contempla ninguna previsión para la educación a distancia o la educación en línea. Tampoco se pueden realizar traducciones sin autorización del autor para usos educativos ni copias de materiales para su uso en el aula. Las únicas excepciones en materia educativa son las contempladas en el artículo 36 para la ejecución de fonogramas, en un entorno sumamente limitado de la comunidad escolar y la interpretación por parte de fanfarrias y orquestas estatales.

En relación al acceso a obras en el entorno de Internet, la ley no reconoce siquiera la posibilidad de realizar copias temporales o transitorias. Además, el marco jurídico actual en Argentina no tiene previsiones en relación a la limitación de responsabilidad de los intermediarios como proveedores de servicios de internet, buscadores, foros o redes sociales en relación a las infracciones de copyright que pudieran cometer sus usuarios. De hecho, en esta ausencia regulatoria se enmarcan casos famosos en Argentina, como el juicio penal contra el portal Taringa! y las causas contra el sitio de películas y series Cuevana.

El reporte de Consumers International también da cuenta de la inexistencia de

protección o garantías para la realización no comercial de remixes o *mash ups* de obras bajo propiedad intelectual. Tampoco hay excepciones y limitaciones para la parodia y la sátira.

Un caso paradigmático es el de las bibliotecas, que no cuentan en Argentina con excepciones y limitaciones que les permitan copiar obras agotadas o no disponibles comercialmente, ni copiar ejemplares únicos o deteriorados para su conservación, consulta en sala o préstamo interbibliotecario. Tampoco se contempla una excepción con fines de investigación, estudio, ni la posibilidad de preservación y conservación de copias para los archivos. En Argentina, por el momento, tampoco existen excepciones o limitaciones para las investigaciones financiadas con fondos públicos.

En relación al acceso para personas con discapacidades visuales, la modificación introducida en 2007 habilita una excepción, pero esta beneficia exclusivamente a las instituciones habilitadas para tal fin, excluyendo por ejemplo a las bibliotecas de universidades públicas.

El informe de Consumers International concluye que el sistema de propiedad intelectual argentino, en comparación con los demás países investigados, es sumamente restrictivo, ya que no incluye excepciones claras a favor de los usos personales ni tiene previsiones en materia de copia privada. En este sentido, sólo los tribunales cuentan con la potestad de definir una diferencia en las penas en caso de reproducciones con o sin fines comerciales. Otro aspecto destacado por el informe es que Argentina no cuenta con excepciones para fines educativos ni a favor de bibliotecas y archivos. *“Nuestra legislación en propiedad intelectual colisiona con el derecho de acceso al conocimiento en algunas*

situaciones” concluye el capítulo argentino del reporte.

Sin embargo, en la misma conclusión, el reporte observa positivamente el hecho de que Argentina ha resistido numerosos intentos de fortalecer y extender los derechos de propiedad intelectual y el aumento de las penas.²³⁹ Si bien esta tendencia es reciente, vale como ejemplo mencionar que, aún existiendo diversos proyectos de ley para extender los derechos de propiedad intelectual, imponer un canon digital a las copias privadas, imponer responsabilidades a los proveedores de servicios de internet y fortalecer las penas por infracciones, estas iniciativas no han prosperado en el trámite parlamentario y han generado amplia resistencia y debate público en las comunidades académicas, en la opinión pública y en entidades y organizaciones afines a la problemática de las regulaciones de Internet y la promoción del acceso a conocimiento.²⁴⁰

El reporte de legislación comparada de Consumers International nos permite observar un panorama general de las restricciones presentes en nuestro marco normativo, que a primera vista colisionan con el pleno ejercicio de los derechos de acceso y participación. Sin embargo, a la hora de analizar la tensión entre la ley y los derechos culturales, es recomendable abordar caso por caso, algunas de las prácticas socialmente útiles y legítimas de acceso y participación en la cultura que pueden ser consideradas fuera de la Ley.

239 Consumers International. 2012 A2K Watchlist <http://a2knetwork.org/reports2012/argentina> (visitado el 5 de marzo de 2013).

240 Existe, por ejemplo, un proyecto de ley que propone que los delitos contra la propiedad intelectual no sean excarcelables. Exp. 1940/12 Senado de la Nación <http://www.senado.gov.ar/web/proyectos/verExpe.php?origen=S&numexp=1940/12&tipo=PL&tConsulta=1>

Prácticas que colisionan con la Ley 11.723. Identificación y análisis de casos

Bibliotecas y Archivos

"La legislación sobre los derechos de autor, que protege a los creadores pero que fue concebida desde sus inicios para la tutela de los editores, colisiona en algunas situaciones con el derecho al acceso a la información. Uno de los contextos en donde esto sucede es el de las bibliotecas, ya que el derecho de autor incide en la mayor parte de las tareas que realizan, y afecta los servicios que brindan al usuario y las condiciones en que se hace posible dar acceso a la información. También afecta el modo en que las bibliotecas pueden llevar a cabo las actividades de conservación y preservación de sus colecciones" expresan las bibliotecarias Lucía Pelaya y Ana María Sanllorenti en un minucioso análisis de cómo la ley 11.723 restringe el derecho de acceso a la información en Argentina.²⁴¹

En un informe elaborado en 2008 para la Decimoséptima sesión del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI, Kenneth Crews, Director de la Oficina Asesora de Derecho de Autor de la Universidad de Columbia, detalla claramente la situación argentina en materia de excepciones y limitaciones. Allí expresa que nuestro país no tiene disposiciones relativas a las bibliotecas. *"La ley de Propiedad Intelectual de Argentina no contiene disposiciones que se refieran explícitamente a las bibliotecas"* y no existen otras disposiciones que puedan aplicarse en su reemplazo.²⁴² La

241 Pelaya, L. y Sanllorenti, A. (2010) "Las amenazas a la misión de las bibliotecas y la legislación de derecho de autor en Argentina" en Busaniche, B. "Argentina Copyleft". Córdoba, Argentina. Ediciones Fundación Vía Libre. p. 52.

242 Crews, Kenneth. (2008) Estudio sobre las limitaciones y excepciones al derecho de autor en beneficio de bibliotecas y archivos. Disponible en http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=109192 p. 97. (visitado el 5 de marzo de 2013).

Ley Argentina tampoco contempla disposiciones relativas a la posibilidad de eludir medidas tecnológicas de protección.²⁴³

“En 128 de los 184 países del mundo miembros de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual se ha incluido alguna disposición en las respectivas leyes de derecho de autor que permite específicamente a las bibliotecas hacer copias de obras protegidas por derecho de autor en relación con el rendimiento de los servicios bibliotecarios” expresa Crews en su informe. Esta cifra ha cambiado gracias a la última modificación de la ley de propiedad intelectual de Chile, posterior al reporte Crews.²⁴⁴

Las excepciones y limitaciones al derecho de autor tienen un anclaje directo en los requisitos y disposiciones consagrados en el Convenio de Berna y otros acuerdos multilaterales de los cuales Argentina forma parte. El hecho de que un país contemple o no ciertas excepciones depende de muchas variables, incluyendo los procesos de creación y promulgación de las leyes y las capacidades de incidencia que tengan los interesados en impulsarlas. Lo cierto es que la existencia de excepciones a favor de bibliotecas y archivos es perfectamente posible en el marco de los compromisos internacionales asumidos por nuestro país. El Convenio de Berna incluye varias disposiciones relativas a excepciones y limitaciones, pero sólo se estipula una excepción²⁴⁵. En el artículo 10.1) se especifica que

243 Argentina es país firmante del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor de 1996, que exige a las partes contratantes proporcionar protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas, sin embargo, no ha emitido leyes que establezcan disposiciones sustantivas, implementación ni limitaciones y excepciones al respecto. La Ley de propiedad intelectual argentina no es explícita en la materia. El Tratado entró en vigor en Argentina el 6 de marzo de 2002. En virtud de la Ley 25.140, de 1998, Argentina ratificó el Tratado.

244 Crews. p. 15.

245 En el artículo 2.8) del Convenio de Berna se excluyen de la protección por derecho de autor las “noticias del día”, lo que a veces se considera como una limitación “al derecho de autor”, en lugar de una “excepción”. Sam Ricketson, “WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related

“son lícitas las citas tomadas de una obra” aunque sujetas a varias condiciones. Berna no menciona explícitamente las bibliotecas y archivos en materia de excepciones, pero la posibilidad de otorgarlas existe y está contemplada en el artículo 9.2)²⁴⁶. La implementación de la regla de los tres pasos, tal como se conoce a la prueba para la incorporación de excepciones, se deja librada a la discreción del país de que se trate, por lo que resta asumir que la ausencia de excepciones a favor de las bibliotecas en Argentina tiene más que ver con dificultades inherentes a los procesos legislativos nacionales que al marco normativo de los tratados internacionales.

“El simple hecho de que en un amplio porcentaje de países prevea esas disposiciones legales es una indicación de su importancia. Otro indicador de la importancia de esa normativa es el esfuerzo constante de los legisladores por promulgar o revisar esas disposiciones” expresa Crews, quien en su informe recopiló y tradujo las leyes de 149 países. Vale mencionar que según el experto de la Universidad de Columbia, en 128 de esos países existe al menos una excepción legal a favor de las bibliotecas y en la mayoría de ellos, numerosas disposiciones que regulan cuestiones relativas a bibliotecas y archivos.

A la fecha, 20 países del mundo entre los estudiados por Crews carecen

Rights in the Digital Environment” (2003): pp.11-12. En Argentina, el derecho de autor tampoco contempla las noticias del día, tal como expresa el artículo 28 de la Ley 11.723.

246 Convenio de Berna, art. 9.2) “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.”

completamente de excepciones de la normativa de derecho de autor a favor de bibliotecas y archivos, uno de ellos es Argentina²⁴⁷.

En la Observación General Nro. 21, emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su 43º período de sesiones en noviembre de 2009, se aborda especialmente el Derecho de toda persona a participar de la vida cultural, artículo 15, párrafo 1, inciso a) del PIDESC. En ese documento, entre los *elementos del derecho a participar en la vida cultural*, en el párrafo 16 se expresa que:

"La plena realización del derecho de toda persona a participar en la vida cultural requiere de la existencia de los siguientes elementos, sobre la base de la igualdad y de la no discriminación:

a) *La disponibilidad es la presencia de bienes y servicios culturales que todo el mundo pueda disfrutar y aprovechar, en particular bibliotecas, museos, teatros, salas de cine y estadios deportivos; la literatura, incluido el folclore, y las artes en todas sus manifestaciones; espacios abiertos compartidos esenciales para la interacción cultural, como parques, plazas, avenidas y calles; dones de la naturaleza, como mares, lagos, ríos, montañas, bosques y reservas naturales, en particular su flora y su fauna, que dan a los países su carácter y su biodiversidad; bienes culturales intangibles, como lenguas, costumbres, tradiciones, creencias, conocimientos e historia, así como valores, que configuran la identidad y contribuyen a la diversidad cultural de individuos y*

²⁴⁷ Estos 20 países son: Argentina, 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.

comunidades. De todos los bienes culturales, tiene especial valor la productiva relación intercultural que se establece cuando diversos grupos, minorías y comunidades pueden compartir libremente el mismo territorio.

b) La accesibilidad consiste en disponer de oportunidades efectivas y concretas de que los individuos y las comunidades disfruten plenamente de una cultura que esté al alcance físico y financiero de todos, en las zonas urbanas y en las rurales, sin discriminación²⁴⁸. Es fundamental a este respecto dar y facilitar a las personas mayores, a las personas con discapacidad y a quienes viven en la pobreza acceso a esa cultura. Comprende también el derecho de toda persona a buscar, recibir y compartir información sobre todas las manifestaciones de la cultura en el idioma de su elección, así como el acceso de las comunidades a los medios de expresión y difusión.

c) aceptabilidad implica que las leyes, políticas, estrategias, programas y medidas adoptadas por el Estado parte para el disfrute de los derechos culturales deben formularse y aplicarse de tal forma que sean aceptables para las personas y las comunidades de que se trate. A este respecto, se deben celebrar consultas con esas personas y comunidades para que las medidas destinadas a proteger la diversidad cultural les sean aceptables.

d) La adaptabilidad se refiere a la flexibilidad y la pertinencia de las políticas, los programas y las medidas adoptados por el Estado parte en cualquier ámbito de la vida cultural, que deben respetar la diversidad cultural de las personas y las comunidades.

