

CULTURA, DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS.
EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL.
LOS TRATADOS INTERNACIONALES
Y EL ORDEN CONSTITUCIONAL*

Por CARLOS A. VILLALBA **

I. CULTURA

La cultura, y su significado mismo, se encuentran instalados en un contexto histórico y en un territorio y, por lo tanto, son cambiantes.

Como expresa T. S. Eliot “el concepto mismo de la palabra cultura es huidizo y cargado de riesgos”. Y añade: “Por ‘cultura’ quiero significar lo que quieren decir los antropólogos: la forma de vida de un pueblo determinado que convive en un sitio. Esa cultura se hace visible en sus artes, en su sistema social, en sus hábitos y costumbres, en su religión. Pero estos agregados no constituyen la cultura, aunque frecuentemente, por conveniencia, hablamos de ellos como si lo fueran. Estas cosas son simplemente las partes en que puede ser diseñada una cultura, como puede hacerse con el cuerpo humano (...) Todas estas cosas actúan recíprocamente y para comprender totalmente una hay que comprenderlas a todas. He sugerido que la cultura nacional, que se aísla voluntariamente, o la cultura nacional, que se separa de las otras por circunstancias que no pueden gobernar, sufre a causa de este aislamiento. También, que el país que recibe cultura del extranjero sin tener nada que dar, y el país que se propone imponer

* El presente trabajo se basa en el publicado por el autor con el título “Cultura - Derecho cultural - Derecho de autor y acceso a la cultura - Derechos humanos involucrados”, en el libro memoria del Congreso Internacional *El derecho de autor y los derechos conexos ante las nuevas tecnologías. ¿intereses compatibles o contrapuestos?*, Homenaje a Carlos Alberto Villalba (Lima-Perú del 8 al 10 de noviembre de 2012), Lima, APDAYC/IIDA/AISGE, ps. 39-91.

** Abogado, presidente de honor del Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA), consultor de AADI y de ARGENTORES, conferenciante en cursos y seminarios en la Argentina y en otros países de América latina y Europa. Ha sido profesor de Derecho de Autor en el posgrado en Propiedad Intelectual de la Facultad de Derecho y en la Maestría de Artes del Espectáculo de la Facultad de Ciencias Económicas, ambas de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Publica regularmente en diversas revistas jurídicas, especialmente en *La Ley*. Coautor con Delia Lipszyc de los libros *Derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas, y organismos de radiodifusión - Relaciones con el Derecho de Autor*, Buenos Aires, Zavalia, 1976, y de *El derecho de autor en la Argentina*, Buenos Aires, *La Ley*, 2001 y 2ª ed. actualizada, 2009.

su cultura sobre otro, sin aceptar nada en cambio, sufrirán por esta falta de reciprocidad”¹.

Todo ello nos remite a los conceptos de cultura y de las culturas según aludamos a su concepto general o a las culturas particulares.

II. LA CULTURA COMO UN HACER

Cultura es un hacer con un sentido y, también, con un resultado. Es un hacer continuado. Cada etapa del hacer requiere de una interrogación sobre lo obtenido, de un cuestionamiento de lo logrado, teniendo conciencia, a su vez, de que se trata de algo que es provisorio.

El resultado logrado no es obvio, ni es posible acceder al mismo sin una formación específica (que no es solo la educación o instrucción formal).

Cultura siempre implica una revisión, pero esta revisión en algunos casos es alentada y en otros frenada. También implica saber dirigir la mirada y ver lo que está delante de nosotros sin que hayamos reparado en ello.

En algunos sistemas políticos, en cuanto la cultura trae aparejada la revisión de los conocimientos, es considerada como un elemento trasgresor del orden establecido y requiere primeramente de una aceptación, o de una osadía o de una ruptura. Es necesario que el sistema social exprese que toda persona puede revisar un concepto, lo puede estudiar, puede transmitir la conclusión a la que llegue o, en su defecto, que dicha cultura aloje la posibilidad de que alguien lo haga aunque se lo prohíban.

Existen sociedades en las que nadie tiene esos derechos ya que la *censura* ha sido una constante hasta nuestros días. Y la censura no ha existido en vano, porque la palabra y el pensamiento, el rechazo de los dogmas de cualquier tipo, ya sean religiosos, científicos o sociales, ha importado la modificación de la cultura y el cambio de regímenes políticos. Los antiguos *privilegios* sujetaban el otorgamiento de un derecho a la censura previa.

