

Anteproyecto de Ley Federal de Culturas

Aportes a la construcción de una ley de promoción de los Derechos Culturales

Fundación Vía Libre

Marzo de 2015

Desde Fundación Vía Libre, hemos participado del debate que se realizó el jueves 5 de marzo del corriente año en la Casa de la Cultura Popular, en Barracas, sobre la Ley Federal de las Culturas.

Si bien observamos allí una interesante voluntad de participación, consideramos que existen algunos aspectos que deben ser abordados desde una perspectiva más general que atienda a consolidar los derechos culturales, en vez de intentar una redefinición que redunde en su debilitamiento.

En primer lugar, existen cuestiones específicas de los derechos culturales que ya han sido definidas en diversos instrumentos marco, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración y el Programa de Acción de Viena, entre otros. Creemos que para elaborar una ley federal que busque garantizar el derecho a la participación en la vida cultural, se debería tomar este cuerpo de documentos, junto con las recomendaciones y observaciones anexas. Como ejemplo de esto, tomamos algunas definiciones presentes en los documentos de trabajo de debate de la ley propuesta, tales como que el Ministerio de Cultura debe "promover el acceso al consumo de los bienes culturales", cuando *consumo* es una palabra netamente vinculada al acceso al mercado. Lo que se debe promover es el acceso a los bienes culturales, porque ese es en esencia el derecho que debe ser resguardado. Proponer que se promueva el acceso al consumo de bienes culturales es como proponer que para resguardar el derecho a la alimentación se debe

promover el consumo de alimentos.

Estos problemas surgen porque es notable la ausencia de un marco conceptual claro de trabajo para la elaboración y redacción de la ley. En particular, es indispensable recordar que los tratados internacionales de Derechos Humanos tienen rango constitucional en Argentina, y por lo tanto, ya forman parte del corpus jurídico sobre el que la legislación debe ser construida y desarrollada. Una legislación debe responder a la coherencia del marco general de la Constitución Nacional, que ya brinda una base conceptual sólida sobre la cual trabajar. Además, los compromisos asumidos por Argentina en la materia nos obligan a tomar en consideración los documentos y comentarios de los comités de aplicación de los Derechos Culturales vigentes.

Entendemos la importancia que tiene la elaboración de las definiciones colectivas sobre la cultura, pero también consideramos que una ley es un marco de acción que debe ser preciso en sus definiciones y acercarse a otros instrumentos ya existentes en la materia, a fin de evitar que conceptos que son cruciales en el entendimiento de los derechos culturales no sean eludidos, o bien que conceptos que no existen como tales sean inventados por fuerza de ley. Como ejemplo de esto, señalamos 'el derecho a la creatividad', presente en uno de los documentos de trabajo. La creatividad no es un derecho, es una facultad humana del mismo orden que la comunicación: los seres humanos se comunican más allá de que exista una ley que lo permita o lo prohíba. En otros términos, sería como decir que los humanos tienen derecho al lenguaje. Si cabe, se podría adoptar como principio "instrumentar medidas para el fomento a la creatividad", pero nunca crear un derecho que no es tal.

Más aún, nos preocupa que en estas definiciones no haya un sentido estratégico claro respecto de la razón por la cual dichas definiciones son formuladas. Por ejemplo, si bien nos parece de importancia que se definan quiénes son los trabajadores de la cultura, nos preguntamos cuál es el sentido de la definición. En este marco, entendemos que definir a los trabajadores de la cultura tiene que ser un paso previo para poder garantizarles un marco de derechos laborales que, por las peculiaridades específicas de este trabajo, hoy por hoy es inexistente. Los trabajadores culturales en

su enorme mayoría están precarizados; carecen de instancias superiores a las cuales acudir para la defensa de sus derechos, como los sindicatos para otras ramas; no tienen instancias de conciliación obligatoria ni paritarias que les permitan superar el poder asimétrico de negociación con sus empleadores, por más que estos sean temporales; entre otros mecanismos diseñados específicamente para atender a la disparidad entre empleado y empleador.

En esta línea, nos parece importante llamar la atención sobre la inclusión de la propiedad intelectual en esta ley, y la confusión persistente que relaciona a la propiedad intelectual con el derecho laboral. Nos parece importante remarcar que ya existen por lo menos más de quince leyes diferentes vinculadas a la propiedad intelectual y al derecho de autor, por lo que agregarle una más, sin que se contrapesa con los derechos culturales de los ciudadanos, no debería ser una actividad hecha a la ligera o sin consideración sobre los problemas que la propiedad intelectual representa para el acceso y el ejercicio de derechos tales como el derecho a la cultura, a la salud, al medio ambiente digno, entre otros.

