

Derecho de ¿autor?

El debate de hoy

LILLIAN ÁLVAREZ NAVARRETE

LILLIAN ÁLVAREZ NAVARRETE: Licenciada en Derecho en la Universidad de La Habana. Ha trabajado como asesora en el Ministerio de Cultura, en el Centro Nacional de Derecho de Autor y como profesora en el Centro de Superación para la Cultura. Estudiosa de los temas de Derecho de la Cultura, tiene varios artículos publicados en diversas revistas y sitios en Internet. Como poetisa, además, publicó *Ni el aire ni el espejo* (Extramuros, 2002). Trabaja desde Cuba en la organización de la Red "En defensa del conocimiento y la cultura para todos".

Derecho de ¿autor?

El debate de hoy

DERECHO



EDITORIAL DE CIENCIAS SOCIALES, LA HABANA, 2006

Se permite la reproducción parcial o total de este texto en cualquier formato siempre que se reconozca su autor, no se modifique o altere su contenido, ni sea autorizado con fines comerciales.

Edición y corrección: Royma Cañas
Diseño interior: Pilar Sa Leal
Diseño de cubierta: Yadyra Rodríguez Gómez
Composición: Enrique de Horta Aymerich

© Lillian Álvarez Navarrete, 2006
© Sobre la presente edición:
Editorial de Ciencias Sociales, 2006

ISBN 959-06-0901-5

Estimado lector, le estaremos muy agradecidos si nos hace llegar su opinión acerca de este libro y de nuestras ediciones.

INSTITUTO CUBANO DEL LIBRO
EDITORIAL DE CIENCIAS SOCIALES
Calle 14 no. 4104, Playa, Ciudad de La Habana, Cuba
e-mail: editorialmil@cubarte.cult.cu

ÍNDICE

Prólogo / VII

Introducción / 1

Capítulo 1 Repaso necesario / 6

Capítulo 2 Derecho de autor y creación / 17

Capítulo 3 Derecho de autor e industrias culturales / 73

Capítulo 4 Derecho de autor y Propiedad industrial / 117

Capítulo 5 Propiedad intelectual en el comercio
internacional / 135

Capítulo 6 Derecho de autor y diversidad cultural / 169

Capítulo 7 Derecho de autor y Derecho de la cultura / 192

Capítulo 8 Consecuencias sociales del régimen actual de
derechos de autor / 203

Capítulo 9 Alternativas / 217

Capítulo 10 Debates internacionales / 250

Capítulo 11 Experiencia cubana / 267

A modo de conclusiones / 282

Anexos / 297

Bibliografía / 311

PRÓLOGO

Cuando gracias a la gentileza de la autora leí el borrador de este libro, vinieron a mi mente, con fuerza especial, los recuerdos de una noche del año 1966 en que se encontraba reunido el Consejo de Dirección de la Universidad y recibimos la grata sorpresa de la visita del Comandante en Jefe Fidel Castro.

Me desempeñaba entonces como Secretario General de ese centro de estudios, y era su Rector el inolvidable Salvador Vilaseca Forné. Ese día el Consejo, que entonces tenía una integración notable, debatía con angustia la situación de la literatura docente en la Universidad.

La Universidad, bajo la sabia rectoría pedagógica de Vilaseca intentaba saltar sobre las viejas limitaciones de sus planes de estudio y programas de las asignaturas y proyectarse hacia una dimensión verdaderamente científica en cada carrera. Pero para ello necesitábamos la correspondiente literatura docente. Y lo digo porque pese a los esfuerzos del enemigo imperialista por robar los cerebros en nuestra sociedad y auspiciar la emigración de los profesionales cubanos y del profesorado universitario, habíamos avanzado en

la solución de este escollo, apoyándonos en las ideas de Fidel y basando una parte importante de la docencia en el naciente, pero ya poderoso movimiento de Alumnos Ayudantes que había recibido el nombre de Julio Antonio Mella.

Además, una nueva cantera de profesionales revolucionarios había accedido venir a las aulas universitarias a impartir docencia, bien a tiempo completo o bien compartiendo sus jornadas de trabajo con sus responsabilidades laborales, y ello pese a los exiguos salarios que podía pagar entonces la Universidad. Eran hombres y mujeres que venían a trabajar por la Revolución y por la ciencia, muy por encima de limitados intereses personales.

Pero repito que la batalla estaba lejos de haber sido ganada porque no disponíamos en cada carrera, de la literatura docente actualizada, verdaderamente científica.

Ese era el tema que angustiaba aquella noche al Consejo que acabo de describir. Se habían hecho cuidadosos estudios sobre las necesidades inminentes en cada carrera y la cifra de libros o textos de autores extranjeros, de los cuales estábamos urgidos, se encontraba en torno a los doscientos. Los libros utilizables de autores cubanos no constituían para nosotros una preocupación, ni política, ni económica.

Pero en todos esos doscientos casos se trataba o hablábamos de libros de edición en el extranjero, de autores extranjeros, a los cuales no nos era posible acceder porque el país no podía, ni soñándolo, afrontar el pago de los fabulosos “derechos de autor” que supondría su reedición en Cuba. Además, no dejaba de estar presente la posibilidad de que algunos de los autores no aceptaran que sus obras fueran editadas

en este país que libraba una lucha extraordinaria contra el imperialismo y sufría ya el acoso del bloqueo económico y científico. No encontrábamos la salida a ese espinoso problema.

Entonces llegó la providencial visita de Fidel, quien inmediatamente se integró a nuestros análisis y como siempre exigió datos exactos, informes bien precisos, detalles sobre cada carrera e incluso cada asignatura, variantes de literatura a emplear, etc. Todos sacábamos cuentas pero no alcanzábamos a seguir sus cálculos mentales. Era, económicamente, imposible dar el salto hacia la ciencia en nuestro centro de estudios.

Me ahorro detalles para recordar cómo se puso de pie y comenzó a pasearse, con su andar enérgico, ante la mesa donde sesionaba el Consejo. Entonces comenzó a hacer una reflexión que quizás se haya perdido lamentablemente para la historia del pensamiento revolucionario. Fidel empezó a decir que era inconcebible que alguien se declarara propietario de la obra científica de Bacon, por ejemplo, o de Newton; o que en otro plano, alguien se dijera exclusivo propietario de la producción literaria de Shakespeare o Víctor Hugo. Pero aún más inconcebible era que alguien impidiera a la humanidad el uso de esa herencia cultural, guiado por bajos intereses económicos individualistas.

Entonces Fidel declaró que la cultura y la ciencia son patrimonio de la humanidad y nadie puede impedir su uso y difusión en aras del bien y del progreso de esa humanidad. Y afirmó: “nosotros hemos nacionalizado parte de la tierra, el subsuelo, la banca, el comercio exterior, la educación, la me-

dicina y todo lo que tiene que ver con la salud. Pues declaremos hoy nacionalizada también la cultura, la ciencia, el arte y toda la literatura que sea requerida para llevar adelante la nueva Universidad en las condiciones de nuestro siglo”. Más o menos estas fueron sus palabras. Repito que es lamentable que se hayan perdido y no podamos aprovechar hoy su riqueza histórica, filosófica y revolucionaria y, además, ojalá alguien con más posibilidades que yo sea capaz de reconstruir el ardor y la fuerza, la pasión y el amor, con que Fidel levantó esas tremendas ideas.

Decía también que no estaba contra el derecho de los autores de recibir una correcta remuneración por su trabajo y su saber, y que incluso estaba de acuerdo en que se respetara, absolutamente, la integridad autoral en cada obra y la misma no quedara a mansalva de inescrupulosos o festinados que alteraran el contenido de cada libro, pero que ello no podía atentar contra los altos intereses de la sociedad vista en su conjunto y en su dimensión histórica.

Inmediatamente se puso en contacto telefónico con Joel Domenech, Ministro de la Industria Ligera, y le orientó poner todos los talleres de impresión del país, incluidas las rotativas de los periódicos, cuando no estuvieran haciendo las tiradas ordinarias, todo el esfuerzo editorial en fin, en función de reeditar los libros de texto de la nueva Universidad. Orientó además, de manera enérgica, escribir a cada autor escogido y explicarle minuciosamente la decisión desesperada de Cuba, señalándole que por su alto contenido científico, pedagógico o literario, su libro tal tenía que ser usado en la formación de los nuevos profesionales cubanos. Razonaba

entonces Fidel que si se trataba de personas decentes, lejos de oponerse se sentirían orgullosas de nuestra decisión, y agregaba, finalmente podemos invitar a cada autor escogido a que venga a Cuba y participe con nosotros en esta gran batalla por la educación y la ciencia.

Así se hizo, y hasta donde recuerdo, solo la irrisoria cantidad de dos o tres autores del Primer Mundo expresaron su disconformidad con que su libro se utilizara en Cuba. En cuanto a la invitación, recuerdo que como consecuencia de ella llegó a nosotros, trabajó con nosotros y murió junto a nuestro pueblo, el sabio francés André Voisán.

He recordado este extraordinario capítulo de la historia de la Universidad y de nuestro país porque, como antes decía, me vino al recuerdo, con sus más vivos detalles, cuando leía el texto de la que fuera un día mi alumna y hoy podría ser mi profesora en estos particulares de los derechos de autor y otras cuestiones vinculadas con ello, Lillian Álvarez.

Y es que el presente libro, que ahora ponemos en manos del lector, está muy lejos de ser un engendro positivista, aburridamente normativista. Se trata, por el contrario, de una obra política, de elevada y sabia reflexión filosófica y de comprometida posición revolucionaria con el Tercer Mundo.

Porque lo cierto es que, como he repetido en múltiples ocasiones, nuestro pensamiento jurídico ha estado lastrado, desde principios de la república neocolonial, por el positivismo jurídico encarnado en la teoría pura del derecho del vienés Hans Kelsen.

Como es sabido, Kelsen defendió que la ciencia del Derecho debía atenerse a que este debe ser entendido como un

sistema constituido por “normas y solo normas”. Kelsen no ignoraba que esas normas podían tener, y de hecho tenían, un contenido político, económico, social, cultural, incluso ético; pero defendió que esos contenidos no tienen nada que ver con la ciencia del Derecho, sino que son de la incumbencia de otras ciencias sociales. El Derecho y la ciencia que lo estudie deben ceñirse a su sentido y ámbito normativo, a un simple esqueleto de normas correctamente estructuradas.

Hans Kelsen decía:

Cuando nosotros consideramos a la ciencia jurídica como una disciplina normativa, necesita esta caracterización ciertas restricciones para evitar una posible tergiversación. El carácter normativo de la Ciencia del Derecho se revela, negativamente, en que los acontecimientos que corresponden al mundo del Ser no tienen que ser explicados por ella, es decir, en que no es una disciplina explicativa; y positivamente, en que tiene por objeto normas de las cuales —y no de la vida real, sometida a la Ley de Causalidad— se derivan sus conceptos jurídicos propios.¹

Es por ello que el mismo Kelsen afirma que la teoría pura del Derecho estudia al “derecho en su nuda entidad, sin relación a elementos éticos, políticos o sociológicos”.²

¹ Hans Kelsen, “Hauptprobleme der Staaterechshhre” citado por Antonio Sánchez de Bustamante y Montoro, *Teoría general del derecho*, Ed. Cultural, S.A., La Habana, 1953, p. 25.

² Hans Kelsen, *El método y los conceptos de la Teoría Pura del derecho*, trad. Luis Legaz y Lacambra, Madrid, 1933, p. 9.

Sin embargo, para los que entendemos el fenómeno jurídico en toda su dimensión y en sus diferentes expresiones, es imposible olvidar que las normas jurídicas, como contenido del Derecho, manifiestan y contienen el sentido político de este y se derivan de la traducción de los intereses y conflictos de clase como intereses o valores de orden político, que ahora se manifiestan como normativas o reglas jurídicas.

Desde una visión normativista, nuestros libros de Derecho, o una buena parte de ellos, se reducen a interpretaciones casi al estilo de los glosadores y postglosadores, de las normas legales que regulan o tienen que ver con un sector de la vida social.

Este es el temor que experimento cuando abro un nuevo libro de Derecho: ¿Será el inventario comentado de las normas jurídicas de la cuestión de que se trate?

Sin embargo, ese temor desapareció en el libro de Lillian Álvarez desde las primeras páginas. Por eso quiero ser honrado con el lector y advertirle que si pretende encontrar el catálogo de disposiciones internacionales, tratados, convenciones, acuerdos y decisiones de órganos internacionales sobre los derechos de autor, o el inventario de las normativas jurídicas nacionales en relación con este asunto, no encontrará satisfacción alguna para esa pretensión en el presente libro.

Pero el que busque, como debe ser, una reflexión profunda sobre las problemáticas morales, económicas, sociales y culturales que están en la base de las soluciones jurídicas que se brinda a tal apasionante y contradictorio problema;

quien pretenda pensamiento y no simple memoria; quien busque explicaciones y no apenas descripciones, entonces sí encontrará todo eso en este libro audaz y comprometido de la autora.

De manera general estoy de acuerdo con el gran jurista brasileño Reale, en cuanto a que el Derecho o el fenómeno jurídico tiene, al menos, tres grandes espacios o dimensiones: la dimensión normativa, la axiológica y la social. En efecto, el Derecho es, evidentemente, o quiere ser, un sistema normativo, una estructura orgánica de normas, leyes, decretos, resoluciones, sentencias, etc. Pero no es solo eso, como pretendiera un día Hans Kelsen. Es, además y sobre todo, un sistema de valores. El Derecho, en su urdimbre normativa protege, ampara e impulsa aquellas conductas o relaciones sociales que comportan valores defendidos por ese orden normativo, al mismo tiempo que repudia, rechaza, sanciona e incluso castiga, aquellas otras conductas que se oponen a esos valores defendidos por la sociedad y sus estamentos dominantes y, finalmente, el Derecho es un fenómeno social: nace de la sociedad, se forma en ella y en sus apasionantes luchas y entresijos y regresa a ella como sistema de normas que pretende guiar la conducta de los hombres.

La obra que ahora se pone en manos de los lectores toma en cuenta, con verdadero rigor, el ámbito o dimensión normativa del Derecho y en ese sentido hace un correcto enunciado de las principales normativas jurídicas internacionales que rigen el derecho de autor, es decir, el *ius cogen* de esa relación económico-cultural tan compleja. Además, asume,

con sentido crítico, la normativa cubana en ese espacio significativo y hasta hace poco bastante ignorado entre nosotros.

Pero, como antes decía, no se queda dentro de esos límites que serían suficientes para un kelseniano puro. Por el contrario, en el texto Lillian Álvarez levanta con fuerza profundas reflexiones sobre el alcance moral de las normas que protegen los derechos del autor, sobre la base ética, social e histórica de esos derechos y, sobre todo, en relación con los mismos en el complejo mundo de hoy.

Quiero llamar la atención sobre este particular en espacios como, por ejemplo, el acápite del capítulo 2, justamente titulado: “Apropiación al estilo occidental”; o en el capítulo 3 en que desenmascara las posiciones de las grandes transnacionales del mundo globalizado de hoy, en relación con el Derecho de autor. No menos fuerte es su posición de compromiso en el capítulo 7 al que llama “Derecho de autor y Derecho de la cultura”. Finalmente, quiero señalar cómo la autora, sin extremismos ni chovinismos, expone la experiencia cubana en el último capítulo.

No faltan los que defienden que las cuestiones de la ciencia, incluidas las de la ciencia del Derecho, deben ser afrontadas y asumidas desapasionadamente, casi con frialdad. Por el contrario, siempre he sostenido que la ciencia no es inocente y se genera y revierte en un medio histórico en el cual, hace el bien o hace el mal. Y el bien y el mal tienen lecturas diferentes para los pobres y para los ricos; el bien del primer mundo suele ser el mal de nuestros pueblos y el bien de estos es normalmente visto como actitud subversiva por los personeros del Primer Mundo.

Lillian no se anda en esto por las ramas, asume sus compromisos históricos y lo hace sin medrosidad, a visera descubierta.

Por todo ello creo, con absoluta convicción, que este libro novedoso que ponemos ahora en manos de los estudiosos del tema, constituirá no solo una obra de obligada consulta técnica, de referencia informativa, sino lo que es más importante, una obra de meditación, de reflexión y, si se toma honradamente, una obra para una correcta toma de conciencia en relación con el tema del Derecho de autor.

JULIO FERNÁNDEZ BULTÉ

Doctor en Ciencias y Profesor de Mérito
de la Universidad de La Habana

INTRODUCCIÓN

La idea de escribir e investigar sobre este tema nació cuando me descubrí impartiendo una de mis primeras conferencias sobre Derecho de autor. Tengo que confesar que hasta ese momento observaba desde lejos la especialidad, sin saber cuándo la lograría dominar. Me sentía desafiada y atraída a la vez por su alto tecnicismo, las profusas normas, los interminables y crípticos tratados internacionales. Ese día, por primera vez, noté que, aunque me había preparado con extensos materiales e intentaba aportar algo nuevo a mis oyentes, mi discurso nada tenía de diferente respecto de las tantas ponencias, textos y artículos que había leído y que comúnmente se divulgan en las revistas especializadas de derecho, se discuten en seminarios o eventos de organismos internacionales especializados o aparecen en los sitios jurídicos de Internet. Algo andaba mal. Y no es que sea mi vocación tener una opinión diferente o contraria a toda doctrina, pero si de Derecho se trata, como es el caso, depende este demasiado de los intereses concretos que lo configuran para que pudiera coincidir en algún momento con los puntos de vista de las transnacionales, al lado de la Asociación de Productores de Fonograma (RIAA), de la Motion Picture Association of America, de Microsoft. Algo andaba mal sin dudas. Y ahí comenzó verdaderamente el estudio.

Volví mentalmente al punto cero y comencé, como ejercicio, a analizarlo todo desde un ángulo diferente; a tratar de descubrir el por qué de una u otra posición en los foros, de una

u otra tendencia; a pensar desde los seres humanos, no desde la alta tecnología que todo lo invade y que deslumbra, sino desde la humanidad que intenta sobrevivir a la deuda, al SIDA, que no sabe qué hacer ante los cambios climáticos y las amenazas de guerra y no accede a las patentes, ni a los textos necesarios para formar especialistas, y cuyas culturas vemos morir.

Traté de colocarme en el punto de vista de los verdaderos intereses de los países del Sur, que casi nunca son legítimamente representados por sus gobiernos en los foros y, por tanto, no promueven normas, ni señalan en la actualidad el rumbo del derecho internacional —mostrándose, en la mayoría de los casos, como pálidos apoyos a las propuestas de sus acreedores. Busqué las opiniones de las organizaciones y movimientos sociales, coleccioné absurdos, noticias que me señalaban a voces que el camino había sido torcido, y lo estaba siendo cada vez más. Luego, las alternativas. Cosas que se hacen, gente que está pensando y padeciendo esos mismos problemas, y han entrado en acción, noticias que estaban ahí, pero que ciertamente había que buscarlas porque los principales medios solo dejaban ver algunos pequeños indicios; navegar en Internet, a contracorriente, me resultó muy útil y apasionante.

Durante los últimos tiempos, oigo difundir a diario noticias que pueden, sin dudas, calificarse como absurdas, por los grandes grupos transnacionales de la comunicación y la industria del entretenimiento, que promueven las políticas más represivas en materia de propiedad intelectual: el increíble hecho de que no puedan usarse imágenes del techo de la Capilla Sixtina, pintadas por Miguel Ángel a inicios del siglo xvi, porque, después de su restauración, los derechos los posee una cadena de televisión japonesa,¹ o la propuesta de

¹Joost Smiers, "Originalidad dudosa", en <http://www.porlacultura.net/TEXT/diversidad%20cultural/ORIGINALIDAD%20DUDOSA.html>. Ponencia presentada en el II Campus Euroamericano de Cooperación Cultural, diciembre, 2001.

un senador norteamericano de destruir las computadoras que copien música de Internet,² o la persecución a que es sometido un adolescente noruego por la industria cinematográfica de EE.UU. como consecuencia de haber desarrollado un software que permite reproducir DVDs. La lista de ejemplos se hace interminable: el Gobierno de los EE.UU., según su fiscal general, intenta igualar la lucha contra la piratería a la lucha contra el narcotráfico y aboga por reformas legales que criminalizarán no solo a los ladrones, sino también a usuarios de productos pirateados y a empresas que desarrollen softwares que faciliten el pirateo (Induce Act);³ en los EE.UU., una organización Girls Scouts recibió una carta de la American Society of Composers, Authors and Publishers, en la cual se le exigía un pago por las canciones que las niñas cantaban durante los juegos en el campamento;⁴ entre otros.

Este trabajo es, entonces, fruto de esa necesidad que sentí, a escala individual, de conformarme un pensamiento propio. Creo que es un ejercicio válido y necesario, ya que casi todas las esferas del pensamiento hoy en día están plagadas de teorías que, aunque se nos presentan como “de avanzada”, “apolíticas” y “ahistóricas”, nada tienen que ver con nuestras necesidades y realidades y sí con intereses que agotan todas las vías posibles, las legítimas y hasta las más sucias y sutiles para dominarnos.

No terminará conforme quien aspire encontrar en este texto soluciones que satisfagan las innumerables expectativas que generan hoy, en lo jurídico, el uso de las nuevas tecnologías y los problemas de la sociedad contemporánea.

El hecho de haber tratado de unir en un solo texto problemáticas, tan distantes al parecer, como la protección a las

²www.cnnenespañol.com, 18 de junio, 2003.

³www.lavozdegalicia.es/se_cultura/noticia.jsp?CAT=106&TEXT=3109638.

⁴www.lavanguardia.es/web/20041013/51165848421.html.

expresiones culturales tradicionales y el software libre, no se debe a un capricho. Hay un fino hilo conductor entre todo esto; un denominador común en las posiciones dominantes: el desprecio a todo lo que implique valores diferentes a los del mercado y al poder del dinero, el desconocimiento de las fuentes anónimas y colectivas de la creación, el rechazo a la identidad y al derecho al desarrollo de las sociedades y culturas no occidentales, la criminalización de la solidaridad y la cooperación, la apología al individualismo, a la privatización de saberes y al consumo.

Al tratar de reflejar la realidad de la creación y el “consumo” de los países del Tercer Mundo en las materias que protege el Derecho de autor, he tenido que moverme desde la indumentaria y la artesanía hasta el software. En nuestros países confluyen estos contrastes como problemáticas a resolver. De nada vale reflexionar sobre cómo asumir el reto tecnológico si no se está consciente de que la tecnología es medio y no fin; de nada vale la infraestructura si la sociedad no puede apropiarse ni disponer de los contenidos; la apropiación de los contenidos si estos solo expresan el pensamiento único dominante: cultura-mercancía, ya sea literatura o cine; y si los recursos disponibles en la red para el aprendizaje nos hacen dependientes de las tecnologías de las transnacionales o, peor, nos llevan a asumir como propio un pensamiento realmente colonial.

Creo importante profundizar en los porqués de lo que está sucediendo hoy en el Derecho de autor, llamar la atención y provocar el debate sobre sus torceduras y extremos, sus flaquezas y desequilibrios, y aportar al análisis una recopilación de las alternativas surgidas como respuesta a un estado de cosas tan irracional, a lo que algunos han llamado “el derecho de autor sin autores”. Los creadores verdaderos, en su mayoría, estarán de acuerdo en la necesidad de un cambio, aunque se preocuparán, no sin motivo, por lo que implica el ensayo de fórmulas novedosas. Asumo la frase de Simón Rodríguez, citada por el Presidente de Venezuela, Hugo

Chávez, para referirse a la Alternativa Bolivariana para las Américas (ALBA): "inventamos o erramos". En el camino del error, ya los países del Sur hemos avanzado suficiente. Creo en otro mundo posible; pero este no vendrá, sin dudas, hay que construirlo.

Capítulo 1

REPASO NECESARIO

Se entiende por Derecho de autor, en su sentido subjetivo, al conjunto de facultades del que goza un autor en relación con la obra que tiene originalidad o individualidad suficiente y que se encuentra comprendida en el ámbito de protección dispensada. En su sentido objetivo, se refiere a la denominación que recibe la materia que trata estos asuntos.¹

El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas,² el más antiguo e importante tratado internacional en materia de derecho de autor, enmarca este ámbito de protección cuando considera como obras protegidas

todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expre

¹Definición que aparece en Delia Lipszyc, *Derecho de autor y derechos conexos*, UNESCO, CERLALC y ZAVALIA S.A., 2003; encargado por la UNESCO a la autora como contribución a la sistematización de la disciplina para ser utilizado como bibliografía en los planes de estudios universitarios.

² "Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas", 1886, (revisión de 1971), en *Publicación OMPI*, no. 223(s), Ginebra, 1999.

sión,³ tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias.⁴

Dentro del Derecho de autor coexisten dos sistemas jurídicos: el de origen anglosajón o de **common law**, que tiene como centro el derecho de copia y en el que los derechos de autor se denominan **copyright**, y el sistema latino o de tradición continental europea —basado en el derecho romano o romano-germánico—, nacido de los decretos franceses, mucho más cercano en sus orígenes a los derechos personales.

Estos sistemas tienen algunas diferencias. Si bien el sistema latino tiene por objeto la creación intelectual expresada en obras que presenten originalidad o individualidad, el sistema angloamericano admite que sean objeto del **copyright** otros resultados que denomina “works”, como pueden ser los fonogramas, las emisiones de radio u otros. Para el sistema latino, la fijación en un soporte material no es un requisito para la protección, que sí exige el sistema angloamericano. Otra de las diferencias más notables consiste en que el **copyright** no reconoce los derechos morales del autor, cuya pro

³Subrayado de la autora.

⁴“Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas”, ed. cit., Artículo 2.

tección debe lograrse mediante la aplicación de otras normas de diferente naturaleza.

No obstante, es tal la influencia actual de los intereses de los monopolios, fundamentalmente norteamericanos, que los tratados internacionales se han contaminado y, por extensión, muchas legislaciones nacionales, con los principios más utilitaristas del copyright, desplazándose la protección de contenido personal. Las diferencias entre países productores de contenidos y países consumidores, entre Norte y Sur, desdibujan características distintivas que pudieron antes ser notables.

A pesar de esto no podría afirmarse que es el copyright —con sus presunciones a favor del empresario— el único responsable del estado actual de cosas. Tal idea encierra el peligro de considerar que con el sistema latino y la aparente libre disposición de las obras en manos del autor, se garantizaría el ejercicio digno y valedero de sus derechos y el equilibrio necesario. Nada más alejado si el creador se encuentra en absoluta desigualdad y se ve obligado a entregar su obra en condiciones desventajosas. En la era de los grandes monopolios el sistema latino por sí solo no beneficiará a la sociedad en general ni a los autores, mucho menos a los no favorecidos por el mercado.

Para el Derecho de autor es necesaria la expresión de las ideas de modo que sean perceptibles por los demás seres humanos, o sea, que solo es posible proteger la creatividad en los marcos del Derecho de autor cuando esta adquiere una expresión formal, sin que sea aplicable a las ideas, principios, métodos, procedimientos, cálculos matemáticos, etc. Así el Derecho de autor dice proteger “la forma representativa, la exteriorización de su desarrollo en obras concretas aptas para ser reproducidas, representadas, ejecutadas, radiodifundidas, etc, según el género al cual pertenezcan y a regular su utilización”.⁵

⁵Delia Lipszyc, ob. cit., p. 62.

El Derecho de autor adopta, por tanto, como criterios de protección, los siguientes:

1. Protege a la forma y no a las ideas.
2. Exige originalidad, o sea, que la obra lleve el sello personal de su autor, que no haya sido copiada y sea producto de su pensamiento y creación independiente.
3. No se exige el cumplimiento de una formalidad para reconocerlo.
4. La obra se protege con independencia de su calidad.
5. La obra es protegida sin importar el destino final, o sea, su utilización.

La fórmula utilizada por el Convenio de Berna para describir las obras que protege el derecho de autor es enunciativa, al igual que la adoptada por muchas legislaciones. Esto ha servido para que sus disposiciones hayan sido aplicadas a nuevos tipos de obras y nuevos usos, producto de los cambios que se han producido en la tecnología y en los modos de expresión artística, como es el caso de los programas de ordenador y bases de datos.

El derecho de autor latino protege como sujetos a las personas físicas, pues plantea que la actividad creativa solo puede ser realizada por estas, salvo algunas excepciones que se reconocen como obras colectivas. Ninguna persona jurídica puede ser titular de los derechos sobre una obra si no es por un supuesto de cesión de su autor o autores originarios. Esta cesión puede ser:

- Por cesión convencional o dispuesta por la ley.
- Presunción de cesión (es la que se establece por los países de tradición latina a favor del productor cinematográfico).
- Por causa de muerte.

No obstante, a los fines de su ejercicio, no es de gran trascendencia el concepto por el cual fueron adquiridos los dere

chos; y así presenciamos cómo los titulares no originarios —editores, productores de fonogramas, de audiovisuales, etc.— son los que ejercen las mayores presiones para la obtención de más amplios y duraderos derechos. Es de suma importancia tener en cuenta la diferencia entre autor y titular al analizar la problemática del Derecho de autor en la actualidad.

El contenido de los derechos de autor abarca los llamados derechos morales y los patrimoniales y ambos son ejercidos sobre la obra como objeto de protección.

Varios convenios internacionales y una gran parte de las legislaciones nacionales en esta materia, reconocen y protegen ambos derechos. Sin embargo, los acuerdos comerciales que tratan los temas de propiedad intelectual, como el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)⁶ que obliga a todos los miembros de la Organización Mundial de Comercio (OMC), la propuesta del Área de Libre Comercio para las Américas (ALCA) y las múltiples variantes de acuerdos de libre comercio, no protegen los derechos morales —al igual que el sistema del copyright.

Las facultades que integran el derecho moral del autor son las siguientes:

- El derecho a decidir sobre la divulgación de su obra, o sea, a determinar si la da a conocer o no, cuándo y en qué condiciones. Es también conocido como **derecho de publicación**.
- El derecho a exigir el reconocimiento a su condición de creador de la obra, es decir, al reconocimiento de su paternidad mediante la cita del nombre del autor y el título cada vez que la obra sea utilizada. Es también conocido como **derecho de paternidad**.

⁶En 1995, entró en vigor el Acuerdo sobre los ADPIC, en inglés TRIPS, —suscrito en 1994 entre la OMC y la OMPI— de obligatorio cumplimiento para todos los países miembros de la OMC.

- El derecho a la integridad o respeto a la obra, que equivale a protegerla de mutilaciones, modificaciones y utilizaciones que desnaturalicen el pensamiento del autor o sean lesivas a su moral o reputación. Es también conocido como **derecho de integridad**.
- El derecho de retracto o arrepentimiento, da derecho al autor a retractarse y retirar la obra de circulación o comercio.

Entre los derechos morales y los patrimoniales se ubica un derecho que asiste específicamente a los creadores de las artes plásticas: el **derecho de acceso**. Este derecho, reconocido en determinadas legislaciones nacionales, le otorga al autor el derecho a acceder a la obra enajenada a fin de ejercitar el resto de sus derechos sin causarle, lógicamente, daños o limitaciones al poseedor legítimo.

Los derechos patrimoniales se refieren al derecho exclusivo del autor de recibir beneficios económicos por todas las formas de utilización de la obra que sean factibles. Estas son independientes entre sí y en lo fundamental abarcan:

- El **derecho de reproducción** de toda la obra o parte de ella mediante su fijación material, tangible, por cualquier medio que permita su comunicación y la obtención de copias. Este derecho de controlar el acto de la reproducción constituye el fundamento jurídico de sus numerosas formas de explotación.
- El **derecho de comunicación pública** es el que se refiere al modo de hacer accesible la obra al público por una vía distinta a la distribución de ejemplares, o sea inmaterial, como puede ser la interpretación o ejecución, transmisión por televisión, la exhibición cinematográfica, la puesta a disposición del público en Internet, etc.
- El **derecho de transformación** como la facultad de explotar la obra autorizando la creación de obras deriva

das a partir de ella. Los derechos sobre una obra derivada se protegen sin perjuicio de los derechos sobre las obras que sirvieron de base a esta; pero es necesario siempre, para su utilización, el consentimiento del autor de la obra preexistente. Las obras derivadas pueden ser de dos tipos:

- Traducciones, arreglos, y otras transformaciones (implican una modificación de la obra originaria).
 - Colecciones, recopilaciones, tales como las antologías, que implican un ordenamiento o disposición de las obras hecho con originalidad.
- En algunos países se reconoce para los autores de obras de las artes visuales (pinturas, esculturas, etc.) el derecho de participación, o *droit de suite* que es el que permite al autor percibir, una vez realizada la primera venta, una parte del precio de las ventas sucesivas de sus obras.

El autor tiene el derecho de autorizar o prohibir —salvo las excepciones previstas en la ley— todas las utilizaciones, usos o formas de explotación de su obra y debe ser remunerado por todos estos conceptos. Para hacerlo posible se han creado diversos mecanismos entre los que se encuentran las sociedades de gestión colectiva, encargadas de la negociación de las condiciones en que sus obras —o sus prestaciones artísticas o aportaciones industriales, según el caso— serán utilizadas por los difusores y otros usuarios primarios, el otorgamiento de las respectivas autorizaciones, el control de las utilizaciones, la recaudación de las remuneraciones devenidas y su distribución o reparto entre los beneficiarios.

El derecho de explotación económica de las obras, o sea, los derechos patrimoniales, son transferibles y el autor puede cederlos a terceros, ya sea a cambio de una remuneración o de forma gratuita. Esta transmisión *inter vivos* se realiza mediante contrato. Tales transferencias están reguladas por di

ferentes ramas del derecho según el ordenamiento legal de que se trate: normas de derecho civil, mercantil, y por leyes especiales, con mayor o menor regulación en dependencia de la intervención del Estado en la protección de los intereses involucrados.

Se llama limitaciones al derecho de autor a las barreras que se imponen al derecho exclusivo del autor sobre su obra y tienen como fundamento el necesario equilibrio entre los intereses del autor que crea las obras y el de la sociedad que desea y necesita el disfrute de las mismas con el mínimo de restricciones. Entre ambos intereses, o sea, el del autor y el de la sociedad, se encuentra el del empresario o utilizador, ente necesario para la difusión de las obras.

Las limitaciones al derecho de autor están basadas en intereses de orden educativo, cultural e informativo y tienen como características comunes que:

1. Restringen el derecho exclusivo del titular sobre la explotación económica de la obra.
2. Están motivadas por razones de política social, fundamentalmente, como garantizar el acceso a las obras para satisfacer el interés público.
3. No afectan el derecho moral del autor, por tanto:
 - Solo son aplicables una vez que el autor ha ejercido el derecho de divulgación.
 - Se debe mencionar el nombre del autor y la fuente.
 - No se puede modificar la obra.

La principal limitación al derecho de autor lo constituye el régimen del dominio público. Después de la muerte del autor y transcurrido un determinado tiempo —50 años según el Convenio de Berna, 70 años según ha fijado la Unión Europea y hasta 100 años de acuerdo a lo establecido por las legislaciones nacionales— la obra puede ser utilizada por toda la sociedad sin necesidad del consentimiento de los herederos del autor y sin remuneración.

Las limitaciones al derecho de autor permiten que la obra sea utilizada sin autorización y sin remuneración (utilizaciones libres y gratuitas) y generalmente se conceden por motivos educacionales, permitiendo el uso de la obra a título de ilustración en la enseñanza, la reproducción por establecimientos educacionales, bibliotecas y archivos, para la ejecución y representación de obras en escuelas, el derecho de cita, para uso de la información tales como reseñas de prensa y obras implicadas en acontecimientos públicos, en procesos legales y otros como grabaciones efímeras, sistema Braille, parodias, la representación o exhibición en lugares públicos, etc. Además, se prevé como una limitación al derecho de autor, la copia privada para uso personal del copista.

También las legislaciones prevén licencias no voluntarias que implican la utilización sin autorización pero con remuneración. Tal es el caso de la licencia para la reproducción mecánica —permite a los productores de fonogramas grabar obras ya fijadas con anterioridad—, licencias para la radiodifusión y distribución por cable y la que se otorga en beneficio de los países en desarrollo para reproducir y traducir obras, en determinadas condiciones y para uso escolar. Estas licencias tuvieron su fundamento en la imposibilidad del control de determinados usos, pero están llamadas a desaparecer en la medida en que las sociedades de gestión logren el control sobre los mismos. Las licencias obligatorias son otorgadas por las sociedades de gestión.

Hay países que han establecido en sus legislaciones una institución, ya casi desaparecida, que es el llamado dominio público oneroso o pagante que obliga a los usuarios al pago al Estado de una determinada tarifa cuando la obra ha pasado al dominio público, con el objetivo de favorecer la promoción de las artes y la cultura.

Muy relacionado con los derechos de autor se encuentra la protección de los llamados derechos conexos. Su protección es incluida por primera vez en un tratado internacional

en la Convención de Roma de 1961⁷ y su objetivo es proteger la actividad de otras personas o entidades que participan en la puesta a disposición del público de las obras y cuya participación no era protegida por el Derecho de autor. Agrupados bajo la denominación de derechos conexos, la Convención de Roma benefició a los artistas, intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión.

Los derechos conexos o derechos afines no protegen obras propiamente dichas, sino determinadas prestaciones de muy diverso contenido, tales como la interpretación o ejecución que permite que una obra musical sea conocida; la inversión y otras acciones técnicas, artísticas, comerciales y organizativas que realiza un productor de fonograma a fin de conformar un disco que permita su difusión y circulación en el mercado; y la del organismo de radiodifusión que emite una señal, con programas y obras para su disfrute más allá de cualquier distancia.

La duración de la protección de los derechos conexos, de conformidad con la Convención de Roma, es de 20 años a partir del término del año en que se haya realizado la actuación, la fijación (grabación) o la emisión.

Desde los orígenes del Derecho de autor, constituyó un principio reconocido su naturaleza territorial. Por consiguiente, producto de la mejora en cantidad y facilidad de los intercambios comenzó a ser necesario, desde muy temprano, la existencia de acuerdos entre países que solucionaran los problemas relacionados con la protección de las obras en los diferentes territorios.

Precedido por intentos de índole bilateral, el primer acuerdo internacional de protección de los derechos de los autores data de 1886, conocido como el Convenio de Berna. Este tra

⁷La Convención Internacional sobre protección de los artistas intérpretes y ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, Roma, 1961.

tado está aún vigente y es administrado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Este Convenio ha tenido varias revisiones: Berlín, 1908; Roma, 1928; Bruselas, 1948; Estocolmo, 1967 y París, 1971. En la actualidad, son miembros más de 130 países.

La adhesión al convenio implica que las obras de los autores de los países miembros son protegidas en el territorio de todos las demás naciones integrantes de la Unión. Establece una serie de principios básicos entre los que se encuentra el del trato nacional y el de la protección automática de las obras sin la exigencia de formalidad alguna. Igualmente define las obras protegidas, los titulares, fijando también el reconocimiento de derechos mínimos a los autores que deben ser tenidos en cuenta en todas las legislaciones nacionales de los países miembros, entre otros aspectos.

El acuerdo internacional más reciente con disposiciones sobre protección de derechos de autor, es el Acuerdo sobre los ADPIC o TRIPS, adoptado en el seno de la OMC. En los mismos, se le otorga a la propiedad intelectual y al cumplimiento de los compromisos relacionados con esta materia igual carácter o estatuto que a otros acuerdos relacionados con el intercambio de mercancías. Este acuerdo estipula, entre otros aspectos, que los países miembros de la OMC cumplirán los postulados del Convenio de Berna con excepción de lo relacionado con los derechos morales.

Con posterioridad a los Acuerdos sobre los ADPIC, los apartados de propiedad intelectual de los acuerdos de libre comercio, tanto bilaterales como multilaterales, han comenzado a incorporar obligaciones relacionadas con la protección de los derechos de autor que fijan estándares mucho más altos que estos y que constituyen una modificación en el escenario de la protección de tales derechos a escala internacional.

Capítulo 2

DERECHO DE AUTOR Y CREACIÓN

Se calcula que el *Homo sapiens* tiene una edad de aproximadamente 50 000 años, aunque hace solo 5 000 que aparecieron los primeros vestigios de escritura. Quiere decir que durante más de 45 000 años, las ideas, el conocimiento y la información asociada al mismo, solo se transmitía de forma oral o gestual.

Durante mucho tiempo no existió forma alguna de apropiación. No se conocían quiénes eran los autores de los cantos de trabajo, cantares de gesta y romances que pasaban de boca en boca y a los que cada quien podía añadir de su propia cosecha. El resultado era una creación colectiva que enriquecía el imaginario común.

Aunque algunos autores señalan indicios anteriores a esta fecha, la mayoría coincide en reconocer que con el invento de la imprenta de tipos móviles por Gutenberg, a inicios de la Revolución Industrial (hace solo 500 años), es que surgen las primeras normas relacionadas con los derechos sobre las obras de la creación. Estas comenzaron a tener propietarios que en un principio ni siquiera eran los propios creadores, pues fueron los impresores los que impulsaron este tipo de regulación para proteger sus inversiones y no fue hasta el siglo XVIII que se les reconocieron a los autores derechos sobre sus obras.

El siglo XX se caracterizó por la irrupción de innumerables inventos: la fotografía, las placas fonográficas, las cintas

magnetofónicas, el teléfono, el magnetófono, el cinematógrafo, la radio, la TV, el video, los microprocesadores, las transmisiones satelitales, Internet. Impulsadas por los intereses económicos presentes tras las nuevas tecnologías, las leyes que regulan los derechos relacionados con las obras creativas fueron evolucionando; no precisamente hacia una mayor protección al creador, ni para otorgar mayores derechos a quienes necesitan un mayor acceso, sino a favor de garantizar la obtención de ganancias de los inversionistas involucrados.

Así, la apropiación de las obras creativas y de los resultados de su explotación comercial comienza a ampliarse desmesuradamente. Las legislaciones se desarrollan hacia un modelo basado en restringir los usos y cobrar por cada uno de ellos, olvidando los significados para la espiritualidad de los seres humanos, de los valores encerrados en esas especiales mercancías, ignorando la identidad, la necesidad del reconocimiento, de la memoria, ignorando el importantísimo valor —no económico— de la cultura.

El Derecho de autor tiene como objeto de protección las obras, y se define una obra como "...la expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente, y es apta para ser difundida o reproducida".¹

Es posible apreciar que no todo el resultado de la creación artística cumple con estos requisitos y, por tanto, no encuentra una eficaz protección a través de los preceptos desarrollados por el derecho de autor. Si volvemos a la formulación del Convenio de Berna vemos que considera obras protegidas a **todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como...**, y enuncia un sinnúmero de ejemplos. No es difícil advertir que los redactores del documento normativo

¹Delia Lipszyc, ob. cit., p. 61.

quisieron hacer válida este tipo de protección a todos los resultados creativos, estableciendo para ellos el sistema de explotación de los monopolios exclusivos.

La creatividad colectiva —tanto la propia de muchas culturas no occidentales como la que nace a partir de las posibilidades que brindan hoy las nuevas tecnologías—, las expresiones culturales tradicionales, el arte popular y la creación, incluso individual, sin pretensiones ni posibilidades de difusión y reproducción comercial, constituyen, entonces, deudas por saldar. Estas expresiones requieren de normas adecuadas, flexibles y procedimientos de observancia que las protejan y fomenten, ante el desarrollo vertiginoso de las industrias y el mercado de los productos culturales que amenazan desplazar del escenario cultural toda expresión incapaz de garantizar una rentabilidad.

ORIGINALIDAD EN LOS PROCESOS DE CREACIÓN

Un importante cuestionamiento acerca de la eficacia de la protección de la creación artística a través de las normas de derecho de autor actuales, parte de la aplicación del requisito de la originalidad. Toda obra para ser protegida por Derecho de autor necesita características propias e individuales, que permitan identificarla de otras obras, "...que exprese lo propio de su autor, que lleve la impronta de su personalidad..."²

Toda norma legal constituye una elaboración humana que implica una abstracción y es, por tanto, incapaz de abarcar todos los matices de las relaciones sociales que intenta proteger. Un requisito fijado por la ley es siempre una medida que se construye sobre la base de determinadas regularidades presentes en esa relación y que se adopta con el fin de que su cumplimiento provoque las consecuencias jurídicas que la

²Ibídem, p. 65.

norma establece. La originalidad, por tanto, es un concepto elevado a la categoría de requisito legal; pero que, a través de la historia del arte y en las diferentes culturas, ha tenido diversos significados. Es necesario discutir en qué medida el Derecho ha sido el reflejo de alguno de estos significados y si es legítima su trascendencia a una protección legal que pretende —y de hecho lo está haciendo— erigirse en universal.

Si analizamos los propios orígenes de la música, como de las iniciales manifestaciones plásticas, por ejemplo, observamos cómo en el proceso de construcción de las primeras armas rudimentarias para la cacería y el ejercicio de tareas que requerían de esfuerzo físico surgen las primeras “sonaciones”,³ o sea, sonidos emitidos y proyectados por los distintos individuos que pertenecían al grupo y eran realizados para acompañar y estimular la ejecución de estos trabajos colectivos. Del mismo modo, las pinturas de escenas de cacería y por último el lenguaje, marcan una evolución cultural. Es en el proceso de comunicación social en el que se va creando y recreando la cultura.

La literatura oral griega estaba compuesta en su mayor parte por canciones que hablaban de guerras, cosechas y ritos funerarios. Los cantos de los aedos dedicados a los héroes fue el resultado de una apropiación de los helenos en el segundo milenio antes de nuestra era. La épica griega alcanzó su máxima expresión con Homero, nombre tradicionalmente asignado al autor de la *Ilíada* y la *Odisea*. Existe la duda de si fue verdaderamente el autor de estas obras, o si las mismas son realmente recopilaciones, o añadidos de muchos poemas líricos breves e independientes. Estos poemas, a su vez, se difundieron en las recitaciones de cantores profesionales, que luego se convirtieron en argumento de poemas épicos posteriores.

³María Teresa Linares, “La música como actividad cultural del hombre”, en *Revista Catauro*, año 3, no. 5, 2002, p. 34.

El teatro trágico griego estuvo también basado en mitos e historias que habían pasado de una generación a otra y fueron escritas y recreadas por autores individuales. El *Beowulf*, *El cantar de los nibelungos*, las epopeyas indias *Mahabharata* y *Ramayana*, funden leyendas, mitología, canciones populares y hechos ocurridos mucho tiempo antes de su composición. Los poemas épicos populares conocidos como cantares de gesta, como el *Cantar de Roldán* y el *Cantar de mio Cid*, se oían recitar sin que importara quién o quiénes eran los autores. Los juglares y aedos vivían de limosnas o bajo el amparo de un mecenas. Varios de estos cantares fueron después refundidos en prosa y utilizados por los cronistas e historiadores.

Muchos otros casos argumentan acerca de ese constante mezclarse y reescribirse como procesos conformadores de las obras de la cultura. "...Si hubiera existido la propiedad intelectual, la humanidad no habría conocido la epopeya de *Gilgamesh*, [...], el *Popol Vuh*, la *Biblia* y el *Corán*, [...] todos ellos felices productos de un amplio proceso de conmixtión y combinación, reescritura y transformación, es decir, de 'plagio', unido a una libre difusión y a exhibiciones en directo..."⁴

La obra de Shakespeare, el más grande creador de la lengua inglesa, está basada en temas que el autor extraía de narraciones ya existentes, a lo que adicionaba, claro está, el fruto de su gran talento. Cervantes, por su parte, construye *Don Quijote* apropiándose con gran libertad de los tópicos de las novelas de caballería y de otros géneros narrativos de su época.

Mientras las obras de la creación no fueron mercancía a nadie le importaba demasiado la originalidad. Tanto en la música como en la literatura, autores y compositores —conocidos o anónimos— utilizaban libremente lo que les inte

⁴Wu Ming, "Copyright y maremoto", en www.sindominio.net/biblioweb/telematica/maremoto.pdf.

resaba. Lo mismo ocurría en otras artes. Existe, incluso, una forma musical muy importante: las variaciones, basadas en un tema —propio o de cualquier fuente— al cual se le modifican algunas partes y otras permanecen inalterables, formando pequeñas piezas que se unen después en una sola obra. Esa forma todavía está vigente en la actualidad. El jazz, por ejemplo, se basa de modo esencial en las tantas variaciones que el músico improvisa.

Hasta la propia industria norteamericana del audiovisual nos aporta ejemplos. Lawrence Lessig⁵ analiza la problemática de la originalidad desde el sistema anglosajón en su libro *Cultura Libre...*,⁶ explicando, a modo de ejemplo, el proceso de creación de Disney a partir de otras obras preexistentes:

Los primeros dibujos animados están llenos de obras derivadas, ligeras variaciones de los temas populares, historias antiguas narradas de nuevo. La clave del éxito era la brillantez de las diferencias. [...] a veces el préstamo era poca cosa. A veces era significativo [...] De hecho el catálogo de las obras de Disney que se basan en obras de otros es asombroso cuando se repasa completo: **Blancanieves** (1937), **Fantasia** (1940), **Pinocho** (1940), **Dumbo** (1941), **Bambi** (1942), **Canción del Sur** (1946), **Cenicienta** (1950),

⁵Lawrence Lessig, catedrático de Derecho en la Universidad de Stanford, anteriormente en Harvard, considerado como uno de los mayores expertos en ciberderecho. Participó como asesor durante el juicio antimonopolio contra Microsoft. Autor de importantes textos como *Las leyes del ciberespacio* y *Cultura Libre. Cómo los grandes medios usan las tecnologías y leyes para encerrar la cultura y controlar la creatividad*.

⁶Lawrence Lessig, "Cultura Libre. Cómo los grandes medios usan las tecnologías y leyes para encerrar la cultura y controlar la creatividad", en www.rebellion.org. Trad. de Antonio Córdova.

Alicia en el país de las maravillas (1951), Robin Hood (1952), Peter Pan (1953), La dama y el vagabundo (1955), Mulán (1998), La bella durmiente (1959), 101 dálmatas (1961), Merlín el encantador (1963), El libro de la selva (1967) [...] En todos estos casos Disney (o Disney Inc.) tomó creatividad de la cultura en torno suyo, mezcló esa creatividad con su propio talento extraordinario, y luego copió esa mezcla en el alma de su cultura. Toma, mezcla y copia.⁷

Luego nos explica por qué pudo suceder esto sin que causara ningún problema jurídico y es que en 1928 y los años subsiguientes el plazo medio del copyright era aproximadamente de 30 años, por lo que los contenidos del siglo XIX eran libres para ser usados, con o sin permiso, por Disney. El autor destaca que habría que tener en cuenta también que tampoco los hermanos Grimm y otros fueron los creadores absolutos de las historias por las que se les conoce, sino que trabajaron a su vez con leyendas populares.

El basamento teórico del reconocimiento de la originalidad como requisito para la protección de una obra, nace con el llamado **mito del genio**, propio del Romanticismo.

En la concepción romántica el autor es un demiurgo que, inspirado, hace nacer desde sí mismo una obra única e irreplicable. Según Adolfo Colombres, el romanticismo, invierte el concepto de originalidad como anclaje a un origen, para convertirlo en una innovación que rompe o pretende romper con el origen, con la tradición. El "yo" pasa a ser objeto mismo de la obra.

El verdadero artista no es ya aquel que repite hábilmente o actualiza las formas que vienen dadas por la cultura, ajustándose a sus reglas, sino un iluminado, un genio al que se

⁷En el original, el slogan de Apple: *Rix, mix, and burn.*

considera dotado por los dioses o la Naturaleza de una especial capacidad creativa, que le permite sacar formas bellas y sublimes de la nada, pues se lo eleva por encima de todo condicionamiento social.

El concepto del genio apareja un culto a la personalidad, el tomar al artista como un centro del mundo alrededor del cual giran, o deben girar, las grandes mayorías, convertidas en receptoras pasivas, sin creatividad alguna, de sus obras. Conforme a esta teoría, son los genios quienes crean la cultura y no la sociedad toda, en su constante interacción simbólica.⁸

A finales de los años 60 Roland Barthes rompe con esta idea y critica al autor como institución, que pierde ahora su carácter de único ser capaz de manipular una materia que nadie más puede moldear. La obra literaria, por ejemplo, se convierte en algo nuevo que nace de la escritura del autor; pero que altera su significado a través del tiempo, donde, a partir de una posición activa, el lector cobra protagonismo. Así se devuelve a la literatura escrita el carácter colectivo de la literatura oral.

Nunca puede saberse quién escribe, si el autor o los personajes que de alguna manera le obligan, el individuo o su experiencia personal, la psicología de la época o, en realidad, la propia escritura, por la simple razón de que ponerse a escribir es renunciar a la individualidad e ingresar en lo colectivo. Desde el instante en que cogemos la pluma, escribimos tal como nos han enseñado, con una retórica determinada, con una sintaxis, una gramática y unos tropos ya fijados desde la Antigüedad, con un lenguaje que nos rodea y nos envuelve en un murmullo incesante: un gran

⁸Adolfo Colombes, *Teoría transcultural del arte. Hacia un pensamiento visual independiente*, Ediciones del Sol, Buenos Aires, 2004, p. 243.

almacén de citas y signos de muy diversos centros de la cultura que operan como intertextos.⁹

A través de la historia nos ha llegado un gran número de obras artísticas de las cuales no conocemos el autor. El "Autor" es un personaje moderno y se ha asimilado de acuerdo a la concepción que cada época le ha otorgado: el anonimato medieval, el individualismo del genio romántico o la exaltación del autor superestrella de la obra con éxito comercial.

En el arte indígena americano, argumenta Colombres, no existió ni existe hoy la idea de la genialidad individual, como tampoco la ruptura renovadora, ni la unicidad de la obra. No es producto de la creación individual absoluta ni se manifiesta en obras irrepetibles.

La comunidad, de acuerdo con este autor, puede ser también sujeto de la creación, lo que un sujeto más abstracto; pero con pensamiento, acción, sensibilidad y producción simbólica, elaborada por los individuos que se identifican con sus valores y que para identificarse como tales, no requieren cuestionarlos o negarlos.

La originalidad en la estética comunitaria reside en su carácter distintivo respecto a otras culturas; pero surge de ese mismo legado y no de innovaciones individuales, las cuales son prestigiadas, pero no endiosadas. Los individuos nunca desean ponerse por encima de la misma y entienden falsa toda afirmación realizada en contra o a expensas de ella, es decir, de lo que constituye su mundo: solo afirmándola, el ser humano se afirma a sí mismo.

En la casi generalidad de los casos —explica Colombres— el escultor de África negra no intenta transmitir sentimien

⁹Ramón Pérez Parejo, "La crisis de la autoría: desde la muerte del autor de Barthes al renacimiento de anonimía en Internet", en www.ucm.es/info/especulo/numero26/crisisau.html.

tos personales, sino, a lo sumo, una innovación estilística realizada en el marco de la cultura y en ejercicio de la libertad creativa que siempre, en mayor o menor medida, conserva. Si la gente aprueba su innovación, esta se institucionaliza como comunitaria, y si la rechaza, esa forma queda excluida de la estética comunitaria. Así, los chokue, al incorporar a su acervo las célebres esculturas cuya boca entreabierta muestra dientes puntiagudos, las que fueron en su momento producto de una urticante innovación, instituyeron como signos de belleza formas que para otros pueblos resultan crueles y horribles. Pero poco importa el rechazo de estas formas por parte de otros pueblos, su falta de 'universalidad' pues lo que cuenta es su capacidad de fortalecer la cohesión social, la identidad del grupo.¹⁰

Opuesto a la búsqueda desaforada de originalidad de Occidente, en la que constantemente se destruyen viejos paradigmas —incluso sin que existan otros más elaborados o válidos—, en el arte tradicional las innovaciones se dan de un modo lento, gradual, sin el objetivo de destruir el acervo colectivo precedente, sino de enriquecerlo. El individuo no se esfuerza por expresar algo distinto del sentir común y deslumbrar con ello.

Colombres plantea en sus textos la necesidad de construir una teoría del arte que no incorpore mecánicamente cánones occidentales, sino que se estructure por sí misma, recomponiendo sus partes. Revalorizar el papel del rito, los fetiches, el arte aplicado al cuerpo, las indumentarias, la relación arte-verdad, el aspecto temático, la sensibilidad, el individuo, la subjetividad y la comunidad, etc.

Al igual que la cultura dominante intentó colonizar el imaginario de los colonizados, vaciándolo de sus sentidos originales para imponer monopolios de los sentidos, al igual que intentó explicar y evaluar los procesos a partir de una

¹⁰Adolfo Colombres, ob. cit, p. 249.

teoría del arte que no ha demostrado su universalidad, la cultura dominante, haciendo uso de las herramientas del poder elaborado, ha establecido un pensamiento y un ordenamiento jurídico adecuado a ello.

El sistema de valores occidental constituye un sistema de valores válido, pero no el único, ni el único capaz de servir de base para engendrar normas universales, que contengan la respuesta conceptual y jurídica a tan diversas y heterogéneas formas de crear. En la exclusión de las formas expresivas de millones de seres humanos de la protección jurídica supuestamente dedicada a proteger la creación, en la ausencia de fórmulas de protección y salvaguardia que se adapten a ello, encontramos una manifestación de los viejos conceptos de "civilización" y "barbarie".

Vemos también cómo en el propio arte nacido en Occidente, los conceptos han evolucionado y la originalidad se ha ido definiendo en términos diferentes.

María Elena Jubrías explica:

Entre los principios más controvertidos de toda la historia del quehacer artístico está el de la originalidad. [...] El arte moderno legitimó la unicidad de la obra como originalidad, entendiendo por unicidad tanto el hecho de ser obra primera —'el original'— en oposición a segundas versiones o copias, como la calidad de aportar algo distinto, una nueva imagen no conocida anteriormente.

Cuando repasamos la historia nos percatamos de que el valor extraordinariamente superior del original es una especie de mito creado por la modernidad, que funciona más como valor histórico y/o mercantil que estético.¹¹

Y continúa:

¹¹María Elena Jubrías, *Arte Postmoderno*, Universidad de La Habana, La Habana, 1993, pp. 36-39.

La originalidad como signo distintivo de lo único y lo novedoso se convirtió en un indicador de calidad de igual jerarquía que los valores formales y fue muy esgrimida por los críticos de los 50...

Con el arte postmoderno la originalidad ha ido definiéndose en términos diferentes, aunque los intereses del mercado hayan mantenido alguna de esas exigencias de valor.¹²

Sin dudas se cuestiona el concepto de originalidad. El arte pop copió imágenes comerciales muy conocidas, los fotorrealistas retomaron la pintura para copiar con exactitud fotografías y los neohistoricistas copiaron estilos artísticos ya existentes. En esta etapa las obras se podrían conceptuar más como plagios que como copias, a no ser porque no pretendían engañar a nadie. Su originalidad residía en no ser originales en su manera de decir, sino imitadores.

Y sigue explicando cómo el sistema de relaciones del arte durante el período 1960-90 en Europa y EE.UU., sufre una transformación importante:

El objeto artístico expande sus fronteras y sufre cambios cualitativos importantes, al negar principios de valoración como lo sublime, lo perdurable, lo específico, lo original. [...] Se aceptan como arte obras que incorporan objetos e imágenes vulgares en forma nunca vista antes; copias de fotografías o plagios por imitar códigos de tendencias anteriores. Se aceptan como arte obras que incorporan al espacio otras realizadas a campo abierto y transformaciones urbanísticas. Acciones, pronunciamientos, juegos, escenificaciones improvisadas, mutilaciones del propio cuerpo, entran también bajo el término de arte...

Se aceptan obras efímeras; obras donde los valores de diseño no existen porque se reducen a esquemas, proyectos,

¹²Ídem.

documentos. Sin dudas el objeto artístico ha dejado de ser el que fue —y todavía se mantiene en varios casos— a lo largo de siglos anteriores, y esto implica a no dudarlo una ruptura importante.¹³

En el campo del Derecho, la noción de originalidad ha sido elaborada por la doctrina y la jurisprudencia a fin de distinguir lo que se puede proteger o no mediante el derecho de autor. Existen diversas teorías: la doctrina francesa desarrollaba el concepto en su sentido subjetivo más elevado, la italiana, añadiéndole al concepto la integración de originalidad (impronta personal) y novedad (la obra debe ser distinta a otra), la alemana, la de la individualidad más objetiva pues implica el reconocimiento de la elección de una opción creativa, entre varias, por parte del autor.

Pero ninguna de las asumidas por el Derecho hasta hoy y asociadas a la protección de la creación asume la posición del ser humano dentro de la sociedad como partícipe, como sujeto creador y receptor, como protagonista individual y colectivo, como deudor y acreedor de las vivencias generadoras del arte.

Consecuente con los intereses de las clases y grupos económicamente dominantes —ese intermediario que subordina todo el sistema a sus intereses mercantiles y ese consumidor interesado en lo que la obra aporte como ganancia— el Derecho de autor ha quedado anclado en la protección de la obra de arte-mercancía, y si ha tratado de asimilar los cambios ha sido intentando buscar un asidero material, un boceto que exprese la idea, capaz de sustituir ese objeto artístico material transformado o ausente. No se ha hecho eco la doctrina jurídica aún de lo esencial de las transformaciones, contradicciones y cuestionamientos que comienzan a tener lugar.

¹³Ibídem, pp. 77 y 78.

La originalidad absoluta no existe. El creador al hacer su obra, utiliza muchas fuentes de inspiración, utiliza el lenguaje, las imágenes, el sonido, los ritmos, los colores, los movimientos o los sentidos, técnicas, géneros, materiales que toma de la creación precedente. Por otra parte, se inspira también de las vivencias y emociones que nacen del propio disfrute o apreciación de toda esa obra precedente por parte del artista.

No es justificable ética y culturalmente la existencia de normas tan increíblemente restrictivas que separan, identifican y diferencian al creador y al espectador o receptor, y mucho menos si admiten y favorecen la sustitución de la figura del creador por el del titular de los derechos, edificando sobre el mismo una falsa estructura que lo privilegia, colocándolo por encima de los demás actores. La fundamentación de tales normas no parte de criterios artísticos ni culturales.

Si bien la teoría del Derecho de autor ha reconocido la multiplicidad de fuentes inspiradoras de la creación, su desarrollo posterior desde este reconocimiento al otorgar poderes cada vez más amplios, duraderos y exclusivos, en claro olvido de las vastas fuentes colectivas y en detrimento del patrimonio común.

Muchas de las decisiones acerca de la originalidad recaen hoy en los tribunales de justicia. En las llamadas legislaciones "eficaces" y regímenes "sólidos" es asombroso ver cómo los asuntos culturales han pasado cada vez más a ser decididos por los abogados y tribunales, pues son ellos los que definen a diario cuándo una obra es o no original. No sería de esa forma si los aspectos culturales tuvieran el protagonismo necesario y no se redujera la obra artística y sus múltiples significados a la capacidad de generar ingresos a favor de uno u otro sujeto.

La crítica al requisito de la originalidad no niega la existencia de elementos distintivos en las obras que emergen del talento, la capacidad y la fuerza expresiva del que la crea. Tampoco significa que la apreciación de toda obra de la crea

ción deba ser gratuita ni que los autores deban dejar de ser remunerados por sus obras. Pero estos conceptos en sí mismos, al reconocer la afluencia de infinidad de fuentes inspiradoras, referentes, y el reconocimiento de otras formas de crear, deben ser entendidos desde esa propia diversidad y dinámica creativa.

Los conceptos de autor, obra y originalidad en la doctrina jurídica deben ser desmitificados. Debe mirarse un poco más a la historia universal del arte, no excluyente ni discriminatoria. Es útil y viable para determinados tipos de obra —y no para todas— el reconocimiento de esa especie de “ficción” que es la obra terminada, la persona del autor y el reconocimiento de derechos morales e incluso patrimoniales, siempre que estos sean acotados tanto en tiempo como en amplitud, en bien del creador y de la creación y no se constituyan en instrumentos de los monopolios para desencadenar sus turbios engranajes judiciales en pos de ilegítimas indemnizaciones.

Cabría preguntarse si es la originalidad un concepto que implica que la obra lleve la impronta personal del autor y qué debe distinguirla para ser protegida. ¿Por qué se genera tanto dinero por supuestos derechos de autor a las editoriales y otras corporaciones con la llamada literatura kleenex o chatarra, o gran parte de la música o del audiovisual “enlatado” que invade el mercado actual que se basa en la repetición de estereotipos, temas, argumentos, ritmos, que se constituyen en verdaderas maquinarias y que poco aportan de novedoso u original respecto a sus similares?

El criterio de que la obra de arte debe ser única, no constituye un criterio de valoración estética y parece estar muy relacionado con el papel de la obra de arte como mercancía. Junto a esta idea, muchas otras teorías alrededor de las formas de expresión artística, proceden del desarrollo occidental.

El desarrollo no es un camino único, uniforme y lineal. La burguesía europea privilegió el uso de materiales durables para que la obra de arte pudiera ser acumulable, mientras que los pueblos de América evidenciaron un reconocimiento

a la intensidad de lo efímero en sus fiestas rituales. Colombres analiza cómo los pueblos nómadas del África Oriental, por su parte, imposibilitados de fabricar objetos que pudieran ser transportados a través del desierto, hicieron recaer en el cuerpo una gran violencia simbólica, signos de carácter social, sexual, político y ritual, expresados a través de pinturas, maquillajes, perforaciones, tatuajes, etc. Tales formas de expresión fueron despreciadas y excluidas por Occidente. Todos estos conceptos aparentemente estéticos se colocaron al lado de conceptos antropológicos que justificaban la inferioridad de dichos pueblos y que tenían como fundamento, obviamente, intereses económicos e intenciones coloniales.

Colombres advierte: "Las diversas definiciones que los sectores dominantes dieron de nuestra identidad patentizan de un modo lamentable un sometimiento a principios que esgrimen como universales e indiscutibles, y que en verdad son puramente occidentales y propios de una clase y una época. Esto viene a conformarnos que estamos aún parados en una historia que no nos pertenece..."¹⁴

A lo cual pudiera adicionarse que también estamos parados en un sistema de derecho que no nos pertenece, nacido de estas definiciones y que, aunque mucho ha tratado de evolucionar y adaptarse a las nuevas exigencias, lo ha seguido haciendo desde una visión occidental, forzado cada vez más por criterios que se alejan de la comprensión del arte y del desarrollo humano, para responder a criterios económicos, hoy en día extendidos a todo el mundo.

Cuestionar los conceptos no implica descalificarlos totalmente. Sus preceptos pueden ser útiles para seguir dando solución a algunos de los problemas a los que nos enfrentamos, pero debemos impedir su aceptación como verdad absoluta, interceptar su aplicación automática y tomarlo como

¹⁴Adolfo Colombres, *América como civilización emergente*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2004, pp. 231 y 232.

un aporte más para seleccionar lo que de ello pueda servir a un sistema de derecho más justo y equilibrado.

Análisis de otro tipo requerirían siempre las apropiaciones de obras o partes de ellas que llevan implícita la mala fe y el ánimo de lucro, como pudiera ser la usurpación de la paternidad de una obra y la falsificación. Estamos hablando de modos de crear y no de lucrar. Alguien que copia una obra artística sin realizar aportación, adaptación ni reinterpretación alguna, nada que resulte nuevo o creativo y asume la paternidad de la misma, debe ser penado, al igual que quien lo hace para lucrar. Estas situaciones, siguen siendo hoy éticamente indefendibles y así, a nuestro juicio, debe quedar reflejado en las normas legales. No obstante, aún para ello, las normas legales deberán tener en cuenta las costumbres, significados y valores de cada sociedad en cuestión acerca de los hechos que intenta regular.

CREACIÓN Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

Otro aspecto que ha generado muchos debates es la posibilidad del Derecho de autor de proteger y estimular la creación ante las transformaciones que se están produciendo con la aplicación de las nuevas tecnologías.

El análisis técnico-jurídico de cada uno de estos aspectos llevaría a una investigación más extensa que nos desviaría de nuestro objetivo. Solo mencionaremos, como ejemplos, algunos elementos que han sacudido de cierta forma la doctrina y que quedan como problemas por resolver o a los que se les ha otorgado una solución discutible en correspondencia con los intereses implicados en el reforzamiento de los derechos exclusivos.

El momento actual es, sin dudas, un momento de cambio. La legislación en materia de derechos de autor que resulta de los intereses de los sectores dominantes de la sociedad en cada momento histórico establece, a través del reconoci

miento de derechos a los diferentes actores y de límites que se imponen, el equilibrio deseado por estos.

El Derecho de autor de tradición latina tuvo un determinado equilibrio en sus orígenes, en correspondencia con el desarrollo tecnológico y con los conceptos que en torno al autor y a la creación eran válidos en ese momento. Pero con el paso del tiempo el desarrollo, lógicamente, no se detuvo y se fueron introduciendo más y más avances tecnológicos que modificaron la relación de los autores con sus obras y con los demás entes que toman parte en la vida económica y cultural de la sociedad. Se fortalece cada vez más un eslabón necesario para la difusión a gran escala de estas obras: la industria cultural. La balanza se inclina hacia una mayor protección a este eslabón que concentra cada vez más el poder económico quedando, en un segundo plano, los legítimos intereses de la creación artística y de aquellos que necesitan acceder a ella.

El desarrollo del entorno digital y las comunicaciones en los momentos actuales es vertiginoso. Surgen también nuevas formas de expresión y creación, nuevos modos de reproducción, distribución y acceso, que comienzan a poner en crisis los modelos comerciales utilizados y las normas establecidas para otras realidades parecen ser vulnerables e inapropiadas.

Una lectura de los hechos desde la economía política nos aporta el colectivo Wu Ming en su artículo "Copyright y maremoto" donde plantea: "El conflicto entre anti-copyright y copyright expresa en su forma más inmediata la contradicción de base del sistema capitalista: la que se da entre fuerzas productivas y relaciones de producción/propiedad. Al llegar a un cierto nivel, el desarrollo de las primeras pone inevitablemente en crisis a los segundos".¹⁵

Según estos autores, ha terminado una fase de la cultura y leyes más duras no bastarán para detener una dinámica

¹⁵Wu Ming, ob. cit.

social ya iniciada y arrolladora que está modificando la relación entre producción y consumo de la cultura, poniendo en crisis el régimen de propiedad de los productos del intelecto. Se abandona la cultura de masas centralizada, estandarizada, unívoca, obsesionada por la atribución del autor e hiperregulada por una dimensión productiva que, a un nivel de desarrollo más alto, presenta no pocas afinidades con la de la cultura popular horizontal, basada en el "plagio", regulada por el menor número de leyes posible. Resulta obvio para ellos que se está tratando de imponer viejos modelos para un nuevo orden de cosas. En una economía de la información y el conocimiento, el aumento de su valor no puede verse igual que en la economía de los bienes materiales. Las ideas, a diferencia de los demás bienes objeto de apropiación, no se consumen ni se gastan por su uso y distribución; todo lo contrario, su divulgación permite la multiplicación y la fecundación.