III. LA INFLUENCIA RECÍPROCA DE LAS CULTURAS

Las culturas particulares y las culturas generales se van relacionando e influyendo recíprocamente.

Cuando accedemos a culturas que desconocemos, lo hacemos con los valores de la nuestra, y ello es así porque son los únicos que poseemos. Al entrar a otros mundos, lo hacemos con las claves o los criterios de la cultura preexistente y no con los que son propios de la nueva o desconocida o que, simplemente, nos es ajena. Es lo que hacemos cuando, desde la cultura occidental, indagamos sobre una cultura *oriental* o *africana* o *polinesia* o *precolombina*.

¹ ELIOT, T. S., *Notas para la definición de la cultura*, traducción de Jerónimo A. Arancibia, Buenos Aires, Emecé, 1949, p. 23.

Nos referimos al *imperio Inca* aunque el habitante incaico careciera de este sistema político. Lo mismo sucede cuando hacemos o estudiamos historia y pretendemos valorar el pasado desde el conjunto de las estructuras mentales del presente. Pero también se conforma una cultura cuando se encierra y se des-interesa por lo que sucede fuera de ella.

IV. LOS CONCEPTOS DE IDENTIDAD Y DE DIVERSIDAD CULTURAL

El pluralismo cultural plantea escollos que hay que superar. Los mismos pensadores, convocados para trabajar sobre el contenido de la Declaración Universal de Derechos Humanos, tuvieron que afrontar varios de estos temas².

¿Era posible una Declaración Universal válida para tan diferentes culturas como las existentes?

Incluiremos solo algunos de los obstáculos aludidos para ilustrar lo que señalamos:

Según Chung Shu Lo (“Los Derechos del Hombre en la tradición china”, comunicación de 1 de enero de 1947) “No hubo en China una Declaración explícita de los derechos del hombre antes de que se importara de Occidente este concepto. De hecho, los primeros traductores de la filosofía política occidental tuvieron dificultades para encontrar un equivalente chino de la palabra ‘derechos’. El término con que actualmente designamos este concepto son dos palabras, ‘Chuán y Li’, que literalmente significan ‘poder e interés’; y que fueran acuñados en 1866 por un escritor japonés especializado en derecho público occidental, y que después lo adoptaron los escritores chinos”.

Otro obstáculo aparece ilustrado en un estudio titulado “Los derechos del hombre en la sociedad primitiva” presentado en junio de 1947 por A. P. Elkin quien expresa: “En este estudio me limito al hombre en la sociedad primitiva, basándome en mis conocimientos sobre pueblos que no se gobiernan a sí mismos y en mis trabajos entre ellos. Se refiere a pueblos conocidos, por lo general, como primitivos, como los de Australia y las islas contiguas del suroeste y el sur del Pacífico”.

Elkin critica la tutela que ejercen los pueblos civilizados e incluso la acción misionera, agregando: “los derechos del hombre carecen de contenido a menos que estén relacionados íntima y causalmente con la situación real de la comunidad. Por ejemplo, el cambio de la economía básica de un país, de la agricultura a la industria, priva a los que son agricultores de sus derechos anteriores y de su seguridad, pues ya no pueden garantizarse con los mismos valores (...) mientras que quizás pasen algunos decenios antes de que pueda darse un contenido cultural nuevo”.

² AA.VV. convocados por la UNESCO, *Los derechos del hombre, estudios y comentarios en torno a la nueva declaración universal*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1949, pp. 169, 170, 173, 177 y 205.

Las consideraciones aludidas son suficientemente explicativas de los problemas que entraña conjugar la diversidad cultural con la existencia de valores universales.

Es por ello que, a partir de lo previsto en el art. 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se elabora la *Declaración sobre el Derecho al Desarrollo*, en la que se afirma que solo se podrá proteger y promover la diversidad cultural si se garantiza la posibilidad de que las personas escojan sus expresiones culturales, aclarando que nadie podrá invocar las disposiciones de la Convención para atentar contra los derechos humanos y las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal y garantizados por el derecho internacional, o para limitar su ámbito de aplicación.

V. LA NOCIÓN DE DERECHO CULTURAL

El derecho cultural comprende las normas y principios que se refieren a la administración cultural estatal y a la de las instituciones no gubernamentales, al régimen legal del patrimonio cultural, al fomento y promoción de la creación cultural, al régimen legal de los medios masivos de comunicación y al derecho de autor y los derechos conexos (aunque hay quienes excluyen a esta última materia porque tiene un desarrollo autónomo).