248 Véase la Observación general N° 20 (2009).

e) *La idoneidad se refiere a la realización de un determinado derecho humano de manera pertinente y apta a un determinado contexto o una determinada modalidad cultural, vale decir, de manera que respete la cultura y los derechos culturales de las personas y las comunidades, con inclusión de las minorías y de los pueblos indígenas.*²⁴⁹

Es claro que el derecho a participar de la vida cultural es amplio y complejo y que ciertas instituciones, como las bibliotecas, tienen un rol especial en su cumplimiento. Así como en todos los derechos consagrados por el PIDESC, el Comité de Aplicación entiende que el derecho de toda persona a participar en la vida cultural impone a los Estados partes tres tipos o niveles de obligaciones: a) la obligación de respetar; b) la obligación de proteger y c) la obligación de cumplir. Entre las obligaciones jurídicas reconocidas por el Comité se destaca *“El acceso garantizado de todos, sin discriminación por motivos de posición económica o cualquier otra condición social, a museos, bibliotecas, cines y teatros, y a actividades, servicios y eventos culturales.”*²⁵⁰ En el mismo párrafo, el Comité indica que *“los Estados Parte están obligados a disponer de todo lo necesario para hacer realidad el derecho a participar en la vida cultural cuando los individuos o las comunidades, por razones que estén fuera de su alcance, no puedan hacerlo por sí mismos con los medios de que disponen. Este tipo de obligación incluye, por ejemplo, la promulgación de legislación adecuada y el establecimiento de mecanismos efectivos que permitan a las personas, individualmente, en asociación con otros o dentro de una comunidad o grupo, participar efectivamente en los procesos de adopción de decisiones,*

249 Declaración de Friburgo sobre los derechos culturales, art.1, apartado e).

250 Comentario General Nro. 21 (2009) <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm> (visitado el 6 de marzo de 2013). Párrafo 54.

reivindicar la protección de su derecho a participar en la vida cultural, y reclamar y obtener una indemnización si se han infringido sus derechos”.

También se obliga a los Estados parte a tomar recaudos para la preservación y conservación del patrimonio cultural.

La inexistencia de excepciones y limitaciones al derecho de autores a favor de bibliotecas y archivos en Argentina entra en directa tensión con las obligaciones dimanantes del inciso a) del Artículo 15 del PIDESC, al cual Argentina se ha comprometido.

La existencia pacífica de legislaciones en ese sentido en la gran mayoría de los países integrantes de la Convención de Berna, firmantes de los ADPIC de la OMC y de otros diversos tratados de propiedad intelectual vigentes demuestra que la promulgación de excepciones amplias a favor del trabajo de bibliotecas y archivos no colisiona con el cumplimiento de las obligaciones internacionales, mientras que su no reconocimiento colisiona directamente con los tratados de Derechos Humanos. Por lo tanto, la sanción de leyes favorables al acceso a la cultura y el conocimiento a través de bibliotecas y archivos que facilitan el ejercicio de derechos parece ser una medida de urgente necesidad.

En relación al trabajo de las bibliotecas en Argentina, instituciones especializadas como la Asociación de Bibliotecarios Graduados de la República Argentina, argumentan que existen tres amenazas vigentes: 1) la posible implementación de un canon al préstamo de libros en bibliotecas, 2) la falta de excepciones y limitaciones al derecho de autor, y 3) la

proliferación de medidas tecnológicas de control de acceso y lectura.²⁵¹

"Los derechos de acceso a la información, al conocimiento, a la educación, a la investigación científica y la cultura, constituyen el acceso a obras producto de la creación humana, por un lado y el derecho de autor, por el otro, componiendo así dos facetas de intereses que llevados a sus extremos se presentan como contrapuestos. En este contexto, es obligación, nacional e internacional, velar por la subsistencia de ambos grupos, en condiciones de igualdad y sin discriminaciones de ninguna índole, conciliando el interés particular de los creadores de las obras intelectuales con el general de toda la sociedad como "usuarios" de ellas; escuchando a todos los interesados y a los más débiles sobre todo. Es ésta la única manera de dar una respuesta capaz de evitar que alguno de los mentados derechos contrapuestos prevalezca sobre el otro o que pueda ser erigido como un derecho absoluto e ilimitado." Así expresa el proyecto de incorporación de excepciones y limitaciones al Derecho de Autor propuesto por el Diputado Carlos Heller, y redactado por ABGRA, la tensión entre los derechos de autor y los derechos de acceso a la cultura en relación a bibliotecas y archivos.²⁵²

En los mismos fundamentos se da cuenta de la relación entre los derechos de acceso y participación y los derechos de los autores en el mismo sentido previsto en este trabajo, al expresar que "A nivel internacional, tanto (i) la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Capítulo Primero, Artículos II, IV, XII y XIII), (ii) la Declaración

251 Pelaya y Sanllorenti, p. 52.

252 Véase expediente 7819-D-2010 Honorable Cámara de Diputados de la Nación. Disponible en <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=7819-D-2010> (visitado el 6 de marzo de 2013).

Universal de Derechos Humanos (Artículos 2, 19, 26 y 27), (iii) la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículos 1.1, 12.4, 13, 14, 21 y 26), (iv) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Artículos 2.2; 13 y 15), como (v) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 2.1; 3, 19 y 20), y (vi) la Convención sobre los Derechos del Niño (Artículos 2.1; 17, 23, 28, 29, 31 y 32) refieren, de una u otra manera, a ambas categorías de derechos contrapuestos, reconociéndoselos a todo ser humano en idénticas condiciones de igualdad y sin distinciones de ninguna índole, ni mucho menos por la posición económica que ocupe.” Y agrega que la Constitución Nacional también da cuenta de los derechos contrapuestos, al establecer los derechos de propiedad intelectual en el artículo 17, pero que luego menciona que "Corresponde al Congreso ... dictar leyes que protejan ... la libre creación y circulación de las obras del autor ..."; reforzándose el derecho de acceso a las obras intelectuales y, por ende, a la información y al conocimiento, a la educación, a la investigación científica y a la cultura en los arts. 5, 14, 41.2, 42.1, 42.2, 43.3, 75.17 (2º Párr.), 75.18, 75.19 (3º y 4º Párr.) y 75.23.”²⁵³

Las excepciones legales a favor de las bibliotecas incumben cuestiones como la reproducción de obras para investigación y estudio personal, preservación y sustitución de materiales, así como el intercambio con pares a través del préstamo y suministro de materiales interbibliotecarios. Si la regulación del derecho autoral no contempla a las bibliotecas explícitamente, todas estas reproducciones pasan inmediatamente a la nómina de conductas penadas por la ley 11.723 en Argentina. De este modo, los bibliotecarios se debaten cotidianamente entre cumplir con su misión de atender y promover el acceso al

253 Ibidem.

conocimiento y la cultura y cometer un delito que en Argentina es de tipo penal. Si juzgamos que el trabajo de las bibliotecas y archivos es esencial para el cumplimiento de los derechos de acceso y participación en la cultura, así como del derecho a la educación, y su implementación es pacífica en gran cantidad de países del mundo, con el consecuente respeto de la cláusula c) del artículo 15 del PIDESC, entonces podemos asumir que es mandatorio para nuestro país legislar a favor de la misión de bibliotecas y archivos.

La falta de excepciones a favor de las bibliotecas pone en riesgo otro de los derechos consagrados por el PIDESC, el derecho a la educación, inviable sin acceso pleno y amplio a los materiales educativos necesarios para todos los niveles educativos.

Universidades Públicas

La inexistencia de flexibilidades a favor de las bibliotecas y archivos tiene consecuencias directas en el sistema educativo argentino, que tampoco cuenta con limitaciones y excepciones amplias para los fines educativos y de investigación. A los fines académicos, didácticos y científicos, Argentina cuenta con un magro derecho de cita de mil palabras, tal como consta en el artículo 10 de la ley 11.723 que expresa:

“Art. 10. — Cualquiera puede publicar con fines didácticos o científicos, comentarios, críticas o notas referentes a las obras intelectuales, incluyendo hasta mil palabras de obras literarias o científicas u ocho compases en las musicales y en todos los casos sólo las partes del texto indispensables a ese efecto. Quedan comprendidas en esta disposición las obras docentes, de enseñanza, colecciones, antologías y otras

semejantes.”²⁵⁴

En la Observación General Nro. 11 sobre la educación primaria, el Comité expresa que *"El derecho a la educación, reconocido en los artículos 13 y 14 del Pacto, así como en otros tratados internacionales, tales como la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, es de vital importancia. Se ha clasificado de distinta manera como derecho económico, derecho social y derecho cultural. Es todos esos derechos al mismo tiempo. También, de muchas formas, es un derecho civil y un derecho político, ya que se sitúa en el centro de la realización plena y eficaz de esos derechos. A este respecto, el derecho a la educación es el epítome de la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos humanos."*²⁵⁵ Esta declaración expresa la importancia cabal del ejercicio del derecho a la educación, al cual el comité de implementación le ha dedicado un trabajo sustantivo.

En la Observación General Nro. 13, presentada en el 21º período de sesiones de 1999, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aborda el derecho a la educación consagrado en el artículo 13 del PIDESC.²⁵⁶ En este sentido, expresa que la educación en todas sus formas y en todos sus niveles debe contar con una serie de características interrelacionadas, entre ellas, la disponibilidad de instituciones, programas y condiciones básicas, edificios, instalaciones sanitarias, agua potable, docentes calificados con salarios competitivos y materiales de enseñanza, así como bibliotecas, servicios de

254 Véase Ley 11.723 Disponible en <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/42755/texact.htm#1>

255 Comentario General Nro. 11, (1999) disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm>

256 Comentario General Nro. 13, (1999) disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm>

informática y tecnologías de información. En términos de accesibilidad, las instituciones deben ser accesibles para todos sin discriminación. Se debe contar con "accesibilidad material", es decir que, "la educación ha de ser asequible materialmente, ya sea por su localización geográfica de acceso razonable o por medio de la tecnología moderna, mediante el acceso a programas de educación a distancia".

La Ley de Propiedad Intelectual argentina no incorpora ninguna excepción o limitación que apunte a cumplir con los principios de disponibilidad y accesibilidad en relación a los costos de los materiales educativos, que no se encuentran amparados por ninguna excepción particular. Tampoco existen en la ley provisiones para la reproducción de materiales para la educación a distancia, contemplada como estrategia de accesibilidad material a la educación por el Comité de Aplicación.

La accesibilidad económica a la educación es otro de los principios clave enunciados por el Comité del PIDESC: *"La educación ha de estar al alcance de todos."* Mientras que la enseñanza primaria debe necesariamente ser gratuita para todos, se solicita a los Estados parte que implementen de manera gradual la gratuidad en los niveles de enseñanza secundaria y superior. Ambos objetivos son parte de las políticas educativas históricas en Argentina, que cuenta con un sistema de educación secundaria y universitaria pública y gratuita de calidad en todo el país.

Sin embargo, las universidades públicas y gratuitas de la Argentina enfrentan limitaciones importantes en el acceso legal a materiales educativos esenciales para las carreras de grado, posgrado e investigación. La práctica de la copia ilegal y en

consecuencia, la sistemática violación de la ley en la reproducción de obras, es habitual en todo el sistema educativo universitario, donde los centros de estudiantes mantienen institucionalizada la gestión de las fotocopias y los apuntes.

Entre las obligaciones establecidas por el Comité para el progresivo cumplimiento del Derecho a la Educación se establece que los estados parte deben construir aulas, establecer programas, suministrar materiales de estudio, formar maestros y abonarles sueldos competitivos a nivel nacional.

La educación sin un amplio y rico acceso a materiales de estudio se torna inviable. En el caso de la educación a distancia, a medida que los soportes para su realización fueron sumando plataformas, la posibilidad de digitalizar los materiales pedagógicos y académicos aparece como una oportunidad abierta por la incorporación de nuevas tecnologías accesibles a la ciudadanía. Ninguna de estas prácticas son posibles si las leyes de propiedad intelectual se mantienen rígidas en relación a la educación, y si se sigue considerando ilegal la reproducción de obras, en forma parcial o total, con fines pedagógicos y educativos.