Pero si bien está en la naturaleza de las ideas el fluir libremente, se han desarrollado mecanismos cada vez más restrictivos para limitar su circulación. Se pretende regular, por una parte, la "expresión" de esas ideas y, por otra, la "aplicación" de las mismas, precisamente cuando los límites entre estos términos se hacen cada vez más borrosos.

De la "protección" de estas "expresiones" se encarga el Derecho de autor, mientras que de la "protección" a la "aplicación" de las ideas se encarga la Propiedad industrial. Uno y otra conforman la llamada "Propiedad intelectual", cuyo nombre en sí encierra para muchos autores la esencia del tipo de protección que brinda, que olvida la promoción de la creación y la difusión del conocimiento, para garantizar su privatización exclusiva y excluyente. Es muy rica e intensa la discusión sobre este tema.

Correspondería entonces al nuevo Derecho de autor redimensionarse, rediseñarse en función de cómo se pueden cumplir sus objetivos en las nuevas condiciones.

Sería un absurdo buscar una única voz en este concierto. Si se analiza el Derecho como expresión de intereses concre

tos de clases y grupos sociales, buscaríamos sin encontrar una solución técnica única, un solo Derecho de autor global y armónico que responda puramente a los requerimientos de las nuevas tecnologías, un Derecho de autor súper especializado, apolítico, ahistórico, que responda a las necesidades de las grandes masas a la vez que alimenta la voracidad de la gran industria. Es imposible.

Las soluciones técnico-jurídicas que encontramos hoy en día a los problemas que van surgiendo con el avance tecnológico, expresan y protegen los intereses de la gran industria por encima de cualquier otro. Autor y sociedad son elementos secundarios. Innumerables ejemplos sustentan este planteamiento.

Por otra parte, lo que pudiera funcionar para los países del Norte, en muy pocas ocasiones se ajusta de igual manera a la realidad de los países del Sur. Se impone, pues, buscar otros elementos que enriquezcan el debate actual.

Con los cambios tecnológicos se ha experimentado una tendencia expansiva de la disciplina. Originalmente fueron las obras artísticas y literarias, las creaciones intelectuales de forma las que se protegieron. Hoy en día el Derecho de autor protege programas de ordenador, bases de datos y otros resultados no carentes de creatividad, pero que de la manera en que se asume su protección se apartan en gran medida de los objetivos originales de la disciplina. ¿Se protege la creación o la inversión? ¿Debería desgajarse una nueva rama de este tronco común, o deberá continuar su crecimiento este "tronco torcido"?

El desarrollo de herramientas informáticas que auxilian la expresión formal de las ideas, oscurece los límites entre la idea que no puede protegerse y la expresión que sí puede. ¿Dónde está la creatividad? ¿Qué es entonces lo que debe ser protegido?

Cada arte posee su propio lenguaje expresivo con unidades mínimas reconocidas: colores, notas musicales, palabras, que pertenecen al dominio público; el dominio privado co

menzaba en su combinación. En la actualidad, algunas técnicas digitales permiten trabajar, por ejemplo, imágenes o sonidos a un nivel "microscópico", de modo mucho más detallado que lo que permite detectar el ojo o el oído humano. ¿No sería necesario correr las fronteras del dominio público o habrá que desconocer la originalidad a nivel "microscópico"?

La informática permite a los autores expresarse a través del diseño de estructuras tridimensionales (mundos imaginarios) que los usuarios exploran e incluso pueden seleccionar sus características (luz, sonido, etc.). ¿Estamos o no ante un nuevo espacio?, ¿el mismo que se tiene en cuenta en las obras arquitectónicas?

En el arte digital se utiliza mucho la simbiosis, o sea, la fusión de características de dos o más objetos para producir una apariencia nueva. Si estos objetos cuyos fragmentos se utilizan corresponden a obras preexistentes ¿la nueva obra es derivada? ¿Requiere autorización y pago por estos usos? ¿Puede y debe el arte digital nacer con la carga de obtener un número "infinito" de autorizaciones y realizar pagos por cada paso, por cada rasgo de la nueva obra? ¿Favorece esto a la creatividad?

Al tener una base digital común la técnica digital permite transferir lo visual a sonoro y viceversa, o sea, escuchar un color y apreciar visualmente un sonido ¿Cómo apreciará el Derecho de autor estos cambios utilizados como parte de la experimentación artística?

Tales cuestionamientos y muchos otros han sido planteados ya desde hace varios años y sus soluciones solo podrán ser halladas a partir de análisis que tengan en cuenta la multiplicidad de factores presentes y sus consecuencias en lo tecnológico, económico, social, jurídico y cultural.

Del mismo modo que el texto escrito transformó la cultura oral, tal y como la imprenta revolucionó los modos de difusión de la cultura separando la obra de su soporte material e introduciéndolo luego en el mercado, con la misma fuerza

con que irrumpe el audiovisual que fusionó y se nutrió de la herencia oral, textual, añadiendo la visual, hoy aparece la llamada literatura hipertextual.

La literatura hipertextual se puede definir como un laberinto que intenta reproducir las asociaciones de la mente humana y brinda al lector la posibilidad de navegar por sí solo en este tejido y de construir sus propias acciones en una diversidad de espacios, tiempos y puntos de vista. Si entonces se le incorporan imágenes y sonido, se convierte en hipermedial. Como es de suponer, el hecho de que concurren en un mismo momento y espacio autorías de muy distinta procedencia, lo hace en extremo complicado a la hora de hablar de obra y derechos de autor.

En un libro impreso, las frases, párrafos y páginas se suceden en un orden determinado por el autor. Aunque se puede revisar el contenido de un libro al azar, este permanece siempre en los límites de sus dimensiones físicas. Sin embargo, no es así en el mundo digital, donde la idea o sucesión de pensamientos pueden comprender una red de pistas dispuestas para nuevas elaboraciones o argumentos que pueden ser invocados o ignorados. La estructura del texto es en sí misma muy compleja, se pueden reordenar fragmentos de información, ampliar frases y definir palabras. Estos vínculos los puede incorporar tanto el autor o los autores como el lector.

La existencia misma del autor, de la forma en que hasta ahora ha sido concebido, es incluso cuestionada en la narrativa hipertextual. Hay quienes anuncian su muerte; otros, que se borrarán las diferencias entre autor y lector, que van a fundirse, o que se establecerán nuevas relaciones donde el creador perderá autoridad como voz única, o que, por el contrario, ganará mayor poder en su nuevo papel de arquitecto de múltiples caminos. Hay quienes piensan, finalmente, que asistimos a la disolución de un concepto tradicional de autor —quizás a la inversa o en otro sentido que el experimentado al surgir la imprenta—, donde todos podrán convertirse entonces en autores.

La creación colectiva es una de las posibilidades más interesantes que ofrece la Red: acceder a un servidor y componer o modificar, o enriquecer otros temas. De esta forma una idea o germen musical generado por un autor puede evolucionar en múltiples direcciones. Las obras se convierten en seres con una vida propia capaces de desarrollarse fuera ya del control de su creador. Algo similar sucede con otras manifestaciones, por ejemplo, con la plástica.

El desarrollo de Internet tiene a industrias enteras amenazadas de extinción. Casos muy críticos están hoy bajo consideración de las cortes en diversos países y es que no se trata simplemente de interpretar regulaciones o procesos anteriores. Se trata de asuntos nuevos por resolver.

Que la industria no encuentre modos de controlar los usos, que a nuevas medidas de seguridad se sucedan casi al instante la invención de vías para eludirlas, que las sociedades de gestión no encuentren un medio efectivo, económico y una solución viable para absolutamente todos los modos posibles de explotación de las obras, pueda quizás ser un buen indicio. ¿No será que las fuerzas productivas se empeñan en despojarse de formas de propiedad que les quedan estrechas, no será que el desarrollo tecnológico nos está llevando de la mano al rompimiento de estas relaciones de propiedad y nos conmina a su sustitución por otras más adecuadas a los medios que tenemos a nuestro alcance?

¿Quizás sea el autor de una página en Internet, como se ha dicho, un nuevo juglar medieval, cuya contribución pasará inmediatamente a pertenecer a una comunidad de conocimientos compartidos y anónimos?

La **muerte del autor**, anunciada por Barthes, —nos advierte Pérez Parejo—, adquiere aquí una aplicación práctica que refuerza sus postulados. Por lo pronto, se produce una democratización de la autoría, ya que poco importa el prestigio del nombre propio del autor a la hora de poder publicar en Internet [...] Existe la posibilidad en muchos casos de

[...] sugerir al autor cambios y transformaciones sustanciales, incluso proponer que se dedique a otra cosa. El lector se convierte en el verdadero artífice de la obra y muestra definitivamente su vasto poder, hasta ahora solo sugerido como promesa de futuro por Barthes, Foucault y Derrida. El lector-autor, en un medio que aún está en pañales, ignora aún cómo gobernar esta fabulosa autonomía interactiva. Va siendo necesario concederle ya otro *status*. Se produce definitivamente el traspaso de poder entre autor y lector. Además de la democratización de la autoría, se produce un nuevo auge de la escritura coloquial, la más vinculada a la oralidad. Los chats y distintos foros cibernéticos son la mejor prueba de ello. [...] En suma: se trata de una nueva fórmula de comunicación que tiene un estatuto específico y propio que debe definirse y que, en último extremo, hay que tener en cuenta so pena de convertirnos en unos nostálgicos a quienes la tecnología barrió de la faz de la escritura.¹⁶

Otros autores definen la época actual como la época de la postproducción, asumida como actitud, a principios de los años 90, cuando muchos artistas abandonan soportes y lenguajes clásicos para crear desde nuevas estéticas.

Para Nicolás Bourriaud, los nuevos artistas no tratan ya de elaborar una forma a partir de un material en bruto, sino de trabajar con objetos que ya están circulando en el mercado cultural, es decir, ya informados por otros, la llamada estética del remix. El arte comienza a ser visto de forma diferente: ya no como un complejo museo con obras a las cuales venerar e intentar superar, sino como un inmenso bazar del cual pueden tomarse los elementos necesarios para recombinarlos y crear algo nuevo. Esta forma busca romper con la distancia entre obra y espectador, destroza una vez más la noción

¹⁶Ramón Pérez Parejo, ob. cit.

omnímoda del yo artístico y la propiedad de las formas y ello nada tiene que ver con las formas actuales del copyright.

Adelantarnos ante estas realidades a dibujar un escenario de los derechos de autor en los años venideros, sería en extremo difícil. De cualquier forma debe entenderse que el autor, como categoría condicionada histórica y socialmente, al igual que las formas de narrar, de hacer música, de hacer arte en general y de acceder a la información, también está cambiando y ello es una causa más que suficiente para que se produzca un cambio en el régimen jurídico de la creación.

APROPIACIÓN AL ESTILO OCCIDENTAL

En el informe de la UNESCO, conocido como "Nuestra diversidad creativa", se dice:

Todas las artes constituyen ejemplos admirables del concepto de creatividad, pues son fruto de la imaginación pura. Sin embargo, si bien las artes forman parte de las formas más elevadas de la actividad humana, crecen en el terreno de los actos más rutinarios de la vida cotidiana. Sin embargo, en un mundo en el que la cultura se ha convertido en mercancía [...] no siempre se la comprende y es difícil de medir. Eso es especialmente cierto cuando su expresión no es un acto individual, sino colectivo. En efecto, en la mayoría de las tradiciones culturales se otorga un papel menos destacado a la expresión individual en el proceso creativo que en Occidente. Muchas grandes realizaciones artísticas siguen siendo creaciones colectivas, como lo fueron las catedrales góticas de Europa hace algunos siglos. En dichos contextos, el artista o artesano, hombre o mujer, es ciertamente una persona, pero no necesariamente una 'personalidad'. Esto contrasta también con el énfasis de la cultura global de masas en las 'estrellas' del día, celebridades del cine o campeones deportivos, quienes son idolatrados desproporcionadamen

te en relación con su contribución creativa. La participación activa de la gente en las formas de expresión cultural sigue siendo menospreciada. Frecuentemente se olvida que la creatividad es una fuerza social, ya se trate de un artista aficionado o de los esfuerzos de una comunidad.¹⁷

Es una realidad que los tratados y convenciones internacionales referidos al derecho de autor han asumido un sistema de apropiación al estilo "occidental", inapropiado para otras muchas culturas, fundamentalmente de los llamados pueblos originarios, donde, a través de los siglos, la creación ha sido y es, en esencia, colectiva. Este sistema ha forzado conceptos e impuesto formas de apropiación ajenas a tales grupos humanos.

Al respecto, Joost Smiers nos aporta:

la apropiación individual de creaciones e inventos es un concepto desconocido en muchas culturas. A los artistas y a los inventores se les paga por su trabajo, que evidentemente depende de la fama que atesoran y de otras circunstancias, y puede que sean enormemente respetados por lo que han hecho. Pero no cabe en la mente de los integrantes de muchas culturas que un individuo pueda explotar una creación o un invento de un modo monopolístico durante varias décadas. Al fin y al cabo, el artista o inventor continúa el trabajo de sus predecesores. Un buen ejemplo que refleja la postura adoptada por muchas culturas ante la creatividad artística es el de la música raí argelina, aunque el ejemplo es válido para la mayoría de culturas con músicas populares y tradicionales como el calipso, la samba, el rap, etc.

¹⁷"Nuestra diversidad creativa", en www.unesco.org/culture/policies/ocd/html_sp/index_sp.shtml. Informe de la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo, versión resumida, UNESCO, París, septiembre, 1996.

Es difícil saber quién es el verdadero autor (en el sentido del copyright occidental). En realidad la música raí carece de autor. Hasta hace algunos años, cuando entraron en el sistema del mercado occidental, los cantantes tomaban prestados canciones o estribillos los unos de los otros. El público añadía espontáneamente palabras a las canciones. En la práctica de los cantantes, de los chebs y chabas, el robo, el saqueo y el plagio de textos no existe. Es un tipo de música que depende de las circunstancias, del momento, el lugar o el público.¹⁸

Según un estudio realizado por A. O. Amegatcher, Director de la Oficina de Derecho de Autor de Ghana (COSGA), la opinión de los pueblos indígenas sobre los asuntos de derecho de autor y paternidad, no es uniforme en los distintos continentes. Los esquimales de Canadá, los aborígenes de Australia o los pueblos indígenas de África y América Latina tienen algunas cosas en común; pero sus experiencias son diferentes y actúan en entornos totalmente distintos en dependencia de la manera en que los trataron los invasores y colonizadores: en algunos fueron confinados en reservas o integrados de otro modo en naciones de estilo europeo, creadas en su propio territorio, mientras que en otros fueron simplemente administrados y pudieron conservar y fomentar sus costumbres bajo el régimen colonial. Aunque en algunas zonas, las nociones de propiedad colectiva han sido contaminadas por conceptos de propiedad privada y de producción para obtener beneficios a medida que los recursos se volvían escasos, los ghaneses y tal vez la mayoría de los habitantes de África Occidental, nos refiere Amegatcher, no tienen esa concepción de la propiedad intelectual o el derecho de autor.¹⁹

¹⁸Joost Smiers, ob. cit.

¹⁹A. O. Amegatcher, "Protección del folclore mediante el derecho de autor: una contradicción intrínseca", en www.unesco.org.

Luego añade:

Antes de que se recibiera la influencia de la cultura occidental y más concretamente de que se aprobara la ley de 1911 sobre derecho de autor del Reino Unido, los ghaneses no estimaban que la creación de una obra literaria, musical o artística generaba derechos de propiedad porque sus propios conceptos de propiedad eran muy elementales y no abarcaban bienes inmateriales, [...] Vivían en una economía de subsistencia en la que se reconocía la propiedad personal de los bienes muebles. [...] las tierras adquiridas mediante conquista o herencia pertenecían a la comunidad y debían transmitirse a las generaciones futuras.²⁰

Y cita al músico Kofi Ghanaba,²¹ quien refiere en un artículo titulado "The Poaching World of Music" que:

En el mundo de la música al que pertenezco todos roban [...] desde los grandes compositores hasta los menos importantes. Yo siempre he opinado que en el campo de la música nada es original [...] Cuando yo era Director de la emisora de radio ELBC (Liberia) [...] una vez hice una audición para un músico que interpretó una melodía similar a **That Happy Feeling**. [...] Nadie sabe cuál es el verdadero origen de esa melodía en un mundo que existe desde hace miles de millones de años. Sencillamente utilicé la canción de mi madre adaptándola a mi manera y tuvo mucho éxito en todo el planeta porque pertenece a la historia de la humanidad.²²

Y añade Amegatcher que en la visita que realizara Kofi Ghanaba a África Oriental y Sudoriental escuchó melodías

²⁰Ídem.

²¹Músico ghanés famoso por la canción **That Happy Feeling**.

²²A. O. Amegatcher, ob. cit.

similares a **That Happy Feeling**, y que en Sudáfrica recibía el nombre de **Sugar Bush**.

En su artículo "Originalidad dudosa", Joost Smiers menciona el ejemplo de Japón, país donde la idea de los derechos de autor remunerados tampoco forma parte de la cultura tradicional y donde reclamar derechos propios en esta materia, sobre todo cuando hay dinero de por medio, se considera algo deshonesto e indigno.

Por otra parte, en su libro **Cultura Libre...**, el norteamericano L. Lessig aporta un curioso ejemplo del propio Japón. Es el caso de los llamados **doujinshi**, una especie de cómics que se basa en la copia de otros preexistentes, práctica que se realiza con la mayor libertad y sin que sea rechazado por la sociedad. El mercado de este producto en Japón es inmenso y aún cuando las leyes vigentes lo prohíben, pues se están creando obras derivadas sin autorización del dueño del copyright original, la práctica no solo existe sino que florece. Un abogado japonés, ante la pregunta del mencionado autor de por qué era eso posible, simplemente respondió que no habría suficientes abogados y recursos para perseguir estos casos.

No obstante, los japoneses han tenido que irse familiarizando con los conceptos relacionados con el copyright a partir de las presiones de los EE.UU., que le hicieron, incluso, cambiar la ley que regulaba los derechos de autor en 1996.

Esta realidad es similar en muchos países no occidentales, donde es inadecuada la aplicación de tales normas a la complejidad y especificidad de los procesos de creación. Volviendo a la música africana, se asegura que allí el reparto individual de los derechos de autor resulta totalmente inviable, pues es imposible medir el grado de la 'originalidad' de una pieza musical que continuamente, en cada interpretación, se está rehaciendo. Para repartir de forma equitativa los **royalties** habría que dividirlos en cuatro, nos explica Smiers: "...la letra, la melodía, el ritmo y el baile; y la melodía, a su vez, debería dividirse entre los varios contrapuntos o melodías cruzadas, y el

polirritmo entre sus múltiples subritmos".²³ No obstante, esto no sería suficiente porque habría que tener en cuenta también el modo singular en el que el público interactúa, danza y dialoga con los músicos durante la interpretación.

Rosemary Coombe, prevé una imposible aplicación de la ley del copyright entre los indígenas de Canadá:

La ley hace trizas lo que los pueblos de las primeras naciones ven como algo íntegramente relacionado, congelando por categorías lo que para los pueblos nativos fluye en unas conexiones que no separan los textos de la constante producción creativa, ni la creación creativa de las relaciones sociales, ni las relaciones sociales del contacto de las personas con el paisaje ecológico que aúna a las generaciones pasadas y futuras en unas relaciones de trascendencia espiritual.²⁴

Por supuesto, no debe entenderse con esto que los artistas y autores "folclóricos" no quieran que sus obras sean valoradas en el mercado, o renuncien a posibles *royalties*, sino que hay que tener en cuenta la existencia de sistemas de valores diferentes a los del mercado que deben ser respetados. Tal como no quiere entenderse en el campo de las patentes, que el bien común pueda ser un fin para la actividad inventiva, el sistema legal dominante en materia de derechos de autor intenta ignorar que el ser humano es capaz de crear, de construir sus imágenes, de relacionarse con su entorno y su comunidad sin tener la realización mercantil como objetivo supremo.

James Boyle, citado también por Smiers, afirma:

El concepto del autor se alza como una puerta que uno debe cruzar para adquirir los derechos de la propiedad intelectual

²³Joost Smiers, ob. cit.

²⁴Rosemary Coombe, "The Cultural Life of Intellectual Properties. Authorship, Appropriation, and the Law", en Joost Smiers, ob. cit.

tual. En este momento, la puerta favorece de un modo absolutamente desproporcionado a las contribuciones que los países desarrollados han hecho a la ciencia y a la cultura mundial. El curare, el batik, los mitos y la lambada salen de países en vías de desarrollo desprotegidos por los derechos de la propiedad intelectual, mientras Prozac, Levis, Grisham y la película **Lambada!** entran protegidos por una serie de leyes de la propiedad intelectual, amparadas a su vez por la amenaza de sanciones comerciales.²⁵

Lo mismo sucede con el diseño, la música, las imágenes, las historias contadas, donde los países del Tercer Mundo son una fuente inagotable de “materias primas”, que regresan luego como “productos elaborados” por los que hay que pagar altos precios sin que su origen sea, en muchas ocasiones, reconocido ni recompensado. En los casos en que se explota el arte o los conocimientos tradicionales a través de los sistemas internacionales de Derecho de autor, las comunidades rara vez obtienen beneficios económicos y, cuando han sido compensadas, los beneficios suelen ser exiguos en comparación con las enormes ganancias obtenidas por las empresas explotadoras. Es la verdadera piratería, sinónimo de expoliación, robo, saqueo, que se aparta de la acción de compartir o copiar música o libros con compañeros o amigos y que no aparece definida por el Derecho de autor y sus instrumentos internacionales, ni en las campañas de las transnacionales, ni en la movilización internacional propiciada por los grupos de poder.

EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES

El Derecho de autor se ha autodefinido como la rama del Derecho que regula los derechos subjetivos del autor sobre las

²⁵James Boyle, “Shamans, Software, and Spleens. Law and the Construction of the Information Society”, en Joost Smiers, ob. cit.

creaciones que presentan individualidad, resultantes de la actividad intelectual, obras capaces de ser reproducidas, representadas, ejecutadas, radiodifundidas, etc. Se habla de la propiedad artística y literaria introducida por los decretos franceses y el Convenio de Berna —del cual ya hemos hablado anteriormente— se refiere precisamente en su denominación a las “obras literarias y artísticas”. Pero el sistema de Derecho de autor, a diferencia de otras normas dentro del ya denominado Derecho de la cultura, se ha desarrollado impetuosamente y ha querido ser presentado como el régimen protector por excelencia de la creación. Este desarrollo también ha incluido la elaboración de mecanismos punitivos y de coerción, incluso extraterritoriales, como veremos más adelante. No es de extrañar este desarrollo desproporcionado.

El consumo en todas sus variantes, el tráfico mercantil y todas las transacciones y acciones especulativas que se producen en torno a este, son el centro de la protección de la inmensa mayoría de los actuales sistemas de derecho vigentes. En la esfera de los llamados derechos culturales, el titular²⁶ de los derechos de la obra-mercancía, o de la obra susceptible de ser mercancía²⁷ es el protegido por excelencia de la rama denominada Derecho de autor.

Todo cuanto el ser humano crea es cultura y mucho queda fuera de la protección del derecho de autor. Es imposible reducir los procesos culturales a la acumulación de obras de arte y saberes exclusivos de privilegiados. La cultura es patrimonio social que se actualiza con la creación, que se decanta, que adopta elementos ajenos, que los transforma y los asume; abarca conocimientos, creencias, costumbres, usos, saberes populares; comprende también la religión, la moral, el pensamiento, las lenguas, el orden jurídico y las artes.

²⁶Se le llama titular y no autor.

²⁷Esta categorización no implica necesariamente en todos los casos una mala calidad de la obra.

Las artes, pues, constituyen solo un aspecto de la cultura que encierra, además, muchas otras expresiones que poca o ninguna protección han recibido: la literatura oral, el relato mítico, la leyenda, el refranero, la poesía improvisada en sus diferentes formas, el teatro, la música y la danza muy a menudo ligados a lo ritual, la cerámica y alfarería, la indumentaria, los tejidos, etc. No se corresponde el desarrollo de esta rama del Derecho, los esfuerzos y recursos que invierten los organismos internacionales, la enorme presión que se ejerce para el logro de una homogeneización legislativa a escala internacional, con el aporte que brindan sus normas a la preservación, fomento y respeto de la creación artística y las culturas de los pueblos y de la humanidad en su conjunto.

Mucha creación artística, sobre todo la propia de la cultura popular tradicional, queda desprotegida. Otras han sido incluso relegadas a la esfera del no-arte, simplemente excluidas. Sin dudas todo el esfuerzo se ha dirigido a aquella obra de arte individualizada, transmisible, valorable económicamente, acumulable, convertible en riqueza material, en capital.

En un mundo ahogado por la unipolaridad extrema, es más importante que nunca volvernós hacia todo aquello que permita el reconocimiento de valores intrínsecos de identidad, de reforzamiento de lo propio, hacia todo lo que favorezca el respeto y la comprensión de lo diverso. Mediante sus diferentes formas de crear los hombres y mujeres expresan sus sentimientos, sus maneras de pensar, sus modos de vida, sus conocimientos. La cultura lleva en sí las huellas de la historia del ser humano como ente eminentemente social, de la cadena de infinitas interacciones entre los diversos grupos humanos. Resulta obvio, además, que toda creación nace sobre la base de la herencia cultural que le antecedió.

Es sabido que la sociedad transfiere su cultura de una generación a otra como elemento indispensable para su permanencia y desarrollo. Largas teorizaciones doctrinales se han encargado, sin embargo, de las transmisiones de los de

rechos de autor: ya sean **ínter vivos** o consensuales; o **mortis causa**: licencias, declaraciones testadas, procedimientos judiciales, contratos de diferente naturaleza. Pero al salvaguardar al proceso de transmisión cultural que se produce en el seno de la familia, de las comunidades, el que relaciona al individuo, prácticamente desde su nacimiento, con su universo simbólico particular, con la memoria colectiva, con un patrimonio espiritual que será decisivo para reconocerse a sí mismo y para definir el sentido de su vida, se ha estancado en un limbo legal, discurrendo a su suerte.

Las legislaciones que debieran proteger estos importantísimos y naturales procesos de transmisión de la cultura de intromisiones o de imposiciones injustificadas, viven permanentemente en el olvido, o en fase de consulta o de anteproyectos. Los derechos culturales de las minorías, por ejemplo, transitan aún por los largos debates de las organizaciones internacionales mientras la globalización cultural asegura, por ejemplo, que de las 6 000 lenguas existentes aún en el planeta, como promedio muera una cada dos semanas.²⁸

¿Qué protección es, entonces, la que brinda el Derecho a través de sus estándares internacionales? ¿En qué medida se puede decir que el Derecho de autor es la rama del Derecho que garantiza, estimula y protege la creación? ¿Hablamos de la cultura o hablamos del comercio? ¿No debería garantizarse prioritariamente, mediante el Derecho internacional, que la cultura desempeñe su papel, que le permita al ser humano reconocer de dónde viene, identificarse con su comunidad, con su lengua, que le dé sentido a sus vidas, que encuentre un modo racional y sustentable de relacionarse con su medio natural y lo prepare para la convivencia con otros seres humanos? ¿Es acaso probadamente válido el sistema deformado que intenta imponerse cuando culturas en

²⁸Cultura(s). *Diversidad y alianza*, publicación realizada por la Unidad de Información Pública del Sector de la Cultura, UNESCO, 2003.

teras están siendo extinguidas y sus expresiones por productos industriales?

El patrimonio cultural e intelectual de los pueblos incluye mucho más que obras terminadas y dispuestas para la comercialización. Está formado por las prácticas, los conocimientos, los modos de vida que lo caracterizan. Además de la creatividad individual —relegada y muchas veces deformada en función del capital— hay que salvar la creatividad que enriquece la herencia y que se basa en ella, que la actualiza, que la adecua para que dé respuesta a los nuevos fenómenos y circunstancias. La cultura no puede ser concebida como algo estático, desvinculado de la vida real de los pueblos, prediseñado para que transite por las maquinarias de la industria y tenga su salida en el mercado. El acto creativo solo es auténtico cuando nace desde la propia cultura. Solo así es capaz de trascender y de cobrar un significado para los demás.

Según la **Recomendación sobre la salvaguardia de la cultura tradicional y popular** la cultura popular tradicional es:

el conjunto de creaciones que emanan de una comunidad cultural fundadas en la tradición, expresadas por un grupo o por individuos y que reconocidamente responden a las expectativas de la comunidad en cuanto expresión de su identidad cultural y social; las normas y los valores se transmiten oralmente, por imitación o de otras maneras. Sus formas comprenden, entre otras, la lengua, la literatura, la música, la danza, los juegos, la mitología, los ritos, las costumbres, la artesanía, la arquitectura y otras artes.²⁹

Pero en el caso de la cultura popular tradicional, no solo está desprotegida, sino que también está siendo saqueada,

²⁹“Recomendación sobre la salvaguardia de la cultura tradicional y popular”, en www.portal.unesco.org. Aprobada por la Conferencia de la UNESCO en su 25 Reunión, París, 15 de noviembre, 1989.

conjuntamente con la memoria y la identidad de los pueblos. En muchos países los sitios tradicionales y sagrados están explotados o han sido destruidos por la industria turística. Un doloroso ejemplo es lo que ha ocurrido con el patrimonio indígena: cuántos objetos sagrados y reliquias ancestrales han sido extraídos de sus sitios sin la autorización de sus legítimos depositarios y se conservan en museos y colecciones de todo el mundo. Ninguna acción ha sido suficiente.

Respecto al llamado patrimonio "inmaterial", las expresiones, prácticas, creencias e ideas filosóficas de los pueblos, formadas a lo largo de muchos siglos, también son explotadas comercialmente, la mayoría de las veces de forma degradante y discriminatoria; además de ser aplastadas, olvidadas, calificadas como supercherías, llevando al individuo a subvalorarse y hasta autodespreciarse por su procedencia étnica o cultural.

Los llamados pueblos originarios o indígenas constituyen grupos humanos altamente vulnerables a estas depredaciones. Se trata de aquellas comunidades, pueblos y naciones que

teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y colonización que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen actualmente sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales.³⁰

³⁰Definición dada por el Relator Especial de las Naciones Unidas en el "Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas", en <http://www.lacult.org>.

Una situación similar, o aún peor, presentan las comunidades afro-descendientes; herederas de aquellos hombres y mujeres que fueron a la fuerza arrancados de sus territorios en la aventura colonial que reportó jugosas ganancias para los países del Norte y que han sido, desde entonces, relegados a la pobreza, la discriminación y la marginación social y cultural.

Los pueblos indígenas suman más de 350 millones de personas repartidas en más de 70 países y representan más de 5 000 lenguas y culturas. Hoy día aún se encuentran marginados y privados de los derechos humanos básicos, incluso cuando representan, según la UNESCO, el 95% de la diversidad cultural del mundo.

Estas poblaciones indígenas habitan en zonas estratégicas desde el punto de vista de la biodiversidad y diversidad cultural, como en el caso de las regiones tropicales y subtropicales de África, Asia y América del Sur. Ello parece demostrarnos que sus formas de convivencia con el medio ambiente son superiores a los "adelantados" regímenes occidentales que han conducido al desequilibrio y al desastre ecológico mundial.

Tal interés y no otro es el que ha movido hacia esas zonas el centro de atención de los temas de propiedad intelectual. Se trata de la búsqueda a toda costa de formulaciones legales que garanticen la explotación de los recursos por parte de las grandes empresas. Para los nuevos colonizadores, ellos están "descubriendo" conocimientos que no tienen dueños, como tampoco lo tenían para sus antecesores las tierras conquistadas cinco siglos atrás.

Estos pueblos se enfrentan hoy en un estado de verdadera indefensión a la avalancha depredatoria y colonial. Por un lado, carecen de recursos para hacerse representar al estilo "occidental" a fin de garantizar alguna protección de sus conocimientos y lograr beneficiarse, de algún modo, de su explotación. Por otra, la aceptación de los derechos individuales establecidos en las legislaciones y tratados implicaría, para

ellos, la negación de sus derechos colectivos y, por tanto, también la violación de sus derechos individuales.

Otro problema que enfrentan estas culturas es la manipulación del llamado “folclore”, o su apreciación o estudio a partir de un modelo ajeno que lo presenta como “vitrina” del pasado ancestral y no como algo vivo, que se enriquece cada día. También sufren su degradación, cuando se le trata de colorear y pulir para que se perpetúe en sus aspectos más conservadores, o sea, los menos ríspidos o contestatarios, a fin de que pueda comercializarse.

Un artículo sobre la sociedad tradicional ibo, en Nigeria, publicado hace unos años, narra como dicha sociedad “se revitaliza con la aparición de la luna creciente”:

Al verla, cada persona celebra su presencia con alegría y júbilo. Los niños corretean en el campo abierto anunciando su llegada con canciones. El pueblo ibo considera la egwu onwa³¹ como una medicina para el alma. Esta ocasión brinda un momento de sosiego tanto para los jóvenes como para los mayores [...] Mientras los niños juegan con frenesí, las personas de edad reflexionan con nostalgia sobre su juventud. [...] Los niños escuchan embelesados cuentos folclóricos (ifo) narrados por sus mayores. Los cuentos folclóricos abarcan aventuras, guerras, supersticiones, la genealogía ancestral de sus aldeas o bien acontecimientos ficticios del reino animal. Los cuentos tradicionales basados en hechos históricos y en los muertos [...]. Las historias son innumerables pese a que los estilos y las aportaciones son virtualmente los mismos en todas las aldeas.³²

³¹Literalmente, onwa significa “luna”, mientras que egwu es la palabra vernácula para “juego”.

³²Ikechukwu Magnus Olueze, “La protección de las expresiones del folclore como medio de difusión cultural en el derecho nigeriano”, en <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001225/122513so/pdf>.

Podríamos preguntarnos: ¿en virtud de qué valores puede contemplarse pacientemente la desaparición de estas expresiones culturales y su sustitución por la modernidad de las McDonald's, las versiones más consumistas de la Navidad, el Halloween importado y la literatura chatarra? ¿Qué principio del derecho, legislación nacional o tratado internacional puede amparar esta agresión?

A partir de la década de los años 70 del siglo xx, comienzan algunos aislados esfuerzos por otorgarle protección al llamado "folclore". Es de señalar que el propio concepto ha sido objeto de amplios debates. **Folk**, significa pueblo, vulgo, **lore**, saber oral tradicional y anónimo sobre costumbres, creencias, artes, etc. Pero este término ha sido ya abandonado, pues, según explica Colombres, ha pasado a designar lo pintoresco, y exótico y se identifica hoy con folclorismo, una apropiación burguesa de la cultura popular, un "preparado" que neutraliza lo contestatario, lo caricaturiza, incitando a la diversión y al consumo más que a algún tipo de apreciación o pensamiento. La cultura popular, según este autor, es la producida por diferentes sectores populares en función de sus necesidades y en gran medida controlada por ellos, que expresa su condición humana con toda su complejidad y profundidad y sin reducirla a estereotipos.

Países como Ghana y Bolivia se plantearon, en la década de los años 70, proteger estas expresiones dentro del marco de la propiedad intelectual. Con tales antecedentes, la OMPI y la UNESCO se propusieron efectuar acciones que finalmente condujeron a la elaboración de las "Disposiciones Tipo UNESCO-OMPI para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas", aprobadas en 1982. Luego, en 1989, la Conferencia General de la UNESCO, en su 25 reunión, aprobó la "Recomendación sobre la Salvaguardia de la Cultura Tradicional y Popular", que, sin ser un documento de carácter vinculante, propone las medidas que podrían adop

tar los Estados para identificar, conservar, preservar y difundir el folclore.

Tras estas primeras tentativas, continuaron lentamente los esfuerzos internacionales: el Foro Internacional sobre la Protección del Folclore, convocado por la OMPI y la UNESCO, que tuvo lugar en Phuket (Tailandia), a la que siguieron una serie de consultas celebradas por ambas organizaciones en todas las regiones del mundo durante 1999.

En los debates y reuniones sobre el tema, se ha acuñado en las organizaciones que lo estudian el término de “expresiones culturales tradicionales”. Estas “expresiones” a su vez, vienen a formar parte de los llamados “conocimientos tradicionales” de un pueblo o comunidad, que incluye conocimientos de medicina, genéticos, biológicos, etc.

Las “expresiones culturales tradicionales”, por sus características, no pueden ser reguladas por las normas de Derecho de autor tradicional. Tienen rasgos muy propios que las diferencian y exigen un tratamiento particular:

- Se transmiten de generación en generación, sin que se reconozcan los autores.
- No hay un autor individual, o sea, son obras colectivas, comunitarias.
- La protección no debe perseguir el goce de derechos exclusivos sobre una creación literaria, artística, musical o de otro tipo, o sea, no debe pretender otorgar la protección impidiendo su utilización.
- Por pertenecer a la comunidad es inaplicable la protección por un número determinado de años a partir de la muerte de su autor. Por su propia naturaleza requerirían de protección indefinida.
- No siempre las comunidades “titulares” de los derechos pertenecen al mismo país, en algunos casos existen conflictos de reconocimientos territoriales con los Estados, lo que acarrea dificultades prácticas en lo referido a competencias en cuanto a autorizaciones y gestiones de pago.

- Las expresiones culturales pueden o no ser “obras” identificables, por lo cual, no debe entenderse que al referirse a obras folclóricas se abarcan estas expresiones.

Ahora bien, ¿de qué manera las legislaciones latinoamericanas vigentes han intentado proteger estas expresiones? En un estudio comparado de la legislación en dieciséis países latinoamericanos,³³ se señala que la protección dispensada es diversa. Hay países que incluyen la protección al folclore en sus leyes de Derecho de autor; otros que la excluyen; y está el caso del ordenamiento jurídico panameño en el que coexisten la protección de las obras folclóricas por la Ley de Derecho de Autor y derechos conexos de 1994 y de una ley especial de Propiedad intelectual sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas, del año 2000. Este abanico tan diverso y en ocasiones contradictorio, y las experiencias que de su aplicación se han derivado, permiten al autor del estudio concluir que la protección por la vía del Derecho de autor convencional no es suficiente para una adecuada protección jurídica a las expresiones del folclore y que la legislación latinoamericana es omisa, inefectiva e insuficiente. Dicha consideración no puede llevarnos a concluir que es entonces necesaria una mayor protección, entendiéndose por ello una mayor rigidez en las normas al estilo occidental, todo lo contrario.

Las normas de Derecho de autor no se adaptan a la realidad de determinadas expresiones culturales. Un ejemplo de las consecuencias de ello lo tenemos en la demanda promovida por la utilización sin autorización de reproducciones de obras de arte indígena realizada por una empresa dedicada a la fabricación de alfombras en Australia. Tales obras consis

³³Carlos Corrales, “La protección del folclore”, en www.sieca.org.gt/publico/ProyectosDeCooperacion/proalca/PI/revistas/R4A7/LaProtecciondelFolclore.html.

tían en imágenes, símbolos y estilos de los que los artistas de las comunidades indígenas eran depositarios en nombre de sus respectivos clanes. A pesar de que con la ayuda de la Asociación Nacional para la Representación del Arte Indígena (NIAAA) los artistas pudieron iniciar acciones legales y de que esta acción tuvo un éxito parcial, la reclamación pudo ser atendida porque fue sostenida por el artista como individuo —a quien se le reconocen los derechos de autor— porque la ley no reconoce los derechos de creación colectiva ni el papel de este individuo como responsable de resguardar las imágenes para su pueblo. Dado que la vigencia de los derechos de autor es limitada, una vez vencidos, las imágenes pertenecientes al grupo y con relevancia cultural para este quedan desprotegidas y son susceptibles de usos indebidos.³⁴

A partir de 1992, cuando se celebró la Cumbre de la Tierra, en Río de Janeiro, se han podido identificar dos posiciones respecto a la protección de los derechos de propiedad intelectual de los pueblos indígenas:³⁵

- La primera sostiene que deben reconocerse algunos aspectos de los regímenes de propiedad intelectual basados en la comercialización y en los **royalties**, pero dentro del marco de reconocimiento de la propiedad colectiva de los conocimientos, la protección al medio ambiente, la promoción de regímenes cooperativos y el reconocimiento del beneficio para los depositarios indígenas.
- Una segunda posición rechaza el régimen de propiedad intelectual occidental que consagra los derechos indivi

³⁴Llamado de la Tierra, “Política de Propiedad intelectual y expresiones culturales indígenas”, en <http://www.earthcall.org/es/issues/background.html>.

³⁵Rubens Bayardo y Ana María Spadafora, “Derechos culturales y derechos de propiedad intelectual: un campo de negociación conflictivo”, en <http://www.cuadernos.bioetica.org/doctrina3>.

duales, lo acusa de constituir una amenaza a los derechos colectivos de las poblaciones nativas y vincula la necesaria protección al patrimonio cultural y al territorio.

Este segundo punto de vista es sostenido por entidades, tales como la Coordinadora de Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica (COICA), una de las organizaciones de la Amazonia con mayor grado de movilización política.

El concepto Derecho de Propiedad intelectual de sello occidental, fue rechazado por los pueblos indígenas en la Declaración de Santa Cruz, Bolivia, en septiembre de 1994, pues para ellos significa “la legitimación de la malversación del conocimiento y de los recursos con objetivos comerciales” y utilizado para controlar y explotar sus territorios y demás recursos.

El Informe de la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo, publicado en 1996, conocido como “Nuestra diversidad creativa”, declara que: “...los grupos culturales tradicionales poseen derechos de propiedad intelectual como grupos. Esto lleva a la idea radical de que puede existir una idea intermedia de derechos de propiedad intelectual entre los derechos individuales y el dominio público (nacional o internacional)”.³⁶

La Comisión añade que tal vez el término “propiedad intelectual” no sea el concepto jurídico correcto: “Puede plantearse un argumento a favor de un nuevo concepto, basado en ideas inherentes a las leyes sociales tradicionales. Esto podría ser más constructivo que intentar que las formas de protección encajen en un marco que nunca fue diseñado para ellas...”.³⁷

Smiers nos cuenta cómo en 1996 —el mismo año en que se publicó “Nuestra diversidad creativa”—, la cuestión de la

³⁶“Nuestra diversidad creativa”, ed. cit.

³⁷Ídem.

protección internacional del copyright en relación con el folclore fue incluida en el orden del día por algunos países del Tercer Mundo, para la reunión de la OMC —que se celebraría en Ginebra en enero del año siguiente. Este esfuerzo fracasó a causa de la resistencia de los países industrializados a incluir derechos ‘colectivos’ o ‘propiedad cultural’ en el sistema actual de derechos de propiedad intelectual e industrial.

Hubo consenso entre algunos países participantes, especialmente del Tercer Mundo, en favor de la elaboración de un instrumento jurídico internacional sobre cómo debería llevarse a la práctica dicho derecho de propiedad intelectual colectiva. Esto no gustó nada a los delegados estadounidenses y el británico Krister Malm (1998) comenta que la tensión aumentó ‘cuando el delegado estadounidense afirmó que dado que la mayoría del folclore que se explotaba comercialmente era folclore estadounidense, los países del Tercer Mundo tendrían que pagar muchísimo dinero a Estados Unidos si se aprobara una convención internacional. El abogado indio, Purim, respondió que eso era lo que ocurría ya con las convenciones existentes y que, por cierto, todo el folclore estadounidense excepto el amerindio había sido importado a Estados Unidos desde Europa, África y otros países. Por lo tanto, el dinero debería ir a los propietarios originales de dicho folclore’.³⁸

Unos seis años después de este Informe, se planteaba:

Parece que ni las normas de Propiedad Intelectual vigentes ni las Disposiciones Tipo de 1982 son suficientes de por sí a la hora de atender las necesidades y expectativas de las comunidades indígenas y locales, y que es conveniente

³⁸ Joost Smiers, “Propiedad creativa indebida”, en www.elataccante.levillage.org.

poner a prueba modelos alternativos, combinando las medidas aplicables en el marco de la Propiedad Intelectual y otro tipo de medidas.³⁹

Sin embargo, aunque en diversos foros se producen discusiones que giran alrededor de la propiedad intelectual, la realidad es que, en la mayor parte de ellos, no se garantiza la participación efectiva de los pueblos indígenas. El problema de la propiedad intelectual de estos como minoría excluida, es parte también de los reclamos de otros derechos de mayor trascendencia, como aquellos vinculados a sus derechos territoriales, a sus prácticas económicas, sociales y culturales.

El proyecto Llamado de la Tierra,⁴⁰ señala en los análisis publicados a través de su sitio web:

En los procesos de la OMC, como es conocido, no hay lugar para la participación de la sociedad civil, y aunque últimamente se ha querido mostrar una falsa transparencia, las iniciativas son aún muy limitadas. En la OMPI los pueblos indígenas pueden solicitar su participación en el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimiento Tradicional y Folclore (IGC) y hacer declaraciones luego de las presentaciones de los representantes gubernamentales pero no

³⁹Análisis Consolidado de la Protección Jurídica de las Expresiones Culturales Tradicionales Cuarta sesión del Comité Permanente sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, doc. wipo/grtkf/ic/5/3, diciembre, 2002, en www.wipo.org.

⁴⁰Llamado de la Tierra (Call of the Earth) es un proyecto independiente controlado por indígenas. Actualmente se encuentra situado en el Instituto de Estudios Avanzados de la Universidad de Naciones Unidas, en Yokohama, Japón. Su sitio web es www.earthcall.org.

tienen ningún rol en el proceso de toma de decisiones, por otra parte debido a la falta de acuerdos de financiación para su participación, son muy pocos los pueblos indígenas que han participado. En la ONU se ha creado un Foro Permanente de Asuntos Indígenas subsidiario del ECOSOC, en los que existe alguna participación, tanto mediante miembros elegidos, como a través de representantes de las organizaciones que pueden actuar como observadores y como miembros. Es la Convención de Diversidad Biológica quizás el foro más avanzado en materia de participación indígena, en sus diferentes grupos de trabajo. Los participantes indígenas han organizado un foro independiente sobre diversidad donde se discuten los temas y se adoptan algunas decisiones.⁴¹

La actual Constitución venezolana reconoce los derechos de los pueblos indígenas, sus formas colectivas de propiedad, sus prácticas y culturas. El reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual colectiva a los pueblos indígenas implica un respaldo constitucional de trascendencia para estos pueblos siempre excluidos, aunque en lo jurídico acepta la posibilidad de que la protección sea factible por medio de dicho sistema. Una situación similar la encontramos en el Ecuador, donde la Constitución del 23 de diciembre de 1992, revisión de 1998, dispone el Derecho de los pueblos indígenas y negros o afroecuatorianos a la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales; a su valoración, uso y desarrollo conforme a la ley.

Es de suma importancia, a nuestro juicio, lo refrendado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 cuando reconoce el derecho de los pueblos indígenas

⁴¹Llamado de la Tierra, "La participación de los pueblos indígenas en la formulación de políticas sobre propiedad intelectual internacional", en <http://www.earthcall.org/es/issues/background.html>.

a mantener y promover sus propias prácticas económicas basadas en la reciprocidad, la solidaridad y el intercambio;⁴² y protege la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos, tecnologías e innovaciones de los pueblos indígenas disponiendo que toda actividad relacionada con los recursos genéticos y los conocimientos asociados a los mismos perseguirán beneficios colectivos. También la ley de leyes prohíbe el registro de patentes sobre estos recursos y conocimientos ancestrales.⁴³

Este respaldo constitucional tiene como base el reconocimiento de otros derechos como la salud, el desarrollo de su identidad étnica y cultural, una educación propia y un régimen educativo de carácter intercultural y bilingüe atendiendo a sus particularidades, la formación profesional, la participación política y los que confiere la legislación laboral entre otros, con respeto siempre a sus prácticas y tradiciones.

El reconocimiento constitucional de la reciprocidad, la solidaridad y el intercambio como base de sus prácticas económicas es, a nuestro juicio, loable, y esta decisión parece advertirnos sobre la necesidad de la extensión de los mismos al resto de las esferas de la vida y de la sociedad en general, si tenemos en cuenta que las zonas en que habitan son hoy de las pocas que mantienen un equilibrio natural y son depositarias muy notables de la biodiversidad y la diversidad cultural.

La posición de los EE.UU. ante la protección del llamado folclore y de las expresiones culturales tradicionales es la previsible. Ellos propugnan dar protección a estas expresiones por los cánones del sistema monopólico vigente, cuyo resultado son la exclusión racial, étnica y cultural.

En el Comité Intergubernamental de Derecho de Autor de Ginebra, 2001, años después del debate narrado sobre el fol

⁴² "Constitución República Bolivariana de Venezuela", en www.defensoria.gov.ve/lista.asp?sec=1500, Artículo 123.

⁴³ *Ibidem*, Artículo 124.

clore, la delegación de los Estados Unidos declaró que "...no era indispensable crear un nuevo instrumento internacional al respecto, ya que la protección jurídica del folclore podía efectuarse mediante el sistema existente de la propiedad intelectual (derecho de autor, derechos conexos, derechos de marcas y patentes, etc.)".⁴⁴

Refiriéndose a la aplicación efectiva de las legislaciones nacionales sobre el derecho de autor, dicha delegación informó al Comité de que "el Gobierno de los Estados Unidos de América prestaba una atención especial a este asunto. Se ha establecido un procedimiento intragubernamental con la participación del Departamento de Estado, el Departamento de Justicia y otros, así como los servicios de aduanas, para coordinar mejor y reforzar las actividades de formación llevadas a cabo por los Estados Unidos y la OMPI. El objetivo es reforzar la protección eficaz del derecho de autor...".⁴⁵

A través de los ADPIC y la OMC, los EE.UU. y los países del Norte están imponiendo mundialmente niveles de protección para las obras amparadas por derecho de autor —mercancías salidas de sus industrias culturales y que incluso no siempre nacen de la creatividad de los ciudadanos de países occidentales— más allá de lo que estos países necesitan. Las mayores riquezas culturales de los países del Sur, que actualmente se encuentran seriamente amenazadas, no son precisamente las obras de arte-mercancías, pues ni tienen industrias culturales fuertes ni políticas culturales responsables, ni logran fácilmente sus creadores instalarse en los circuitos privilegiados, ni es propio de muchas de estas tierras formas de creación y apropiación que se lo perm

⁴⁴12 Reunión ordinaria del Comité Intergubernamental de Derecho de Autor, París, 18-22 de junio, 2001. "Informe Final", en www.unesco.org.

⁴⁵[dem.

tan. No obstante son dueños y depositarios de una rica cantera de conocimientos y expresiones culturales diversas.

La imposición de normas de propiedad intelectual para una supuesta protección a la creación en muchos de nuestros países del Sur tiene ya consecuencias visibles. Smiers alerta cómo este proceso ya viene de alguna forma produciéndose:

Entretanto, sucede cada vez más en las ciudades no occidentales que los artistas locales se apropian privadamente de una idea artística, una melodía o un desarrollo cultural procedente de la tradición colectiva, y empiezan a utilizarla para sus propios intereses comerciales. La hacen pasar por suya, lo que pone en marcha el proceso de excluir a otros de dichos recursos culturales. En esta transformación el concepto de copyright se introduce bastante rápidamente. Este fenómeno no debería ser motivo de asombro. El conjunto moderno de pensamiento que se refiere a la suposición de que el copyright puede ayudar a los artistas a ganar dinero no se detiene en las fronteras del mundo occidental. Cabe preguntarse qué tipo de pretensiones causa esto en las comunidades locales. En todo caso, una vez que la apropiación privada de los recursos culturales se ha puesto en marcha conjuntamente con la introducción de la noción de copyright, las sociedades nunca vuelven a ser las mismas.

Lo que se ha descrito aquí en pocas palabras abarca enormes transformaciones sociales que se están produciendo por todo el mundo desde hace un par de décadas (pero a velocidad cada vez mayor en los últimos años). Es imperiosamente necesario un análisis en relación con estos procesos, porque están en juego cambios radicales en las culturas.⁴⁶

⁴⁶Joost Smiers, "Propiedad creativa indebida", ed. cit.

Nigeria, por ejemplo, es una sociedad heterogénea que consta de más de 250 grupos étnicos. Hoy en día músicos y artistas intérpretes o ejecutantes han tenido éxito con la explotación indebida y la vulgarización de expresiones del folclore de las diversas comunidades indígenas del país sin siquiera algún reconocimiento del origen de estas.

Aunque según la Ley de Derecho de Autor modificada, es delito que una persona se apropie las expresiones del folclore de una comunidad determinada de algún modo no autorizado por la ley, no obstante, el Consejo de Derecho de Autor de Nigeria no ha concedido a este asunto la atención que merece, y casos como estos no están siendo procesados.⁴⁷

A nuestro juicio, si los países del Sur aceptamos una protección del folclore en los marcos del derecho de autor mutilaremos poco a poco nuestras formas de crear y toda nuestra cultura al adecuarlas al estrecho e individualista esquema del sistema de derechos de autor vigente. Se invadirá cada vez más nuestro mercado cultural con obras de los países del Norte. Se olvidarán nuestras raíces, nuestras formas de ser y de vivir. Nuestra diversidad cultural se arruinará ante la dura competencia y la falta de recursos para fomentarla. Pasados unos años, ya no habrá nada que hacer y las generaciones futuras se disputarán ante los tribunales la titularidad de las canciones de cuna que les cantaban sus abuelos.

Los principios del derecho de autor no permiten lograr una efectiva protección a las expresiones culturales tradicionales, factor sin dudas esencial para la defensa de la identidad y la diversidad cultural, y lo incapacita para proteger la creación en su conjunto. Tampoco constituye una solución para los conocimientos tradicionales.

⁴⁷Ikechukwu Magnus Olueze, ob. cit.

Se requiere de una protección “que no podrían ajustarse a las normas de propiedad intelectual”, una protección, al decir de A. O. Amegatcher, “...sui géneris flexible y generosa”. Esta protección, según David Vivas-Eugui,⁴⁸ pudiera incluir el derecho de las comunidades indígenas a tomar decisiones en lo que respecta a su conocimiento —consentimiento fundamentado previo—, la existencia de una remuneración justa y equitativa para el acceso o el uso de dicho conocimiento por terceras partes, algunas excepciones limitadas y un sistema eficaz de aplicación.

A nuestro juicio, es necesaria una protección “sui géneris”, usando el término en su acepción común, o sea, una protección particular, específica, que atienda a su singularidad, sin que implique la aceptación de los principios de la propiedad intelectual y que responda a las necesidades de protección hacia lo interior, o sea, hacia dentro de la propia comunidad, y hacia lo exterior.

Para proteger estos derechos de los pueblos deben atenderse, primeramente, a las costumbres, leyes y prácticas de la comunidad en donde nacieron. El orden jurídico, como vimos, forma parte también de la cultura de los pueblos, y el irrespeto a esas formas es también dominación, es irrespeto a la diversidad cultural y a los derechos de los pueblos. Estas disposiciones, a nuestro parecer, tendrán que ser altamente creativas, tener en cuenta los conflictos de leyes que pudieran producirse, tanto en lo nacional como en lo internacional, y sin dudas utilizar todo tipo de recursos para proteger a los más débiles. El papel del Estado es esencial en la protección patrimonial y en la creación de instancias, registros, depósitos, y la implementación de sanciones y otras medidas, a través de las cuales el Estado pueda ejercer efectiva

⁴⁸David Vivas-Eugui, “Acuerdos regionales y bilaterales, un mundo más allá de los ADPIC: El Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA)”, en www.quiap.ca/documents/Spanish.FTAA.us.1.pdf.

mente su política cultural y apoyar a las comunidades en el ejercicio de sus derechos.

En un debate en el Foro sobre derechos culturales en torno al tema Soberanía y diversidad cultural: ALCA/ALBA, celebrado en Venezuela en noviembre del 2004, Eduardo Samán analizaba cómo el pensamiento hegemónico, a través del ALCA, intenta convertir los conocimientos tradicionales en una forma de propiedad.

¿Por qué quieren que los conocimientos tradicionales indígenas sean convertidos en una forma de propiedad? Lo que ellos llaman la protección de esos conocimientos, nosotros lo llamamos la defensa de esos conocimientos porque consideramos que son cosas diferentes, porque eso se puede defender defendiendo el idioma, [...] respetando el territorio indígena [...] y no patentando los conocimientos tradicionales o indígenas, no estableciendo patentes, entonces: ¿por qué se quieren llevar los conocimientos indígenas a una forma de propiedad como se ha llevado el derecho de autor? Para poder traficar, es decir, que estos conocimientos se llevan a una forma de propiedad para crear los mecanismos de compra-venta para allanar los mecanismos para poder comprarlos y venderlos, o sea, para poder negociarlos.⁴⁹

Hoy en día, según afirma Julio Fernández Bulté, parece estarse abriendo paso una comprensión pluralista del derecho que admite y defiende que en la sociedad pueden coexistir más de un orden normativo, aún cuando no cuenten con el respaldo de la coerción estatal, reivindicación legítima

⁴⁹Eduardo Samán, "Derechos culturales. Una plataforma institucional y jurídica para la transformación cultural. Soberanía y diversidad cultural. ALCA/ALBA", en www.debatecultural.org.ve/ForoDerechosCulturales.html.

cuando se alude a los derechos de los indígenas o de otras minorías culturales. Estas comunidades cuentan con “mecanismos y formas metaestatales de coerción, que están vinculadas a prácticas y consensos altamente operativos que nada tienen que ver con la naturaleza y el ejercicio habitual del Estado moderno, pero que no por ello son menos eficaces y determinantes”.⁵⁰

No toda la producción cultural de la humanidad puede encerrarse en los conceptos de autor y obra del derecho de autor occidental: la protección de las expresiones culturales tradicionales, de las lenguas, de todo el patrimonio cultural llamado intangible —posiblemente la mayor riqueza cultural que nos hayan legado nuestros antecesores— se encuentra hoy peligrosa y definitivamente amenazada. La acción no puede ser aplazada. En lo internacional, quizás lo más importante sea, por el momento, impedir el avance de homogenizaciones legislativas no necesarias ni deseadas.

La aprobada “Convención para la salvaguarda del patrimonio cultural inmaterial”⁵¹ puede resultar para esta necesaria defensa un aporte significativo, aunar voluntades, intereses y recursos a este fin es necesario. No obstante, no abarca los aspectos relacionados con la explotación económica de algunas obras “inspiradas” en parte de este patrimonio y, al establecer en su artículo 3 b) que ninguna disposición de la Convención podrá ser interpretada de tal manera que afecte los derechos y obligaciones que tengan los Estados Partes en virtud de otros instrumentos internacionales relativos a los derechos de propiedad intelectual de los que sean partes, deja, quizás sin proponérselo, el camino abierto y en silencio para que continúe

⁵⁰Julio Fernández Bulté, “El Estado. La teoría del Estado y el Derecho. Carácter partidista”, en *Formación jurídica para cuadros del Estado*, Parte I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, p. 99.

⁵¹Convención para la salvaguarda del patrimonio cultural inmaterial, MISC/2003/CLT/CH/14, París, 17 de octubre, 2003.

el ejercicio de la verdadera piratería cultural. Siguen faltando normas eficaces.

A la protección de la diversidad cultural y a la recién aprobada Convención, le dedicaremos más adelante una detallada reflexión.

En todos estos análisis es de suma importancia vencer la invasión de nuestro pensamiento jurídico de conceptos e instituciones que no nos pertenecen, o que no en todos los casos nos son aplicables; no para criticarlas sin más por provenir de otras zonas geográficas, sino para tomar de ellas solo lo útil, articulándolas sobre un pensamiento nuevo, desarrollando unas ramas y podando otras donde el interés económico ha colocado las normas más allá de los intereses de protección de la cultura.

La repetición, el comentario acerca de textos y legislaciones ajenas no puede ayudarnos a configurar nunca un pensamiento propio, ni tampoco legítimo. "...La necesidad de justificar siempre el pensamiento propio con la referencia al pensamiento europeo es un vicio inherente al colonialismo pedagógico...".⁵²

Repensar los conceptos y luego las normas, poniendo en el centro la creación, el ser humano y la cultura como sus objetivos primigenios, y no el hombre y la mujer occidentales, ni la cultura comercializable, sino la obra cultural de toda la humanidad en su infinita riqueza. Reconocer un derecho no quiere decir establecer un monopolio exclusivo en su ejercicio, y mucho menos cuando este ejercicio se concentra en manos de monopolios que actúan en función de los intereses del capital. Debemos desarrollar nuestro pensamiento jurídico utilizando herramientas de diferente naturaleza, fomentando, estableciendo regímenes especiales, desarrollando nuestra creatividad también a la hora de le

⁵²Adolfo Colombres, *América como civilización emergente*, ed. cit., p. 185.

gislar, pues buscamos lograr resultados diferentes a los hasta ahora obtenidos.

No se trata entonces de vincular la protección de las expresiones culturales tradicionales al comercio, como se ha hecho con el derecho de autor, pues entendemos que en ningún caso deben ir amarrados estos destinos. Se trata de la necesidad de proteger jurídicamente todas las expresiones culturales sin discriminación, sean creadas por un individuo o por una comunidad, en el Norte o en el Sur. Lograr normas eficaces que las salvaguarden como riqueza cultural. La protección no siempre llega a través de fórmulas de apropiación, aunque a veces sean necesarias, ni puede ser siempre útil el dominio público si en alguna forma puede propiciar o favorecer una explotación ilegítima posterior. Es necesario crear, recurrir a cuanta fórmula pueda aportar una solución, a fin de impedir la mercantilización de la cultura.

Tenemos que contar, además, con la oposición por parte de los países industrializados en este asunto. Analicemos un ejemplo: Desde que se desarrolló el concepto de la *world wide web* (*www*) —como veremos más adelante—, a que se adoptaron los llamados tratados Internet, pasaron solo siete años, lo que evidencia una reacción rápida ante problemas tan nuevos como los que imponen las nuevas tecnologías, pero que ponían en juego demasiados intereses. No ha sucedido lo mismo con las expresiones folclóricas que, aún cuando en algunos casos tienen más de 1 000 años de existencia, han coexistido desde el siglo XVIII con formas de apropiación individual y aún esperan por formas eficientes de protección que desde la década de los años 60 del siglo pasado están tratando de ser formuladas.

Habrà muchas consultas, anteproyectos, hasta convenciones. Serà el tema objeto de debate eternamente. Pero no imaginemos que se movilizarán los recursos a escala internacional para crear infraestructuras y oficinas nacionales, ni que se lograrà el apoyo y la colaboración que se brinda hoy por diversas organizaciones en la capacitación de los re

cursos humanos. Una cosa es lograr la armonización de los estándares de protección en propiedad intelectual en los países (mercados) que interesan al Norte y otra es lograr la protección de la memoria de los pueblos, de su identidad, de su vida propia. No podemos ser ingenuos. Será un camino mucho más largo y difícil, de hecho comenzó hace varias décadas, pero somos nosotros, los países del Sur, los que debemos impulsarlo. De ello depende que la diversidad del planeta no se asfixie ahogada por normas "modernas" y "de avanzada", diseñadas y articuladas para defender intereses económicos y geopolíticos.

Capítulo 3

DERECHO DE AUTOR E INDUSTRIAS CULTURALES

-Pero dígame vuestra merced: este libro ¿imprímese por su cuenta o tiene ya vendido el privilegio a algún librero?

-Por mi cuenta lo imprimo —respondió el autor— y pienso ganar mil ducados por lo menos, con esta primera impresión, que ha de ser de dos mil cuerpos y se han de despachar a seis reales cada uno en dame acá las pajas.

-¡Bien está vuestra merced en la cuenta! —respondió Don Quijote—. Bien parece que no sabe las entradas y salidas de los impresores, y las correspondencias que hay de unos a otros...¹

En 1450, Gutenberg inventó la imprenta de tipos móviles, lo cual permitió la producción de libros a gran escala y abandonar la copia de manuscritos. Debido a que aquellos primeros equipos de impresión y los materiales eran caros y la recuperación de la inversión muy lenta, son precisamente los impresores quienes comienzan a reclamar alguna forma de protección, en este caso de sus inversiones, para defenderse de la competencia que les hacían los que reimprimían los mismos libros. Estos derechos, a los que se les llamó "privile

¹ Miguel de Cervantes Saavedra, *El ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha*, Instituto Cubano del Libro, La Habana, 1972, p. 780.

gios”, eran monopolios de explotación que otorgaba el gobierno a los impresores, a condición, dicho sea de paso, de haber obtenido la aprobación de la censura, lo cual les permitía también controlar la difusión de las ideas.

A fines del siglo xvii, comienzan a tomar fuerza corrientes que propugnaban la libertad de imprenta y los derechos de los autores. En 1710 se aprueban los Estatutos de la Reina Ana en Inglaterra que sustituyen el “privilegio” por el derecho exclusivo del autor a imprimir o disponer de las copias de cualquier libro (origen del copyright). De ahí en adelante, los impresores debían obtener estos derechos por cesión de los autores con un límite de catorce años, prorrogables por otros catorce años más.

A partir de ahí, la Federal Copyright Act norteamericana de 1790, siguió el modelo inglés.

En Francia, entre 1791 y 1793, se dictaron los decretos que dieron a los autores —y a los sucesores después de su fallecimiento— “la propiedad literaria y artística”, con la cual podían disponer de forma exclusiva de sus obras. Los decretos revolucionarios franceses atendieron menos al concepto de copia esgrimido por los sistemas anglosajones y desarrollaron más la protección al autor extendiendo la protección de los intereses de los autores, hasta entonces limitada a los libros, al campo de la representación de obras teatrales.

Vemos nacer entonces lo que después evolucionaría en el concepto moderno de derecho de autor, marcado por la preponderancia de intereses “empresariales” o “industriales” frente a la competencia, que solo luego de un largo período reconoció el derecho de los creadores. A partir de estos orígenes identificamos los dos sistemas de derecho que de alguna forma subsisten: el enfoque anglosajón, basado en el derecho de copia y en el que los productores tienen una posición más sólida, y el sistema latino, nacido de la Francia revolucionaria, que predomina en América Latina, aunque ya bastante permeado por el contenido utilitarista proveniente del copyright.

Muchos han sido los esfuerzos normativos en el plano internacional que han tratado de ir dando respuesta a los avan

ces tecnológicos, cada vez más acelerados. Analicemos este proceso tomando como referencia algunos acuerdos y adelantos técnicos desde 1886.

- 1886 Convenio de Berna. Protección a los autores.
- 1888 Se inventa el disco fonográfico.
- 1895 Se inventa la cinematografía. Aumenta su explotación comercial en las primeras décadas del siglo xx.
- 1908 Revisión de Berlín al Convenio de Berna. Se incluye la protección a obras de la fotografía y la cinematografía.
- 1910 Primera transmisión de radio.
- 1928 Acta de Roma. Se protege el derecho de los autores a autorizar la radiodifusión de sus obras.
- 1936 Se inician las transmisiones de televisión en Inglaterra.
- 1948 Primer disco de larga duración.
- 1952 Convención Universal de Derechos de Autor. No se incluye la protección de los derechos de los intérpretes ni de los productores de fonogramas como derechos de autor.
- 1961 Convención de Roma. Se reconocen por primera vez los derechos conexos a los intérpretes y ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión.
- 1966 Desarrollo de las comunicaciones por satélite (telestar) y el primer disco de almacenamiento.
- 1971 Convenio de Fonogramas: contra la piratería.
- 1974 Convenio sobre la distribución de señales portadoras de programas transmitidas por satélite (Convenio "Satélites").
- 1975 Primeras computadoras personales.
- 1977 Primer sistema de comunicación por fibra óptica.
- 1980 Grabadoras de video personales. Explosión del mercado de video doméstico.
- 1982 Surge el disco compacto digital.

- 1989 “Tratado sobre la Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados” (Tratado IPIC).
- 1989 Se desarrolla el concepto de la world wide web.
- 1994 Acuerdos ADPIC. Reconoce protección de las bases de datos y programas de ordenador.
- 1995 Red pública Internet con servicio de red central a alta velocidad.
- 1995 Estandarización del DVD que multiplica la capacidad de almacenamiento.
- 1996 Posibilidad de transmisiones electrónicas de obras, nuevas formas de utilización. Nace la tecnología MP3.
- 1996 WCT² y WPPT,³ conocidos como Tratados Internet sobre derechos de autor y derechos conexos.
- 1997 Se crea el protocolo de aplicación inalámbrica.
- 2001 Existen 2 500 millones de páginas web en Internet.

En 1961 se adopta la Convención de Roma, que protege, por primera vez, las prestaciones de otros tres participantes del proceso de comunicación de las obras, fundamentalmente musicales, que no eran propiamente creadores, mezclándose en este concepto entes con aportes de diferente naturaleza. Son los beneficiarios de los llamados derechos conexos: los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión.

Además de los mencionados, encontramos que en la difusión de las obras creativas intervienen otros sujetos:

- El editor, presente en la literatura y en la música, que ha devenido cesionario de varios derechos de explota

² “Tratado de la OMPI sobre Derecho de autor”, 1996, en www.ompi.org.

³ “Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas”, 1996, en www.ompi.org.

ción de las obras y cumple un importante papel en su difusión.

- Los fabricantes, que se encargan de la reproducción de las copias o ejemplares que se dedicarán a la distribución, ya sea de libros, fonogramas, cintas de video, CD-ROM, etc.
- El distribuidor, tanto mayorista como minorista, que participa en la distribución física de los productos a través de sus diversos canales y redes.
- El agente de representación, que se encarga de gestionar las presentaciones artísticas en vivo de los intérpretes y ejecutantes de las obras musicales, dramáticas y dramático-musicales.
- Los galeristas, curadores y representantes de artistas plásticos.
- Las entidades de gestión, que administran diversos tipos de derechos y recaudan y reparten las sumas percibidas.
- Los que prestan los servicios de grabación, de producción de audiovisuales, y que están estrechamente vinculados al equipamiento tecnológico especializado.
- Los empresarios, que administran teatros, salas de espectáculos, de exposiciones, etc.
- Los medios de comunicación, que participan en la difusión de las obras a través de la comunicación pública indirecta o la promoción.

Todos estos sujetos intervienen decisivamente en las denominadas industrias culturales que incluyen la producción y comercialización de bienes y servicios y se caracterizan por la utilización de una “materia prima” —una obra protegida por el derecho de autor—, su fijación, difusión y distribución masiva en el mercado. Las disímiles relaciones que se establecen entre los sujetos mencionados quedan reguladas por las legislaciones y amparadas por contratos de diferente naturaleza. Hoy en día la industria cultural escapa ya del es

quema típico del producto tangible de origen industrial, o sea, el que resulta de las grabaciones sonoras en sus diferentes formatos, o de obras impresas.

Sin proponer aquí un concepto definitivo de productos, servicios e industrias culturales resulta útil, a modo de referencia, citar el incluido en la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales:

Las 'actividades, bienes y servicios culturales' se refieren a las actividades, los bienes y los servicios que, considerados desde el punto de vista de su calidad, utilización o finalidad específicas, encarnan o transmiten expresiones culturales, independientemente del valor comercial que puedan tener. Las actividades culturales pueden constituir una finalidad de por sí, o contribuir a la producción de bienes y servicios culturales.