El derecho cultural también se puede describir como el accionar de los poderes públicos frente a la vida cultural de la comunidad, lo cual incluye temas como la administración y financiamiento de la cultura, la formación de promotores culturales, la participación en la vida cultural, la democratización tanto de la creación como de la cultura, el respeto por las llamadas culturas diferenciadas, el accionar que toma en cuenta la relación entre cultura y desarrollo y cultura e identidad, la participación de la misma comunidad en la orientación de la cultura y la resignificación de las nociones de *cultura popular* y de *alta cultura*.

La democratización de la cultura es una de las mayores exigencias de la época, pero también lo es la producción masiva de obras y expresiones culturales, lo cual dificulta tanto su incorporación global como la selección de ellas.

Lo mismo cabe decir del uso de las lenguas propias y de una común a cada organización política (castellano, quechua, guaraní, catalán, vasco, etc.).

VI. LA PROMOCIÓN DE LA CULTURA

Como ya adelantamos, las facultades de los titulares de los derechos sobre las obras suele ser confrontado y a veces contrapuesto al derecho de *acceso a la cultura*.

El acceso a la cultura depende, por una parte, de que exista una cultura que se rehaga constantemente y, por la otra, de que exista un público que se encuentre preparado para acceder a ella.

En la medida en que la disciplina de la promoción cultural tiene un método propio, su consecución requiere de un hacer específico y no de la eliminación de otros derechos.

Su objeto radica en la construcción de un público —o de varios públicos— que tenga la formación, el interés y el hábito de concurrir, v.gr. a espectáculos de teatro, de ballet, a conciertos. Si un empresario supiera que tiene asegurado un público habría resuelto su principal dificultad. La cuestión, empero, es que tiene que formar un público y atraerlo.

De este modo, el acceso a la cultura depende de que exista una cultura que demande un espectáculo y un público preparado para acceder a determinada actividad o para consumir productos culturales.

En los estudios que citamos anteriormente, se hacen ciertas preguntas fundamentales: ¿cómo se actúa frente a un público conocedor? ¿Cómo se responde ante un público que recurre a las obras de arte y del espíritu como un entretenimiento o para completar una formación intelectual? ¿Cómo se incentiva el gusto de aquellas personas que no tienen el menor interés en concurrir a un teatro, a un espectáculo de ballet, a un concierto? Y esto mismo se lo preguntan respecto de la frecuentación de museos y demás artes.

Promover la cultura es una disciplina con conceptos y técnicas propias. Ahora conocemos el significado de cultura y cómo se forma y se accede a ella.

VII. EL DERECHO DE AUTOR COMO DERECHO CULTURAL

Las leyes y la doctrina del derecho de autor justifican el derecho exclusivo otorgado a los creadores por dos motivos fundamentales: a) el reconocimiento de un derecho individual, toda vez que la obra es el fruto de la creación y, por tanto, ligada a la persona de su creador y b) porque la protección del autor y de la obra es el motor del desarrollo cultural y científico.

Recordemos que las leyes de derecho de autor fueron pensadas y articuladas sobre la base de esta íntima relación que existe entre la protección de las obras y el desarrollo de la cultura.

En el preámbulo del Tratado de la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual) se reconoce, expresamente, el propósito de la organización de mantener y desarrollar de la manera más eficaz posible el derecho de los autores sobre sus obras, destacando la notable significación de la protección del derecho de autor como incentivo para la creación literaria y artística; y en el Convenio de Berna (en adelante CB) se expresa la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general.

Según Vladimir Kartashkin³ los derechos culturales aluden a diversos aspectos de los derechos a la educación, a la participación en la vida cultural, a la comunicación y a la información. Considera que el objeto de la materia se refie-

³ Nacido en la ex Unión Soviética, fue consejero especial de la ONU.

re a la posibilidad que tienen escritores y artistas de crear y transmitir sus obras y al acceso del público a dichas obras de un modo que permita la participación en la vida cultural y mantener la identidad cultural de los pueblos. Agrega que los Estados deben comprometerse a respetar la libertad indispensable para la investigación científica y dar los pasos necesarios para la conservación, desarrollo y difusión de la ciencia y la cultura.