Creemos también que hay problemas de redacción en los articulados propuestos desde el Ministerio, donde por ejemplo toda la sección del Capítulo Tres, referida a la Autoridad de Aplicación de la ley, mezcla principios con definiciones, enuncia como principios cosas que no son tales (como 'Diversidad cultural, pluralista y multiétnica', cuando debería ser enunciado de una forma más cercana a, por ejemplo: "[es un principio] promover la diversidad cultural, pluralista y multiétnica"), y confunde principios con funciones de la Autoridad de Aplicación. Estos problemas de redacción se mantienen a lo largo de todo el texto y creemos que aportan a la confusión que puede generar esta ley.

De manera más específica, es importante recalcar que la propiedad intelectual debería ser dejada de lado en esta ley y analizada con mayor seriedad en otros foros de debate o instancias de participación que permitan reevaluar toda la normativa jurídica que rige en esta materia desde 1933, cuando se sancionó la ley de propiedad intelectual 11.723.

En particular, nos gustaría señalar algunas cuestiones vinculadas al fenómeno de la ley de propiedad intelectual más específicas, que muestran que la propiedad intelectual **no es un derecho humano**.

CAPÍTULO DOS: Derechos Culturales

Derecho Humano: Las culturas como derecho humano universal, exigible, integral e inalienable. En este sentido, es el Estado el único garante del ejercicio, cumplimiento y garantía del derecho a las culturas para todos los sujetos culturales existentes.

Derechos Culturales: Son derechos culturales, individuales y colectivos, los siguientes: propiedad intelectual y artística; creación e investigación intelectual y artística; patrimonio cultural; identidad y diversidad; participación; cultura y educación; comunicación e información; ciencia y tecnología.

La propiedad intelectual no es un derecho humano

“En ocasiones se afirma que los derechos de propiedad intelectual son derechos humanos, o que el artículo 15, párrafo 1 c), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho humano a la protección de la propiedad intelectual de conformidad con lo establecido por el Acuerdo sobre los ADPIC y otros tratados de propiedad intelectual. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha destacado que esa equiparación es falsa y engañosa”.

Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, Farida Shaheed. Políticas sobre los derechos de autor y el derecho a la ciencia y la cultura (2014).¹

Los derechos culturales gozan del más alto reconocimiento a partir de su incorporación en los tratados internacionales de Derechos Humanos. Desde 1948, con la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los Derechos Culturales forman parte de nuestros principios rectores fundamentales. El estudio realizado por el historiador de los Derechos Humanos Johannes Morsink indica que la

¹ Véase Documento A/HRC/28/57 Asamblea General de Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos 28o período de sesiones. 24 de diciembre de 2014. Tema 3 de la agenda Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, Farida Shaheed. Políticas sobre los derechos de autor y el derecho a la ciencia y la cultura

primera parte del artículo 27 de la Declaración Universal que reconoce el derecho de "toda persona a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar del progreso científico y en los beneficios que de él resulten" estuvo presente y prácticamente indiscutido a lo largo de los dos años de negociaciones para la redacción de la carta fundamental de los derechos humanos.²

Los derechos culturales entendidos como acceso y goce de la vida cultural por parte de toda persona fueron parte de los acuerdos básicos que cimentaron la discusión. En cambio, diferente fue la historia en relación a la segunda parte de este artículo, que consagra que "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 las que sea autora". Esta cláusula fue seriamente resistida por numerosos delegados, especialmente aquellos que entendían que la propiedad intelectual no puede ser asimilada a los Derechos Humanos y que una definición así pondría en serio riesgo el cumplimiento de derechos fundamentales.

Tras la firma de los Tratados sobre Aspectos de Propiedad Intelectual vinculados al Comercio (ADPIC) en la Organización Mundial del Comercio, la armonización global de los principales tratados de propiedad intelectual a mediados de la década del 90, y su severo impacto en los Derechos Humanos, fue ineludible la necesidad de especificar cuál es la relación entre los Derechos Humanos y los Derechos de Propiedad Intelectual.

La observación general nro. 17 del Comité de Aplicación del PIDESC es elocuente en la clarificación³. Este documento que fija los lineamientos para la aplicación del artículo 15, inciso c) de ese pacto programático establece desde el principio (introducción, párrafo 2) las diferencias entre el derecho de autores e inventores consagrado en PIDESC de los tratados de propiedad intelectual, al definir que:

"En contraste con los derechos humanos, los derechos de propiedad intelectual son generalmente de índole temporal y es posible revocarlos, autorizar su ejercicio o

2 MORSNIK, J. (1999) The Universal Declaration of Human Rights. Origins, Drafting and Intent. Philadelphia, Pennsylvania: University of Pennsylvania Press.

3 Véase <http://www.escr-net.org/es/docs/i/428960> (Visitada el 20 de febrero de 2015).

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 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, el alcance de 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".