Las 'industrias culturales' se refieren a todas aquellas industrias que producen y distribuyen bienes o servicios culturales, tal como se definen en el párrafo 4 supra.

El desarrollo tecnológico, aplicado a la creación y al aprovechamiento comercial de las obras, ha traído consigo importantes transformaciones. Surgen nuevas formas de expresión, nuevos géneros, soportes, productos y servicios, a la misma vez que se desarrollan nuevas formas de acceso y difusión de las obras.

En el aspecto comercial, se ponen en crisis modelos tradicionales válidos hasta el momento, se diseñan otros que coexisten o compiten con los actuales, se eliminan intermediarios, disminuyen los costos vinculados a la producción de ejemplares físicos y su distribución. También surgen nuevos sujetos que participan en la difusión como los proveedores de contenidos o de servicios. Desde el punto de vista tecnológico a través del llamado Internet Protocol, la red comienza a permearlo todo: no solo las computadoras, sino los teléfonos, televisores, cámaras fotográficas. La red pue

de estar presente en cualquier parte y junto con ello presenciaremos la aparición de soluciones para explotar económicamente.

Son cada vez mayores e inimaginables las posibilidades tecnológicas para reproducir, almacenar y difundir las obras a gran escala. Cítese solo como ejemplo que en el 2001 se podía enviar más información por un solo cable en un segundo que la que se enviaba en 1997 por toda la red en un mes. El costo de transmitir un billón de bites de información desde Boston a Los Ángeles había disminuido de 150 000 dólares en 1970 a 0,12 dólares en el 2001.⁴ Se augura, además, que cada seis meses se duplicará la capacidad de las comunicaciones y que ocurrirá una verdadera explosión en la amplitud de banda, debido a los avances de la tecnología de redes de fibra óptica.

En correspondencia con esto, desde hace ya algunos años se ha desatado un enorme interés por el estudio de la dimensión económica de los derechos de autor y los derechos conexos. Dada la amplitud actual del sector de las industrias culturales este posee un peso fundamental en el PIB, sobre todo en los países más desarrollados.

Las industrias culturales han sido clasificadas de la siguiente forma:

- Las llamadas industrias primarias, dentro de las que encontramos aquellas que intervienen en la fijación por diversos medios de las obras, tales como la industria editorial, fonográfica, del software, etc., y que dependen plenamente de la protección eficaz de los derechos vinculadas a ello.
- Las llamadas industrias secundarias, que son las que producen los equipos e insumos necesarios para la fija

⁴ "Informe Desarrollo Humano", PNUD, 2001, en <http://hdr.undp.org/reports/global/2001/en/>.

ción y el acceso a las obras protegidas, tales como telereceptores, ordenadores, radios, equipos de filmación, de impresión, etc., relacionadas solo parcialmente con este tipo de protección.

- Un tercer grupo denominado industrias auxiliares, que participan en el proceso de difusión de las obras protegidas mediante la prestación de servicios de diverso tipo, como, por ejemplo, estudios de grabación, laboratorios de copiado de películas, etc.
- Un cuarto grupo se refiere a la comercialización directa de los soportes, o de las prestaciones artísticas, actividad que a veces es asumida por la industria primaria y en otras por cadenas de distribución. Y un quinto grupo que abarcaría la utilización de las obras por vías diversas que generan retribuciones a los autores como es el caso de la radio y la televisión, discotecas, hoteles, etc.

Otros estudios solo diferencian las "industrias del núcleo de derecho de autor" y "otras industrias relacionadas con el derecho de autor".

Observando esta clasificación, no es difícil imaginar el peso de los intereses involucrados en la adopción de normas que favorezcan el desarrollo de esas industrias.

En el plano internacional las contradicciones entre el interés de la creación y los intereses de la industria se han ido recrudeciendo y se han hecho evidentes sobre todo cuando se buscan soluciones jurídicas a problemas como la titularidad de las obras por encargo, de las obras audiovisuales y en el intento de reconocer el fonograma como obra protegida, entre otros. Siempre que para la explotación de una obra se requiera de una inversión económica considerable, aparecerán ambos intereses y apenas si coincidirán de manera muy insólita.

Pero la contradicción que no puede ser pasada por alto y que está en la esencia misma de esta relación, es la que emana de la desigualdad económica y, por tanto, jurídica, en la

que se funda la misma. No puede existir una relación equilibrada y provechosa para ambas partes cuando no están en un plano de igualdad en el momento de concurrir a las negociaciones o acuerdos. Y autor y editor, autor y productor, a modo de ejemplo, en muy pocos casos estarán en igualdad de condiciones.

El mercado es una relación social que enfrenta poderes económicos y ello implica que quienes distorsionan la relación contractual son, precisamente, los que controlan la oferta, educan e influyen sobre la demanda, y la condicionan a sus intereses...

El mercado como relación social pone de manifiesto una correlación de poder que se ha ido agudizando en la misma medida en que el modo capitalista de producción y el modelo económico que impera en la actualidad ha ido produciendo una polarización de la propiedad y consecuentemente del proceso de producción que le sirve como mecanismo de revalorización.⁵

Ante estas realidades el papel del derecho de autor y de la legislación cultural, en general, consiste en establecer y garantizar el equilibrio ya perdido entre los intereses del autor, de la sociedad y la participación de la industria, colocando en primer lugar a la cultura como objeto fundamental de protección. Es indispensable salvaguardar los eslabones más débiles: el autor, por un lado, y la sociedad, por otro.

Hoy en día, los autores no son los principales beneficiarios de la propiedad intelectual, salvo unos pocos casos que confirman la regla. La mayoría de los autores, artistas, escri

⁵ Tania García Lorenzo, *Diversidad cultural e industrias culturales*, Taller del Proyecto Economía y Cultura del Convenio Andrés Bello, Cuzco, Perú, 4-6 de mayo, 2006, (inédito).

tores y demás son explotados por la industria de los contenidos. La propiedad intelectual ya no cumple aquella misión de incentivar la creación y es una broma considerarla como un derecho de la persona. En la práctica, los intereses económicos de la industria se han impuesto tanto a la concepción utilitarista como a la naturalista de los derechos de autor y de la propiedad intelectual. [...] De la misma forma, los derechos de autor, en lugar de incentivar a los verdaderos autores, que apenas se benefician de los mismos, están siendo utilizados para restringir las libertades de los individuos y permitir el mantenimiento del control de las grandes compañías sobre la creación y la distribución de libros, revistas, literatura, música, cine, software y demás.⁶

Las industrias culturales cumplen, o debieran cumplir, dos funciones: en el aspecto económico, pudieran convertirse en una fuente cada vez mayor de ingresos, de empleo y, en general, de desarrollo económico —su aporte al PIB lo fundamentan—; y en el aspecto cultural, podrían ser, sin dudas, un poderoso instrumento de expresión cultural, de identidad, de configuración de tradiciones y memorias colectivas y, en definitiva, una vía indiscutible de acceso a la cultura para el hombre actual.

Pero las cosas no se han desarrollado así. Las industrias culturales no han multiplicado la creatividad ni han propiciado el intercambio entre las culturas del mundo. Podríamos decir que ha multiplicado la producción intencionada de mercancías con contenidos supuestamente culturales, provocando, además, una asimetría del mercado mundial que no expresa para nada la diversidad cultural del planeta ni la riqueza de las múltiples formas de expresión de los seres humanos.

⁶ Javier Villate, "La propiedad intelectual en la nueva era digital", en <http://www.cibersociedad.net/archivo/articulo.php?art=40>.

En pos de la obtención de altas tasas de ganancia, los grandes monopolios que dominan el mercado intentan homogeneizar el consumo cultural, pues así todo sería más fácil. Esto encierra varios peligros, entre otros, la estandarización del gusto a partir de referentes que nada tienen que ver con valores genuinos, la exclusión de toda propuesta disidente del modelo y la dominación cultural que implica el extender a otros territorios y grupos humanos estilos de vida ajenos, diseñados para satisfacer las expectativas del capital. También tiene una nefasta incidencia en la creación que, al situar la realización mercantil como único fin, pierde la libertad necesaria al proceso y se deforman sus resultados.

Las industrias musical y audiovisual muestran incontables ejemplos de ello. Bajo estas reglas la presencia de voces minoritarias, prácticas culturales autóctonas o tradicionales, posiciones controversiales y de las vanguardias artísticas es casi un imposible. Aunque no debe negarse que en ocasiones verdaderos creadores y artistas logran abrirse paso y colocarse en los grandes circuitos sin abandonar la indagación creadora, es evidente que la mayoría tropieza con el rechazo que provoca la estandarización de los gustos y la demanda creada por la gran industria. La curiosidad, el cuestionamiento, la duda, la capacidad de asombro, la herencia cultural o la búsqueda formal renovadora dejan de ser fuerzas motrices de la creación y van siendo sustituidas por los análisis del mercado.

Por su parte, las prácticas hegemónicas tratarán de absorber o incorporar cualquier "posición descarriada" o excluirla totalmente por inaceptable. Así muchos artistas harán concesiones y se someterán a las fórmulas ya aceptadas, abandonando sus inquietudes y verdadero desarrollo artístico. De esta forma la industria y el mercado monopolizados también anulan la diversidad creativa del planeta.

El mercado y los medios de comunicación así dominados prueban su incapacidad para cumplir su papel de intermediarios y de favorecer la creación y la promoción cultural. Un modelo insostenible sin dudas.

El sistema de Derecho de autor, tal y como está estructurado en el mundo de hoy, encontramos que está diseñado sobre esa base comercial. Más allá de teorías monistas o dualistas que discuten teóricamente su contenido, la fórmula se nos presenta más sencilla: recibe una remuneración mayor y una protección real el autor que más “vende”, o sea, aquel cuya obra ha sido privilegiada por el mercado y genera ingresos, con lo cual se legitima la irracionalidad del modelo descrito.

Los defensores del Derecho de autor de origen continental o latino podrían argumentar, ante este planteamiento, que el derecho de autor no hace depender la protección de la obra de su destino o explotación comercial; lo cual, de acuerdo a la teoría y textos legales, pudiera ser cierto. No obstante, la ausencia de otros modos de protección a la creación complementarios a este, la carencia en la mayoría de los países de necesarias y efectivas políticas culturales, las limitaciones que a ello adicionan en muchos países los acuerdos de libre comercio y el extremo poder económico que se centra en las manos de los monopolios como causa fundamental, colocan al autor de una obra sin explotación comercial en sujeto de una protección “virtual”, que realmente se asemeja a un estado de desventaja y total desamparo.

Pudiéramos preguntarnos ¿quién aporta más a la cultura, un autor que compone una pieza musical en correspondencia con los estándares de gustos creados e impuestos por la industria o la publicidad y que, por consiguiente, vende millones de copias gracias a la participación de las industrias de “contenidos” y los grandes medios de comunicación monopolizados, o aquel o aquellos que, ignorados por estos aportan experiencias musicales que reconocen su identidad como grupo humano, que refleja sus vivencias y otras experiencias de su colectivo o de sí mismos, o aquel artista que se cuestiona a través de su obra aspectos esenciales de su existencia o de la condición humana?

A nuestro juicio, el sistema de Derecho de autor actual tiende a reafirmar los desequilibrios que se generan por el

dominio del mercado y no propicia la difusión y conservación de la diversidad cultural.

El derecho de autor no puede tener como misión incentivar la creación intelectual y solo proponer un orden legal que prohíbe la producción y circulación de copias y otros usos. Con ello solo se garantiza la recuperación de las inversiones y la obtención de ganancias.

Un estudio realizado por la firma Taylor Nelson Sofres, en el Reino Unido, citado por el Banco de Inversiones S.A. en su informe "La industria de la música y sus perspectivas" de octubre del 2001, nos muestra, por ejemplo, la distribución promedio del ingreso por venta de un disco compacto, según la cual, aún cuando el acto de creación es la base sobre la que se articula toda producción y todo negocio, el autor recibe solo un 7% del total del ingreso, para un porcentaje similar que recibe el artista, lo demás: un 41% va a manos de la disquera, un 30% al distribuidor minorista y un 15% al fabricante.⁷ Es evidente la desproporción que reafirma el régimen legal y contractual entre el estímulo a la creación y el estímulo a la inversión y estas proporciones son muy semejantes en otras manifestaciones del arte.

Economistas de varias universidades⁸ declaran que todas las investigaciones indican que la expansión de los derechos de autor en general favorece más a los inversores que a los creadores e intérpretes. Los artistas solo reciben, como promedio, unos 200 euros al año en concepto de derechos de autor —la mayoría mucho menos— algo irrisorio si se tienen en cuenta que los derechos de autor se reportan como uno de

⁷ El negocio de la industria musical y sus perspectivas, Banco de Inversiones, S.A., Ciudad de La Habana, octubre, 2001.

⁸ Ruth Towse y Wilfred Dolfsma (Universidad de Erasmus, Rotterdam), Roger Wallis (City University, Londres) y Martin Kretschmer (Bournemouth University). Citados por Joost Smiers, "Originalidad dudosa", ed. cit.

los principales contribuidores del Producto Nacional Bruto en Europa. Dentro de los propios artistas, la distribución de los ingresos procedentes del copyright es muy desigual. Por lo general, solo el 10% de los miembros de una entidad recaudadora recibe el 90% de los beneficios. La situación con respecto a los artistas intérpretes es muy semejante.

En un estudio realizado sobre los ingresos por copyright de los artistas en la industria musical alemana y británica,⁹ se plantea que solo una pequeña minoría de artistas alcanza un nivel estándar de vida producto de los ingresos del copyright. En el estudio de Pew "Artistas, músicos y la Internet" del 2004, se plantea que el 78% de 2 755 músicos que respondieron la encuesta realizada tiene un segundo trabajo, mientras que el 41% gana menos que el 20% de sus ingresos totales por concepto de actividades relativas a la música.

Los resultados de una encuesta austriaca entre compositores hecha por un grupo de sociólogos de la Vienna Hochschule für Musik und Darstellende Kunst, muestran que el 36% de los compositores encuestados reciben menos del 10% del total de sus ingresos por concepto de copyright, el 31,2% recibe entre 10 y 20%, un 14,1% entre el 21 y el 49% y solo el 17,8% recibe la mitad o más, del total de sus ingresos totales por concepto de copyright. Puede concluirse que la mayoría de los compositores encuestados cuentan con otras fuentes de ingresos no relacionadas con la música.

Sin embargo, por muchos millones que se generasen para los autores e intérpretes por concepto de derechos de autor, no podemos hablar de que se está verdaderamente protegiendo y estimulando la creación auténtica por esta vía, al respetar las legislaciones autorales y los mecanismos ya establecidos, y sí

⁹ Martin Kretschmer, "Artist's earnings and copyright: A review of British and German music industry data in the context of digital technologies", en http://firstmonday.org/issues/issue10_1/kretschmer/index.html.

de que estas están deformando los más legítimos objetivos de la protección de la creación. El sistema de derecho que admite y propicia dicha realidad está actuando, sin dudas, como un estímulo a la inversión y al comercio, no a la cultura.

Martin Kretschmer, también citado por Smiers, concluye que de la retórica de los derechos de autor se han ocupado principalmente terceras partes: editores y compañías discográficas, es decir, inversores en creatividad —más que auténticos creadores—, que también acaban siendo los máximos beneficiados de la protección prolongada.

Otros autores opinan que el sistema de derechos de autor en la música es incluso más beneficioso para el empresario capitalista porque, en muchas ocasiones —más evidente en el sistema anglosajón—, recae sobre los hombros de los artistas el riesgo asociado a lo impredecible del éxito musical. Este sistema favorece a una minoría de “estrellas”, pero mantiene a la inmensa mayoría de los artistas en una situación precaria. Por tanto, Smiers opina que existen razones para pensar que la mayoría de los artistas forman una coalición equivocada con las industrias culturales y las megaestrellas.

Lessig realiza el análisis desde otro interesante punto de vista y nos muestra cómo la legislación norteamericana, en su interés por proteger a la industria, se ha convertido, sin dudas, en un obstáculo para la propia creación:

Es imposible lograr aclararse sobre lo que está permitido y lo que no, y al mismo tiempo las penas para quien cruce la raya son asombrosamente duras [...] La consecuencia de esta incertidumbre legal, unida a estas penas extremadamente altas, es que una cantidad extraordinaria de creatividad nunca será ejercida, o nunca será ejercida en público. Nunca en la historia un pintor ha tenido que preocuparse sobre si su pintura violaba la obra de otro; pero los pintores contemporáneos deben preocuparse todo el tiempo.

el uso justo en los EE.UU. solamente significa el derecho a contratar un abogado para que defienda tus derechos a crear

[...] Cuesta demasiado, cumple con su misión muy lentamente, y lo que acaba dando a menudo tiene poco que ver con la justicia en la que se basaba la reclamación. Puede que el sistema legal les resulte muy tolerable a los muy ricos. Para todos los demás es una vergüenza para la tradición que se enorgullece del imperio de la ley...¹⁰

Para Lawrence Lessig, un sistema legal que amenaza con 150 000 dólares por una sola violación del copyright y que exige decenas de miles de dólares para defenderte de una demanda por violación del copyright, silencia la palabra y la creatividad.

Resulta interesante este punto de vista, además, porque el que critica tal exceso de exigencias que entorpecen la creación y enriquece a los profesionales del derecho no es un antropólogo, ni un estudioso de los procesos culturales, sino precisamente, un abogado. Lessig también aporta ejemplos de cómo en su país se han visto involucradas empresas innovadoras, bufetes de abogados y hasta firmas de capital de riesgo en amenazas y demandas de los dueños del copyright. Las leyes, en su criterio, están siendo promulgadas y utilizadas para eliminar competidores e impedir que se afecten los intereses de los “viejos dinosaurios” sin que nadie esté haciendo nada por impedirlo: “Este sistema de regulación, salvajemente penalizador ahogará la creatividad y la innovación de un modo sistemático. Protegerá a algunas industrias y algunos creadores, pero perjudicará a la industria y a la creatividad en general”.¹¹

Desde sus inicios, el derecho de autor —aún siendo reconocido como un tipo de propiedad— tuvo en cuenta que no era una categoría totalmente asimilable a la propiedad sobre bienes materiales y, por tanto, ambos sistemas —tanto

¹⁰ Lawrence Lessig, ob. cit.

¹¹ Ídem.

el anglosajón como el europeo— reconocieron la existencia de fronteras y matices para su ejercicio y se le estableció un límite en el tiempo. Pero, con el transcurso de los años, los límites han ido palideciendo y se ha favorecido cada vez más el ejercicio del monopolio económico exclusivo sobre los resultados de la creación —en la inmensa mayoría de los casos para titulares no originarios— en un proceso que limita cada vez más el acceso de la sociedad a estos resultados. Es cierto que el mundo de hoy sería impensable sin la industria cultural —en su más amplia acepción— como medio para difundir los conocimientos y la creación; pero su concentración en manos de los monopolios privilegia la obtención de resultados económicos y, por tanto, ejerce presiones sobre la propia creación desvirtuándola, o sea, mercantilizándola.

El derecho de autor no puede convertirse en la rama del derecho que, a través de la aplicación de medidas tecnológicas y jurídicas cada vez más sofisticadas, realice el recaudo y la distribución de los ingresos por las diferentes formas de explotación comercial de una obra. No puede vaciarse de su contenido cultural y trascender solo su repercusión económica y su andamiaje jurídico.

Si tenemos en cuenta el peso que tienen en la actualidad las industrias relacionadas con el derecho de autor y los derechos conexos en términos económicos, salta a la vista cómo los intereses inversionistas, atentos a los sectores más rentables, empeñan sus esfuerzos en lograr un marco legal nacional e internacional del mayor rigor que garantice, a toda costa, la recuperación a gran escala de los capitales invertidos, aún cuando ponga freno al flujo de la información y de todo tipo de contenidos.

Dicha reacción no debe sorprendernos. Cada vez que ha hecho su aparición una nueva tecnología que atenta contra los intereses de la gran industria, esta no ha vacilado, ya sea a través de la ley o valiéndose de cualquier otro medio, en impugnar, ocultar o incluso retener el desarrollo tecnológico.

En su obra ya citada, Lessig brinda ejemplos asombrosos de posiciones restrictivas adoptadas por la industria ante importantes descubrimientos. Tal es el caso de la invención de la FM, una tecnología radiofónica superior a la hasta ese momento dominante AM. Cuenta entonces cómo Edwin Howard Armstrong tuvo que enfrentar la estrategia diseñada por las oficinas legales, de ventas y patentes, dirigida a destruir lo que constituía una amenaza a la posición de la RCA, exigiendo muchas más pruebas, declarando incluso sin valor las patentes emitidas y negándose a pagar los derechos a Armstrong. Finalmente, casi a punto de expirar su patente, le ofrecieron un acuerdo con una compensación ridícula. En 1954 Edwin Howard Armstrong se suicidó.

Refiriéndose a este caso Lessig afirma:

Desde el principio, el gobierno y las agencias gubernamentales han corrido el peligro de que las secuestren. Es más probable que las secuestren cuando poderosos intereses sienten la amenaza de un cambio, ya sea legal o tecnológico. Con demasiada frecuencia, estos poderosos intereses emplean su influencia dentro del gobierno para que este los proteja. Por supuesto, la retórica de esta protección está siempre inspirada en el beneficio público, la realidad es algo distinta, sin embargo. Ideas que eran tan sólidas como rocas en una época pero que, sin más apoyo que sí mismas, se desmoronarían en la siguiente, se sostienen por medio de esa sutil corrupción de nuestro proceso político. La RCA tenía [...] el poder necesario para asfixiar el efecto del cambio.¹²

Con el desarrollo de Internet y sobre todo de la www existen industrias enteras amenazadas incluso de extinción. Pero es interesante descubrir cómo las propias industrias que hoy

persiguen por piratería a quienes intercambian archivos **online**, fueron “piratas” también en sus orígenes. La industria de cine de Hollywood nació cuando creadores y directores cinematográficos emigraron a la costa de California, a fin de producir fuera del monopolio de las patentes que ejercía Edison —mediante la Compañía de Patentes de Películas y luego de la Compañía General de Cine. Los “independientes”, entre quienes se encontraba William Fox, eran víctimas de amenazas, “robos” y “roturas” de sus máquinas como precio a su desafío.

Al surgir las tecnologías de grabadoras de video, Disney y Universal reclamaron a Sony a causa de que ese equipo podía usarse para grabar películas y programas con copyright. El Tribunal Supremo de los EE.UU. llegó a considerar responsable a Sony de crear una tecnología ilegal, aunque luego esta decisión fue revocada.

Las posiciones de las transnacionales de la música y el entretenimiento, las grandes editoriales, la industria del software y el videojuego, tratan, no obstante, de presentársenos en muchas ocasiones como representativas de los intereses de los autores. La verdad es que si en algunos pocos casos suelen coincidir, en la mayoría suele ser un espejismo premeditadamente fabricado.

Es por tanto indispensable reiterar la diferencia que existe entre **autoría** y **titularidad** en lo que al ejercicio de los derechos de autor se refiere. La **autoría** nos señala al creador, al generador de la obra intelectual, a la persona física capaz de expresarse a través del arte y la literatura o de exponer ideas expresivas de su pensamiento o sensibilidad, la **titularidad** se refiere a quien ejerce los derechos de la obra intelectual, lo cual incluye el beneficio económico por la explotación o uso comercial de esa obra. Por tanto **autor** es generador de conocimiento y **titular** —aunque pudiera coincidir en la misma persona— es el propietario de ese conocimiento, el que puede beneficiarse de él.

Entonces, hablar de titulares de los derechos de autor no es hablar de autores, aunque los incluya: es hablar también

de aquella persona natural o jurídica a la cual el autor le ha cedido los derechos de explotación de su obra, transferencia que casi siempre está signada por la desventaja económica y su imposibilidad de dar a conocer la obra por sí mismo, lo que se agrava ante el control monopólico de los mercados culturales.

Tal aspecto es de suma importancia para esta reflexión; porque no estamos cuestionando las normas que permiten ejercer una legítima titularidad sobre el conocimiento y la creación intelectual, sino aquellas que favorecen la apropiación privada y monopolista de estos, la apropiación de la riqueza que son capaces de generar los creadores y que, sometido a las reglas imperantes de un mercado dominado por el gran capital, recrudece la injusticia y las desigualdades sociales ya existentes y es causa de los increíbles absurdos y atropellos que hemos visto y veremos.

La apropiación del conocimiento puede ser también social. Sin intentar imponer como válida una u otra fórmula —pues otras realidades serán capaces de generar otras soluciones—, no puedo ni es mi interés sustraerme a la visión socialista que poseo sobre el tema, no concebida ni llevada a cabo en condiciones de laboratorio, sino desarrollada en medio de adversidades y no exenta de errores, pero que puede mostrar resultados sustancialmente diferentes a los que muestran la mayoría de los países subdesarrollados.

La apropiación social, como alternativa a la apropiación privada, permite que —respetando los derechos inherentes al autor—, gran parte de la riqueza que se genera como consecuencia de la explotación económica de ese conocimiento u obra intelectual, pueda redistribuirse a nivel de toda la sociedad, garantizando la inversión en otros proyectos incapaces de generar ingresos, subvencionando programas de educación, cultura, salud, etc. De esta forma, el ejercicio de esa titularidad puede ser beneficioso para la sociedad en general.

Hoy en día la producción de la riqueza intelectual es cada vez más colectiva, la creación artística utiliza cada vez más

creaciones preexistentes, apropiándose de obras anteriores y haciendo más y más borrosos los límites de los aportes individuales. La contradicción surge entonces cuando esta socialización de los procesos de creación o producción del conocimiento se enfrentan a la apropiación cada vez más privada de sus resultados, en manos de los grandes monopolios, ya sean farmacéuticos, de la biotecnología o de la llamada industria del entretenimiento.

Según César Rendueles, el sistema legal internacional de propiedad intelectual está estructurado en tres planos fundamentales:

1. Un sistema de protección de la inversión.
2. Un sistema de protección del derecho moral y patrimonial del autor.
3. Un sistema de protección del interés público a través de un mecanismo de excepciones que libera la propiedad intelectual en determinadas circunstancias.¹³

El tercer elemento, tan importante en las legislaciones sobre la propiedad intelectual, a menudo se obvia o se minimiza. Básicamente hay dos modelos de protección de este dominio público: el del derecho europeo basado en un sistema de excepciones bien establecido para, por ejemplo, usos relacionados con la educación, la información o la parodia y un sistema de excepciones abierto como es el *fair use*¹⁴ norteamericano.

Asumir tal estructuración nos permitiría caracterizar el momento actual, de la siguiente manera:

1. Desarrollo acelerado de la protección de la inversión.

¹³ César Rendueles, "Copiar, robar, mandar", en www.sindominio.net/biblioweb/telematica/redueles.pdf.

¹⁴ Uso justo.

2. Debilitamiento real de la protección al autor. Se usa la defensa de sus derechos para enmascarar la defensa de los derechos adquiridos por otros titulares.
3. Debilitamiento extremo de la protección al interés público.

A fin de poder adoptar criterios que realmente beneficien y protejan la creación y los intereses de los países menos desarrollados, es indispensable que se identifiquen y denuncien las posiciones que ante el tema de la propiedad intelectual tienen hoy las transnacionales y los grupos de poder y que definen las conductas de los países desarrollados en negociaciones y foros de debate, como los que propician la OMC, la OMPI y la UNESCO.

Estas posiciones están también presentes en las discusiones en torno a los acuerdos comerciales, ya sean multilaterales o bilaterales, que incluyen dichos aspectos, tales como el ALCA, el Tratado de Libre Comercio de América Central (TLC, CAFTA en inglés), los TRIPS, etc.

TENDENCIAS Y POSICIONES QUE DEFIENDEN LAS TRANSNACIONALES

Aumento en la duración de la protección de los derechos

La primera Ley de Derecho de autor, el llamado Estatuto de la Reina Ana, estableció un límite de catorce años, prorrogables catorce más a partir de la publicación de la obra.

En los EE.UU., específicamente, cada vez que están a punto de expirar los plazos del copyright, los grupos de presión aumentan su actividad. Se habla de importantes cifras de di

¹⁵ Asociación Estadounidense de Cine.

nero gastadas por la RIAA, la MPAA¹⁵ y Disney en 1998 a fin de lograr la aprobación de la Ley de extensión del plazo del copyright de Sonny Bono.¹⁶ Los plazos de protección han sido extendidos por el Congreso en 1831, 1909, 1962 y luego más y más, once veces en cuarenta años.

Si el objetivo que se argumenta para la justificación del copyright es incentivar la creatividad, es cuestionable la forma de hacerlo al prorrogar los plazos por tanto tiempo después de la muerte del autor o de publicada la obra. La prolongación constante de los plazos de protección de los derechos de autor perjudica injustamente a los usuarios de la información, aleja en tiempo a las fuentes creativas e intelectuales del dominio público y distorsiona el equilibrio que debe existir entre los derechos de los titulares y los de la sociedad.

En Latinoamérica también han aumentado los plazos de protección. Por ejemplo, recientemente en México,¹⁷ de los 75 años que alcanzaba la protección después de la muerte del autor ha sido extendido a 100 años. En Chile, donde hasta 1992 el plazo era —en términos generales— la vida del autor más 30 años, fue aumentado en 20 años y solo una década después se introdujo otra modificación como consecuencia del TLC Chile-EE.UU., en el que se aumentó 20 años más.¹⁸

Excepciones al Derecho de autor y “uso justo” del copyright

Cada vez más se reducen las excepciones al Derecho de autor, incluso aquellas que se prevén por motivos educaciona

¹⁶ Lawrence Lessig, ob. cit.

¹⁷ Eduardo de la Parra Trujillo, “Comentarios a las reformas de la Ley Federal de Derecho de Autor”, en www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/8/dtr/dtr3.pdf.

¹⁸ Daniel Álvarez Valenzuela, “Derecho de autor y cultura”, en www.comerciojusto.cl.

les, formación de profesionales, uso de bibliotecas, etc.; y se restringen las interpretaciones del “uso justo” del copyright.

La Directiva 2001/29 del Parlamento Europeo, por ejemplo, contiene varias excepciones al Derecho de autor que deja a la voluntad de los gobiernos nacionales el incluirlas o no en su legislación, y el establecer o no su gratuidad. Entre ellas, el uso privado, las copias de instituciones culturales y educativas, la ilustración para la enseñanza o la investigación científicas, excepciones en beneficio de personas discapacitadas, etc.

Acerca del llamado “uso justo” de la legislación norteamericana, Lessig narra el proceso por el que atravesó un documentalista en los EE.UU. a fin de lograr la utilización de 4 segundos de un famoso animado que, de acuerdo a la ley, bien podía considerarse dentro de esa excepción y por el cual la compañía dueña del copyright terminó solicitándole un pago de diez mil dólares: “Los límites borrosos de la ley, unidos a las extraordinarias responsabilidades legales si se cruzan estos límites, significa que el uso justo efectivo es algo muy reducido para muchos creadores. La ley tiene el fin correcto, la práctica ha derrotado este fin”.¹⁹

Smiers, por su parte, abunda:

De hecho, existe un motivo de alarma referente a las restricciones del principio del **uso aceptable**. Según Gary Schwartz, en los campus norteamericanos, abogados de la universidad elaboran directrices sobre el status legal de las diapositivas utilizadas en las clases de historia, desaconsejan e incluso prohíben a los bibliotecarios la elaboración y el uso de ciertas diapositivas. Actúan de este modo para evitar que demanden a la universidad. Aplican el test del copyright. Los abogados quieren que los bibliotecarios sean capaces de demostrar, antes de aprobar el uso de una dia

¹⁹ Lawrence Lessig, ob. cit.

positiva, que no se infringe ninguna disposición de la ley de los derechos de autor.²⁰

O sea, excepciones que en la ley han sido fijadas, en la práctica se hace muy difícil poder utilizarlas.

Pudiera, además, comentarse sobre este aspecto que el agotamiento de derechos reconocido por las legislaciones con la primera venta de un ejemplar de un libro o disco, se ha interpretado en el entorno digital de forma que perjudica al usuario final, o sea, al lector:

El comprador puede leer el libro múltiples veces, prestarlo, venderlo o destruirlo. Pero en el entorno digital la mayor parte de los usos de una obra constituirán una reproducción o una comunicación o una y otra [...] Si el derecho de controlar la reproducción no está limitado, el titular de un derecho tiene la facultad de efectuar un control total de cada acceso.²¹

Las bibliotecas se ven también muy afectadas por el cambio de formato. Por ejemplo, las revistas científicas que antes adquirían, los clientes podían utilizarlas gratuitamente, y ahora no pueden acceder a sus formatos electrónicos sin pagar.

Es igualmente criticado por la IFLA y objeto de comentario de Lessig, cómo las leyes del copyright dificultan e impiden la digitalización de obras culturales, tanto libros como música y cine, que ya no tienen un interés comercial, pero que deben conservarse para la historia o la investigación y cuya copia para estos fines tropieza con el copyright.

²⁰ Joost Smiers, "Originalidad dudosa", ed. cit.

²¹ Federación Internacional de Asociaciones de Bibliotecarios y Bibliotecas (IFLA), "Limitaciones y excepciones al derecho de autor y derechos afines en el entorno digital: Una perspectiva internacional de las bibliotecas", en www.ifla.org.

Reforzamiento de la protección a los titulares de derechos exclusivos no originarios

No es un secreto para nadie que la titularidad de los derechos de autor, inicialmente solo es ejercida por los autores (titulares originarios). Los titulares que ostentan los derechos en su mayoría son empresarios, editores u otros agentes que los obtienen de manos de los autores, casi todas las ocasiones mediante contratos desproporcionados, pagando sumas irrisorias y asumiendo riesgos mínimos. Por lo tanto, tienen un marcado interés en reforzar, mediante las legislaciones, la protección de los titulares de derechos exclusivos no originarios (productores de fonogramas, de audiovisuales, etc.); ya que son los que ejercen el **lobby** en nombre de los derechos del autor para obtener la prolongación de los plazos, promover la lucha antipiratería y muchas otras demandas.

En EE.UU., como vimos, es la corporación Disney la que ha conseguido promover un total de 11 enmiendas en la ley del copyright para aumentar su duración de 17 a 95 años en beneficio de los productores.

Eliminación del préstamo gratuito en bibliotecas

Los préstamos públicos no comerciales no han estado tradicionalmente controlados por la legislación sobre el derecho de autor; pero en algunos países está pasando a ser una actividad restringida. El préstamo público es fundamental para la cultura y la educación y debe poder estar al alcance de todos. Los préstamos, a su vez, contribuyen a la comercialización de la información y estimula las ventas.

La Directiva 92/100/CEE impuso a los Estados miembros la obligación de establecer la remuneración por préstamo público de las obras literarias. La Comisión Europea ha decidido solicitar oficialmente información a España, Italia, Irlanda y Portugal, debido a que sus legislaciones aún eximen a los establecimientos de préstamo, es decir a las bibliotecas,

de la obligación de remunerar a los titulares, lo que se traduce en la no aplicación del derecho de préstamo público aprobado por la Directiva 92/100 que otorgaba a los autores y otros titulares el derecho de autorizar o de prohibir el préstamo público o, en su caso, de recibir una contraprestación económica, lo que debe ser transpuesto a las legislaciones nacionales. Esto constituye la primera etapa del procedimiento de infracción previsto en el Tratado de CE.²²

Los bibliotecarios de España, Italia y otros países y organizaciones han llevado a cabo acciones de denuncia y protesta en contra de la medida, que arruina una labor imprescindible en el fomento de la educación y de la cultura. Como parte de dichas protestas en el año 2004 se hizo público el **Manifiesto en defensa del préstamo en bibliotecas**, el cual fue suscrito por importantes escritores españoles, donde exponen sus posiciones ante este problema, que para nada tienen que ver con los argumentos de las editoriales y otras organizaciones que lucran con la reacción intelectual:

Ante el anunciado proyecto de estipular que los autores y editores cobren derechos por los préstamos de libros efectuados en las bibliotecas públicas, los y las abajo firmantes queremos expresar nuestra más enérgica oposición a una medida que —pese a algunas declaraciones demagógicas al respecto—, incidiría inevitablemente en los ya de por sí exiguos presupuestos de las bibliotecas (como ha sucedido con el IVA y con otros gravámenes recientes).

El argumento de que los autores, al poderse leer gratis sus libros en las bibliotecas, pierden compradores, es una burda falacia. Muy al contrario, las bibliotecas dan a conocer los libros, los promocionan y permiten que estén en circulación durante años, en un momento en que en las librerías

²² José Luis Magro, "Préstamo de pago en las bibliotecas públicas", en www.maratondeloscuentos.org/librolibre/actasdoc/magro.html.

solo duran, en el mejor de los casos, algunos meses. Y esto permite mantener viva la presencia de muchos autores que, de otro modo, desaparecerían casi por completo del panorama literario.

Por otra parte, las bibliotecas, tanto por su actividad principal como por sus numerosas actividades secundarias (organización y seguimiento de clubes de lectores, seminarios, talleres, conferencias, exposiciones, encuentros con autores, etc.), fomentan y apoyan la afición a la lectura más que ninguna otra institución pública o privada, lo que también redundaría directamente en beneficio de los autores.

Cuando una biblioteca compra un libro, no solo abona los correspondientes derechos de autor, sino que además invierte espacio, tiempo y recursos en catalogar, preparar para el préstamo y almacenar ese libro, convirtiéndose, de este modo, en la mejor aliada de autores y editores. Exigirles a las bibliotecas que, además, paguen un canon por prestar los libros —es decir, por prestar un servicio público de primer orden— es, más que un disparate, una indecencia.²³

Ampliación del ámbito de protección del derecho de autor

La protección del fonograma como obra, en correspondencia con el enfoque anglosajón, ha sido extendida a otros países, como Argentina, en los que la industria fonográfica ha podido forzar el cambio legislativo.

Si bien la legislación continental asumió en muchos casos fórmulas parecidas a las de la ley española de 1879 de

²³ “Manifiesto en defensa del préstamo en bibliotecas”, en www.maratondeloscuentos.org/descarga/manifiesto.doc.

otorgar protección a “las obras científicas, literarias o artísticas que puedan darse a la luz por cualquier medio”, se han interpretado extensivamente estas fórmulas u otras similares, permitiéndose inclusiones alejadas del objetivo primario.

Resulta incuestionable el aumento desmedido del ámbito de protección del derecho de autor para proteger las inversiones. Tan es así, que en algunos países se prevé la protección del diseño de forma tan amplia que admite el de un corte de cabello, o se protegen las fotografías o videos casuales sin intención artística.

Otro ejemplo del fenómeno lo encontramos en la protección otorgada a los softwares. Los ADPIC, que incluyen esta protección, dicen textualmente en su artículo 10: “Los programas de ordenador, sean programas fuente o programas objeto, serán protegidos como obras literarias en virtud del Convenio de Berna (1971)”.

Aunque es indudable que los programas de ordenador son el resultado de la actividad creativa del ser humano, tal tipo de protección no tiene antecedentes, ya que, aún cuando se tiene licencia para explotarse legítimamente la “obra”, su código no puede ser conocido, o sea, se mantiene en secreto, encerrado, privándose incluso a los que han adquirido la licencia de uso, el conocimiento de esa parte de la obra protegida. Este tipo de protección tiene que ver más con la promoción de la dependencia tecnológica que con la protección a la creación.

Utilización de licencias que impiden la negociación

Los acuerdos de licencia deben complementar la legislación sobre el derecho de autor y no sustituirla. Las legislaciones nacionales sobre el derecho de autor deben invalidar las licencias utilizadas por los titulares, que restrinjan o eliminen las excepciones o limitaciones establecidas en la ley cuando

sean establecidas unilateralmente por los titulares de los derechos sin la posibilidad de que los usuarios negocien sus condiciones.

Sin embargo, las licencias contractuales **on line** y otras variantes impiden, en la mayoría de los casos, las negociaciones y excluyen la posibilidad del ejercicio a los beneficiarios de las excepciones. Por ejemplo, las licencias en formularios uniformes impresos, las de envoltorios de plástico que acompañan a los CD-ROM y las de aceptación por tecleo, se yerguen en una especie de "legislación unilateral" o acuerdos de adhesión que frecuentemente suprimen las excepciones al derecho de autor y fijan un nivel de uso más restrictivo que el que autoriza la ley.

Medidas tecnológicas de seguridad que impiden el ejercicio de derechos

Las medidas tecnológicas de protección del derecho de autor constituyen una cuestión importante a discutir porque pueden anular y eliminar con eficacia cualquier excepción al derecho de autor. En la práctica, la implementación de medidas tecnológicas restringe el disfrute de las limitaciones y excepciones al Derecho de autor que otorgan tratados y legislaciones nacionales. Además, no distinguen entre los usos que no están autorizados por el titular del derecho de autor, pero sí por la ley, y los que constituyen infracciones.

El mismo mecanismo de control de las copias, que impide que una persona efectúe duplicados de una obra protegida, puede también impedir a un estudiante o a una persona visualmente discapacitada que realice reproducciones legítimas con arreglo al **uso justo** o a otra excepción legalmente establecida.

En el mundo actual, a través de la llamada arquitectura o código, se establecen leyes que nada tienen que ver con la que emana de un órgano o autoridad con facultades legislativas y a las que el usuario, al propio tiempo, está obligado a

cumplirlas sin otra alternativa. Por ejemplo, la forma en que queda protegido un libro electrónico por el programa utilizado, puede impedirte copiar, imprimir o escuchar el libro, aunque su contenido esté en dominio público. Si, igualmente, se prohíben las tecnologías que se oponen a esto, un derecho que puede ser ejercido según la ley, el código del software utilizado te lo impide, imponiendo otra ley imposible de vulnerar por alguien que no sea un programador.

Además, por otra parte, la Digital Millenium Copyright Act (DCMA) de los Estados Unidos implementó rápidamente las obligaciones de los tratados Internet de la OMPI, específicamente el artículo 11 del TODA (WCT), que expresa: "Las partes contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos".²⁴

Dice al respecto Delia Lipszyc que: "El TODA no identifica los medios para eludir sino que se refiere a la acción de eludir los derechos de modo que esta acción puede realizarse mediante la introducción de dispositivos dentro o fuera de la máquina (hardware) o bien en los programas de ordenador (software)".²⁵

La DMCA en su artículo 1201, tipifica las acciones de eludir las medidas tecnológicas efectivas que permiten controlar el acceso a las obras y las que permiten controlar la utilización de las mismas prohibiendo expresamente: fabricar, importar, ofrecer al público, proveer o de otra manera traficar con cualquier tecnología, servicio, dispositivos, componente o parte de estos que estén principalmente diseñados con el propósito de eludir una medida tecnológica que de manera efectiva controle el acceso a una obra protegida [Ar

²⁴ Ley de Copyright para el Milenio Digital, 28 de octubre, 1998.

²⁵ Delia Lipszyc, ob. cit., p. 146.

título 1201 (a)(2)(A)] o proteja eficazmente un derecho reconocido al titular de un copyright [Artículo 1201 (b) (1) (A)].

A pesar de la existencia de estas excepciones, la propia jurisprudencia norteamericana ha aceptado que las normas citadas pueden dificultar el ejercicio del “uso justo”:

La DMCA no ‘elimina’ el uso permitido. Aunque algunos de estos usos pueden resultar más difíciles, ninguno ha sido prohibido. Los poseedores legales de obras protegidas pueden continuar realizando todos los usos permitidos (*fair uses*) autorizados por la ley. Sin embargo, puede haberse vuelto más difícil que dichos usos tengan lugar respecto a obras digitalizadas protegidas tecnológicamente, pero el *fair use* en sí mismo no ha sido eliminado o prohibido.²⁶

Al respecto Lessig dice:

Las disposiciones contra la ruptura de la protección instituidas por la DMCA tomaban como objetivos las tecnologías anti-protección. Estas tecnologías pueden usarse para fines diferentes. Pueden usarse, por ejemplo, para permitir el pirateo masivo de materiales con copyright —un fin malo. O pueden usarse para permitir el uso de determinados materiales con copyright de formas que se considerarían uso justo —un fin bueno.²⁷

Esto es muy significativo en un país en el que no se ha podido prohibir la tenencia de armas de fuego. “Nadie ha muerto nunca jamás por la violación del copyright —afirma Lessig. Sin embargo, las leyes prohíben absolutamente las tecnolo

²⁶ “United States vs Elcom Ltd., et al.”, citado por Delia Lipszyc, *ob. cit.*, p. 201.

²⁷ Lawrence Lessig, *ob. cit.*

gías anti-copia, a pesar del potencial que tienen para producir algún bien, mientras que permite las pistolas, a pesar de mal obvio y trágico que producen”.²⁸

Lessig cita entonces una viñeta hecha en 1981 por Paul Conrad donde aparece un reproductor de video y una pistola y debajo un genial pie de foto: “Ejercicio de agudeza visual. ¿De cuál de estos dos productos han decidido los tribunales que son responsables los fabricantes y vendedores por haber proporcionado el equipo?”

Lessig, autor también de *El código y otras leyes del ciberespacio*, opina que:

Usando código, los dueños de copyright restringen el uso justo; usando la DMCA, castigan a aquellos que intentarían evadir las restricciones al uso justo impuestas mediante el código. La tecnología se convierte en un medio para eliminar el uso justo; la ley de la DMCA respalda esta eliminación.

Así es como el código se convierte en ley. Los controles insertados en la tecnología de protección de copia y acceso se convierten en reglas cuya violación es también una violación de la ley.²⁹

“Apropiación” del dominio público

La noción de “dominio público” está en peligro ante la voracidad de los intereses particulares. Cada vez más las empresas se apropian de los conocimientos, informaciones e investigaciones que pertenecen a tal dominio, financiadas por fondos públicos.

Un ejemplo que linda con el absurdo es el de la sociedad West Publishing, a la que el Ministerio de Justicia norteamer

²⁸ Ídem.

²⁹ Ídem.

ricano había cedido los derechos de publicación de las leyes federales. Esta empresa reivindicó sus “derechos de propiedad intelectual” sobre la totalidad de la base de datos de las leyes federales, por el hecho del “valor añadido” que había aportado por la numeración a las páginas que había sido utilizada para indizaciones de referencia en procesos judiciales. Después quiso incluso reclamar el monopolio de facto sobre la publicación de las leyes federales, pretensión que no prosperó.

Philippe Quéau, nos aporta otros ejemplos:

En Francia, la sociedad ORT explota las bases de datos de los registros de comercio (balances de empresas, registros de morosos) sobre minitel e Internet, en el marco de una misión de servicio público concedida por el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial (INPI). Esta concesión en exclusiva le aporta un volumen de negocios de alrededor de 280 millones de francos y un beneficio de unos 8 millones de francos —el Estado, que es quien proporciona los datos, es uno de sus más importantes clientes. El 9 de diciembre de 1999, el grupo Reuters confirmaba que había adquirido ORT.

En 1985, todos los datos del programa público americano de observación de la tierra por satélite Landsat fueron traspasados a EOPSat, una filial de General Motors y de General Electric. Resultado: el coste de acceso a los datos fue multiplicado por veinte. Las instituciones universitarias no podían conseguir una información que estaba ahora fuera del alcance de sus bolsillos por su alto precio, y que, sin embargo, había sido obtenida gracias a una financiación íntegramente pública. Su explotación favoreció principalmente a las grandes compañías petrolíferas, subvencionadas así directamente.³⁰

³⁰ Philippe Quéau, “¿A quién pertenecen los conocimientos?”, en www.attacmadrid.org, trad. del francés por María Jesús Morillo.

El acceso a datos o materiales del dominio público no puede ser a través de servicios privados, debido a que termina limitándolo, impidiendo el libre ejercicio del derecho. Con relación a este aspecto los representantes de sociedad civil ante la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información, celebrada en Ginebra en el 2003, propusieron mecanismos para hacer accesible, proteger y promover aquellas informaciones y tecnologías que estén en el “dominio público”, y el reconocimiento a la fuente, a fin de que no puedan ser privatizadas. Igualmente se pronunciaron porque toda la información y conocimiento producidos con la ayuda de recursos públicos —como la investigación e información científica— fuera de acceso abierto.

“Apoyo” en la implantación de regímenes “eficaces” de propiedad intelectual

Desconociendo las necesidades reales y las prioridades de las naciones subdesarrolladas, los países desarrollados los “apoyan” con recursos, asistencia técnica y capacitación, a fin de implementar aceleradamente las normas que necesitan.

Muchos esfuerzos internacionales, algunos bien intencionados, promueven, para la protección a la creación de estos países, la aplicación del sistema de derecho de autor vigente, sin tener en cuenta que así se está desconociendo la propia diversidad cultural. La existencia de diferentes formas de creación y de apropiación debe respetarse y no intentar globalizar un sistema que no se ajusta a ello.

En el Artículo 67 de los Acuerdos sobre los ADPIC, relativo a la cooperación técnica, se establece que:

Con el fin de facilitar la aplicación del presente Acuerdo, los países desarrollados Miembros prestarán, previa petición, y en términos y condiciones mutuamente acordados, cooperación técnica y financiera a los países en desarrollo o países menos adelantados Miembros. **Esa cooperación**

comprenderá la asistencia en la preparación de leyes y reglamentos sobre protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual y sobre la prevención del abuso de los mismos, e incluirá apoyo para el establecimiento o ampliación de las oficinas y entidades nacionales competentes en estas materias, incluida la formación de personal.³¹

Para Julius Nyerere, el objetivo de los Acuerdos sobre los ADPIC es:

Instalar un sistema que obligue a los países en vías de desarrollo a reestructurar sus leyes nacionales para que se acomoden a las necesidades e intereses del Norte [...] aumentar el alcance del sistema que rige los derechos de la propiedad intelectual, extender la vigencia de los privilegios concedidos, ampliar el área geográfica donde se puedan ejercer estos privilegios y atenuar las restricciones en el uso de los derechos concedidos.³²

Sin los conocimientos necesarios, ni un buen asesoramiento sobre la creación de una legislación nacional que aproveche al máximo lo que permiten los Acuerdos sobre los ADPIC y bajo intensas presiones externas, muchos países han promulgado leyes que los colocan en una posición francamente desventajosa.

Los países subdesarrollados no son un grupo de naciones incapaces de aplicar las normativas internacionales en materia de propiedad intelectual por falta de recursos y de capacitación de los órganos administrativos encargados para ello. Esta visión, que subyace en los Acuerdos de los ADPIC y en el tratamiento dispensado en algunos foros internacionales,

³¹ Subrayado de la autora.

³² Julius K. Nyerere, "The Challenge to the South", en Joost Smiers, "Originalidad dudosa", ed. cit.

conduce solo al apoyo a estos gobiernos al momento de legislar o aplicar las normas e intenta justificar la imposición de regímenes ajenos. Para garantizar realmente la protección a la creación y al conocimiento de forma que se beneficie la sociedad, es de vital importancia analizar el problema desde la cultura y la dimensión del desarrollo.

Recientemente, más de 500 prominentes científicos e intelectuales de numerosos países, en un manifiesto titulado “Declaración de Ginebra sobre el futuro de la OMPI”, declaraban:

La OMPI debe [...] expresar una visión más equilibrada [...] y tratar de imponer una obediencia mundial solo cuando esta beneficie realmente a toda la humanidad. Un enfoque en el que se impone las mismas políticas a todos los países y que implica los más altos niveles de protección de la propiedad intelectual para todos, nos conduce a resultados injustos y agobiantes para los países que luchan por cubrir las necesidades más básicas de sus ciudadanos.³³

El subdesarrollo no se reduce a la brecha digital, ni a la falta de microprocesadores, ni incluso a la falta de energía eléctrica, se trata de muchos y profundos problemas económicos y sociales. Debemos exigir un tratamiento especial para aquellos países que durante siglos han sido saqueados y que han sido víctimas de la más cruel explotación colonial o neocolonial. Sobre esa explotación se ha edificado la riqueza del llamado Primer Mundo. Es necesario exigir un tratamiento realmente diferente, normas que favorezcan de manera eficaz y decisiva a estas naciones teniendo en cuenta sus necesidades y no las que quieren los países desarrollados hacer ver como tales. Esto, lejos de ayudar, prorroga la desventaja y la dependencia. Es absurdo pensar que previendo una igualdad formal de dere

³³ “Declaración de Ginebra sobre el futuro de la OMPI”, en www.peru.cpsr.org.

chos en los instrumentos jurídicos internacionales se pueda garantizar un ejercicio efectivo de los mismos.

La Alternativa Bolivariana para las Américas, está aportando un ejemplo de cómo se pueden lograr importantes avances sobre la base de la solidaridad, la cooperación, el trato especial y diferenciado y no con la imposición de normas y la competencia.

Protección al derecho de autor en los acuerdos comerciales

Al incluir la protección al derecho de autor dentro de los acuerdos comerciales, los productos y servicios culturales se convierten en una mercancía más sujeta al "libre comercio" entre los países de desigual desarrollo. Así, con los Acuerdos sobre los ADPIC o TRIPS la propiedad intelectual se vincula al comercio. También se incluyen tales aspectos en diferentes tratados comerciales como CAFTA, el ALCA y otros acuerdos multilaterales y bilaterales. El objetivo es lograr la homogenización de las legislaciones con independencia de las necesidades y posibilidades de los países subdesarrollados y con ello la garantía a la protección de las inversiones y el dominio de los mercados por parte de las transnacionales. Esto refuerza la desigualdad, arruina las economías y pone en grave peligro las culturas nacionales.

Manipulación del concepto de "piratería"

Según el Glosario publicado por la OMPI, piratería es: "la reproducción de obras publicadas o de fonogramas por cualquier medio adecuado con miras a la distribución al público y también la reemisión de una radiodifusión de una persona sin la correspondiente autorización",³⁴ o sea, no hace refe

³⁴ www.wipo.org.

rencia a que sea necesario el ánimo de lucro para que se configure el acto ilícito. "Pirata" puede ser entonces el que copia una emisión o una actuación artística en vivo sin autorización y la regala o se la copia a otros, o el que intercambia archivos musicales en Internet.

Aunque no pretendo debatir aquí el tema de la "piratería", sí debemos señalar que este concepto ya pertenece a los acuñados y manipulados por la maquinaria al servicio del pensamiento único, del mismo modo que términos como "terrorismo", "democracia" o "derechos humanos". Lamentablemente, la utilización que se hace hoy de la lucha contra la "piratería" expresa mayoritariamente los intereses de las transnacionales; quienes califican como actos ilícitos o de piratería, penalmente sancionable, a las distribuciones o utilidades de copias no autorizadas de las obras, aún cuando no tengan ánimo de lucro. Se pretende que en las mentes de los dominados se establezca de forma automática la conexión copia-saqueo-robo. Corresponde entonces al pensamiento revolucionario adjetivar, diferenciar y rearticular el lenguaje.

Centrarnos en la piratería como problema sería tratar un dolor de cabeza cuando estamos ante una enfermedad terminal. La piratería no es, a nuestro juicio, ni una enfermedad ni una epidemia, es un síntoma de una enfermedad más profunda que intento abordar con la mayor integridad posible en este trabajo y cuya causa fundamental estriba en el sometimiento de la creación a intereses mercantiles y de obtención de ganancias.

En las posiciones en torno a la piratería hay acusaciones de todo tipo, confusiones, grandes intereses, discursos demagógicos... Se habla de cómo la piratería, en el caso de la música, estrangula las industrias nacionales y desestimula la grabación. Bien pudiera ser cierto en alguna medida, aunque no se dice que estas industrias pequeñas y medianas ya estaban ahogadas por otras causas. Culpan a la piratería de estandarizar los gustos, ya que se reproducen aquellos éxitos de gran promoción como vía segura para la venta fácil, pero

en realidad la piratería lo que hace es multiplicar y ampliar la estandarización de la cual ya somos víctimas por los criterios de selección acuñados previamente —se sabe con qué objetivos— por las grandes productoras discográficas. Se plantea que los piratas son competidores desleales para el comercio honesto, y habría que preguntarse si son honestos los contratos leoninos que imponen a los intérpretes y si es honesta la relación calidad-precio, costo-precio del disco, cuando se está hablando de un producto cultural.

Las productoras, editoras y sus organizaciones arrastran a los autores confundidos y/o a los privilegiados por el sistema —dentro de los que también se encuentran autores, sin dudas, de talento— y exigen a los gobiernos, a través de sus enormes influencias, que asuman compromisos en esta lucha, aportando datos acerca de los volúmenes supuestamente dejados de percibir y otros factores de índole económica. Reclaman medidas penales cada vez más severas, involucran a las aduanas, a los tribunales, a la policía, a los siempre dispuestos medios de comunicación —en muchos de los casos muy relacionados con las mismas grandes corporaciones involucradas—, que serán los encargados de reportar las incidencias de la enorme cacería. Acusan a los piratas de haber alcanzado vínculos con el crimen organizado —lo cual no se excluye—, con el tráfico de drogas, e incluso con el de armas —para incorporarlos en cualquier momento como blanco en la lucha contra el terrorismo. El inmigrante dedicado a la piratería es un enemigo idóneo para las sociedades excluyentes.

Los ejemplos más exagerados en la lucha contra la piratería provienen de los Estados Unidos. La “Ley contra el robo electrónico” convirtió en delito poseer o distribuir copias de material registradas en línea, fuera o no en beneficio propio. Puede afirmarse, según Lessig, que sobre la base de esta nueva ley entre cuarenta y sesenta millones de ciudadanos norteamericanos pueden ser considerados criminales bajo este concepto.

Pero al lado del concepto de "copia pirata" están otros, agrupados bajo la denominación de "infracciones de la propiedad intelectual", violaciones que, de acuerdo a los apartados de esta materia incluidos en los acuerdos de comercio y de los propios Acuerdos sobre los ADPIC, desatan una maquinaria represiva en los marcos de la Organización Mundial de Comercio. Estos conceptos son aplicados también por las transnacionales, por ejemplo, a un medicamento genérico, del que quieren deshacerse para dominar completamente un mercado, aún cuando con ello se priva a muchos del acceso al mismo.

Si la "violación" ocurre en un país subdesarrollado, de inmediato se activarán los mecanismos de observancia y llegará la injerencia a través de organismos internacionales, regionales o bilaterales, las listas negras y hasta las sanciones económicas. Todo aparece bajo una misma denominación y responde a una misma dominación. Así, los autores son colocados junto a quienes promueven un sistema de protección más fuerte, con penas más severas, del lado de las transnacionales y del poder hegemónico, aunque la mayoría de ellos desconoce tales artimañas.

Recrudescimiento de las sanciones de las violaciones a los derechos de autor

La RIAA les interpuso a cuatro estudiantes norteamericanos una demanda por 98 000 millones de dólares por construir motores de búsqueda que permitían, aunque no era su objetivo, copiar canciones en Internet. Para casos de "violaciones voluntarias", la Ley de Copyright especifica los llamados "daños estatutarios", que permiten al dueño de un copyright reclamar 150 000 dólares por cada violación. Lessig compara esto con lo que, de acuerdo a la legislación de los EE.UU., se le exigiría a un médico por amputar una pierna equivocada, en cuyo caso debería pagar solo 250 000 dólares por el dolor y sufrimiento provocados con su negligencia.

El Código Penal español de 1995 estableció, para los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el requisito de la persecución a instancia de la víctima. La ley 15/2003, de reforma del Código Penal, elimina dicho requisito, de modo que tales delitos deberán perseguirse de oficio.

En Chile se propuso una modificación a la Ley vigente que recrudece igualmente las sanciones e introduce nuevos delitos relacionados con la propiedad intelectual, aun cuando esta modificación no garantiza el equilibrio en el ejercicio de otros derechos de los ciudadanos.

Presión sobre los países subdesarrollados para “adecuar” las legislaciones

Ya analizamos cómo el sistema “occidental” de derechos de autor no se adapta a las expresiones culturales de una gran parte de los pueblos originarios, donde priman formas de creación colectiva que se transmiten de generación en generación, sin reconocer un papel relevante al autor individual ni concebir la apropiación privada de la misma.

Eliminación de medidas proteccionistas y lucha contra la piratería

Los Tratados de Libre Comercio impiden la aplicación de subvenciones, estímulos fiscales u otras medidas arancelarias y no arancelarias, lo cual, unido a los recortes de los fondos sociales, reduce aún más la fuerza del Estado para ejercer políticas culturales efectivas. Por ejemplo, en México, la aplicación del TLC impidió que se aprobaran estímulos fiscales a las producciones cinematográficas nacionales.³⁵

³⁵ Víctor Hugo Rascón, “Legislación y políticas en las industrias culturales de Latinoamérica”, en *Seminario de industrias culturales y desarrollo sustentable*, Secretaría de Relaciones Exteriores (México),

En la actualidad hay, además, una tendencia excesiva a movilizar los esfuerzos y recursos gubernamentales y sociales para luchar contra la “piratería” —que afecta más a las transnacionales que a los propios autores—, en menoscabo del financiamiento de otras acciones de mayor trascendencia social y cultural.

Los Acuerdos sobre los ADPIC y los apartados de propiedad, traen consigo no solo la adopción de normas de mayor severidad sino todo un sistema para garantizar su cumplimiento. A países cuya situación económica es pésima y cuyas culturas, lenguas y el patrimonio material e inmaterial nacional se encuentran en peligro, se les exige la implementación de medidas en frontera, formación de personal calificado y otras acciones que no están en disposición ni en posibilidades de cumplir, bajo pena de ser sancionados económicamente o incluidos en una lista negra donde los intereses comerciales de los EE.UU. no se encuentran debidamente protegidos.

Saqueo a conocimientos y expresiones culturales desfavorecidas

Tal y como ocurre con los recursos y conocimientos biológicos, las expresiones culturales de los países en desarrollo es salvajemente expoliado. Bien pudiera denominarse “piratería” a la expoliación indiscriminada que ejercen las transnacionales al apropiarse y proteger a su favor expresiones culturales o conocimientos tradicionales pertenecientes a las comunidades indígenas o de pocos recursos. Es una realidad el uso cada vez más frecuente de motivos “étnicos” en las pasarelas de la moda europeas y norteamericanas, bajo marcas que nada tienen que ver con sus orígenes.

Consejo Nacional para la Cultura y las Artes (México), Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura (OEI), Ciudad México, 2004.

También es práctica habitual la acción de compañías que componen, escriben, graban y venden con fines comerciales cantos, leyendas y cuentos tradicionales, violando los derechos y apropiándose ilegítimamente de lo que pertenece a una comunidad, la mayor parte de las veces falseando los contenidos, modificándolos de acuerdo a los intereses del capital.

Hasta aquí una caracterización que pudiera enriquecerse mucho más y que marca la torcedura, la tergiversación de los principios y el juego con los conceptos de los cuales son víctimas los países subdesarrollados.

Capítulo 4

DERECHO DE AUTOR Y PROPIEDAD INDUSTRIAL

Mucho se debate hoy sobre el concepto de “propiedad” intelectual. En algunos espacios alternativos se habla ya de “derechos intelectuales” para referirse a esta especial categoría de derechos que no se corresponden con un régimen de propiedad clásico, sino a un reconocimiento que debe ser limitado tanto en el tiempo como en la forma de su ejercicio y que nace íntimamente ligado a la persona del creador y a ese otro derecho que es el de acceso de los ciudadanos a la cultura y al conocimiento. En la mayor parte de la doctrina y en los circuitos hegemónicos, sin embargo, se sigue defendiendo la existencia de este tipo de propiedad, con el consabido carácter sagrado que siempre han intentado los dueños atribuirle, ya sea el objeto de la propiedad material o inmaterial.

En la actualidad, el Derecho de autor constituye una de las dos ramas de la llamada Propiedad intelectual, bajo cuya denominación se incluyen también una serie de derechos que tienen por objeto los denominados bienes inmateriales.

Si el derecho de autor protege obras literarias, musicales, artísticas, fotográficas, audiovisuales y otras, la propiedad industrial otorga patentes, reconoce derechos sobre los dibujos industriales, sobre las marcas, los nombres y lemas comerciales, indicaciones geográficas, variedades vegetales y otros.

En cuanto a su reconocimiento, las dos ramas presentan particularidades propias. Los derechos de propiedad industrial se otorgan solo si se cumplen determinados requisitos.

En el caso de las invenciones, por ejemplo, se exige la novedad y la aplicabilidad industrial. También se distingue por el carácter obligatorio del registro, ya que es a partir de este acto administrativo que nace el derecho. El derecho de autor, por el contrario, protege los resultados de la creación sin necesidad de formalidad alguna y sin que se requiera el cumplimiento de requisitos, pues el registro es voluntario y solo de carácter declarativo. También se reconoce la existencia de resultados que pueden ser protegidos tanto por el derecho de autor como por la propiedad industrial.

Ambas ramas tienen en común, según se ha señalado, que en los dos casos se generan los llamados derechos inmateriales, fruto de un acto de creación intelectual, y que su regulación expresa como objetivo constituir una estimulación a esa actividad creativa. También se asemejan en que tratan de impulsar la creatividad mediante el otorgamiento de determinados derechos exclusivos con cuya explotación, a través de distintos tipos de acuerdos comerciales, sus titulares obtendrán beneficios económicos.

Unir al Derecho de autor y la Propiedad industrial dentro de la Propiedad intelectual responde a la imposición de una lógica nacida de los intereses económicos, que las considera como normas protectoras de sus inversiones, generadoras de recursos, susceptibles, por tanto, de ser incluidas en los acuerdos comerciales. La protección de tales derechos intenta garantizar que la "propiedad" intelectual se convierta en capital intelectual.

Al empezar a estudiar estos temas y reanalizar el Derecho de autor desde otra perspectiva, pensé que la solución estaría en excluirlo de la llamada Propiedad intelectual y su integración a esa nueva rama del derecho emergente denominada Derecho de la cultura. Es necesario el estudio de las esencias del Derecho de autor sobre la base de su verdadero objeto de protección, su valoración como derecho humano, su repercusión en la cultura y en la identidad cultural de los pueblos. Pero al profundizar en los derroteros actuales de los otros

derechos de propiedad intelectual he reconocido problemas que mucho tienen en común, que si bien no me alejan en lo absoluto de este primer planteamiento, sus implicaciones nos impiden dejar el tema totalmente a un lado. ¿Sería correcto librar una batalla por la “humanización” de los derechos de autor obviando lo que está sucediendo con los llamados derechos de propiedad intelectual?

En la actualidad, el pensamiento único y las normas y tratados que le sirven de instrumentos los han agrupado bajo una misma denominación. Ambos se encuentran igualmente al servicio de intereses empresariales y del mercado, poniendo en peligro, incluso, en el caso de las patentes, hasta la propia supervivencia humana. Aunque sería imposible analizar a fondo el tema en el presente texto, se trata de luchar por recuperar la dimensión ética y humana que bajo ninguna circunstancia debe abandonar el derecho. Quiero proponer en el presente capítulo una aproximación inicial a esa suerte común que agrupa al Derecho de autor con otros derechos de los llamados de propiedad intelectual y que requieren de un urgente análisis desde otras bases.

El alcance de la protección por propiedad intelectual en el mercado, al igual que el derecho de autor, se ha extendido cada vez más y abarca ya otros conceptos que van más allá de los inicialmente concebidos. Tal es el caso de la protección de descubrimientos que no constituyen invenciones, la protección mediante el sistema de patentes de la “creación” de organismos vivos, la aplicación de otros mecanismos que dilatan la libre aplicación de los conocimientos científicos; todo lo cual, sin dudas, inclina la balanza igualmente a favor de la protección de inversiones, de la competencia, de los intereses monopólicos y transnacionales, de la posesión de mercados, más que a la protección y estímulo de la actividad inventiva.

Si cualquiera de los ejemplos expuestos en la introducción pueden provocar asombro, habría muchos otros, más desgarradores, por aportar aun. Algunos agregarían al asombro

una gran dosis de indignación por tratarse de la vida de millones de seres humanos la que se encuentra en juego.

En un mundo donde en el año 2001 había 36 millones de enfermos de VIH/SIDA existe una combinación de varios medicamentos antirretrovirales que ha reducido notablemente el número de muertes por esta causa en los países industrializados. Los precios impuestos por las empresas titulares de los derechos de propiedad intelectual, solo permiten que el 0,1% de los 25 millones de personas con VIH/SIDA en el África subsahariana puedan tener derecho a salvar su vida.¹

Pero no es solo eso: el gobierno de los EE.UU., a través de la oficina de su Representación de Comercio —apoyado después por otros gobiernos de la Unión Europea— presionaron al Gobierno de Sudáfrica para que impidiera las “importaciones paralelas” de los medicamentos —aspecto permitido por sus leyes— y lo amenazó con sanciones comerciales. Los EE.UU. igualmente llevaron a Brasil ante el grupo especial de solución de diferencias de la OMC para obligarle a anular sus leyes de patentes, que permiten disponer la fabricación de dichos medicamentos a muy bajos precios, alegando estado de “emergencia nacional”.

Existen muchos ejemplos del ejercicio arbitrario de los derechos en el campo de las patentes.² Tal es el caso de la protección de la tecnología *Terminator*, también llamada “la bomba de neutrones de la agricultura”, desarrollada por científicos norteamericanos, que consiste en la obtención de semillas de plantas cuyo ADN ha sido programado para que sean incapaces de utilizarse en cultivos futuros, o sea, de ser utilizadas para otras siembras, con el objetivo de que el agricultor dependa de modo definitivo de las empresas producto

¹ “Informe Desarrollo Humano”, ed. cit.

² Vandana Shiva, *¿Proteger o expoliar? Los derechos de propiedad intelectual*, Intermon Oxfam, Barcelona, 2003.

ras de semillas. O el caso de su cínica pareja: la tecnología **Traitor**, que devuelve a las semillas la fertilidad si se utilizan inductores químicos producidos por la misma compañía. La transnacional Monsanto ha desarrollado un herbicida que destruye todas las plantas (buenas y malas), excepto aquellas provenientes de semillas desarrolladas por la propia empresa para resistirlo. Esta fórmula garantiza sin dudas la ausencia de malas hierbas, pero sus consecuencias para la biodiversidad pueden ser incalculables.

Son notables también los continuos actos de apropiación que ocurren sobre los conocimientos tradicionales, como es el caso de las patentes desarrolladas por empresas norteamericanas, alemanas y japonesas a partir de neem, árbol que desde hace 2 000 años es utilizado en la India como pesticida, para la fabricación de medicamentos y cosméticos y como purificador del aire, y que actualmente explotan esas compañías arruinando a los productores locales e impidiendo el acceso a este antiquísimo descubrimiento a todo aquel que no pueda pagar por su utilización.

