

La Propiedad Intelectual y el desarrollo de las Industrias Culturales. Un escenario de tensiones.

Mariana Baranchuk, Ana Bizberge, Diego de Charras y Guillermo Mastrini

I. Introducción

Los Derechos de Propiedad Intelectual refieren a tres áreas que poseen distintos tipos de regulación: los derechos de autor, las patentes y las marcas. El presente capítulo centra su interés en los derechos de autor¹⁰⁸ y los denominados derechos conexos (aquellos que les caben a los intérpretes de obras literarias y/o musicales), así como en el rol asignado a las instituciones de gestión colectiva que los efectivizan.

Las leyes de propiedad intelectual tienen su origen en Inglaterra en 1710, cuando el llamado “Estatuto de la Reina Ana” instituyó una protección que limitó la posibilidad de copiar las producciones simbólicas por parte de terceros, con el objetivo de proporcionar sustento para los artistas, creadores y científicos. Entonces, la limitación se estableció por un período de 14 años desde su aparición, pasando luego al dominio público.

Sin dudas, esta protección de los derechos de los creadores simbólicos estuvo marcada por la proliferación de mecanismos de reproducción mecánica de los soportes materiales de dichos bienes, en aquellos tiempos la imprenta. Mientras los bienes simbólicos no fueron reproducibles a escala, el modelo de remuneración de los creadores se dio a través de diversas fuentes, muchas de ellas indirectas como el mecenazgo.

La reproducción mecánica de las creaciones simbólicas permitió promover el acceso a los bienes culturales de cada vez mayores sectores de la población. La educación pública y la notable reducción del analfabetismo contribuyeron también a incrementar el número de lectores. La regulación del derecho a la propiedad intelectual limitó entonces el acceso a una creación simbólica, que sólo se tornó disponible para quienes estuviesen dispuestos a pagar, lo que impulsó una escasez artificial de los bienes culturales. Si bien la cultura y la producción simbólica pertenecen al orden de los bienes comunes, cuyo acceso es imposible de ser limitado, la regulación de la propiedad intelectual generó una escasez en el acceso a sus soportes materiales. Si la reproducción mecánica abarató enormemente los costos de reproducción, las restricciones legales repusieron limitaciones¹⁰⁹.

¹⁰⁸ En el capítulo se utiliza indistintamente los conceptos de Propiedad Intelectual y Derechos de Autor.

¹⁰⁹ “Hasta el presente, todos los mecanismos capitalistas de difusión de la información han apuntado a crear artificialmente una escasez de información. Se trata de una estrategia de acaparamiento. Ahora bien, en el campo del conocimiento, la posesión por parte de uno no significa de ningún modo desposeer a los otros. Se puede efectivamente poseer una información e intercambiarla sin ser por lo mismo desposeído de ella” (Moustapha Lo, 2005).

Los derechos de autor introducen la dimensión de escasez, en este caso artificial, para desarrollar un mercado de bienes simbólicos que le permitan al creador percibir una compensación económica por su trabajo. La escasez queda determinada por el número de copias que se realizan de una obra o creación.

Pero, a la vez, la ley procuró no restringir totalmente el acceso a los bienes culturales del conjunto de la población y se estableció el “dominio público”, al que pertenecen las creaciones simbólicas luego de una cantidad de años (variable histórica y geográficamente)¹¹⁰. La noción de dominio público protege el acceso al acervo cultural de la humanidad y, a la vez, reconoce que el proceso de creación cultural tiene su origen en la vida pública¹¹¹.

De esta forma, ya desde los orígenes de la noción de propiedad intelectual se buscó lograr un equilibrio entre la rentabilidad económica de los artistas y libertad de información y acceso a la cultura.

Con el correr de los años, la protección del derecho de autor se amplió a los intérpretes y a los productores industriales de bienes simbólicos, en lo que se conoce como derechos conexos. Mientras que a los autores se les reconocen derechos morales y patrimoniales, a los productores se les reconocen derechos económicos. Es aquí donde es conveniente recordar que la noción de propiedad intelectual resulta ambigua según el ámbito geográfico. Básicamente se distingue la tradición francesa, que protege los derechos de autor y conexos como se acaba de mencionar, y la tradición anglosajona de copyright que reconoce económicamente a quien tiene los derechos de reproducción mecánica de un bien simbólico. Mientras que la postura anglosajona negocia entre los intereses de los autores y la sociedad, de modo que esta última concede a los primeros un monopolio temporal y limitado para controlar y explotar sus obras, la tradición europea continental postula que existe un derecho natural de los autores a la propiedad de sus obras, y que la ley debe limitarse a reconocerla.