Es elocuente entonces que no resulta conveniente asimilar el derecho de propiedad intelectual al reconocimiento de los Derechos Humanos y con ellos de los Derechos Culturales. Tal como claramente ha hecho el Comité de Aplicación de PIDESC en 2005 y la Relatora de Derechos Culturales en 2015, no se puede homologar la propiedad intelectual a los derechos humanos, y por lo tanto es indispensable retirar esta expresión del texto propuesto para el debate de la ley federal de culturas.

La cuestión del inciso c del párrafo 1 del artículo 15 del PIDESC vinculada a los derechos de autores e inventores a gozar de beneficios morales y materiales que deriven de su obra merece un trabajo significativo en cuanto a debate y reconocimiento. La simple mención a los derechos de propiedad intelectual no atiende la necesidad de desarrollar un marco regulatorio que propicie los objetivos de la incorporación de estos principios al PIDESC, ya que se trata de atender objetivos diferentes. Los sistemas de propiedad intelectual vigentes no contribuyen de manera sustantiva a garantizar a autores e inventores un nivel de vida digno, y por lo tanto,

tal simplificación redundante también en una desventaja para los autores, artistas, inventores y toda persona que contribuye al enriquecimiento del patrimonio cultural.

En reemplazo de la formulación referente a los derechos de propiedad intelectual, proponemos, en línea con la Observación General Nro. 17 de PIDESC (Párrafo 3), que se contemplen los derechos a salvaguardar la libertad para la investigación científica y la actividad creadora, garantizada en el párrafo 3 del artículo 15, el apartado c) del párrafo 1 del artículo 15, el derecho a la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido (párrafo 1 del artículo 6) y a percibir una remuneración adecuada (apartado a) del artículo 7) y al derecho humano a un nivel de vida adecuado (párrafo 1 del artículo 11). Además, la aplicación del apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 depende del goce de otros derechos humanos garantizados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y en otros instrumentos regionales e internacionales, como la libertad de expresión, incluida la libertad de investigar y recibir información e ideas de toda clase y de difundirlas, el derecho al pleno desarrollo de la personalidad humana y el derecho a participar en las actividades culturales, incluidos los derechos culturales de grupos específicos.

Todos estos derechos respetan en mayor medida la vocación de los redactores de la DUDDHH y el PIDESC que la simple, confusa y errónea mención de la propiedad intelectual como DDHH.

Por otro lado, es indispensable destacar que los derechos de propiedad intelectual se encuentran mayormente en cabeza de personas jurídicas, especialmente empresas, que según expresa la teoría general de los Derechos Humanos no son sujetos alcanzados por estos principios. Las personas jurídicas carecen de Derechos Humanos, y por lo tanto, asimilar un derecho generalmente atribuido a este tipo de entidades contribuye a diluir la validez de los mismos y el verdadero respeto por el trabajo de autores e inventores en tanto personas sujetos de derecho.

Por último, vale mencionar una vez más la declaración de la relatora de derechos culturales Farida Shaheed (parr.14, 2014), quien ha expresado que:

El derecho de toda persona a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones aún no se ha tratado en ninguna observación general. Sin embargo, en el informe temático presentado en 2012 por la Relatora Especial al Consejo de Derechos Humanos (A/HRC/20/26) se abordaban las tensiones entre el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones y los regímenes de propiedad intelectual. En el informe se hace hincapié en el conocimiento humano como un bien público común y se recomienda a los Estados que se guarden de promover la privatización del conocimiento hasta el punto de privar a los individuos de oportunidades de participar en la vida cultural y gozar de los frutos del progreso científico.

CAPÍTULO TRES: Autoridad de Aplicación

Las políticas culturales atañen a toda la sociedad, no sólo a los sectores involucrados.

El reconocimiento de los derechos culturales como derechos humanos trae consigo el reconocimiento de que se trata de derechos universales, cuyo goce y beneficio alcanza a todos los habitantes y comunidades. Por lo tanto, compartimos la visión de que la autoridad de aplicación debe velar por la igualdad en el acceso a bienes y valores culturales. Sin embargo, los derechos culturales van más allá del acceso, y establecen también el derecho a la **participación** de toda persona en la cultura. Por lo tanto, se debe velar por la mayor participación posible, y no sólo la promoción de artistas, trabajadores y gestores de la cultura en el diseño de políticas, sino de la sociedad en su conjunto.

Lamentablemente, en diversas ocasiones, los intereses de sectores organizados en la gestión cultural y muy especialmente en la industria y las entidades de gestión colectiva, han colisionado con los intereses del público y los ciudadanos. En este sentido, las políticas culturales no sólo deben velar por la promoción de estos sectores, sino y fundamentalmente por el bien común.