La legislación de marcas, por ejemplo, ha llegado a reconocer apropiaciones risibles, como el rugido del león que anuncia las producciones cinematográficas de la MGM, o los olores a hierba fresca, vainilla, flores u otros, reconocidos como marcas olfativas a favor de las empresas que deciden usarlas en la publicidad de sus productos. Muchos otros ejemplos nos permiten identificar el momento actual como la era de la apropiación de lo inapropiable y la mercantilización del conocimiento y la inteligencia humana.³

Otro hecho que evidencia el delirio de esta carrera es el aportado por el gobierno de Islandia al suscribir un contrato con la sociedad **De Code Genetics** gracias al cual el gobierno de ese país otorga a la empresa la exclusividad del acceso a los datos médicos y a la realización de estudios genéticos de

³ Vandana Shiva, ob.cit.

toda la población islandesa. Este acuerdo viene a significar la entrega del destino biológico de todo un pueblo a intereses privados como si se tratara de una concesión administrativa para la prospección minera.

En todos estos casos, se destaca el desarrollo de una forma de apropiación del conocimiento basada en regímenes exclusivos de explotación que se torna abusiva, que poco tiene que ver ya con la promoción de la innovación tecnológica y mucho menos con el desarrollo humano.

El sentido común parece haber abandonado a la especie humana. Se condena penalmente el homicidio y, por otra parte, se acepta y defiende la existencia de normas que impiden la divulgación de fórmulas de medicamentos que pudieran salvar vidas, aun en medio de las más terribles epidemias. Múltiples debates se han desarrollado a partir de tales acontecimientos. Se han propuesto iniciativas e, incluso, la revisión de los instrumentos jurídicos existentes. No obstante, la mayoría de estos graves problemas continúa sin una solución verdaderamente efectiva, más allá de lo coyuntural.

Según el "Informe de desarrollo humano", 2001, está surgiendo el consenso de que los derechos de propiedad intelectual pueden ir demasiado lejos y obstaculizar, en lugar de alentar, la innovación.

Vandana Shiva,⁴ en su libro *¿Proteger o expoliar?... afirma:*

La franqueza, el intercambio libre de ideas y de información, y el intercambio libre de materiales y técnicas han sido los componentes fundamentales de la creatividad y la

⁴ La autora es una destacada activista y líder ecologista mundial; Directora de la Research Foundation for Science, Technology and Ecology; ganadora del Right Livelihood Award (conocido también como el Premio Nobel de la Paz alternativo) y líder del International Forum on Globalization. Ha publicado además varios libros sobre ecología.

productividad de la comunidad investigadora. Al introducir el secreto en la ciencia, los derechos de propiedad intelectual y la comercialización y la privatización de conocimientos que conllevan, acabarán con la comunidad científica y, por lo tanto, con su potencial de creatividad. Los derechos de propiedad intelectual explotan la creatividad, al tiempo que destruyen su propia fuente.⁵

Como consecuencia, hay esferas del saber que, al no ser rentables económicamente, no se desarrollan, como es el caso de investigaciones sobre enfermedades gravísimas de países tropicales, en contraposición a la gran cantidad de investigaciones sobre cosméticos, cirugía estética o enfermedades del llamado Primer Mundo. Las vacunas, las tecnologías más eficientes y humanas, como son capaces de prevenir las enfermedades con una dosis que se administra por una sola vez, son relegadas y se priorizan las investigaciones de medicamentos que requieren aplicaciones reiteradas al enfermo, por su capacidad de generar mayores y constantes ingresos. En la industria farmacéutica actual, se puede decir que la tecnología se desarrolla en respuesta a las presiones del mercado y no de las necesidades, menos aún de las de los excluidos y marginados, de las masas pobres que no clasifican como consumidores potenciales. Durante los últimos veinte años, no se ha emprendido prácticamente ningún estudio para el desarrollo de medicamentos contra enfermedades que afectan a millones de personas de los países en desarrollo: por ejemplo, la enfermedad de Chagas, la leishmaniasis, la esquistosomiasis o la enfermedad del sueño. Hasta hace muy poco, los pacientes que sufren esta última no tenían otra alternativa que la aplicación de un tratamiento doloroso a base de arsénico, a falta de un medicamento más eficaz. La enfermedad de Chagas amenaza a la cuarta parte de la población

⁵ Vandana Shiva, ob. cit., p. 36.

de Latinoamérica y ninguno de los medicamentos que existen es lo suficientemente eficaz para tratar a los enfermos crónicos. En este aspecto Cuba puede considerarse casi como una excepción, ya que los objetivos hacia los cuales van dirigidos las investigaciones son problemas concretos de salud pública a resolver. La enfermedad de Chagas, por ejemplo, es investigada en la actualidad por el Instituto Finlay.

Resulta muy útil el análisis de Vandana Shiva cuando compara las formas de apropiación coloniales aplicadas a nuestros países y las variantes hoy asumidas a través de la propiedad intelectual. El uso original de las patentes, según Shiva, poco tuvo que ver con el estímulo de la invención o innovación. Las *litterae patents* eran documentos oficiales mediante los cuales los soberanos concedían privilegios, derechos o títulos por el descubrimiento y conquista de tierras extranjeras. A pesar de ser habitadas por los pueblos indígenas fueron consideradas como *terra nullis* o "tierra vacía", porque no había asentamientos de europeos blancos. Hoy es la misma idea la que está en la base de la explotación a que son sometidos los conocimientos indígenas, los que son considerados carentes de derechos previos y por tanto disponibles para la apropiación por medio de solicitudes de invención. Así son patentados y convertidos en "propiedad intelectual" por sus "descubridores".

Si en una época lo decisivo fue el acceso a las rutas comerciales, la colonización de territorios que sirvieran de fuentes de materias primas, la propiedad sobre las industrias de manufacturas y recientemente el dominio de los mercados y las tecnologías, ahora se hace necesario prever que la generación y control del conocimiento sea el nuevo campo de batalla donde el capitalismo pueda expresar su condición como generador de hostilidad entre los hombres.⁶

⁶ Agustín Lage Dávila, "La ciencia y la cultura: las raíces culturales de la productividad", en *Revista Temas*, no. 24-25, enero-junio, 2001.

Al analizar este fenómeno, Agustín Lage afirma:

Sin dudas la expresión más evidente del intento de privatizar el conocimiento es la llamada 'propiedad intelectual' (término intrínsecamente contradictorio) que se expresa en la ciencia y la técnica principalmente a través de las patentes. Cada año se depositan más de un millón.

Leyes de patentes existen hace mucho tiempo, y durante cierta etapa funcionaron bien. Pero a medida que la generación de conocimiento nuevo, de aplicación inmediata, fue pasando a ser un evento cotidiano en muchos sectores de la producción y los servicios, la cantidad de patentes depositadas se multiplicó, la competencia obligó al depósito precoz de patentes sobre invenciones carentes aún de evidencia de utilidad práctica, las fronteras entre lo obvio y lo no-obvio se borraron o se hicieron arbitrarias, y los litigios se multiplicaron.

El sistema, además de injusto, es infuncional. La obtención de conocimiento nuevo se apoya siempre en el conocimiento precedente. Hoy se reclama propiedad intelectual sobre resultados científicos que hace apenas unos años hubiesen sido publicados y de libre acceso. Así, cada vez más, cualquier investigador en prácticamente cualquier proyecto, encontrará que muchas piezas de conocimiento que necesita usar para llevar adelante su proyecto, son ya propiedad de alguien, que tiene derecho a excluirlo de su uso o a exigirle un pago. Los costos de transacción pueden ser enormes y disuasivos, y el sistema entero se convertirá en un obstáculo para la investigación científica.⁷

Y continúa:

⁷ Agustín Lage Dávila, "Cuba Socialista: La Economía del conocimiento y el Socialismo. Reflexiones a partir de la experiencia de la Biotecnología cubana", en www.cubasocialista.cu.

En la economía del conocimiento la cooperación es más eficiente que la competencia.

La velocidad a la que se generan nuevos conocimientos en los sectores de alta tecnología, sobrepasa la velocidad a la cual pueden explorarse las consecuencias de cada pieza nueva de conocimiento (o de cada tecnología) en campos e instituciones diferentes a aquellos de las que surgió. Ello crea un potencial de creatividad en la 'recombinación de conocimientos' y tecnologías provenientes de campos e instituciones diversas, incluso distantes. Pretender que este proceso ocurra mediante relaciones de mercado sobre conocimiento 'propietario' generará cada vez mayores costos de transacción y contradicciones insalvables. La elevación de barreras a la circulación de conocimientos (en forma de patentes, secretos industriales u otras) sacrifica eficiencia en aras de la propiedad privada, y acabará convirtiéndose en una barrera al progreso tecnológico mismo, impuesta por relaciones capitalistas de producción que ya no se ajustan al nivel de desarrollo de las fuerzas productivas nuevas.

En las condiciones del Socialismo, por el contrario, una alta intensidad de circulación y recombinación de conocimientos es posible. Organizarla y estimularla son tareas concretas para quienes dirigen la actividad científico-técnica.⁸

Un ejemplo de lo que podría ser el avance del saber científico sin la existencia del secretismo y otras prácticas competitivas poco éticas, legitimadas no obstante por la legislación de propiedad intelectual, está en el logro de la vacuna cubana contra el *Haemophilus influenzae* tipo B, investigación que fue el fruto de la cooperación de más de una decena de instituciones científicas y del sistema de salud cubano, en la

⁸ Ídem.

cual la colaboración se opone a la competencia y la satisfacción de las necesidades de salud de la población es lo prioritario.

Los criterios de rentabilidad son éticamente inadmisibles cuando se trata de la salud y los derechos más elementales del ser humano. Las patentes de animales y de la especie humana y el sometimiento de los resultados de las investigaciones científicas a un modo mercantil y abusivo de explotación, constituyen un verdadero atentado a la moral y sitúan a la ciencia y a la humanidad ante disyuntivas y conflictos fundamentales de carácter ético que no pueden ser ignorados.

En la década de los años 90, con la llamada secuenciación del genoma humano, se define ya que el gen se convertirá en objeto de grandes negocios, materia prima de una industria con un gran futuro económico. El acceso a las colecciones de datos genéticos —cadenas de ADN y datos genealógicos y médicos de personas y grupos también protegidos por las normas de propiedad intelectual—, representa un interés estratégico para estas investigaciones, con una lucha a toda costa por parte de las empresas por poseer cada vez mayor cantidad de datos de poblaciones específicas. Estas bases de datos tienen un gran valor comercial. Las patentes, a su vez, comienzan a convertirse también en capital de las sociedades como activos inmateriales. También se comienzan a utilizar ampliamente otras fórmulas para la apropiación y mercantilización del conocimiento científico, tales como los secretos industriales, **know how** y contratos de todo tipo.

La apropiación privada de datos e informaciones de este tipo, debe impedirse de cualquier manera, pues se trata de dejar el destino de la especie humana en manos de los más irresponsables actores y de los intereses más mezquinos. Aun cuando existen declaraciones como la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos del Hombre (1997) y la Declaración Internacional sobre los Datos Gené

ticos Humanos, (2003), dicha tendencia no ha podido detenerse y las legislaciones y acuerdos internacionales, impulsados por intereses económicos vinculados al comercio, parecen imponerse.

Por otra parte, las transnacionales farmacéuticas se convierten en verdaderos perros de presa, actuando a través de los innumerables medios que tienen a su alcance, para perseguir el uso de los medicamentos genéricos producidos para salvar vidas, bajo la acusación de ser productos "piratas" o "falsificados". Los EE.UU., dueños del mundo, utilizan sus "listas negras", sus estrategias mediáticas y todo su poder para fundamentar la injerencia, ejercer presiones y obtener el control de los mercados.

Los derechos sobre la creación y la investigación científica, no por azar han sido conjuntamente protegidos en tratados internacionales, entre los que se destaca la Declaración Universal de Derechos Humanos, que asegura, en su Artículo 27, en primer lugar, que:

1. 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.

Y en segundo, que:

2. 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.

Tampoco es casual que aparezcan unidas la protección por motivo de la creación o la invención con los derechos de los ciudadanos a recibir los beneficios de los mismos, como que exista un orden en el reconocimiento de estos dos derechos.

Audrey R. Chapman⁹ se refiere a la necesidad de un enfoque de la propiedad intelectual como derecho humano universal, alejada del concepto de interés económico individualista que hoy prevalece. Para ello aporta un análisis a partir de lo establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que incluye el proceso de discusión de dichos textos.

El autor explica cómo en el momento de discutirse la inclusión de ambos aspectos de la propiedad intelectual en los mencionados documentos, el reconocimiento del derecho de toda persona a disfrutar del progreso científico y de la vida cultural no provocó discusión alguna y cómo sí surgieron en todos los casos al momento de decidir la incorporación de los conceptos de apropiación de los resultados intelectuales. Chapman afirma que los redactores de estos documentos normativos consideraban tales aspectos intrínsecamente relacionados entre sí y que los derechos de autores y creadores tienen como objetivo facilitar, en vez de limitar, el acceso y la participación en la cultura y la ciencia.

Las implicaciones económicas del otorgamiento y explotación de esos aspectos y los nuevos objetos incluidos con posterioridad, signan hoy el destino de estos tipos especiales de propiedad y apartan la protección de la propiedad intelectual, en esencia, de los derechos humanos.

Y Chapman continúa:

Si se adopta una posición en relación con los derechos humanos se admite que los productos intelectuales tienen un

⁹ Audrey Chapman, "La propiedad intelectual como derecho humano. Obligaciones dimanantes del apartado c) del párrafo 1 del Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", en www.unesco.org.

valor intrínseco como expresión de la dignidad y la creatividad humanas. [...] Un enfoque de derechos humanos asume asimismo 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.¹⁰

Y cita el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, donde se señala que 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”. Y concluye: “Esto está muy lejos de otorgar a los creadores, autores e inventores derechos monopolísticos de propiedad plenos y sin restricciones”.¹¹

No obstante, hay quienes invocan el carácter de derecho humano del derecho de autor para sacralizarlo, sin analizarlo en su doble acepción, o sea, sin tener en cuenta la relación indisoluble —expresada en los convenios y tratados en que ha sido reconocido como tal— con el derecho de la sociedad al acceso a estos resultados.

La interpretación del derecho de autor como “derecho de la persona” y su carácter irrenunciable, inembargable, intransferible, etc., parte de una concepción naturalista, que presume la existencia del derecho incluso antes de su reconocimiento legal. Muchos análisis teóricos provenientes del

¹⁰ Ídem.

¹¹ Ídem.

derecho europeo que inundan la doctrina del derecho de autor latinoamericano llevan este signo. Vale la pena recordar que el derecho es siempre una creación humana, a partir de los intereses de las clases y grupos sociales que ostentan el poder, de sus condiciones materiales y sus aspiraciones, valores e intereses.

Resulta curioso que esta teoría del derecho natural se invoque para defender los derechos de los titulares, cuando en la actualidad tal denominación esconde un desafortunado balance en el que los titulares-autores están en franca desventaja numérica y de poder económico respecto a los titulares-derechohabientes.

De acuerdo al estado de cosas actual, es necesario reconocer cómo el régimen de propiedad intelectual afecta también el ejercicio de otros derechos humanos. Se vulneran los derechos de los autores que, al no crear obras que puedan ser comercializadas, no reciben una verdadera protección, los de las colectividades creadoras al no reconocerse el carácter colectivo de sus creaciones, se vulneran los derechos humanos cuando se hace posible la apropiación de formas de vida, cuando se convierten a los seres humanos en capital de las compañías, cuando se les niega el acceso a los medicamentos necesarios a quienes no tienen capacidad de pago. El ejercicio abusivo de estos derechos vulnera los derechos humanos de grandes masas que quedan excluidas del acceso a la educación, la cultura, el conocimiento y de sus frutos, vitales para su supervivencia.

El enfoque que nos propone Chapman, llevaría a reconocer como presupuestos:

- que un grupo o comunidad puede ser también autor, artista, inventor o creador;
- que los productos intelectuales tienen un valor intrínseco como expresión de la dignidad y la creatividad humanas, es decir, que las obras de arte y científicas no son principalmente mercancías económicas cuyo valor viene determinado por su utilidad y precio;

- asumir un equilibrio entre los derechos de los inventores y creadores y los intereses de la sociedad en general;
- reconocer la importancia esencial de proteger y fomentar por sobre todas las cosas el bien común y la dignidad humana;
- que los derechos del creador o del autor están condicionados a su contribución a ese bien común y al bienestar de la sociedad y que su reconocimiento legal está muy lejos de otorgarles derechos monopolísticos de propiedad plenos y sin restricciones;
- que los regímenes de propiedad intelectual y el modo en que se aplican deben ser en primer lugar y ante todo compatibles con el ejercicio de los demás derechos humanos;
- que los regímenes de propiedad intelectual deben facilitar y fomentar la participación cultural y el progreso científico, de modo que se beneficien ampliamente los miembros de la sociedad tanto a nivel individual como colectivo;
- que el Estado debe proteger a sus ciudadanos contra los efectos negativos de la propiedad intelectual teniendo en cuenta especialmente los efectos sobre los grupos más desprotegidos: los pobres, los desfavorecidos, las minorías raciales, étnicas y lingüísticas, las mujeres, los habitantes de las zonas rurales, etc; y
- se debe respetar el derecho de la sociedad a participar en las decisiones en cuanto al desarrollo de los regímenes de propiedad intelectual.

A lo cual habría que añadir la importancia que tiene para la sociedad la creación de obras que enriquezcan su acervo, la necesidad de que los pueblos se reconozcan e identifiquen a través de la cultura y los valores contenidos en sus obras creativas; que van mucho más allá de su repercusión económica o mercantil y cuya transmisión no puede quedar en manos de titulares corporativos y a merced de las leyes del mercado.

Pero ningún reconocimiento legislativo de este tipo, será eficaz si no es acompañado por transformaciones más profundas que brinden a la sociedad las garantías materiales necesarias para la verdadera protección a la creación. Si la población no está alfabetizada, si no existe vida cultural, si por la carencia de políticas culturales nacionales los estados se comportan como meros consumidores de productos ajenos, si no se preserva el patrimonio y las tradiciones propias, si no se fomenta la apreciación y la enseñanza artística, si la educación está signada por patrones coloniales, si los países están siendo saqueados por un "intercambio desigual del conocimiento" que promueve la emigración del talento creador, si esta situación no se modifica, entonces las normas de protección a la creación quedarán como un eslabón aislado, permitiendo con mayor o menor efectividad el beneficio de unos pocos autores e ignorando las capacidades y necesidades culturales, educacionales y científicas del resto de la sociedad.

En la Declaración Final de la mesa que debatió el tema "En defensa del conocimiento y de la cultura para todos" en el encuentro de intelectuales En defensa de la Humanidad, celebrado en Caracas en diciembre del 2004, se expresó al respecto:

el conocimiento constituye una de las herramientas clave para la defensa de la humanidad en la época contemporánea y una de las vías fundamentales para enfrentar problemas como la crisis ambiental y el incremento de la pobreza [...] las características del sistema socioeconómico predominante vienen provocando su conversión en una mercancía más cuya producción se orienta por la demandas del mercado y no por las necesidades sociales. De igual modo, el conocimiento desempeña un papel preponderante en el desarrollo de una nueva carrera armamentista basada en la robotización y digitalización del armamento y otros adelantos de la ciencia moderna y las

nuevas tecnologías en los más diversos campos, que sientan las bases para el resurgimiento de nuevas formas de fascismo a escala global.¹²

¹² <http://www.caracas2004.info/global/loader.php?&cat=programa&cont=06.htm>.

Capítulo 5

PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

Una nación está viva cuando su cultura sigue viva

INSCRIPCIÓN ANÓNIMA EN LENGUA PERSA
EN LA PUERTA DEL MUSEO DE KABUL

Con los acuerdos del GATT, en 1947, comenzó un proceso de impulso al libre comercio que en los últimos años se ha acelerado de manera impresionante. Con el tiempo, los acuerdos de libre comercio de mercancías fueron resultando insuficientes y se extendieron a la esfera de los servicios hasta abarcar aspectos de la Propiedad intelectual. En 1995, entró en vigor el Acuerdo sobre los ADPIC de obligatorio cumplimiento para todos los países miembros de la OMC.

La introducción del tema de la Propiedad intelectual en los acuerdos de comercio internacional fue propuesta por los EE.UU. con el objetivo de proteger las inversiones y el llamado "libre comercio". Para ello asumió una visión totalmente patrimonial del Derecho de autor excluyendo expresamente lo relacionado con los derechos morales y con las consecuencias sociales o culturales de la aplicación de las regulaciones en cuestión. La base conceptual de este sistema está muy influida por el modelo anglosajón que atiende prioritariamente la protección del derecho de copia, interés principal de la industria.

La cultura constituyó una cuestión clave en el Acuerdo de Libre Comercio de 1989 entre Canadá y EE.UU. y en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) de 1994, entre Canadá, los EE.UU. y México. En las negociaciones de la OMC, orientadas a ampliar y profundizar el Acuerdo General de Comercio de Servicios, al igual que en las negociaciones dirigidas a la formación del Área de Libre

Comercio de las Américas, también ha sido introducido de diversas maneras el aspecto cultural y la propiedad intelectual.

Los acuerdos que están vigentes para todos los miembros de la OMC son los siguientes:

- A. El acuerdo por el que se establece la OMC.
- B. Los acuerdos comerciales multilaterales:
 - 1.A Acuerdo Multilateral sobre el Comercio de Mercancías.
 - 1.B Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios.
 - 1.C Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio.
- 2. Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias.
- 3. Mecanismo de examen de las Políticas Comerciales.
- 4. Acuerdos Comerciales Plurilaterales.
 - . Acuerdo sobre el comercio de Aeronaves Civiles.
 - . Acuerdo sobre Contratación Pública.
 - . Acuerdo Internacional de Productos Lácteos.
 - . Acuerdo Internacional de la Carne de Bovino.

Es muy importante abundar en los objetivos que se persiguen con tales inclusiones y en el rigor y la cautela que deben tener los países menos desarrollados a la hora de adoptar acuerdos de este tipo.

La introducción de los temas culturales en los tratados de comercio, debe analizarse desde varios puntos de vista: (a) los aspectos económicos, en los cuales los bienes y servicios culturales correrían la misma suerte que los demás bienes y servicios; (b) los aspectos que tienen que ver con la soberanía de las naciones en tanto estos tratados restringen las posibilidades de dictar y ejecutar políticas culturales propias; y (c) la especial relevancia que adquieren todas estas decisiones para la vida espiritual de la sociedad en tanto esos

bienes y servicios son contentivos de valores de identidad y están ligados a la memoria y a las raíces de los pueblos.

Para medir los impactos de las distintas variantes de los tratados de libre comercio en las culturas de nuestros países, hay que entender que el objetivo central de los mismos es ampliar el acceso de los firmantes a los mercados involucrados, por lo que ningún sector puede ser objeto de subsidios, restricciones, aranceles, gravámenes, discriminaciones o cuotas. En el aspecto cultural, ello elimina la posibilidad del ejercicio de cualquier política pública orientada al apoyo y promoción de los artistas y creadores nacionales, quedando la cultura regulada, al igual que cualquier otra rama de la economía, solo por el libre juego de la oferta y la demanda. De esta forma, queda libre el camino para que las grandes empresas de la industria del entretenimiento —casi todas norteamericanas— copen el mercado nacional y tengan garantizadas, junto a ganancias millonarias, la absoluta dominación cultural.

Veamos el análisis de un país culturalmente rico como Perú:

Los norteamericanos aspiran solo a desarrollar un vínculo con un espectador o consumidor sin nación ni identidad cultural particular. En la práctica, el efecto de la globalización es la importación del 'american way of life'. Es decir, nos globalizamos como simples consumidores de productos de EE.UU. Podrían desaparecer las lenguas autóctonas porque serían avasalladas por el inglés y el español. Además, como la producción cultural nacional depende del gusto y poder adquisitivo de los pobladores y turistas, si no hay alguna manera de protegerla, la homogenización cultural hará que los creadores peruanos terminen produciendo para satisfacer los gustos y preferencias de los consumidores foráneos.¹

¹León Trahtemberg, "El TLC con Estados Unidos y el impacto demoleedor sobre la cultura latinoamericana", en www.visionesalternativas.com.

Respecto al Derecho de autor, el Acuerdo sobre los ADPIC establece, entre otros aspectos novedosos no incluidos en tratados anteriores, la obligación de los miembros de la OMC de proteger los programas de computación y las bases de datos; de regular el derecho de los autores para autorizar o prohibir el arrendamiento comercial al público de los originales o copias de sus obras; de aplicar las limitaciones o excepciones a los derechos exclusivos de los autores solo a determinados casos especiales que no atenten contra la normal explotación de las obras ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los titulares de los derechos; de establecer en la legislación procedimientos administrativos, civiles y penales, así como medidas preventivas que aseguren la observancia de los derechos de autor y derechos conexos.

Es de destacar que el Acuerdo sobre los ADPIC no fue nunca fruto de negociaciones entre las organizaciones de la sociedad civil y los intereses industriales, ni entre los países industrializados y el Tercer Mundo, ni siquiera entre los países miembros del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT). Fue un engendro gestado a puertas cerradas por los representantes de las transnacionales que se hizo extensiva a todos los miembros de la OMC, entrando, como se ha dicho, “por la puerta de atrás”, a los países en desarrollo. Vandana Shiva señala:

El marco básico del sistema de patentes —también regulado en los Acuerdos de los ADPIC— fue concebido y configurado en una declaración conjunta presentada a la Secretaría del GATT en junio de 1998 por el Comité de Propiedad Intelectual CPI de EE.UU. y asociaciones industriales de Japón y Europa. [...] El CPI es una coalición formada por trece destacadas empresas estadounidenses dedicadas a la ultimación del ADPIC a su favor. Los miembros del CPI son empresas como Bristol Myers, Dupont, General Electric, General Motors, Hewlett Packard, IBM, Johnson and Johnson, Merck, Monsanto, Pfizer, Rockwell y Warner. [...]

Los principios fundamentales para proteger toda forma de propiedad intelectual se extrajeron de las leyes de los países más desarrollados.²

Unos de los cambios más significativos en el Acuerdo sobre los ADPIC fue la ampliación del campo de la materia que es patentable, hasta abarcar cualquier invención, ya sean productos o procesos, en todos los ámbitos de la tecnología, siempre que sean novedosos, posean actividad inventiva, impliquen una fase de invento y tengan aplicación industrial.

David Vivas-Eugui analiza cómo todas estas negociaciones responden a una política de los EE.UU. bien definida y cita un documento hecho público por este país en el que se establecen sus principales objetivos en la negociación de la propiedad intelectual, en el que se señalan, entre otros:

Continuar promoviendo la adecuada y efectiva protección de los derechos de propiedad intelectual, incluyendo

(i) (I) asegurar la implementación acelerada y plena del Acuerdo sobre los aspectos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio...

(II) asegurar que las disposiciones de cualquier acuerdo comercial multilateral o bilateral que rijan los derechos de propiedad intelectual y que firmen los EE.UU., reflejen un estándar de protección similar al que se encuentra en la ley de Estados Unidos;

(ii) brindar una fuerte protección para tecnologías nuevas y emergentes y nuevos métodos de transmitir y distribuir productos que incorporen propiedad intelectual;

(iv) asegurar que los estándares de protección y aplicación se mantengan a la par de los avances tecnológicos y, en particular, asegurar que los titulares tengan los medios

²Vandana Shiva, ob. cit., p. 94.

legales y tecnológicos para controlar el uso de sus obras a través de Internet y de otros medios de comunicación global, previniendo el uso no autorizado de sus obras; y

(v) proporcionar una fuerte aplicación de los derechos de propiedad intelectual, incluso mediante mecanismos de aplicación civiles, administrativos y criminales accesibles, expeditos y eficaces...³

Vivas-Eugui explica, además, cómo niveles más altos de protección de los derechos de propiedad intelectual, dentro de un régimen cada vez más global, podrían tener un efecto adverso en los intereses de los países en desarrollo en áreas como la agricultura, la educación, la seguridad alimentaria, la salud pública, la transferencia de tecnología y el manejo de la biodiversidad. Y habría que agregar las consecuencias culturales. Señala también cómo las diferentes negociaciones a nivel internacional, regional y bilateral se están orientando hacia la ampliación de los objetos de protección, la creación de nuevos derechos de propiedad intelectual, una progresiva armonización unida a medidas más estrictas, el debilitamiento del trato especial y diferenciado para los países en desarrollo, tales como la disminución o remoción de las flexibilidades existentes, y mecanismos de aplicación más costosos.

Los Acuerdos de los ADPIC ya imponen a todos sus miembros normas mínimas y relativamente altas para los derechos de propiedad intelectual. Los países menos desarrollados sufren además la presión enfocada a obtener derechos de propiedad intelectual aún más fuertes mediante tratados y negociaciones a múltiples niveles, incluidos los bilaterales y en diferentes foros.

Vivas-Eugui recomienda que los posibles beneficios de estas normas sean evaluadas cuidadosamente antes de emprender nuevas negociaciones o aceptar nuevas obligaciones y

³David Vivas-Eugui, ob. cit.

deben sopesarse con el mayor rigor sus consecuencias. Propone también que siempre que sea posible se reserven las discusiones de los temas relativos a la propiedad intelectual para las negociaciones multilaterales, excluyéndolas de las discusiones regionales y bilaterales, de manera que haya mayores probabilidades de obtener resultados más equilibrados para los países subdesarrollados y el interés público. Un interesante análisis del autor demuestra cómo las normas relacionadas con la propiedad intelectual, incluidas en este caso en el ALCA, refuerzan aun más los niveles adoptados en los Acuerdos de los ADPIC, lo cual no se corresponde con los intereses ni las necesidades de los países latinoamericanos, y se les obliga incluso a ratificar o adherirse a diferentes tratados internacionales.

Por ejemplo, en un Borrador del Capítulo XX de Propiedad Intelectual del ALCA-Área de Libre Comercio de las Américas, la propuesta para la discusión establece:

5.3. Con la finalidad de [otorgar]⁴ [asegurar] protección y observancia adecuada y eficaz a los derechos y obligaciones de propiedad intelectual a los que se refiere el presente Capítulo, cada Parte aplicará [, como mínimo,] los principios y normas del presente Capítulo, y las disposiciones citadas de los siguientes acuerdos:]

[a) Artículos 1 al 21 [y el Apéndice] del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París del 24 de julio 1971) (Convenio de Berna);]

[b) Artículos 1 al 12 y 19 del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (Acta de Estocolmo del 14 de julio de 1967) (Convenio de París);]

[c) [Artículos 1 al 7 del] Convenio de Ginebra para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Re-

⁴ El texto entre corchetes se refiere a las posibilidades o propuestas para la negociación.

producción no Autorizada de sus Fonogramas (adoptado el 29 de octubre de 1971) (Convenio de Ginebra);]

[d] [Artículos 1 al 31 de la] Convención Internacional sobre Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, de los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión (adoptada el 26 de octubre de 1961) (Convención de Roma);]

[e] [Artículos 9 al 40 del] Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (1994), (Acuerdo sobre los ADPIC)][, hasta en tanto dicha Parte se haya adherido al Acuerdo sobre los ADPIC y lo haya implementado];]

[f] [Artículos 1 al 14 del Acta de 1978 de la] Convención Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (Convención UPOV)][, o Artículos 1 al 22 del Acta de 1991][, según la que esté vigente en cada país];]

[g] [Artículos 1 al 7 del] Convenio sobre la distribución de señales portadoras de programas transmitidas por satélite (1974) (Convención de Bruselas);]

[h] Artículos 1 al 25 del Tratado sobre el Derecho de Marcas (1994);]

[i] [Artículo 1 al 23 del] Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas de 1996;]

[j] [Artículos 1 al 14 del] Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor de 1996;]

[k] Artículos 1 al 16 y 22 y Reglamento del Tratado sobre el Derecho de Patentes;]

[l] Artículos XX al XX del Instrumento para la Protección de los Derechos de Interpretaciones o Ejecuciones Audiovisuales —por definir;]

[m] Artículos XX al XX del Tratado sobre Elementos de Bases de Datos no Protegibles por el Derecho de Autor —por definir;]

[n) Recomendación Conjunta relativa a las Disposiciones Sobre la Protección de las Marcas Notoriamente Conocidas (1999);]

[o) Artículos XX al XX del Protocolo de la OMPI sobre Licencias de Marcas—por definir;]

[p) [Artículos 1 al 22 de la] Convención sobre Diversidad Biológica;]

[q) Recomendación Conjunta relativa a las Disposiciones sobre la Protección de las Marcas, y otros Derechos de Propiedad Industrial sobre Signos, en Internet —por definir;]

[r) Artículos XX al XX del Instrumento sobre la Protección de los Derechos de los Organismos de Radiodifusión —por definir.]

[5.4. Cada Parte hará todo lo posible para ratificar o adherirse a los acuerdos internacionales especificados en el párrafo 5.3 (Sección A Aspectos Generales) si aún no son Parte de ellos a la entrada en vigor de este Tratado].⁵

y adiciona a esto una propuesta de cláusula que establece:

[5.4. Cada Parte que no haya ratificado estos acuerdos, [hará todo lo posible] [tendrá un (1) año] a partir de la entrada en vigor de este Acuerdo para ratificar o adherirse a los mencionados acuerdos internacionales].⁶

Sería útil analizar también algunos casos de consecuencias indeseables que han traído a algunos países la adecuación de las normas nacionales que exigen los Acuerdos de los

⁵Borrador de Acuerdo. Capítulo XX Derechos de Propiedad Intelectual ALCA-Área de Libre Comercio de las Américas, Confidencialidad Anulada, FTA.A.TNC/w/133/Rev.3, 21 de noviembre, 2003, en www.ftaa-alca.org.

⁶Ídem.

ADPIC y otros acuerdos de libre comercio y que van más allá de los requerimientos de los países menos desarrollados.

Según Germán Velásquez, Coordinador del Programa de Acción para los Medicamentos de la Organización Mundial de la Salud, tres o cuatro años después de adoptados los Acuerdos de los ADPIC, el sector de la salud “despertó” y se dio cuenta de las implicaciones económicas, políticas y jurídicas de semejante acuerdo a escala nacional. Muchos países en desarrollo, refiere, expresaron su preocupación y designaron a la Organización Mundial de la Salud (OMS) para que realizara un estudio de las posibles consecuencias del Acuerdo de los ADPIC sobre el acceso a los medicamentos. El informe de la OMS alertó a la comunidad internacional ante el hecho de que este acuerdo era iniciativa de los países industrializados y un reflejo de sus puntos de vista e intereses y que las necesidades de los países en desarrollo no habían sido necesariamente tomadas en cuenta. La OMS recomendó a los países en desarrollo aprovechar al máximo la flexibilidad ofrecida por el texto de los ADPIC con el fin de evitar graves consecuencias sobre las políticas de salud pública y su capacidad de respuesta frente a la crítica situación.

A dicho llamado se unieron campañas de las organizaciones no gubernamentales y universidades, y fue objeto de atención y de debate en la prensa de muchos países. En el 2001, por iniciativa de un grupo de países africanos, el tema del acceso a los medicamentos irrumpió en el seno mismo de la OMC y en noviembre del mismo año, en Doha, Qatar, la conferencia ministerial de la OMC adoptó la declaración “del acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública”, donde se solicita a los países miembros de esta organización que apliquen el acuerdo de manera tal que se proteja la salud pública y se haga posible el acceso a los medicamentos confiriéndoles la libertad para que escojan los motivos de atribución de licencias obligatorias y el derecho a determinar lo que constituye una urgencia nacional o una situación de emergencia. Aun-

que esto fue importante, resulta obvio que no fue una solución para el problema.

En una entrevista al propio Germán Velásquez, publicada en el 2004, este se lamenta de que lo acordado en Doha era algo simbólico en aquel momento, ya que se hacía muy complicado de aplicar. De hecho, señala que se quieren aplicar “unas reglas del juego para los países pobres que son mucho más complicadas que las que tienen los países ricos [...] Hacer una licencia obligatoria en El Salvador o Burundi sería dos o tres veces más complicado que hacerla en España o Estados Unidos”.⁷

Velásquez asegura que la verdadera causa de que se haya detenido el proceso de adaptación de los ADPIC a lo acordado en Doha, es que Estados Unidos pretende ir por vías bilaterales para llegar a acuerdos puntuales sobre patentes con diferentes países. “Esto es lo que se ha denominado los ‘ADPIC plus’,⁸ es decir, que Estados Unidos exige a un país que renuncie a la flexibilidad del acuerdo multilateral de los ADPIC para entrar en el acuerdo bilateral”.⁹

⁷www.essencialdrugs.org/efarmacos/archive/200406/msg00043.php.

⁸A aquellos acuerdos bilaterales o multilaterales que intentan establecer regímenes de propiedad intelectual más exigentes que el incluido en los ADPIC, se les conoce como ADPIC plus. Estos acuerdos entre los países en desarrollo y desarrollados amplían cada vez más las obligaciones, tanto de manera directa como indirecta, y su número ha aumentado en los últimos años de un solo tratado desde 1986 a 42 en 1998. En su gran mayoría se basan en modelos preparados por los países desarrollados, con muchas cláusulas estándar y poco espacio para maniobrar en las negociaciones. Los modelos se revisan con regularidad para incluir temas no abordados.

⁹www.essencialdrugs.org/efarmacos/archive/200406/msg00043.php.

Otro ejemplo relevante de las consecuencias contrarias a los intereses nacionales de la aplicación de los ADPIC, lo constituye el caso de la India. Vandana Shiva, en su libro ya citado, explica cómo la Ley de Patentes de la India había excluido los alimentos y los medicamentos de las patentes de productos, lo que les había permitido proteger el interés público y evitar la acción de los monopolios en áreas vitales de la vida y la salud. El gobierno de la India, en el año 1999, aprobó las adecuaciones exigidas por los ADPIC y que incluyó varias normas de propiedad intelectual. "El principal objetivo de la ley de Patentes de 1999 fue eliminar la exclusión de las patentes de producto en los ámbitos de la alimentación, la medicina y los fármacos"¹⁰ para abrir las puertas a las patentes de seres vivos, de productos derivados de seres vivos y de genes, componentes y partes de seres vivos. Y continúa Shiva:

La Ley de 1999 tiene dos deficiencias fundamentales. En primer lugar, al añadir nuevas cláusulas que otorgan poderes ilimitados a las empresas, particularmente a las multinacionales en los ámbitos de salud y agricultura, socava el interés público y nacional. [...] En segundo lugar, al hacer una aplicación selectiva del ADPIC refleja únicamente el aumento del poder y los derechos de las empresas, sin modificaciones acordes [...] que pueden conferir poderes al estado para proteger el interés público.¹¹

Esto ha reducido al Estado al papel de mero instrumento de las empresas transnacionales y no de protector de los ciudadanos indios y de sus intereses.

Otro ejemplo significativo es la modificación de la Ley Federal de Derechos de Autor en México, como consecuencia

¹⁰Vandana Shiva, ob. cit., p. 102.

¹¹Ibídem, pp. 104 y 105.

de las exigencias del capítulo de Propiedad intelectual incluido en el Tratado de Libre Comercio con Canadá y Estados Unidos. En esta reforma se incluyeron aspectos del copyright anglosajón que rompen con el sistema europeo vigente hasta el momento. Al no haber hecho México, como hizo Canadá, una reserva en materia de cultural, no le fue permitido al gobierno mexicano el uso de estímulos fiscales en la Ley del Libro (2000) ni en las reformas a la Ley Federal de Cinematografía.¹²

Representantes de la sociedad civil en Chile han llamado también la atención al Comité de Representantes Gubernamentales para la participación de la sociedad civil sobre Propiedad Intelectual y ALCA a fin de que sea tenida en cuenta en estas negociaciones multilaterales la experiencia chilena con los acuerdos de propiedad intelectual incluidos en el Tratado de libre comercio Chile-EE.UU., señalando que este tipo de acuerdos “comprometen la agenda de desarrollo con un discurso único y condicionan jurídicamente al Estado a introducir enmiendas al derecho interno”.

Tales organizaciones plantean en su declaración que:

el texto del acuerdo Chile-EE.UU., no puede ni debe servir de base para ninguna negociación multi o bilateral, por cuanto sus alcances infringen diversas garantías constitucionales y Derechos Humanos de contenido social, económico y cultural, tales como el debido proceso, el derecho a la privacidad, la libertad de expresión, el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, el derecho a la identidad, el derecho de propiedad y el derecho a adquirir toda clase de bienes, y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica entre otros.¹³

¹²Víctor Hugo Rascón, ob. cit.

¹³“Área de Libre Comercio de las Américas-ALCA”, FTAA.soc/civ/119, en www.ftaa-alca.org.

Como ya sabemos, la protección de los derechos de propiedad intelectual, dentro del marco de los acuerdos comerciales, no tiene en cuenta los demás valores intrínsecos de las obras de la creación artística y literaria ni tampoco prevé las consecuencias que en lo cultural acarrearía un comercio desigual. Un ejemplo de la exclusión de los valores culturales y humanos en las normas del comercio internacional lo constituye el interesante dato de que en los Acuerdos sobre los ADPIC no se mencionan ni en una sola ocasión palabras tan importantes como cultura, sociedad, creación artística o ser humano.

Los Acuerdos sobre los ADPIC y los apartados relacionados con la propiedad intelectual en los demás acuerdos de libre comercio fomentados por los EE.UU., se limitan a promover la protección de la propiedad intelectual para garantizar los fines comerciales, con la armonización a toda costa de las legislaciones de los Estados partes, sin tener en cuenta los diferentes niveles de desarrollo, sus políticas culturales y los intereses del público en general.

Joseph E. Stiglitz, quien fuera presidente del Consejo de Asesores Económicos del presidente Clinton y Premio Nobel de Economía, cuando se daba forma al Acuerdo sobre los ADPIC relataba:

estaba claro que había más interés en agradar a las industrias farmacéuticas y del entretenimiento que en asegurar un régimen de propiedad intelectual beneficioso para la ciencia, para no hablar de los países en desarrollo [...] sospecho que quienes firmaron el acuerdo no comprendían cabalmente lo que estaban haciendo [...] la propiedad intelectual es importante, pero el régimen de propiedad apropiado para un país en desarrollo difiere del que es adecuado para un país industrializado avanzado. El plan del acuerdo ADPIC no reconoció esto. De hecho la propiedad intelectual no debió nunca haber sido incluida en un acuerdo de comercio, al menos en parte porque su regulación está cla-

ramente más allá de las aptitudes de los negociadores comerciales.¹⁴

Vivas-Eugui refiere que por lo general, los países en desarrollo no tienen un especial interés en comprometerse en negociaciones sobre los derechos de propiedad intelectual que les exigirán pagos por acceder a las tecnologías y a los conocimientos que pudieran incluso serles negados. Están preocupados, asimismo, por el hecho de que los niveles de protección exigidos hoy van incluso más allá de los Acuerdos sobre los ADPIC. Los países desarrollados, por su parte, tienen mucha experiencia en el uso de estas diferentes negociaciones, en trasladar las discusiones a otros foros internacionales y en utilizar fórmulas complicadas en sus concesiones, a fin de alcanzar sus objetivos. Para ellos es indispensable dominar los mercados y esta es hoy una de las vías.

Algunos defensores del Acuerdo sobre los ADPIC y de otros acuerdos de propiedad intelectual expresan que los mismos brindan posibilidades de maniobra para los países menos adelantados. Si bien es cierto que estos instrumentos admiten algunas condiciones especiales para los llamados países menos adelantados, sería ingenuo pensar que puedan servir de algo tales fórmulas en las condiciones reales de esos países.

Hay que reiterar, en primer lugar, que el Acuerdo sobre los ADPIC no fue discutido ni adoptado democráticamente, sino impuesto a través de diversas estratagemas legales en el escenario de la OMC. Estamos siendo testigos de cómo las discusiones sobre los demás acuerdos del llamado "libre comercio", ALCA por ejemplo, se realizan por parte de los gobiernos de los países subdesarrollados bajo las presiones abiertas de los desarrollados —fundamentalmente de los Estados Unidos. Las deudas y la dependencia económica impi

¹⁴Joseph E. Stiglitz, "Aciertos y errores de los derechos de propiedad intelectual", en www.project'syndicate.org.

den a muchos países subdesarrollados, sobre todo a los muy pequeños, adoptar posiciones que se opongan a las de sus acreedores. A través del diseño e implantación de los modelos neoliberales, el Norte ha logrado ya controlar sus maltruchas economías y sus debilitados Estados hasta llevarlos a la ruina. Negociaciones secretas, gobernantes corruptos, espionaje, chantajes, falta de preparación y conocimientos para comprender las enrevesadas fórmulas propuestas, la hegemonía de conceptos jurídicos que expresan intereses concretos de la industria, posiciones de fuerza al no aceptar reservas en la suscripción de los acuerdos y el mantener al margen a los representantes de la sociedad civil, allí donde existan, colocan en un deplorable estado de indefensión y desigualdad en las negociaciones a los países del Tercer Mundo. En esta situación poco uso podrán hacer de las fórmulas "generosas" que les han preparado a los países "menos adelantados". Solo en la calle, a través de las movilizaciones populares, han podido los movimientos sociales hacer visible su oposición a estos actos de entrega servil de cuotas cada vez mayores de soberanía nacional.

Dejemos que sean ahora las cifras quienes aporten al análisis:

Michael Finger, ex-jefe de investigación en políticas de comercio del Banco Mundial, observó que los países en desarrollo asumieron, como obligaciones legales del ADPIC, un costo de 60 billones de USD al año. En este acuerdo no existen, sin embargo, obligaciones legales para ningún país miembro de proporcionar nada a cambio. Otro reporte del Banco Mundial estima que el incremento neto de la renta de las patentes de los seis países más desarrollados, como resultado del ADPIC, será de USD 40 billones. Los países más beneficiados son: Estados Unidos (USD 19 billones), Alemania (USD 6.8 billones), Japón (USD 5.7 billones), Francia (USD 3.3 billones), el Reino Unido (USD 3 billones) y Suiza (USD 2 billones). Los países en desarrollo que incurri-

rán en las mayores pérdidas netas incluyen a Corea del Sur (USD 15.3 billones), China (USD 5.1 billones), México (USD 2.6 billones), India (USD 903 millones) y Brasil (USD 530 millones). Deben considerarse además aquellos costos financieros y de recursos humanos en que deben incurrir los países en desarrollo para administrar y hacer cumplir las leyes y políticas de PI (reformas legales, agencias de control y desarrollo del conocimiento legal necesario).¹⁵

Por otra parte, en este artículo se explica cómo de acuerdo a un estudio realizado por una Comisión sobre Propiedad intelectual, establecida por el gobierno británico, “aquellos países en vías de desarrollo que han adquirido capacidades tecnológicas e innovadoras significativas, generalmente ha habido una asociación con formas de protección de la P.I. débiles, más que con formas de protección fuertes, en el período formativo del desarrollo de sus economías”.¹⁶ Opciones como la ingeniería inversa, la imitación o el desarrollo de pequeñas mejoras que han sido cruciales en el desarrollo de las habilidades técnicas en los países actualmente desarrollados, son impedidas ahora por estos con la aplicación de fuertes estándares de protección.

Al respecto, ha señalado Chomsky:

Este sistema está diseñado para imponer políticas que obligan a la mayoría de los países a aceptar reglas sobre propiedad intelectual y protección de inversión extranjera y a garantizar el libre flujo del comercio, mientras permite que los países más ricos y las empresas transnacionales puedan obviar estas mismas reglas y hacer lo que más les conviene

¹⁵Sangeeta Shashikant, “La propiedad intelectual y la ‘agenda para el desarrollo’ de la OMPI”, en www.choike.org.

¹⁶Ídem.

[...] Para los poderosos, aceptar estas reglas es opcional. Si no lo desean, no lo harán.¹⁷

Para Chomsky, el caso más extremo de estas maniobras para imponer reglas a todos los demás, menos a los encargados del modelo, son las propuestas para la protección de la propiedad intelectual, incluidos en el Acuerdo de los ADPIC: “Estas propuestas obligan a los países en desarrollo a respetar las patentes desarrolladas en Estados Unidos y otros países avanzados para la mayoría de las medicinas, procesos industriales y alta tecnología, y son claves para mantener el llamado ‘libre mercado’ bajo control de los integrantes del gobierno mundial de facto”.¹⁸

En Santo Domingo, en enero del 2004, se celebró la Tercera Reunión temática sobre las negociaciones de propiedad intelectual, a fin de aparentar el incremento de la pobre participación de la sociedad civil en el proceso de integración comercial que supone el Tratado. La reunión debió congrega a los representantes gubernamentales de los países que participan en la iniciativa promovida por Estados Unidos, entidades no gubernamentales, además de organizaciones sociales, empresariales y laborales. El debate se centró en torno al capítulo XX sobre propiedad intelectual del borrador del ALCA.

Es de señalar que de las 34 naciones que participaban en las negociaciones del ALCA, solo acudieron al encuentro doce delegaciones gubernamentales, la mayoría de las cuales mantuvo un total hermetismo respecto de la posición que asumen frente a este capítulo. Por su parte, las organizaciones presentes reprocharon a sus respectivos gobiernos

¹⁷Declaraciones de Noam Chomsky publicadas, en <http://www.jornada.unam.mx/2003/09/08/026n2eco.php?origen=index.html&fly=2>.

¹⁸Ídem.

la ausencia de canales reales de participación para las organizaciones sociales y la falta de información pertinente para apoderar efectivamente a la ciudadanía en la materia. Fue muy notable la escasa asistencia de organizaciones latinoamericanas defensoras de los intereses de usuarios y consumidores, en total desbalance con la presencia de asociaciones empresariales y de estudios jurídicos que asumieron un papel casi protagónico en representación de la llamada sociedad civil. Otra de las enormes desventajas que tiene el Tercer Mundo en estos debates es la débil capacidad organizativa de la sociedad civil, sin voz ni voto, ni auténticos representantes.

No obstante, los delegados de Venezuela manifestaron su oposición con los contenidos del borrador, que no responde al debido equilibrio entre los derechos de los titulares de propiedad intelectual y la función social que debe darse a la misma. Por su parte, Brasil y Argentina hicieron ver la ausencia de elementos que avalasen la necesidad de incluir el tema de la propiedad intelectual en las negociaciones del ALCA.¹⁹

Por otra parte, un grupo de organizaciones de la sociedad civil elaboró una propuesta de Modificaciones al Capítulo sobre Propiedad Intelectual del Informe Alternativa para las Américas, de acuerdo a la discusión realizada en el I Foro Social de las Américas, en la que se expresan, entre otros, los siguientes principios:²⁰

1. La prohibición de incluir materias relativas a la propiedad intelectual en los acuerdos comerciales, dejando que estas sean discutidas, negociadas e implementadas en los organismos internacionales competentes al efecto, como la Organización Mundial sobre Propiedad Inte

¹⁹“El Observatorio. Una mirada desde el Comercio Justo”, en <http://www.comerciojusto.cl>.

²⁰Relacionamos solo los referidos al Derecho de autor.

lectual (OMPI), la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), etc.

2. Los países en desarrollo habrán de ser libres para desarrollar sistemas de propiedad intelectual que reflejen su nivel de desarrollo, y que permitan un justo equilibrio entre los intereses de los creadores, los titulares de derechos y los de la comunidad, usuarios y consumidores en general.
3. La prohibición de establecer plazos de protección de los derechos de autor superiores a 20 años contados desde el fallecimiento del autor o desde la primera publicación de las obras en el caso de las creaciones realizadas por personas jurídicas. Dicho plazo no puede ser ampliado ni renovado por causa alguna. Este límite tiene por objeto garantizar el acceso libre a bienes culturales y artísticos y son una concreción del derecho humano a la educación. Asimismo, aseguran el debido resguardo del patrimonio cultural de los pueblos.
4. La Corte Internacional de Justicia habrá de revisar los posibles conflictos que haya entre los acuerdos comerciales internacionales que se refieran a materias de propiedad intelectual y los tratados, acuerdos y convenciones internacionales sobre derechos humanos, esto con el objetivo de garantizar que se logre a todo nivel un balance apropiado entre intereses privados y públicos.
5. Apoyar el Borrador de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y otros acuerdos que defienden los derechos de los pueblos indígenas.
6. Garantizar el reconocimiento del carácter colectivo del conocimiento de las comunidades indígenas y locales, y su derecho colectivo de decidir el acceso y el uso de dicho conocimiento.
7. Garantizar que las leyes de derecho de autor protejan a artistas, escritores, músicos, productores de artesanías y otros trabajadores o trabajadoras culturales, y no solo

a las grandes industrias editoriales, cinematográficas y discográficas, como sucede en el Artículo 1705 del TLCAN.

8. Establecer un sistema fuerte de excepciones y limitaciones al derecho de autor basado en la protección de los derechos fundamentales de los usuarios, la promoción de la libre circulación de la información y la difusión del conocimiento y de las artes.
9. Impedir que las normas procesales de protección del derecho de autor se constituyan en nuevas restricciones al ejercicio del derecho a la libre expresión.
10. Impedir que se dicten medidas de observancia de los derechos de autor que signifiquen vulneración del derecho al debido proceso, mediante el establecimiento de procedimientos especiales no jurisdiccionales de tutela.
11. Postular y defender que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos tienen prioridad y mayor fuerza que las regulaciones comerciales de la propiedad intelectual.²¹

Estos principios expresados, a nuestro juicio, pudieran constituirse en referentes a la hora de que las organizaciones sociales y otros actores formulen sus posiciones ante cualquier tratado de libre comercio, en defensa de los intereses públicos.

Las voces de los indígenas, como las del Cauca, Colombia, en la campaña por la movilización y consulta sobre el Tratado de Libre Comercio, se alzan para decir:

El Estado que debe protegernos busca dismantelar los derechos conquistados a través de siglos de resistencia, nie

²¹Daniel Álvarez Valenzuela, "Alternativas para las Américas. Propuestas de modificaciones al capítulo sobre Propiedad Intelectual", en <http://www.porlacultura.org>.

ga nuestros derechos fundamentales, actúa en contra de la soberanía del país y del bienestar de sus ciudadanos y a favor de intereses privados y externos. El desafío que impone esta nueva época es grande [...] No solamente están a riesgo nuestras culturas, nuestras comunidades, nuestros pueblos y familias. Es peor, la vida misma corre el riesgo de ser destruida por la ceguera de quienes se han equivocado y utilizan el mayor poder de la historia para convertir en mercancía todo lo que existe.²²

Si alguien ingenuamente ve en estos acuerdos el único fin de favorecer el intercambio comercial entre naciones en el pleno ejercicio de su soberanía, sin otros fines políticos y de dominación económica, le sugiero lea con detenimiento el Artículo 65.3 de los ADPIC que dispone:

Cualquier otro Miembro que se halle en proceso de transformación de una economía de planificación central en una economía de mercado y libre empresa²³ y que realice una reforma estructural de su sistema de propiedad intelectual y se enfrente a problemas especiales en la preparación o aplicación de sus leyes y reglamentos de propiedad intelectual podrá también beneficiarse del período de aplazamiento previsto en el párrafo 2.²⁴

¿Por qué no se le otorga el “beneficio del aplazamiento” a un país que intente una transformación en sentido contrario, o sea, de una economía de libre empresa a una economía centralizada? La letra del acuerdo trasluce una “sutil” preferencia por beneficiar una transición en un solo sentido: la que conviene al proyecto hegemónico mundial.

²²“Etnias de Colombia”, en www.etniasdecolombia.org.

²³Subrayado de la autora.

²⁴Se refiere a los plazos para la aplicación del Acuerdo de los ADPIC.

Una experiencia interesante para el análisis puede ser la de Canadá, donde a pesar de estar vigente la llamada exención cultural en el TLCAN, ha sido ineficaz por el modo en que los EE.UU. ha interpretado y utilizado la cláusula de medidas de represalias. A ello se refiere McCaskill cuando, en un estudio sobre las culturas y las normas del comercio, explica el surgimiento de una diferencia entre ambos países, al proponer Canadá una medida totalmente congruente con sus obligaciones en virtud del TLCAN y en la que no era aplicable la disposición de medidas de represalias. Estados Unidos, no obstante, amenazó con aplicarlas contra otros sectores industriales como el siderúrgico, plásticos y productos forestales y la presión política generada por ello obligó a Canadá a abandonar la medida propuesta. “A pesar de que la exención cultural tiene una base jurídica sólida, las amenazas de ejercer represalias, justificadas o no, pueden inutilizar su eficacia [...] En todo caso, el modelo del TLCAN ha resultado tener graves limitaciones”.²⁵

Muchos países subdesarrollados bajo estas presiones en el presente ya han adecuado o trabajan para la adecuación de sus legislaciones a los niveles exigidos por los Acuerdos de los ADPIC, o a aquellos niveles aún mayores que les han sido impuestos por negociaciones regionales o bilaterales.

En la última década han proliferado los acuerdos comerciales regionales. El Tratado de Libre Comercio México-EE.UU.-Canadá, conocido por TLCAN o NAFTA suscrito en 1994; el Tratado de Libre Comercio con Chile suscrito en el 2003; el Tratado de Libre Comercio para Centroamérica, conocido por CAFTA entre EE.UU., Honduras, Nicaragua, El Salvador, Guatemala y Costa Rica suscrito en el 2004 y al que se incorporarían República Dominicana y Panamá; y el

²⁵Anne McCaskill, “La cultura y las normas comerciales internacionales: Cuestiones y perspectivas”, en www.cdc-ccd.org/Espagnol/liensenespagnol/events_esp/encuentro/mccaskill_esp.html.

que se encuentra en negociaciones con Colombia, Ecuador, Perú y al que se sumaría Bolivia. La mayoría incluyen capítulos con obligaciones de derechos de propiedad intelectual.

Según un informe de la Comisión del Reino Unido sobre los derechos de propiedad intelectual existe el riesgo de que los acuerdos regionales y bilaterales socaven el sistema multilateral al limitar, en general, que los países en desarrollo utilicen las flexibilidades y excepciones que se permiten en el Acuerdo sobre los ADPIC.²⁶

De estos acuerdos, el ALCA es una de las negociaciones comerciales regionales de mayor importancia. Su fin era crear una de las más grandes áreas de libre comercio en el mundo (los 34 países del hemisferio con excepción de Cuba) para enero del 2005. Hoy en día puede decirse que ha sido derrotado y muestra de ello fue lo sucedido en Mar del Plata; pero es un hecho que intenta renacer en otras variantes en el plano bilateral que evaden el enfrentamiento frontal y que, aplicando la divisa de "divide y vencerás", trata de lograr lo mismo o más a través de acuerdos parciales con diferentes países. Mientras tanto, en Sudamérica, se fortalecen otros mecanismos que se alejan de los principios neocoloniales.

El proyecto hegemónico mundial no puede desarrollarse con la existencia de estados nacionales fuertes, con empresas públicas que dominen sectores estratégicos como los de la energía, comunicaciones, marítimo, educación, salud, etc., con naciones de poderosas culturas propias y fuertes identidades. Para lograr el debilitamiento de los Estados, los grupos de poder planifican su desprestigio a través de los medios de comunicación monopolizados, difundiendo una imagen del aparato estatal incapaz, burocrático, ineficiente, dedicado a funciones que bien deberían cumplir los particulares. La privatización de todo es la solución apropiada y las propias

²⁶David Vivas-Eugui, ob. cit.

figuras de los políticos corruptos son ideales para crear la falta de confianza en cualquier alternativa política. Sin empresas ni recursos, sin representantes respetados y reconocidos, y sin alternativas, al Estado solo le quedan las funciones represivas frente a las presuntas rebeliones.

A través de la cultura la hegemonía imperialista también pretende imponerse; y mediante los acuerdos de propiedad intelectual y el ACGS en condiciones de desigualdad, el desbalance absoluto del intercambio de bienes y servicios culturales está garantizado.

El paso del colonialismo al neocolonialismo requirió de cambios de estrategia por parte de los países imperialistas, que reemplazaron la ocupación militar por la dependencia económica y política. En este nuevo proceso de recolonización de finales del siglo xx e inicios del XXI, se requiere de la privatización, del "libre comercio" —del que se ha dicho que no es libre ni es comercio— siempre que esté al servicio de la metrópoli. La armonización de las legislaciones forma parte de un imprescindible proceso.

De acuerdo a lo establecido en la Ley Ómnibus del Comercio y Competitividad de 1988 que enmienda la Ley Comercial de 1974 anualmente, el Representante Comercial de los Estados Unidos (USTR) redacta el denominado Informe Especial 301, en el que se evalúa, clasifica, advierte y presiona a los países del resto del mundo en función de la protección que brinda a la Propiedad Intelectual a través de las legislaciones y el actuar de sus instituciones nacionales. Una vez identificados estos países, si no se produce la reacción esperada, pueden ser objeto de sanciones en su comercio bilateral con los Estados Unidos.

Tales informes se han convertido en instrumento de burdo chantaje e injerencia respecto a los países deudores y dependientes del Tercer Mundo.

Bajo el Especial 301, los países que incurren en los actos, políticas o prácticas más perjudiciales o cuyos actos, políticas o prácticas producen el mayor impacto adverso (real

o potencial) sobre los productos estadounidenses correspondientes y no participan en negociaciones de buena fe para resolver esos problemas, deberán ser identificados como 'países extranjeros prioritarios'.

El USTR debe decidir qué países serán identificados cada año en una revisión del Especial 301 que se expide al cabo de 30 días de la publicación anual del Informe Nacional de Estimaciones de Comercio, de los Estados Unidos, que se realiza de ordinario hacia el 31 de marzo. Si un socio comercial es identificado como país extranjero prioritario, el USTR tendrá un plazo de 30 días para decidir si es conveniente iniciar una investigación de los actos, políticas y prácticas que dieron lugar a tal identificación...

El gobierno de los Estados Unidos usa cada día más a menudo el sistema de la Organización Mundial del Comercio (OMC) para la resolución de disputas en torno a los DPI con países miembros de esa organización.²⁷

El Representante Comercial de los Estados Unidos es el principal negociador comercial norteamericano y el consejero principal sobre políticas comerciales del presidente. En este papel, el USTR y el personal de su agencia son responsables de desarrollar y ejecutar políticas comerciales que promuevan el crecimiento global y generen oportunidades para las empresas, trabajadores y productores agrícolas estadounidenses. La Alianza Internacional para la Propiedad Intelectual (IIPA, por sus siglas en inglés) es una coalición que representa a las industrias estadounidenses en esfuerzos bilaterales y multilaterales para la protección internacional a la propiedad intelectual y trabaja estrechamente con la Oficina del Representante Comercial de los Estados Unidos en las

²⁷Warner Rose, "El proceso especial 301 de los E.U.A", en <http://www.megalink.com/usemblapaz/propiedad%20intelectual/derechoelec.html>.

revisiones anuales del “Especial 301”.²⁸ En estas revisiones los países analizados son clasificados en tres categorías: (1) País Extranjero Prioritario, (2) Lista de Vigilancia Prioritaria, o (3) Lista de Vigilancia.

Fuertes protecciones de los derechos de propiedad intelectual y el cumplimiento de la ley internamente y en el extranjero son asuntos críticos para el éxito de la economía innovadora de los Estados Unidos y son prioridades máximas para esta Administración, —dijo el Representante Comercial de los Estados Unidos interino Peter Allgeier—. Estamos comprometidos a hacer cumplir de manera vigilante las leyes y procedimientos de propiedad intelectual de los Estados Unidos y a trabajar con nuestros socios comerciales alrededor del mundo para proteger efectivamente las ideas, marcas e inventos de nuestros negocios y empresarios.

La Administración está trabajando a escala mundial, regional y bilateral, utilizando todas las herramientas disponibles para establecer fuertes protecciones legales para la propiedad intelectual, promover el cumplimiento efectivo de la ley y resolver los problemas identificados en el Informe Especial 301 de este año, —dice el informe del 2005— incluyendo la piratería de obras protegidas por derechos de autor en Ucrania, China, Paraguay, Brasil, Rusia, India, Tailandia, Bulgaria, Pakistán y otros mercados, así como la protección inadecuada contra el uso comercial deshonesto de datos sobre pruebas suministrados por compañías farmacéuticas a las autoridades de salud en Israel, Turquía y otros lugares.²⁹

²⁸“Informe especial 301”, abril, 2002, en www.lapaz.embassy.gov/propiedadintelectual/special301.html.

²⁹“Informe especial 301”, abril, 2005, en www.megalink.com/usemblapaz.

Según este informe varios países han logrado mejoras al enfrentar las preocupaciones relacionadas con los DPI incluidos en informes previos. "Por ejemplo, Indonesia y Filipinas recientemente promulgaron leyes sobre discos de lectura ópticos que ayudarán a combatir la piratería de medios ópticos, Malasia y Taiwán han comenzado a tomar más acciones para la aplicación de la ley y la India aprobó una nueva ordenanza para mejorar la protección de patentes".³⁰

Los países identificados como Países Extranjeros Prioritarios pueden estar sujetos a una investigación y enfrentar la posible amenaza de sanciones comerciales. "Estos son países que fallan en entablar negociaciones de buena fe o en realizar progresos importantes en negociaciones bilaterales o multilaterales para proporcionar una protección efectiva de los DPI". Actualmente Ucrania está incluida en dicha categoría y permanece sujeta a sanciones por 75 millones de dólares.

El informe de abril del 2005 incluye catorce socios comerciales en la Lista de Vigilancia Prioritaria; treinta y seis en la Lista de Vigilancia y anunció la realización de Revisiones Extraordinarias (OCR) para siete países.

Pero en una Revisión Extraordinaria realizada, el Representante Comercial de los Estados Unidos encontró que los niveles de piratería y falsificación en China siguen estando en niveles extremadamente altos:

serias preocupaciones [...] sobre el cumplimiento de China de sus obligaciones según los términos del Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (TRIPS, por su sigla en inglés) de la OMC, y sus compromisos bajo normas de la JCCT. Es por ello que dicha oficina trabajará con la industria estadounidense y otras partes interesadas con miras a utilizar los

³⁰[dem.

procedimientos de la Organización Mundial del Comercio para hacer que China cumpla con sus obligaciones según los acuerdos TRIPS a fin de 'buscar acciones adicionales firmes' para reducir estas infracciones.³¹

"Regaño" similar se incluye en el informe del año 2002 sobre Bolivia:

A pesar de las promesas y los vagos esfuerzos del gobierno de Bolivia, los niveles de piratería de los derechos de autor en Bolivia se han mantenido altos en la mayoría de los sectores industriales por muchos años. Bolivia no logra cumplir con las normas básicas de los ADPIC. La carencia de medidas civiles unilaterales y la falta de recursos y directivas para investigar y luchar contra este delito siguen siendo los mayores problemas para el cumplimiento de los DPI en Bolivia. Se precisan mejoras significativas para fortalecer los mecanismos civiles de su ejecución, la ejecución penal y las medidas fronterizas. Se viene considerando la reforma legal sobre los derechos de autor por años y se presentó al congreso boliviano un proyecto de ley integral sobre los derechos de propiedad intelectual a principios de febrero del 2001. El congreso boliviano ni siquiera ha comenzado la revisión del proyecto de ley, a pesar de varios pedidos de la industria. Existen informes que acreditan que la medida tampoco será considerada durante la legislatura del 2002. Un hecho interesante es que las industrias de DPI y la cultura bolivianas han sido las más afectadas en este proceso. Las compañías multinacionales siguen reduciendo sus inversiones hasta niveles de gastos básicos. Bolivia está perdiendo su habilidad de generar nuevos talentos en varios campos y exportarlos.³²

³¹Ídem.

³²"Informe especial 301", 2002, ed. cit.

La liberalización del comercio, en lo cultural, es un paso más de este proceso que describimos. Al hablar de liberalización del comercio en el contexto de un mundo desigual, se condena, a los países subdesarrollados, a perder el patrimonio espiritual, la memoria, la fisonomía cultural que los define como pueblos. Por lo tanto, es mucho lo que tienen en juego las comunidades creadoras y las débiles y casi inexistentes industrias culturales nacionales. No hay evidencia de que sus intereses se puedan tener en cuenta en el contexto de negociaciones en los foros comerciales y económicos.

Ejemplos de un comercio cultural desbalanceado puede apreciarse en las siguientes cifras:

el Observatorio Europeo del Audiovisual continúa presentando cada año su informe **Tendencias del mercado mundial de filmes**, en cuya edición del 2004 se afirma que los veinticinco países que actualmente forman la Unión Europea, produjeron 752 largometrajes de ficción en el 2003 (solo veinticinco más que en el 2002, cuando eran quince estados), y que se vendieron 954 millones de tickets (4,4% menos que el año anterior). De estos últimos, solo el 26,6% fue adquirido para ver películas propiamente europeas; en cambio, el 71,2% estuvo destinado a proyecciones de filmes norteamericanos, y apenas el 2,2% a la producción del resto del mundo. Como se aprecia, la preponderancia del cine hollywoodense es también abrumadora a escala comunitaria, a pesar de que la totalidad de los países de la UE produjo más películas que Estados Unidos, donde esta vez solo el 2% de lo exhibido fue de procedencia extranjera.³³

Pero existen otros datos aún más alarmantes cuando volvemos la vista hacia los países subdesarrollados, donde vive

³³Omar González, "El pensamiento único y la neutralidad imposible", en www.opinion.org/15/deb5.html.

la mayoría de la población mundial: En 1999 de 185 países, 88 nunca habían producido una película, lo que equivale decir que 465 millones de personas no habían visto nunca su imagen reflejada. África importaba más de 2 800 películas al año y solo produjo en un año 42 títulos.³⁴ Esto demuestra cómo un mercado monopolizado no es capaz de ser nunca el mediador idóneo para garantizar el desarrollo cultural.

En nombre de la 'liberalización del comercio internacional', los grandes grupos financieros han promovido y asegurado a través de la representación de los gobiernos que responden a sus intereses, un proceso de desprotección a las industrias nacionales de los países que no han podido producir una capitalización competitiva en términos tecnológicos, similar a la alcanzada por ellos. Esa acumulación producida tuvo sus raíces históricas en la colonización y la independencia dependiente que ha caracterizado a las economías subdesarrolladas durante siglos.³⁵

Es necesario debatir las consecuencias sociales del reforzamiento de un marco jurídico internacional desequilibrado. Es preciso adoptar medidas jurídicas en el plano internacional para cubrir estos desequilibrios y no propiciar la liberalización del comercio entre desiguales, que ahondarán más las diferencias.

Dicho criterio debe estar presente en las negociaciones cuando se aborden temas de propiedad intelectual o intercambio de bienes y servicios culturales.

Los Tratados de Libre Comercio y las negociaciones que se realizan en el marco de la OMC, constituyen un peligro para el ejercicio efectivo de los derechos culturales de los hombres. Esto se refleja en la imposibilidad de aplicar políticas públicas que protejan y fomenten las industrias culturales nacionales,

³⁴www.unesco.org/industries/cinema.

³⁵Tania García Lorenzo, ob. cit.

la invasión de productos y servicios culturales foráneos y en la homogeneización de las legislaciones, tomando como referentes parámetros que no se adaptan a las necesidades de países subdesarrollados. Mientras sucede, la protección de las culturas populares, de los conocimientos y expresiones tradicionales, la preservación de las lenguas autóctonas, la conservación del patrimonio y todas aquellas expresiones culturales que no resultan rentables, quedan a expensas de los recortes de los presupuestos de educación y cultura.