Los derechos de autor se basan en una concepción ligada al derecho personal de los autores y concibe un correlato (una identidad) entre el autor y su creación. Los derechos de autor, en el sistema europeo continental, se dividen en derechos económicos o patrimoniales y derechos morales.

Siguiendo a Villate (2001), los derechos morales refieren a: el derecho de publicación -el autor decide cuándo hacer público su trabajo-; el derecho de atribución -derecho a figurar y ser reconocido como autor de la obra-; el derecho de integridad del trabajo -el autor tiene el derecho a negarse a cualquier modificación de su trabajo-.

Por su parte, Rodríguez Miglio (S/F) sostiene que los derechos morales deben ser considerados como un derecho de la personalidad y por tanto son derechos inalienables, inembargables, irrenunciables

¹¹⁰ Si bien hay variantes, la gran mayoría de éstas se ubican actualmente en 70 años después del fallecimiento del autor, 50 años después de su difusión para las interpretaciones musicales, 20 años después de su expedición para las patentes.

¹¹¹ Es dable destacar que, tanto en la jurisprudencia sajona como en la europea continental, se considera que la creación cultural constituye un bien de origen social y, por ende, es la sociedad la que, en pos del progreso, creación e innovación, delega sus derechos de explotación con exclusividad por un período de tiempo.

e imprescriptibles. Son inalienables porque, aunque el autor ceda los derechos patrimoniales, los derechos morales se mantienen bajo el área del autor¹¹². Los derechos morales también son inembargables, lo cual se desprende del hecho de constituir un bien inmaterial. Asimismo son irrenunciables porque se pueden ceder los derechos patrimoniales, pero no hay cláusula contractual que pueda obligar a la renuncia de los derechos morales. Por último, los derechos morales se definen como imprescriptibles, esto deriva del hecho de ser inalienables y, por ende, funcionan en una esfera diferente a la del comercio.

En cuanto a los derechos patrimoniales o económicos, refieren a: derechos de reproducción -es decir, el autor autoriza o prohíbe la fijación de su obra en un medio tangible-; derechos de transformación -el autor consiente traducciones, adaptaciones u otras mutaciones de la obra-; derechos de distribución -el autor tiene la facultad de controlar la forma en que su trabajo se ofrece al público-.

A lo largo del Siglo XX, los productores y los autores han conseguido extender los plazos de dominio de las obras, en detrimento del dominio público. Pero, al mismo tiempo, también se promulgaron límites o excepciones al derecho de propiedad intelectual. En este sentido se destacan la protección superior para la libertad de expresión y el derecho a informar sucesos de actualidad. Como señala Gay Fuentes (2003) “es habitual establecer una distinción entre las excepciones justificadas por motivos de interés público, en ocasiones incluso de defensa de derechos fundamentales, y las basadas en razones prácticas o económicas, es decir en imperfecciones de mercado”. En éste último caso, se destaca el derecho a la copia privada, es decir, el reconocimiento del derecho individual a realizar copias para uso privado sin obtener beneficios económicos. Esta práctica fue reconocida legalmente e incluso implicó que se otorgaran mecanismos compensatorios. La proliferación de máquinas de fotocopias y de copiado de cintas fonográficas motivaron este reconocimiento. En el mundo anglosajón, la doctrina del “fair use” (uso justo) también reconoció excepciones al derecho de propiedad intelectual. Esta doctrina también se ajustó a la necesidad de buscar un equilibrio entre los derechos de los autores y los de los ciudadanos. El “uso legítimo” autoriza a los usuarios a utilizar obras con copyright, siempre que no se perjudique la explotación económica de las obras. El “uso legítimo” contempla circunstancias como la naturaleza del uso (comercial vs. no lucrativo), la naturaleza de la obra, la calidad y sustancia de la parte utilizada en relación al conjunto de la obra y el efecto de su uso en el mercado.