"La función, misión y objetivos de la universidad han ido modificándose a lo largo de los siglos. Pero más allá de las diferencias históricas, sociales y políticas, la universidad se ha caracterizado siempre por ser un lugar donde circula el saber, el conocimiento, y la manifestación que esto encuentra es a través de y en los textos. Los textos son a la universidad lo que los cimientos a un edificio; una parte constitutiva de sí misma."²⁵⁷

257 Heidel, Mizzoni, Cantarín. En "Argentina Copyleft" p. 69

En las Bases del Estatuto de la Universidad de Buenos Aires queda establecido que la Universidad tiene como fines la *"promoción, la difusión y la preservación de la cultura. Cumple este propósito en contacto directo permanente con el pensamiento universal y presta particular atención a los problemas argentinos. La Universidad contribuye al desarrollo de la cultura mediante los estudios humanistas, la investigación científica y tecnológica y la creación artística. Difunde las ideas, las conquistas de la ciencia y las realizaciones artísticas por la enseñanza y los diversos medios de comunicación de los conocimientos"*.²⁵⁸

Parece evidente que la misión que se ha dado la Universidad de Buenos Aires, junto a las demás universidades públicas y gratuitas de la República Argentina, tiene directa relación con el sistema regulatorio que establece las pautas bajo las cuales se distribuye y difunde el conocimiento y la cultura, es decir, las leyes de propiedad intelectual que fijan derechos exclusivos de autores y derechohabientes sobre las obras.

En este sentido, la existencia de excepciones y limitaciones al derecho autoral para fines académicos parece una necesidad imprescindible. Esto ha sido reconocido incluso en la Directiva Europea sobre Derechos de Autor en la Sociedad de la Información, que en sus considerandos reconoce que la educación se favorece al establecer limitaciones o excepciones mediante el siguiente artículo: *"La presente Directiva aspira a fomentar el aprendizaje y la cultura mediante la protección de las obras y prestaciones, permitiendo al mismo tiempo excepciones o limitaciones en interés general para fines educativos y*

258 Estatuto de la Universidad de Buenos Aires. Disponible en <http://www.uba.ar/institucional/contenidos.php?id=99> (visitado el 6 de marzo de 2013).

docentes.”²⁵⁹

El profesor colombiano Juan Carlos Monroy Rodriguez elaboró un extenso "Estudio sobre las limitaciones o excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en beneficio de las actividades educativas y de investigación en América latina y el Caribe" para el Comité permanente de derecho de autor y derechos conexos de la OMPI en su Decimonovena sesión de diciembre de 2009. En este estudio, el académico sintetizó la existencia de las siguientes limitaciones y excepciones a los fines de enseñanza: Utilización de las obras, reproducción, comunicación pública, compilación, reproducción para la realización de exámenes y toma de apuntes en clases y conferencias.²⁶⁰

*“Para cualquier individuo, el acceso a la educación y al conocimiento es determinante de sus posibilidades para acceder a mejores oportunidades laborales o profesionales, el mejoramiento de sus condiciones de vida y la interacción social. El acceso al conocimiento también es factor determinante del progreso científico y tecnológico, en la medida en que la difusión del conocimiento obtenido propicia la oportunidad de que más personas de más países se involucren en actividades de investigación y desarrollo, en los distintos campos del saber y de la técnica.”*²⁶¹

El cuadro comparativo elaborado por Monroy Rodriguez sobre excepciones para fines de

259 Directiva Europea 2001/29/CE sobre Derecho de Autor en la Sociedad de la Información. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001L0029:ES:HTML>

260 Monroy Rodriguez, Juan Carlos (2009) "Estudio sobre las limitaciones o excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en beneficio de las actividades educativas y de investigación en América latina y el Caribe" Disponible en http://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=130303

261 Idem. p.30.

enseñanza es elocuente²⁶².

	Antigua y Barbuda	Argentina	The Bahamas	Barbados	Belize	Bolivia	Brasil	Chile	Colombia	Costa Rica	Cuba	Dominica	Ecuador	El Salvador	Grenada	Guatemala	Guyana	Haiti	Honduras	Jamaica	México	Nicaragua	Panamá	Paraguay	Perú	República Dominicana	Saint Lucia	St. Kitts and Nevis	St. Vincent and the Grenadines	Suriname	Trinidad & Tobago	Uruguay	Venezuela	
"Utilización" para fines de ilustración de la enseñanza																																		
Reproducción para ilustración de la enseñanza																																		
Comunicación pública para ilustración de la enseñanza																																		
Compilación para ilustración de la enseñanza																																		
Utilización o reproducción para la realización de exámenes																																		
Excepción para la toma de apuntes de clase																																		

Fuente: Monroy Rodríguez, Juan Carlos, (2009) "Limitaciones o excepciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en beneficio de la educación y la investigación. El caso de América Latina" SCCR19 OMPI. p.4

En la comparación con el resto de los países investigados por el Prof. Monroy Rodríguez, Argentina aparece en clara desventaja en cuanto a las excepciones y limitaciones con fines educativos. En nuestro país, la Ley 11.723 no contempla flexibilidades para la utilización, reproducción o compilación con fines de ilustración y enseñanza, ni para exámenes. Tampoco existe excepción alguna para la toma de apuntes en clase. La única excepción que reporta la investigación comparativa es una limitada autorización para la comunicación pública de obras literarias, dramáticas, dramático musicales y musicales para ilustración y enseñanza en un acotado ámbito escolar incluida en el artículo 36 del cuerpo normativo argentino.²⁶³ El diagnóstico en este campo es similar

262 Fuente: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/sccr_19/sccr_19_www_130575.ppt (visitado el 6 de marzo de 2013). p.4.

263 **Artículo 36.** Los autores de obras literarias, dramáticas, dramático-musicales y musicales, gozan del derecho exclusivo de autorizar:
a) la recitación, la representación y la ejecución pública de sus obras;
b) la difusión pública por cualquier medio de la recitación, la representación y la ejecución de sus obras. Sin embargo, será lícita y estará exenta del pago de derechos de autor y de los intérpretes que establece el artículo 56, la representación, la ejecución y la recitación de obras literarias o artísticas ya publicadas, en actos públicos organizados por establecimientos de enseñanza, vinculados en el cumplimiento de sus fines educativos, planes y programas de estudio, siempre que el espectáculo no sea difundido fuera del

al elaborado por la organización Consumers International en su reporte para 2012, que da cuenta de la casi inexistencia de flexibilidades para fines educativos y académicos en Argentina.

Aún más compleja es la situación cuando se abordan las posibles excepciones en materia digital, es decir, aplicables a la educación a distancia mediada por tecnologías de información y comunicación. En este sentido, América Latina toda está ajena a las excepciones, tal como consta en la investigación del Prof. Monroy Rodriguez.²⁶⁴ Los tratados de Internet de OMPI de 1996, TODA y TOIEF, de los cuales Argentina es parte, establecen la posibilidad de consagrar excepciones y limitaciones con fines educativos en el entorno digital. Entre las aplicaciones viables de estas excepciones aparecen algunas consagradas en otras legislaciones del mundo que no se han aplicado en ningún país de la región. Entre ellas, Monroy Rodriguez reconoce: a) Digitalización de obras o prestaciones para su utilización en la educación a distancia, b) Transmisión digital de obras o prestaciones en el marco de la educación a distancia, c) Limitación o excepción de comunicación a personas concretas del público o la puesta a su disposición, a efectos de investigación o de estudio personal, a través de terminales especializados instalados en los centros de enseñanza, de obras y prestaciones que figuran en sus colecciones y que no son objeto de condiciones de adquisición o de licencia. Ninguna de estas excepciones tiene un correlato normativo en América Latina, y por lo tanto, tampoco en Argentina.

lugar donde se realice y la concurrencia y la actuación de los intérpretes sea gratuita.

Ley 11.723. <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/42755/texact.htm#1>

264 Fuente: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/sccr_19/sccr_19_www_130575.ppt (visitado el 6 de marzo de 2013). p. 6.

Vale mencionar además que la Federación Internacional de Asociaciones de Bibliotecas (IFLA por su sigla en inglés) entiende que el formato digital no es diferente al formato en papel y que las bibliotecas y los ciudadanos deben gozar de las excepciones que permiten el acceso y uso gratuito para fines de interés público como son la educación, la investigación y de acuerdo con los usos honestos o 'fair use'.²⁶⁵

La virtual inexistencia de excepciones y limitaciones con fines académicos y de investigación y la falta de debate al respecto ha llevado a que los propios estudiantes y docentes se autogestionen por vías ilegales el acceso a materiales educativos y pedagógicos. Así, ejemplos concretos como la biblioteca estudiantil de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires son prácticas legitimadas a la luz de la necesidad concreta de los estudiantes de esa casa de estudios, pero consideradas delito penal por la normativa en vigencia y perseguidas por las asociaciones interesadas.²⁶⁶²⁶⁷

Queda en evidencia que el ejercicio del derecho a la educación mediante el acceso a la universidad pública y gratuita en Argentina tiene como contrapartida la limitación en el acceso legal a los materiales indispensables para la formación de grado, limitación que empuja a docentes, estudiantes e investigadores al incumplimiento sistemático de la Ley 11.723 para el ejercicio de la misión asignada a la Universidad de Buenos Aires, entre otras

265 Pelaya y Sanllorenti, p. 54.

266 Véase el caso BiblioFyl en Heidel, Mizzoni, Cantarín. En Busaniche, et al. "Argentina Copyleft" (2010). la biblioteca BiblioFyl fue construída digitalmente por los propios estudiantes y amenazada legalmente por cartas de intimación de CADRA, el Centro de Administración de Derechos Reprográficos de la República Argentina, una entidad sin fines de lucro que aspira a ser la entidad de gestión colectiva de derechos reprográficos pero que aún no cuenta con ley o decreto que la avale como tal.

267 El CADRA ha presionado a numerosos comercios de fotocopias y universidades tanto públicas y privadas para percibir un canon por derecho a fotocopiar parcialmente obras. Véase acuerdo UBA Cadra http://www.cadra.org.ar/index.cgi?wAccion=news&wid_news=117 (visitado el 7 de marzo de 2013).

casa de estudios del país. Lo mismo ocurre con las escuelas públicas del territorio nacional orientadas a la enseñanza primaria y secundaria, y en particular a los nuevos planes de acceso a nuevas tecnologías de información y comunicación con la entrega de computadoras para estudiantes de diversos niveles tanto en jurisdicción nacional como provincial. La inclusión de libros digitales en los dispositivos, la construcción de bibliotecas digitales para acceso público y la promoción de nuevas formas de creación y aprendizaje mediante tecnologías digitales suponen un desafío importante al marco normativo vigente de la propiedad intelectual en Argentina.

Una de las estrategias elaboradas en los últimos años para paliar estas limitaciones tiene que ver con la promoción y el fomento de los Recursos Educativos Abiertos (REA) y las licencias Creative Commons²⁶⁸, pero éstas son soluciones parciales y sectorizadas que no ofrecen una respuesta general a la problemática del acceso a materiales bajo propiedad intelectual con fines académicos y educativos. Sólo la construcción de un marco normativo mucho más flexible permitiría completar un panorama de pleno ejercicio de derecho a la educación (art. 13 PIDESC) y acceso y participación en la cultura (Art.15).

Como observamos en las diversas investigaciones sobre el tema, la aplicación de un marco amplio de excepciones y limitaciones no se contrapone con los compromisos internacionales asumidos por el país en el marco de la Convención de Berna y los ADPIC.

La implementación pacífica de cláusulas de *uso justo* en países anglosajones y de excepciones y limitaciones al derecho autoral en países de tradición de derecho continental dan cuenta de que, una vez más y tal como ocurría con las excepciones a favor de las

268 Véase <http://www.creativecommons.org>

bibliotecas, estamos frente a un problema de índole nacional, en la medida en que legisladores y personas involucradas en el campo educativo no se han dado aún la misión de debatir la propiedad intelectual y elaborar una estrategia de promoción y defensa del derecho a la educación en este contexto.

Copia privada y usos sin fines de lucro

El artículo 19 de la Constitución Nacional consagra que *“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.”*²⁶⁹ Este derecho constitucional está en clara sintonía con el artículo 12 de la DUDDHH que consagra que *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia”*.²⁷⁰

La supuesta prohibición de copia privada es un aspecto controvertido en la normativa de derechos autorales, ya que se trata de una limitación imposible de verificar en la práctica. ¿Cómo puede un titular de derechos autorales o una entidad de gestión colectiva verificar la copia privada sin infringir antes el derecho que protege los actos privados consagrados en la Constitución Nacional? La cláusula constitucional ampara el derecho a la intimidad de las personas en tanto no dañen a un tercero, hecho también imposible de corroborar en relación a la copia de obras bajo propiedad intelectual. No existe en Argentina investigación académica sólida que de cuenta del supuesto daño causado a los derechos de los autores por la práctica de la copia privada ya que no media entonces acto

²⁶⁹ Constitución de la Nación Argentina. Artículo 19. Disponible en <http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/capitulo1.php> (visitado el 7 de marzo de 2013).