Debemos conformar una visión propia como países del Tercer Mundo en el campo de la propiedad intelectual y el derecho de autor, que se base en el respeto a la soberanía de los Estados y en el rescate de su papel como promotores conscientes y salvaguardas de la creación y las culturas nacionales.

Como una alternativa para la conformación de un nuevo modelo de integración regional, el presidente Hugo Chávez propuso en el 2001 la Alternativa Bolivariana para las Américas, un mecanismo basado en la solidaridad, la reciprocidad, el respeto a las asimetrías y diferencias y a las soberanías de los países que lo integran.

Refiriéndose a esta iniciativa, Hugo Chávez dijo:

Inventamos o erramos, consigna de Simón Rodríguez, sigue siendo un gran reto, un gran desafío. Aquí estamos inventando mecanismos de integración de la economía, complementación económica de las sociedades, de las culturas, de la educación, de la salud, de la vida y del desarrollo. No podemos seguir colocando por delante, como se pretende todavía en algunas partes de América Latina, el interés económico, comercial de las empresas privadas, de las transnacionales. Eso no nos va a integrar jamás...³⁶

³⁶ Hugo Chávez Frías, "El proyecto de Bolívar y Martí ha vuelto para triunfar", en *El Encuentro*, Oficina de Publicaciones del Consejo de Estado, La Habana, 2005, p. 189.

Esta idea tiene una concreta expresión en lo relativo al tema de la propiedad intelectual en la Declaración Conjunta suscrita por los Presidentes de Cuba y Venezuela, el 14 de diciembre del 2004, cuando en los puntos 10 y 11 plantea como un principio cardinal: “la defensa de la cultura latinoamericana y caribeña, de la identidad de los pueblos de la región, con particular respeto y fomento de las culturas autóctonas e indígenas”, y cuando declara la necesidad de la adopción de “medidas para que las normas de propiedad intelectual, al tiempo que protejan el patrimonio de los países latinoamericanos y caribeños frente a la voracidad de las empresas transnacionales, no se conviertan en un freno a las necesidades de cooperación en todos los terrenos entre nuestros países”.³⁷

En diciembre del 2001 parecía una utopía cuando el presidente Hugo Chávez proponía en el seno de la Asociación de Estados del Caribe (AEC) la Alternativa Bolivariana para las Américas. Chávez explicaba entonces que esta alternativa se fundamentaría en la creación de ventajas cooperativas y no competitivas entre las naciones, en mecanismos que permitieran compensar las asimetrías existentes en los países del hemisferio. Dichos acuerdos de integración estarían ante todo en función de alcanzar un desarrollo endógeno nacional y regional capaz de erradicar la pobreza, corregir las desigualdades sociales y asegurar una creciente calidad de vida para los pueblos.

Hoy el ALBA se está convirtiendo en una realidad tangible. En el plano cultural ha sido suscrito por Cuba y Venezuela el Fondo Cultural del ALBA, a fin de promover publicaciones, producciones discográficas y cinematográficas, y otras acciones que reflejen nuestras realidades y culturas y que resulte

³⁷ “Declaración Conjunta suscrita por los Presidentes de Cuba y Venezuela en Ciudad de La Habana”, 2004, en *El Encuentro*, ed. cit., p. 197.

una alternativa a la monopolización de la industria y del control del mercado y de los medios de comunicación.

Para terminar, citemos un último y terrible ejemplo del papel de estas normativas imperiales: en enero del 2005 se dio a conocer la siguiente noticia, que se explica por sí sola:

Cuando el anterior administrador de la Autoridad Provisional de la Coalición (CPA), L. Paul Bremer III, dejó Bagdad después de la así llamada 'transferencia de soberanía' en junio del 2004, dejó detrás las 100 órdenes que promulgó como jefe de la autoridad de ocupación en Irak. Entre ellas está la Orden 81 sobre 'Patentes, Diseño Industrial, Información Confidencial, Circuitos Integrados y Variedades de Plantas'. Esta orden enmienda la ley de patentes original iraquí, de 1970, y a menos que y hasta que sea revisada o rechazada por el nuevo gobierno iraquí, ahora tiene el status y la fuerza de una ley en vigor. Con importantes implicaciones para los campesinos y el futuro de la agricultura en Irak, esta orden es otro componente importante en las tentativas de Estados Unidos de transformar radicalmente la economía iraquí.³⁸

El marco legal así creado asegura que, aunque las tropas norteamericanas salgan de Irak en un futuro, la dominación norteamericana de la economía iraquí está garantizada. "Alterando fundamentalmente el régimen de los derechos de propiedad intelectual, los Estados Unidos se han asegurado que el sistema agrícola iraquí permanecerá bajo 'ocupación' en Irak".³⁹

³⁸"La nueva ley de patentes iraquí: una declaración de guerra contra los campesinos", en www.el-atacante.levillage.org.

³⁹Idem.

Capítulo 6

DERECHO DE AUTOR Y DIVERSIDAD CULTURAL

De mí me pierdo y me olvido
de lo que soy en la necesidad
que ya tengo de imitar
a los blancos en lo que ellos son...

THIAGO DE MELLO

De la misma manera que hablamos acerca de la necesidad de mantener la biodiversidad, debemos hacer énfasis en la defensa de la diversidad cultural, la supervivencia del complejo mosaico de culturas que ha construido nuestra especie.

Hoy se discute mucho sobre la incidencia del mercado y de la llamada globalización en la cultura y sobre cómo estos procesos afectan la diversidad. La globalización, que debiera facilitar el acceso al patrimonio espiritual en toda su riqueza, ha colocado en el presente a muchas culturas en peligro de ser absorbidas por otras. Es un gran riesgo para la humanidad la difusión de una cultura estandarizada, fabricada para un consumidor pasivo y despojada de autenticidad.

MERCADO Y DIVERSIDAD

Los procesos de estandarización, para adaptar las obras a los requerimientos comerciales, suelen ser brutales, tanto peores cuánto más ricas sean las culturas sometidas a los mismos. Paul Kuruk explica cómo la cultura africana es manipulada y denigrada y cita a un creador que lamenta el asunto.

Hay grupos y solistas sin escrúpulos que modernizan obras del folclore sometiéndolas a nuevos arreglos, dando a las

canciones tradicionales un ritmo y un volumen añadidos a expensas de su carácter melódico [...] La interpretación de las canciones tradicionales suele adoptar la forma de [...] espectáculos impersonales y banales carentes de las características peculiares de [...] las danzas tradicionales [...] En cuanto a los trajes de colores chillones que visten quienes ejecutan las danzas, son burdas imitaciones de los originales.¹

En el Informe Final de la II Mesa Redonda de Ministros de Cultura "Diversidad Cultural: Las apuestas del Mercado", en la sede de la UNESCO, realizada en París en diciembre del año 2000, se afirma que la globalización no puede aparecer como una nueva forma de colonialismo o neocolonialismo cultural en el que unos países con mayor poder económico se levanten como modelos —la economía de mercado, la cultura de mercado— y se imponga una "cultura única" sin oportunidad para el diálogo entre las civilizaciones.

Joost Smiers nos describe cómo funciona este proceso:

las industrias culturales quieren recuperar sus múltiples inversiones, el marketing dirigido a cada ciudadano del mundo es agresivo, con lo que se conseguirá borrar otras opciones culturales del mapa mental de muchas personas. Estas industrias culturales poseen tanto los medios de producción como los canales de distribución de la oferta cultural...

El hecho de que las industrias culturales solo se centren en unas pocas 'estrellas' implica, como consecuencia lógica, una menor atención en todo el mundo hacia una diversidad de expresiones artísticas desesperadamente necesaria

¹ Paul Kuruk, "El derecho consuetudinario en África y la protección del folclore", en www.portal.unesco.org/culture/es/ev.php-URL_ID=6259&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

en una perspectiva democrática. El estrellato es un sistema monolítico que no deja lugar ni siquiera a la posibilidad de que la diversidad cultural pueda convertirse en una riqueza que deberíamos cuidar. El artista que no es famoso, y en un sistema como el actual la mayoría no lo puede ser, tiene que luchar contra viento y marea para relacionarse con un público que aún siente curiosidad. Pero a esta curiosidad le cuesta resistir ante la ideología dominante según la cual la felicidad se consigue comprando los últimos artículos de 'tu' estrella favorita.²

El propio autor nos explica en otro artículo, cómo la futura estrella debe adecuarse a las exigencias de su contrato con la compañía discográfica multinacional: "...la música será pulida interminablemente [...] y todo lo que sea espontáneo deberá desaparecer del horizonte".³

Esta "adaptación" es mucho más exigente en el caso de los músicos no occidentales, pues, en ese caso, deberá "seguir sonando exótica [...] los cambios podrían ser más sustanciales con el fin de adaptarla al oído occidental (o lo que se supone que es tal cosa). [...] Hay incluso artistas de las regiones no occidentales del mundo que tienen dos tipos de repertorio: lo que interpretan en sus países y lo que presentan como 'estrellas' al mercado mundial".⁴ A su vez, Smiers se pregunta por qué esta transformación no es objeto de estudio por los (etno)musicólogos.

Intelectuales de alrededor de 52 países, reunidos en Caracas en diciembre del 2004, expresaron al respecto:

Debemos oponernos también a todo intento de imponer supuestos principios universales que solo encubren visio

² Joost Smiers, "Originalidad dudosa", ed. cit.

³ Joost Smiers, "Propiedad creativa indebida", ed. cit.

⁴ Ídem

nes particulares del mundo que pretenden convertirse en hegemónicas. La universalidad verdadera que debemos construir, debe fundarse en el diálogo intercultural y libre, que la construye como verdadera expresión plural de la humanidad.

La mercantilización de la cultura es una amenaza tanto para la diversidad, como para la supervivencia misma de lo humano. La mercantilización destruye lo hay que de rico en las expresiones sociales y ataca la pluralidad de identidades. Debemos encontrar formas de desmercantilizar la creación y la difusión de los bienes culturales.⁵

Ya sabemos cómo legitima esta situación el régimen jurídico vigente de propiedad intelectual.

Por su parte, en la Mesa "Diversidad Cultural: Las apuestas del Mercado", los Ministros de Cultura reflexionaban sobre las identidades, advirtiendo acerca del peligro de la modificación de las jerarquías de los valores culturales como consecuencia de una cultura hegemónica. "La necesidad de la aceptación de sí mismo y el reconocimiento del otro forman parte integrante de la problemática de la diversidad cultural". Para lograrlo, es necesario reforzar la cultura popular, protegiendo especialmente las expresiones de las minorías y grupos excluidos y fortaleciendo las industrias nacionales. Es también importante reconsiderar los vínculos entre cultura y comercio, en función de imperativos éticos. La diversidad cultural es inherente a los fundamentos mismos de la existencia humana, a la dignidad del ser humano, a su libertad de expresarse y crear.

Respecto al papel de los Estados, se trata de que estos preserven el derecho de diseñar y ejecutar políticas culturales

⁵ "Declaración Final de la mesa 'En defensa de la unidad en la diversidad', del encuentro de intelectuales En Defensa de la Humanidad", en www.caracas2004.info/global/loader.php?&cat=/programa&cont=06.html.

propias, amenazadas actualmente por acuerdos comerciales que limitan drásticamente la soberanía.

La protección de los derechos de autor, según el análisis de los Ministros, se justifica plenamente y conviene establecer un marco jurídico en este sentido: "la cuestión principal es saber cómo enraizar mejor su protección en el Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual que conciernen al comercio (ADPIC), en particular haciendo un llamado a los expertos en cultura".⁶

La responsabilidad política para subvencionar la cultura, el arte, para la reglamentación, regresan al poder público. Una política de desarrollo de las industrias culturales deberá considerar el acceso al crédito, la legislación, los aspectos de comercialización, de distribución y de acceso al mercado. El otorgamiento de subvenciones y, en ocasiones, el establecimiento de cuotas, será necesario. Muchos han indicado también que las políticas a favor de las industrias culturales deberán tener en cuenta también el impacto de las nuevas tecnologías.⁷

Es un hecho, sin embargo, que las políticas culturales de la mayoría de los países en desarrollo se encuentran claramente asfixiadas por la acción de las transnacionales. El neoliberalismo ha acabado con los fondos públicos para el fomento de las industrias de la cultura. En América Latina, por ejemplo, la mayoría de las editoriales nacionales, incluso de países como México y Argentina, con una fuerte tradición en este campo, han sido absorbidas por transnacionales con centro en Alemania, España y los Estados Unidos. En Espa

⁶ Informe final de la II Mesa redonda de Ministros de cultura "Diversidad cultural: las apuestas del mercado", UNESCO, París, 11-12 diciembre, 2000.

⁷ Ídem.

ña muchos de los sellos solo conservan el nombre, pues perte-necen ya a transnacionales. Los países pequeños no disponen del capital necesario para poder desarrollar infraestructuras competitivas en ese sector, en particular en materia de distribución de productos culturales.

Las normas internacionales relacionadas con los derechos culturales, carecen de efectividad. El Derecho de autor ha sido una materia privilegiada en cuanto a una profusión de normas y exigencia en la observancia de su aplicación. Esto ha sido posible debido a los claros intereses económicos que se encuentran asociados a dicha protección, y que han movilizado esfuerzos y recursos para poder lograrlo. Los resultados, sabemos, no han sido realmente beneficiosos para la cultura. Otros convenios, de un mayor significado cultural, han podido modificar muy poco la situación que les dio origen.

Existen varios ejemplos atroces y recientes: aunque ante los ojos del mundo han sido invadidos, bombardeados y saqueados sitios de incalculable valor patrimonial y se han perdido riquezas conservadas durante siglos, ningún responsable de la barbarie ha sido sancionado. Con la Convención de la UNESCO Sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, de La Haya, 1956, o la Convención sobre la protección del patrimonio mundial cultural y natural de París, 1972, poco se ha podido hacer en estos casos.

Basta decir que, durante el saqueo del Museo Arqueológico de Bagdad, en el 2003, se perdieron 15 000 objetos que aun siguen desaparecidos. Se quemaron aproximadamente un millón de libros y diez millones de documentos en la Biblioteca Nacional. Como si fuera poco, sobrevino el pillaje de los asentamientos arqueológicos; más de 150 000 objetos se sustrajeron de los asentamientos solo durante el 2004.⁸

⁸ Fernando Báez, "Sin destruir libros no se gana la guerra", en <http://www.lanacion.com.ar/edicionimpresa/suplementos/enfoques/nota.a>.

ESFUERZOS INTERNACIONALES

La UNESCO hace unos años promovió la adopción de un documento internacional que se manifestara a favor de la diversidad cultural, que fue finalmente adoptado en el 2001 como una Declaración.

En dicha Declaración, se expresa que: “hay que procurar que todas las culturas puedan expresarse y darse a conocer...” y que debido al “...carácter específico de los bienes y servicios culturales...” estos “...no deben ser considerados como mercancías o bienes de consumo como los demás”.⁹

Las políticas culturales —se plantea en el Artículo 9— deben crear condiciones propicias para la producción y difusión de bienes y servicios culturales diversificados [...] Cada Estado debe, respetando sus obligaciones internacionales, definir su política cultural y aplicarla, utilizando para ello los medios de acción que juzgue más adecuados, ya se trate de apoyos concretos o de marcos reglamentarios apropiados.¹⁰

Nada de esto es hoy una realidad. Aún cuando la Declaración hacía referencia a aspectos que deberían haber tenido una repercusión en las negociaciones relacionadas con el comercio, en los foros comerciales se ha continuado articulando un régimen jurídico que cada vez más se extiende, propicia, fomenta y estimula el efecto contrario.

Otro esfuerzo en defensa de la diversidad cultural lo constituyó la aprobación de la Convención para la salvaguarda del patrimonio cultural inmaterial. Si presenciamos el saqueo

⁹ “Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural”, en http://www.unesco.org/culture/pluralism/diversity/html_sp/index_sp.shtml.

¹⁰ Ídem.

constante del que son objeto las obras creativas tradicionales: obras musicales, literarias, etc., qué decir del real peligro de extinción en que se encuentra el patrimonio cultural inmaterial.

Sería útil recordar que se entiende por “patrimonio cultural inmaterial” los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas —junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes— que las comunidades, los grupos y, en algunos casos, los individuos, reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural; este patrimonio cultural inmaterial se transmite de generación en generación y es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza e historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad cultural.

En el Preámbulo de dicha Convención se describen algunas de las consecuencias de los procesos de mundialización y de transformación social para las culturas que, por un lado, crean las condiciones propicias para el diálogo, pero, por otro, provocan un grave deterioro y colocan en serio riesgo de desaparición al patrimonio inmaterial. También señala como amenazas la existencia de conflictos, la comercialización excesiva, la urbanización incontrolada, el empobrecimiento de zonas rurales y otros “fenómenos contemporáneos”.

Este patrimonio, sin dudas, está hoy en día aniquilándose rápidamente. Se aniquila no solo por una acción u omisión directa o consciente de los Estados de los países subdesarrollados o por la imposibilidad de su conservación por falta de recursos; se destruye de una forma más dolorosa cuando los grupos humanos comienzan a ser absorbidos culturalmente, a perder su identificación, a desconocer aquellos rasgos que los distinguen como miembros de una comunidad por asumir una supuesta “modernidad” que les llega a través de los medios; cuando asimilan la intolerancia y el irrespeto a lo distinto, cuando subvaloran lo diferente, aunque se trate de sí mismos. Pero tales aspectos escapan por

completo de las posibilidades y competencias de cualquier convención.

El instrumento suscrito, entre otros aspectos, responsabiliza a los Estados parte con la adopción de las medidas necesarias para garantizar la salvaguardia de las expresiones del patrimonio cultural inmaterial presente en su territorio; entre las que se encuentran la de identificar y definir los distintos elementos con participación de las comunidades, los grupos y las organizaciones no gubernamentales pertinentes.

Pero la defensa de la diversidad cultural no contaba con un instrumento vinculante como el Convenio sobre Diversidad Biológica,¹¹ y la UNESCO se propuso la elaboración y aprobación de una convención que originalmente se denominara Convención para la protección de la diversidad de los contenidos culturales y de las expresiones artísticas,¹² y luego adoptara el nombre definitivo de Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales¹³ que defendiera la diversidad de las culturas del planeta ante los peligros que le amenazan.

El 20 de octubre del 2005, en París, como colofón de los innumerables esfuerzos realizados por hombres y mujeres sensibles del planeta, fue aprobada la Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales por la XXXIII Conferencia General la Convención con 148 votos a favor, contra solo dos votos en contra (Estados Unidos e Israel) y cuatro abstenciones.

¹¹ Suscrito en la Cumbre de la Tierra, en Río de Janeiro, 1992.

¹² "Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales", según el texto preparado por el Presidente de la Reunión Intergubernamental de Expertos y sometido a los miembros del Consejo Ejecutivo a título informativo el 22 de abril del 2005.

¹³ Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, París, 20 de octubre, 2005.

DIVERSIDAD BIOLÓGICA Y ACUERDOS DE COMERCIO

Sería útil en este momento recordar un análisis de Vandana Shiva¹⁴ sobre cómo el Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB), que defiende la protección a las distintas formas de vida existentes en el planeta, encontró en el Acuerdo sobre los ADPIC un enorme obstáculo.

Mediante el CDB se obligaron a los Estados a la conservación de la diversidad biológica, al uso sostenible de sus componentes y al reparto justo y equitativo de los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante un acceso correcto a los mismos y a la transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes. Sin embargo, el Acuerdo sobre los ADPIC obstaculiza el cumplimiento de tales obligaciones al exigir a los gobiernos que protejan estos usos mediante un sistema de Propiedad intelectual basado en monopolios privados exclusivos, donde no es posible la redistribución de los beneficios por la utilización de la biodiversidad, su conservación y uso sostenible.

Si por una parte el CDB reconoce el principio de la soberanía de los Estados sobre sus recursos biológicos y genéticos y su derecho y deber de adoptar regímenes de propiedad que protejan la biodiversidad, por otra, el Acuerdo sobre los ADPIC, al exigir la armonización de legislaciones nacionales a fin de crear un sistema global de derechos, debilita la soberanía de los Estados para crear y desarrollar sus propios sistemas de protección.

El CDB exige también a los firmantes que protejan y fomenten los derechos de las comunidades, de los agricultores y los pueblos indígenas con respecto a la utilización de sus recursos biológicos, además exige la salvaguardia de los conocimientos tradicionales. El Acuerdo sobre los ADPIC, ba-

¹⁴ Vandana Shiva, ob. cit.

sado en sistemas de patentes exclusivamente occidentales, carece de fórmulas para reconocer esta sabiduría ancestral; niega, de hecho, la existencia de derechos colectivos, e ignora la acumulación de conocimientos empíricos que son fruto de miles de años dedicados, por ejemplo, al cultivo de variedades vegetales criollas y a su mejoramiento. Por tanto, solo reconoce el derecho de los obtentores que logran variedades transgénicas y no el de los agricultores que obtienen variedades convencionales. De tal manera no se protege la creación ni la biodiversidad de esos pueblos, sino que se favorece el saqueo de sus culturas y riquezas naturales.

Vandana Shiva opina que para eliminar estas contradicciones y brindar la necesaria protección al medio ambiente y a las necesidades de la población, debe considerarse el CDB como una norma superior y que la revisión de los Acuerdos sobre los ADPIC debería garantizar los cambios necesarios para que concuerden con el CDB. Lamentablemente, ante la existencia de conflictos entre ambas normas, el balance favorece sin dudas, en la práctica, a la aplicación de los acuerdos comerciales.

Esta no es una opinión aislada. En junio del 2002, el Consejo de los ADPIC recibió una comunicación en la que un grupo de países¹⁵ expresaba que “el Acuerdo sobre los ADPIC y el CDB deberían respaldarse mutuamente y promover el uso sostenible de los recursos”.¹⁶ El documento proponía la introducción de una serie de modificaciones en el Acuerdo sobre los ADPIC a fin de eliminar las contradicciones con los objetivos del CDB.

¹⁵ La presentó la Misión Permanente del Brasil, en nombre de las delegaciones de Brasil, China, Cuba, Ecuador, India, Pakistán, República Dominicana, Tailandia, Venezuela, Zambia y Zimbabwe.

¹⁶ “Relación entre el acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica y la protección de los conocimientos tradicionales”, en <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/v/IP/C/W356.doc>.

La propia Comisión de Derechos Humanos de la ONU, que en tantos temas se ha caracterizado por su parcialidad, se pronunció a través de la Resolución de la Subcomisión de Derechos Humanos 2000/7 acerca de la existencia de contradicciones reales o potenciales entre la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC y la realización de los derechos económicos, sociales y culturales. En la Resolución, se asegura que este Acuerdo no refleja adecuadamente el carácter fundamental y la indivisibilidad de los derechos humanos, incluidos el derecho de toda persona a disfrutar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, a la salud, a la alimentación y a la libre determinación, y que 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.

La Resolución recuerda a todos los gobiernos la primacía de las obligaciones en relación con los derechos humanos sobre las políticas y acuerdos económicos y solicita tengan en cuenta las obligaciones y principios de derechos humanos al formular las políticas económicas. Solicita además a la OMC en general y al Consejo de los ADPIC en particular, que durante el examen en curso de este Acuerdo se tomen en consideración las obligaciones vigentes de los Estados en virtud de los instrumentos internacionales de derechos humanos y que se analice, por parte de los Relatores Especiales sobre la mundialización, las consecuencias de la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC sobre los derechos humanos.

A partir de las contradicciones surgidas respecto al acceso a los medicamentos, se abrió la discusión acerca de qué se consideraba prioritario: si el derecho a la salud o los compromisos económicos y comerciales. Fueron necesarios dos años de debate para que se reconociera finalmente que un derecho tan sagrado como la salud era de mayor relevancia y prioridad. Aún cuando en la práctica este principio espera de una efectiva aplicación, nos encontramos ante otro dilema simi-

lar, ahora acerca de la supervivencia de la diversidad cultural: ¿qué es lo prioritario?, ¿el derecho del ser humano a su identidad, a su fisonomía cultural, a sus raíces, a su memoria o los intereses comerciales e inversionistas de las transnacionales?

DIVERSIDAD CULTURAL Y ACUERDOS DE COMERCIO

La mercantilización de la cultura y la llamada globalización afectan, indudablemente, la diversidad cultural. El desarrollo tecnológico y, en especial, de las comunicaciones, que debería facilitar el acceso al patrimonio espiritual de la humanidad en toda su riqueza, ha colocado hoy a muchas culturas en peligro de ser aniquiladas. Por otra parte, la difusión de una pseudocultura estandarizada, inauténtica, fabricada en los centros hegemónicos de poder cultural para consumidores pasivos, es un peligro para cualquier intento de crecimiento y emancipación humanos.

El régimen de propiedad intelectual es actualmente instrumento de dominación y vía de enriquecimiento de los titulares que ostentan estos derechos. Con el amparo legal de los acuerdos de libre comercio y su férreos mecanismos de observancia, dicho sistema reafirma los desequilibrios que se generan en el mercado y atenta abiertamente contra la difusión y conservación de la diversidad de las culturas.

Teniendo en cuenta tal problemática, se hacía cada vez más necesaria la adopción de una Convención generadora de obligaciones para los Estados. Su aprobación, el 20 de octubre del 2005, por la Trigésimotercera Reunión de la Conferencia General de la UNESCO, fue un paso importante en este sentido, pues demostró el interés de los Estados en darle a la cultura un tratamiento diferente al de una simple mercancía, así como su disposición a tomar medidas efectivas para ello.

Pero en el curso de las discusiones de la Convención, emergieron las contradicciones analizadas hasta ahora, por lo que un aspecto muy importante fue la relación de la Convención con otros instrumentos normativos. En el Anteproyecto de julio del año 2004 aparecían dos opciones que se contraponían:

Opción A

1. Ninguna disposición de la presente Convención podrá ser interpretada de tal manera que afecte los derechos y obligaciones que tengan los Estados Partes en virtud de otros instrumentos internacionales relativos a los derechos de propiedad intelectual de los que sean Partes.

2. Las disposiciones de la presente Convención no afectarán a los derechos y obligaciones de cualquier Estado Parte que emanen de cualquier instrumento internacional existente, salvo cuando el ejercicio de esos derechos y obligaciones cause serios perjuicios o constituya una amenaza para la diversidad de las expresiones culturales.

Opción B

Ninguna disposición de la presente Convención afectará a los derechos y obligaciones que tengan los Estados Partes en virtud de otros instrumentos internacionales.¹⁷

Por supuesto, la opción A.2, que reconocía a la Convención un rango superior o de supremacía, era la más favorable para los objetivos que se plantea la UNESCO, aún cuando limitaba esta superioridad al caso en el que se causaren “serios perjuicios” o la situación constituyera “una amenaza para

¹⁷ Anteproyecto de convención sobre la protección de la diversidad de los contenidos culturales y las expresiones artísticas, CLT/CPD/2004/CONF-201/2, París, julio, 2004.

la diversidad de las expresiones culturales”, o sea, en una situación límite. Las opciones A.1 y B, eran francamente inaceptables.

Hay que reconocer el trabajo realizado en el esclarecimiento y la discusión de estos temas por organizaciones y redes de defensa de los derechos culturales. Los ministerios de cultura de los 63 países miembros de la Red Internacional sobre Políticas Culturales, la Red Internacional para la Diversidad Cultural con más de 300 miembros en 71 países que agrupa redes de artistas y de pequeñas y medianas productoras, la llamada Campaña para los Derechos a la Comunicación en la Sociedad de la Información (CRIS), introdujeron algunos puntos de vista tendentes al fortalecimiento efectivo de la diversidad y a la exclusión de la cultura de las negociaciones comerciales.

Veamos algunos de los documentos que circularon contentivos de estas posiciones:

La campaña para los Derechos a la Comunicación en la Sociedad de la Información (CRIS) apoya la propuesta de la UNESCO de un nuevo instrumento vinculante sobre diversidad cultural.

Nuestra posición en relación con el instrumento propuesto es la que sigue:

- Primero, este instrumento no debe subordinarse a actuales o futuros acuerdos comerciales. Hacerlo frustraría su propósito;
- Segundo, el instrumento debería ser diseñado no solo para proteger la diversidad de industrias culturales nacionales y regionales, sino también para salvaguardar la diversidad cultural y los derechos a la comunicación de todas las naciones dentro de los países;
- Tercero, el instrumento debe equilibrar cualquier referencia a la protección de la propiedad intelectual con la referencia a la protección del patrimonio cultural común. De

lo contrario, se debería suprimir toda alusión a los derechos de la propiedad intelectual.¹⁸

Respecto al Artículo 19, referido a la relación con otros instrumentos normativos, el documento proponía que quedara de la siguiente forma: “Las disposiciones de la presente Convención no afectarán a los derechos y obligaciones de cualquier Estado Parte que emanen de cualquier instrumento internacional existente, salvo cuando el ejercicio de esos derechos y obligaciones cause serios perjuicios o constituya una amenaza para la diversidad de las expresiones culturales”.¹⁹

Por su parte la Red Internacional para la Diversidad Cultural, en un documento fechado el 8 de noviembre del 2004, establecía que:

1. El estatuto de la Convención debe ser equivalente al de los acuerdos de comercio y de inversiones y debe prevalecer cuando las Partes consideran cuestiones de políticas culturales y diversidad cultural.
2. La Convención debe ser una herramienta efectiva para que los países del Sur puedan desarrollar su capacidad creativa y sus industrias culturales, en consistencia con otros instrumentos de la UNESCO que reconocen y promueven una relación integrada entre cultura y desarrollo.
3. La Convención debe reconocer la amplia gama de herramientas para la aplicación de políticas que son utilizadas para promover la diversidad cultural y preservar el derecho de los gobiernos para adaptar y adoptar nue-

¹⁸ “Derechos a la Comunicación en la Sociedad de la Información (CRIS). Comentarios al Anteproyecto de la Convención sobre la Protección de la Diversidad de los Contenidos Culturales y las Expresiones Artísticas”, noviembre, 2004, en www.crisinfo.org.

¹⁹ Ídem.

vas en los años futuros en respuesta a los desarrollos tecnológicos y las circunstancias y necesidades cambiantes.²⁰

Sin embargo, en los debates no hubo acuerdo²¹ y surgió la variante de buscar otra formulación que evitara “la instauración de una jerarquía entre los instrumentos internacionales” y, en cambio, permitiera “una complementariedad entre los mismos”.

La redacción aprobada definitivamente para este artículo es una solución muy moderada, cuya efectividad es difícil de anticipar, si se tiene en cuenta, además, la oposición de los Estados Unidos, máximo exportador de productos y servicios culturales y el mayor impulsor de los tratados de libre comercio.

El artículo quedó de la siguiente manera:

Artículo 20 -Relaciones con otros instrumentos: potenciación mutua, complementariedad y no subordinación

1. Las Partes reconocen que deben cumplir de buena fe con las obligaciones que les incumben en virtud de la presente Convención y de los demás tratados en los que son Parte. En consecuencia, sin subordinar esta Convención a los demás tratados:

a) fomentarán la potenciación mutua entre la presente Convención y los demás tratados en los que son Parte;

²⁰ “Red Internacional para la Diversidad Cultural. Objetivos para una Convención efectiva”, noviembre, 2004, en www.incd.net.

²¹ Véanse los comentarios en el texto compuesto que forma parte del Informe Preliminar del Director general, junto con dos anteproyectos de la Convención sobre la protección de la diversidad de los contenidos culturales y las expresiones artísticas, CLT/CPD/2005/CONF.203/6, París, 3 de marzo.

b) cuando interpreten y apliquen los demás tratados en los que son Parte o contraigan otras obligaciones internacionales, tendrán en cuenta las disposiciones pertinentes de la presente Convención.

2. Ninguna disposición de la presente Convención podrá interpretarse como una modificación de los derechos y obligaciones de las Partes que emanen de otros tratados internacionales en los que sean parte.

Artículo 21 -Consultas y coordinación internacionales

Las Partes se comprometen a promover los objetivos y principios de la presente Convención en otros foros internacionales. A tal efecto, las Partes se consultarán, cuando proceda, teniendo presentes esos objetivos y principios.

No fue posible incluir en la Convención una cláusula que garantizara la defensa prioritaria de la diversidad cultural cuando exista un conflicto, por ser la materia en cuestión objeto de diferentes acuerdos y convenciones. No pudo quedar expresamente definida la primacía de los derechos culturales por encima de políticas y acuerdos comerciales. La solución adoptada denominada de "potenciación mutua, complementariedad y no subordinación", a nuestro juicio, no será suficiente al no establecer una jerarquía donde los derechos culturales tengan reconocido un lugar por encima de los derechos de las empresas.

La campaña para los Derechos a la Comunicación en la Sociedad de la Información, en un documento publicado en su sitio web, expresa su apoyo a la Convención; pero, a la vez, también sus preocupaciones:

- Nos habría gustado que hubiera un mayor énfasis en la protección y promoción de la diversidad cultural a lo interno de los países, especialmente en relación con las culturas indígenas. Denunciamos la hipocresía de aquellos países que a nivel interno suprimen y destrozan las

culturas indígenas, mientras que más allá de sus fronteras aseguran apoyar la diversidad cultural. La Campaña CRIS se mantendrá vigilante, y condenará y se movilizará contra cualquier ensayo de cualquier Estado de usar la Convención para marginalizar a la mujer, o para reprimir a minorías étnicas, migrantes, minorías sexuales o pueblos indígenas;

- Aplaudimos la eliminación del lenguaje usado en borradores anteriores de la Convención, que apuntaba a apoyar y fortalecer el extremista régimen vigente de propiedad intelectual. Sin embargo, la presencia en el Preámbulo del nuevo tratado de lenguaje desequilibrado sobre el tema significa un claro paso atrás con respecto a la Convención de la UNESCO sobre Diversidad Cultural de 2001;
- Estamos profundamente preocupados por el fracaso en subrayar la importancia del dominio público, uso correcto y las licencias libres (**creative commons**);
- Deploramos que no haya mención alguna sobre la necesidad de poner fin al robo de la sabiduría ancestral de los pueblos indígenas por parte de las transnacionales de propiedad intelectual y las industrias de patentes;
- Nos mantendremos vigilantes en lo relativo a la relación de la Convención con otros tratados, que se muestra extremadamente ambigua, lo cual puede llevar a algunos ministros de comercio a ignorar completamente el marco de la Convención en sus negociaciones.²²

A partir de estas preocupaciones el documento hace un llamado:

- A los Estados, para que ratifiquen la Convención;

²² “Declaración de CRIS sobre la Convención de la UNESCO sobre Diversidad Cultural”, en <http://www.crisinfo.org>.

- A la sociedad civil, para que monitoree rigurosamente la participación de sus ministros de comercio en las próximas negociaciones de la OMC en Hong Kong, y en las negociaciones comerciales futuras, tanto bilaterales como multilaterales;
- A la sociedad civil, para que se movilice y utilice la Convención de la UNESCO como un instrumento para transformar las políticas nacionales culturales, informativas y comunicacionales, con el objetivo de lograr la justicia cultural.²³

Coincidimos con este documento. Si bien es cierto que la aprobación de la Convención puede entenderse como un éxito para la cultura, al quedar aislados los EE.UU. en sus pretensiones de tratarla como una mercancía más, no debemos dejarnos llevar por triunfalismos. Esto no puede verse como una batalla ganada, sino como el inicio de muchas otras. Es imprescindible implementar su rigurosa observación.

Los grupos de poder que promovieron y promueven las normas de propiedad intelectual en los acuerdos de comercio utilizarán esta vez también todas las vías posibles para mantener la vigencia de las normas que necesitan: actuarán en diferentes foros, en negociaciones multilaterales y bilaterales, aplicarán estrategias a largo, mediano y corto plazo, emplearán artimañas legales o no, presiones diplomáticas, chantajes, amenazas, intentarán mover la opinión pública jugando con el lenguaje y con sus fuertes campañas mediáticas. Aprovechando la falta de preparación para tales contiendas de los más excluidos, intentarán seguir desarrollando las discusiones sobre la base de presupuestos legales del pensamiento hegemónico sin permitir que estos se sometan a análisis, aún cuando hayan demostrado su ineficacia. Para imaginar el peligro hay que darse cuenta que defender la di-

²³ Ídem.

versidad cultural y cuestionarse el régimen de propiedad intelectual en el mundo de hoy, es ir en contra de las grandes transnacionales de la industria del entretenimiento, del audiovisual, la música, la industria editorial y del software.

La experiencia de los escollos surgidos en la aplicación de la Convención la Diversidad Biológica debe ser tenida en cuenta para evitar que la historia se repita. Si analizamos la Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales y los contenidos del Acuerdo sobre los ADPIC y de los apartados de propiedad intelectual de los otros acuerdos de libre comercio, podemos prever estos conflictos. Queda, entonces, un largo camino por delante. La realidad y nuestra capacidad de movilización dirán luego hasta dónde podremos avanzar en defensa de la supervivencia espiritual de la humanidad.

POSICIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS

Ya vimos cómo anualmente el Representante de Comercio de los EE.UU. redacta cada año el denominado "Informe Especial 301" en el que se evalúa y clasifica, a la vez que se advierte y presiona, a los países en función de la protección que brinda a la Propiedad intelectual y cómo estos informes se han convertido en instrumento de burdo chantaje e injerencismo respecto a los países deudores y dependientes del Tercer Mundo.

El 5 de octubre, según un reporte de EFE, la ministra de Educación de EE.UU., Margaret Spellings, expresó en el debate de política general que se celebró durante la XXXIII Conferencia General de la UNESCO, su temor a que la Convención sobre la protección y promoción de la Diversidad Cultural pueda alterar el proceso de liberalización comercial internacional emprendido en los últimos años y aprovechó para evidenciar las fuertes discrepancias de su país respecto al proyecto de normativa: "Apreciamos la diversidad cultural, pero esa Conven

ción puede socavar décadas de esfuerzo para la liberalización del comercio. Lo que está en juego es fundamental".²⁴

Es sumamente alarmante tal planteamiento si tenemos en cuenta que se trata, no de un ministro de comercio presente en las negociaciones de la OMC, cuya posición pudiera ser previsible, sino de la responsable de la política educativa del país.

La ministra estadounidense mostró su respaldo al principio que defiende la UNESCO de libre circulación de ideas a través de la palabra y de la imagen; pero puntualizó que "el texto de la Convención lo amenaza. Hay que trabajar juntos para cambiarlo y mejorarlo".²⁵

Por otra parte la Secretaria de Estado de los Estados Unidos, Condoleeza Rice, en carta fechada el 5 de octubre a los Ministros de Asuntos Exteriores de los países miembros de la UNESCO, expresa la posición oficial de su país.

La adopción de esta convención podría enfriar las negociaciones que se están realizando en la OMC. Por estas razones, la convención se presta al abuso por parte de los enemigos de la democracia y el libre comercio [...] Los Estados Unidos están redactando una declaración aclaradora que conservaría el texto del tratado dejando en claro que este no se podría interpretar debidamente en el sentido de que autoriza a los dictadores a prohibir la corriente de información o a las industrias a imponer medidas proteccionistas con el pretexto de proteger la cultura.²⁶

Resulta irónico, realmente, que los funcionarios de los Estados Unidos se permitan hablar de la libre circulación de las ideas cuando se sostienen sobre la más implacable ma-

²⁴ www.terra.com/noticias/articulo/html/act/241575.html.

²⁵ Ídem.

²⁶ http://www.amb-usa.fr/USUNESCO/texts/CD_RiceLetter_Spanish.pdf.

quinaria mediática del pensamiento único. Y luego concluye Rice con una clara amenaza:

Los Estados Unidos se reincorporaron a la UNESCO con la intención de participar activamente en ella y de contribuir a la labor importante de la organización en los campos de la educación, la ciencia y la preservación cultural. No queremos cambiar eso, pero esta convención amenaza el apoyo a la UNESCO en los Estados Unidos. Le instamos vivamente a participar y trabajar con nosotros para asegurar que la convención no deshaga toda la buena labor que juntos hemos realizado en la UNESCO.²⁷

Con la aprobación en la Comisión de Cultura de la Asamblea General, EE.UU. dijo sentirse defraudado. En el debate intervinieron cerca de 90 países en defensa del proyecto que fue finalmente aprobado.

²⁷ Ídem.

Capítulo 7

DERECHO DE AUTOR Y DERECHO DE LA CULTURA

Los antecedentes de los estudios jurídicos relacionados con la cultura se remontan al Derecho francés, que reguló el depósito legal por primera vez en 1534, y que legisló sobre las bellas artes y el patrimonio histórico en el siglo xvii. El mayor desarrollo de las bases del derecho cultural lo encontramos en los siglos xix y xx y abarca, en lo fundamental, tres pilares:

- La legislación del patrimonio cultural y de los centros de depósito cultural (museos, archivos y bibliotecas).
- El derecho de las industrias culturales (con sus orígenes en las regulaciones de imprenta).
- El derecho de autor (aún cuando permanezca como parte de los llamados derechos de propiedad intelectual).

Se afirma que fue en nuestro continente, en la Constitución mexicana de 1917, donde se utilizó por primera vez el concepto de cultura en un texto de este rango. Luego aparecería en otros en el último cuarto del siglo xx. La inclusión de los derechos culturales en las Constituciones implicó un salto cualitativo en el tratamiento jurídico del hecho cultural: demostró un especial interés político en su protección.

Hasta hace muy poco los asuntos culturales habían sido tratados por distintas ramas del derecho por separado. El jurista o legislador no especializado se enfrentaba así con par-

particularidades muy propias que dificultaban la comprensión necesaria en los procesos de regulación y aplicación de la ley. Hoy en día podemos hablar del nacimiento de un “Derecho de la cultura” como especialidad que enfoca el hecho cultural desde una perspectiva integral y tiene como misión hacer valer, a través de reglas, principios y valores jurídicos, las aspiraciones de la sociedad en relación con la cultura, articulando el reconocimiento y la protección, entre otros, de tres asuntos sumamente importantes: la identidad cultural, el derecho a la diversidad y el del acceso de todos a la cultura.

Se ha bautizado como “constitucionalismo cultural” a la evolución actual hacia la inserción en los textos constitucionales de normas referidas no solo al reconocimiento de derechos de expresión, o de propiedad intelectual u otros, sino títulos y capítulos especiales dedicados a la cultura, al patrimonio cultural, artístico, histórico y arqueológico, a los medios de comunicación, a la preservación del patrimonio lingüístico nacional y de las minorías culturales como derechos humanos fundamentales. También se hace referencia a los derechos culturales de personas y comunidades, de acuerdo con valores y costumbres propios, a la obligación de los poderes públicos de fomentar y difundir la cultura nacional, a las funciones específicas de la política cultural del Estado, a la protección de las culturas y conocimientos tradicionales, a la producción y comercialización de artesanías, las industrias culturales, los beneficios fiscales a favor del desarrollo cultural, el funcionamiento de bibliotecas y centros culturales, la libertad de la creación artística, la enseñanza artística, la condición laboral de los creadores, y otras normas y principios de naturaleza similar.¹

¹ Edwin R. Harvey, *Derecho cultural latinoamericano y caribeño. Caribe habla inglesa, América Latina y Suriname*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1994; donde realiza un estudio comparado de 11 países de la región, miembros de la Organización de Estados Americanos.

Resulta un error muy común considerar de manera sobredimensionada el derecho de autor, entendiéndolo como el conjunto de normas destinado a proteger la creación. Si lo comparamos con otros regímenes legales necesarios que podrían en buena medida fomentar el desarrollo y la protección de la creación artística que está ajena a los grandes circuitos del mercado, las tendencias actuales evidencian un desproporcionado aumento de la protección por concepto de derecho de autor —ya hemos analizado algunas de sus causas. Si revisamos los diferentes objetos de protección dentro del llamado derecho de la cultura, advertimos una multiplicidad de vías no explotadas o que han sido dejadas a un lado por los efectos de los modelos neoliberales y por su imposición global.

Igualmente, en el marco internacional se han promulgado diferentes instrumentos normativos sobre la esfera de la cultura bajo las fórmulas de Convenciones, Acuerdos, Recomendaciones y Declaraciones propiciados por la UNESCO, sin que en gran parte de los casos hayan una rigurosa observancia e implementación en el plano normativo nacional, algo que sí ha sucedido en el derecho de autor por las presiones e intereses involucrados.

Ejemplos de los temas objeto de estas normativas son la salvaguarda de la cultura tradicional y popular, la condición del artista, la protección y conservación de las imágenes en movimiento, la protección de los diferentes tipos de bienes culturales, la de los conjuntos históricos o tradicionales, la de la participación y la contribución de las masas populares en la vida cultural, el intercambio internacional de bienes culturales, la protección jurídica de los traductores y las traducciones, la conservación de los bienes culturales que la ejecución de obras públicas o privadas pueda poner en peligro, la protección de la belleza y el carácter de los lugares y paisajes, la necesidad de hacer los museos accesibles a todos y los principios internacionales que deberían aplicarse a las excavaciones arqueológicas. También han sido incluidos en otros instrumentos normativos los principios fundamentales

relativos a la contribución de los medios de comunicación de masas, al fortalecimiento de la paz y la comprensión internacional, a la promoción de los derechos humanos y a la lucha contra el racismo, el apartheid y la incitación a la guerra, los principios rectores del empleo de las transmisiones por satélite para la libre circulación de la información, la difusión de la educación y la intensificación de los intercambios culturales, la cooperación cultural internacional, entre otros aspectos.

Como vemos, existe sin dudas un desbalance. A nuestro juicio, es necesario el desarrollo de normas del Derecho de la cultura que puedan ayudar al equilibrio y apoyar, además, al propio equilibrio interno que requiere el Derecho de autor.

Aún cuando las tradiciones anglosajona y latina conciben los derechos de autor de forma distinta, en textos normativos y tratados internacionales se reconocen, en el contenido del Derecho de autor dos cualidades u objetivos:

- (a) la protección del autor como creador de una obra intelectual concreta;
- (b) la protección a todos los seres humanos como "consumidores" a los que se le debe garantizar el acceso a los resultados creativos.

Este doble contenido está definido en la Declaración Universal de Derechos Humanos cuando, en su Artículo 27 establece, en primer lugar, que:

1. 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.

Y en segundo:

2. 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.²

Al límite en el ejercicio de estos derechos, o sea, entre el derecho que ostenta el autor y el derecho de terceros sobre su obra, se le ha denominado el “límite cultural del derecho de autor”. Dicha frontera, como hemos visto, está francamente desplazada a favor, ya no del autor, sino de otros titulares, en detrimento de los derechos de acceso de la sociedad.

La responsabilidad de que todos las personas accedan a los resultados de la creación, está íntimamente relacionada con la creación misma. Ante todo, cada ciudadano debe contar con un espacio para el ejercicio de su libertad de creación, o lo que es lo mismo, debe tener la posibilidad de acceder al conocimiento e interactuar con la riqueza cultural preexistente. Este espacio de protección previo a la creación, lleva implícito como precedente el reconocimiento y la posibilidad del ejercicio efectivo de otros derechos humanos, tales como el derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, etc. Tal aspecto, aunque parezca apartarse del tema en cuestión, es de suma importancia en tanto nos lleva a no sobrevalorar el valor del factor tecnológico, error muy común en nuestros días.

El reconocimiento de este ámbito de la libertad humana debería estar garantizado mediante el acceso gratuito a la educación y la elevación de la capacidad de apreciación de las artes. Al ciudadano deben brindársele oportunidades para manifestarse, para acceder a la enseñanza especializada y a otras opciones culturales que le permitan enriquecer su espiritualidad y desarrollar su talento. Estos derechos constituyen realmente la base del fomento de la protección a la creación y a los autores.

² “Declaración Universal de Derechos Humanos”, en <http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.html>, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, París, 10 de diciembre, 1948.

Se pagan enormes sumas como retribución por conceptos de derechos de autor a una minoría que ha creado obras de aceptación comercial; sin embargo, no se ofrecen a las mayorías las condiciones mínimas para que desarrollen sus potencialidades creativas.

Tras una aparente defensa de los derechos de los autores, y aún invocando su reconocimiento como derecho humano, los intereses empresariales promueven la implementación de medidas de todo tipo que dificultan el acceso a los conocimientos y a la cultura, a la vez que anula la posibilidad de difusión de obras y géneros de baja aceptación comercial o que quedan fuera del mercado. Estos empresarios son los titulares de los derechos de autor; los obtuvieron pagando sumas ridículas y sometiendo a los auténticos creadores a contratos injustos en los que el mercado tiene siempre la última palabra.

Se trata de proteger realmente al autor y a la sociedad frente a intereses mercantiles que mutilan a la cultura y al propio derecho de autor, alejándolo cada vez más de la posible, necesaria y efectiva protección. El acceso a las obras no puede depender únicamente de la capacidad de pago, ni la protección puede basarse únicamente en la capacidad y posibilidad de generar ingresos. Se trata del equilibrio, y la obligación de garantizarlo es responsabilidad pública.

Desde que se comenzó a discutir el proyecto de la entonces llamada Convención sobre la Protección de la Diversidad de los Contenidos Culturales y las Expresiones Artísticas, la Red Internacional para la Diversidad Cultural sugirió algunas propuestas para contribuir a que este documento normativo fuera realmente efectivo.³

³ "Consideraciones de la Red Internacional para la Diversidad Cultural sobre el Anteproyecto de Convención sobre la Protección de la Diversidad de los Contenidos Culturales y las Expresiones Artísticas", 8 de noviembre, 2004, en www.incd.net.

Uno de los principales logros de la Convención ya adoptada es lo enunciado en su Artículo 1, incisos g y h cuando proclama como uno de los objetivos de la misma:

- g) reconocer la índole específica de las actividades y los bienes y servicios culturales en su calidad de portadores de identidad, valores y significado;
- h) reiterar los derechos soberanos de los Estados a conservar, adoptar y aplicar las políticas y medidas que estimen necesarias para proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales en sus respectivos territorios;

También de suma importancia es el reconocimiento de que el término “protección” no implica necesariamente apropiación, cuando define en su artículo 4 que protección es la “adopción de medidas encaminadas a la preservación, salvaguardia y enriquecimiento de la diversidad de las expresiones culturales”. Tal definición ayuda a comprender que solo mediante sistemas de monopolios exclusivos no logrará la diversidad cultural la protección que necesita.

A nuestro juicio, de gran relevancia era también el contenido del Anexo 2 del último Anteproyecto⁴ que desarrollaba este enunciado, reconociendo explícitamente la amplia gama de herramientas que existen a disposición de los gobiernos para la aplicación de políticas culturales y que pueden ser utilizadas para promover la diversidad cultural.

Esta parte curiosamente no aparece ya en el texto de la Convención aprobada y según las crónicas de su discusión, el Presidente, en la discusión de marzo del 2005, recomendó a la Asamblea de Expertos excluirlas del texto definitivo.

⁴ Informe Preliminar del Director General junto con dos Anteproyectos de Convención sobre la Protección de la Diversidad de los Contenidos Culturales y las Expresiones Artísticas, CLT/CPD/2005/CONF.203/6, París, 3 de marzo, 2005.

Anexo 2 - Lista no exhaustiva de políticas culturales

1. La finalidad de las políticas culturales es en particular:

reforzar el desarrollo integrando las estrategias culturales en las políticas de desarrollo socioeconómico: políticas intersectoriales y programas de desarrollo regional;

apoyar la creatividad y promover la participación en la vida cultural: políticas culturales urbanas; políticas que responden a las necesidades y expectativas de los jóvenes y los mayores;

conservar y proteger el patrimonio cultural material e inmaterial: políticas para reconocer nuevas categorías de patrimonio como el paisaje cultural, el patrimonio industrial o el turismo; políticas para efectuar inventarios y grabaciones de tradiciones orales y de artes tradicionales del espectáculo, y mejorar las estrategias científicas de conservación; políticas para proteger conjuntos arquitectónicos y paisajes de importancia cultural en los planes de ordenación urbanos y regionales;

promover el pluralismo, la diversidad cultural y lingüística en y para la sociedad de la información: políticas para mejorar el pluralismo de los media y para promover en la radio y televisión públicas y también en la red mundial servicios comunitarios, lingüísticos y para las minorías; políticas para informatizar archivos, museos y bibliotecas y facilitar el acceso a sus contenidos; políticas para educar y capacitar a los niños en el uso de las nuevas tecnologías multimedia; políticas para el fomento de la investigación sobre la relación entre la cultura y su difusión en los media y por conducto de los nuevos servicios de comunicación; políticas para la promoción de los contenidos culturales en la educación formal y no formal y el aprendizaje de lenguas maternas y extranjeras (véase el Artículo 5 de la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural);

promover la cultura entre los jóvenes: políticas para reforzar y hacer cumplir los derechos del niño y de los grupos vulnerables con necesidades educativas y culturales especiales; políticas para alentar a la joven generación a que aprecie la diversidad existente de contenidos y formas de expresión cultural, incluidas las expresiones de las comunidades o los pueblos a los que pertenecen;

fortalecer las industrias culturales: políticas para formular planes de formación para especialistas nacionales, administradores y responsables culturales; políticas de asistencia a diseñadores y artesanos, protegiendo y mejorando los derechos de los creadores;

reforzar y apoyar los media nuevos y tradicionales: políticas para apoyar la producción y distribución locales o nacionales; políticas para crear sistemas de financiación innovadores y fomentar la complementariedad entre las iniciativas públicas y las privadas; políticas para apoyar el acceso a las nuevas tecnologías;

mejorar la cooperación internacional y la investigación para las políticas culturales: políticas para apoyar a los países en desarrollo para que consoliden sus instituciones culturales y capaciten a profesionales de la cultura; políticas para alentar el desarrollo de la sociedad civil y de las redes profesionales y de investigación; intensificar la consulta y coordinación entre ministerios de cultura en los planos regional e internacional; políticas para elaborar datos e indicadores estadísticos comparables; y

movilizar más recursos humanos y financieros para el desarrollo cultural: políticas para aumentar las inversiones en desarrollo cultural; elaborar marcos fiscales para actividades culturales; políticas para alentar a las empresas a que apoyen el desarrollo cultural; políticas para fomentar las donaciones públicas y la creación de proyectos generadores de ingresos por parte de las instituciones culturales.

2. Para lograr tales objetivos, las políticas culturales deben abarcar, entre otros, los siguientes ámbitos:

Derecho, administración, finanzas: legislación en el ámbito de la cultura; financiación de la cultura; mejoramiento de las condiciones socioeconómicas de los que trabajan en el ámbito de la cultura; elaboración de un marco para las fundaciones y reglamentación de las exenciones fiscales; derecho de autor; planes de pensiones para artistas y trabajadores por cuenta propia; impuestos para artistas nacionales e internacionales; capacitación para la administración cultural; participación de comunidades, grupos y minorías étnicas en la cultura; descentralización cultural.

Educación artística: educación cultural y artística; apoyo a jóvenes artistas; educación cultural para niños, jóvenes y adultos en la escuela y fuera de ella.

Relaciones e intercambios culturales: relaciones internacionales en el ámbito de la cultura; funcionamiento de las instituciones culturales en el extranjero; intercambio entre grupos y comunidades dentro de los Estados.

Patrimonio cultural: patrimonio cultural y natural (material e inmaterial); participación de las comunidades en la conservación del patrimonio; tecnología de la información para preservar y sostener el patrimonio cultural; museos; archivos.

Bellas artes: música; artes visuales; teatro; escultura y pintura.

Artes tradicionales y artesanía: artes tradicionales; artesanía; cestería; tejido; cerámica; literatura oral; tradiciones sociales y culturales (expresiones orales, literatura oral, canciones, danzas, otras artes tradicionales del espectáculo); fomento de la cultura inmaterial; reconocimiento y recompensas a los tesoros nacionales vivos.

Artes aplicadas: arquitectura; diseño.

Libros: bibliotecas, políticas relativas al libro; editoriales; lectura pública.

Media e industrias culturales: televisión; radio; medios de comunicación de masas; cine; multimedia y proyectos de redes; industrias artísticas y culturales (industria cinematográfica, libros, industria musical, publicación en línea y tradicional); juegos, animación; mejoramiento del equipo técnico de la esfera cultural; establecimiento de bancos de información y ampliación de la esfera de la comunicación; acceso de grupos étnicos minoritarios a los media electrónicos y la radiotelevisión.

Actividades recreativas y deportivas comunitarias: cultura de aficionados; cultura comunitaria; centros culturales; turismo cultural, deporte y juventud; actividades recreativas.

Valores: fomento de una conciencia ecológica y construcción de una ciudadanía pluralista; valores y creencias; idiomas como vectores de valores culturales.

Investigación: conocimientos creativos; investigación sobre materiales contemporáneos; investigación cultural.

Es importante destacar que en la discusión de la Convención se constató la existencia de algunas formas de expresiones culturales que han desempeñado un papel importante en los intercambios mundiales, mientras que otras tienen muchas dificultades para sobrevivir o manifestarse. Asimismo se destacaron los puntos fuertes y las carencias del mercado y señalaron que estas carencias ponían de manifiesto que, en determinados contextos de vulnerabilidad, “pudiese parecer necesario” intervenir para preservar la diversidad de las expresiones culturales. Esta expresión, si bien matizada y algo edulcorada, no deja de reconocer que se requiere de acciones conscientes y positivas dirigidas al logro del equilibrio necesario.

Capítulo 8

CONSECUENCIAS SOCIALES DEL RÉGIMEN ACTUAL DE DERECHOS DE AUTOR

La mayor parte de los análisis jurídicos que se divulgan sobre los retos del derecho de autor en la sociedad actual, aún se mantiene al margen de consideraciones éticas y de las consecuencias para la cultura y para la sociedad de las actuales tendencias restrictivas. Todo el énfasis se pone en cómo debe adecuarse la legislación a las nuevas formas de utilización de las obras, cómo la tecnología debe proveer de recursos tales como el encriptado, tatuado, filigranas y codificaciones de todo tipo para impedir los usos no autorizados y detectar la violación de las cada vez más rígidas normas. También, por supuesto, se discute en especial lo relacionado con los delitos y con las sanciones que deben imponerse a quienes intentan violar la ley o burlar las medidas tecnológicas de protección de los contenidos.

Esta situación es comprensible. Lograr un acceso razonable y legítimo a los materiales protegidos por el derecho de autor es un interés público: la sociedad resulta un cliente poco atractivo para abogados especializados y defensores profesionales. No se publica abundante y costosa bibliografía; se convoca a escasos foros; no se ofrecen becas de estudio, e incluso algunos sitios de Internet relacionados con estos temas son catalogados como "inseguros" a los efectos de la navegación.

Valdría la pena citar algunas reflexiones que realiza Ignacio Ramonet acerca del tema:

En múltiples campos Estados Unidos se las arregló para obtener el control del vocabulario, de los conceptos y del sentido; obliga a enunciar los problemas que crea con las palabras que propone; proporciona los códigos que permiten descifrar los enigmas que ella misma impone, y dispone para ello de gran cantidad de instituciones de investigación y de tanques pensantes (**think tanks**) con los que colaboran miles de analistas y expertos. Estos producen información sobre cuestiones jurídicas, sociales y económicas desde una perspectiva favorable a las tesis neoliberales, a la globalización y a los medios de negocios. Sus trabajos generosamente financiados, se difunden y divulgan a escala mundial.

Los principales fabricantes de esta propaganda secreta [...] no escatiman en invitar masivamente a sus seminarios y debates a periodistas, profesores, funcionarios, dirigentes, víctimas conscientes de esta persuasión clandestina que luego divulgarán por todas partes.

Apoyándose en el poder de la información, del saber y de las tecnologías, los Estados Unidos divulgan la 'buena palabra'; de esta forma establecen con la complicidad pasiva de los dominados lo que se podría llamar una opresión afable o un delicioso despotismo; sobre todo cuando ese dulce poder va acompañado del control de las industrias culturales y de la dominación de nuestro imaginario.¹

El mecanismo descrito por Ramonet actúa en las diferentes ramas del saber, fundamentalmente en las ciencias sociales. El derecho, no obstante su hondo sentido clasista, suele también vestirse de un ropaje altamente especializado que es legitimado por prestigiosas universidades y academias de los Estados Unidos y Europa, invadiendo, como es natural, a

¹ Ignacio Ramonet, **Propagandas silenciosas**, Instituto Cubano del Libro, La Habana, 2001, pp. 21 y 22.

instituciones latinoamericanas que siguen mirando al Norte en busca de referentes teóricos “de avanzada”.

No hay ningún país o región en el mundo que pueda considerarse generador universal del Derecho y, por tanto, que señale el rumbo de las tendencias “modernas” en la materia. No estamos hablando de una rama del saber que implique un estado de la ciencia o de la técnica sometido a constante superación. Todo lo nuevo en derecho no es un adelanto, ni expresa siempre valores reconocidos socialmente como superiores: basta que exista un interés de los grupos económicos dominantes y se desata el mecanismo que ya hemos analizado, que puede desembocar en la adopción de legislaciones retrógradas y contrarias a los valores más altos. Recuérdese el caso Sony Bono.

En un artículo titulado “Globalización, ¿cultura y desarrollo?”, su autor, Osvaldo Martínez, nos recuerda:

estamos tocando con las manos a la globalización neoliberal en sus dos capacidades: una enorme capacidad para crear desigualdad, polarización social, para convertir el bienestar en exclusiva propiedad de una élite y también su capacidad para racionalizar su exclusión, convertirla en categorías mentales, difundirla mediante el gran monopolio de los medios, incrustar las ideas en las mentes de las víctimas y hacer que piensen en los mismos términos que los victimarios, lo cual asegura que la dominación ha llegado a su escalón superior.²

Resulta imprescindible discutir en este momento los temas del Derecho de autor desde una perspectiva ética. Una vez más, como tantas otras veces a lo largo de la historia, los principios han sido tergiversados y estamos obligados de nuevo a retomarlos, reanalizarlos y situar en el centro a la cultura,

² Osvaldo Martínez, “Globalización, ¿Cultura y desarrollo?”, en *El Caimán Barbudo*, no. 305, p. 2.

la sociedad y el sentido de la justicia. Los creadores más conscientes empiezan a comprender que la defensa de su obra no radica siempre en las normas que restringen, prohíben y multan: se les va haciendo evidente que no resulta lógico que la tecnología aporte modos de difundir y comunicarse y tenga luego que ponerse en función de impedirlo.

En un mensaje en ocasión del Día Mundial de la Propiedad Intelectual (26 de abril), el ministro brasileño de cultura, Gilberto Gil, señala cómo las tendencias actuales refuerzan los llamados derechos exclusivos, que inicialmente eran una prerrogativa solo de los autores, pero que han sido extendidos progresivamente a los titulares de derechos conexos. También subraya cómo, bajo el manto de las legislaciones de propiedad intelectual, se extienden los derechos exclusivos a estos sujetos no creativos cuando, al fin y cabo, lo que se pretende es proteger "inversiones substanciales". Gil afirma que estar seguro de que existen otros mecanismos más adecuados para este tipo de protección, diferentes al otorgamiento de derechos exclusivos por el sistema de la propiedad intelectual: él, de hecho, los ha asumido; pues ha utilizado como autor licencias copyleft en la difusión de algunas de sus obras.

Lessig se pregunta cómo el mundo ha sido capaz de aceptar acríticamente la idea de la propiedad de la cultura sin cuestionar cuándo el control de esa propiedad elimina la capacidad, como pueblo, de desarrollarla democráticamente. "La ceguera se convierte en nuestro sentido común" y el reto consiste en reclamar el derecho a cultivar la cultura y "hallar un modo de hacer que este sentido común abra los ojos". "Llevan a cabo una guerra frenética para luchar contra la 'piratería' y asolan una cultura que está a favor de la creatividad. Defienden la idea de 'propiedad creativa' mientras que transforman creadores reales en modernos aparceros, sometidos feudalmente a los verdaderos dueños de las tierras que trabajan".³

³ Lawrence Lessig, ob. cit.

La pregunta principal sería entonces: ¿estimula la creatividad y protege la creación el sistema actual de derecho de autor?

Sin dudas, no. Lamentablemente, beneficia sobre todo a la creación que responde a las exigencias de un mercado monopolizado. Se trata, en su gran mayoría, de productos culturales que poco o nada tienen que ver con referentes de trascendencia. Al propio tiempo, arruina el dominio público y hace depender el acceso a las obras creativas y del conocimiento a la capacidad de pago del individuo. En resumen, beneficia a intermediarios e inversionistas. Los autores son víctimas de este sistema desequilibrado que dice protegerlos y trata de utilizarlos para perpetuarse.

En estos tiempos en los que la cultura, el conocimiento y la información pueden ser enviados en un instante de un extremo a otro del planeta; en los que las herramientas tecnológicas permiten a cualquiera manipular una obra, transformarla, integrarla, y crear sobre lo que otros ya han logrado; en una época donde cada cual puede participar en la creatividad colectiva como usuario-creador, los propietarios de la cultura —pocas veces creadores— intentan clausurar ese espacio tan fecundo únicamente a favor del beneficio económico.

No obstante, existen organizaciones y otros actores de la sociedad que sí han asumido el análisis de dichas posiciones y de las consecuencias sociales de tales tendencias. En este lado se levantan el reclamo del sector de las bibliotecas, de los estudiosos de los procesos culturales y de los representantes de movimientos sociales; pero la mayoría de las veces estas posiciones son silenciadas o ignoradas por los grandes medios.

Nuevos puntos de vista sobre propiedad intelectual invaden en forma creciente algunos espacios. Internet ha sido y es un espacio ideal para esta discusión; su aparición es precisamente lo que ha catalizado y puesto a punto la aparición de las contradicciones fundamentales.

En "Copyright y maremoto", el colectivo Wu Ming⁴ expresa:

Este proceso está cambiando el aspecto de la industria cultural mundial, pero no se limita a ello. Los 'piratas' debilitan al enemigo y amplían los márgenes de maniobra de las corrientes más políticas del movimiento: nos referimos a los que producen y difunden el 'software libre' (programas 'de fuente abierta' libremente modificables por los usuarios), a los que quieren extender a cada vez más sectores de la cultura las licencias 'copyleft' (que permiten la reproducción y distribución de las obras a condición de que queden 'abiertas'), a los que quieren hacer de 'dominio público' fármacos indispensables para la salud, a quien rechaza la apropiación, el registro y la frankensteinización de especies vegetales y secuencias genéticas, etc.

[...]

el movimiento real se orienta a superar toda la legislación sobre la propiedad intelectual y a reescribirla desde el principio. Ya se han puesto las piedras angulares sobre las que reedificar un verdadero 'derecho de los autores', que realmente tenga en cuenta cómo funciona la creación, es decir por osmosis, conmixión, contagio, 'plagio'.⁵

La Federación Internacional de Asociaciones de Bibliotecarios y Bibliotecas, por ejemplo, emitió en el año 2000 un documento titulado "La posición de la IFLA sobre el derecho de autor en el entorno digital", donde expresa su posición

⁴ Los cuatro boloñeses que integran el colectivo de escritores-activistas Wu Ming (que en chino significa *sin nombre*) pertenecieron al núcleo fundador de quienes promovieron el nombre múltiple "Luther Blissett" para firmar acciones de guerrilla de la comunicación y sabotaje cultural.

⁵ Wu Ming, ob. cit.

ante la protección de los derechos de autor y cómo se manifiesta el problema en el entorno digital:

Las bibliotecas y los profesionales de la información promueven el respeto del derecho de autor [...] Las bibliotecas han admitido desde hace tiempo que deben desempeñar una función de información e instrucción de los usuarios acerca de la importancia de la legislación sobre el derecho de autor y en el estímulo de su cumplimiento [...] Sin embargo, la IFLA sostiene que la protección excesiva del derecho de autor podría amenazar las tradiciones democráticas y repercutir en los principios de la justicia social restringiendo exageradamente el acceso a la información y a los conocimientos. Si la protección del derecho de autor es excesivamente rigurosa, la competencia y la innovación se restringen y la creatividad se reprime.⁶

Esta organización advierte además que, si no se mantiene un acceso razonable a las obras protegidas en el entorno digital, se levantará otra barrera que impedirá el acceso a los que no disponen de medios para pagarlas. Se pronuncia igualmente sobre las normas vigentes respecto al cambio de formato del material informativo, lo cual, opinan, no se debería considerar una violación del derecho de autor sino un acceso razonable. Defienden también otras acciones propias del actuar de las bibliotecas tales como el préstamo de materiales digitales publicados en formato físico (por ejemplo, CD-ROM), el préstamo razonable de recursos electrónicos por parte de estas instituciones y del personal de información, la conversión al formato digital para la preservación y la conservación, entre otros aspectos.

⁶ Federación Internacional de Asociaciones de Bibliotecarios y Bibliotecas, ob. cit.

Con respecto a la aplicación de medidas tecnológicas, afirma la IFLA: "Las leyes nacionales sobre el derecho de autor deben tratar de lograr un equilibrio entre los derechos de los titulares del derecho de autor a proteger sus intereses por medios técnicos y los derechos de los usuarios a eludir esas medidas con fines legítimos que no representan una infracción".⁷

En España e Italia se ha movilizado también el sector de las bibliotecas, uniendo su voz a la de todos aquellos que reclaman mayor atención para estas instituciones y una legislación en materia de derecho de autor favorable al funcionamiento y desarrollo de las mismas, oponiéndose a la abolición del préstamo público gratuito.

Un manifiesto que han firmado más de cuatrocientos autores en España, se opone al cobro del canon por el préstamo de sus libros en las bibliotecas. Las opiniones contrarias que dicen defender los derechos de los autores, provienen de personas vinculadas a las asociaciones recaudadoras de derechos, que aspiran a ser intermediarias del cobro de dicho canon.

Los supuestos defensores de los derechos de autor lo reducen todo a su expresión económica, como si lo único que interesara a los creadores fuera el dinero. Los intereses más legítimos del autor abarcan también la necesidad de que su obra se comparta y difunda, de dialogar con otros autores y con sus receptores, al reconocimiento de su comunidad y a formar parte de su patrimonio. Al ejercicio de todos estos derechos, la biblioteca, a la que las personas pueden acceder de forma gratuita, brinda una contribución irremplazable.

Hoy en día puede afirmarse que asistimos a la muerte, o al menos a la agonía, del dominio público, cuando se le privatiza a través de los diferentes mecanismos ya vistos, o cuando se alargan cada vez más los plazos en que las obras permanecen bajo el monopolio exclusivo de sus titulares.

⁷ Ídem.

No debiera dejar de mencionarse, al analizar este problema, el poco desarrollo que ha tenido en los últimos tiempos un régimen legal como el del dominio público pagante, solución aplicada en algunos países latinoamericanos y que llegó a cobrar fuerza como mecanismo para compensar la falta de recursos para el financiamiento de la cultura.