En 1886, la Convención de Berna para la Protección de las obras literarias y artísticas consagró la protección del derecho de propiedad intelectual a nivel internacional, mediante sistemas de reconocimientos mutuos de las creaciones simbólicas. Este convenio configuró un hito fundamental y fue sufriendo modificaciones a lo largo de los años, puestas de manifiesto en Berlín (1908); Roma (1928); Bruselas (1948) y Reunión de la UNESCO (1952). En el año 1961 surgió una nueva normativa multilateral referente a los llamados Derechos Conexos, en referencia a la firma del Convenio de Roma,

¹¹² Esto está presente en la legislación de la mayoría de los países latinoamericanos y en algunos de la Comunidad Europea.

el cual extendió y pautó los derechos de intérpretes, ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión¹¹³. En cuanto a los Derechos de autor, se incorporaron nuevas normativas multilaterales en Estocolmo en 1967 y en París en 1971. En ese mismo año, se realizó el convenio por fonogramas, seguido por el convenio por el uso de los satélites y, recién en 1989, pasa a registrarse la propiedad intelectual de las obras audiovisuales. Por su parte, en enero de 1996 en la Organización Mundial de Comercio se firman los ADPIC (Acuerdos sobre el Derecho de Propiedad Intelectual para el Comercio).

El equilibrio alcanzado entre el interés público de acceso a la cultura y el interés económico de los creadores y productores, si bien precario, permitió que durante dos siglos se expandiera notablemente la producción y el acceso a la cultura. El sistema no estaba exento de contradicciones, tanto entre público y productores, como entre productores y creadores. Entre otras críticas, Ramón Zallo (2011) destaca que: “En los siglos XIX y dos primeros tercios del XX, el ciclo de vida de los productos culturales –con unos mercados limitados en unas sociedades de cultura repartida muy desigualmente– requerían una larga vida comercial, medible por años y años, en tanto la remuneración a porcentaje era la norma. Se presionaba para ampliar la duración de la propiedad intelectual (...) Ya entonces no parecía funcional la idea de una obra entendida como un capital que rinde rentas (o no) a lo largo de la vida de un autor y de dos generaciones de descendencia – o sea entre 70 y 140 años– antes de pasar a dominio público, a uso libre”.

Así, varias legislaciones nacionales se irán desarrollando durante la primera mitad del Siglo XX (en la Argentina es la ley 11.723 y data de 1933). Finalmente, y para cerrar esta sintética línea histórica, en 1996 –y como ya se enunció– se promulgan una serie de Acuerdos sobre diversos aspectos de la Propiedad Intelectual ligadas al comercio (los llamados ADPIC o TRIPS por sus siglas en inglés), los cuales involucran, entre otros, los siguientes puntos: igual trato que a los nacionales; cláusula de Nación más favorecida y lo que hace al derecho a reivindicar la paternidad de la obra¹¹⁴.

¹¹³ Convención Internacional sobre la Protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión; Roma 26 de octubre de 1961.

¹¹⁴ El acuerdo sobre los ADPIC corresponde al anexo 1C del Acuerdo de Marrakech firmado el 15 de abril de 1994. Sus principales artículos prevén:

- Artículo 3 (igual trato que a los nacionales): “Cada Miembro concederá a los nacionales de los demás Miembros un trato no menos favorable que el que otorgue a sus propios nacionales con respecto a la protección de la propiedad intelectual (...) En lo que concierne a los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, esta obligación sólo se aplica a los derechos previstos en el presente Acuerdo. Todo Miembro que se valga de las posibilidades estipuladas en el artículo 6 del Convenio de Berna (1971) o en el párrafo 1 b) del artículo 16 de la Convención de Roma lo notificará según lo previsto en esas disposiciones al Consejo de los ADPIC”.
- Artículo 4 (Cláusula de nación más favorecida): “Con respecto a la protección de la propiedad intelectual, toda ventaja, favor, privilegio o inmunidad que conceda un Miembro a los nacionales de cualquier otro país se otorgará inmediatamente y sin condiciones a los nacionales de todos los demás Miembros...”
- Artículo 9 (sobre la relación con el Convenio de Berna): “Los Miembros observarán los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (1971) y el Apéndice del mismo. No obstante, en virtud del presente Acuerdo ningún Miembro tendrá derechos ni obligaciones respecto de los derechos conferidos por el artículo 6bis de dicho Convenio ni respecto de los derechos que se derivan del mismo...”. En ese sentido, los ADPIC dejan sin efecto el artículo 6 bis del Convenio de Berna en lo referente a

De esta manera, la industria logró imponer una normativa que regule a favor de sus intereses, produciendo un vuelco que pasó del fomento a las artes y las ciencias con el fin de asegurar a los trabajadores creativos¹¹⁵ una retribución por su trabajo intelectual a la búsqueda de la penalización y la persecución de usuarios en el pasaje al entorno digital.