Kartashkin entiende que “la participación significativa en la vida cultural y la utilización de los beneficios del progreso científico sólo son posibles si existe una protección efectiva de los derechos de autor y una conservación adecuada de la herencia cultural”⁴.

*VIII. LA PROGRESIVIDAD EN LA TUTELA DEL DERECHO
AL ACCESO A LA CULTURA Y DEL DERECHO DE AUTOR
EN LAS DECLARACIONES Y TRATADOS
SOBRE DERECHOS HUMANOS*

Tanto la Declaración Americana de Derecho y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948) en su art. XIII, como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (París, 1948), en su art. 27, incluyen el derecho de acceso a la cultura y el derecho de autor *en forma aunada y no subordinada*⁵.

Según Albert Verdoot, los autores de la Declaración Universal incluyeron ambos derechos en una sola norma porque consideraron que ambos eran convergentes, coadyuvantes y no contrapuestos y menos recíprocamente incompatibles.

En el derecho a la cultura, importa tanto la promoción, como el acceso a la misma y requiere para ello la plena vigencia de la tutela de los derechos de los autores.

El verdadero peligro para las culturas nacionales es que la falta de hábito de respetar los derechos de los autores desaliente la formación de escritores y artistas profesionales y haga casi imposible la creación de sociedades de gestión colectiva de esos derechos.

En consecuencia, es necesario que se analicen los derechos humanos vinculados a la creación intelectual como un plexo jurídico en el que tanto el dere-

⁴ KARTASHKIN, V., *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, “Derechos económicos, sociales y culturales”, dirigido por Karel Vasak, París, UNESCO, 1948.

⁵ El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Ley 23.313 del 17/4/1986 establece en su art. 15: “1: Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho a 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 Parte 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 Parte en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora. 4. Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones en cuestiones científicas y culturales”.

cho de autor, el derecho a la cultura y el acceso a la cultura, como los derechos de la personalidad, v.gr. los derechos a la intimidad, a la imagen, al honor, a la libertad de pensar, de expresar el pensamiento y los derechos a la creación, encuentren una forma armónica de articularse, de modo tal, que la coexistencia de ellos lleve a profundizar y extender la existencia de cada uno.

IX. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Para resolver las situaciones de conflicto entre los derechos humanos involucrados, es necesario indagar en los textos de las declaraciones y convenios que los regulan. Estos textos se refieren a: a) su finalidad; b) su aplicación progresiva; c) el deber de dotar de efectividad a los derechos; d) la inalterabilidad de los derechos y libertades reconocidas y e) la indivisibilidad e interdependencia de las libertades y los derechos.

a) Su finalidad se explicita en el preámbulo de la Declaración Universal en cuanto reconoce “el valor universal de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, cuyo respeto es un valor esencial de la paz, la justicia y el bienestar necesarios para asegurar el desarrollo de las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados”.

b) Su aplicación progresiva también surge del mencionado preámbulo al proclamar “y aseguren por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos”.

c) El deber de dotar de efectividad a los derechos se corresponde con lo expresado en el punto anterior así como con las medidas procesales establecidas en las Declaraciones y Tratados sobre derechos humanos.

d) La inalterabilidad de las libertades y derechos reconocidos: el art. 28 de la Declaración Universal dispone que “Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”.

También surge de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (art. 2º)⁶ y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2º)⁷.

⁶ Convención Americana de Derechos Humanos suscrita en San José de Costa Rica el 22/11/1969 (entró en vigor el 18/7/1978), art. 2º: “Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 (XXI) de 16/11/1966 (entró en vigor el 23/3/1976), art. 2º: “(2) Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reco-

La Declaración Universal enfatiza en el art. 30 que: “Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración”.

La Declaración Americana considera que se trata de un sistema inicial que deberá fortalecerse cada vez más.

Tanto del principio de la *inalterabilidad* de los derechos y libertades como del principio de la *aplicación progresiva* de los mismos resulta claramente que los derechos humanos no son abrogables por desuetudo o por infracción masiva. El desuso no se corresponde con una abrogación de la norma sino que exige la intensificación de su enseñanza.

e) La indivisibilidad e interdependencia de las libertades y los derechos fue recogida en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 25 de junio de 1993 que reiteró los principios de indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos, confirmando así lo que ya había dejado sentado la Declaración Universal, a saber: “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso (...)”.