Desde el año 1923, la Subcomisión de Propiedad Intelectual de la antigua Comisión de Cooperación Intelectual de la ex Sociedad de las Naciones —antecedente en lo cultural de la actual UNESCO—, señalaba en una resolución especial que,

es de desear que en todos los países una legislación asegure el derecho de autor en las siguientes condiciones [...] b) después de la extinción del derecho de autor y durante un plazo más o menos largo, el derecho pecuniario se ejercerá por una caja nacional de letras y artes, administrada por escritores y artistas bajo control del Estado y funcionando con fines generales.⁸

Un cuarto de siglo después, la Conferencia de Bruselas, reunida en 1948 para revisar el texto del Convenio de Berna, se manifestó en este mismo sentido, al igual que hiciera en 1952 en Ginebra, la Convención Universal de Derechos de Autor.

En fecha tan temprana como 1937, la República Oriental del Uruguay sentó al respecto el antecedente jurídico en América Latina; luego lo harían, entre otros, Argentina, en 1958; Brasil, de 1973 a 1983; Chile, de 1970 a 1992 y Bolivia, en 1992.⁹ También países de otras latitudes como Argelia, Benin, Burkina Faso, Camerún, Congo, Costa de Marfil, las

⁸ Edwin R. Harvey, *ob. cit.*, p. 309.

⁹ Según datos incluidos en el estudio de Edwin R. Harvey, *ob. cit.*, pp. 309-326.

antiguas Checoslovaquia y Yugoslavia, Guinea, Hungría, Italia, Mali, Santa Sede, y Senegal.¹⁰ Incluso, la Ley Tipo de Túnez, de 1976, sobre el Derecho de autor para los países en desarrollo, señala en su artículo 17, la aplicación de este régimen y la utilización de las recaudaciones en el fomento de las instituciones que beneficien a los creadores y a proteger y difundir el folclore nacional. En 1978, la Conferencia Intergubernamental sobre políticas culturales en América Latina y el Caribe, convocada por la UNESCO, recomendó a los Estados de América Latina y del Caribe poner en vigor el régimen de dominio público pagante con destino al fomento de las artes y las letras.

Las bibliotecas y los profesionales de la información promueven y el Caribe, convocada por la UNESCO, recomendó a los Estados de América Latina y del Caribe poner en vigor el régimen de dominio público pagante con destino al fomento de las artes y las letras.

Sin dudas, este reconocimiento legislativo en América Latina y las recomendaciones realizadas en diferentes foros, respondió —como refiere Harvey— a una concepción jurídico-política, o sea, de política cultural, centrada más en los modernos postulados del derecho de la cultura y en las exigencias del proceso de desarrollo cultural de la comunidad, que en las estrictas y ortodoxas preocupaciones del derecho de autor.

Varias décadas después, en 1982, según refiere el mismo autor, fue convocado un Comité de Expertos por parte de la UNESCO y la OMPI en el cual no se aportó la experiencia argentina. Para Harvey, “el sistema más completo con el que se aplica este mecanismo institucional legítimo de financiamiento permanente de la cultura y las artes en la región”,¹¹ y en donde las respuestas de los países y los análisis realizados

¹⁰ Según refiere Delia Lipszyc, ob. cit., p. 265.

¹¹ Edwin R. Harvey, ob. cit., p. 310.

no aportaron elementos suficientes. A juicio del autor este debate debería haberse reiniciado.

Pasados algunos años de estas reflexiones, valdría la pena añadir una pregunta: ¿por qué murieron estos intentos?

Según Delia Lipszyc, los adversarios del sistema de dominio público pagante señalan que la obligación de pagar por el uso de las obras, una vez extinguidos los derechos patrimoniales del autor, obstruye, o al menos dificulta, la creación de obras literarias, musicales y artísticas, pues la encarece, y que, a través de este sistema, puede el Estado censurar de forma encubierta al establecerse una autorización previa para el uso de las obras. Es cierto que el pagar por el uso de las obras dificulta la creación artística, pero ¿acaso no se logra lo mismo cuando se extienden una y otra vez los plazos del derecho de autor hasta hacerse interminables sin que las artes y la creación se beneficien colectivamente? Parece ser que la arbitraria y constante extensión de los plazos del monopolio exclusivo no han dejado lugar a analizar siquiera los beneficios de esta institución y la ahogaron sin derecho a la defensa.

En el momento en el que nos encontramos, cuando el control monopólico del mercado obstaculiza, censura e interfiere la libre creación y la circulación de sus resultados, valdría la pena retomar tales ideas como alternativas para el financiamiento de acciones para la preservación del patrimonio y el desarrollo de políticas culturales que nos permitan sobrevivir como naciones. La fundamentación de que encarece la creación y la libre circulación de las ideas es cierta y demostrarlo es uno de los objetivos fundamentales del presente texto. En este caso sería válido retomarla a fin de proponer y fomentar la disminución de los plazos del monopolio exclusivo por parte de los titulares de derechos de autor y su sustitución, en parte, por un período también determinado, de un dominio público pagante que posibilite o facilite a los Estados de los países subdesarrollados la adopción de algunas medidas que hoy en día le son negadas por razones econó

micas. En vez de 70 o más años después de la muerte del autor, como es la tendencia actual aplicada en la Unión Europea, y que el ALCA propone asumir para los países latinoamericanos, bien pudiera quedar en 20 años para los causahabientes y 20 en dominio público pagante, con lo que la sociedad ganaría 50 años a su favor; de ellos 20 en los que se estaría a la vez beneficiando económicamente de forma colectiva. Pero esto es solo a modo de ejemplo y no es el resultado del debido análisis de la experiencia acumulada y la duración necesaria; lo cual, queda por hacer. En todo caso, sería muy útil poder reabrir este debate, no con el objetivo de convertir en oneroso un dominio público gratuito, sino de transformar en dominio público oneroso una parte del excesivo período de tiempo que permanece la obra bajo el monopolio exclusivo de los titulares y convertirlo en una vía que permita la creación de fondos destinados a compensar las desventajas de los productos y acciones de mayor relevancia cultural que, por esa misma causa, no sobreviven la prueba del mercado como vía de promoción y realización.

Por otra parte, cuando se discute sobre la llamada sociedad de la información y la necesidad de que los países en desarrollo puedan acceder a las tecnologías, la mayor parte de las veces se habla del costo de las infraestructuras de comunicación y hardware, pero pocas veces se tienen en cuenta los costes del software.

El precio del software propietario para un ordenador personal, por ejemplo, oscila entre 400 y 800 euros por PC, una suma totalmente inalcanzable para los países del Tercer Mundo, lo cual los lleva indefectiblemente a la llamada "copia ilegal" o "piratería" que tanto van a combatir luego las transnacionales.

Por ejemplo, un ciudadano de Vietnam, donde la renta per cápita se sitúa en los 2 100 dólares anuales debería dedicar su sueldo entero durante seis meses a poder pagar una licencia de Microsoft Office y Windows XP Professional, por eso el índice de copias ilegales en el país es del 97% y, como

Vietnam, muchos países en vías de desarrollo. Microsoft, para frenar el cambio de sistema de los países en desarrollo a Linux, ha creado una versión de Windows, llamada Starter Edition, por un precio aproximado de 36 dólares. La versión tiene limitaciones y prestaciones recortadas. Otro dato interesante es que en Vietnam se hablan más de 93 lenguas y una gran variedad de dialectos y Microsoft Office solo se encuentra traducido a una de esas lenguas. Su principal competidor, OpenOffice.org, puede ser traducido a cualquier lengua gracias a que se trata de software libre.¹²

Un problema al que ya comienzan a enfrentarse los desarrolladores y usuarios de software libre, así como aquellos que utilizan licencias libres para la distribución de sus creaciones y contenidos, y que habrá que entrar a solucionar, es el de la "expertodependencia". Ya han aparecido los primeros casos de violación de las licencias libres y se carece de medios para defenderlas, porque es evidente que solo las universidades o empresas con capital podrán asumir los costos de un proceso judicial y la contratación de los especialistas en la materia. Es necesario la movilización de juristas de todas partes del mundo alrededor del estudio de estas alternativas aportando, con el mismo espíritu cooperativo que las caracteriza, experiencias e ideas para su desarrollo e implantación, teniendo en cuenta los regímenes hoy vigentes. Es necesario lograr que esta experiencia, que devuelve el sentido de la cooperación, la solidaridad y la ética dentro de la sociedad, no sea absorbida por el poder económico del gran capital que se resiste a admitir la necesidad de la transformación de los rígidos sistemas jurídicos, que ya se constituyen en obstáculo para el desarrollo tecnológico y de la sociedad en general.

El debate en Europa, específicamente en España, respecto al pago de un canon por CDs vírgenes o por equipos repro

¹² Jordi Mas i Hernández, "Software libre: técnicamente viable, económicamente sostenible y socialmente justo", en www.arn.spora.org.

ductores de DVDs, la legalidad en torno al intercambio de ficheros, la llamada piratería y otros temas similares, alcanza niveles escandalosos. Los medios de comunicación, en manos de grandes grupos multimedia, incentivan y difunden las medidas más restrictivas y las políticas más represivas en materia de propiedad intelectual. Los medios alternativos aportan al debate las posiciones más diversas que ocupan un amplio abanico de matices. Asociaciones de usuarios, de consumidores y la sociedad civil, se niegan a aceptar que en virtud de las nuevas normas se conviertan en delincuentes grandes masas de usuarios, en vez de ser la industria quien adapte sus modos de obtener ganancias a otros modelos de negocios que superen los actuales.

Un curioso ensayo de Pedro de las Heras Quirós y Jesús M. González Barahona titulado "Y la información será libre... ¿o no?"¹³ nos muestra en dos escenarios posibles cómo podría ser la sociedad de desarrollarse una u otra de las dos tendencias que advertimos hoy: la privatización extrema de los contenidos y las limitaciones en el uso y distribución de la información; o las tendencias a usar y redistribuir información sin trabas.

¹³ Jesús M. González Barahona y Pedro de las Heras Quirós, "Y la información será libre... ¿o no?", en <http://www.sindominio.net/biblioweb/telematica/infolibre.html>.

Capítulo 9

ALTERNATIVAS

El copyleft surge como una alternativa, una idea revolucionaria que subvierte todo este entramado legal desde dentro, convirtiendo a los usuarios en el centro de la cultura. “Mientras que el copyright se basa en limitar los usos que la sociedad puede hacer de las obras, el principio del copyleft se fundamenta en permitir el máximo uso posible de las obras. Donde el copyright dice ‘prohibido’ el copyleft dice ‘permitido’”.¹

No se divulga mucho sobre el enfrentamiento que hace ya varios años está librándose sobre la base de esa reflexión.

En **Cultura Libre...**, de obligada lectura para los interesados en el tema, el autor narra el proceso que llevó como abogado ante los tribunales para declarar inconstitucional la “Ley de Extensión del plazo del copyright de Sonny Bono”, proceso que no logró ganar. A partir de ese momento, el autor comenzó a desarrollar sus ideas sobre el copyright, cobrando forma la denominada “Ley Eldred”; cuyo objetivo no es otro que propiciar la liberación de contenidos fomentando el enriquecimiento del dominio público en todos aquellos casos en los que el copyright no está siendo ejercido y, por tanto, bloquea la difusión de las obras sin motivo. Pero los intereses monopólicos también se opusieron a esto, dejando claro que

¹ “Copyleft o la liberación de la creatividad colectiva”, en www.disenio.ciberaula.com.

su meta no era simplemente proteger lo que es suyo, sino asegurarse “de que todo lo que hay es suyo”. Ellos, a decir del autor, temen a la competencia del dominio público conectado al público que ahora tiene medios para crear y para compartir su propia creación.

Se están gestando transformaciones importantes, brechas que se van abriendo y que se plantean como objetivo enfrentar el poder de los grandes grupos empresariales internacionales que controlan los medios de comunicación y quieren controlar la información y el conocimiento.

Right, en inglés, significa “derecho”, pero también significa “derecha”. Por el contrario, **left** es la traducción de “izquierda” y al mismo tiempo el participio del verbo **to leave**, que significa “dejar”, “autorizar”, “ofrecer”. Por lo tanto, **copyleft** se contraponen al término **copyright**. Podemos observar que detrás del juego semántico se contraponen dos conceptos acerca de la cultura, el conocimiento, y la información: o son considerados bienes sociales o son mercancías.

El origen de este proceso de liberación se sitúa a principios de los años 80, cuando el norteamericano Richard M. Stallman,² emprende el proyecto GNU.

Con la explosión de la informática, el descenso de los precios y su popularización entre las empresas, aparecieron las primeras compañías de software. Muchas de estas empresas creyeron que si denegaban el acceso de los usuarios al código fuente de las aplicaciones, podrían realmente conseguir una ventaja competitiva. Este fue un punto de inflexión importante que rompió con la llamada ética **hacker**.³

² www.stallman.org.

³ Los hackers, en su sentido original, son aquellos especialistas capaces de encontrar soluciones ingeniosas a problemas complejos. Luego esta palabra se empezó a utilizar para nombrar a los intrusos informáticos que robaban datos o programadores que diseñaban virus, según Richard M. Stallman.

Poco a poco se fue extendiendo el modelo según el cual el software se vendía sin el código fuente y cada vez eran menos las libertades de los usuarios. El primero en defender estas libertades fue Richard Stallman; quien, el 27 de septiembre de 1983, anunció que trabajaba en la implementación de un sistema libre y solicitó la ayuda de todo el mundo que quisiera ofrecer parte de su tiempo, dinero o hardware. En 1984, Stallman creó la Free Software Foundation con el objetivo de crear el sistema UNIX libre GNU y desarrollar el software libre.

El esfuerzo de Stallman y el trabajo posterior, simultáneo y continuado de muchos programadores, permitió que a finales de los años 90 el fenómeno del software libre adquiriera consistencia y fuera considerado con interés por empresas y usuarios.

Toda decisión hecha por una persona proviene de los valores y metas de la persona. La gente puede tener muchas metas y valores; fama, ganancias, amor, sobrevivencia, diversión y libertad, son solo algunas de las metas que una buena persona puede tener. Cuando la meta es ayudar a los demás tanto como a uno mismo, lo llamamos idealismo.

Mi trabajo en el software libre está motivado por una meta idealista: difundir la libertad y la cooperación. Quiero alentar la difusión del software libre, reemplazando el software propietario que prohíbe la cooperación, y así mejorar nuestra sociedad...

[...] si los cínicos ridiculizan la libertad, ridiculizan la comunidad [...] si los 'realistas cara-dura' dicen que las ganancias son el único ideal solo ignórelas y utilice el copyleft de todos modos.⁴

⁴ Richard Stallman, "Copyleft: Idealismo pragmático", en www.gnu.org.

Un gran éxito en este campo es el núcleo de sistema operativo Linux, versión libre de UNIX. Linux, creado en 1991 por una única persona, el joven finlandés Linus Torvalds, representa hoy día un proyecto en el que participan cientos de personas repartidas en todo el mundo. Richard Stallman ha establecido los cimientos jurídicos del programa libre.

El software libre invierte el copyright, o sea, lo usa para decidir que se puede copiar, difundir y modificar la obra, etc. Lo único que no está permitido es prohibir que otro haga lo mismo, es decir, no puede haber apropiación de la obra, no se puede impedir su libre circulación.

Hay que aclarar que la palabra “libre” se refiere a libre disposición y no a que sea gratis, ya que se puede pagar por obtener software GNU. El software libre, en esencia, encierra tres libertades:

- copiar el programa y darlo a tus amigos o compañeros de trabajo;
- cambiar el programa como desees, modificarlo de acuerdo a tus intereses, ya que se tiene acceso completo al código fuente; y
- distribuir una versión mejorada ayudando así a construir la comunidad —si redistribuyes software GNU, puedes cobrar una cuota por el acto físico de efectuar la copia, o bien puedes regalarla.

El proyecto GNU fue concebido en 1983 como una forma de devolver el espíritu cooperativo que prevalecía en la comunidad computacional en sus orígenes, haciendo la cooperación posible al eliminar los obstáculos impuestos por los dueños de software propietario.

Richard Stallman plantea que la filosofía del software libre rechaza una práctica específica de negocio ampliamente difundida, pero no está en lo absoluto contra el negocio. Cuando los negocios respetan la libertad de los usuarios, se les desea un buen éxito. Pueden existir negocios relacionados con

el software libre, como, por ejemplo, servicios de asistencia, entre otros.

Stallman viaja, concede entrevistas, imparte conferencias. Una de sus conferencias más conocidas es la ofrecida en la Universidad de Burdeos, que ha aparecido bajo el título "El copyright contra la comunidad en la era de las redes de ordenadores", en la cual expone sus criterios acerca del copyright y su significado en el mundo de hoy. También tiene otros artículos como "Copyleft: Idealismo Pragmático", "Malinterpretando el copyright", "El Proyecto GNU", "Filosofía del Proyecto GNU" y otros, que han sido traducidos, algunos a más de veinte idiomas y que se encuentran disponibles en la red.

Richard Stallman opina que, en principio, hay que reducir el poder del copyright, lo que pudiera hacerse, por ejemplo, disminuyendo su duración, extendida innumerables veces por los intereses de la industria. Esta duración debe establecer límites más racionales como, por ejemplo, pudiera ser 10 años para los libros, 20 para las películas, 3 para los software, etc.; así el autor se beneficia y no crea un monopolio excesivo.

En cuanto al derecho de copia, en su conferencia "El copyright contra la comunidad en la era de las redes de ordenadores", Stallman plantea que hay que arribar a un punto medio en el que una parte de la explotación de la obra siga cubierta y provea de ingresos a los autores; mientras otros tipos de explotación más directamente relacionadas con las vidas privadas de las personas, tales como hacer una copia a un amigo, u otras, vuelvan a ser libres. Esas fronteras dependen, para Stallman, del tipo de obra. Las obras tienen distintos propósitos para sus usuarios, por lo cual propone una clasificación dividida, en tres tipos fundamentales:

- Obras funcionales: software de ordenador, recetas, libros de texto, diccionarios y otras obras de referencia, cualquier obra que se use para hacer un trabajo. Para

ello se necesita una amplia libertad, incluyendo la libertad de publicar versiones modificadas.

- Obras que expresan posiciones personales: ensayos o artículos, ofertas de negocios, declaraciones de la postura legal de una persona, memorias, la crítica literaria; en fin, cualquier obra que sea la expresión de una opinión o posición personal. Para este tipo de obras, hacer una versión modificada no es algo útil. Sin embargo, la libertad de distribuir copias podría aplicarse en ciertas situaciones; por ejemplo, a una distribución no-comercial.
- Obras que son fundamentalmente estéticas: aquellas sobre las que no tiene un criterio conformado.

Enfatiza Stallman:

El público no debería suponer que la única forma de alcanzar el progreso es tener copyright [...] puede haber algunos tipos de sistemas de copyright de componenda que permitan a la gente la libertad de publicar versiones modificadas. [...] pero requiere dar crédito de cierto modo a los autores y editores originales de un modo que pueda darles una ventaja comercial, y de este modo creo que hace posible tener la edición comercial de libros de texto libres [...] es posible llegar a un sistema de copyright intermedio.⁵

Respecto a las publicaciones científicas plantea que hoy en día "las publicaciones científicas se han convertido en un obstáculo para la diseminación de los resultados científicos. Solían ser un mecanismo necesario. Ahora solo son un obstáculo, y las publicaciones que restringen el acceso y la redistribución deben ser eliminadas. Son los enemigos de la

⁵ Richard Stallman, "El copyright contra la comunidad en la era de las redes de ordenadores", en www.gnu.org.

diseminación del conocimiento; son los enemigos de la ciencia, y esta práctica debe desaparecer".⁶

En el mundo del software libre se utiliza el marco legal de los derechos de autor para colectivizar los derechos que el autor tiene sobre el software, incluyendo los derechos a copia, uso y modificación. El software libre no significa dominio público. El ejercer el copyright te permite decidir qué se puede hacer con tu obra: copiarla, difundirla o modificarla. Lo que no está permitido hacer es que se apropien de ella. El dominio público en el caso del software solamente no resuelve el problema, ya que si su código sigue siendo secreto se mantiene la restricción. La solución es más compleja.

Más allá de la legislación, es el código el que está marcando qué se puede hacer y qué no con la información digital. Mientras las leyes se pueden cambiar, la forma en que se programa está completamente fuera de control. Una arquitectura para enviar datos por la red puede permitir o hacer prácticamente imposible la copia privada. De hecho, si el copyright fuera abolido de golpe del software, según Stallman, no se podría usar entonces el copyleft para proteger el estatus libre de un programa. Los privatizadores de software, en cambio, podrían usar otros métodos y contratos u ocultación del código para crear software propietario. Por lo cual sigue siendo muy compleja la situación al respecto.

Lawrence Lessig ha intentado explicar en sus obras cómo floreció Internet en sus orígenes porque abrigó un espacio de dominio público para la innovación, una plataforma neutral sobre la cual la más amplia gama de creadores pudo experimentar y aportar. La arquitectura legal que la rodeaba protegía este espacio libre de manera que la cultura y la información pudieran fluir libremente. Pero el mayor peligro consiste en que dicho diseño estructural está cambiando, no solo legal, como ya hemos visto, sino técnicamente.

⁶ Ídem.

Es a través de los códigos contenidos en los softwares que se gobierna verdaderamente el ciberespacio. El código es la ley: se otorgan y restringen los accesos, se admite o limita la posibilidad de copiar, de transmitir. La puerta a un futuro de las ideas se está cerrando al mismo tiempo que la tecnología hace posible un futuro extraordinario.

El copyleft, de la forma en que está siendo utilizado viene a ser una inversión del copyright, haciendo que pasase de ser un obstáculo a la libre reproducción a ser la garantía de esta última. Es pasar de "Todos los derechos reservados" a "Algunos derechos reservados".

El derecho de autor no se adapta muy bien al software que tiene un componente "escrito" y un componente técnico; no obstante, es la protección más acertada en tanto las patentes de software constituyen un absurdo que limita la innovación y tiene como claro objetivo favorecer el monopolio a favor de las grandes empresas. El movimiento de software libre está en contra de la concesión de patentes de software.

Estados Unidos fue el primer país del mundo en admitir las patentes de software en el año 1981. Muchas patentes sobre simple software ya se han otorgado por las oficinas europeas aun cuando la presente ley en Europa impide la patentabilidad de programas informáticos "puros". Actualmente, en la Unión Europea se debate un cambio de ley al respecto.

Al contrato en el que se determina cómo el autor cede parte de sus derechos al usuario (copia, modificación, distribución, etc.), determinando en qué condiciones el usuario puede utilizar el programa informático y detallando el ámbito de los derechos y las obligaciones se le denomina licencia de software.

Prácticamente cada fabricante de software propietario ha creado su propia licencia adecuada al software en cuestión y al modelo de negocio utilizado. Hay casos en los que la licencia no es negociada entre proveedor y usuario, como, por ejemplo, las licencias por clicqueo o las de envoltorio.

Existen muchas licencias dentro del software libre que, según Jordi Mas i Hernández, en su texto “Software libre: técnicamente viable, económicamente sostenible y socialmente justo”,⁷ se agrupan básicamente en tres modelos de licenciamiento:

Licencias con copyleft. Son aquellas que ceden los derechos de copia, distribución y modificación del software y que exigen que cualquier versión modificada herede el mismo tipo de obligaciones y derechos que tenía el programa original —también llamadas víricas por el efecto de contagio que tienen sobre trabajos derivados. El objetivo es garantizar que cualquier usuario conserve las libertades originales que definen al software libre.

La Free Software Foundation ha desarrollado como herramientas jurídicas diferentes licencias, todas basadas en el principio de que el software libre, impide la apropiación posterior, que es el origen del copyleft.

- a) La Licencia Pública General de GNU (GNU General Public License) o LPG GNU, podría decirse del tipo de licencia insignia, o pionera, utilizada para la mayoría del software GNU. Ejemplo: el sistema operativo Linux se encuentra liberado bajo esta licencia, garantizando que cualquier empresa o usuario que haga modificaciones y las distribuya esté obligado a publicar el código fuente y así contribuir con sus mejoras al crecimiento de Linux.
- b) La Licencia de Documentación Libre GFDL, este es otro tipo de licencia específica para manuales y documentación de software.
- c) La licencia de Contenidos Libres GNU, o LCL, se utiliza para textos, fotografías, gráficos, imágenes, íconos, vínculos y demás contenidos audiovisuales o sonoros, así como su diseño gráfico y códigos fuente.

⁷ <http://www.infonomia.com>.

Licencias de código abierto o permisivas. Son licencias más tolerantes ya que ceden el uso del programa bajo las condiciones que definen el software libre, pero no obligan necesariamente a hacer públicas las mejoras que se realicen sobre el código. O sea, se puede usar el programa informático libre, hacer ampliaciones y crear a partir de él un producto propietario, sin compartir con el resto de la comunidad las mejoras introducidas. Ejemplo: la licencia BSD, que permite el uso y explotación de la aplicación, en forma de programa o código, sin ningún tipo de limitación. Netscape creó su producto comercial propietario **Netscape Directory Server** basándose en un software libre.

Licenciamiento dual. Se basa en que el autor cede su creación bajo dos licencias diferentes según el uso que se vaya a hacer de su software y las libertades y obligaciones que se deseen adquirir. Este modelo es muy utilizado ya que permite ofrecer los productos de forma libre y no libre, según las necesidades de cada cliente. Ejemplo: El producto Berkeley DB está disponible bajo una licencia libre, con acceso al código fuente, siempre y cuando el usuario acceda a hacer público el código fuente de las aplicaciones que desarrolle usando este producto. Por el contrario, si lo que desea es desarrollar una aplicación usando Berkeley DB para una distribución propietaria sin dar acceso a su código como software libre, el usuario debe adquirir una licencia tradicional del producto Berkeley DB, que es más costosa.

Este tipo de licencias más permisivas encierran el peligro de hacer morir el software libre al no garantizar que los desarrollos posteriores respeten esta condición.

Interpretando el desarrollo del software libre Aris Papatheódorou ha dicho:

La cultura hacker primero, en tanto que práctica empírica de un derecho consuetudinario, el movimiento del software libre después, como afirmación directamente política, que coloca en el centro la necesaria libertad de circulación

y de uso del código fuente y practica de hecho la cooperación productiva en la innovación informática, han producido mucho más que líneas de código: han contribuido a una amplia difusión de los saberes tecno-científicos más allá de los meros círculos de expertos; han difuminado en gran medida la distinción entre productor (del código) y usuario (del software, es decir, del código compilado)...

La revolución del software libre consagra así un modelo en el que la innovación y la producción ya no se fundan en una lógica jerárquica de empresa, sino en la verdadera cuenca de inteligencia social constituida, sin duda en diferentes grados, por equipos de desarrolladores y de usuarios, por fundadores de proyectos y por aquellos a quienes estos se dirigen.⁸

No obstante, el mismo autor advierte que el uso del software libre y de los recursos comunicativos de Internet que se apoyan en él, aunque haya sobrepasado los círculos restringidos de una "élite" de programadores y haya llegado a numerosas comunidades amplias y abiertas, sigue siendo un hecho minoritario y que aun predomina el modelo del internauta-consumidor, usuario pasivo y cliente potencial de los portales web.

El autor plantea la necesidad de que esta práctica de cooperación productiva se extienda a otros sectores del conocimiento, sobre todo, a otros sujetos sociales, inventando instancias materiales y sociales que permitan una circulación efectiva de los saberes técnicos, de los usos particulares y de las innovaciones prácticas, potenciando los recursos existentes.

Para este autor resulta concebible, a cortísimo plazo, que los medios y voluntades permitan una circulación producti

⁸ Aris Papatheódorou, "Propiedad intelectual, copyright, patentes", en <http://sindominio.net/biblioweb/telematica/index.html>.

va de los saberes tecno-científicos bajo la forma de tutoriales, manuales, ficheros de configuración o lenguajes, fuera de los circuitos académicos de aprendizaje que contribuyen a la constitución real de la inteligencia colectiva.

Wu Ming, por su parte, opina que esta tendencia puede convertirse en el paradigma de un nuevo modo de producción que libere finalmente la cooperación social —ya existente y visiblemente desplegada— del control parasitario, la expropiación y la “renta” a favor de grandes potentados industriales y corporativos.

El copyleft es el principio general, cuya aplicación comenzó con el software libre pero que hoy en día es abrazado por diversos proyectos, grupos y colectividades que han desarrollado instrumentos jurídicos para hacer viable esta cooperación, en las distintas manifestaciones del arte y el conocimiento.

Al respecto González Barahona dice:

En algunos foros el debate ya está en marcha, y con fuerza. [...] hay muchas más ideas, y muchos más experimentos en proceso. Habrá que ver si el entorno legal y social les permite continuar su camino, y si otros nuevos continúan apareciendo. Ante tantos cambios, es difícil saber qué modelos serán los mejores, y si son viables o no a largo plazo, salvo que los experimentemos previamente (al menos en parte). Pero el tiempo va pasando y si no actuamos explorando las alternativas, las legislaciones y el entorno tecnológico van a ir concretando una realidad que será después ya muy difícil cambiar. Las ideas de que ‘Copiar es malo’, ‘lo que es bueno para los editores es bueno para los autores’ o ‘los autores deben tener control total sobre su obra publicada’ están tan profundamente instaladas en las mentes que podría costar generaciones enteras revertirlas y con ello se perderían inmensas posibilidades, quizás, las mayores que hemos tenido en toda la historia de la humanidad en lo que se refiere a producción e intercambio de conocimiento.

¿No merecería la pena reflexionar sobre dónde queremos ir antes de encontrarnos donde quizás no querríamos estar?⁹

El software libre como alternativa está hoy en día amenazado por las patentes de software y por la tendencia de las distribuciones Linux, a añadir software propietario al sistema GNU/Linux. Las empresas que lo hacen optan por este modo, decidiéndose por la conveniencia en vez de por la libertad.

El peligro está en que se generalice entre los usuarios esta manera de ver las cosas y que la comunidad corra el riesgo de olvidar que la libertad es un objetivo serio. Si esto sucede, de aquí a cinco años, tendríamos un sistema operativo muy popular compuesto de un mosaico de componentes libres y propietarios. Pero sería totalmente imposible hacer cualquier cosa con un sistema operativo totalmente libre, porque nada podría funcionar sin recurrir al software propietario que lo acompañara habitualmente.¹⁰

El concepto de **open source**, en sí mismo, encierra ese peligro, ya que este "movimiento", por así decirlo, no enarbola la razón ética de utilizar software libre como cooperación y en oposición al software propietario, sino que lo utiliza y promueve en tanto existe un interés práctico como justificación: su potencia o confiabilidad. No convencen al público de razones más profundas para rechazar el software propietario.

El software libre puede sustituir al propietario si se apoya y si las leyes no lo impiden. Las políticas y las leyes pueden ayudar al desarrollo del software libre, pero este puede fun

⁹ Jesús M. González Barahona, "El futuro de la información: ¿vamos hacia donde queremos?", en www.sindominio.net/biblioweb/telematica/infolibre/futuroinfo.html.

¹⁰ Richard Stallman, "La pasión por lo libre", en www.gnu.org.

cionar sin ellas. Lo que se necesita es que los gobiernos no apoyen al software propietario.

Por ejemplo, según Stallman,

hoy en día la política europea de subvenciones anima a las universidades a desarrollar software propietario; si existiera en su lugar una neutralidad que permitiera a los estudiantes y a los equipos hacer programas libres, esto supondría un gran paso adelante. Sobre todo, tenemos que pedir a los gobiernos que retiren las leyes que prohibirían el software libre —por ejemplo, las patentes del software, las leyes de copyright extremo que existen lamentablemente en EE.UU.—. [...] Si los gobiernos y los monopolios impuestos no aplastan el software libre, tendremos únicamente la tarea de escribir el software. Sabemos que podemos hacerlo.¹¹

Otra experiencia a tener en cuenta, muy extendida ya en varios países, es la del Grupo Creative Commons, fundado en el año 2001 por expertos en propiedad intelectual y en leyes digitales, como James Boyle, Michael Carroll, Molly Shaffer Van Houweling y Lawrence Lessig. Creative Commons, que puede traducirse como Campos comunales creativos o espacios comunales creativos, es una corporación sin ánimo de lucro establecida en Massachussets, con sede en la Universidad de Stanford, cuyo objetivo es brindar herramientas legales y tecnológicas a los creadores para que ejerzan sus derechos, determinando los grados de libertad que tendrán los demás a la hora de utilizar sus obras. Creative Commons —conocido como CC— no implica una renuncia al copyright, ya que en el ejercicio de los derechos que este otorga al creador, es que concede libertad a los demás para hacer uso de su obra sin necesidad de pedir autorizaciones o efectuar pagos. Así el creador puede decidir voluntariamente y hacer pública su decisión.

¹¹ Ídem.

El objetivo de Creative Commons es crear un “ecosistema de contenido digital abierto” donde los autores puedan ceder, en ejercicio de sus derechos, parte de estos y retener solo aquellos que realmente tienen interés, permitiendo así liberar la mayor cantidad de creaciones.

El primer proyecto que llevó a cabo el grupo fue elaborar un conjunto de licencias libres para uso público, inspiradas en la GPL de la Free Software Foundation; pero, a diferencia de esta última, no estaban diseñadas para la creación de softwares sino para otros tipos de trabajo creativo: sitios web, música, cine, fotografía, literatura, cursos de enseñanza, etc. Creative Commons ha desarrollado también una aplicación web que ayuda a elegir la licencia libre más adecuada para cada trabajo.

Las licencias CC se basan en el otorgamiento o no de diferentes facultades por parte de los autores, las cuales se identifican también con un ícono, a fin de su más fácil interpretación. En resumen, las facultades implican:

- **Atribución:** Se permite a otros copiar, distribuir, exponer e interpretar la obra protegida —y los trabajos derivados de ella— pero solo si se reconoce la paternidad del autor.
- **No comercial:** Se permite a los otros a copiar, distribuir, exponer e interpretar la obra —y los trabajos derivados de ella— pero solo para usos no comerciales.
- **Sin trabajos derivados:** Se permite a los otros copiar, distribuir, exponer e interpretar solo copias textuales de la obra o sea, no se pueden realizar obras derivadas a partir de la misma.
- **Compartir por igual:** Se pueden hacer obras derivadas pero solo si luego se otorga esa misma licencia para la distribución de la obra resultante.

Las licencias Creative Commons son el resultado de las diferentes combinaciones posibles de las facultades que el

autor desea otorgar. Están disponibles en línea para escoger por parte del creador la que se adecue a los usos que quiere permitir de su obra, las siguientes licencias:

1. Cualquier uso de la obra mientras que se reconozca el autor.
2. Solamente usos no comerciales.
3. Cualquier uso en tanto las mismas libertades les sean dadas a otros usuarios.
4. Cualquier uso en tanto que no sea un uso derivativo de la obra.
5. Absolutamente cualquier uso en países en vías de desarrollo.
6. Cualquier uso en un sampleado en tanto que no se hagan copias completas.
7. Cualquier uso con fines educativos.

La idea es ofrecer modelos legales viables y a disposición de los creadores que faciliten la distribución y uso de contenidos dentro del dominio público. En la medida en que este proceso sea más habitual y generalizado, la circulación y transformación creativa de este tipo de obras redundarán, en principio, en beneficio de la sociedad. Por ejemplo, un compositor podrá distribuir su música bajo una licencia que especifica los términos en que podrá copiarse y utilizarse. En otras ocasiones, se puede “liberar” completamente la obra sin límites de ningún tipo.

En la práctica, el uso del copyleft es sencillo: Si un ciudadano encuentra en la red, o le prestan un libro, por ejemplo, editado bajo el copyleft y no tiene dinero para comprarlo, o no quiere hacerlo, puede descargarlo gratis e imprimirlo, fotocopiarlo o escanearlo. Esto lo podrá hacer en casi todas las variantes enumeradas con anterioridad al ser una reproducción sin ánimo de lucro y, por tanto, estar perfectamente autorizada. Ahora bien, si un editor quiere comercializarlo o traducirlo para comercializarlo en otro país, o si un produc-

tor cinematográfico quiere llevarlo a la pantalla, al implicar un ánimo de lucro, deberán atenerse al tipo de licencia que se ha otorgado para, si es el caso, ponerse en contacto con los autores y pagar correspondientemente.

El objetivo último de Creative Commons es modular el concepto de propiedad intelectual, utilizarlo cuando es un interés expreso del autor y ayudar con ellos a construir un espacio en el que creadores de todo el mundo colaboren productivamente y con una mayor libertad que la que el modelo actual permite. Son tremendamente populares los **weblogs**, que aportan contenido a la red, libros, música, en general muchos artistas ya distribuyen sus trabajos a través de Internet por la difusión que les ofrece.

El modelo de Creative Commons ofrece a la vez tres expresiones del mismo: uno en lenguaje sencillo y claro, otra en lenguaje jurídico —la licencia o contrato propiamente dicho— y otra en lenguaje informático —en forma de código que establece un vínculo con la página donde se expresan el contenido de las licencias.

Otro modelo desarrollado es la **Licencia Arte Libre (LAL)**; nacida del encuentro de “Copyleft Attitude” en París a principios del 2000, que, por primera vez, permitió el encuentro de informáticos con artistas contemporáneos y promotores.

Se basa en el reconocimiento de que la creación funciona por ósmosis, mezcla, contagio, reescritura, apropiación, transformación, procesos que se tornan ilícitos sobre la base del copyright. La razón de ser de la LAL radica en promover y proteger prácticas artísticas liberadas de las reglas exclusivistas de la economía de mercado. Se aplica tanto a las obras electrónicas como a las que no lo son y ayuda a dar respuesta a necesidades surgidas con los nuevos géneros y formas de expresión nacidas de las nuevas tecnologías. Puede proteger una obra de las artes plásticas, literarias, una obra musical, un video, una película, un sitio web, etc.

Música Libre se basa en el criterio de que se debe dar al público la libertad básica de usar, copiar y distribuir una obra

sin fines comerciales, a la vez que se buscan fórmulas que permitan la retención de algún tipo de copyright en beneficio del autor. Aprovechar las posibilidades tecnológicas de eliminación de intermediarios, estimulando el reembolso directo al artista en oposición al sistema desequilibrado de distribución imperante hoy en día.

Open Audio Licence (música para todos), es otro tipo de licencia por medio de la cual un grupo autoriza para que se haga cualquier uso de sus canciones, solo exige que se mantenga su autoría. Fue creada en el año 2001 por la Electronic Frontier Foundation.¹²

También existe la llamada **radio libre** que es aquella radio que protege su difusión y sus contenidos bajo una licencia libre.

Otras experiencias, basadas en los mismos principios, emergen en el nuevo contexto de la sociedad en red, como el Proyecto Gutenberg, Alqua,¹³ Wikipedia, GNUPedia-Encyclopedia Universal y Recursos de Enseñanza Libres, Libros Abiertos y otros proyectos en línea que archivan y distribuyen los contenidos de artículos científicos o culturales, creando un dominio libre, gratuito, dentro del régimen de apropiación privada que permitirá, en alguna medida, demostrar cuánto se beneficia la creación, la investigación y el conocimiento cuando se comparten.

¹² "Copyleft o la liberación de la creatividad colectiva", ed. cit.

¹³ Los miembros de Alqua han aportado un **conjunto inicial** de documentos libres y han desarrollado herramientas para integrar contenido, presentación y metadatos, dando lugar a un sistema de publicación automatizado cuyo fin es ayudar en el proceso de edición libre. Entre sus últimos proyectos se encuentra la publicación de nuevos documentos de educación secundaria y universitaria (geografía, matemáticas, telecomunicaciones...), remitidos por nuevos colaboradores y la iniciativa **libros abiertos**, que pretende llevar los documentos libres a las bibliotecas públicas, acercándolos así a todas las personas.

Respecto a las publicaciones científicas, la edición del primer número de PLoS Biology, en octubre del 2003, dio inicio a una nueva etapa en la historia de la publicación biológica. Poco más de un año después, PLoS Medicine hizo otro tanto en el campo de la medicina. Estas dos publicaciones pertenecen al proyecto **Biblioteca Pública de la Ciencia**,¹⁴ y se contraponen a los modelos de suscripción excluyentes. Dicha organización, integrada por científicos y médicos comprometidos con los verdaderos destinos de la ciencia y la medicina, intenta convertirlas en un recurso público disponible libremente.

Para lograr tal propósito, se plantea que se requiere de un nuevo modelo de financiamiento de la publicación científica que considere el costo de la publicación como un acápito necesario dentro del proyecto de investigación.

La idea consiste en que las agencias de gobierno, las compañías, las fundaciones, las instituciones de investigación, los hospitales o las universidades que patrocinan las investigaciones consideren, como parte del presupuesto de la investigación, un rubro para el pago de una publicación con acceso abierto y de gran difusión. Dicho costo, como promedio, será menor al 1% del total empleado en la ejecución de la investigación, un precio bien insignificante para asegurarse que cada uno de los que se puedan beneficiar con los resultados de ella, se beneficien.

El nuevo modelo de publicación científica —donde el autor de un trabajo paga por su revisión y edición en un sitio de

¹⁴ Biblioteca Pública de la Ciencia (PLoS en inglés), es una corporación sin ánimo de lucro dedicada a hacer de la investigación científica algo disponible a cualquiera con una conexión a la Red. Los autores de trabajos científicos los envían, se examinan por una comisión de expertos y si se aceptan se depositan en un archivo digital público de acceso gratuito: www.plos.org.

acceso abierto a todos en el mundo— es económicamente viable, garantiza una alta calidad de la investigación y es una opción sostenible que puede revolucionar el mundo de la publicación académica tradicional.¹⁵

Como parte de esa cada vez mayor comunidad de científicos que claman por acceso abierto a la literatura académica y como parte de este movimiento, el National Institute of Health (NIH) de los Estados Unidos ha propuesto acceso abierto a todas las investigaciones financiadas por dicho instituto a partir de los seis meses de impresas.

El proyecto Science Commons¹⁶ es un proyecto exploratorio que tiene como objetivo introducir las filosofías y actividades de Creative Commons en el dominio de la ciencia, a fin de estimular la creación científica y el uso compartido del conocimiento a través de la promoción de mecanismos legales y técnicos que faciliten a los científicos, universidades y demás actores el acceso a los datos y otros saberes científicos.

El proyecto International Commons¹⁷ (Bienes Comunes Internacionales), es un apéndice del proyecto Creative Commons y tiene por objetivo traducir las licencias promovidas por este proyecto a los diferentes idiomas y a las diferentes legislaciones y sistemas de derechos de autor alrededor del mundo. Actualmente el proyecto cuenta con 28 países que están en proceso de traducción de las licencias, aunque se sabe que más de 70 naciones están interesadas en comenzar a colaborar para alcanzar sus respectivas versiones y capítulos locales.¹⁸

¹⁵ Rubén Cañedo Andalia, "Acimed en Science Commons: Contribuciones con Licencia de Reconocimiento no-comercial igualmente compartido", en www.bvs.sld.cu.

¹⁶ <http://science.creativecommons.org>.

¹⁷ <http://creativecommons.org/worldwide/>.

¹⁸ <http://wikimediafoundation.org/>.

La idea que mueve todos estos proyectos es proveer una alternativa. En la convocatoria a la GNUPedia-Encyclopedia Universal y Recursos de Enseñanza Libres, Stallman plantea: "Debemos lanzar un movimiento para desarrollar una enciclopedia universal libre, de manera similar como el movimiento del software libre nos proveyó del sistema operativo libre GNU/Linux. La enciclopedia libre proveerá una alternativa a aquellas restringidas que serán escritas por las corporaciones".¹⁹ Esta enciclopedia sería escrita por profesores y estudiantes de muchos colegios y universidades del mundo como un ejemplo de lo que puede hacerse.

Lessig es de la opinión que estamos en la transición hacia nuevas formas de distribución cultural, en las que necesariamente deben coexistir contenidos libres con otros que no lo son y en la que los primeros, pueden incrementar, incluso, el valor de los segundos. La publicación de su obra **Cultura Libre...** lo ha confirmado de hecho, pues su disposición libre en la red ha potenciado su venta en formato tradicional.

Otros estudiosos aportan al debate que estamos en presencia de una nueva ecología de la información,²⁰ en la cual la principal divisa es la atención y donde intentar reducir el número de copias en circulación de los trabajos lo único que consigue es perder cotización en el mercado de la atención. Por lo tanto el copyright causa un efecto contrario al de proteger y estimular la creación.

Frente a la opción de poner al copyright solo en "libertad condicional", abriendo algunas brechas mediante las licencias de uso, otros autores propugnan que se debe avanzar hacia espacios gestionados en comunidad, hacia nuevas "éti

¹⁹ Richard Stallman, "GNUPedia-Encyclopedia Universal y Recursos de Enseñanza Libres", en www.gnu.org.

²⁰ José Cervera, "216 segundos de mirada: la justificación económica del copyleft", en www.hispamp3.com/articulos/articulo.php?identificador=20030226065829.

cas de trabajo”, “éticas de usos” de la información y el conocimiento, construyendo modelos que liberen canales, anchos de banda, software y hardware para llegar a una sostenibilidad del conocimiento compartido.

También han aparecido otras opiniones que, si bien critican la rigidez del sistema de propiedad intelectual vigente, no dejan de ver el movimiento de software libre como un “reformismo” que se mueve dentro del mismo sistema y que no se cuestiona sus esencias.

Pero todas estas opiniones apoyan la necesidad de buscar y fomentar alternativas que permitan modificar el estado de cosas actual para avanzar hacia una mayor socialización del conocimiento, la información y la creación artística. Dichas posiciones, no obstante, poco podrán avanzar si no hay un ejercicio y una disposición efectiva del Estado dirigida a lograr cambios en la sociedad, ya que estos aspectos tienen una fuerte implicación económica.

La tecnología está abriendo posibilidades para acercarnos a la desintermediación. Richard Stallman confía en que la propia tecnología digital nos proveerá de las soluciones al problema. Smiers, por su parte, habla de la necesidad de la abolición de los derechos de autor y su sustitución por otro sistema de derechos en donde no tendrían razón de ser las entidades recaudadores y a los artistas se les retribuyera sustancialmente a partir de la creación de fondos, regulados por la ley, que se nutrirían de impuestos con los que se gravaría la actividad de las empresas que utilicen materiales artísticos. Este fondo se dedicaría entonces a la remuneración individual — alejado de la explotación de las obras en el marco institucional y posibilitando la remuneración durante el período de creación— y a la financiación de iniciativas, instituciones y festivales artísticos.

Evidentemente el dinero debería llegar a todos los proyectos artísticos tal como se presentan en la sociedad en cuestión y no solo a aquellos que, por tradición, tiene unos antecedentes culturales, a decir de Smiers, “elevados”. Ello significa que

todas las voces e imaginaciones tendrían la oportunidad de presentarse y de recibir apoyo económico en caso de que la obtención de beneficios no fuera —aun— una de las posibilidades.

También para Smiers debería, a través de estos fondos, apoyarse la vida artística de los países no occidentales:

La mayoría de los beneficios procedentes del uso de materiales artísticos se hacen en los países occidentales, pero muchas de estas creaciones artísticas tienen su origen en países no occidentales y esto debería ser reconocido. Otra razón es que estos países están sufriendo una emigración masiva de sus genios. Es importante que los artistas tengan la oportunidad de quedarse en su país, que puedan ganarse la vida sin moverse de su zona y contribuir a la vida artística de su sociedad sin depender constantemente de los productores y agentes occidentales.

Mediante este impuesto por el uso de materiales artísticos, dejaría de existir una conexión directa entre la utilización real —calculada en cantidades, minutos y otras medidas— del trabajo de ciertos artistas por un lado y la remuneración que reciben por el otro. Es razonable. Al fin y al cabo, hay muchos predecesores y muchas fuentes que han contribuido a la creación y elaboración de una obra de arte, incluyendo la riqueza cultural que el dominio público ofrece gratuitamente. [...] El objetivo debería ser alcanzar un nuevo sistema en el que los artistas y sus intermediarios tengan plena confianza, un sistema que genere una gran cantidad de trabajadores culturales tanto en los países occidentales como en los del Tercer Mundo, así como mejores remuneraciones, un sistema que abra las puertas al debate público sobre el valor de las creaciones e interpretaciones artísticas, que se preocupe por el mantenimiento del dominio público cultural, que se encargue de que haya suficientes fuentes disponibles para las creaciones artísticas futuras y que acabe con el papel monopolístico que

muevan los conglomerados culturales mediante el uso del actual sistema del Copyright.²¹

A Richard Stallman le parece una buena idea que hoy en día nuestras sociedades industriales, que producen esencialmente bienes inmateriales y, en particular, bienes de información cuyo coste de reproducción es escaso, se destine una renta socializada, garantizada, sin contrapartida, para “remunerar” la participación en la vida y en la producción social. Si los gobiernos han subvencionado la investigación científica durante un siglo o más del mismo modo que la reproducción de las plantas y de los animales, porque es de utilidad a los granjeros, no hay ninguna razón para no subvencionar el desarrollo del software que también tiene un interés general, aunque el software libre no tiene una necesidad crucial de tales subsidios. “Podemos funcionar perfectamente sin ellos”.

Más que pedir a los gobiernos que creen nuevas maneras específicas para financiar el desarrollo del software libre, Stallman opina que hay que pedirles, en primer lugar, que modifiquen el sistema actual de subvenciones a la investigación para que al menos se pueda aplicar al desarrollo del software libre. En el ámbito del software se debe desalentar a los universitarios a desarrollar software propietario y alentarlos a trabajar en software libre.

Por otra parte, Rendueles reflexiona sobre lo que significaría una especie de “reconversión industrial”:

Hay que plantearse si realmente necesitamos a las grandes discográficas. En realidad hace ya tiempo que muchas bandas respondieron en sentido negativo a esa cuestión y obtuvieron resultados sorprendentes [...] La mayoría de los músicos sacan mucho más dinero de los conciertos que de la venta de discos por lo que una mayor difusión de sus

²¹ Joost Smiers, “Propiedad creativa indebida”, ed. cit.

canciones solo les reportaría ventajas. Por otro lado, las pequeñas discográficas que no buscan enriquecerse podrían beneficiarse mucho de un menor control monopolista del mercado. [...] si efectivamente la nueva situación tecnológica supusiera la quiebra para las pequeñas compañías de discos, entonces habría que plantearse medidas de ayuda para la reconversión de estas empresas. Evidentemente a nadie se le ocurre que la crisis de la minería del carbón se soluciona imponiendo el uso de trenes de vapor y a todo el mundo le parece razonable que se subvencione la reconversión industrial. Parece lógico que el estado se haga cargo de los costes sociales parciales derivados de una mejora generalizada, sobre todo porque podrían crearse multitud de nuevos trabajos relacionados con la música aunque todas las compañías cerraran. Sin ir más lejos, la creación de una red de fonotecas y estudios de grabación públicos podría absorber a muchos de los actuales empleados por las discográficas. En cualquier caso, es importante entender que la defensa de la libre circulación de la información y la defensa de la situación laboral de los trabajadores del sector son dos cuestiones bien distintas. Por eso resulta tan insultante la insistencia de la industria del disco en afirmar que se limita a defender los derechos de los eslabones más débiles de la cadena, los músicos poco conocidos y los pequeños comerciantes. Resulta curiosa tanta caridad tras décadas de expolio. En tal sentido reconozco mi perplejidad al comprobar cómo muchos autores se solidarizan servilmente con sus patronos en vez de unirse para luchar contra la explotación de las discográficas (que les pagan unos porcentajes de ventas ridículos) o exigir, por ejemplo, que los músicos tengan derecho al subsidio de desempleo y a una jubilación digna.²²

²² César Rendueles, “¡Larga vida a nuestros amos! Reflexiones ante el ‘Día sin Música’ 13 de mayo”, en <http://www.rebellion.org>.

Otras opiniones plantean como una solución factible y razonable adoptar un sistema de remuneración similar al sistema de cobro de donaciones, que desde hace unas décadas han establecido los creadores de shareware informático, no sin reconocer que un mercado directo entre autores y consumidores, saltándose los canales comerciales de distribución e intermediación, chocarían con los intereses de oligopolios editoriales audiovisuales y de comercio.

En cualquier caso, para encontrar soluciones hay que partir de que los músicos no son las megaestrellas, ni los creadores literarios los premiados en los concursos de las grandes editoriales, los artistas de la plástica tampoco son los que están en las grandes subastas o ferias de arte. Esos son los que vemos y entre la realidad y lo que percibimos está el ojo y el sentido de los medios de comunicación, selectivos, excluyentes y monopolizados.

La solución o, mejor, las soluciones, vendrán de un análisis de todos los elementos y problemáticas implicados a nivel de toda la sociedad y de todas las sociedades. Las redes P2P no son un problema en sí mismas, acercan al ser humano a las obras de la creación, permiten el conocimiento, el intercambio fácil, sin trabas. A nadie se le ocurriría hoy en día decir que una grabadora o una cámara de video afectan y obstaculizan la creación. Estamos ante el mismo problema. La industria, sin dudas, debe hallar una solución modificando sus modelos de negocios, migrando a otros diferentes, no intentando en vano mediante medidas tecnológicas y jurídicas seguir sacando dinero a intercambios que la tecnología ya ha hecho posible sin costo alguno.

Sin dudas, el acercarnos a nuevos modos de intercambio y de "consumo" cultural en la que la cultura deje de ser mercancía, tiene mucho que ver con la existencia de condiciones para ello. La tecnología brinda un amplio horizonte y ha creado bases que permitirán ese despegue, pero este desarrollo no nos llega a todos por igual, ni del mismo modo, por lo cual insistimos en la necesidad de analizar, a los fines de su pro-

tección, el fenómeno cultural en su totalidad, eximiendo al derecho de autor, como de hecho ha quedado en los modelos actuales, de la responsabilidad de ser una de las pocas vías de remuneración económica que permiten una precaria subsistencia de la cultura. Al adoptar el sistema otras variantes de fomento, de financiación, de protección que alejaran la creación de su resultado comercial, la cultura pudiera quizás recuperar lo que de hecho está perdiendo.

EXPERIENCIAS EN LA APLICACIÓN DE ESTAS ALTERNATIVAS

Aunque podemos encontrar diversidad de criterios sobre muchos aspectos, en la práctica estas iniciativas se van articulando y están cada día menos aisladas.

El copyleft se experimentó en el Forum Social Mundial celebrado en Porto Alegre (Brasil) en enero del 2001; donde los medios de comunicación vinculados a organizaciones sociales compartieron la información a través de la autorización mutua para reproducir sus trabajos.

Constantemente escuchamos noticias acerca de países que están haciendo el lanzamiento en sus territorios de las Licencias Creative Commons. En Brasil, por ejemplo, el lanzamiento se produjo el día 4 de junio del 2004, en el Foro Internacional del Software Libre de Porto Alegre, y contó con el apoyo del Ministerio de Cultura y del propio ministro Gilberto Gil, quien puso a disposición de todos su pieza musical "Oslodum" para que fuera libremente copiada, remixada y compartida digitalmente.

Es interesante la experiencia del proyecto Re:combo,²³ creado en Recife, Brasil, que tiene como objetivo "producir música creativa, democrática y libre de las amarras del con

²³ www.recombo.art.br.

cepto de propiedad intelectual". A través del sitio del proyecto, la música puede ser descargada, remixada con software libre y después reenviada para publicación. El proyecto Re:combo lo integran músicos, artistas plásticos, ingenieros de software, DJs, profesores y académicos que trabajan en proyectos de arte digital y música de una forma descentralizada y colaboradora. El grupo se desarrolla en ciudades como Recife, João Pessoa, Salvador, Belo Horizonte, Río de Janeiro, São Paulo y Caruaru, recibiendo imágenes y sonidos de lugares tan distantes como Lima y Bucarest.²⁴

Un momento importante en la consideración de estas iniciativas lo constituyó la celebración en Caracas, Venezuela, en noviembre del 2005, del evento denominado "Un encuentro por un mundo multipolar, camino al ALBA. El nuevo orden económico ante el fracaso de la OMC", específicamente el foro sobre los Derechos del autor y la autora.²⁵ Allí se debatieron las consecuencias del régimen de propiedad intelectual vigente, del sometimiento de la cultura a los requerimientos del capital y la homogeneización legislativa promovida por los países desarrollados y los organismos internacionales que responden a sus intereses.

En el evento se propuso la creación de una red: En defensa del conocimiento y la cultura para todos,²⁶ que se planteó como objetivo fundamental la conformación de un pensamiento antihegemónico integrador en materia de derechos culturales e intelectuales. Este encuentro, también dedicado en otros de sus foros a analizar la problemática del acceso a

²⁴ Marcos Alves de Souza, "Creative Commons en Brasil", en www.sapi.gov.ve. Conferencia impartida en el Seminario de Derecho del Autor y la Autora Camino al ALBA, Caracas, noviembre, 2005.

²⁵ www.sapi.gov.ve.

²⁶ "En defensa del conocimiento y la cultura para todos", cuyo sitio web es www.porlacultura.net.

medicamentos y las negociaciones en la OMC, contó con la participación de delegados de más de 12 países y representantes de organizaciones internacionales, tales como la Organización Mundial de la Salud, la Red del Tercer Mundo, Médicos sin Fronteras, Global Exchange y de diversas oficinas nacionales de propiedad intelectual de países latinoamericanos.

Las Jornadas en contra de la Propiedad Intelectual, los Encuentros Mundiales del Programa Libre, el Foro Mundial de Tecnologías Libres, los encuentros de los proyectos Creative Commons, son algunos de los tantos esfuerzos en aras de lograr un intercambio de información más fluido y la coordinación de acciones alrededor de proyectos de interés común.

Algunas grandes empresas de servicios informáticos también apoyan el software libre. IBM es una de ellas y se ha posicionado como uno de los grandes proveedores de tecnologías libres para grandes empresas, ofreciendo sus soluciones basadas en Linux y cediendo algunos de sus desarrollos a la comunidad de software libre, como por ejemplo el conjunto de herramientas Eclipse. La empresa Microsoft, por su parte, presionada por la competencia del uso del software libre en las administraciones, lanzó una iniciativa en la cuales los usuarios, previa firma de un acuerdo que tiene una duración de tres años, pueden tener acceso a parte del código fuente de dos de las aplicaciones de Microsoft. Esta iniciativa presenta varias limitaciones, pues el software no puede ser mejorado.

Hay grandes organizaciones a nivel mundial que confían sus sistemas de información en software libre. En algunos casos se acercan a la iniciativa obligados por la competencia o buscando mejoras en los productos. En la página web del Proyecto Colibrí, de software libre colombiano, hay una interesante recopilación de estas experiencias:

casos concretos como los de la NASA (que ha utilizado software libre en sistemas de misión crítica), los bancos Merrill Lynch en Estados Unidos (que están implementando un plan para migrar todos sus computadores a un sistema

operativo basado en software libre), Banrisul-Banco do Estado do Rio Grande do Sul (que ha utilizado software libre para la operación de más de 1 500 cajeros electrónicos) y TSB en Nueva Zelanda (que está migrando todas sus ramas a plataformas basadas en software libre), el motor de búsqueda Google (cuyo sistema de información, que corre en varios miles de computadores, está construido utilizando software libre), la librería en línea Amazon (que utiliza un sistema operativo libre en su servidor web), el portal Yahoo (que, según su creador David Filo, no habría sido posible de no ser por ciertas herramientas de software libre), el Departamento de Energía de Estados Unidos (que utiliza sistemas operativos libres en sus supercomputadores), la multinacional British Petroleum (que utiliza plataformas de software libre en varios miles de computadores), las compañías productoras de películas DreamWorks (que depende de un sistema operacional de software libre para el funcionamiento de su sistema de procesamiento de imágenes y de las estaciones de trabajo de sus artistas) y Disney (quien, con la ayuda de Hewlett Packard, han decidido estandarizar su infraestructura de servidores en torno a sistemas operativos libres), el Centro de Desarrollo de Computación Avanzada de la India, encargado de la creación de supercomputadores utilizados para procesamiento de datos (que ha decidido utilizar software libre en laboratorios de alto desempeño), la ciudad de Largo en Florida (que utiliza casi exclusivamente software libre en su administración —no solo en sus servidores sino también en las interfaces gráficas que utilizan sus empleados), la National Science Foundation estadounidense (que ha utilizado sistemas operativos de software libre en la creación de supercomputadores en contratos superiores a \$50 millones de dólares) y muchos otros que confirman la calidad de los programas de software libre.²⁷

²⁷ <http://bachue.com/colibri/index.html>.

A finales del año 2003, representantes de los gobiernos, universidades y empresas de China, Japón y Corea firmaron un acuerdo para desarrollar conjuntamente un sistema operativo basado en Linux para el mercado asiático, que fuera una alternativa al sistema Windows de Microsoft.

El software libre permite a los gobiernos locales el intercambio de software y experiencias y ofrece un marco donde pueden compartir los gastos de desarrollo de software. Otros países han favorecido legislativamente este uso a través de las llamadas leyes de software libre.

En la región de Extremadura, España, se han adoptado de manera oficial en colegios y oficinas; en Canarias, el Parlamento ha recomendado al Gobierno la difusión en la sociedad del uso de software libre y su introducción en la administración pública y en la educación; el Gobierno Malayo ha decidido utilizar software libre desde noviembre del 2001; en el Reino Unido, el gobierno ha publicado un primer borrador de su política sobre el uso de software libre, solicitando comentarios del público. En China el gobierno ha contratado el desarrollo de sistemas de software libre con el objetivo de disminuir la dependencia de compañías extranjeras para el software que utiliza para controlar su infraestructura. En Francia, por su parte, se encuentra en curso un proyecto de ley especificando que "Los servicios del Estado, las colectividades locales y los establecimientos públicos pueden utilizar únicamente programas de computador cuyo uso y su modificación sean libres y para los cuales el código fuente esté disponible" y dentro de este proyecto de ley se plantea la creación de la Agencia de Software Libre.

En Argentina se encuentra en curso un proyecto de ley especificando que "Los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, los Organismos Descentralizados y las Empresas donde el Estado Provincial posea la mayoría de acciones, emplearán en sus sistemas y equipamientos de informática exclusivamente programas (software) libres". En Perú está en curso

un proyecto de ley bastante similar al argentino:²⁸ "Se establecerá la aplicación y el uso obligatorio de programas de software libre en el Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, los Órganos Autónomos y Descentralizados Regionales o Locales y en las Empresas donde el Estado sea accionista mayoritario".

En California, Estados Unidos, se encuentra en curso un proyecto de ley conocido como el Digital Software Security Act que, con el propósito de "mejorar la seguridad, interoperabilidad y calidad del software, disminuir sus costos e incentivar la competencia entre sus proveedores", establece que todo el software adquirido por el Estado y sus agencias y ramas sea software libre. En Brasil varias ciudades (Amparo, Solonópole, Ribeirao Pires y Recife) han aprobado leyes que le dan preferencia o requieren el uso de software libre. En este momento otras localidades y el gobierno nacional están considerando una legislación similar. En Florencia, Italia, la legislación establece el uso de software libre siempre que sea posible. En Alemania, el gobierno tiene contratos con IBM con el propósito de estandarizar el uso de sistemas de información basados en el modelo de software libre a nivel federal, estatal y de comunidades. Como si fuera poco, existen importantes proyectos de ley con la misma motivación que esta ley en naciones como Bélgica, Venezuela, Finlandia y Noruega, entre otras.²⁹

Brasil, por su parte anunció en el año 2003 que utilizaría software libre en prácticamente todas las áreas de su Gobierno para fomentar así el desarrollo local y desvincular la inversión pública de las grandes multinacionales, reducir la exclusión digital, aumentar la capacidad profesional nacio-

²⁸ En Perú se malogró un primer intento por la acción de Microsoft y ahora se encuentra en estudio una segunda propuesta.

²⁹ Todos estos ejemplos fueron tomados de la recopilación que aparece en el sitio <http://bachue.com/colibri/index.html>.

nal y aumentar la participación popular en las nuevas tecnologías. Una parte importante de la responsabilidad del avance de este movimiento en Brasil recae en la iniciativa "Software livre", que impulsa el uso del software libre en la Administración pública y ha venido reorganizando el Foro Internacional de Software Libre, que en el año 2004 celebró su quinta edición. El proyecto, de carácter no gubernamental, trabaja conjuntamente a la alcaldía de Porto Alegre, el Gobierno federal y otras secciones de la Administración pública de Brasil para la expansión del software libre en las diferentes áreas del Gobierno.³⁰ A pesar de todos estos intentos el camino no es lineal y las presiones de los grandes monopolios, cuyos intereses se ven afectados, marcan retrocesos en el mismo.

Frente a la concentración de la información a través del copyright, muchas páginas de Internet apoyan su difusión a través del copyleft. Ya se ha puesto a disposición de los usuarios, incluso, un buscador Yahoo de contenidos libres, o sea, publicados bajo licencia Creative Commons, que cuenta con 4.7 millones de páginas; y, aunque resulte contradictorio, existen páginas que difunden ideas antihegemónicas y de oposición al poder de los monopolios que se encuentran protegidas por el copyright, lo cual entorpece, lejos de propiciar, la necesaria difusión de sus puntos de vista.

³⁰ Jordi Mas i Hernández, ob. cit.

Capítulo 10

DEBATES INTERNACIONALES

Los representantes de la sociedad civil ante la Cumbre de la Sociedad de la Información,¹ celebrada en Ginebra en el 2003, analizaron muchos de los temas que hemos tratado en este texto e hicieron propuestas que incluyen la necesidad de una revisión de los instrumentos internacionales actuales para la regulación de la propiedad intelectual existentes, incluidos los ADPIC y los tratados de la OMPI, con el objetivo de que sirvan realmente para promover la diversidad cultural, lingüística y mediática y para contribuir al desarrollo del conocimiento humano. También exigieron un análisis de los efectos de la aplicación del régimen vigente sobre la pobreza y los derechos humanos.

Igualmente hubo fuertes pronunciamientos acerca de la necesidad de excluir a la cultura de los acuerdos de comercio internacional y de garantizar un rico acervo de conocimientos de dominio público. Se subrayó la imprescindible limitación de los períodos de validez de los derechos de autor, la adopción de medidas especiales destinadas a preservar la diversidad y proteger los recursos culturales, intelectuales y

¹ “Declaración de la sociedad civil a la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información”, en <http://alainet.org>. Adoptada por unanimidad en Plenaria por la sociedad civil de la CMSI, 8 de diciembre, 2003.

naturales de las poblaciones indígenas, hoy desprotegidas; el acceso de todos al conocimiento a través de los medios de comunicación, mediante documentación gratuita, bibliotecas públicas y otras iniciativas. Se resaltó además que todos los datos de información científica deben ser accesibles gratuitamente a través de bases de datos de libre acceso.

Un tema que se logró incluir en la Declaración Final de la Cumbre fue la necesidad de garantizar que los resultados de cualquier labor financiada con fondos públicos u organizaciones sin fines de lucro pasen a ser de dominio público, así como la promoción de la utilización de programas gratuitos. La sociedad civil finalmente se pronunció por un nuevo equilibrio de propiedades intelectuales para los creadores que proteja su trabajo y que permita a la vez un adecuado aprovechamiento por parte de la sociedad de estas contribuciones.

Pero la llamada segunda fase de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, que se desarrolló en Túnez, en noviembre del 2005, tuvo pocos resultados concretos. Si bien adoptó el "Compromiso de Túnez" y el "Programa de Acciones de Túnez para la Sociedad de la Información" no se alcanzaron las necesarias respuestas a los problemas ya identificados en Ginebra hacía dos años.

No hubo pronunciamientos concretos ni compromisos por parte de los países desarrollados para la reducción de la llamada "brecha digital", las diferencias existentes entre ellos y los países subdesarrollados² parecen no tener prevista una disminución en los próximos años. Se logró, no obstante, que se reconociera la existencia de un vínculo entre las nuevas tecnologías y el cumplimiento de las Metas de Desarrollo del

² Las diferencias existentes fueron señaladas en la intervención de la delegación cubana. Por ejemplo, EE.UU. y Canadá tienen 74 computadoras y 60 líneas de teléfono fijas por cada 100 habitantes, mientras en África hay 1.76 computadoras y 3.09 líneas fijas, por igual cantidad de personas.

Milenio y que se subrayara la importancia de las políticas públicas más allá de las iniciativas privadas.

La reunión reconoció el software libre como una opción válida, algo que ha sido visto por algunos como un avance; pero no hubo pronunciamientos efectivos sobre el régimen de propiedad intelectual ni sobre la importancia del dominio público amenazado por las legislaciones restrictivas.

EL PAPEL DE LA OMPI

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, instituida por el Convenio de Estocolmo del 14 de julio de 1967,³ está muy ligada al desarrollo del Derecho de autor. Surgió de la necesidad de crear una Secretaría de carácter internacional para administrar tales convenios, planteada en el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial en 1883 y en el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas en 1886. Luego adquirió el estatus de organismo especializado de la ONU en 1974.

En octubre del 2004, durante el XXXI Período de Sesiones (15 Extraordinario) de la Asamblea General de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, se aprobó un

³ En este Convenio se refiere como disciplinas comprendidas en la propiedad intelectual: "...a las obras literarias, artísticas y científicas; a las interpretaciones de los A.I.E., a los productores de fonogramas y a las emisiones de radiodifusión; a las invenciones en todos los campos de la actividad humana; a los descubrimientos científicos; a los dibujos y modelos industriales; a las marcas de fábrica, de comercio y de servicio, así como a los nombres y denominaciones comerciales; a la protección contra la competencia desleal; y todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario y artístico". Artículo 2.

documento propuesto por Brasil y Argentina y copatrocinado por otros 12 miembros (Bolivia, Cuba, República Dominicana, Egipto, Ecuador, Irán, Kenya, Perú, Sierra Leona, Sudáfrica, Tanzania y Venezuela), al que se le ha llamado "Agenda del desarrollo", que exige se jerarquicen en el trabajo de la organización las metas del desarrollo y los derechos de los consumidores, como contrapeso del interés de los países y corporaciones con más poder.

La protección de la propiedad intelectual se considera una herramienta para la promoción de la innovación tecnológica y la transferencia y la difusión de tecnología. Sin embargo, no pueden contemplarse como un fin en sí mismas la protección de la propiedad intelectual ni la armonización de la legislación sobre propiedad intelectual, cuyo fin es aumentar las normas de protección en todos los países independientemente de su nivel de desarrollo.