²⁷⁰ Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículo 12.

público alguno que pueda ser cuantificable.

Estas limitaciones tornan inaplicable cualquier acción directa contra la copia privada, por lo cual las entidades de gestión colectiva han apelado a estrategias indirectas como las propuestas de “*remuneración compensatoria por copia privada*” más conocida popularmente como “*canon digital*”.²⁷¹ Frente a esta opción que plantea la aplicación de un gravamen generalizado a los dispositivos digitales potencialmente utilizados para copiar se agrega la imposibilidad de saber realmente qué hacen las personas con esos dispositivos, si efectivamente se copia o no una obra bajo propiedad intelectual y en tal caso, se torna imposible corroborar qué obras se copian efectivamente. Nos encontramos entonces con un gravamen que eleva los precios finales de dispositivos digitales para todas las personas independientemente de los usos que éstas hagan de los mismos y sin justificación clara en relación a la supuesta reproducción de obras ajenas.

Monroy Rodriguez explica que “la copia obtenida por medios reprográficos constituye un acto de reproducción que, en principio, no se sustrae a la obligación de contar con la autorización previa y expresa del titular del derecho de autor. No obstante se consagra esta limitación o excepción cuando dicha copia es obtenida en el ámbito personal o privado, bajo ciertas condiciones o requisitos. El concepto de lo “personal” se asocia con lo individual, lo que corresponde al ámbito íntimo de un ser humano (excluyéndose lo relativo a una persona jurídica). Por el contrario, la noción de lo “privado” opuesto a lo

271 Uno de los varios proyectos en este sentido fue el Nro. 3732/10 presentado por los Senadores Pichetto y Giustiniani en la cámara alta en el año 2010. El proyecto llegó a ser tratado en comisión y enviado a archivo luego de fuertes protestas en las redes sociales, ambitos académicos y organizaciones sociales así como en los medios de comunicación. Véase http://www.senado.gov.ar/web/proyectos/verExpe.php?origen=S&tipo=PL&numexp=3732/10&nro_comision=&tConsulta=1 (visitado el 7 de marzo de 2013).

público, puede estar referida a un grupo determinado de personas (por ejemplo, los alumnos de una clase, los empleados de una empresa). Tal es el alcance diverso de las leyes que consagran una limitación o excepción de copia para uso personal o privado, respecto del derecho patrimonial de reproducción.”²⁷²

La existencia de una excepción para copia personal o privada parece estar relacionada a una realidad insoslayable: la imposibilidad de controlar los actos privados en un entorno donde las personas cuentan con la posibilidad de reproducir obras mediante tecnologías digitales al alcance de sus manos. Sin embargo, existen diferentes miradas sobre este aspecto controvertido del alcance del derecho autoral.

Quienes entienden el derecho autoral como absoluto no ven en esta limitación el ejercicio de un derecho humano o de interés general para la sociedad, sino sencillamente una consecuencia del difícilmente alcanzable control sobre los usos de las obras. Por lo tanto, reconocen la existencia de la excepción y aspiran a recibir una compensación por la misma. Tal es la mirada que expresan los proyectos de las entidades de gestión colectiva tendientes a validar una remuneración compensatoria por copia privada o “canon digital”.

Sin embargo, la copia privada también es considerada un medio para el acceso a la información, la educación, la cultura y el entretenimiento y otros consideran que se trata de un uso legítimo que no debe ser prohibido ni generar remuneración compensatoria alguna.

En esta línea se enmarcan quienes consideran que el artículo 19 de la Constitución Nacional ampara estas prácticas a menos que los autores o las entidades que los representan

²⁷² Monroy Rodríguez, Juan Carlos. p. 100.

sean capaces de probar consistentemente el supuesto daño producido por la copia privada.²⁷³ Las excepciones y limitaciones para copia privada son posibles y aceptables en el marco de la regla de los tres pasos consagrada por la Convención de Berna. En este sentido, Monroy Rodriguez explica que varios países de la región contemplan excepciones de este tipo. “Como se ha mencionado, en la región los países que consagran esta limitación o excepción son Brasil, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Trinidad y Tobago y Venezuela.” Algunos de estos países contemplan la excepción de copia privada con remuneración compensatoria a los autores. Entre ellos aparecen Ecuador, Paraguay, República Dominicana y Perú.²⁷⁴

Una nueva línea de acción es la que presenta el proyecto de Ley redactado por el Dr. Julio Raffo y presentado en la Cámara de Diputados de la Nación por el Diputado Fernando Solanas.²⁷⁵ El título del proyecto, “*Derecho de acceso a la cultura: se establece que los usuarios, en forma individual o en la intimidad de su hogar, podrán acceder a través de la Red Internet a obras protegidas por la Ley 11.723, de propiedad intelectual, y obtener la información necesaria siempre que la misma no sea utilizada con fines comerciales o de lucro*” da cuenta del tipo de excepción amplia que extiende el concepto de copia privada a

273 Página 12. Entrevista de Soledad Vallejos con Beatriz Busaniche <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/subnotas/171429-54503-2011-07-04.html> y Carta de Organizaciones Sociales al Senado Nacional contra el “Canon Digital” en Argentina <http://www.vialibre.org.ar/wp-content/uploads/2011/06/canon.digital.pdf> (2011). (Visitada el 7 de marzo de 2013)

274 Monroy Rodriguez. pp.99-103.

275 Expediente 2995-D-2012 “Derecho de acceso a la cultura: se establece que los usuarios, en forma individual o en la intimidad de su hogar, podrán acceder a través de la Red Internet a obras protegidas por la Ley 11.723, de propiedad intelectual, y obtener la información necesaria siempre que la misma no sea utilizada con fines comerciales o de lucro.” <http://www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?id=136551>

los usuarios de Internet en Argentina.

La Carta Cultural Iberoamericana (Establecida en la XVI Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, celebrada en Montevideo, Uruguay, en el mes de noviembre de 2006) estableció el *"Principio de Reconocimiento y de Protección de los Derechos Culturales"* en los siguientes términos: *"Los derechos culturales deben ser entendidos como derechos de carácter fundamental según los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia. Su ejercicio se desarrolla en el marco del carácter integral de los derechos humanos, de forma tal, que ese mismo ejercicio permite y facilita, a todos los individuos y grupos, la realización de sus capacidades creativas, así como el acceso, la participación y el disfrute de la cultura. Estos derechos son la base de la plena ciudadanía y hacen de los individuos, en el colectivo social, los protagonistas del quehacer en el campo de la cultura"* expresan los fundamentos del proyecto.²⁷⁶

En la redacción de fundamentos, Raffo y Solanas explican que *"Frente a la irrupción de los derechos de acceso a la cultura, evidenciados por la proliferación de normas que lo consagran, cabe señalar que este derecho no debe ser confundido con el derecho de participar del mercado, comprando libros, discos o películas, fabricándolos o exportándolos. Estos derechos están protegidos desde mucho tiempo antes y amparados por las garantías que protegen al comercio y la industria. El acceso a la cultura es un nuevo derecho que viene a establecer algo diferente a lo que regía con anterioridad en virtud de la regulación y protección de la actividad comercial. Y lo diferente y nuevo que estas normas vinieron a establecer consiste en un tratamiento diferencial respecto del*

276 Idem. Sección Fundamentos.

acceso a la cultura, toda vez que en cuanto productos colocados en el mercado estos bienes tienen derecho a la circulación y comercialización al igual que los tornillos, las papas o los pescados, sin necesidad de ninguna de las normas citadas precedentemente.”

Este proyecto legislativo es único en su tipo y extiende el derecho a la copia privada y personal al entorno de internet. Algunas iniciativas similares fueron debatidas en Brasil, donde se propuso la legalización de las redes de pares a cambio de un canon aplicado sobre las conexiones a banda ancha de Internet.²⁷⁷

El sentido y alcance de la excepción en relación a las copias privadas y personales difiere en las legislaciones de los diversos países. Argentina, mientras tanto, continúa en la nómina de países que no contemplan expresamente la excepción por copia privada, por lo que no se incluye tampoco la remuneración compensatoria a los autores e intérpretes por la misma. En tanto la norma no es explícita al respecto, cabe someter el asunto de la copia privada a una diversidad de posibles interpretaciones sin antecedentes normativos ni jurisprudenciales hasta el momento. Algunos juristas locales del derecho autoral afirman que *“como en la legislación argentina no hay excepciones al derecho de reproducción para usos personales o privados, para hacer copias, aún con esos fines, se requiere de la autorización de los titulares mediante las respectivas licencias.”*²⁷⁸ Estos mismos juristas sostienen, a contrario sensu de la propuesta de Raffo y Solanas, que la excepción para copia privada no puede ser aplicada al entorno digital del mismo modo. *“Actualmente se plantea*

277 El denominado “flat rate” fue impulsado y debatido, entre otros, por el académico alemán Volker Grassmuck, quien además recopiló una extensa lista de artículos y propuestas académicas al respecto <http://www.vgrass.de/?p=1048> (visitado el 7 de marzo de 2013).

278 Villalba y Lipszyc. p. 366.

que las limitaciones tradicionales del derecho de autor relativas al derecho de reproducción -salvo algunas pocas, como el derecho de cita- tienen un significado muy distinto en el mundo digital que en el analógico, y su alcance debe ser evaluado mucho más estrictamente” expresan Villalba y Lipszyc.²⁷⁹

“No sólo es imposible considerar que la puesta a disposición del público de obras, prestaciones y productos culturales sin la autorización de los autores y los titulares de derechos conexos, a través de los sistemas de intercambio de archivos peer to peer o P2P puede llegar a ampararse en alguna limitación o excepción a los derechos de autor y conexos, sino que tampoco puede hacerse con algunas prácticas muy comunes, como la de enviar obras por correo electrónico a grupos de personas -que pueden ser de cincuenta o más cada uno-” expresan estos autorralistas.²⁸⁰

Muy a pesar de estas posiciones provenientes de lo que Raffo denomina el paradigma hegemónico, la copia privada, tanto en el entorno analógico como en el entorno digital, sin expresa autorización constituye un acto cotidiano por parte de la ciudadanía en nuestro país y parece imposible de perseguir sin infringir otros derechos fundamentales como el derecho a la intimidad, la garantía de debido proceso judicial y la libertad de expresión. Por esto, es válido coincidir con lo que expresan Raffo y Solanas en los fundamentos del proyecto de despenalización de la copia privada en Internet: *“resulta ser urgente el dictado de una norma que ponga fin a las acciones penales que, impulsadas fundamentalmente por las multinacionales de la música o el audiovisual, amenazan con*

279 Idem. p. 729.

280 Idem. p.731.

penalizar a esos usuarios o a quienes contribuyen con los mismos ofreciéndoles información o vínculos mediante los sistemas técnicamente denominados "P2P" o similares. Para ello se propicia el presente proyecto de ley."

Si bien es posible discutir los alcances de una excepción amplia como la propuesta por Raffo y Solanas, es claro que el ejercicio del derecho de acceso a la cultura a través de Internet o mediante copias digitales o reprográficas de obras bajo propiedad intelectual, en tanto no medie fin de lucro o comercialización de las mismas, no debería ser considerado delito penal.

Libertad de expresión

La libertad de expresión es uno de los derechos más relevantes en el marco de los tratados internacionales de Derechos Humanos. Se trata, sin lugar a dudas, de un principio esencial en sí mismo, pero también es considerado un elemento básico para el ejercicio de los restantes Derechos Fundamentales. La tensión entre la libertad de expresión y los derechos autorales tiene una larga historia, ya que desde el principio, las leyes de copyright fueron diseñadas como forma de control estatal de la circulación de publicaciones autorizadas.²⁸¹ Existen numerosos aspectos vinculados a la libertad de expresión afines al debate sobre propiedad intelectual, y por supuesto, numerosos trabajos académicos vinculados a la diversidad temática que esta relación presupone. Si bien es imposible agotar estas cuestiones en el marco de este trabajo, vale la pena mencionar algunos de los ejemplos que pueden ser relevantes al debate en relación a la norma vigente en Argentina.