Sin embargo, y para dar cuenta del nivel de tensión que produjo el uso de la propiedad intelectual por parte de los países centrales en provecho exclusivo del beneficio económico y en desmedro del bienestar social y cultural, en 2004 se presentó una Agenda de Desarrollo para la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Allí un grupo de 15 países –encabezados por Brasil y la Argentina y acompañados por organizaciones de la sociedad civil- autodenominados "Grupo de Amigos del Desarrollo" (GAD)¹¹⁶ presentaron un documento en el que solicitaron volver a formular los derechos de propiedad y la forma en que funciona la OMPI. Estos países sostuvieron que los tratados internacionales en la materia, que provinieron de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y de la OMPI, fijaron pautas con efectos que atentan contra el desarrollo económico y social de diversas regiones¹¹⁷.

Las industrias culturales tienden, a través del usufructo de los derechos de propiedad intelectual, a conjugar la rentabilidad económica con el pago a los artistas, los innovadores y los creadores¹¹⁸. En ese sentido, los trabajadores creativos, a excepción de contadas individualidades, han sufrido un proceso de mayor subsunción al capital perdiendo importantes cuotas de su autonomía. Si bien es cierto que el conflicto entre los diversos actores involucrados en relación al reparto de los derechos económicos ha existido desde siempre, los cambios en los procesos productivos y en la estructura de propiedad de las industrias culturales, los ha exacerbado.

De hecho, los autores, intérpretes y ejecutantes se limitan a obtener una suerte de doble remuneración por su trabajo: una pactada con el productor previa a la realización de la obra y otra a posteriori, durante el período de explotación de la misma en formas de derechos de autor o de intérprete.

que “el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación”.

¹¹⁵ Cabe destacar que por Trabajo Creativo se entiende un trabajo calificado, generador de producción simbólica ligado a códigos culturales específicos.

¹¹⁶ El Grupo de Amigos del Desarrollo está formado por Argentina, Bolivia, Brasil, Cuba, Ecuador, Egipto, Irán, Kenya, Perú, República Dominicana, Sierra Leona, Sudáfrica, Tanzania, Uruguay y Venezuela.

¹¹⁷ Como bien se pregunta Philippe Rivière (2000): “¿A quién pertenecen los conocimientos? Cuando la propiedad intelectual, al decuplicar el costo de medicamentos vitales, condena a muerte a millones de enfermos africanos, la pregunta no es teórica. El futuro de la economía mundial y de una parte de la humanidad dependen de la respuesta”.

¹¹⁸ En este sentido resulta conveniente subrayar algunas características específicas de estas industrias. Enrique Bustamante (2003:23) destaca las siguientes: El trabajo simbólico o creativo como materia prima de las industrias culturales; valor de uso ligado a la personalidad de los creadores; capacidad para transformar el valor simbólico de los bienes inmateriales en valor económico; riesgo en su valorización (aleatoriedad de la demanda); necesidad de renovación permanente; elevados costos del prototipo y reducidos costos variables (reproducción y distribución); búsqueda de economías de escala con el consecuente fomento de la concentración nacional e internacional.

Lo que nació con la finalidad de incentivar a las artes y ciencias en general, y a los creadores en particular, se ha ido transformando en la base y condición necesaria para el negocio de la producción de contenidos.

Hoy, la propiedad intelectual ha devenido en una herramienta para la confección de los planes de negocio -protegiendo uno o más aspectos de la cadena de valor-, ya que el negocio como tal consiste en la explotación de estos elementos de manera exclusiva, impidiendo o limitando las acciones de la competencia. En otras palabras:

Las propias características volátiles que definen a la información -en tanto, como decíamos, la mayor potencialidad de valorización se encuentra en el prototipo y una vez vulnerado éste su reproducción es casi infinita y sin costes considerables- hacen que la única posibilidad de valorización del trabajo creativo o intelectual incorporado sobre dicho prototipo deba ser restringido, en virtud de evitar la reproducción por otro que no sea su propietario. En este sentido, el desarrollo tecnológico a partir de la digitalización de las señales y el entorno de redes ha puesto en cuestión toda la tesitura preexistente en lo que hace a derechos de reproducción y comercialización (de Charras, 2006).

Por otro lado, y con la mira puesta ahora sobre los creadores, dada la dificultad para negociar, autorizar o prohibir la utilización de la obra en forma individual, los autores, intérpretes y ejecutantes han logrado mantener el derecho a percibir una remuneración por la utilización de las obras, pero estos derechos se gestionan colectivamente a través de las entidades gestoras de derechos.