En materia de propiedad intelectual, por ejemplo, la tensión es elocuente: las organizaciones establecidas de artistas, autores, e industria han avanzado en políticas que redundan en perjuicio y afectación directa de los intereses de otros actores menos organizados o con menor capacidad de cabildeo como las bibliotecas, los estudiantes o el público en general. Es misión de la Autoridad de Aplicación velar por una política que tienda a ampliar el acceso y la participación de toda la comunidad en la cultura y no de su mero consumo bajo condiciones comerciales excluyentes.

La autoridad de aplicación debe a su vez actuar como contralor de entidades de recaudación de derechos como las asociaciones de gestión colectiva de propiedad intelectual, ya que su accionar ha colisionado en numerosas ocasiones con el interés público y el bien común, así también como con el objetivo superior de lograr para autores e inventores un nivel de vida digno.

CAPÍTULO CUATRO: Trabajadores y Trabajadoras de las Culturas.

Situación laboral de los trabajadores del sector: La propiedad intelectual no es un salario. Bajo la engañosa frase de que la propiedad intelectual es el salario de los autores se ha contribuido a la precarización de un sector importante de la producción cultural, y por lo tanto, es indispensable repensar esta relación a la luz de la defensa de los derechos de los trabajadores del sector.

En este contexto, a fin de promover los derechos laborales de los trabajadores y trabajadoras de la cultura, es indispensable trazar como objetivo el logro de un nivel de vida digno, acorde con las tareas y responsabilidades y bajo la cobertura del marco protector de los derechos laborales vigentes en el país.

La lamentable confusión de sistemas de naturaleza jurídica totalmente diferente ha llevado a mezclar a explotadores con explotados y a trabajadores con propietarios rentistas, con la consecuencia directa del enriquecimiento de los más fuertes y el empobrecimiento de los más débiles. Es así que muchos autores se consideran

explotados por aquellos que acceden a su obra y la disfrutan, mientras que dejan incuestionadas las condiciones materiales de producción del sector en el que trabajan.

La propiedad intelectual tiene una naturaleza rentista, propia de los sistemas diseñados para promover la inversión de tiempo y dinero a riesgo. Por otro lado, el trabajo asalariado pertenece a la esfera de los derechos laborales, donde los trabajadores cuentan con una serie de reaseguros contruidos a partir de años de lucha sindical como la seguridad social, el pago de una remuneración apropiada y el derecho a la jubilación.

En el campo artístico, la mezcla de conceptos totalmente diferentes no ha contribuido más que a asegurar a muchos autores la pobreza a partir de la expropiación por parte de sus empleadores de sus derechos de propiedad intelectual, en lugar del compromiso y la responsabilidad del trabajo remunerado con derechos, deberes y garantías.

La promoción de un nivel de vida digno para las personas que trabajan en el campo cultural merece un debate profundo sobre las condiciones materiales de ese trabajo, las relaciones de explotación de la industria con los trabajadores, y la mediación forzada de las entidades de gestión colectiva en diversos sectores, lo que colisiona con el principio de libre asociación y la elección libre de representación por parte de los trabajadores.

Consideraciones generales finales

Desde Fundación Vía Libre celebramos el llamado a la participación pública de los diversos sectores en la elaboración de una ley federal de culturas. Entendemos fundamental la consolidación y reivindicación de los principios de derechos humanos que han dado lugar a los derechos culturales como parte esencial de la dignidad humana. Por lo tanto, entendemos que estamos frente a una oportunidad importante para reivindicar el ejercicio de estos derechos y construir un marco jurídico afín. Por

Fundación Vía Libre
<http://www.vialibre.org.ar/>
contacto: info@vialibre.org.ar



esto, llamamos a construir una ley que, ante todo, sea respetuosa de los compromisos asumidos por Argentina en el marco de los tratados internacionales de derechos humanos que cuentan con rango constitucional en Argentina tras la reforma de 1994. Es desde esa base que debemos construir una legislación que apunte estratégicamente a la consolidación de la cultura como un derecho universal para todos los habitantes del territorio nacional. El proyecto de ley necesita entonces abreviar aún más en los principios establecidos en el marco constitucional de los Derechos Humanos, en los documentos elaborados por los diversos órganos de aplicación de los mismos, y en los documentos elaborados por la Relatoría Especial para los Derechos Culturales de Naciones Unidas, que arrojan luz sobre discusiones ya saldadas a nivel internacional. Debemos entender este proceso y la construcción de esta ley como una oportunidad para avanzar en derechos para toda la ciudadanía, cuidando especialmente que ninguna parte del texto redunde en retrocesos que puedan poner en riesgo el pleno ejercicio de los Derechos Culturales en nuestro país.