281 Idem. p.1.

La libertad de expresión está protegida en nuestro país por la Constitución Nacional, por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por Argentina y por leyes nacionales que consagran estos principios, incluso para el ámbito de Internet.²⁸²

La Ley de Propiedad Intelectual contempla salvaguardas para la difusión de información. En su artículo 28 consagra la libre circulación de las noticias del día, al expresar que: *“Las noticias de interés general podrán ser utilizadas, transmitidas o retransmitidas; pero cuando se publiquen en su versión original será necesario expresar la fuente de ellas.”*²⁸³ Amplio fue el debate previo a la aprobación de la norma vigente sobre el alcance necesario de la cobertura de propiedad intelectual en relación al trabajo periodístico. Finalmente, el legislador reconoció ya en 1933 la necesidad de disponer libremente de las noticias del día, independientemente de quién haya sido el periodista o cuál haya sido el medio de comunicación que contara con la primicia. En el mismo sentido se pronuncia la Convención de Berna en su artículo 1) que indica que *“La protección del presente Convenio no se aplicará a las noticias del día ni a los sucesos que tengan el carácter de simples informaciones de prensa.”*²⁸⁴

El artículo 31 de la Ley 11.723 también cuenta con una salvaguarda de la libertad de expresión, en este caso, vinculada al retrato de las personas en relación al interés público. La ley resguarda el derecho a la imagen, pero establece una excepción al expresar que “es

282 Véase la Ley 26032 que consagra las garantías de libertad de expresión en Internet. Disponible en <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/107145/norma.htm>

283 Ley 11.723. Art. 28. <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/42755/texact.htm>

284 Convenio de Berna, disponible en

http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/trtdocs_wo001.html#P94_12427

libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público.”

Sin embargo, como ya observó el informe de Consumers International, la Ley de Propiedad Intelectual argentina carece de una excepción apropiada para la realización de *parodias*, que son una forma válida y muchas veces original de la libertad de expresión. En muchos casos la parodia puede ser interpretada como burla o puede constituir sencillamente una humorada o una reinterpretación política de una obra, por lo que es posible que genere el rechazo del autor original o sus derechohabientes. En consecuencia, una excepción a favor de garantizar el derecho a la parodia es imprescindible a la hora de velar por el ejercicio de la libertad de expresión.

La Ley Argentina sólo menciona la parodia en los artículos 25 y 26, al expresar que quien parodie una obra con autorización del autor tiene sobre la misma un derecho de coautoría. En tanto, quien parodie una obra del dominio público tiene la titularidad total sobre los derechos de esa parodia, aunque esto no lo habilita a impedir que otros parodien la misma obra original. Se desprende de esta redacción que la ley de propiedad intelectual sólo reconoce legalidad en parodias realizadas con autorización del autor o una vez prescriptos los derechos privados sobre la obra²⁸⁵. Sin embargo, la naturaleza burlona y humorística de la parodia, que muchas veces puede ser una crítica furiosa a la obra original,

285 "Sciammarella, Rodolfo c. Ford Motor Co. "Cámara Civil 2daa de la Capital, Agosto 8-1941, G.F.153-291: "Sin autorización del autor no puede hacerse la parodia de la obra publicada (arts. 25 y 36, ley 11. 723}, sea con el objeto de criticarla, sea con el fin de aprovecharla con ligeras modificaciones y con fines de propaganda". Citado en Villalba y Lipszyc. p. 96.

no siempre recibe la autorización pertinente, por lo que las obras más ácidas y mordaces pueden inmediatamente ser ilegalizadas por un autor o titular de derechos que no simpatice con la crítica.

Existe otra tensión en este caso que tiene que ver con los Derechos Morales a la integridad de la obra y al derecho de transformación consagrado exclusivamente en cabeza del autor o titular de los derechos. *“El derecho de transformación es la facultad exclusiva del autor de autorizar la explotación de su obra a través de la creación de obras derivadas. La obra originaria -o primigenia, preexistente u obra original como se la llama comúnmente- permanece inalterada pero, como consecuencia de la transformación resulta una nueva obra a la que se denomina la obra derivada o subsecuente o de segunda mano. Para que la obra originaria no se confunda con la obra derivada es indispensable que esta última condición se indique claramente. Todas las transformaciones importan utilizaciones de la obra originaria y toda utilización de una obra requiere la autorización del autor.”*²⁸⁶

El artículo 6bis de la Convención de Berna consagra el ejercicio de los derechos morales al expresar que *“el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación.”* Claramente, este derecho puede colisionar con el derecho a la parodia, salvo que se contemple una excepción que constituya un uso justo de la obra y que bajo ningún concepto confunda la parodia con la obra original, respetando así el derecho moral del autor. Otro

286 Idem. p. 189.

tanto ocurre con la crítica literaria que muchas veces requiere de una utilización extensiva de la obra para su análisis, reproducción que podría superar la actual extensión del derecho de cita. En muchas ocasiones, la crítica puede poner en cuestión la integridad de la obra ya que constituye también una forma de adaptación que no necesariamente será del agrado o aceptación del autor referido. Sin embargo, el derecho a la crítica así como el derecho a la parodia son inherentes a la libertad de expresión. En este mismo sentido es fundamental la incorporación de excepciones a favor de la adaptación de obras sin fines de lucro, para facilitar la divulgación y promoción de la cultura en espacios públicos tales como teatros y centros culturales barriales, escuelas, bibliotecas, entre muchos otros ámbitos reivindicados por el PIDESC como espacios públicos para el acceso y promoción de la cultura. La resolución de esta tensión en el marco de los Derechos Humanos, torna necesaria una regulación clara que no ponga en riesgo el derecho fundamental a la libertad de expresión.

Otro aspecto crítico de la tensión entre propiedad intelectual y libertad de expresión tiene que ver con la definición de responsabilidades de los intermediarios en Internet. *“Los actos de comunicación a través de Internet, sea cual sea su contenido, requieren atravesar una infraestructura tecnológica compleja, compuesta por muy diversos elementos físicos y lógicos, cada uno de los cuales está a cargo de un operador. Por supuesto, la participación de dichos operadores está sujeta a las regulaciones establecidas en cada territorio, sea dentro de la normativa relativa a servicios de comunicación en general o bien, de forma específica, para la prestación de aquellos servicios que son propios de Internet.”*²⁸⁷ Estos

287 Ruiz Gallardo, Claudio y Lara Galvez, Juan Carlos. (2012) “Responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet” en Bertoni, Eduardo “Hacia una internet libre de censura. Propuestas para América Latina”. Buenos Aires, Argentina. Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información. Facultad de Derecho. Universidad de Palermo. p. 47.

operadores de internet tienen la capacidad de filtrar e impedir la circulación de información o dar de baja contenidos publicados en sus plataformas. Esto los convierte en actores clave en la tensión entre la libertad de expresión y los derechos de autor, entre otros temas.²⁸⁸ Es por esta razón que diversas legislaciones del mundo abordan el tema de la circulación de materiales bajo propiedad intelectual en la red desde la perspectiva de incidir sobre estos actores intermediarios, entre los que se cuentan los proveedores de acceso domiciliario, los proveedores de tránsito de las comunicaciones, los proveedores de alojamiento y servidores de los sitios web, los proveedores de contenidos, y otros proveedores de servicios como los buscadores, foros, redes sociales o correo electrónico, etc.

Diversas legislaciones de este tipo han sido aprobadas ya en la región, en particular en los países que firmaron tratados de libre comercio con los EEUU o Europa. Los tratados de libre comercio cuentan con capítulos completos referidos a la observancia y aplicación de los derechos de autor y conexos, estableciendo no sólo procedimientos policiales y judiciales, sino también, aspectos referidos a medidas tecnológicas de protección (MTP) y limitación de responsabilidad de prestadores de servicios de Internet, tomando como criterio general el antecedente normativo de los EEUU, que sancionó en 1998 la Digital Millenium Copyright Act. Esta norma, que amenaza convertirse en el estándar internacional en la materia, contempla que los proveedores de servicios no serán responsables de los contenidos en infracción si responden en tiempo y forma a las comunicaciones de lo que se denomina “*notificación y baja*”²⁸⁹. Esta garantía también conocida en la industria de

288 El problema de la responsabilidad de los intermediarios incluye además causas por difamación, vulneración del derecho a la intimidad, protección de menores, lenguaje de odio o discriminatorio, protección de datos, entre otros temas de enorme actualidad no abordados en este trabajo.

289 En inglés “notice and take down”.

Internet como *puerto seguro* ha otorgado cierta seguridad jurídica a empresas prestadoras de servicios como Google y en particular su división de videos YouTube o de redes sociales como Facebook, que responden de manera rápida a los reclamos por infracciones y en varios casos articulan estrategias conjuntas con la industria del entretenimiento para facilitar la aplicación de esta regulación.

Sin embargo, y más allá de que algunos consideran este modelo como una solución equilibrada, el Relator Especial de Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, Frank LaRue; la Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la Organización de Estados Americanos (OEA), Catalina Botero Marino; la Representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) para la Libertad de los Medios de Comunicación, Dunja Mijatović; y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), Faith Pansy Tlakula; emitieron una declaración conjunta en la que establecen lineamientos para proteger la libertad de expresión en Internet, en la que critican con énfasis este tipo de regulaciones.

En la Declaración emitida el 1 de junio de 2011, en su apartado 2) sobre Responsabilidad de Intermediarios, expresan que:

a. Ninguna persona que ofrezca únicamente servicios técnicos de Internet como acceso, búsquedas o conservación de información en la memoria caché deberá ser responsable por contenidos generados por terceros y que se difundan a través de estos

servicios, siempre que no intervenga específicamente en dichos contenidos ni se niegue a cumplir una orden judicial que exija su eliminación cuando esté en condiciones de hacerlo ("principio de mera transmisión").

*b. Debe considerarse la posibilidad de proteger completamente a otros intermediarios, incluidos los mencionados en el preámbulo, respecto de cualquier responsabilidad por los contenidos generados por terceros en las mismas condiciones establecidas en el párrafo 2(a). Como mínimo, no se debería exigir a los intermediarios que controlen el contenido generado por usuarios y no deberían estar sujetos a normas extrajudiciales sobre cancelación de contenidos que no ofrezcan suficiente protección para la libertad de expresión (como sucede con muchas de las normas sobre "**notificación y retirada**"²⁹⁰ que se aplican actualmente).²⁹¹*

En esta línea de dar de baja contenidos supuestamente infractores en la red se enrolan proyectos de tratados internacionales como ACTA (Tratado Anti Falsificación), negociaciones internacionales de comercio como el TPP (Trans Pacific Partnership) o proyectos de leyes nacionales en los EEUU como los casos de SOPA (Stop Online Piracy Act) o PIPA (Protect Intellectual Property Act), todos ellos fuertemente resistidos y debatidos por las organizaciones de defensa de Derechos Humanos en Internet.

En Argentina, no contamos aún con una regulación específica en la materia, aunque

290 El destacado es mío.

291 Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet. Véase <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=848&IID=2> (visitado el 7 de marzo de 20013).

sí existen algunos proyectos de ley como el presentado por el Diputado Federico Pinedo.²⁹² El proyecto de Pinedo difiere de la tendencia en materia de “notificación y baja”, ya que su artículo 7 dispone que *“A los fines de la aplicación de la presente ley, se entenderá que los Proveedores de Servicios de Internet tienen conocimiento efectivo de que determinados contenidos violan normas legales o derechos de terceros desde el momento en que sean notificados del dictado de alguna de las medidas previstas en el artículo 3° de esta ley o de otra resolución judicial que así lo establezca.”* El artículo 3 de la norma establece los mecanismos judiciales por los cuales los damnificados pueden solicitar la baja de contenidos. En este sentido, la notificación fehaciente que constituye “*conocimiento efectivo*” debe estar mediada por una orden judicial, ofreciendo así una capa más de garantía de debido proceso judicial que la tendencia establecida por la DMCA norteamericana.

Por su parte, los relatores de libertad de expresión también emitieron recaudos sobre filtrados y censura en la red al expresar que: “El bloqueo obligatorio de sitios web enteros, direcciones IP, puertos, protocolos de red o ciertos tipos de usos (como las redes sociales) constituye una medida extrema—análoga a la prohibición de un periódico o una emisora de radio o televisión— que sólo podría estar justificada conforme a estándares internacionales, por ejemplo, cuando sea necesaria para proteger a menores del abuso sexual.”²⁹³ Cabe interpretar de esta afirmación que los casos de posible violación de propiedad intelectual no son causal de bloqueo o filtrado de sitios web completos o direcciones IP. En Argentina, la

292 Véase Expediente 8793-D-2010. Régimen para proveedores del servicio de Internet.

<http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=8793-D-2010> (Visitado el 7 de marzo de 2013).