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos suscrita en San José de Costa Rica incluye “Normas de Interpretación” en su art. 29⁸.

El compromiso es de implementar los derechos de modo progresivo por cuanto se requiere de una adaptación de la conciencia social a la que corresponden, pero también debe entenderse que lo gradual debe ser progresivo, es decir, procurando siempre lograr un avance.

nocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter. 3) Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”

⁸ Art. 29: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

El mismo criterio fue seguido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁹.

Estos derechos se encuentran incorporados a la Constitución Nacional, a la legislación civil y la penal, a leyes especiales como la Ley 11.723 “sobre régimen legal de la propiedad intelectual” y son objeto de varios tratados internacionales.

X. LA PROGRESIVIDAD Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Los numerosos tratados internacionales que nuestro país ha ratificado ejemplifican el reconocimiento progresivo del derecho de autor.

El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, cuya acta originaria data de 1886, inicia un movimiento internacional de incorporación de los más altos niveles de tutela previstos en las legislaciones nacionales, previendo su revisión periódica a fin de actualizarlo y elevar gradualmente el nivel de la protección. Así se sucedieron las actas de revisión de Berlín (1908), de Roma (1928), de Bruselas (1948), de Estocolmo (1967) y de París (1971) y los complementos de 1896, 1914 y 1979. Argentina adhirió al Acta de Bruselas recién en 1967 y a la de París en 1999.

Inicialmente, la Unión de Berna (creada en el art. 1º del Convenio) se constituye con diez Estados, suma treinta y siete en 1928, cuarenta en 1948, cincuenta y ocho en 1967, setenta y tres en 1982, ochenta y uno en 1989, ciento cinco en 1994, ciento treinta en 1997 y ciento sesenta y siete en la actualidad¹⁰.

El grado de aceptación universal se logró cuando en una década adhirieron cuatro países con posiciones tan antinómicas como los Estados Unidos de América en 1989, la China en 1992, la Federación de Rusia en 1995 y Cuba en 1997. Al presente la casi totalidad de los países miembros de la Organización de las Naciones Unidas están obligados a aplicar sus normas sustantivas toda vez que el AADPIC de la OMC (1994, al que la Argentina adhiere en 1995) y el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (1996, al que nuestro país adhiere en 1999) incorporan, por referencia, las disposiciones sustantivas del CB¹¹.

El criterio de la tutela progresiva se observa en otras disposiciones del tratado porque una vez que un Acta entra en vigor, los países que desean adherir al

⁹ Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Ley 23.313), art. 5º: “1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

¹⁰ Al 14/10/2013.

¹¹ Son los arts. 1 a 21 y el Anexo del CB, salvo, en el caso del AADPIC, del art. 6º bis.

CB deben hacerlo a través de esta última. La progresividad es atenuada ya que, aunque una nueva Acta reforme el Convenio, los países que ya son miembros pueden demorar la adhesión a la reforma y aplicar el Acta anterior a la cual han adherido. Es la misma comunidad internacional la que deja abierta la incorporación al CB de todos los países de conformidad con un texto que fue evolucionando con el transcurso del tiempo. A su vez los Estados parte se reservan (art. 20) el derecho de adoptar entre ellos convenios particulares “siempre que estos Arreglos confieran a los autores derechos más amplios que los concedidos por el Convenio”.

En el CB, se establecen plazos mínimos de duración del derecho de autor. Aunque se aplica el plazo establecido en el país donde se reclama la protección (principio del trato nacional) ello no beneficiará a las obras que tengan origen en países que adopten plazos menores, lo cual constituye un estímulo para que la elevación de los plazos se realice de manera acompasada. En cuanto a las excepciones y limitaciones a los derechos de autor, el CB observa un criterio restrictivo y sujeto a *numerus clausus*.

El CB respeta la diversidad cultural ya que, por una parte establece que la ley aplicable es la del país miembro donde se reclama la protección (*lex loci protectionis*) y en caso de que esta no alcance el mínimo convencional se aplicará también el Convenio; por la otra parte, permite a los estados miembros que adopten entre sí convenios particulares “siempre que estos Arreglos confieran a los autores derechos más amplios que los concedidos por este Convenio, o que comprendan otras estipulaciones que no sean contrarias al presente Convenio”. De este modo, el sistema internacional ha permitido que se celebren diversos convenios internacionales, bilaterales y regionales.