El papel de la propiedad intelectual y su incidencia en el desarrollo deben evaluarse de manera cautelosa y en función de cada caso. La protección de la propiedad intelectual es un instrumento de política que en la práctica puede generar beneficios y costos variables en función del nivel de desarrollo de cada país. De ahí que sea necesario tomar medidas en todos los países para garantizar que los costos no superen los beneficios que ofrece la protección de la propiedad intelectual.⁴

La iniciativa adoptada prevé una serie de medidas, entre las que se encuentran: la adopción de una declaración de alto

⁴ "Propuesta de Argentina y Brasil para establecer un programa de la OMPI para el desarrollo discutido en el Trigésimo Primer período de sesiones de la Asamblea General de la OMPI", en http://www.wipo.int/documents/es/document/govbody/wo_gb_ga/pdf/wo_ga_31_11.pdf.

nivel sobre la propiedad intelectual y el desarrollo, que expresen las preocupaciones planteadas por los Estados miembros y por la comunidad internacional; la modificación del Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (1967), incluyendo la dimensión de desarrollo en los objetivos y funciones de la OMPI; establecer programas y planes coherentes de cooperación técnica entre la OMPI y los países del Tercer Mundo con el fin de fortalecer las oficinas nacionales de propiedad intelectual y convertirlas en elementos eficaces de las políticas nacionales; organizar un Seminario internacional conjunto OMPI-OMC-UNCTAD sobre propiedad intelectual y desarrollo; tomar las medidas apropiadas para lograr la amplia participación de la sociedad civil estableciendo una distinción entre las organizaciones de usuarios que representan los intereses de los titulares de derechos de propiedad intelectual y las ONG, que defienden los intereses del público; crear un Grupo de Trabajo sobre el Programa para el Desarrollo, entre otros.

Brasil realiza un aporte importante a este debate con la propuesta presentada en la Primera reunión intergubernamental sobre el programa de la OMPI para el desarrollo, donde se hacen serias críticas al trabajo de esta organización y propuestas concretas para revertir la situación.

Según el informe, en la labor de la OMPI no se han reflejado los debates internacionales actuales relativos a la propiedad intelectual. Sus esfuerzos, afirma, han estado dirigidos a difundir que el desarrollo es consecuencia directa del fortalecimiento de la protección de los derechos de propiedad intelectual —interés de los titulares— sin tener en cuenta la evaluación de sus consecuencias para la sociedad en general y la particular situación de los países del Sur.

En el aspecto normativo, el documento afirma que se evidencia que la organización ha impulsado, sin el debate adecuado sobre su factibilidad, la adopción de acuerdos y normas mínimas internacionales que no se ajustan a los diferentes

niveles de desarrollo de los países miembros y sus necesidades sociales. Y continúa:

Si bien es posible que en determinadas circunstancias la protección de la propiedad intelectual fomente la creatividad y la innovación, no es la única manera ni necesariamente la más eficiente o adecuada para hacerlo en todas las oportunidades y en todos los sectores de la economía. De manera análoga, es muy objetable que la armonización ascendente de las normas sobre propiedad intelectual, es decir, aplicar criterios más rigurosos de protección en todos los países con independencia de sus niveles de desarrollo, deba percibirse como un fin en sí mismo. Parece natural pensar que la OMPI debería examinar y tener en cuenta todas las características de los derechos de propiedad intelectual vigentes, así como los costos económicos y sociales que la protección de la propiedad intelectual puede imponer a los países en desarrollo y países menos adelantados, y a los consumidores de conocimientos y tecnologías, tanto en el Norte como en el Sur. Además, la OMPI debe manifestar amplitud de criterio respecto de sistemas alternativos no relacionados con la propiedad intelectual, destinados a fomentar la creatividad, la innovación y la transferencia de tecnología, sistemas que debería examinar activamente, reconociendo al mismo tiempo los beneficios y costos de cada uno de ellos. Deberían adoptarse criterios más estrictos de protección solo cuando fuese claramente necesario y adecuado para promover la creatividad y la transferencia de tecnología, y cuando los beneficios superen los costos de esa protección.⁵

⁵ "Propuesta de establecer un Programa de la OMPI para el desarrollo, análisis detallado de las cuestiones planteadas en el documento WO-6A-31-11", documento IMM/1/4/, en www.wipo.org.

Y añade enfáticamente:

Cualquier intento de realizar una armonización ascendente de la protección de la propiedad intelectual sin tener debidamente en cuenta los posibles costos de esas iniciativas para los países en desarrollo y los PMA,⁶ como para los consumidores y el público en general, estaría en disonancia con el mandato encomendado a la OMPI por las Naciones Unidas.⁷

Otro aspecto analizado es el referido a la asistencia técnica:

El tipo de asistencia técnica que ha sido suministrado en las últimas décadas en el ámbito de la propiedad intelectual ha suscitado una serie de preocupaciones. Estas preocupaciones guardan relación con la filosofía en la que se basa el suministro de asistencia técnica, así como con el contenido de dicha asistencia y el proceso mediante el que se lleva a cabo.⁸

Las críticas más severas que se le hacen a la OMPI se refieren al haber equiparado erróneamente la dimensión del desarrollo con la prestación de asistencia técnica a los países subdesarrollados y la cual ha estado dirigida a perfeccionar las medidas de observancia en estos países, con un énfasis en la aplicación y ejecución de las obligaciones y no en el uso de las flexibilidades previstas en los instrumentos internacionales como derechos.

La dimensión del desarrollo en lo referido a la propiedad intelectual entraña, para Brasil, el establecimiento de normas que partan de una evaluación sobre la incidencia real que puedan tener las mismas en el desarrollo de los países,

⁶ Países menos adelantados.

⁷ Documento IMM/1/4/, 6 de abril, 2005.

⁸ Ídem.

en la correspondencia entre la asistencia técnico-jurídica y de cooperación que se brinda y las demandas reales, teniendo en cuenta la necesidad de todas las partes interesadas y no solo de los titulares de derechos. El documento rechaza el uso de la asistencia técnica como un sistema de recompensas para apoyar determinadas posiciones en las negociaciones de la OMPI, abogando porque se traten por igual a todos los beneficiarios y a todas las cuestiones a examinar.

También es importante para el logro de los objetivos del desarrollo que la OMPI esté dispuesta "a examinar sistemas no relacionados con la propiedad intelectual y/o sistemas no exclusivos para promover la creatividad, la innovación y la transferencia de tecnología, por ejemplo, pautas de colaboración abierta en la investigación, creación de programas informáticos de código abierto y gratuitos, sistemas de responsabilidad pecuniaria y fomento de la creatividad tecnológica en aras del bien público, reconociendo a la vez los beneficios y costos que entraña cada sistema".⁹

Respecto al funcionamiento de la organización, el documento se refiere a la necesidad de favorecer la transparencia y la inclusión con la participación de representantes del interés público en los procesos de la OMPI. La participación preponderante que se concede a la industria y al "sector comercial" por sobre estos, plantea reservas entre otras partes interesadas. Las normas de propiedad intelectual no pueden ser formuladas por abogados especializados y grupos de titulares, pues tienen una gran incidencia en el ejercicio de otros derechos, como los que corresponden a la salud, a la educación y a la cultura.

Según Brasil, el redimensionamiento del trabajo de la organización en función de los objetivos del desarrollo es necesario. Debe adoptarse un enfoque normativo más equilibrado y global que dé prioridad a la formulación y negociación de

⁹ Ídem.

normas que tengan en cuenta tales objetivos. Esta actividad normativa debe basarse en datos concretos y análisis de costos y beneficios teniendo en cuenta la posible pérdida de espacio para políticas públicas.

Importante, a nuestro juicio, resulta la siguiente propuesta:

Deberán considerarse especialmente las alternativas existentes tanto dentro como fuera del sistema de propiedad intelectual que permitan alcanzar objetivos similares sin fomentar el monopolio de los conocimientos. Por ejemplo, deberá estudiarse la posibilidad de utilizar modelos de acceso público para fomentar la innovación y la creatividad como opción viable y conveniente en numerosos contextos. Dado que la concesión de derechos exclusivos ocasiona frecuentemente costos considerables, especialmente en cuanto al acceso a los conocimientos y a productos fundamentales que tienen una importancia vital para el desarrollo social y económico, toda iniciativa que implique la creación de nuevos derechos de propiedad intelectual o derechos ampliados deberá adoptarse únicamente si se demuestra que es superior, desde el punto de vista social y económico, a las soluciones basadas en la creación de bienes públicos. De hecho, reconociendo que en las normas internacionales vigentes en el ámbito de la propiedad intelectual se ha hecho hincapié en la protección de los derechos en contraposición al dominio público, la OMPI deberá poner empeño en buscar la manera de salvaguardar y promover el dominio público y las actividades innovadoras y creativas que dependen de él.¹⁰

Brasil se pronuncia a favor de que la propiedad intelectual apoye adecuadamente los derechos fundamentales y los objetivos de política pública consagrados por la comunidad in-

¹⁰ Ídem.

ternacional incluidos en los objetivos del Desarrollo del Milenio, en el Plan de Acción de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible y el Convenio sobre Diversidad Biológica, a lo que tendríamos que añadir, una vez en vigor, los objetivos planteados en la Convención para la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, recién aprobada y en proceso de ratificación.

El documento afirma que, como norma, deberán ser excepcionales los derechos o normas que sobrepasen los establecidos por el Acuerdo sobre los ADPIC de la OMC y aboga por el uso de políticas apropiadas relativas a criterios de protección, validez de los derechos, excepciones a los derechos exclusivos, el uso por parte de los países de instrumentos públicos —requisitos de divulgación y explotación, licencias obligatorias, programas de código abierto— y otros aspectos administrativos y de procedimiento. También reconoce, como posibles iniciativas a asumir por parte de los países subdesarrollados, la creación, mediante acuerdos bilaterales, de espacios de dominio público de los signatarios a los que se incorporen resultados investigativos financiados con fondos públicos, como una vía para favorecer el flujo internacional de información científica y tecnológica.

Por su parte, en apoyo a la propuesta de los llamados “Amigos del Desarrollo”, se ha promovido la “Declaración de Ginebra sobre el futuro de la OMPI”, suscrita por más de 500 prominentes científicos e intelectuales y organizaciones de numerosos países:¹¹

Durante generaciones, —dice la Declaración— la agencia ha respondido ante todo a las estrechas conveniencias de

¹¹ Entre los que se encuentran organizaciones como Consumers International, Medecins sans Frontieres, Access to Essential Medicines Campaign, la IFLA; miembros de otras como Third World Network, Electronic Frontier Foundation y muchas más.

editoriales, laboratorios farmacéuticos, empresas semilleras y otros poderosos actores empresariales.

No pedimos que la OMPI abandone sus esfuerzos para la promoción de una adecuada protección de la propiedad intelectual o abandone todos los esfuerzos para armonizar y mejorar estas leyes. Pero insistimos en que la OMPI trabaje desde el marco más amplio descrito en el acuerdo de 1974 con la ONU y se decida por una visión más balanceada y realista de los beneficios y costos sociales de los derechos de propiedad intelectual como una herramienta, pero no como la herramienta única, para apoyar la actividad intelectual creativa.

La OMPI debe además expresar una visión más equilibrada de los beneficios relativos de la armonización y la diversidad, y tratar de imponer una obediencia mundial solo cuando esta beneficie realmente a toda la humanidad. Un enfoque en el que se impone las mismas políticas a todos los países y que implica los más altos niveles de protección de la propiedad intelectual para todos, nos conduce a resultados injustos y agobiantes para los países que luchan por cubrir las necesidades más básicas de sus ciudadanos.¹²

Resulta paradójico oír hablar a esta organización del nuevo paradigma tecnológico y de las dificultades que enfrentan los países en desarrollo, sin que exista un cuestionamiento de las causas ni se proponga la más mínima desviación al camino que hasta aquí hemos transitado.

La Free Software Foundation Europe declara desde el sitio de la Red de Monitoreo en Propiedad Intelectual:

Estamos convencidos de que las nuevas respuestas a veces requieren nuevas preguntas, y no una repetición más cuidadosa de las viejas preguntas. Una Organización Mundial

¹² "Declaración de Ginebra sobre el futuro de la OMPI", ed. cit.

de la Propiedad Intelectual (OMPI), comprensiblemente, siempre se inclinará a aplicar el juego de monopolización preconcebido al que se refiere como Propiedad Intelectual; un término que encontramos cargado ideológicamente y peligrosamente ajeno a las diferencias significativas que existen entre las muchas áreas de la ley que pretende subsumir.

Aunque puede contemplar formas de concesión de monopolios, semejantes a la propiedad, mejores y posiblemente más sostenibles socialmente, OMPI no lo tendrá fácil a la hora de buscar soluciones alternativas. OMPI no es lo que necesitamos.

Necesitamos una Organización Mundial de la Riqueza Intelectual, dedicada a la investigación y promoción de formas nuevas e imaginativas de estimular la producción y disseminación del conocimiento. Otorgar monopolios limitados y control limitado sobre ciertos tipos de conocimiento puede ser parte de los instrumentos de estas nuevas organizaciones, pero no el único, y puede que incluso no el más importante.¹³

Pero el gobierno de los EE.UU. considera que no hay nada que analizar, que la OMPI ha cumplido y cumple con sus funciones y que el desarrollo está garantizado con asegurar que en todos los países en desarrollo se implanten los modelos de protección de propiedad intelectual que promueven los países del Norte. En la Primera Reunión Intergubernamental entre períodos de sesiones sobre un programa de la OMPI para el desarrollo, celebrada en Ginebra, (abril, 2005), la delegación norteamericana presentó un documento que decía:

La OMPI ha desempeñado un papel de primaria importancia en la promoción del sistema internacional de propiedad inte

¹³ Free Software Foundation Europe, "Hacia una organización de la riqueza intelectual", en <http://www.redpi.org/index.php>.

lectual y de su uso por los países en desarrollo como instrumento de desarrollo. La OMPI destina ingentes recursos a ayudar a los países en desarrollo en su aplicación de un marco de propiedad intelectual que fomente la innovación y el crecimiento económico, teniendo en cuenta las circunstancias propias de cada país, sus necesidades y objetivos. En resumidas cuentas, desde hace tiempo ya la OMPI tiene un sólido 'programa para el desarrollo' en todos sus ámbitos de trabajo, que ofrece actividades de desarrollo de excelente calidad para los Estados miembros que las soliciten. Con el impulso dado por el éxito de sus sistemas de protección mundial, a saber, el Sistema del PCT para las patentes, el Sistema de Madrid para las marcas y el Sistema de La Haya para los diseños industriales, la OMPI se ha posicionado entre los principales proveedores de asistencia para el desarrollo en materia de P.I. En el decenio pasado, el presupuesto de la OMPI se ha triplicado, incluyendo la porción destinada a la cooperación para el desarrollo, ampliando considerablemente el papel de la OMPI en lo que se refiere a las actividades de asistencia para el desarrollo en materia de P.I. La utilización por los países en desarrollo de los servicios de la OMPI de protección mundial ha aumentado considerablemente en los últimos años. La OMPI ha desempeñado, y debe seguir desempeñando, un papel importante en el fomento del desarrollo mediante la promoción de la propiedad intelectual en todo el mundo y profundizando y ampliando sus conocimientos especializados en propiedad intelectual, en lugar de quitarles valor.¹⁴

¹⁴ Primera Reunión Intergubernamental entre Períodos de Sesiones sobre un Programa de la OMPI para el Desarrollo Ginebra, 11-13 de abril, 2005. "Propuesta de los Estados Unidos de América para el establecimiento en la OMPI de un programa de creación de enlaces", documento IIM/1/2, en www.wipo.org.

Y arremete después culpando a las propias víctimas en un inaceptable intento de defender el modelo neoliberal y justificar las desigualdades:

Sin embargo, la propiedad intelectual por sí sola no basta para generar desarrollo, y puede aportar solo una parte de la solución. La propiedad intelectual puede beneficiar a todos los países, pero no todos obtendrán los mismos beneficios, porque la propiedad intelectual constituye tan solo una parte de la infraestructura necesaria para estimular el desarrollo. Este depende también de muchos otros elementos, entre ellos, el fortalecimiento del capital humano, la liberalización de las políticas comerciales y de inversiones, la consolidación del Estado de Derecho, la puesta en práctica de políticas macroeconómicas estables y la aplicación de políticas reguladoras que favorezcan la competencia. Además, otro factor importante que pesa en el desarrollo de un país es la existencia de prácticas corruptas. El soborno, la corrupción y la extorsión desvirtúan los mercados competitivos, suponen un desvío improductivo de recursos y frenan la inversión, la transferencia de tecnología y el desarrollo.¹⁵

Recientemente ha sido divulgado por muchos sitios en Internet, entre ellos el llamado Portal de la Sociedad Civil del Sur, un documento en el que se denuncian algunos procedimientos que evidencian una parcialidad de la OMPI a la hora de implementar las importantes medidas aprobadas por su Asamblea General. Esta Carta Abierta a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, dirigida al Director General de la organización ha sido suscrita por más de mil personalidades e instituciones. Al respecto este documento refiere:

Que la reciente política de la OMPI de no aceptar ONGs como observadoras 'ad hoc' (o sea, a las que no se le hubiere otor

¹⁵ Ídem.

gado previamente la condición de observadora permanente) en la Reunión Intergubernamental Intersesional y en el Comité Permanente sobre cooperación para el desarrollo relacionado con la propiedad intelectual, que tendrían lugar del 11 al 13 y del 14 al 15 de abril de 2005, imposibilita a las mismas su participación. Esta política —denuncia el documento— constituye una manipulación del procedimiento para cercenar la participación de las ONGs de la sociedad civil, lo cual es uno de los objetivos expresados en la Agenda del desarrollo propuesta. Como resultado de ello, los delegados de la OMPI de 182 países discutirán sobre cooperación para el desarrollo y su relación con la propiedad intelectual sin escuchar a los principales expertos mundiales en estas materias.

Que 15 y 16 de febrero de 2005 la OMPI organizó la Reunión sobre armonización de leyes de patentes, donde solo Brasil entre los copatrocinadores de la Agenda del Desarrollo fue invitado. En ese encuentro se invitó a la India, tradicional aliada de Brasil en cuestiones de propiedad intelectual, a ejercer la presidencia con el objetivo de neutralizar su participación, pues no está permitido que el estado que preside o modera 'interfiera' en las discusiones. Esta maniobra tuvo como efecto aislar al Brasil, y hacer aparecer su posición como obstruccionista ante los observadores externos, entre los que estaban administraciones nacionales de patentes, las organizaciones industriales de titulares de derechos, y otros estados que permanecieron pasivos en los debates sobre la Agenda de Desarrollo en la OMPI o que ya se hallan comprometidos con regímenes de patentes TRIPS-plus.

La Convocatoria al Seminario Internacional Conjunto sobre Propiedad Intelectual y desarrollo OMC, UNCTAD, ONUDI, OMS fue retirado prematuramente del sitio web de la OMPI, haciendo constar los denunciantes que esto atenta contra la iniciativa que prevé que este seminario debe

de estar abierto a la participación de todos los interesados, incluyendo ONGs, sociedad civil y académicos.¹⁶

De ser así, poco se puede esperar del proceso de repensar y decidir sobre el futuro de la OMPI.

Otros procederes son revelados por IP Justice, EFF y Union for de Public Domain en carta dirigida a la Sra. Rita Hayes Vicedirectora General de la OMPI en la que se denuncia un hecho insólito ocurrido durante la Duodécima Sesión del Comité Permanente de Derechos de Autor y Derechos Conexos: el presunto robo de los materiales que exponían sus consideraciones críticas acerca del Tratado sobre Radiodifusión en debate.

Tanto el día de ayer, como hoy por segunda vez, las declaraciones escritas proporcionadas por IP Justice y por Electronic Frontier Foundation, las cuales fueron colocadas sobre la mesa designada para los 'documentos de base', fueron robadas minutos después de haber sido depositadas sobre la mesa. Además, el día de ayer los documentos proporcionados por 'Union for the Public Domain' también resultaron extraviados poco después de haber sido depositados en la mesa.

Esta mañana, muchos de estos documentos fueron recuperados; extraídos del basurero del sanitario de hombres del primer piso. Otro paquete de declaraciones de IP Justice así como las copias de la propuesta alternativa de las ONGs 'NGO Proposal for a Broadcasting Treaty', fueron recuperadas; estas se encontraban detrás de un escritorio en la planta baja. Estos documentos proporcionados por IP Justice, EFF y The Union for the Public Domain, eran críticos con el tratado sobre radiodifusión propuesto. Los documentos

¹⁶ "Carta Abierta a la Organización Mundial de la Propiedad intelectual (OMPI)", en <http://www.choike.org>.

elaborados por la industria televisiva, que claman la adopción del tratado permanecen; sin embargo, inalterados sobre la mesa de 'documentos de base'.¹⁷

Tal es hoy el escenario internacional en que se debaten las normas de Propiedad intelectual.

¹⁷ <http://www.cpsr-peru.org/lpi/internacional/sscr/>.

Capítulo 11

EXPERIENCIA CUBANA

El 29 de abril de 1967, en clara anticipación al debate actual, Fidel expresó:

¿Cómo es posible pretender negarle [...] a miles de millones de seres humanos que viven actualmente en la pobreza, en el subdesarrollo, cómo pretender impedirles el acceso a la técnica que [...] necesitan para algo tan elemental como es alimentarse, para algo tan elemental como es vivir? [...] Nosotros consideramos que los conocimientos técnicos deben ser patrimonio de toda la humanidad, que lo que ha creado la inteligencia del hombre debe ser patrimonio de toda la humanidad.¹

No me propongo abordar en detalle aquí la experiencia cubana. Baste decir que, aunque muy susceptible de perfeccionarse, ha demostrado que es posible defender y favorecer la creación en su concepto más amplio y hacer a la vez un uso adecuado de sus resultados en favor de la educación y la cultura de la sociedad.

La Ley 14, "Ley de Derecho de autor", del 28 de diciembre de 1977, en su Artículo 1 establece que la misma tiene como

¹ Fidel Castro Ruz, discurso pronunciado en Guane, Pinar del Río, el 27 de abril, 1967, en *Granma*, 30 de abril, 1967, p. 3.

objeto brindar la debida protección al derecho de autor en la República de Cuba, en armonía con los intereses, objetivos y principios de nuestra revolución socialista, y en su Artículo 4 determina cuáles son los derechos otorgados al autor:

- a) exigir que se reconozca la paternidad de su obra y, en especial, que se mencione su nombre o seudónimo cada vez que la misma sea utilizada en alguna de las formas previstas en esta Ley;
- b) defender la integridad de su obra, oponiéndose a cualquier deformación, mutilación o modificación que se realice en ella sin su consentimiento;
- c) realizar o autorizar la publicación, la reproducción o la comunicación de su obra al público por cualquier medio lícito, bajo su propio nombre, bajo seudónimo o anónimamente;
- d) realizar o autorizar la traducción, la adaptación, el arreglo o cualquier otra transformación de su obra;
- e) recibir una remuneración, en virtud del trabajo intelectual realizado, cuando su obra sea utilizada por otras personas naturales o jurídicas, dentro de los límites y condiciones de esta Ley y sus disposiciones complementarias así como cuantas otras disposiciones legales se establezcan sobre la materia.²

Pero si importante fue el reconocimiento de estos derechos al autor, también lo fue el principio recogido en su Artículo 3:

La protección al derecho de autor que se establece en esta Ley está subordinada al interés superior que impone la necesidad social de la más amplia difusión de la ciencia, la técnica, la educación y la cultura en general. El ejercicio

² "Ley 14. Ley de Derecho de Autor de Cuba", en www.min.cult.cu/legislacion/documentos/ley14.html.

de los derechos reconocidos en esta Ley no puede afectar estos intereses sociales y culturales.³

Esta práctica ha sido indispensable en el logro de los resultados que en lo educacional y cultural muestra la Cuba actual.

Los orígenes de la legislación autoral cubana se remontan a la Real Orden de 14 de enero de 1879, momento en el cual se hace extensiva a Cuba la Ley de Propiedad Intelectual Española y su Reglamento. Tales normas estuvieron vigentes hasta su derogación por la actual Ley No. 14. No nos consta que en la etapa republicana hubiese intenciones de adecuar la ley española a las necesidades nacionales. La mayoría de las normas de esa etapa se refirieron a reglas para la inscripción de periódicos y revistas, requisitos formales en la prensa y otros controles burocráticos.

En junio de 1946, en la Conferencia Interamericana de Expertos para la Protección de los Derechos de Autor, celebrada en la Unión Panamericana, hoy Organización de los Estados Americanos, en Washington, el gobierno cubano suscribió la Convención Interamericana sobre el Derecho de Autor en Obras Literarias, Científicas y Artísticas. Este paso, al decir de Martínez Hinojosa, fue realmente sorprendente; pues Cuba no había participado en ningún convenio en la materia, ni podían constatarse avances en la vida cultural del país que lo exigiesen. Solo podemos entenderlo como consecuencia de la convocatoria del gobierno de los EE.UU. que intentaba utilizar a los gobiernos bajo su esfera de influencia para lograr la "panamericanización" de un sistema de protección del derecho de autor que ya avanzaba en el resto de Latinoamérica con signo europeo, diferente del sistema anglosajón. Esta acción no nos benefició para nada durante la República ya que no estaba acompañada de un interés real por el fomento de la creatividad dentro de la sociedad y sí nos

³ Ídem.

hizo herederos en la etapa revolucionaria de compromisos que nada tenían que ver con las prioridades de la nueva sociedad.

En la década de los años 60, con el triunfo revolucionario, se producen transformaciones que van creando una estructura institucional de apoyo a la creación. Se fundan la Imprenta Nacional, antecedente del Instituto Cubano del Libro y del sistema editorial cubano; la Escuela Nacional de Arte; el Instituto Cubano de Arte e Industria Cinematográficos; la Casa de las Américas; la Empresa de Grabaciones y Ediciones Musicales (EGREM); el Teatro Nacional de Cuba y el propio Consejo Nacional de Cultura como organismo rector y coordinador del trabajo cultural.

Con la Campaña de Alfabetización como punto de partida, va surgiendo un ciudadano más preparado para apreciar la literatura y el arte y para expresarse en estos campos. La cultura recibe un importante impulso desde la propia creación.

Hubo también que tomar algunas medidas que, aunque no constituían una política integral bien estructurada, daban solución a problemas vitales para favorecer el desarrollo.

El 8 de agosto de 1960, por la Ley No. 860, se había creado el Instituto Cubano de Derechos Musicales (ICDM) con funciones propias de una entidad de gestión. Luego se crea la Oficina de Derechos Musicales y Propiedad Intelectual, en función hasta que el Decreto 20 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, del 21 de febrero de 1978, la declaró disuelta y traspasó al Centro Nacional de Derecho de Autor (CENDA) sus funciones y recursos.

Pero el avance en el terreno cultural y científico, desde el inicio mismo de la Revolución, ha tropezado con el bloqueo económico de los EE.UU. y los obstáculos que nos impone nuestra condición de país subdesarrollado. Es por ello que el Gobierno Revolucionario ha adoptado una política consecuente con la ética que le caracterizó desde sus primeros pasos.

Resulta muy impactante releer los conceptos expuestos por Fidel en abril de 1967, en Guane, Pinar del Río, a la luz

del debate contemporáneo y del análisis de las posiciones más revolucionarias, surgidas como alternativa a la grave crisis que, cuarenta años después, aún enfrenta hoy la sociedad en relación con el derecho de autor.

Señala Fidel en el discurso mencionado:

Cualquiera que lea la biografía de Balzac, que fue uno de los grandes novelistas del siglo pasado, se conmueve de ver la penuria en que vivió aquel buen hombre. Por lo general muchos de los grandes creadores han pasado mucha hambre porque no han tenido ninguna ayuda. Muchas obras intelectuales incluso han tenido un gran valor, pero mucho después que ya perecieron sus autores [...] Por lo general los productores intelectuales han vivido en la pobreza, han carecido del apoyo de la sociedad y han tenido que vender muchas veces a cualquier precio sus producciones intelectuales.⁴

Y continúa:

consideramos todos los conocimientos técnicos un patrimonio al cual tiene derecho toda la humanidad y que tienen especialmente derecho los pueblos que han sido los pueblos más explotados. Porque, ¿dónde está el hambre, dónde está el subdesarrollo, dónde está la ignorancia, dónde está la falta de los conocimientos técnicos? Allí en todas las regiones del mundo donde los hombres fueron criminalmente explotados por el colonialismo durante siglos y por el imperialismo.

Por lo general los libros técnicos se producen en los países desarrollados ¿y entonces los países pobres, los países explotados durante siglos no tienen acaso derecho a hacer uso de esa técnica cuando de sus propias costillas —duran

⁴ Fidel Castro Ruz, en *Granma*, ed. cit., p. 3.

te siglos— salieron muchos de los recursos con que esos países, armados de una técnica moderna, se desarrollaron?⁵

En otra ocasión, según narra Rolando Rodríguez, Fidel dijo:

En qué cabeza cabe que no solo nos quieran matar de hambre con el bloqueo, sino que nos quieran matar de ignorancia, porque no nos dan los derechos para reproducir las obras que necesita nuestra educación. Constituye una vergüenza para el mundo que se bloquee un país en su cultura, en su educación, en la formación de su inteligencia.⁶

Casi textualmente, Fidel expuso hace cerca de cuarenta años los principios que hoy es común encontrar, por ejemplo, en la mesa alternativa de la Cumbre de la Sociedad de la Información (que representa los intereses de la sociedad) , o en el Foro de Sao Paulo, o en los Foros antiglobalización, o en las Declaraciones del IFLA (Asociaciones de bibliotecarios de América Latina), o en la esencia del copyleft, o en los reclamos de los intelectuales de la mesa redonda En defensa de la Humanidad. A nuestro juicio, ese discurso contiene una visión de futuro que va más allá de las cuatro décadas que han transcurrido para seguir siendo un llamado de alerta sobre el destino que le espera al mundo del mañana si las tendencias privatizadoras del conocimiento, que ya llegan hasta el absurdo, siguen marcando la vida jurídica internacional.

En 1967, la Revolución Cubana se vio obligada a tomar decisiones radicales si pretendía enfrentar los retos del sub-

⁵ Ídem.

⁶ Rolando Rodríguez, "Génesis y desarrollo del Instituto Cubano del Libro (1965-1980). Memoria y reflexión", en *Debates Americanos*, no. 11 (67) enero-diciembre, 2001.

desarrollo. Fidel lo fundamentó así en aquel trascendental discurso:

En virtud de esos conceptos de propiedad intelectual nos veíamos en la necesidad, si queríamos satisfacer toda la demanda de libros que existía, de gastar decenas de millones de pesos en libros, pagándolos muchas veces por su precio. Y sin embargo, es tan difícil establecer en la práctica eso que se llama propiedad intelectual, que ya no era propiedad intelectual de los autores, del producto espiritual, sino de los que en el mercado, con dinero contante y sonante y a cualquier precio, es decir, por lo general, a bajos precios, habían pagado ese producto de la inteligencia. Los que tenían el monopolio de los libros tenían el derecho de venderlos al precio que estimaran pertinente. Era necesario tomar una decisión, una decisión desafiante, sí, pero justa. Y nuestro país adoptó de hecho, la decisión de abolir también la propiedad intelectual.⁷

Fue de esta manera que empezaron a imprimirse las llamadas "Ediciones R", Ediciones Revolucionarias. Dichos textos, de autores extranjeros, fundamentalmente norteamericanos, fueron imprescindibles para la formación técnica en campos tan importantes como la medicina, la ingeniería y muchos otros, donde la fuerza altamente calificada había emigrado en su mayoría a los Estados Unidos. Tales libros no podían ser objeto de lucro alguno y fueron entregados gratuitamente a los alumnos en las universidades y otros niveles de enseñanza.

No obstante, no se abolió la propiedad intelectual en su conjunto. La Revolución fue capaz, diez años después y solo a uno de constituida la Asamblea Nacional del Poder Popular como órgano legislativo, de promulgar la Ley 14 de 1977

⁷ Fidel Castro Ruz, en *Granma*, ed. cit., p. 4.

que, defendiendo los más legítimos intereses de los autores, colocaba el interés social en su justo lugar.

Pero Cuba ha tenido que diseñar y ejecutar sus proyectos de justicia social en medio de la agresión y la adversidad. Para obtener los recursos que necesita se ha visto obligada a colocar su producción intelectual en un mercado internacional monopolizado, ferozmente competitivo y a utilizar sus mecanismos, sin abandonar, en lo interno, los principios éticos socialistas. También en el plano internacional existen muestras suficientes de que, aun utilizando este mercado, la solidaridad ha sido un principio que nunca se ha abandonado, aun siendo difíciles las condiciones han sido.

En lo interno, la experiencia cubana en la investigación científica valida el papel de la cooperación en oposición al individualismo, a la competencia y al secretismo generado por la privatización del conocimiento. Al respecto, Agustín Lage argumenta:

El sistema de la Biotecnología Cubana fue desde sus inicios precisamente eso: un sistema. Cohesionado por la propiedad social y en función de los intereses del 'dueño' común que es el Pueblo Cubano, representado por el Estado Socialista, el sistema prioriza la cooperación (e integración) entre sus instituciones, y no la competencia.

Este concepto integrador se extiende fuera de los límites del sector de la Biotecnología, y abarca conexiones con instituciones de la Salud Pública, la Agricultura, la Educación Superior y otras, en una extensa y creciente red de interacciones cooperativas.

La construcción de redes de cooperación es así una forma concreta de crecimiento del sistema, que está llamada a ser más acelerada que el propio crecimiento orgánico de sus instituciones.

Nuestra ideología socialista siempre rechazó las relaciones de mercado y la competencia en busca de lucro, sobre

bases morales, por considerarlos generadoras de desigualdades e injusticia social. Continuamos rechazándolos sobre esas bases, pero hemos aprendido además, que a medida que se transita hacia una economía del conocimiento, las relaciones de mercado no son solamente fuente de injusticia, sino que son también fuente de ineficiencia.⁸

Más adelante, analizando la experiencia concreta del desarrollo alcanzado por la Biotecnología cubana, el mismo nos refiere:

Los productos de la Biotecnología Cubana se exportan hoy a más de 50 países de todos los continentes. De ahí provienen obviamente los recursos para la operación y el crecimiento del sistema.

La actividad exportadora del Polo Científico financia el componente en divisas de las producciones que se destinan al Sistema de Salud cubano, y ello permite no darle carácter 'de mercado' a las relaciones entre los Centros de la Biotecnología y el Sistema de Salud. Ello refleja un concepto ideológico muy importante: el Pueblo Cubano no es 'un cliente'. Todo lo contrario: el Pueblo Cubano es el dueño socialista de las instituciones, y como dueño se le sirve.

Ciertamente hay una complejidad inherente al mantenimiento de relaciones de mercado hacia el exterior, y relaciones de distribución socialista hacia el interior; pero es precisamente una complejidad que tenemos que aprender a manejar, pues ella contiene la semilla de una forma superior de distribución comunista de los resultados de la inversión social en ciencia y tecnología, semilla que hay que hacer germinar, y que algún día, en la medida en que se vayan

⁸ Agustín Lage Dávila, "Cuba Socialista: La Economía del conocimiento y el Socialismo. Reflexiones a partir de la experiencia de la Biotecnología cubana", ed. cit.

obteniendo términos justos de intercambio y relaciones de solidaridad, se irá extendiendo a las relaciones con otros países del Tercer Mundo. La cooperación en salud (que incluye el suministro de medicamentos y algunos productos biotecnológicos) con la República Bolivariana de Venezuela, ya comienza a anticipar ese futuro al que aspiramos.

A escala mundial, aun estamos lejos del establecimiento de relaciones 'socialistas' en el intercambio entre países, pero la realidad, y la racionalidad humana en la que hay que confiar, irá imponiendo formas de cooperación Sur-Sur, que irán desbrozando el camino. La economía basada en el conocimiento constituye un espacio especialmente propicio para ello.⁹

Respecto al Derecho de autor, hay que decir que Cuba es parte del Convenio de Berna, y por nuestra condición de país miembro de la Organización Mundial de Comercio nos son aplicables también los Acuerdos de los ADPIC. Nuestra legislación ha tenido algunas adecuaciones —recordemos que la ley data de 1977— pero no ha abandonado sus principios básicos y en el ejercicio de nuestra soberanía siempre se ha tenido en cuenta, en primer lugar, que el reconocimiento de los derechos intelectuales está subordinado a los intereses de la sociedad y que no pueden nunca constituir un obstáculo para los planes educacionales, científicos y culturales que están siendo continuamente renovados.

El Estado cubano utiliza todas las variantes para hacer posible la remuneración a los autores por el uso de sus obras, ya sean nacionales o extranjeros. Forma parte de la política cultural, además, que la creación no solo se protege de esta forma y son innumerables las vías utilizadas para ello, ya sea mediante la salvaguarda de la cultura popular tradicional, la protección y conservación de los bienes patrimonia-

⁹ Ídem.

les, la extensión de la enseñanza artística, la formación de instructores de arte para el trabajo comunitario y otros programas de gran impacto en el desarrollo del talento, la creatividad y en la difusión de sus resultados.

La Ley 14, aún vigente, sigue siendo un ejemplo de lucidez de quienes tuvieron a cargo su redacción y promulgación, profesionales que supieron interpretar las necesidades de una sociedad diferente y que, más allá de lo acumulado en la doctrina, requería de formulaciones diferentes. El principio ético y jurídico que iluminó esta ley, es en la actualidad el gran ausente en las legislaciones llamadas "más desarrolladas" de Europa y del resto del continente, y es el principio del equilibrio, de la protección por encima de todo monopolio exclusivo y de los intereses colectivos de la sociedad.

Nuestro país, gracias a la práctica de los principios enunciados, no siente hoy en día las contradicciones que se suscitan en el plano social en el resto del mundo con motivo de rígidas legislaciones autorales. La realidad es muy diferente: los niños aprenden desde la enseñanza primaria a trabajar con novedosos softwares, programas que se utilizan de forma gratuita y que gran parte han sido desarrollados por nuestras propias instituciones. Nadie paga por ello un centavo. Los más de 400 Joven Club cuentan con sedes en todos los municipios del país donde los jóvenes aprenden y se ejercitan sin costo alguno. En 325 casas de cultura se realizan a diario presentaciones artísticas, talleres, eventos teóricos, festivales, promoviendo las expresiones culturales de cada comunidad. Los dos canales educativos transmiten cursos de los más variados temas y perfiles, disponibles para todos. Es gratuita la enseñanza en todos los niveles, incluidas las más complejas carreras universitarias. En el país existen casi 400 bibliotecas públicas, 49 escuelas de arte, 306 museos que conservan y promueven el conocimiento de la historia y la cultura nacionales y de cada comunidad en específico. Hay una riquísima vida cultural protegida de los efectos del mercantilismo, accesible para todos.

A veces hemos padecido, en lo teórico, de una mirada excesiva hacia las legislaciones autorales foráneas, técnicamente impecables pero dañinas en cuanto a las consecuencias culturales y sociales de su aplicación. Esos países muestran una vida cultural que se empobrece, unos pocos autores favorecidos y otros muchos, de gran talento, en el total anonimato, y la presencia cada vez más fuerte y con mayor poder de las transnacionales del entretenimiento que fabrican mercancías y consumidores y definen lo que debiera ser la vida espiritual de la sociedad sobre la base de criterios de rentabilidad.

En Cuba, en el mercado del disco, la literatura y el audiovisual, por ejemplo, el creador cubano se relaciona, para la explotación de sus obras, con las productoras y editoras estatales cubanas, pero también con productoras y editoras extranjeras. En el mundo de hoy es imposible vivir aislado. Esto hace que nuestros artistas y creadores tropiecen en un mismo tipo de relación con sujetos que asumen formas diferentes de apropiación. En el caso nacional, el por ciento de los ingresos generados por empresas estatales y que no van a manos del artista se redistribuyen a nivel social —se revierten en fomento de la enseñanza artística, sistemas de seguridad social, subvención a proyectos no comercializables, protección al patrimonio, etc. Por otra parte, los ingresos que obtiene de una semejante relación la transnacional o la productora filial enriquecen un patrimonio ajeno que tiende a la concentración cada vez mayor de la riqueza.

Ante esta dispar concurrencia, tiene la legislación nacional que proteger al creador ante la apropiación privada de un posible titular extranjero y beneficiar al mismo tiempo la apropiación colectiva representada por las empresas estatales. A su vez, debe la legislación proteger a través de los sistemas de excepciones y limitaciones a la sociedad de los intereses económicos empresariales, aún cuando estos representan en última instancia —al ser empresas del Estado—, los de la sociedad misma.

El equilibrio, en tan excepcionales circunstancias se encuentra con problemáticas muy particulares. Está de más hablar sobre las contradicciones que se adicionan al tratar de insertarnos en un mercado internacional con estándares de protección diferentes o ante las presiones externas que abogan por la homologación de legislaciones. El bloqueo y otras situaciones económicas de emergencia han propiciado, además, políticas necesarias y soluciones puntuales de hondo significado, a fin de salvar la creación artística y que no cuenten tampoco con referentes internacionales.

Al igual que sucede en la biotecnología, en la cultura también se han tenido que aplicar fórmulas muy propias para garantizar el desarrollo que en la actualidad exhibimos. Los beneficios económicos procedentes de la comercialización internacional de nuestros bienes y servicios culturales favorecen económicamente a sus actores (autores, intérpretes, etc.) y los ingresos de las organizaciones comerciales que participan en ello son destinados para proyectos que, por su naturaleza, no tienen una supervivencia posible dentro del mercado.

A la luz de este análisis resultan comprensibles la particularidades de dicha realidad, que no puede hacer uso del Derecho comparado, ni tampoco asumir la práctica promovida por ejercicios académicos o realizados en foros internacionales, ni buscar referentes ajenos que conduzcan a conclusiones alejadas a nuestros objetivos. Cuba, no obstante sus especiales circunstancias, ha mantenido invariablemente en el centro de la política educacional, científica y cultural, la defensa de la soberanía nacional, de la identidad, la garantía del acceso al conocimiento para todos, la aplicación de los resultados científicos para bien de la sociedad en su conjunto, el fomento de la creatividad y la cooperación y el desarrollo de una activa vida cultural. Lo que nos ha diferenciado y nos diferencia es el principio de alejar la creatividad, la cultura, el conocimiento, la investigación científica, en toda la medida posible, de su mercantilización.

Pero si bien nuestra práctica ha estado signada por la solidaridad, por proyectos de amplio sentido social y humanista, nuestro pensamiento jurídico en esta materia no ha tomado la suficiente autonomía. En Derecho de autor heredamos el sistema romano-francés y la influencia española aún está presente. Nuestra legislación y los debates a su alrededor han quedado por debajo de lo que se ha hecho en la práctica y en muchos aspectos ha quedado amarrada al Derecho de autor "occidental". Se identifica la protección al creador con la regulación de las formas de explotación comercial de sus obras, aún cuando una gran parte de los procesos de creación y difusión discurren fuera del mercado. Falta una legislación cultural que reconozca y sistematice la impetuosa y creciente práctica cultural de la sociedad y los innumerables planes que se llevan a cabo.

En el caso de las publicaciones científicas y para la educación, la política formulada y aplicada siempre ha sido la de promover el acceso libre al conocimiento y las publicaciones como medio para convertir la ciencia en un bien común y fomentar su avance. Siempre que ha sido necesario se han aplicado las fórmulas legales establecidas en nuestra legislación para la concesión de licencias por estos motivos. Como una importante experiencia de socialización de los conocimientos a la luz de las posibilidades que ofrece la nueva tecnología la brinda la red Infomed, dedicada a la información científica en la rama de la medicina y que permite el constante estudio y la actualización sobre temas de vital importancia y desde lugares muy distantes, a los profesionales de la salud.

A pesar de no haberse desarrollado legislativamente fórmulas propias al estilo de Creative Commons a fin de propiciar la cesión de derechos, las editoriales científicas y educacionales han asumido tales principios como política. Por ejemplo, Acimed, la editorial de las ciencias médicas, ha establecido que: "Se permite la reproducción total o parcial de los trabajos publicados, siempre que se cite su fuen-

te", que la convierte, de hecho, en una revista de acceso abierto.¹⁰

Respecto al software, el bloqueo impuesto por los Estados Unidos a la Isla ha motivado que, al negársele la posibilidad de contar con las licencias de uso, se haya extendido la utilización del software propietario. Una gran parte de los programas que entran al país lo hacen mediante copias no autorizadas, las cuales, con posterioridad, se reproducen libremente entre los usuarios. Esto, si bien no encarece los costos de informatización, no resuelve el problema de la dependencia tecnológica, realidad sobre la que se está trabajando ya muy concientemente a fin de revertirla.

Desde el año 1994 se trabaja en la implementación del software libre y poco a poco se han ido organizando grupos y aumentando el número de suscriptores. Existe una estrategia diseñada por el gobierno para su uso y aprendizaje, así como para la migración de todo el sector de la administración pública del país a este tipo de programas. El gobierno cubano está haciendo énfasis en el desarrollo de la Industria Cubana del Software (ICS) que cuenta ya con importantes recursos humanos y materiales invertidos.

¹⁰ Rubén Cañedo Andalia, ob. cit.

A MODO DE CONCLUSIONES

En el mundo de hoy, al igual que el medio ambiente, la cultura se encuentra en grave peligro. Lo está también sin dudas la especie humana.

El derecho de la cultura es una disciplina emergente que debe asumir la misión de hacer valer, a través de reglas y principios jurídicos, las necesidades y aspiraciones de la sociedad en relación con los valores culturales y en defensa de la identidad, del derecho a la diversidad y del acceso de todos a ese patrimonio espiritual insustituible. Es necesario garantizar en la actualidad, para todos los seres humanos, un espacio de protección previo a la creación, de manera que se favorezca y posibilite la misma; lo cual, a su vez, lleva implícito como precedente el reconocimiento y la posibilidad del ejercicio efectivo de otros derechos humanos.

En nuestros días la creación debe ser ante todo defendida frente a los intereses mercantiles que la desvirtúan. El derecho de autor, debe ser, en particular, defendido y salvado de la deformación que han provocado en él los intereses mercantiles. El acceso a las obras no puede depender únicamente de la capacidad de pago; tampoco es posible que la protección dependa únicamente de la capacidad del resultado de generar ingresos económicos.

En la actualidad y tras una aparente defensa de los derechos de los autores, los intereses empresariales suman a creadores, gobiernos y a la sociedad en general, al reforzamiento

de las legislaciones, la eliminación o reducción de excepciones y limitaciones y la utilización de un número cada vez mayor de medidas tecnológicas de protección y de licencias de uso restrictivas. Con ello, la cultura y el intercambio de conocimientos se ven severamente limitados. Las inmensas posibilidades que brinda la tecnología chocan contra un régimen de propiedad intelectual, que regula desde hace más de un siglo, la creación y que ha demostrado ya su incapacidad para seguir haciéndolo.

El estudio de los procesos creativos, en gran parte del planeta, y de las formas de apropiación vigentes demuestra la falta de una auténtica universalidad de los conceptos e instituciones creadas para su regulación, lo cual se agrava con los procesos globalizadores —que no tienden a la universalidad sino a la colonización— así como con la homogeneización legislativa. Muchos pueblos de los llamados originarios, utilizan formas de propiedad colectiva sobre los resultados de la creación y no reconocen al autor individual un papel relevante. A pesar de las décadas invertidas en debates, consultas y estudios, se han logrado pocos avances en una regulación específica que proteja las expresiones culturales tradicionales, defendiéndola de los usos ilegítimos y el saqueo y que ayude a su preservación.

Si bien es cierto que la globalización o “mundialización” trae consigo una repercusión universal de todos los procesos, la función del Derecho sigue siendo la de normar la vida de la sociedad. El Derecho regula las relaciones entre los seres humanos, interpretando y asumiendo la defensa de las necesidades sociales. Nada debería desvirtuar esa función. La sociedad necesita de la creación para alimentar su vida espiritual, ya que a través de la creación se expresa, deja sus huellas, se identifica, permanece... Debe protegerse la creación para el bien de la sociedad en su conjunto y a través de todas sus herramientas y mecanismos, garantizar un equilibrio. El Derecho es una categoría histórica concreta que responde al momento y a los requerimientos de cada sociedad. El proce

so globalizador no puede implicar, en aras de una homogeneización legislativa, la imposición de instituciones, normas, y estándares de protección que no se adecuan a las realidades de los diferentes países. El Derecho dejaría entonces de cumplir sus funciones esenciales.

En el pensamiento jurídico también está presente la ideología colonial. Se asumen referentes ajenos que se presentan como modelos supuestamente universales y que se asientan luego mediante normas e instrumentos internacionales de contenidos absolutamente coloniales. Las sociedades que cuentan con los regímenes "sólidos" y legislaciones de "avanzada" en materia de Derecho de autor, son precisamente aquellas que, aun contando con una herencia cultural admirable, presentan hoy una producción cultural simplificada, realizada sin dudas para satisfacer la demanda del mercado y desprovista de valores identitarios.

El intercambio cultural no requiere de la homogeneización legislativa, pues nace y necesita de la diversidad misma; el intercambio comercial sí. Las transnacionales, al utilizar todas las vías posibles, son las que ejercen presión para que los países subdesarrollados abran sus puertas a regímenes legales que no les interesan ni satisfacen, pero que garantizan las condiciones necesarias para la dominación.

El derecho de autor como derecho humano, implica el equilibrio entre el derecho del autor sobre su obra y el derecho de la sociedad a tener acceso a ella. No puede ser restringirse a la repercusión patrimonial de una obra que transita indefectiblemente por el mercado, y si fuera ese su papel en lo adelante, debemos subsanar y complementar con otras normas del derecho de la cultura los desbalances que crea un mercado monopolizado. Lo que resulta injusto y peligroso es entender, y difundir como cierto, que a través del sistema de derecho de autor vigente se protege e incentiva la creación en su conjunto. Esto implicaría una "sobrevaloración" del papel del mismo que favorece la deformación mercantil de la cultura.

El espacio para la libre creación debe ser garantizado. Es esta una importantísima forma de protegerla, de incentivarla, tenga éxito o no su resultado económicamente hablando, participe o no de forma efectiva en el mercado. Dicha protección no puede quedar solo en el plano normativo, sino que debe ser posible y cierta, lo cual puede lograrse únicamente mediante la aplicación de políticas culturales que la favorezcan.

El Derecho de autor de origen latino dice proteger los resultados de la creación con independencia del destino o uso de las obras, es decir, de la explotación comercial o no. Podríamos preguntarnos qué protección real recibe el autor de una obra de un país en desarrollo que no tiene aceptación en el mercado; cómo se incentiva la creación en un estado neoliberal, sin políticas culturales de fomento, con sus mercados culturales abiertos al intercambio desigual; cómo puede incluso reclamar a un utilizador extranjero que no respeta, digamos, sus derechos morales, que se apropia de su creación o la mutila; cómo si los especialistas en la materia son escasos y están apenas disponibles y si los procesos judiciales se tornan complejos, interminables y costosos. Queda entonces la protección de la creación a estos individuos en el plano formal, en el mismo lugar donde queda el derecho a la vida, a la alimentación y otros tantos derechos de los ciudadanos en el mundo actual.

Para proteger verdaderamente los procesos creativos la legislación debe salvaguardar los intereses de los eslabones más débiles, reforzar, actuar sobre los desbalances que puedan producirse por la presencia en estos procesos de elementos ajenos a la cultura y que sitúan a algunas colectividades o individuos en situaciones muy desventajosas. Debe, por tanto, corregir las disparidades existentes.

El Derecho es un instrumento de organización social a través del cual los seres humanos —entiéndase la clase o grupos en el poder— alientan y promueven determinadas conductas y desalientan otras. Las sociedades elevan a norma de conducta aquellos paradigmas que responden a los valores que

reconocen como positivos, como metas a alcanzar. ¿En virtud de qué valores jurídicos pueden permanecer vigentes normas de derecho de autor cuyo resultado visible no es favorable a la creación ni incluso a la garantía de los derechos humanos más elementales?, ¿pueden considerarse inalienables los derechos que otorga aún cuando su ejercicio obstaculice el desarrollo colectivo y por ende el individual de los ciudadanos, y afecte el ejercicio de derechos humanos tales como el derecho a la educación, a la salud y el propio derecho a la vida?

El espíritu de todas las normas relacionadas con el Derecho de autor es, en primer lugar, estimular y favorecer la creación. Las vías utilizadas no pueden tergiversarlo hasta tal punto. Se impone hallar soluciones; las cuales tendrán que emerger del reanálisis de instituciones, fórmulas y de los valores considerados como "sagrados". Es necesario rescatar la ética y la justicia como valores supremos, conformadores del derecho. Hay que reflexionar con la mayor creatividad.

Las normas de Propiedad intelectual no pueden defender la propiedad por encima de la vida, ni cumplir con los acuerdos internacionales impuestos por las transnacionales cuando las expresiones culturales propias y las identidades se están perdiendo. Con ello se pierde también la dignidad, el sentido de pertenencia a una comunidad, la sensibilidad, la tolerancia. No pueden ser más importantes las ganancias de una transnacional que cuidar los legados de la humanidad.

En un mundo al borde del colapso ambiental, donde reina la injusticia, un mundo sumido en la más profunda crisis ética motivada por el consumo desenfrenado, el individualismo, la competencia, y la lucha de unos seres humanos contra otros en pos de la propiedad, hay que fomentar legislativamente la solidaridad y la cooperación, no sancionarla. Hay que dar opciones y brindar las herramientas para que la cooperación sea posible, viable y que la sociedad reconozca este valor como positivo y lo estimule.

Existen bienes materiales e inmateriales inapropiables; otros cuya socialización o mejor distribución es imprescindible.

ble. El creador debe ser incentivado no solo a crear sino a difundir su creación y ponerla a disposición de la sociedad. La legislación debe reconocerle su derecho a no hacerlo en determinadas circunstancias, para algunos tipos de obras, soportes, y en plazos establecidos; pero, a la vez, debe fomentar también lo contrario. Los creadores tienen obras de mayor o menor singularidad, significación, de diferentes formatos, géneros y etapas. Existen además muchos y muy diversos usos posibles y muy diferentes públicos, destinos, territorios. ¿Por qué considerar como único sistema posible el que reserva todos los derechos a favor del autor salvo autorización expresa en contrario? Deben configurarse, implementarse y difundirse sistemas sencillos que permitan que el creador ejercite de forma conciente y efectiva sus derechos, que pueda liberar determinadas obras, usos y territorios de acuerdo a su voluntad. Debe incentivarse la puesta a disposición del público de buscadores, bibliotecas, —como ya de hecho existen— donde educadores, promotores, y otros actores sociales puedan disponer de obras para su uso en la educación o bajo determinadas circunstancias sin necesidad de solicitar autorización ni pagar por ello. Esta es la esencia de las alternativas copyleft que se extienden hoy por el mundo.

Por otra parte, tampoco los países del Sur deben ver en el avance tecnológico la solución única a sus problemas. La brecha digital, la tecnológica, ninguno de los tantos abismos que separan a países industrializados y países pobres, ninguno de estos problemas capitales podrá ser superado si no se sitúa al ser humano, la ética y la justicia social en el centro de las prioridades, y los Estados, mediante sus políticas públicas, asuman la responsabilidad de garantizar el acceso de todos los ciudadanos a la educación, al conocimiento, a la cultura, de convertirlos en sujetos activos del desarrollo. Internet y el nuevo paradigma tecnológico solo multiplican y hacen más evidentes las diferencias.

A continuación, a modo de resumen, se refieren algunas ideas que podrían ser debatidas con el fin de ayudar a con

formar, desde la situación actual, un marco regulativo más justo en relación con la propiedad intelectual.

Respecto al Derecho de autor, se hace necesario discutir acerca de su redimensionamiento o rediseño. Esta rama del derecho, si pretende proteger la creación en su conjunto, debe asumir la existencia de otras formas de creación y apropiación (derechos colectivos) en su ámbito de protección, y disponer en concordancia con sus particularidades, debe flexibilizar sus preceptos, fortalecer las instituciones que garantizan otros derechos culturales —tales como el derecho a la educación, a la información, e incluso a otros como la salud, y la propia vida—, defender los derechos morales del autor en concordancia con el carácter de su participación en los procesos creativos y fortalecer el dominio público, el uso de licencias libres, y las excepciones y limitaciones; entro otros aspectos. Si se entiende que su objetivo es servir como una herramienta para la protección de las obras sujetas al intercambio mercantil será incapaz de dar protección a la creación en su conjunto; pues una gran parte de ella puede no tener como fin su realización en el mercado. En tal caso, los límites de este derecho de autor, deberían quedar garantizados por un sistema de excepciones y limitaciones y por otros límites externos que el Derecho de la cultura y otros derechos constitucionales le impusieran como normas de mayor rango, a fin de preservar la diversidad, la protección al patrimonio, el derecho de acceso, entre otros.

En todo caso, resulta necesario desarrollar la protección de la creación a través de todas las vías existentes y posibles. Dígase protección al patrimonio material, inmaterial, estatuto del artista, legislación de depósito y bibliotecas, el sistema contractual, la protección y fomento de la cultura tradicional y comunitaria, de la diversidad cultural, entre otras.

Hay que reevaluar el concepto de originalidad que actualmente sirve como fundamento del sistema de Derecho de autor y entenderlo como una idea que respondió a una zona geográfica y una etapa del pensamiento determinados, que

las diversas formas de crear y el avance tecnológico se han encargado de desmitificar como valor universal. Esgrimirlo hoy en día a escala global tiene como objetivo refrendar el mantenimiento de monopolios exclusivos privados sobre el uso de las obras —en la gran mayoría de los casos ejercidos por titulares no originarios. El balance entre la aportación individual y colectiva en los procesos creativos actuales exige un reanálisis de este fundamento.

Los plazos de duración de los derechos del autor sobre su obra deben adecuarse a plazos razonables que impliquen un estímulo real al creador y un beneficio directo a este y a sus herederos; pero no el abuso en pos de ganancias de titulares no creativos, que en esencia desnaturaliza y traiciona el sentido mismo de la creación. La obra, por su parte, no debe quedar sujeta a un derecho que no va a ejercitarse, lo cual sugeriría estudiar la posibilidad de establecer algún régimen especial, basado en períodos de protección renovables, sobre todo después de la muerte del autor, a fin de que solo a instancias de los interesados se impida un paso natural al dominio público a aquellas obras que no sean del interés de autores o herederos mantenerlas bajo el monopolio exclusivo. En relación con los plazos de protección sería indispensable la diferenciación entre la protección otorgada a autores y herederos y la de otros titulares.

Deben ser reevaluados la duración, contenido y ejercicio de los derechos de transformación o integridad para algunos tipos de géneros y formas expresivas, en las cuales su reconocimiento, en las condiciones actuales, constituye una traba para la creación —específicamente aquellos que se valen en gran medida de la apropiación de obras preexistentes, la improvisación y la participación del público espectador.

Es necesario buscar soluciones para compensar y proteger a los creadores aunque no sean comercialmente exitosos. Esto debe ocupar un lugar importante en las políticas públicas para proteger la diversidad cultural.

El Estado debe priorizar el desarrollo y fomento de la creación y su disfrute mediante acciones que no estén ligadas a la compraventa de productos o servicios, o sea, alejadas del mercado: tales como el fomento del arte popular, el estudio, conservación y transmisión de las tradiciones, el apoyo a la experimentación, la promoción de los aficionados al arte, entre otras. Estas acciones deben tener también un reconocimiento legislativo. Igualmente se debe prever el uso de otras fórmulas de fomento por parte del Estado como subsidios, seguridad social y otras.

Una efectiva protección de la creación depende del establecimiento de un sistema fuerte de excepciones y limitaciones al Derecho de autor, basado en la salvaguarda de los derechos fundamentales de los usuarios —entendiéndose por estos no las empresas que utilizan contenidos para generar lucro sino los ciudadanos, las instituciones de enseñanza, bibliotecas, etc.—, la promoción de la libre circulación de la información y la difusión del conocimiento y de las artes priorizando los intereses de la educación.

El sistema legislativo deberá fomentar el uso de licencias libres. Se debe trabajar en cada país por formular, adaptadas a las legislaciones nacionales y acuerdos internacionales, variantes de licencias bajo los mismos principios de las propuestas por Creative Commons, divulgarlas y profundizar su articulación y uso como herramienta jurídica para el logro de áreas de libre circulación de los contenidos. Para cumplir con lo anterior, los Estados podrían conceder beneficios fiscales y otros estímulos por el otorgamiento de este tipo de licencias libres, de manera que se estimule la socialización de los contenidos.

Deben divulgarse las experiencias de aquellos Estados que ya han asumido el software libre, adoptando leyes nacionales para introducir su uso en la administración pública. Este proceso ha tenido pasos hacia delante y retrocesos visibles, debido a la pérdida de la capacidad de muchos Estados para decidir sobre sus políticas, propia del modelo neoliberal. Las

grandes corporaciones no han escatimado recursos para influir en estas decisiones y tales intentos deben también ser denunciados.

Sería necesario, para complementar el uso del software libre, promover la implementación de tutoriales y recursos de enseñanza libres en la red, vinculados al software, así como divulgar la improcedencia y las nefastas consecuencias que traería la extensión de la protección del software mediante el sistema de patentes. Esto se convierte en un peligro real para el movimiento del software libre y fortalece los monopolios en dicha esfera.

El dominio público es el gran perdedor en el proceso de fortalecimiento de las legislaciones "autorales". Es necesario revisar las excepciones y limitaciones incluidas en las legislaciones relacionadas con el servicio de las bibliotecas, a fin de que las mismas recuperen su papel de promotoras de la información y del conocimiento en la ciudadanía y desarrollen todas las potencialidades que los avances tecnológicos brindan para ello, sin que nada tenga que ver con la capacidad de pago de los individuos. Es necesario rescatar la gratuidad del préstamo bibliotecario que algunas legislaciones ya han abolido y oponerse a tal proceso en aquellos lugares donde aun subsiste.

Debe defenderse la permanencia en las legislaciones de las excepciones y limitaciones vigentes —aún cuando muchas sean consideradas como poco prácticas en el entorno tecnológico actual. Ante las nuevas situaciones se deben buscar soluciones que garanticen el equilibrio: si por un lado se eliminan excepciones, debe ser porque se estén creando zonas o usos libres. La tecnología no implica necesariamente mayor rigidez y monopolio, también brinda inmensas posibilidades para todo lo contrario.

En las legislaciones se debe propiciar también la inclusión de normas obligatorias para la contratación, de manera que se protejan a los creadores y a la sociedad ante los intereses de las grandes industrias y se reconozca expresamente la ile

gualdad del uso de cláusulas que limitan el ejercicio de los derechos ya reconocidos.

Es necesario discutir el tan manipulado concepto de “piratería” usado por las transnacionales, para defender mercados y sancionar el intercambio natural y la cooperación como formas posibles de creación y difusión culturales. Se debe diferenciar la apropiación de una obra y su comercialización con ánimo de lucro, del proceso propio de la creación que implica apropiaciones y reelaboraciones sobre obras ya existentes, y de la cooperación y solidaridad implícitas en la acción de copiar una obra para que sea usada por otros sin fines comerciales. Igualmente, incluso para sancionar la reproducción y venta de obras no autorizadas realizadas en la calle por vendedores informales, sería necesario tener en cuenta los factores económicos y sociales implicados como causa en este fenómeno, pues en muchos casos en América Latina, es asumido como único medio de subsistencia y su represión como única vía para enfrentarlo, solo implicaría un empeoramiento de la situación que le dio origen.

La creación de nuevos modelos, comerciales o no, de difusión de las obras, la eliminación de intermediarios, la generación de otras fuentes de empleo, la promoción de la distribución de contenidos libres o de dominio público y todas las acciones que propicien el abaratamiento de los productos y servicios culturales, de manera que el acceso por parte de la sociedad sea mayor, pueden constituirse en soluciones visibles de un problema que ha sido generado por la propia industria y la extensión de sus modelos restrictivos.

Los gobiernos son los encargados de tomar las medidas pertinentes para que los problemas de hoy —la piratería en primer lugar, la lucha contra los cánones, contra el pago por el préstamo bibliotecario, etc.— encuentren una solución sin que sea perjudicial para los eslabones más débiles de la cadena: la creación y la sociedad, ya sea una posible reconversión de la actual industria discográfica, la despenalización de figuras delictivas relacionadas con los dere-

chos de propiedad intelectual o la instauración de nuevos modelos comerciales.

Como medida de defensa del dominio público, es necesario legislar el principio de la no apropiación de la creación e investigación financiada con fondos públicos. A nuestro juicio, sería útil reabrir el análisis sobre la efectividad del dominio público pagante como posible mecanismo que ayude a financiar gastos públicos en cultura, no adicionándolo —en caso de considerarse efectiva la fórmula— a los plazos ya excesivos del monopolio exclusivo de los titulares, sino convirtiendo parte del plazo de tiempo ya otorgado en demasía a los derechohabientes, en dominio público pagante.

También es importante, a fin de hacer efectiva universalmente la protección de la creación en su más amplio sentido, reconocer los derechos colectivos comunitarios sobre los conocimientos y las expresiones culturales tradicionales, como vía de propiciar una forma de desarrollo sustentable, basada en el respeto a la diversidad biológica y cultural, el derecho colectivo de las comunidades de decidir sobre el acceso y uso de los mismos y el respeto a sus normas propias.

Es necesario también separar lo que por su naturaleza es diferente: las normas de protección de la creación y la de aquellas que persiguen proteger la inversión y otras actividades económicas o comerciales hoy agrupados bajo la denominación de derechos de propiedad intelectual, tales como los derechos de los productores de fonogramas y de los organismos de radiodifusión.

Indispensable es, para la preservación de la diversidad cultural, excluir la cultura de los acuerdos comerciales. Esta afirmación hoy en día está muy lejos de poder cumplirse, pues existen de hecho tratados comerciales que involucran a nuestros países en los que está incluido el aspecto cultural, ya sea como mercancías o servicios o como propiedad intelectual. No obstante, existen otros en discusión que proponen protecciones aun más rígidas y que, de adoptarse, comprometerían mucho más la supervivencia cultural de nuestros pueblos.

Las organizaciones sociales deben tomar un papel más activo a fin de lograr la revisión de aquellos instrumentos internacionales adoptados que entran en contradicción con otros en materia de derechos humanos, a fin de que los primeros se adecuen a las exigencias de los segundos. Postular y defender que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos tienen prioridad y mayor fuerza que las regulaciones comerciales de la propiedad intelectual. Promover la ratificación, implementación y cumplimiento de tratados tales como la Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales, que defienden la singularidad de los productos y servicios culturales y el principio de soberanía de los Estados para aplicar las medidas necesarias para la protección de sus culturas.

Se deben rechazar las discusiones bilaterales en materia de propiedad intelectual, nueva estrategia adoptada ante el fracaso de las negociaciones multilaterales, ya que limitan la limitada capacidad negociadora de los países pobres.

Se debe definir convenientemente el concepto de usuario, empleado actualmente para agrupar factores empresariales y profesionales y a otros miembros de la sociedad, cuando sus intereses y lugar dentro de la misma son diametralmente distintos. Esto permitiría equilibrar la participación de los diferentes actores como parte de la llamada sociedad civil.

En los foros donde se propicie la homogeneización de normas en materia de derechos de propiedad intelectual, tanto en el plano multilateral, como en el plano bilateral, debe exigirse la participación de las organizaciones de defensa de los sectores más excluidos, a fin de que los intereses sociales sean tenidos en cuenta.

Es necesario demandar también la inclusión de los representantes de los diferentes sectores de la sociedad en los foros internacionales de discusión sobre otros temas relacionados con los derechos de autor, tales como diversidad cultural, protección del folclore, sociedad de la información, etc., denunciando la inexistencia de garantías efectivas para la par-

ticipación de los representantes de las minorías y otros grupos excluidos, teniendo en cuenta que en muchos casos no disponen de los recursos suficientes para enfrentar los gastos que ello conlleva.

La reformulación de los objetivos de la OMPI teniendo en cuenta, según algunos, que se requiere de una Organización Mundial de la Riqueza Intelectual, debe ser un objetivo a alcanzar. Se procura de una organización que establezca otras prioridades, no las de las grandes empresas; una organización que en vez de usar los recursos para fortalecer los regímenes de propiedad intelectual, los utilice en financiar proyectos de colaboración que favorezcan la creación de una riqueza intelectual común, pensada en función de las necesidades más perentorias de la humanidad y otros tantos intereses comunes en pos de la subsistencia de la especie humana amenazada.

El reto está planteado. Es necesario discutir los temas de propiedad intelectual en el mundo de hoy a fin de conformar una propuesta alternativa coherente, capaz de enfrentarse a la embestida neoliberal y devolver a la cultura y al conocimiento el lugar que deben ocupar dentro de la sociedad.

ANEXOS

DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS. RED "EN DEFENSA DEL CONOCIMIENTO Y LA CULTURA PARA TODOS"

En el mundo de hoy, signado por la fiebre del consumo y el dinero, se encuentra seriamente amenazada la espiritualidad del ser humano, su creatividad, el conocimiento acumulado a lo largo de miles de años, el rico mosaico de culturas que como huella, ha conformado la especie.

Algo de tanta importancia no debería escapar de la protección de las leyes. Pero los intereses económicos de las transnacionales lo han tergiversado todo. Lo que debió y dice servir de protección a la creación, ha devenido protección a la inversión, impidiendo incluso el ejercicio efectivo de los derechos más elementales del ser humano, tales como el derecho a la vida, al conocimiento, a su identidad, su derecho a participar activamente de la vida espiritual de la sociedad.

En la actualidad el régimen de derecho de autor vigente no satisface las necesidades de la sociedad, ni está acorde con las posibilidades que el desarrollo tecnológico pone en sus manos. Este sistema se ha convertido en legitimador del sometimiento de la cultura a las leyes del mercado, favoreciendo con ello la dominación económica y cultural de los pueblos.

El derecho de autor como derecho humano debe llevar implícito el equilibrio entre el derecho del autor sobre su obra y el derecho

de la sociedad a tener acceso a ella. Este equilibrio ha sido roto, no a favor de los autores ni de la sociedad, sino a favor de quienes ejercen los derechos a nombre de los autores, o sea, de los cada vez más grandes monopolios de la industria editorial y del entretenimiento. El ejercicio de los monopolios exclusivos que otorga la legislación de propiedad intelectual entra frecuentemente en contradicción con el ejercicio de otros derechos humanos tan importantes como el derecho a la salud, a la vida y a la educación, y son estos los que salen perdiendo.

Tras una aparente defensa de los derechos de los autores, los intereses empresariales suman a creadores, gobiernos y a la sociedad en general al reforzamiento de las legislaciones de propiedad intelectual y a su homogeneización internacional, tomando como referente las propuestas de los países más desarrollados, con el apoyo de organismos internacionales que han respondido a estos intereses. De este modo, la cultura, el intercambio de conocimientos y el desarrollo se ven severamente dañados.

La inclusión de normas de propiedad intelectual en los acuerdos de la OMC y en los tratados de libre comercio, constituye la última vuelta de la soga, amenazando seriamente la soberanía y la diversidad cultural de los pueblos. Al obligar a los Estados a adoptar estándares de protección muy elevados y no contar estos con posibilidades de ejercer políticas culturales de protección efectivas, se garantiza un comercio de productos y servicios culturales desigual y se ahoga el desarrollo de las expresiones culturales nacionales.