293 Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet. Apartado 3.

causa contra el portal de películas y series Cuevana se caracterizó en principio por el dictado de una medida cautelar que ordenaba el bloqueo de algunas de las páginas disponibles en el sitio web.²⁹⁴ En sintonía con la declaración de los Relatores de Libertad de Expresión, la solicitud de una cautelar que bloqueara el acceso al sitio fue denegada por la Cámara Federal que confirmó el rechazo a una medida cautelar promovida por la cadena televisiva HBO, donde se solicitaba el bloqueo del acceso al sitio web Cuevana por considerarlo desproporcionado. Los jueces entendieron que para que proceda la cautelar se debía determinar si los destinatarios de la misma eran sospechosos de algún delito. Como en la instrucción todavía no se había establecido, la medida resultaba improcedente.²⁹⁵ El fallo de Cámara declaró que “el resguardo del derecho fundamental de propiedad del que forman parte los derechos vinculados a la propiedad intelectual, debe ponderarse con respecto a la protección de otros derechos fundamentales.”²⁹⁶

En la tensión entre propiedad intelectual y libertad de expresión, también es menester establecer posición ante normativas punitivas de desconexión de usuarios de internet por infracciones al copyright (como en los casos de Hadopi en Francia²⁹⁷). Los relatores de libertad de expresión de los organismos internacionales consideran que “La negación del derecho de acceso a Internet, a modo de sanción, constituye una medida

294 Véase como ejemplo la información publicada en el Centro de Información Judicial sobre la causa contra Cuevana y la orden del Juez Caramelo de bloquear el acceso a algunas de las series emitidas en ese sitio. <http://www.cij.gov.ar/nota-8304-Ordenaron-bloquear-el-acceso-a-tres-series-en-el-sitio-web-Cuevana.html> (visitado el 8 de marzo de 2013).

295 Diario Judicial. “El epitafio de la medida cautelar contra Cuevana* Disponible en <http://www.diariojudicial.com/fueropenal/El-epitafio-de-la-medida-cautelar-contr-Cuevana-20130207-0002.html> (visitado el 7 de marzo de 2013).

296 C.32713 “Incidente de medida cautelar en autos. Escobar, Tomas s/infracción Ley 11.723” Juzgado 12 Secretaría 23 Expte. 1681/2012/2. Buenos Aires. 1/2/2013. <http://www.diariojudicial.com/documentos/2013-Febrero/cuevana.pdf>

297 Ley HADOPI (en francés) <http://www.senat.fr/dossier-legislatif/pjl07-405.html>

extrema que sólo podría estar justificada cuando no existan otras medidas menos restrictivas y siempre que haya sido ordenada por la justicia, teniendo en cuenta su impacto para el ejercicio de los derechos humanos”. Hasta la fecha, no se conocen proyectos legislativos en este sentido en Argentina.

Salvo los proyectos de ley , Argentina no cuenta tampoco con una regulación específica de responsabilidad de proveedores de servicios de internet. Sin embargo, existen casos judiciales que dan cuenta de la inexistencia de esta normativa y que esperan todavía resolución en tribunales. Si bien la mayoría de los casos vinculados a responsabilidad de intermediarios en el país tiene que ver con la honra y reputación de personas que iniciaron demandas contra empresas proveedoras de servicios de búsqueda en internet como Google y Yahoo!²⁹⁸, el caso paradigmático que involucra aspectos vinculados a la propiedad intelectual es la demanda de la Cámara Argentina del Libro contra los titulares del portal de Internet Taringa! bajo la figura penal de “partícipes necesarios” en la infracción de la Ley 11.723 por parte de usuarios de esa plataforma web²⁹⁹. La resolución de ese caso, ahora elevado a juicio oral, será determinante para la definición en Argentina de la responsabilidad o no de los proveedores de servicios de internet en potenciales violaciones a las leyes de propiedad intelectual hasta tanto no haya un debate amplio, profundo y comprometido en el congreso nacional para definir una regulación clara en la materia.

298 El caso más destacado es el de la modelo y cantante Virginia Da Cunha c/Yahoo! Véase http://www.diariojudicial.com/contenidos/2009/07/31/noticia_0005.html (visitado el 8 de marzo de 2013)

299 Una completa reseña del caso está disponible en Diario Judicial, en http://www.diariojudicial.com/contenidos/2011/05/27/noticia_0009.html

Capítulo 5: Conclusiones. Hacia una política pública para el ejercicio de los derechos culturales

¿Es necesario realizar cambios en la legislación de derechos autorales en Argentina?

Argentina es uno de los países comprometidos internacionalmente con los tratados de Derechos Humanos. De hecho, la constitución de 1994 incorpora los mismos al más alto cuerpo normativo de la República al expresar, en su artículo 75, inciso 22 que: *“La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la 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 Crueles, 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.”*

Es claro que los derechos consagrados en el PIDESC y en la DUDDHH coexisten

con los derechos y garantías reconocidos en la primera parte de la Constitución Nacional y no derogan ninguno de ellos, sino que deben ser entendidos como complementarios. En el marco de esta complementariedad se debe entender la relación entre los aspectos de derechos humanos de la propiedad intelectual y los derechos de acceso y participación en la cultura.

El análisis realizado hasta el momento demuestra que la Ley 11.723, que constitucionalmente tiene rango inferior a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, impide y restringe el ejercicio de buena parte de los derechos culturales consagrados, incluyendo no sólo el acceso y participación, sino también el derecho a la educación y algunos aspectos de la libertad de expresión. Por lo tanto, la ley requiere una revisión a la luz de la garantía y el avance progresivo de los derechos con los que Argentina se ha comprometido.

Los diferentes comentarios del Comité de Aplicación de PIDESC dejaron claramente establecido que los derechos autorales reconocidos en los Derechos Humanos no son equiparables a las normas internacionales y nacionales de propiedad intelectual, por lo tanto, para cumplir con los compromisos en la materia no es necesario establecer un marco restrictivo de los derechos autorales. Como bien expresa la Observación General Nro. 17, en su párrafo 16: *“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.” Por lo tanto, los compromisos asumidos con el derecho de autores e inventores se puede cumplir con diversas estrategias de reconocimiento que no deben por fuerza ser las contempladas actualmente en la Ley 11.723.

Ante la observación de las marcadas diferencias existentes entre los sistemas de propiedad intelectual sostenidos a partir de negociaciones comerciales de distintos niveles, ya sea multilaterales o regionales, y sus implementaciones en legislaciones nacionales como la Ley 11.723, resulta insoslayable acompañar la propuesta de Lea Shaver de considerar que se trata de una diferencia sistémica y estructural. Su propuesta es entender que más allá de las posibles tensiones entre los dos sistemas en determinados aspectos, existe una diferencia fundamental, ya que la propiedad intelectual transforma bienes públicos como la creatividad, la cultura en general, la información, la ciencia y la tecnología en bienes privados. Esta premisa, como bien destaca Shaver, no implica una propuesta de abolición de las regulaciones de derechos autorales, sino que requiere que la protección de los intereses de autores e inventores sea considerada y justificada con sumo cuidado en el marco de los Derechos Humanos.

En las últimas décadas, los procesos de profundización y armonización global de la propiedad intelectual han dejado sistemáticamente de lado las garantías de ejercicio de derechos culturales como el acceso, la participación en la cultura y el derecho a la educación. La Ley 11.723 en Argentina no estuvo ajena a este proceso y, en línea con la tendencia global, sufrió modificaciones permanentes que la llevaron a ser una de las leyes

más restrictivas del mundo, y casi sin dudas, la más restrictiva del continente, al menos entre las leyes relevadas por Consumers International. Por esta razón, vale concluir que la Legislación Argentina de Derechos Autorales requiere de una amplia revisión general, e incluso, la propuesta de una legislación completamente nueva que incorpore garantías que equilibren los derechos de los autores con los de la colectividad a la luz de los Derechos Humanos.

El examen de la propiedad intelectual desde la perspectiva de derechos humanos ofrece un marco de referencia que habilita la revisión de las normativas nacionales a partir de estos principios para proponer a los legisladores algunas estrategias que permitan diseñar una ley que apunte a establecer un equilibrio socialmente útil entre los sistemas de incentivos a autores y las posibilidades legales de acceso a la cultura y el conocimiento. Es claro que los sistemas de flexibilidades, limitaciones y excepciones posibles previstos en los tratados internacionales de comercio como ADPIC y de propiedad intelectual como la Convención de Berna ofrecerían una alternativa positiva para reducir la enorme brecha existente entre las restricciones estipuladas por la Ley 11.723 y los derechos de acceso y participación consagrados en los tratados de Derechos Humanos. Estos sistemas de flexibilidades ofrecen un punto de partida para el establecimiento de un sistema de derechos autorales más justo para Argentina. Sin embargo, estos sistemas no resuelven el problema estructural definido por Shaver en relación a la apropiación privada de bienes públicos, al tiempo que dejan entrever una supuesta primacía de los derechos de propiedad intelectual por sobre los derechos humanos a cuyo ejercicio pleno se accedería sólo a partir de un sistema de excepciones.

Una observación desde los derechos humanos permite afirmar que la excepción siempre debería ser la restricción del acceso y participación en la cultura, la educación y la libertad de expresión, y no lo contrario. *“En el actual sistema de propiedad intelectual, los productores y titulares son los únicos titulares de 'derechos'. Todos los otros actores, consumidores, futuros creadores, y el público en general, son relegados a un status implícitamente inferior”* explican Helfer y Austin en las conclusiones de su trabajo.³⁰⁰ A diferencia de estas propuestas de flexibilidades mediante excepciones y limitaciones, los argumentos basados en los Derechos Humanos reformulan las demandas de consumidores, futuros creadores y público en general en términos de considerar que sus derechos son conceptualmente equivalentes a algunos de los derechos de los autores y superiores a los de las corporaciones y otros titulares de derechos como los herederos o las empresas editoras y otras personas jurídicas que no pueden reclamar Derechos Humanos.

Como bien expresan Austin y Helfer, no se trata de un mero cambio discursivo, sino que la perspectiva de los Derechos Humanos reformula las agendas normativas y las estrategias de negociación. *“Desde una perspectiva normativa, esta reformulación dirige a los activistas a favor de las reformas de la propiedad intelectual hacia un trabajo conjunto en el marco de los foros de derechos humanos, en particular, con los comités de aplicación de los mismos, con los relatores especiales y los expertos independientes que trabajan en el Consejo de los Derechos Humanos para que sean ellos los que clarifiquen las ambigüedades en las normas legales y evalúen las consecuencias sobre los derechos humanos de las actuales leyes y políticas de propiedad intelectual”*.³⁰¹

300 Helfer, L. y Austin G. p. 509.

301 Ibidem.

Ahora que estos actores vinculados históricamente a los Derechos Humanos se han volcado al estudio de las consecuencias de la propiedad intelectual, sería miope de parte de los activistas del campo de Internet y del copyright, no volcarse a ellos, expresan Helfer y Austin. En Argentina, este proceso recién comienza y ya existen algunas instituciones tradicionales de los Derechos Humanos iniciando el análisis y debate sobre los impactos crecientes de la Propiedad Intelectual en el ejercicio de los Derechos Fundamentales.

Sin embargo, aún en este nuevo panorama abierto por algunas organizaciones sociales, es lamentable que en Argentina el discurso de los derechos autorales en el marco de los derechos humanos haya sido adoptado por maximalistas que pretendieron asimilar las cláusulas de los tratados internacionales como la Declaración Universal y el PIDESC al marco regulatorio vigente de la propiedad intelectual.³⁰² Helfer y Austin asumen la posibilidad de que este tipo de lecturas ocurran al explicar que *“los discursos expansionistas de la propiedad intelectual son a menudo sostenidos por las industrias que ven la viabilidad financiera de sus modelos de negocios atada a los derechos de explotación exclusivos que la protección de propiedad intelectual confiere. Apoderándose y muchas veces mal interpretando las cláusulas sobre los derechos de los creadores y los derechos de propiedad de los instrumentos internacionales, estas industrias buscan afianzar visiones maximalistas de la propiedad intelectual invocando la retórica de los Derechos Humanos como triunfos.”*³⁰³

El temor a estas interpretaciones no es infundado y en Argentina encontramos

302 El ejemplo más claro en este sentido es la obra de la Dra. Delia Lipszyc.

303 Helfer, L. y Austin G. p.510.

buenos ejemplos para sostenerlo. Sin embargo, esta tendencia debe ser y está siendo contrapesada por un creciente número de decisiones, análisis, y críticas que permiten limitar la mirada expansionista en relación a la propiedad intelectual.