Nuestro país se incorpora en el año 1894 al Tratado de Montevideo sobre propiedad literaria y artística de 1889, en el año 1949 a la Convención de Buenos Aires de 1910 y en el año 1953 a la Convención de Washington de 1946, la cual remplace entre las mismas partes a la que había sido adoptada en Buenos Aires en 1910. Cabe señalar que existió una etapa intermedia cubierta por la Convención Universal sobre Derecho de Autor de 1952, administrada por la UNESCO, que tiene un menor nivel de tutela que el CB y que permitió la adhesión de un mayor número de países, entre ellos al nuestro que se incorporó en 1957. Este tratado ha perdido actualidad porque, de conformidad con su mismo texto, la CU no se aplica entre países que sean parte del CB, y casi todos los países miembros de la primera han devenido miembros de este último.

En materia de derechos conexos, la Argentina adhirió a la Convención de Roma (1961) recién en 1991, es decir, treinta años después de suscripta, y al Convenio “Fonogramas” (1971) al año siguiente de su adopción (1972).

El Acuerdo sobre los ADPIC de la OMC (1994) al que la Argentina adhirió en 1995, se refiere tanto al derecho de autor como a los derechos conexos.

Finalmente, corresponde señalar los Tratados OMPI sobre Derecho de Autor y sobre Interpretación y Fonogramas (1996) a los que Argentina adhiere en

1999, tutelan, específicamente, la utilización de las obras e interpretaciones en Internet.

Destacamos el lapso que demoró nuestro país en adherir a cada uno de los convenios reseñados para demostrar que las decisiones de integrarse a un sistema internacional pudieronacompañarse a los criterios de elaboración nacional de las normas.

Los órganos de la OMPI continúan con la agenda de nuevas conferencias internacionales.

El gran acontecimiento del pasado año fue la adopción del Tratado de Beijing en junio de 2012 ya que fortalece la precaria posición de los artistas intérpretes o ejecutantes en la industria audiovisual al suministrar una base jurídica más clara para el uso internacional de las producciones audiovisuales, tanto en los medios de comunicación tradicionales como en las redes digitales. El Tratado contribuirá a salvaguardar los derechos de los cantantes, músicos, bailarines, actores y otros artistas intérpretes o ejecutantes contra el uso no autorizado de sus interpretaciones y ejecuciones incorporadas en obras audiovisuales en medios como la televisión, el cine, el video y en Internet.

Con fecha 27 de junio de 2013 se aprobó el tratado OMPI denominado Tratado de Marrakech para Facilitar el Acceso a las Obras Publicadas para las Personas Ciegas, con Discapacidad Visual o con otras Dificultades para Acceder al Texto Impreso, con el cual se aspira a subsanar “la escasez de libros” al exigir a las Partes Contratantes que adopten disposiciones en las respectivas legislaciones nacionales que permitan la reproducción, la distribución y la puesta a disposición del público de obras publicadas en formato accesible, contemplando con ese fin limitaciones y excepciones a los derechos de los titulares de obras protegidas por derecho de autor.

Este tratado tiene también por finalidad aportar garantías para los autores y los editores en el sentido de que las obras publicadas no se verán expuestas a un uso indebido o a la distribución a personas distintas de los beneficiarios previstos. En el tratado se reitera el requisito de que el intercambio transfronterizo de obras elaboradas gracias a las limitaciones y excepciones previstas sean solo para determinados casos especiales, que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

Según la Organización Mundial de la Salud, hay en el mundo más de 314 millones de ciegos y personas con discapacidad visual, el 90% de ellos en países en desarrollo. Los resultados de una encuesta de la OMPI efectuada en 2006 revelaron que menos de 60 países tienen en su legislación nacional de derecho de autor cláusulas sobre limitaciones y excepciones especiales en favor de las personas con discapacidad visual, por ejemplo, para las versiones en Braille, en letra grande o en audio digital de los textos protegidos por derecho de autor.

Seguramente nuestro país ratificará ambos tratados pues ya tiene normas internas que se corresponden con los mismos.

También se encuentra en avanzado estado de elaboración un documento de trabajo OMPI relativo a un tratado sobre la protección de los organismos de radiodifusión.