Por otra parte, el estudio de los procesos creativos en todo el mundo demuestra la falta de universalidad de muchos de los conceptos e instituciones creadas por el derecho de autor para la protección de la creación, al no reconocer, entre otros aspectos, las formas colectivas de creación y apropiación de los pueblos originarios, o la necesidad de otras formas de regulación diferentes a los monopolios exclusivos de explotación sobre los resultados creativos. El sistema vigente, al ser aplicado a realidades y momentos tan diferentes, solo ha hecho posible, e

incluso motivado, los usos ilegítimos y el saqueo del patrimonio colectivo.

La creación no se protege impidiendo su difusión. Normas más rígidas no traerán como resultado mayor creatividad. La tecnología pone al servicio del ser humano cada vez más medios para ello, y las normas legales se empeñan en prohibirlo. Deben cambiar los modelos utilizados, de manera que autor y sociedad sean mutuamente favorecidos y las industrias ocupen su papel de vehículo, permitiendo el diálogo, el conocimiento de unos y otros. Para proteger la creación hay que garantizar sus espacios, estimularla, incentivarla, tenga o no éxito comercial su resultado, solo en virtud de su condición de expresión de la espiritualidad de los hombres y mujeres, de todos y cada uno de ellos en su infinita diversidad.

En los diferentes foros internacionales comienzan a hacerse evidente las contradicciones señaladas y se delinean posiciones contrarias. Ha surgido un considerable número de iniciativas que tienen como objetivo el uso de modelos legales más permisivos, que fomentan la solidaridad y la cooperación en lugar de prohibirla. Principios como el copyleft, las iniciativas Creative Commons, han abierto un camino al que se unen asociaciones de profesionales, intelectuales, creadores que comienzan a transformar poco a poco el escenario internacional.

Nuestros países del Sur presentan una problemática más compleja que la que pueda motivar el nuevo entorno tecnológico. Este solo la hace más evidente. No hay estímulo a la creatividad sin alfabetización, sin desarrollo educacional, sin salud, sin la satisfacción de las necesidades más perentorias. Por otra parte, nada de esto es posible bajo el neoliberalismo, que ata de brazos a los Estados cada vez más debilitados, sin políticas públicas, especialmente en el campo de la cultura.

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual no ha ocupado el lugar que le corresponde, pues debería establecer como prioridades —más que el fortalecimiento del sistema vigente, propugnado por los países desarrollados y las grandes empresas, y

la capacitación de los órganos administrativos y judiciales de los Estados para que garanticen la observancia de estos—, la solución de los problemas del desarrollo, al tiempo que debería destinar recursos al financiamiento de proyectos que favorezcan la creación de una riqueza intelectual común, pensada en función de las necesidades más perentorias de la humanidad.

Teniendo en cuenta estos principios, el capítulo Cubano de la Red de Redes en Defensa de la Humanidad y el Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual de la República Bolivariana de Venezuela, hemos decidido proponer la construcción de la Red **En Defensa de la Cultura y el Conocimiento para Todos**, la cual tendrá los siguientes:

Objetivos estratégicos:

1. Conformar, en lo teórico, un pensamiento antihegemónico integrador en materia de derechos culturales e intelectuales.
2. Articular la resistencia a través de la conexión de personas, instituciones, medios de difusión, organizaciones y redes, sensibles a estas problemáticas y que permitan desarrollar la capacidad movilizativa necesaria para dar respuesta inmediata, por todas las vías posibles, a las maniobras del poder hegemónico, tanto en lo nacional como en lo internacional.
3. Articular la vigilancia sistemática en los diferentes foros internacionales (OMPI, UNESCO, OMC, Cumbre de la Sociedad de la Información y otros) en que se discutan los temas relacionados con los derechos culturales e intelectuales, a fin de promover posiciones y acciones comunes en defensa de los intereses de nuestros pueblos. A tales efectos, constituirnos en Observatorio Mundial.
4. Apoyar las alternativas en marcha en el ámbito de la cultura libre.
5. Aportar a la Alternativa Bolivariana para las Américas, o a otras experiencias integradoras similares que pudieran

surgir entre nuestros países del Sur, propuestas o proyectos viables que tengan como objetivo principal el fomento de relaciones culturales y flujos de conocimientos entre nuestros países, que estimulen la creatividad de la sociedad como vía para el enriquecimiento del patrimonio cultural, educativo y espiritual de los pueblos, a la vez que favorezcan el acceso de todos a los resultados que se alcancen.

Para lograr estos objetivos estratégicos nos proponemos los siguientes:

Objetivos específicos:

1. Recopilar y difundir materiales de denuncia de las consecuencias que para la sociedad, y en particular para la educación, la ciencia y la cultura, ha traído el régimen de propiedad intelectual vigente.
2. Recopilar y difundir artículos y estudios críticos que pongan en evidencia cómo se ha ido conformando el sistema actual y los mecanismos, algunos muy sutiles, utilizados por las transnacionales y los países desarrollados para imponer en los distintos foros la protección que necesitan sus intereses inversionistas, y que ayuden a esclarecer a creadores y otros actores involucrados.
3. Recopilar y difundir las alternativas surgidas, tales como los principios del copyleft, conocimiento libre, software libre, el arte libre, bibliotecas de contenidos libres, entre otras.
4. Recopilar y difundir el contenido de las discusiones y las posiciones adoptadas por las transnacionales y países del Norte, y por los defensores de los intereses sociales en los diferentes foros, entiéndase la Cumbre de la Sociedad de la Información, las discusiones en la UNESCO, los reclamos realizados a la OMPI acerca del programa para el desarrollo, las exigencias relativas a la protección de los conocimientos y expresiones culturales tradicionales, así como

- el desarrollo de encuentros alternativos en materia de propiedad intelectual, creación de redes, observatorios, etc.
5. Promover la elaboración de artículos, ensayos, u otro tipo de investigaciones u obras que coadyuven a la conformación del pensamiento antihegemónico en materia de derechos culturales e intelectuales, así como la celebración de encuentros, talleres, foros de debate, publicaciones y acciones docentes que los divulguen.
 6. Trabajar en la conformación de propuestas viables y efectivas que permitan la aplicación paulatina de experiencias alternativas de difusión cultural y del conocimiento para los nuevos modelos de integración.

Teniendo en cuenta las diferentes áreas en las que las normas vigentes de propiedad intelectual han generado contradicciones para la creación, la difusión y para la vida cultural en general, y a fin de aportar a la conformación de un pensamiento integrador en defensa de la cultura y el conocimiento, la red se propone interconectar a personas, instituciones, organizaciones y otras redes, que, desde puntos de vista y áreas temáticas diferentes, aportan elementos a este debate, entre los que se encuentran:

- Los defensores de la diversidad cultural: Los que abogan por la salvaguarda de las expresiones culturales de los pueblos originarios, los defensores de culturas y formas expresivas en peligro real de ser absorbidas por la cultura hegemónica, los defensores del llamado patrimonio cultural inmaterial, de formas de creación y apropiación culturales colectivas como los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas y la problemática de los afrodescendientes, entre otros.
- Los que cuestionan el sistema vigente a partir del desarrollo tecnológico actual, personas o grupos que consideran que el sistema se pone en crisis a partir de que la tecnología ha hecho variar las reglas del juego, ya que brinda posibilidades tanto para la creación como para la difusión, que no

pueden ni deben ser reguladas de la forma tradicional. De ahí surge el principio del copyleft y el software libre, luego el arte libre, música libre, las licencias Creative Commons y otras variantes.

- Los artistas que presencian o sustentan un cambio en las formas de crear, influido por las nuevas tecnologías pero no solo relacionado con ellas. El nacimiento de la llamada estética de la postproducción, la presencia cada vez mayor de la apropiación, la crisis del concepto de originalidad, la literatura hipermedial, la interactividad de las artes visuales en general, los retos del arte digital donde herramientas y obras preexistentes se mezclan en las nuevas creaciones, y para quienes la rigidez de las normas actuales se está convirtiendo en un freno a su creatividad.
- La posición de promotores culturales, profesores, bibliotecarios y otros actores que claman por un mayor acceso a la información y al conocimiento en defensa de los intereses sociales, y que ven cómo las inmensas potencialidades del desarrollo tecnológico no pueden ser aprovechadas para favorecer la educación y la difusión de la cultura a escala social.
- Los reclamos de activistas sociales e investigadores que desde la ética abordan el tema de la apropiación del conocimiento científico y el resultado de las investigaciones, criticando aspectos tales como el secretismo, la competitividad, y cuestionan que las demandas del mercado se impongan a las verdaderas necesidades de la sociedad.
- Las posiciones de intelectuales y artistas que se oponen a la globalización cultural, a la imposición de una pseudo-cultura enlatada como resultado de someter la cultura a las normas del mercado, al tiempo que es utilizada como medio de dominación.
- Los estudiosos del derecho que claman por un Derecho de la cultura balanceado, y en el que el derecho de autor sea reconocido dentro de los derechos culturales en sus dos vertientes: como derecho otorgado al creador y como de

recho de acceso de la sociedad a los resultados creativos, tal y como aparece establecido en los instrumentos jurídicos internacionales.

- Los economistas, líderes sociales y otros actores que analizan las implicaciones de los tratados de libre comercio para los países subdesarrollados, específicamente los apartados de propiedad intelectual dirigidos impudicamente a proteger las inversiones de las transnacionales del entretenimiento, así como las consecuencias para las culturas de nuestros pueblos del intercambio desigual de productos y servicios culturales que se genera como consecuencia de estos tratados.
- Los artistas, creadores y productores independientes que, desde modelos alternativos, cuestionan las cadenas tradicionales de producción y distribución de las transnacionales, y buscan nuevas formas de intercambio y difusión que cuenten con alternativas jurídicas.
- Cualquier otra organización, institución o persona que se oponga al pensamiento hegemónico y que sea sensible a las limitaciones que las transnacionales y el poder del dinero imponen a la creatividad, la cultura, el conocimiento y a los derechos culturales de los pueblos.

Si construir una red precisa de un trabajo paciente, estructurar un pensamiento nuevo acerca de las urgencias que nos convocan nos involucra a todos, más aún cuando se trata de avanzar por un sendero en el que solo vislumbramos unas pocas luces. No obstante nos impulsa el convencimiento de que el otro camino solo conduce a perpetuar la exclusión y la desigualdad que segrega y esquilma a los pueblos. Recordemos entonces a Simón Rodríguez en esta frase, tantas veces citada por el Presidente Hugo Chávez: "Inventamos o erramos". Ya por el camino del error hemos retrocedido bastante los pueblos del Sur, al asumir como válido lo que hay de excluyente y reaccionario en el pensamiento de Norte, o al intentar, e incluso justificar un supuesto pensamiento propio a partir de sus mismas estructuras. Se trata de crear un

pensamiento nuevo, cuestionador, rebelde, que no esté atado a instituciones que esencialmente no se corresponden con la ética humanista; un pensamiento que tenga sus raíces en la sociedad de hoy y que se valide en la práctica de nuestras realidades cotidianas.

Al presentarles este documento, sus promotores hacemos un llamamiento a la incorporación a esta Red de todas las personas, instituciones, organizaciones y movimientos que compartan la Declaración de principios y los Objetivos en él expresados. De estar de acuerdo, los invitamos a difundir este proyecto por todas las vías posibles. Las adhesiones pueden remitirse a: porlacultura@icaic.cu.

Caracas, 18 de noviembre, 2005

LA POSTURA DE LA IFLA EN LA DECLARACIÓN DE GINEBRA SOBRE EL FUTURO DE LA OMPI

La Federación Internacional de Asociaciones de Bibliotecas e Instituciones (IFLA) ha firmado la Declaración de Ginebra sobre el Futuro de la OMPI, aprobada el 29 de septiembre de 2004, uniéndose así a varios cientos de organizaciones no gubernamentales y ciudadanos.

La IFLA ha adoptado esta iniciativa porque entre sus valores básicos se incluye la "creencia en que las personas, las comunidades y las organizaciones necesitan un acceso universal y equitativo a la información, a las ideas y a los trabajos de creación para lograr el bienestar social, educativo, cultural, democrático y económico".

Además, las prioridades profesionales de la IFLA le obligan a asumir "una doble responsabilidad, tanto respecto a los productores de propiedad intelectual como respecto a las bibliotecas como representantes de los usuarios de la información, porque garantizar y proporcionar el acceso a los productos intelectuales es fundamental para el desarrollo del conocimiento".

A la vez que la IFLA reconoce y aplaude recientes movimientos de la OMPI que pueden dar respuesta a estos imperativos profesionales —tales como el nuevo enfoque sobre la adecuada protección del conocimiento tradicional y las necesidades de los discapacitados para acceder al conocimiento impreso, y una mayor apertura a ONGs como la IFLA que representan el interés público— la Declaración, acertadamente, advierte a la OMPI y a los estados miembros, que la OMPI, de momento, no protege y fomenta adecuadamente el equilibrio entre usuarios y propietarios, lo cual es fundamental para lograr un régimen eficaz de propiedad intelectual.

La IFLA, por tanto, espera que la Declaración fije la atención de la OMPI en una serie de importantes cuestiones que tienen graves implicaciones para la educación, las bibliotecas y otros proveedores de información.

La libertad, la prosperidad y el desarrollo de la sociedad y de sus individuos son valores humanos fundamentales. Se alcanzarán solamente gracias a la capacidad de los ciudadanos bien informados de ejercitar sus derechos democráticos y jugar un papel activo en la sociedad. La participación constructiva y el desarrollo de la democracia dependen de una educación satisfactoria así como de un acceso libre e ilimitado al conocimiento, al pensamiento, a la cultura y a la información.

La IFLA proclama el derecho fundamental del ser humano tanto a acceder a la información como a expresarse sin restricciones. La IFLA, con el apoyo de sus miembros provenientes de todos los países del mundo, defiende y promueve la libertad intelectual tal y como está expresada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. Esta libertad intelectual incluye la riqueza del conocimiento humano, la opinión, el pensamiento creativo y la actividad intelectual.

La IFLA declara que el compromiso con la libertad intelectual es una responsabilidad esencial de los profesionales de las bibliotecas y de la información a nivel mundial, explicitada en códigos éticos y demostrada a través de la práctica.

La IFLA, por tanto, insta a la OMPI a tratar, urgentemente, las siguientes cuestiones fundamentales, guiada por los principios articulados por James Boyle:

1. El desequilibrio en las leyes de propiedad intelectual

El preámbulo del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor manifiesta, sucintamente, “la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y el más importante interés público, especialmente en lo que se refiere a la educación, la investigación y el acceso a la información, tal y como se reflejó en la Convención de Berna”.

La IFLA está totalmente a favor de esta afirmación. Sin embargo, el equilibrio se ha perdido a costa de los consumidores de información. La IFLA, por consiguiente, insta a la OMPI a tratar las cuestiones que afectan al frágil equilibrio entre las justas demandas de los propietarios de los derechos sobre la información y los consumidores de la misma. De especial interés son las, siempre en expansión, cláusulas del derecho de autor, que disminuyen rápidamente el ámbito del dominio público para beneficiar a los propietarios de una pequeña minoría de trabajos que aún se están explotando comercialmente.

2. Monopolio sobre la información

La monopolización de la información por parte de los propietarios de los derechos sobre la misma, lograda gracias a normas restrictivas de propiedad intelectual aplicables tanto en el entorno impreso como en el digital, ha llevado a un serio desequilibrio en su provisión y acceso, que afecta negativamente a la educación, la investigación y el desarrollo, no sólo en los países desarrollados sino, más específicamente, en los países en desarrollo. Los esfuerzos para desarrollar nuevos medios de protección de bases de datos que contienen material de dominio público son especialmente inquietantes.

3. Medidas de protección tecnológica

El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor afirma “la necesidad de introducir normas internacionales nuevas y clarificar la interpretación de las existentes en orden a facilitar soluciones adecuadas a las cuestiones planteadas por los nuevos desarrollos económicos, sociales, culturales y tecnológicos”. La IFLA cree que las necesidades educativas y de desarrollo no han sido suficientemente tenidas en cuenta a la hora de encontrar soluciones adecuadas.

Leyes de propiedad intelectual más restrictivas, mecanismos de protección tecnológica y sistemas de bloqueo digital, así como la anulación de la aplicación del siempre admitido “uso equitativo”, debido al blindaje contractual, han creado importantes barreras al acceso a la información y a la promoción de la investigación y la innovación. La IFLA está especialmente preocupada porque las legítimas actividades profesionales de las bibliotecas están siendo seriamente obstaculizadas por estos procesos.

4. La brecha digital se ensancha

La brecha entre los “digitalmente avanzados” y los “digitalmente pobres” continúa ensanchándose. Las sofisticadas leyes de propiedad intelectual y la transferencia tecnológica a los países en desarrollo han exacerbado, en muchos casos, los problemas relacionados con el acceso a la información y el desarrollo. Se pretende que los países en desarrollo se adhieran a unos acuerdos internacionales muy estrictos, a los cuales los países desarrollados no tuvieron que adherirse cuando se encontraban en proceso de desarrollo. La actividad tecnológica, en los países en desarrollo, consiste, principalmente, en aprender a usar, mantener, sostener y mejorar tecnologías importadas a alto precio, más que en fomentar la innovación e independencia a nivel nacional. Las actuales normas de derecho de autor están, por consiguiente, favoreciendo la dependencia de los países en desarrollo de los países avanzados, más que salvando la brecha.

5. Los acuerdos de libre comercio

La IFLA está preocupada porque algunos países desarrollados están imponiendo a otros países leyes de derecho de autor más estrictas que exceden ampliamente los requerimientos mínimos de la Convención de Berna y los Acuerdos sobre los ADPIC. Muchos países en desarrollo encuentran extremadamente difícil adherirse a los actuales acuerdos internacionales sobre propiedad intelectual. Actualmente, estos países, a cambio de estipulaciones comerciales favorables, están teniendo que adoptar regímenes de derecho de autor aún más estrictos, que están destinados al fracaso debido a su incapacidad para cumplirlos.

La IFLA, por consiguiente, insta a la OMPI y a la OMC a trabajar juntas para adoptar una aproximación totalmente nueva a la propiedad intelectual a nivel internacional, teniendo en cuenta las necesidades totalmente diferentes de los países desarrollados y los países en desarrollo. La IFLA apoya la Propuesta de Argentina y Brasil de una "Agenda de Desarrollo" en la OMPI.

Las leyes de propiedad intelectual necesitan revisarse a nivel internacional y nacional para asegurar leyes adecuadas a países en diferentes estadios de desarrollo. Estas leyes deben facilitar el acceso al conocimiento, hacer avanzar la innovación, acelerar el desarrollo y restaurar el equilibrio entre las justas demandas de los propietarios de derechos y de los consumidores.

Comité sobre el Copyright
y otros asuntos legales (CLM)

28 de septiembre, 2004

Declaración de Ginebra sobre el futuro de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

La humanidad enfrenta una crisis mundial de gobernanza del conocimiento, la tecnología y la cultura. Esta crisis se manifiesta de diferentes maneras:

Al no tener acceso a medicamentos esenciales, millones de personas sufren y mueren;

Una desigualdad moralmente criticable de acceso a la educación, al conocimiento y a la tecnología socava el desarrollo y la cohesión social;

Prácticas anticompunitivas en la economía del conocimiento imponen costos enormes que recaen sobre los consumidores y retardan la innovación;

Los autores, artistas e inventores afrontan crecientes barreras para seguirle los pasos a la innovación;

La concentración de la propiedad y el control del conocimiento, tecnología, recursos biológicos y cultura, perjudican el desarrollo, la diversidad y las instituciones democráticas;

Las medidas tecnológicas diseñadas para poner en vigor los derechos de propiedad intelectual en medios digitales, amenazan excepciones básicas a las leyes de derecho de autor establecidas para beneficiar a personas discapacitadas, bibliotecas, educadores, autores y consumidores, y socavan la privacidad y libertad;

Mecanismos importantes para recompensar y apoyar a los individuos y comunidades creativos son injustos, tanto para los creadores como para los consumidores;

Los intereses privados malversan los bienes sociales y

públicos, y cierran el acceso al dominio público.

Al mismo tiempo, existen innovaciones asombrosamente promisorias en tecnologías de la información, medicina y otras tecnologías esenciales, así como en movimientos sociales y modelos de negocio. Somos testigos de campañas altamente exitosas para el acceso a medicinas para combatir el SIDA, revistas científicas, información referente al genoma humano y otras bases de datos, así como de cientos de esfuerzos colaborativos innovadores para crear bienes públicos, incluyendo la Internet, la World Wide Web, la Wikipedia, el Creative Commons, GNU Linux y otros proyectos de software libre y de código abierto, así como de herramientas de educación a distancia y de investigación médica. Tecnologías tales como Google proveen a decenas de millones con poderosas herramientas para encontrar información. Se han propuesto sistemas alternativos de retribución para expandir el acceso y el interés en trabajos culturales, al mismo tiempo que se proporciona tanto a los artistas como a los consumidores sistemas eficientes y justos de compensación. Hay un renovado interés en reglas de responsabilidad compensatoria, premios a la innovación o intermediarios competitivos, como modelos de incentivos económicos para la ciencia y tecnología, que puedan facilitar la innovación continua y evitar abusos monopólicos. En el año 2001, la Organización Mundial del Comercio (OMC) declaró que sus países miembros deben “promover el acceso universal a los medicamentos”.

La humanidad se halla en una encrucijada, una bifurcación en nuestro código moral y una prueba de nuestra

capacidad para adaptarnos y crecer. ¿Evaluaremos, aprenderemos y aprovecharemos lo mejor de estas nuevas ideas y oportunidades, o responderemos a los menos imaginativos alegatos de suprimir todo esto en favor de una política intelectualmente débil, ideológicamente rígida y a veces brutalmente injusta e ineficiente? Mucho dependerá de la dirección futura de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), un cuerpo mundial que fija los estándares que regulan la producción, distribución y uso del conocimiento.

Una Convención en 1967 buscó fomentar la actividad creativa al establecer la OMPI para promover la protección de la propiedad intelectual. Su misión se amplió en 1974, cuando la OMPI pasó a ser parte de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), bajo un acuerdo que solicitaba a la OMPI tomar las "acciones apropiadas para promover la actividad intelectual creativa" y facilitar la transferencia de tecnología a los países en vías de desarrollo, con el objetivo de "acelerar el desarrollo económico, social y cultural".

Como una organización intergubernamental, sin embargo, la OMPI adoptó una cultura de creación y expansión de los privilegios monopólicos, a menudo sin considerar las consecuencias. La continua expansión de estos privilegios y de sus mecanismos de ejecución nos ha conducido a graves costos sociales y económicos, ha obstaculizado y amenazado otros importantes sistemas de creatividad e innovación. La OMPI necesita capacitar a sus miembros para que entiendan las consecuencias sociales y económicas reales de una excesiva protección de la

propiedad intelectual y la importancia de alcanzar un balance entre el dominio público y la competencia, por un lado, y la esfera de los derechos de propiedad, por el otro. Las doctrinas de “más es mejor” o “lo poco nunca es bueno” son falsas y peligrosas, han comprometido seriamente la posición de la OMPI, especialmente entre los expertos en políticas de propiedad intelectual. La OMPI debe cambiar.

No pedimos que la OMPI abandone sus esfuerzos para la promoción de una adecuada protección de la propiedad intelectual o abandone todos los esfuerzos para armonizar y mejorar estas leyes. Pero insistimos en que la OMPI trabaje desde el marco más amplio descrito en el acuerdo de 1974 con la ONU y se decida por una visión más balanceada y realista de los beneficios y costos sociales de los derechos de propiedad intelectual como una herramienta, pero no como la herramienta única, para apoyar la actividad intelectual creativa.

La OMPI debe además expresar una visión más equilibrada de los beneficios relativos de la armonización y la diversidad, y tratar de imponer una obediencia mundial sólo cuando ésta beneficie realmente a toda la humanidad. Un enfoque en el que se impone las mismas políticas a todos los países y que implica los más altos niveles de protección de la propiedad intelectual para todos, nos conduce a resultados injustos y agobiantes para los países que luchan por cubrir las necesidades más básicas de sus ciudadanos.

A la Asamblea General de la OMPI se le ha pedido establecer una agenda de desarrollo. La propuesta inicial,

puesta a consideración por los gobiernos de Argentina y Brasil, podría reformar profundamente la agenda de la OMPI hacia el desarrollo y nuevos enfoques que apoyen la innovación y la creatividad. Este es un primer paso largamente esperado y necesario hacia una nueva misión y programa de trabajo de la OMPI. No es perfecto. La Convención de la OMPI debería reconocer formalmente que es necesario tener en cuenta las “necesidades de desarrollo de sus Estados miembros, particularmente los países en vías de desarrollo y los países menos desarrollados,” como se había propuesto, pero esto no es suficiente. Algunos han argumentado que la OMPI debe sólo “promover la protección de la propiedad intelectual”, y no considerar política alguna que revierta los títulos de propiedad intelectual o que proteja y mejore el dominio público. Esta visión limitante reprime el pensamiento crítico. Mejores formas de expresar la misión pueden encontrarse, incluso de aquella condición del acuerdo de 1974 ONU/OMPI de que la OMPI “promueva la actividad intelectual creativa y facilite la transferencia de la tecnología relacionada con la propiedad industrial”. Las funciones de la OMPI no sólo deben ser las de promover “la protección eficiente” y la “armonización” de las leyes de propiedad intelectual, sino que deben acoger formalmente las nociones de equilibrio, adecuación y estimulación de los modelos competitivos y colaborativos de actividad creadora dentro de los sistemas de innovación nacionales, regionales y transnacionales.

La propuesta para elaborar una agenda de desarrollo ha creado la primera oportunidad real para debatir el futuro de la OMPI. No solamente es una agenda para los países

en vías de desarrollo. Es una agenda para todos, Norte y Sur. Debe ir hacia adelante. Todas las naciones y personas deben unirse y expandir el debate sobre el futuro de la OMPI.

Debe haber una moratoria sobre nuevos tratados y la armonización de estándares que expanden y refuerzan los monopolios y que luego restringen el acceso al conocimiento. Por generaciones la OMPI ha respondido primordialmente a las estrechas preocupaciones de poderosas editoriales, empresas farmacéuticas, productores de vegetales y otros intereses comerciales. Recientemente la OMPI se ha vuelto más abierta a la sociedad civil y a los grupos de interés público, y dicha apertura es bienvenida. Pero la OMPI debe ahora abordar las preocupaciones substantivas de estos grupos, tales como la protección de los derechos del consumidor y los derechos humanos. Se debe dar prioridad entonces a las largamente desatendidas preocupaciones por los pobres, enfermos, discapacitados visuales, entre otros.

La agenda de desarrollo propuesta apunta a la dirección correcta. Al detener sus esfuerzos por adoptar nuevos tratados sobre leyes de patentes substantivas, derechos de los que producen medios y bases de datos, la OMPI creará un espacio para atender necesidades muchísimo más urgentes.

Las propuestas para la creación de comités permanentes y grupos de trabajo en transferencia de tecnología y desarrollo son bienvenidas. La OMPI debería además considerar la creación de uno o más cuerpos que

sistemáticamente se ocupen del control de prácticas no competitivas y de la protección de los derechos del consumidor.

Apoyamos el llamado a un Tratado para el Acceso al Conocimiento y la Tecnología. El Comité Permanente de Patentes y el Comité Permanente de Derechos de Autor y Derechos Conexos deben solicitar las opiniones de los países miembros y del público respecto a los elementos de dicho tratado.

Los programas de asistencia técnica de la OMPI deben ser fundamentalmente reformados. Los países en vías de desarrollo deben tener herramientas para implementar la Declaración de Doha de la OMC sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) y Salud Pública, y “usar al máximo” las flexibilidades de los ADPIC para “promover el acceso a las medicinas para todos”. La OMPI debe ayudar a los países en vías de desarrollo a abordar las limitaciones y excepciones en las leyes de patentes y derechos de autor que son esenciales para la equidad, el desarrollo y la innovación. Si la Secretaría de la OMPI no puede entender las preocupaciones y representar los intereses de los pobres, el programa de asistencia técnica debe ser trasladado, en su totalidad, a un cuerpo independiente que sea responsable ante los países en vías de desarrollo.

Las enormes diferencias en la capacidad de negociación conducen a resultados injustos entre individuos y comunidades creativas (tanto modernas como tradicionales) y las entidades comerciales que venden

cultura y conocimiento como bienes. La OMPI debe honrar y apoyar a los individuos y comunidades creativas investigando la naturaleza de prácticas comerciales injustas, y promover modelos de buenas prácticas y reformas que protejan a los individuos y comunidades creativas en esas situaciones, consistentes con las normas de las comunidades pertinentes.

Se le ha pedido a las delegaciones que representan a los Estados miembros de la OMPI y a la Secretaría de la OMPI que escojan un futuro. Queremos un cambio en la dirección, nuevas prioridades y mejores resultados para la humanidad. No podemos esperar a que esto suceda en la siguiente generación. Es tiempo de tomar al toro por las astas y avanzar.

* Traducción del documento, del inglés al castellano:
Sofía Beltrán (UN Volunteers) y Phol Páucar (Cuzco, Perú).
CPSR-Perú
<http://peru.cpsr.org>

OMPI

ORIGINAL: Inglés

FECHA: 27 de agosto de 2004

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA
PROPIEDAD INTELECTUAL

GINEBRA

ASAMBLEA GENERAL DE LA OMPI

Trigésimo primer período de sesiones
(15^o extraordinario)

Ginebra, 27 de septiembre a 5 de octubre
de 2004

PROPUESTA DE ARGENTINA Y BRASIL PARA
ESTABLECER UN PROGRAMA DE LA OMPI PARA EL
DESARROLLO

Documento preparado por la Secretaría

1. En una comunicación con fecha 26 de agosto de 2004, la Secretaría recibió una propuesta oficial de Argentina y Brasil relativa al establecimiento de un nuevo programa para el desarrollo en la OMPI, en la que se solicita que dicha propuesta se distribuya y añada al orden del día del presente período de sesiones de la Asamblea General de la OMPI, de conformidad con la Regla 5.4) del Reglamento General de la OMPI.
2. La propuesta mencionada figura en el Anexo del presente documento.
3. Se invita a la Asamblea General a comentar la propuesta que figura en el Anexo del presente documento y a decidir qué medidas han de adoptarse.

ANEXO

I. EL DESARROLLO, IMPORTANTÍSIMO DESAFÍO QUE SE PLANTEA A LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

En los albores del nuevo milenio, el desarrollo sigue siendo sin lugar a dudas uno de los desafíos más complejos a los que debe hacer frente la comunidad internacional. La importancia que reviste este desafío ha sido ampliamente corroborada en diversos foros internacionales del más alto nivel. Las Naciones Unidas han adoptado los Objetivos de Desarrollo del Milenio, que recogen la firme voluntad de la comunidad internacional de hacer frente a los problemas acuciantes que padecen los países en desarrollo y los PMA. El Programa de Acción en favor de los Países Menos Adelantados para el Decenio 2001-2010, el Consenso de Monterrey, la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible y el Plan de Acción aprobados en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, la Declaración de Principios y el Plan de Acción de la primera fase de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información y, más recientemente, el Consenso de São Paulo adoptado durante la undécima sesión de la UNCTAD, señalan el desarrollo como una preocupación primordial en torno a la cual giran todas estas actividades. Lo mismo ha sucedido durante la actual ronda de negociaciones comerciales multilaterales de Doha (con el "Programa de Doha para el Desarrollo") iniciada tras la cuarta Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio (OMC), en noviembre de 2001.

II. LA DIMENSIÓN DE DESARROLLO Y LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

La innovación tecnológica, la ciencia y la actividad creativa en general se reconocen apropiadamente como fuentes importantes de progreso material y bienestar. Sin embargo, pese a las promesas y a los importantes avances científicos y tecnológicos del siglo XX y principios del siglo XXI, las naciones ricas y las pobres siguen separadas en muchos aspectos por las significativas disparidades existentes en materia de conocimientos y por la "brecha digital".

Dado este contexto, en los últimos años se ha debatido mucho acerca de la incidencia de la propiedad intelectual. La protección de la propiedad intelectual se considera una herramienta para la promoción de la innovación tecnológica y la transferencia y la difusión de tecnología. Sin embargo, no pueden contemplarse como un fin en sí mismas la protección de la propiedad intelectual ni la armonización de la legislación sobre propiedad intelectual, cuyo fin es aumentar las normas de protección en todos los países independientemente de su nivel de desarrollo.

El papel de la propiedad intelectual y su incidencia en el desarrollo deben evaluarse de manera cautelosa y en función de cada caso. La protección de la propiedad intelectual es un instrumento de política que en la práctica puede generar beneficios y costos variables en función del nivel de desarrollo de cada país. De ahí que sea necesario tomar medidas en todos los países para garantizar que los costos no superen los beneficios que ofrece la protección de la propiedad intelectual.

En ese sentido, la adopción de la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública durante la cuarta Conferencia Ministerial de la OMC representó un acontecimiento capital. En ella se reconoce que el Acuerdo sobre los ADPIC, en su calidad de instrumento internacional para la protección de la propiedad intelectual, debería usarse en beneficio de todos los países, sin obstaculizar el cumplimiento de los objetivos de salud pública de ninguno de ellos.

A escala internacional, se reconoce cada vez más la necesidad de incorporar la “dimensión de desarrollo” en las políticas relacionadas con la protección de la propiedad intelectual. La OMC también ha hecho una referencia explícita a la necesidad de tener debidamente en cuenta la dimensión de desarrollo en el párrafo 19 de la Declaración Ministerial de Doha, que asigna al Consejo de los ADPIC un mandato en el marco del Programa de Doha para el Desarrollo.

III. INCORPORAR LA DIMENSIÓN DEL DESARROLLO EN LAS ACTIVIDADES DE LA OMPI

Como miembro del sistema de las Naciones Unidas, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) debe guiarse plenamente por los amplios objetivos de desarrollo que se han fijado las Naciones Unidas, en particular, en el marco de los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Las preocupaciones existentes en relación con el desarrollo deberían ocupar un lugar esencial en las actividades de la OMPI. De ahí que el papel de la OMPI no deba limitarse a promover la protección de la propiedad

intelectual.

De hecho, el mandato de la OMPI conlleva indudablemente tener en cuenta los amplios compromisos y resoluciones en materia de desarrollo contraídos por todo el sistema de las Naciones Unidas. No obstante, también cabe considerar la posibilidad de modificar el Convenio de la OMPI (1967) para que garantice definitivamente la inclusión de la "dimensión de desarrollo" como elemento fundamental del programa de trabajo de la Organización.

Hacemos por lo tanto un llamamiento a la Asamblea General de la OMPI para que tome inmediatamente las medidas necesarias a fin de incorporar un "Programa para el desarrollo" en el programa de trabajo de la Organización.

IV. LA DIMENSIÓN DE DESARROLLO Y LA CREACIÓN DE NORMAS DE PROPIEDAD INTELECTUAL: SALVAGUARDAR LA FLEXIBILIDAD

NECESARIA EN ARAS DEL INTERÉS PÚBLICO

Actualmente, los distintos comités técnicos de la OMPI llevan a cabo actividades de creación de normas. En relación con alguna de estas actividades, los países en desarrollo y los PMA tienen que adoptar normas de protección de la propiedad intelectual que van mucho más allá de las obligaciones dimanantes del Acuerdo sobre los ADPIC de la OMC, siendo países que todavía luchan por aplicar las disposiciones de ese Acuerdo mediante procesos costosos.

Especialmente preocupantes son los debates que

actualmente se están celebrando en el Comité Permanente sobre el Derecho de Patentes (SCP) en torno al proyecto de Tratado sobre el Derecho Sustantivo de Patentes (SPLT). El tratado propuesto aumentaría de forma considerable las normas de protección por patente, creando nuevas obligaciones de muy difícil aplicación en los países en desarrollo. Durante los debates, los países en desarrollo han presentado enmiendas para mejorar el proyecto de SPLT con el fin de adecuarlo al interés público y a las necesidades de desarrollo específicas de los países en desarrollo.

En los debates del SCP debe introducirse cuanto antes el examen de la dimensión de desarrollo de la propiedad intelectual. Si han de proseguir los debates relativos al SPLT, éstos deberán basarse en el conjunto del proyecto de tratado, con inclusión de las enmiendas presentadas por los países en desarrollo. Además, los miembros deben obrar por un resultado que dé cuenta inequívocamente de la flexibilidad necesaria en aras del interés público y abogar por el mantenimiento de dicha flexibilidad y de un margen de maniobra para los Estados miembros en materia de políticas. Las disposiciones relativas a los “objetivos y principios”, en las que se refleja el contenido de los Artículos 7 y 8 del Acuerdo sobre los ADPIC, deberían quedar incluidas en el SPLT y en otros tratados que actualmente son objeto de debate en la OMPI.

Si bien el acceso a la información y el intercambio de conocimientos se consideran elementos esenciales para el fomento de la innovación y la creatividad en la economía de la información, toda nueva norma de protección de la

propiedad intelectual que se aplique al entorno digital obstaculizaría el libre flujo de la información y sabotearía los esfuerzos desplegados con vistas a nuevos arreglos de promoción de la innovación y la creatividad, plasmados en iniciativas tales como "Creative Commons". También es especialmente preocupante la polémica sobre el uso de medidas tecnológicas de protección en el entorno digital.

Las disposiciones de los tratados que versan sobre estos temas deberán equilibrarse para tener claramente en cuenta los intereses de los consumidores y el público en general. Es importante que se respeten las excepciones y limitaciones existentes en el marco de la legislación nacional de los Estados miembros.

Para aprovechar el potencial de desarrollo que ofrece el entorno digital es necesario tener en cuenta los modelos de acceso abierto para la promoción de la innovación y la creatividad. En ese sentido, la OMPI debería considerar la posibilidad de iniciar actividades para sondear las prometedoras perspectivas que ofrecen ciertos proyectos de colaboración abierta con vistas al desarrollo de bienes públicos, tales como el Proyecto del Genoma Humano y los programas informáticos de código abierto.

Por último, deberían estudiarse diversas disposiciones de la propuesta de Tratado sobre la Protección de los Organismos de Radiodifusión sometida a consideración del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos, para evaluar sus potenciales implicaciones en materia de desarrollo y tener presentes los intereses de

los consumidores y del público en general.

V. LA DIMENSIÓN DE DESARROLLO Y LA TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA

Tal como queda estipulado en los Artículos 7 y 8 del Acuerdo sobre los ADPIC, la transferencia de tecnología es un objetivo que las medidas de protección de la propiedad intelectual deben apoyar y no menoscabar. Sin embargo, muchos de los países en desarrollo y PMA que han contraído obligaciones muy estrictas en materia de propiedad intelectual en los últimos años no disponen de la infraestructura y la capacidad institucional necesarias para asimilar tecnología.

La existencia de buenos sistemas de protección de la propiedad intelectual, incluso en los países en desarrollo con capacidad de asimilación tecnológica, no han permitido impulsar la transferencia de tecnología por medio de la inversión extranjera directa y la concesión de licencias. En efecto, son necesarias medidas correctivas que compensen la incapacidad de los acuerdos y tratados existentes sobre propiedad intelectual de promover una auténtica transferencia de tecnología hacia los países en desarrollo y los PMA.

En ese sentido, se podría crear un nuevo órgano subsidiario en la OMPI para considerar qué medidas deben tomarse para que el sistema de propiedad intelectual garantice una transferencia eficaz de tecnología hacia los países en desarrollo, tal y como ya se ha hecho en otros foros como la OMC y la UNCTAD. Entre otras medidas, consideramos especialmente interesante la creación de un régimen

internacional en virtud del cual se promueva el acceso por parte de los países en desarrollo a los resultados de investigaciones financiadas con fondos públicos en los países desarrollados. Un régimen de ese tipo podría materializarse en un Tratado sobre el Acceso a los Conocimientos y la Tecnología. También es fundamental la inclusión de disposiciones claras sobre la transferencia de tecnología en los tratados que actualmente se están negociando en la OMPI.

VI. LA DIMENSIÓN DE DESARROLLO Y LA OBSERVANCIA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

La observancia de los derechos de propiedad intelectual también debería considerarse desde el punto de vista más amplio de los intereses generales de la sociedad y de los objetivos de desarrollo, conforme a lo señalado en el Artículo 7 del Acuerdo de los ADPIC. Debería protegerse el derecho de los países a cumplir sus obligaciones internacionales en concordancia con su propio ordenamiento y práctica jurídicos, como prevé claramente el Artículo 1.1 del Acuerdo sobre los ADPIC.

Al establecer el Comité Asesor sobre Observancia (ACE) en 2002, la Asamblea General de la OMPI dejó claro que no deseaba ir más allá en materia de observancia de lo ya dispuesto en el Acuerdo sobre los ADPIC y decidió deliberadamente excluir el establecimiento de normas del mandato del Comité. Al emprender este comité toda futura labor con arreglo a su mandato, debe proceder con un enfoque equilibrado a la hora de examinar el tema de la observancia de los derechos de propiedad intelectual. El

ACE no puede contemplar la cuestión de la observancia exclusivamente desde el punto de vista de los titulares de derechos, ni limitar sus debates a la lucha contra la infracción de los derechos de propiedad intelectual.

Si bien esos debates son importantes, el ACE también debe considerar la mejor forma de garantizar la observancia de todas las disposiciones relacionadas con el Acuerdo de los ADPIC, con inclusión de las disposiciones que imponen obligaciones a los propios titulares de derechos.

Debe prestarse especial atención a la necesidad de garantizar procedimientos de observancia justos y equitativos que no den lugar a prácticas abusivas por parte de los titulares de derechos que puedan obstaculizar indebidamente la competencia legítima. Cabe resaltar al respecto que el Artículo 8 del Acuerdo sobre los ADPIC señala que pueden resultar necesarias ciertas medidas correctivas para poner freno a prácticas susceptibles de afectar negativamente al comercio y a la transferencia internacional de tecnología. También debe tenerse presente la disposición del Artículo 40 del Acuerdo sobre los ADPIC en la que se abordan las prácticas anticompetitivas en las licencias contractuales. Todas estas disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC deberían ser incorporadas adecuadamente en el marco de la OMPI.

VII. PROMOCIÓN DE UNA COOPERACIÓN Y ASISTENCIA TÉCNICA "ORIENTADAS HACIA EL DESARROLLO"

La OMPI es el principal proveedor multilateral de asistencia técnica en el ámbito de la propiedad intelectual. De

conformidad con el Acuerdo firmado con la OMC en 1995, desempeña un importante papel a la hora de proporcionar asistencia técnica a los países en desarrollo en relación con la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC. En su calidad de organismo especializado de las Naciones Unidas, la OMPI tiene la obligación de garantizar la orientación de sus actividades de cooperación técnica hacia la puesta en práctica de todos los objetivos de desarrollo pertinentes de las Naciones Unidas, que no se limitan al mero desarrollo económico. Estas actividades también deben mantener una coherencia absoluta con los requisitos establecidos para las actividades de las Naciones Unidas en este campo, es decir, deberán ser neutrales, imparciales y obedecer a una demanda.

Los programas de cooperación técnica en materia de propiedad intelectual deberían ampliarse considerablemente y mejorar su calidad. Esto es importante para garantizar que el costo de proteger la propiedad intelectual no sea mayor que los beneficios que ésta ofrece. En ese sentido, los regímenes nacionales creados para cumplir las obligaciones internacionales deben ser sostenibles desde el punto de vista administrativo y no sobrecargar los escasos recursos nacionales que pueden ser empleados de manera más productiva en otros campos. Asimismo, la cooperación técnica debería permitir que los costos sociales de la protección de la propiedad intelectual se mantengan en unos niveles mínimos.

En el marco de la asistencia jurídica de la OMPI se debería velar por que la legislación nacional de propiedad intelectual

de cada país se adapte a su nivel de desarrollo y responda plenamente a las necesidades y problemas específicos de cada sociedad. También debería ayudar a los países en desarrollo a sacar el máximo provecho de la flexibilidad que ofrecen los acuerdos existentes en materia de propiedad intelectual, en particular, con vistas a la promoción de objetivos importantes en materia de políticas públicas.

VIII. UNA ORGANIZACIÓN ATENTA A LAS NECESIDADES DE SUS MIEMBROS Y DISPUESTA A CONSIDERAR LAS PREOCUPACIONES DE TODAS LAS PARTES INTERESADAS, EN PARTICULAR, LA SOCIEDAD CIVIL.

Un sistema equilibrado de protección de la propiedad intelectual debería estar al servicio de todos los sectores de la sociedad. Dadas las implicaciones considerables que tiene la propiedad intelectual en el ámbito de las políticas públicas, es esencial que participe una gran variedad de partes interesadas en los debates sobre la propiedad intelectual, así como en todas las actividades de creación de normas, tanto a nivel nacional como internacional.

En la OMPI se emplea actualmente el término ONG al hablar tanto de las ONG de interés público tanto como de las organizaciones de usuarios. Esto crea confusiones y no parece guardar coherencia con la práctica existente en las Naciones Unidas, aplicada en la mayoría de sus organismos especializados. De ahí que sea necesario tomar medidas adecuadas en la OMPI para establecer una distinción entre las organizaciones de usuarios, que

representan los intereses de los titulares de derechos de propiedad intelectual, y las ONG, que defienden los intereses del público.

Posteriormente, la OMPI debería fomentar la participación activa de las organizaciones no gubernamentales de interés público en sus órganos subsidiarios para lograr que en la creación de normativas la posición de los productores y la de los usuarios queden adecuadamente equilibradas de manera que se satisfagan las expectativas de interés público.

IX. CONCLUSIÓN

Promover los beneficios absolutos derivados de la protección de la propiedad intelectual sin reconocer las preocupaciones existentes en materia de políticas públicas sería ofrecer una visión que mina la credibilidad del propio sistema de propiedad intelectual. Sin embargo, si se integra la dimensión de desarrollo en el sistema de propiedad intelectual y en las actividades de la OMPI, aumentarán la credibilidad del sistema de propiedad intelectual y su aceptación a gran escala como herramienta fundamental para promover la innovación, la creatividad y el desarrollo. [Sigue el Apéndice]

APÉNDICE

CUESTIONES Y MEDIDAS QUE HAN DE CONSIDERARSE

Sin perjuicio de iniciativas ulteriores, las siguientes propuestas, entre otras, podrían ser consideradas por la Asamblea General a la hora de establecer el propuesto "Programa de la OMPI para el Desarrollo".

1) Adopción de una declaración de alto nivel sobre la propiedad intelectual y el desarrollo La Declaración podría ser adoptada por la propia Asamblea General o en una conferencia internacional convocada especialmente para tratar cuestiones de propiedad intelectual y desarrollo. En la Declaración deberían señalarse las preocupaciones planteadas por los Estados miembros de la OMPI y por el conjunto de la comunidad internacional en relación con el desarrollo.

2) Modificación del Convenio de la OMPI

Con el fin de garantizar la debida incorporación de la dimensión de desarrollo en las actividades de la OMPI, los Estados miembros podrían considerar la posibilidad de modificar el Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (1967). La modificación permitiría incluir plenamente la dimensión de desarrollo en los objetivos y funciones de la OMPI. Puesto que en el Artículo 4 ("Funciones") del Convenio de la OMPI se cita el Artículo 3 ("Objetivos"), el apartado i) del Artículo 3 del Convenio de la OMPI podría modificarse de la siguiente forma:

"i) fomentar la protección de la propiedad intelectual en todo el mundo mediante la cooperación de los Estados, en colaboración, cuando así proceda, con cualquier otra organización internacional, teniendo debidamente en cuenta las necesidades de desarrollo de sus Estados miembros, en particular, los países en desarrollo y los países menos adelantados".

3) Tratados objeto de negociación

En los tratados que actualmente se están negociando en la OMPI, como el SPLT, se deberían incluir disposiciones relativas a la transferencia de tecnología, las prácticas anticompetitivas y el mantenimiento de la flexibilidad necesaria en aras del interés público. Además, en dichos tratados se deberían incluir cláusulas específicas sobre principios y objetivos. El texto de los Artículos 7 y 8 del Acuerdo sobre los ADPIC es un buen punto de partida, si bien debe recordarse que los tratados de la OMPI no tratan expresamente de "cuestiones relacionadas con el comercio".

4) Cooperación técnica

Instamos al Comité del Programa y Presupuesto a que, en sus próximas sesiones, establezca programas y planes plurianuales y coherentes de cooperación entre la OMPI y los países en desarrollo con el fin de fortalecer las oficinas nacionales de propiedad intelectual y convertirlas en elementos eficaces de las políticas nacionales de desarrollo. Asimismo, esos programas deberían basarse en los principios y objetivos reseñados en el epígrafe VIII del presente documento.

5) La propiedad intelectual y la transferencia de tecnología

Proponemos que se cree un Comité Permanente de Propiedad Intelectual y Transferencia de Tecnología en el que se consideren medidas encaminadas a asegurar una transferencia eficaz de la tecnología hacia los países en desarrollo y los PMA.

6) Seminario internacional conjunto OMPI-OMC-UNCTAD sobre propiedad intelectual y desarrollo

La OMPI podría organizar un seminario internacional conjuntamente con la OMC y la UNCTAD sobre propiedad intelectual y desarrollo, contando con la participación activa de todas las partes interesadas, incluidos las ONG de interés público, la sociedad civil y el mundo académico.

7) Participación de la sociedad civil

La OMPI debe tomar las medidas apropiadas para lograr la amplia participación de la sociedad civil en las actividades de la OMPI y modificar la terminología empleada para referirse a las ONG.

8) Grupo de Trabajo sobre el Programa para el Desarrollo Sin perjuicio de las propuestas anteriores, podría crearse un Grupo de Trabajo sobre el Programa para el Desarrollo en el que se seguiría debatiendo la puesta en práctica del Programa para el Desarrollo y la ejecución de los programas de trabajo de la Organización en este campo, a fin de presentar un informe en la cuadragésima primera serie de reuniones de las Asambleas de los Estados miembros de la OMPI.

[Fin del Anexo y del documento]

BIBLIOGRAFÍA

- "Acuerdos sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio", en **Publicación de la OMPI**, no. 223(s), Ginebra, 1999.
- ALARCÓN DE QUESADA, RICARDO: "Intervención ante la Cumbre de la Sociedad de la Información" Ginebra, diciembre, 2003, en <http://www.itu.int/wsis/geneva/coverage/statements/cuba/cu-es.pdf>.
- ÁLVAREZ VALENZUELA, DANIEL: "Alternativas para las Américas. Propuestas de modificaciones al capítulo sobre Propiedad Intelectual", en <http://www.porlacultura.org>.
- _____: "Derecho de autor y cultura" en www.comerciojusto.cl.
- ALVES DE SOUZA, MARCOS: "Creative Commons en Brasil", en www.sapi.gov.br.
- AMEGATCHER, A. O.: "Protección del folclore mediante el derecho de autor: una contradicción intrínseca", en www.unesco.org.
- Anteproyecto de convención sobre la protección de la diversidad de los contenidos culturales y las expresiones artísticas, CLT/CPD/2004/CONF.201/2, París, julio, 2004.
- Área de Libre Comercio de las Américas-ALCA, FTAA.soc/civ/119, en www.ftaa-alca.org.
- BÁEZ, FERNANDO: "Sin destruir libros no se gana la guerra", en <http://www.lanacion.com.ar/edicionimpresa/suplementos/enfoques/nota.a>.
- BARRIGA ACEVEDO, CARLOS EDUARDO: "Literatura hipermedial. Las interacciones de la imagen y el texto en la creación

literaria", en *Propuestas literarias en el marco de las nuevas tecnologías de la información*, Convenio Andrés Bello, Bogotá, 2003.

BAYARDO, RUBENS Y ANA MARÍA SPADAFORA: "Derechos culturales y derechos de propiedad intelectual: un campo de negociación conflictivo", en <http://www.cuadernos.bioetica.org/doctrina3>.

BURCH, RALLY: "CMSI: Acuerdos mínimos y compromisos débiles", en [www./movimientos.org/foro_comunicacion/show_text.php3?key=2362](http://www.movimientos.org/foro_comunicacion/show_text.php3?key=2362).

CALVO, BLANCA: "Las bibliotecas y los derechos de los autores", en www.derecho-internet.org.

CAÑEDO, ANDALIA RUBÉN: "Acimed en Science Commons. Contribuciones con Licencia de Reconocimiento no-comercial igualmente compartido", en www.bvs.sld.cu.

"Carta abierta a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)", en <http://www.choike.org>.

"Carta de Condoleeza Rice a los Ministros de Asuntos Exteriores de los países miembros de la UNESCO", en http://www.amb-usa.fr/USUNESCO/texts/CD_RiceLetter_Spanish.pdf.

"Carta dirigida a la Sra. Rita Hayes Vicedirectora General de la OMPI en la que se denuncia el presunto robo de los materiales elaborados por IP Justice, EFF y Union for de Public Domain", en <http://www.cpsr-peru.org/lpi/internacional/sscr/>.

CASTRO BONILLA, ALEJANDRA: "El derecho de autor como un derecho humano", en www.premium.vlex.com/doctrina/REDI_Revista_Electronica_Derecho_Informatico/Costa_Rica_derecho_autor_como_derecho_humano/2100-167328,01.html.

CASTRO RUZ, FIDEL: "Discurso pronunciado en Guane, Pinar del Río", en *Granma*, 30 de abril, 1967.

CERDA, ALBERTO: "Tercera Reunión Temática en República Dominicana: Lento avance en propiedad intelectual en el ALCA", en <http://www.comerciojusto.cl/observatorio/observatorio8/index.html>.

- CERVERA, JOSÉ: "216 segundos de mirada: la justificación económica del **copyleft**", en www.hispamp3.com/articulos/articulo.php?identificador=20030226065829.
- CHAPMAN, AUDREY R.: "La propiedad intelectual como derecho humano: obligaciones dimanantes del apartado c) del párrafo 1 del Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", en www.unesco.org.
- Clic Internet. Recopilación de conferencias**, Editorial Pablo de la Torriente, La Habana, 2003.
- COLECTIVO DE AUTORES: **Nuevas tecnologías y propiedad intelectual**, Editorial Reus, Madrid, 1999.
- COLECTIVO DE AUTORES: **América Latina: Un espacio cultural en el mundo globalizado**, Convenio Andres Bello, Santa Fe de Bogotá, 1999.
- COLOMBRES, ADOLFO: **Manual del promotor cultural**, Editorial Humanitas, Buenos Aires, 1992.
- _____: **América como civilización emergente**, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2004.
- _____: **Teoría transcultural del arte. Hacia un pensamiento visual independiente**, Ediciones del Sol, Buenos Aires, 2004.
- "Comité Intergubernamental de Derecho de Autor", en **Boletín de Derecho de Autor**, UNESCO, vol. XXXV, no. 3, julio-septiembre, 2001.
- "Constitución República Bolivariana de Venezuela", en www.defensoria.gov.ve/lista.asp?sec=1500.
- "Constituciones latinoamericanas-disposiciones constitucionales referidas a los pueblos indígenas", en <http://www.naya.org.ar/cgi-bin/recomendar/naya.cgi>.
- "Consulta regional UNESCO/OMPI sobre la protección de las expresiones del folclore en África", en http://www.unesco.org/culture/copyright/folklore/html_sp/pretoria.shtml.
- "Consultas regionales UNESCO-OMPI sobre la salvaguardia de la cultura tradicional y popular", en www.unesco.org/culture/copyright/folklore/html_sp/pretoria.shtml#Resumen.

Convención para la salvaguarda del patrimonio cultural inmaterial, MISC/2003/CLT/CH/14, París, 17 de octubre, 2003.

"Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas" (Revisión de 1971), en **Publicación de la OMPI**, no. 223(s), Ginebra, 1999.

"Copyleft o la liberación de la creatividad colectiva", en www.disenociberaula.com.

CORRALES, CARLOS: "La protección del folclore", en <http://www.sieca.org.gt/publico/ProyectosDeCooperacion/Proalca/PI/Revistas/R4A7/LaProtecciondelFolclore.html>. **Cultura(s). Diversidad y alianza**, publicación realizada por la Unidad de Información Pública del Sector de la Cultura, UNESCO, 2003.

DARÍO BERGEL, SALVADOR: "Apropiación del genoma humano: mercado y ética", en **Bioética para la sustentabilidad**, Publicaciones Acuario, Centro Félix Varela, La Habana, 2002.

DE LA PARRA TRUJILLO, EDUARDO: "Comentarios a las reformas de la Ley Federal de Derecho de Autor", en www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/8/dtr/dtr3.pdf.

"Declaración de Ginebra sobre el futuro de la OMPI", en www.peru.cpsr.org.

"Declaración de la sociedad civil a la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información", en <http://alainet.org>.

"Declaración Universal de Derechos Humanos", en <http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.html>.

"Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural", en http://www.unesco.org/culture/pluralism/diversity/html_sp/index_sp.shtml.

DELGADO PORRAS, ANTONIO: "Las nociones de autor y obra", OMPI/HAV/96/2.

"Derechos a la Comunicación en la Sociedad de la Información (CRIS). Comentarios al Anteproyecto de Convención sobre la Protección de la Diversidad de los

Contenidos Culturales y las Expresiones Artísticas”, en www.crisinfo.org.

“Documento elaborado por representantes de la sociedad civil chilena dirigido al Comité de representantes gubernamentales para la participación de la sociedad civil de las Américas”, en http://www.ftaa-alca.org/alca_s.asp.

“Documento no. 2 de la Campaña CRIS: ¿Por qué los Derechos de Propiedad Intelectual Importan a la Sociedad Civil?”, en www.crisinfo.org.

“El acuerdo de la OMC de patentes obligatorias, bloqueado hasta 2005”, en www.essentialdrugs.org.

El negocio de la industria musical y sus perspectivas, Banco de Inversiones, S.A., Ciudad de La Habana, octubre, 2001.

ELIZALDE, MIRIAM Y LUIS BAÉZ: **El encuentro**, Oficina de Publicaciones del Consejo de Estado, República de Cuba, enero, 2005.

“Exposición de motivos del Proyecto de Ley de Software Libre colombiano”, en <http://bachue.com/colibri>.

Federación Internacional de Asociaciones de Bibliotecarios y Bibliotecas (IFLA): “Limitaciones y excepciones al derecho de autor y derechos afines en el entorno digital: Una perspectiva internacional de las bibliotecas”, en www.ifla.org.

FERNÁNDEZ BALLESTEROS, CARLOS A.: “El derecho de autor y las industrias culturales”, en **II Congreso internacional Cultura y desarrollo**, La Habana, 2001 (inédito).

FERNÁNDEZ BULTÉ, JULIO: “El Estado. La teoría del Estado y el Derecho. Carácter partidista”, en **Formación jurídica para cuadros del Estado**, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.

Free Software Foundation Europe: “Hacia una organización mundial de la riqueza intelectual”, en <http://www.redpi.org/index.php>.

GARCÍA LORENZO, TANIA: **Diversidad cultural e industrias culturales**, Taller del Proyecto Economía y Cultura del Convenio Andrés Bello, Cuzco, 4-6 de mayo, 2006.

GONZÁLEZ BARAHONA, JESÚS M.: "El futuro de la información: ¿vamos hacia donde queremos?", en www.sindominio.net/biblioweb/telematica/futuroinfo.html.

____ Y PEDRO DE LAS HERAS QUIRÓS: "Y la información será libre... ¿o no?", en <http://www.sindominio.net/biblioweb/telematica/infolibre.html>.

HARVEY, EDWIN R.: *Derecho cultural latinoamericano. Sudamérica y Panamá*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1992.

____: *Derecho cultural latinoamericano. Centroamérica, México y Caribe*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993.

____: *Derecho cultural latinoamericano y caribeño. Caribe habla inglesa, América Latina y Suriname*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1994.

"Informe Desarrollo Humano PNUD", 1999, en <http://hdr.undp.org/reports/global/1999/en/>.

"Informe Desarrollo Humano PNUD", 2001, en <http://hdr.undp.org/reports/global/2001/en/>.

"Informe Especial 301", 2002, en www.lapaz.embassy.gov/propiedadintelectual/special301.html.

"Informe Especial 301", 2005, en www.megalink.com/usemblapaz.

Informe Preliminar del Director general junto con dos anteproyectos de Convención sobre la Protección de la Diversidad de los Contenidos Culturales y las Expresiones Artísticas, CLT/CPD/2005/CONF.203/6, París, 3 de marzo, 2005.

"II Jornadas Contra el Préstamo de Pago en Bibliotecas Públicas y Universitarias", en <http://www.ucm.es/BUCM/jornadasprestamo/pon.html>.

JUBRÍAS, MARÍA ELENA: *Arte Postmoderno*, Universidad de La Habana, La Habana, 1993.

KURUK, PAUL: "El derecho consuetudinario en África y la protección del folclore", en www.portal.unesco.org/culture/es/ev.phpURL_ID=6259&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

LAGE DÁVILA, AGUSTÍN: "La ciencia y la cultura: las raíces culturales de la productividad", en *Revista Temas*, no. 24-25, enero-junio, 2001.

- _____: "Cuba Socialista: La Economía del conocimiento y el Socialismo. Reflexiones a partir de la experiencia de la Biotecnología cubana", en www.cubasocialista.cu.
- "La nueva ley de patentes iraquí: una declaración de guerra contra los campesinos", en www.el-atacante.levillage.org.
- "La postura de la Federación Internacional de Asociaciones de Bibliotecas e Instituciones (IFLA), en la Declaración de Ginebra sobre el Futuro de la OMPI. Comité sobre el Copyright y otros asuntos legales (CLM)", 28 de septiembre, 2004, en <http://www.ifla.org>.
- LENORE, VÍCTOR: "La rebelión 'copyleft': músicos y autores se apuntan a ceder derechos de autor", en <http://www.larazon.es>.
- LESSIG, LAWRENCE: "Cultura Libre. Cómo los grandes medios usan las tecnologías y leyes para encerrar la cultura y controlar la creatividad", en www.rebellion.org.
- "Ley 14. Ley de Derecho de Autor de Cuba", en www.min.cult.cu/legislacion/documentos/ley14.html.
- "Licencia Arte Libre", en www.artlibre.org.
- "Licencia de Contenidos Libres", en <http://lcl.eseduca.org>.
- "Licencia de Música Libre", en www.musicalibre.es.
- "Licencias Creative Commons. Reconocimiento 2.1", en <http://creativecommons.org>.
- "Licencias Creative Commons. Atribución 2.1", en <http://creativecommons.org>.
- LINARES, MARÍA TERESA: "La música como actividad cultural del hombre", en *Revista Catauro*, año 3, no. 5, 2002.
- LIPSYC, DELIA: *Derecho de autor y derechos conexos*, UNESCO, CERLALC, ZAVALIA S.A., 2003.
- _____: *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*, UNESCO, CERLALC, ZAVALIA, 2004.
- Llamado de la Tierra: "La participación de los pueblos indígenas en la formulación de políticas sobre propiedad intelectual internacional", en <http://www.earthcall.org/es/issues/background.html>.

- _____: "Política de propiedad intelectual y expresiones culturales indígenas", en <http://www.earthcall.org/es/issues/background.html>.
- "Llamamiento de Caracas. Declaración Final del Encuentro Mundial de Intelectuales y artistas En defensa de la humanidad", noviembre, 2004, en www.caracas2004.info/global/loader.php?&cat=programa&cont=06.html.
- MAGNUS OLUEZE, IKECHUKWU: "La protección de las expresiones del folclore como medio de difusión cultural en el derecho nigeriano", en <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001225/122513so/pdf>.
- MAGRO, JOSÉ LUIS: "Préstamo de pago en las bibliotecas públicas", en www.maratondeloscuentos.org/librolibre/actasdoc/magro.html.
- "Manifiesto en defensa del préstamo en bibliotecas", en www.maratondeloscuentos.org/descarga/manifiesto.doc.
- MARTÍNEZ HINOJOSA, FRANCISCO R.: "El derecho de autor en la legislación cubana", ponencia presentada en el Simposio internacional **Enfoque multilateral de la propiedad**, La Habana, 1996.
- MARTÍNEZ, OSVALDO: "Globalización, ¿Cultura y desarrollo?", en *El Caimán Barbudo*, no. 305.
- MAS I HERNÁNDEZ, JORDI: "Software libre: técnicamente viable, económicamente sostenible y socialmente justo", en www.arn.espora.org.
- MCCASKILL, ANNE: "La cultura y las normas comerciales internacionales: Cuestiones y perspectivas", en www.cdc-cdd.org/Espagnol/liensenespagnol/events_esp/encuentro/mccaskill_esp.html.
- I Mesa redonda de Ministros de cultura "Cultura y Creatividad en un mundo globalizado", UNESCO, París, 2 de noviembre, 1999.
- II Mesa redonda de Ministros de cultura "Diversidad cultural: las apuestas del mercado", UNESCO, París, 11-12 de diciembre, 2000.
- III Mesa redonda de Ministros de cultura "Declaración de Estambul. El patrimonio cultural inmaterial, espejo de la

diversidad cultural", UNESCO, Estambul, 16-17 de septiembre, 2002.

MILLÉ, ANTONIO: **La interferencia de la tecnología digital en las normas para el derecho de autor y los derechos conexos y la necesidad de armonizar las legislaciones nacionales y la protección internacional**, UNESCO/CLT/SHW/LACC/3.

MOINEAU, LAURENT Y ARIS PAPATHÉODOROU: "Cooperación y producción inmaterial en el software libre. Elementos para una lectura política del fenómeno GNU/Linux", en <http://sindominio.net/biblioweb/telematica/cooperacion.pdf>.

MONESTEL, MANUEL: "La industria cultural: El caso de la música", en www.trovacub.com.

"Nuestra diversidad creativa", en www.unesco.org/culture/policies/ocd/html_sp/index_sp.shtml.

PAPATHÉODOROU, ARIS: "Propiedad intelectual, copyright, patentes", en <http://sindominio.net/biblioweb/telematica/index.html>.

PÉREZ PAREJO, RAMÓN: "La crisis de la autoría: desde la muerte del autor de Barthes al renacimiento de anonimidad en Internet", en www.ucm.es/info/especulo/numero26/crisisau.html.

PRIETO DE PEDRO, JESÚS: Tesis de doctorado en Derecho de la Cultura, en http://www.uc3m.es/uc3m/inst/IUDC/Doctorados_2.html.

_____: "Cultura, Economía y derecho, tres conceptos implicados", en www.oei.org.

"Propuesta de Argentina y Brasil para establecer un programa de la OMPI para el desarrollo discutido en el Trigésimo Primer período de sesiones de la Asamblea General de la OMPI", en http://www.wipo.int/documents/es/document/govbody/wo_gb_ga/pdf/wo_ga_31_11.pdf.

"Propuesta de establecer un Programa de la OMPI para el desarrollo, análisis detallado de las cuestiones planteadas en el documento WO-6A-31-11", documento IMM/1/4/, en www.wipo.org.

- "Propuesta de los Estados Unidos de América para el establecimiento en la OMPI de un programa de creación de enlaces", documento IIM/1/2, en www.wipo.org.
- "Proyecto Colibrí", en www.bachue.com/colibri/index.html.
- "Proyecto de ley de utilización de software libre por el Estado Nacional (expediente 904-d-02)", en Proyecto de ley de la República Argentina.
- "Proyecto de 'Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales'", en www.portal.unesco.org.
- QUÉAU, PHILIPPE: ¿A quien pertenecen los conocimientos?, en www.attacmadrid.org.
- RAMONET, IGNACIO: **Propagandas silenciosas**, Instituto Cubano del Libro, La Habana, 2001.
- RASCÓN, VÍCTOR HUGO: "Legislación y políticas en las industrias culturales de Latinoamérica", en **Seminario de industrias culturales y desarrollo sustentable**, Secretaría de Relaciones Exteriores (México), Consejo Nacional para la Cultura y las Artes (México), Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura (OEI), Ciudad México, 2004.
- "Recomendación sobre la salvaguardia de la cultura tradicional y popular", en www.portal.unesco.org.
- "Red Internacional para la Diversidad Cultural. Objetivos para una Convención efectiva", en www.incd.net.
- "Relación entre el acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica y la protección de los conocimientos tradicionales", en <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/v/IP/C/W/356.doc>.
- RENDUELES, CÉSAR: "Copiar, robar, mandar", en www.sindominio.net/biblioweb/telematica/redueles.pdf.
- _____: "¡Larga vida a nuestros amos! Reflexiones ante el 'Día sin Música' 13 de mayo", en <http://www.rebellion.org>.
- RODRÍGUEZ, ROLANDO: "Génesis y desarrollo del Instituto Cubano del Libro (1965-1980). Memoria y reflexión", en **Debates Americanos** no. 11 (67) enero-diciembre, 2001.

- ROSE, WARNER: "El proceso especial 301 de los E.U.A.", en <http://www.megalink.com/usemblapaz/propiedad%20intelectual/derechoelec.html>.
- SÁNCHEZ ALMEIDA, CARLOS: "República Internet", en www.bu-fetalmeida.com/republica/node1.html.
- SHASHIKANT, SANGEETA: "La propiedad intelectual y la 'agenda para el desarrollo' de la OMPI", en www.choike.org.
- SHIVA, VANDANA: *¿Proteger o expoliar? Los derechos de propiedad intelectual*, Intermón Oxfam, Barcelona, 2003.
- SMIERS, JOOST: "Originalidad dudosa", en www.porlacultura.net/TEXT/diversidad%20cultural/ORIGINALIDAD%20DUDOSA.html.
- _____: "Propiedad creativa indebida", en www.el-atacante.levillage.org.
- STALLMAN, RICHARD: "Copyleft: Idealismo pragmático", en www.gnu.org.
- _____: "¿Por qué en su próxima biblioteca no debería utilizar la GPL para Bibliotecas?", en www.gnu.org.
- _____: "La pasión por lo libre", en www.gnu.org.
- _____: "El copyright contra la comunidad en la era de las redes de ordenadores", en www.gnu.org.
- _____: "¿Por qué Debemos Combatir a UCITA?", en www.gnu.org.
- STIGLITZ, JOSEPH E.: "Aciertos y errores de los derechos de propiedad intelectual", en www.project'syndicate.org.
- TRAHTEMBERG, LEÓN: "El TLC con Estados Unidos y el impacto demoledor sobre la cultura latinoamericana", en www.visionesalternativas.com.
- "Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor", 1996, en www.OMPI.org.
- "Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas", 1996, en www.OMPI.org.
- VILLATE, JAVIER: "La propiedad intelectual en la nueva era digital", en <http://www.cibersociedad.net/archivo/articulo.php?art=40>.

VIVAS-EUGUI, DAVID: "Acuerdos regionales y bilaterales, un mundo más allá de los ADPIC: El Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA)", en www.quiap.ca/documents/Spanish.FTAA.us.1.pdf.

WU MING: "Copyright y maremoto", en <http://sindominio.net/biblioweb/telematica/maremoto.pdf>.

www.terra.com/noticias/articulo/html/act/241575.htm#.