Claves para la construcción de una ley de Derechos Autorales que promueva el ejercicio de los derechos culturales

Siguiendo el análisis de Helfer y Austin, es posible definir dos aspectos iniciales para la construcción de un marco de derechos humanos para la propiedad intelectual. En primer lugar, un marco *protector*, que tiende a reconocer y respetar los derechos de individuos y colectivos a disfrutar de beneficios morales y materiales módicos en relación a las actividades creativas e innovadoras de las que sean autores. Estas protecciones no aplican a corporaciones u otras entidades de negocios. Los recaudos legales para garantizar estos derechos son significativamente inferiores a los que mandan los tratados comerciales y los tratados internacionales de Propiedad Intelectual. Aún en cumplimiento de estos recaudos mínimos de los intereses de autores e inventores, los Estados pueden disponer de diferentes estrategias como reducir términos de protección, expandir las limitaciones y excepciones, o pensar otras estrategias sin que esto signifique descuidar los derechos de autores e inventores asumidos en el mandato legal de los Derechos Humanos. Incluso se puede establecer sistemas de compensación única a los autores o apelar a razones de bien público y asignar algún otro tipo de remuneración o incluso ninguna. La Observación General Nro. 17 del Comité de aplicación ha fijado posición al respecto otorgando a los Estados Parte diversas opciones por fuera del sistema vigente de la propiedad intelectual.

Este sistema también puede ser más amplio que el actual sistema de propiedad

intelectual en otros aspectos como la inclusión de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas. Además, puede ofrecer a autores e inventores un entorno que les ofrezca más y mejores garantías frente a las corporaciones, editoriales y otros sectores de la industria montados sobre la cesión de derechos de explotación de las obras. Este marco pone el énfasis en las personas creadoras por encima de los derechos de explotación, ofreciendo a autores e inventores mejores resguardos en caso del trabajo por contrato o en los términos de cesión de las obras para la explotación comercial. Es decir, una mirada desde los derechos humanos no sólo puede ayudar a promover la libre circulación de las obras, los derechos de acceso y participación, sino que puede beneficiar a los propios autores en la persecución del objetivo de mantener un nivel de vida digno a la hora de negociar los derechos de explotación de sus trabajos.

Debemos destacar la premisa de que los Estados parte de los tratados internacionales tienen compromisos asumidos de garantizar estándares mínimos de vida en materia económica y bienestar social en áreas como salud, alimento y educación y tienen obligación de no interferir en el ejercicio de los derechos sociales y políticos. En cada caso, habrá que definir en qué medida las leyes de propiedad intelectual pueden ayudar o no, si es que tienen injerencia alguna, en el logro de esos objetivos. Es importante mencionar que en muchos casos, la existencia de leyes restrictivas es sólo un factor entre muchos otros en cada uno de estos objetivos. Por ejemplo, la existencia de restricciones de acceso a materiales educativos es sólo un aspecto del ejercicio del derecho a la educación, entre muchos como la disponibilidad de infraestructura, docentes, planes de estudio, entre otros. Es importante analizar las limitaciones en su contexto, pero es fundamental no minimizar el

impacto de estas restricciones.

El segundo marco es el *restrictivo*, cuando un Estado expande los privilegios legales para autores e inventores más allá de los requerimientos mínimos para establecer un área de autonomía personal como la descrita anteriormente. En este marco vale debatir profundamente cuáles son las consecuencias de este tipo de decisiones, tanto en el ejercicio de los demás derechos como en las consecuencias que la propiedad intelectual tiene para el desarrollo de un país y las condiciones de vida de sus pobladores. Existen largos debates sobre si la propiedad intelectual estimula o detiene el desarrollo económico, especialmente en los países en desarrollo y los menos desarrollados,³⁰⁴ pero aún asumiendo que la propiedad intelectual cumple con los objetivos de desarrollo, los países que implementan estas políticas siguen teniendo responsabilidades con las obligaciones asumidas en el marco de los Derechos Humanos.

Las leyes de propiedad intelectual tienen impactos de largo plazo, y por lo tanto toda política pública en la materia debe necesariamente incluir una planificación que permita establecer un plan a seguir para la estructuración y el diseño de propuestas para el logro progresivo de los derechos humanos, es decir, redirigir los incentivos y orientar las fuerzas del mercado hacia el logro de metas socialmente valiosas. Así, por ejemplo, sistemas abiertos como los modelos de software libre, licencias abiertas como el sistema de Creative Commons, materiales educativos abiertos, y la construcción colectiva y libre de bienes públicos ofrecen esquemas innovadores para el logro progresivo del ejercicio pleno de los

304 Para continuar este debate, véase Cimoli, Dosi y Stiglitz, (2009) “Industrial Policy and Development”, Oxford. Entre muchos otros.

derechos.

El sistema integral de los Derechos Humanos nos ofrece marcos de acción claros, en particular, el derecho a la ciencia y la cultura puede servir como herramienta para reformular el sistema internacional de propiedad intelectual y en consecuencia también las leyes nacionales, para reafirmar la concepción del conocimiento como bien público. Es entonces indispensable reforzar el objetivo de promover el acceso universal y la protección de los intereses de los autores en lugar de la promoción de la propiedad intelectual en sí misma. El entendimiento de este paradigma puede servir como base para la revisión legislativa pendiente en Argentina.

Propuestas legislativas en concordancia con los tratados internacionales y los compromisos asumidos por Argentina

Establecer lineamientos para un nuevo sistema de derechos autorales en Argentina presenta varias complejidades. En primer lugar, el marco general para el diseño de una política pública en la materia debe ser la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incluidos en ella. En este sentido, es esencial cumplir con los objetivos comprometidos en la DUDDHH y el PIDESC. Pero en paralelo, Argentina tiene compromisos internacionales en la Organización Mundial de Comercio y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual que fijan estándares mínimos para las legislaciones en la materia. En tanto el país no adopte medidas tendientes a denunciar esos compromisos y despegarse de ellos, el legislador tendrá la obligación de redactar normativas en acuerdo con tratados como los ADPIC y el Convenio de Berna, entre otros. Por lo tanto, el diseño de una nueva política de propiedad intelectual exige considerar

ambos sistemas normativos, aún cuando se considere el marco de Derechos Humanos como la base fundamental con preeminencia sobre el resto de las regulaciones vigentes.

Es así que, por el momento, Argentina no puede prescindir de supuestos mínimos en materia de derechos autorales, pero esto no impide un rediseño de las políticas que apunten a flexibilizar el sistema a fin de garantizar la progresiva realización de los derechos culturales.

En este sentido, la presente propuesta se basa en tres ejes programáticos a considerar para legislar en Argentina.³⁰⁵

Redefinir la relación de los autores, la industria y sus representantes corporativos

El inciso c) del párrafo 1 del artículo 15 del PIDESC consagra el derecho de toda persona 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.

Existe una reconocida desigualdad en la relación de fuerzas entre las grandes empresas de la industria del entretenimiento y el poder de negociación de la mayoría de los artistas a la hora de establecer condiciones de trabajo y contratos de cesión de derechos. Fijar condiciones apropiadas para que los autores puedan alcanzar un nivel de vida digno

305 Esta propuesta está basada en el trabajo realizado previamente en Busaniche, B. et al. “Argentina Copyleft. La crisis del modelo de derecho de autor y las prácticas para democratizar la cultura” (2010) pp.165-168. También es insumo de esta propuesta el seguimiento realizado al proceso de consulta pública para la construcción de una nueva ley de Derechos Autorales en Brasil. Véase <http://www.vialibre.org.ar/2010/01/11/algunas-notas-sobre-el-proyecto-de-reforma-de-la-ley-de-derechos-de-autor-en-brasil/> (visitado el 8 de marzo de 2013).

implica ofrecerles también herramientas para evitar los abusos por parte de las empresas que los contratan. Por otro lado, también se torna indispensable rediseñar el modelo de gestión colectiva de derechos de autor y conexos, que en numerosas ocasiones no representa los intereses de los artistas que dice representar. En muchos casos, las mismas entidades de gestión colectiva expropián a los autores de los derechos sobre sus obras, perciben regalías que finalmente no llegan a bolsillos de los titulares o impiden el ejercicio de derechos de autor como la posibilidad de ofrecer obras al público de manera gratuita o bajo otros paradigmas de licenciamiento.³⁰⁶ Recuperar para los autores la potestad de controlar a las entidades que los representan, así como ofrecerles herramientas de negociación y control de las empresas que les permitan prevenir abusos en materia de contratación y comercialización de sus trabajos son medidas tendientes a garantizar a los autores un nivel de vida digno, en consonancia con los presupuestos de la Observación General Nro. 17. Un sistema de control sobre las editoriales, un sistema de limitación en el tiempo en la cesión de derechos de explotación, un sistema abierto y transparente y la eliminación del sistema de monopolios en la gestión colectiva permitirá a los autores organizarse a fin de establecer mejoras en las condiciones laborales del sector. El fomento de nuevas formas de negocios, nuevos mecanismos de difusión y formas más autónomas de gestión de la cultura aparecen en el horizonte como prometedoras estrategias. El replanteo de la relación entre autores y corporaciones también tiene directo impacto en la diversidad cultural, ya que son los grandes conglomerados de la industria del entretenimiento los que impulsan y definen buena parte de los consumos culturales.

306 Véase Raffo, J. pp. 214-234.

Por otro lado, la asociación a una entidad de gestión colectiva debe ser libre y optativa, manteniendo el autor, además, su derecho a elegir la forma y los alcances de la gestión de su propio repertorio.

La relación entre los titulares de derechos y la ciudadanía

El actual sistema de derechos de autor en Argentina es sumamente restrictivo. Para empezar a rediseñar el sistema es fundamental la incorporación de flexibilidades tan amplias como sea posible en el marco de los compromisos asumidos con la Convención de Berna. En este sentido podemos sintetizar:

- Reducción de la duración del monopolio de derechos autorales a los mínimos establecidos en los tratados internacionales.
- Liberación y promoción del dominio público, mediante la abolición del dominio público pagante y la promoción de proyectos tendientes a digitalizar, difundir y promover el acceso al enorme acervo cultural disponible.
- Integración de un sistema amplio de excepciones para bibliotecas y archivos que incluya el derecho a realizar copias para usos personales, copias para préstamo interbibliotecario, copias para conservación y preservación, copias de ejemplares únicos y/o no disponibles en el mercado, así como permisos para eludir medidas técnicas de protección para el ejercicio de todos estos derechos. Todas estas excepciones deben darse por igual al entorno analógico como al digital.

- Extensión de las excepciones a favor de las bibliotecas a los archivos y museos, a fin de que puedan legalmente digitalizar y disponibilizar públicamente a través de diversos medios tecnológicos, los acervos culturales de los que son custodios.
- Ampliación de las excepciones y limitaciones a favor de las personas con discapacidades de lectura y visuales a fin de que este derecho pueda ser ejercicio por las personas y no sólo por las instituciones dedicadas a tal fin. La excepción debe centrarse en las personas y no en las instituciones, de modo tal que pueda ser ejercida por cualquier persona con discapacidad visual sin importar su pertenencia a institución alguna o lugar de residencia dentro del territorio nacional, libre de cualquier tipo de discriminación.
- Incorporación de excepciones amplias con fines académicos, pedagógicos y educativos para todo nivel, incluyendo la posibilidad de copiar obras para estudio e investigación en todos los ámbitos a nivel nacional. Esta excepción debe incluir la posibilidad de reproducir y comunicar obras, ampliar el derecho de cita, autorizar la compilación de materiales, el registro y toma de apuntes en clases y conferencias, sin que medie remuneración alguna, respetando el principio de gratuidad que caracteriza al sistema educativo público de la República Argentina. La ampliación del derecho de cita debe extenderse también a obras audiovisuales.
- Establecimiento de excepciones a favor de la libertad de expresión y las nuevas formas culturales, incluyendo la posibilidad de realizar parodias con o sin fines de lucro. Esta excepción debe extenderse a la posibilidad de realizar remixes y mashups sin

que medie autorización del autor o derechohabiente cuando los mismos no tengan fines comerciales. El derecho de cita ampliado a obras audiovisuales también es esencial para la producción de nuevas obras tales como documentales, etc.

- El nuevo marco normativo debe mantener la garantía de libre reproducción de noticias en el formato que sea, siempre citando la fuente y la libre publicación de retratos con fines de interés público.

- Incorporación de una garantía explícita del derecho a la copia privada y personal, ya sea para uso doméstico como en ámbitos privados como empresas u organizaciones sin que medie remuneración compensatoria alguna.