XI. LA PROGRESIVIDAD EN EL ORDEN INTERNO

Nuestro país reconoció el derecho de autor como derecho de propiedad especial en el art. 17, CN de 1853, norma que solo admite la limitación del plazo de duración que le acuerde la ley. Este derecho se encuentra al amparo de una reglamentación que debe ser razonable de conformidad con el art. 28 de la misma Constitución: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

El texto del art. 17 no fue modificado ni alterado en ninguna de las reformas constitucionales posteriores a 1853, incluyendo las de 1949 y 1994.

De acuerdo a la reforma constitucional de 1994, los tratados tienen jerarquía superior a las leyes y las declaraciones, tratados y convenciones sobre derechos humanos, entre otros, La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En el art. 75, inc. 22, se hace la aclaración expresa de que adquieren jerarquía constitucional y que no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

La ley interna fijó el término general de duración del derecho patrimonial por toda la vida del autor y un plazo adicional, que fue de 10 años en la primera ley de 1910 y, progresivamente ampliado: en el texto originario de la ley vigente fue de 30 años, en 1957 se elevó a 50 años y, finalmente, a 70 años en 1997.

La Ley 11.723 de 1933 ha sido actualizada también en forma progresiva en 1957, 1958, 1967, 1968, 1969, 1973, 1989, 1993, 1997, 1998, 2003 y 2007 según detalle que de modo sintético se ilustra en nota al pie¹².

Pero el compromiso de una protección efectiva requiere, además de la norma jurídica, de un ambiente propicio que habrá de crearse con empeño.

¹² Las reformas de la ley 11.723 (conf. VILLALBA C. A. - LIPSZYC, D., *El Derecho de autor en la Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2ª ed. actualizada, 2009):

- *Decreto-Ley 12.063/1957* (sanc. y promul. 2/10/1957, BO del 11/10/1957): modifica el art. 5º elevando a cincuenta el número de años y el art. 84 disponiendo que vuelven automáticamente al dominio privado las obras que se encontraban en el dominio público sin que hubieran transcurrido los cincuenta años.

- *Decreto-Ley 1224/1958* (sanc. y promul. 3/2/1958, BO del 14/2/1958): deroga los arts. 69 y 70 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.

Los autores y los intérpretes así como los promotores culturales necesitan que la comunidad cree ese ambiente favorable para la creación y tutela de obras así como una actividad tendiente a la producción de bienes culturales y de

• *Ley 17.567* (sanc. y promul. 6/12/1967, BO del 12/1/1968): modifica los arts. 73 y 74 elevando las multas allí establecidas (25) 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 (26). Los montos de las multas fueron elevados por las leyes 23.479 y 24.286.

• *Ley 17.753* (sanc. y promul. 27/5/1968, BO del 3/6/1968): sustituye el texto del art. 36 (27) y agrega la segunda parte que establece, como limitación del derecho de autor y del derecho de intérprete previsto en el art. 56, 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.

• *Ley 18.453* (sanc. y promul. 24/11/1969, BO del 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* (sanc. y promul. 15/1/1973, BO del 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.

• *Ley 23.741* (sanc. y promul. 18/10/1989, BO del 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 piratería fonográfica (reproducción no autorizada de grabaciones sonoras con fin de lucro, comercialización, importación y actos adicionales respecto de tales reproducciones).

• *Ley 24.249* (sanc. 13/10/1993, promul. 11/11/1993, BO del 17/11/1993): modifica el art. 34 elevando a cincuenta el número de años de protección de las obras cinematográficas.

• *Ley 24.870* (sanc. 20/8/1997, promul. 11/9/1997, BO del 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 disponiendo que vuelven automáticamente al dominio privado las obras que se encontraban en el dominio público sin que hubieran transcurrido los setenta años.

• *Ley 25.006* (sanc. 15/7/1998, promul. 10/8/1998, BO del 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 del film y, en la obra cinematográfica musical, el compositor) que fallezca en último término, e introduce el art. 34 bis 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* (sanc. 14/10/1998, promul. 6/11/1998, BO del 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 licenciatario legítimo a efectuar una copia única de salvaguardia del ejemplar original de un programa de computación. El art. 55 bis 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 la reglamentación.

actividades que las hagan accesibles al público mediante la representación, la ejecución y la exhibición. De allí, entonces, el sentido de la promoción cultural como responsabilidad concurrente y no excluyente de los Estados nacionales, provinciales y comunales, de las asociaciones civiles, de las empresas y de los individuos mismos.