- Promoción y despenalización del derecho al libre acceso a la cultura a través de Internet en tanto la descarga y consumo de obras bajo propiedad intelectual no tenga finalidad de comercialización o lucro.

- Incorporación de excepciones que contemplen las copias digitales temporarias.

- Establecimiento de un régimen de garantías que libere a los proveedores de servicios de internet de toda responsabilidad civil o penal sobre las acciones que realicen los usuarios de sus servicios, salvo en los casos en los que tuvieran participación directa en un hecho delictivo o en el caso de ignorar deliberadamente y a sabiendas una notificación judicial de baja o bloqueo de contenidos.

- Eliminación de la infracción de propiedad intelectual del fuero penal en casos de individuos que reproduzcan obras fuera del marco amplio de excepciones, sin autorización, pero sin ánimo de lucro o comercialización.

Redefinición del rol del Estado

En tanto se trata de una política pública, el rol del Estado es esencial a la hora de planificar las reformas, definir objetivos e indicadores para medir sus alcances y consecuencias y establecer mecanismos de evaluación de las mismas. El Estado tiene un rol clave como regulador en la materia, pero también como garante último del ejercicio de los derechos consagrados en el PIDESC y como contralor del cumplimiento de las pautas legales definidas.

El Estado podría recuperar su rol activo en la promoción de políticas culturales a través de varios mecanismos:

- Recuperación de su rol central en la definición y promoción de políticas de acceso a la cultura y derechos autorales.
- Promoción de nuevos modelos que propendan al cumplimiento del objetivo de lograr que autores e inventores gocen de un nivel de vida digno y reciban los beneficios derivados de sus contribuciones al acervo científico y cultural, mediante el diseño de incentivos diversos a la producción, innovación y creatividad.
- Recuperación del rol de contralor de las entidades de gestión colectiva.

Todas estas medidas deben, necesariamente, ser debatidas de manera amplia y abierta, con intervención y participación de todos los sectores involucrados, de modo tal de consolidar una política pública forjada en consensos que apunten a dar cumplimiento pleno a los compromisos de Derechos Humanos. La vía de la consulta pública, las audiencias abiertas en el Congreso Nacional y la participación de todos los sectores interesados puede constituir entonces una iniciativa estratégica para el futuro del derecho autoral y los derechos culturales en Argentina.

Bibliografía General

ABBOT, F. M. (2006) *TRIPS and Human Rights: Preliminary Reflections. International Trade and Human Rights: Foundations and Conceptual Issues*. p. 145. University of Michigan Press, 2006; FSU College of Law, Public Law Research Paper ; FSU College of Law, Law, Business & Economics Paper .

ACHUGAR, H (2003) *Derechos culturales: ¿una nueva frontera de las políticas públicas para la cultura?* Disponible en <http://www.oei.es/pensariberoamerica/ric04a04.htm>

AGUILAR, S et al (2008) *¿Qué es eso de los derechos humanos? Apuntes para una reflexión crítica. Historia, documentos, conceptos y actividades*. Buenos Aires, Argentina: Asamblea Permanente por los Derechos Humanos.

ALONSO, R. et al. (2009) *¿Desea guardar los cambios?*, Córdoba, Argentina: Centro Cultural de España Córdoba.

ALVAREZ NAVARRETE, L (2006) *El derecho de autor. Los debates de hoy*. La Habana, Cuba: Editorial de Ciencias Sociales.

BERTONI, E. (2012) *Hacia una internet libre de censura. Propuestas para América latina*. Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información. Facultad de Derecho. Universidad de Palermo.

BEUTZ LAND, M (2008) *Intellectual Property Rights and the Right to participate in cultural life*. Institute for Information Law and Policy. White Paper Series 08/09 #02 New York Law School.

BOYLE, J. (2008) *The Public Domain: Enclosing the Commons of the Mind*. New Haven. Yale University Press.

BUSANICHE, B. et al. (2007) *Monopolios Artificiales sobre Bienes Intangibles*. Córdoba, Argentina: Fundación Via Libre.

BUSANICHE, B. et al. (2010) *Argentina Copyleft. La crisis del modelo de derecho de autor y las prácticas para democratizar la cultura*. Córdoba, Argentina: Fundación Vía Libre. Fundación Heinrich Böll

BUSANICHE, B (2010) *El ejercicio de los derechos culturales en el marco de los monopolios del derecho de autor*. Trabajo final para Derecho del Arte y la Cultura. Maestría en Propiedad Intelectual. FLACSO Argentina. Disponible en línea en http://www.bea.org.ar/wp-content/uploads/2010/10/busaniche.final_derechoarteycultura1.pdf

BUSANICHE, B. (2011) *La influencia del lobby y la búsqueda de renta en las últimas modificaciones de la Ley 11.723 en Argentina*. Trabajo Final de Análisis Económico del derecho. Maestría en Propiedad Intelectual. FLACSO Argentina. Disponible en línea en <http://www.bea.org.ar/2011/07/la-influencia-del-lobby-y-la-busqueda-de-renta-en-las-ultimas-modificaciones-de-la-ley-11723-en-argentina/>

CERDA SILVA, A. et al (2008) *Acceso a la Cultura y Derechos de Autor*. Santiago de

Chile. LOM y ONG Derechos Digitales.

CERDA SILVA, A, y RUIZ, C. (2010) *Internet, Copyright y Derecho: Opiniones Contingentes*. Santiago de Chile: ONG Derechos Digitales.

CHAPMAN, A. (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*. Boletín de derecho de autor, UNESCO. Vol. XXXV, no 3, 2001. Doctrina.

CREWS, K. (2008) *Estudio sobre las limitaciones y excepciones al derecho de autor en beneficio de bibliotecas y archivos*. Disponible en http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=109192

DOBUSCH, L. (2011); *The Digital Public Domain: Relevance and Regulation*. Berlin: Freie Universität Berlin.

EMERY, M. (2004) *Propiedad Intelectual*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.

FISHMAN AFORI, O (2004) *Human Rights and Copyright: The Introduction of Natural Law Considerations into American Copyright Law*. Israel: Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal, Vol. 14. Nro. 2.

GREEN, M. (2000) *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*.

HARVEY, E. (2008) *Derecho a participar en la vida cultural (artículo 15 (1) (a) del Pacto)* En Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Cuadragésima sesión. Ginebra.

HELPER, L. (2003) *Human Rights and Intellectual Property: Conflict or Coexistence?*. Minnesota Journal of Law, Science & Technology, Vol. 5, p. 47, 2003; Loyola-LA Legal Studies Paper No. 2003-27; Princeton Law and Public Affairs Working Paper No. 04-003. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=459120> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.459120>

HELPER, L (2006) *Collective Management of Copyright and Human Rights: An Uneasy Alliance*. Daniel J. Gervais, ed., Kluwer Law International, 2006; Vanderbilt Law School, Public Law and Legal Theory Research Paper Series No. 05-28.

HELPER, L y AUSTIN, G (2011) *Human Rights and Intellectual Property: Mapping the Global Interface*. Cambridge University Press.

HERRENDORF, D y BIDART CAMPOS, G. (1991) *Principios de Derechos Humanos y Garantías*. Buenos Aires, Argentina: Ediar.

LAMARCHE, L (2011) *Cultural Rights: An essential Key to Understand Human Rights in Complex Societies*. Human Rights Education and Research Centre.

LANDES, W. y POSNER, R. (2003) *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Harvard University Press.

LESSIG, L. (2004): *Free Culture. How Big Media Uses Technology and the Law to Lock*

Down Culture and Control Creativity. New York. Penguin. Versión en Español editada por LOM y Derechos Digitales de Chile. "Cultura Libre. Como los grandes medios usan la tecnología y la ley para controlar la cultura y la creatividad."

LESSIG, L. (2008) *Remix: Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy*. New York. Penguin.

LIPSZYC, D. (2006) *Derechos de Autor y derechos conexos*. Buenos Aires. Argentina: Ediciones UNESCO, CERLALC, Zavalía.

LIPSZYC, D. (2004) *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires. Argentina: Ediciones UNESCO, CERLALC, Zavalía.

LIPSZYC, D. y VILLALBA, C. (2009). *EL derecho de autor en la Argentina*. 2da Edición. Bs. As., Argentina: La Ley.

LITMAN, J. (1990) *The Public Domain*. Emory Law Journal, 39, 965-1023.

MONROY RODRIGUEZ, J.C. (2009) "Estudio sobre las limitaciones o excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en beneficio de las actividades educativas y de investigación en América latina y el Caribe". OMPI SCCR/19/4 Disponible en http://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=130303

MORSNIK, J. (1999) *The Universal Declaration of Human Rights. Origins, Drafting and Intent*. Philadelphia, Pennsylvania: University of Pennsylvania Press.

NETANEL, N.W. (1996) *Copyright and a Democratic Civil Society*. 106 Yale Law Journal 283

NIKKEN, P (1994) *El concepto de los derechos humanos*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

ONAINDIA, J.M. (1998) *Instituciones de Derecho Constitucional* Buenos Aires. Argentina: Errepar.

PELAYA, L y SANLLORENTI, A.M. (2010) La amenaza a la misión de las bibliotecas y la legislación de derecho de autor en Argentina, en *Argentina Copyleft*, Córdoba, Ediciones Vía Libre.

PRIETO DE PEDRO, J. (2004) *Derechos culturales y Derecho Humano*. Pensar Iberoamérica. Revista de Cultura. Nro. 7. Sept-dic 2004. Organización de Estados Iberoamericanos. Disponible en <http://www.oei.es/pensariberoamerica/ric07a07.htm>

RAFFO, J. (2011) *Derecho Autoral. Hacia un nuevo paradigma*. Buenos Aires. Argentina: Marcial Pons.

SAMUELSON, P. (2003) *Mapping the Digital Public Domain: Threats and Opportunities*. *Law and Contemporary Problems*, 66 (1/2), 147-171.

SHAVER, L., The Right to Science and Culture (March 6, 2009). Wisconsin Law Review, Vol. 2010, p. 121. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1354788> O <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1354788>

SHAVER, L y SGANGA, C (2009) *The Right to Take Part in Cultural Life: Copyright and*

Human Rights. Yale Law School Yale Law School Legal Scholarship Repository. Faculty Scholarship Series. Paper 23. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/23

SYMONIDES, J. (1998) *Derechos culturales: una categoría descuidada de derechos humanos*.

SMIERS, J. (2006) *Un mundo sin Copyright. Artes y medios en la globalización* Barcelona, España: Gedisa.

SPRIGMAN, C (2004) *Reform(aliz)ing Copyright*, Stanford Law Review, Vol. 57, No. 2 (Nov., 2004), pp. 485-568

TORREMANS, P. et al (2008) *Intellectual Property and Human Rights. Enhanced Edition of Copyright and Human Rights*. Amsterdam, Holanda:Kluwer Law International.

VIDAURRETA, G (2007) *Historia del Sistema Argentino de patentes de invención (1580-1863). Propiedad Intelectual en la Constitución Nacional. Antecedentes. Fuentes e Interpretación*. Buenos Aires, Argentina. Facultad de Derecho de la UBA. La Ley.

VIDAURRETA, G (2011) *De cómo el criterio utilitarista de justificación primó en los albores del sistema de patentes : estudio de casos : Inglaterra, Estados Unidos y Francia : desde el medioevo a la primera revolución industrial*. Tesis de Maestría. FLASCO. Sede Académica Argentina, Buenos Aires.

YU, P. (2007) Reconceptualizing Intellectual Property Interests in a Human Rights Framework. *Legal Studies Research Paper Series*. Research Paper Nro. 04-01 Michigan State University. College of Law.

YU, P. (2007) Ten Common Questions About Intellectual Property and Human Rights. *Georgia State University Law Review*, Vol. 23, 2007, pp. 709-53; Michigan State University Legal Studies Research Paper No. 04-27. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1090241>

Leyes, Tratados Internacionales y Declaraciones

Constitución de la República Argentina. Disponible en <http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php>

Ley 11.723 actualizada. Disponible en <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/42755/texact.htm>

Declaración Universal de los Derechos Humanos <http://www.un.org/es/documents/udhr/>
Archivos Históricos de la Redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos https://www.un.org/Depts/dhl/udhr/meetings_1947_4th_esc.shtml

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>

Comentarios Generales del Comité de Aplicación de PIDESC <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm>

Carta Cultural Iberoamericana <http://www.oei.es/xvicumbrecarta.htm>

Declaración de Friburgo sobre Derechos Culturales

http://www.culturalrights.net/descargas/drets_culturals239.pdf