Tanto los autores y los intérpretes como las entidades de gestión colectiva que conforman, al igual que todas las personas que participan o colaboran en los espectáculos o en la creación de los bienes culturales están interesados en el acceso del público es decir, de los públicos que participen en los mismos como adquirentes de ejemplares o como asistentes a los teatros o espacios destinados a la representación y ejecución de obras, como a las proyecciones audiovisuales, sean gratuitos o con pago de la entrada.

Lo curioso, o extraño, es que se haya instalado una situación de conflicto que hace incompatible la realización óptima de las normas consagradas en las declaraciones de derechos humanos cuando estas no admiten tal hipótesis. Por el contrario, la Declaración Americana titula al art. XIII "Derecho a los beneficios de la cultura" e inicia el segundo párrafo con la expresión "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".

De hecho, los autores de obras necesitan que exista un consumo de sus creaciones. En otras palabras, que muchas personas participen de la vida cultural y gocen de las letras y las artes.

Para que exista una *identidad cultural* deben existir creadores e intérpretes nacionales así como promotores y para una *diversidad cultural* se necesita de un público que requiera el acceso a expresiones de otras culturas de tal manera que lo foráneo sea una posibilidad y un enriquecimiento.

Existen también otros puntos de conflicto que requieren de un criterio de interpretación armónico que involucre tanto al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión —incluyendo el derecho a que no exista censura previa—, el derecho al honor, a la intimidad y a todos los derechos que se encuentren vinculados. Y en este aspecto también la jurisprudencia ha mantenido el criterio de la armonización y no subordinación de los distintos derechos y libertades.

Los científicos, los historiadores, los periodistas y los recaudadores de impuestos claman en contra de la privacidad y el respeto de la esfera íntima de las personas; los bibliotecarios en contra de la retribución a los autores y editores; los escritores y los artistas contra el honor de las personas públicas sin advertir,

• Ley 25.847 (sanc. 3/12/2003, promul. 29/12/2003, BO del 6/1/2004): modifica el art. 20 para reconocer como coautor de la obra cinematográfica al director.

• Ley 26.285 (sanc. 15/8/2007, promul. 12/9/2007, BO del 13/9/2007): 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 perceptivas.

todos ellos, que existe un punto de vista que permite la creación, la investigación y la noticia que haga posible que toda persona goce de esos derechos fundamentales. Esta es la labor de la jurisprudencia que analizará las situaciones de conflicto y no de un sistema de excepciones generales que, aunque sean pequeñas, pueden ser sustituidas por las organizaciones culturales que respeten los derechos en su integridad, tal como sucede en la práctica. Y ello es posible, como lo demuestran el sistema de instrucción pública, las bibliotecas populares, el régimen de becas de estudio, perfeccionamiento e investigación, las ediciones de libros de texto que permiten tiradas muy importantes a la mitad del precio corriente y que están destinadas a ser obsequiadas a los alumnos, así como el esfuerzo realizado por movimientos cooperativistas en todos los planos de la enseñanza y de la cultura.

Lo dicho resulta compatible con el principio de que los derechos o facultades de los autores deben entenderse con sentido amplio y sus limitaciones con sentido restrictivo. También los tratados o convenios internacionales aplican el mismo criterio restrictivo al sujetar las excepciones y limitaciones a tres condiciones acumulativas —o regla “de los tres pasos”—: 1) que se trate de *determinados casos especiales*, 2) *que no atenten contra la explotación normal de la obra*, 3) *ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos*.

El reconocimiento de los derechos humanos ha sido inspirado por el propósito de lograr un mundo mejor en el que tanto las personas individuales como los órganos del Estado y las corporaciones ejerzan los derechos reconocidos tendiendo al logro del bien de la comunidad y se abstengan de actos que puedan transgredirlos.

Nada falta en el orden internacional para considerar protegidos los derechos de los autores y de los intérpretes. El verdadero problema es que hay muchas personas que reivindican los derechos humanos siguiendo sus intereses o las conveniencias del momento, pero que en realidad no se sienten cómodos con los enumerados en las Declaraciones. Se encuentran más inclinados a los estados de necesidad, a buscar excepciones y, en fin, demuestran una mayor vocación a restringirlos. Entiendo que se debe tomar conciencia de esta realidad y afrontar el riesgo que entraña la democracia, la libertad y el reconocimiento de todos los derechos de la persona humana. Y nada, absolutamente nada, permite afirmar que estos valores no son posibles en la era de Internet.