II. Las Sociedades Gestoras de Derechos

Los Organismos de Gestión Colectiva (OGC) de derechos de propiedad intelectual surgen de la imposibilidad material de que cada titular de bienes culturales gestione sus derechos en forma individual. Siguiendo a Javier Delupí y Analía Donnarumma (2008) se puede historizar su surgimiento de la siguiente manera:

Con algunos antecedentes de gestión unificada del siglo XVIII en el ámbito de las obras dramáticas, la primera entidad de gestión nació en Francia en 1829 y fue la Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques (SACD). Posteriormente, y en el mismo país, en 1837 nació la entidad que agrupaba a los escritores llamada Société des Gens de Lettres (SGLD) por el impulso de Víctor Hugo, Honoré de Balzac y Alejandro Dumas, y el 18 de marzo de 1850 nació la Sociedad de Autores, Compositores y Editores de Música de Francia (SACEM), bajo el empuje de los compositores D. Paul Henrion, D. Víctor Parizot, del compositor D. Ernest Bourget, y del editor D. Julio Colombier. En Argentina, el primer antecedente es la iniciativa de autores de obras teatrales, que se reunieron en asamblea bajo la dirección de Enrique García Belloso el 11 de septiembre de 1910 para constituir una entidad¹¹⁹.

¹¹⁹ Es interesante destacar, a modo de ejemplo, que esa primera iniciativa en la Argentina antecede por 24 años la sanción de la ley 11.723 de Propiedad Intelectual. Dicha normativa, cuya versión original se publicó en el Boletín Oficial del 30 de

En términos generales, la gestión colectiva comprende cuatro etapas a saber: Registro y Documentación; Concesión de licencias; Recaudación y Distribución.

- **Registro y Documentación:** las sociedades gestoras de derechos de autor y las de intérprete alientan a sus representados a registrar todas las obras que crean, dado que esto facilita el ejercicio de sus derechos. La información que se requiere sirve para proteger los derechos de la propiedad intelectual y que las sociedades de gestión colectiva puedan realizar su tarea de manera eficaz.
- **Concesión de licencias:** las sociedades de gestión colectiva, como representante de los autores y sus derechohabientes, se ocupan de autorizar la utilización de la obra. La principal condición para la utilización de una obra es que se paguen las regalías correspondientes. Las tarifas se establecen generalmente mediante negociación entre las sociedades de autores y los usuarios. Otro eje que atienden refiere a la protección de los derechos morales.
- **Recaudación:** luego de concedida la licencia, lo que continúa es recaudar las regalías. En caso de que no se paguen, la entidad intercederá por el titular de los bienes protegidos y, de ser necesario, lo defenderá ante la justicia.
- **Distribución:** Una vez que se efectuó la recaudación, la sociedad gestora correspondiente es la encargada de la distribución de los importes entre los titulares o sus derechohabientes. Por supuesto, esto se realiza previo el descuento de los gastos que la entidad requiere para su funcionamiento administrativo.

El establecimiento de los organismos de gestión colectiva o sociedades gestoras de derechos constituyó una solución también en el plano internacional ya que a través de los convenios de reciprocidad facilitó la operatoria tanto en grandes y lejanas superficies territoriales, como en el entorno de las redes digitales. Hoy las sociedades de gestión colectiva de derechos se expanden por todo el planeta, y se les ha delegado la responsabilidad de representar a los titulares de bienes protegidos, siendo las encargadas de recaudar lo correspondiente a los derechos patrimoniales. Por otra parte, las distintas sociedades gestoras de derechos debieron establecer “acuerdos de reciprocidad que establecen un sistema de *clearing* que permite a cada uno prestar servicios mutuos a bajo costo” (Delupí y Donnarumma: 2008)¹²⁰.

septiembre de 1933, fue modificada a lo largo de los años por otras 27 normas. Este trabajo de adecuación de la regulación al devenir del desarrollo de las industrias culturales da cuenta de la importancia que se le da a la Propiedad Intelectual en tanto generadora de valor de los bienes inmateriales.

¹²⁰ En la Argentina operan cinco Sociedades de Gestión de derechos que involucran a titulares de derechos de autor o de derechos conexos. Dichas entidades son las siguientes:

- ARGENTORES (Sociedad General de Autores de la Argentina) es una Asociación Civil de carácter profesional y mutual, fundada el 17 de diciembre de 1934. Su función es la protección legal, tutela jurídica y administración de los derechos de autor de las obras utilizadas en todos los teatros, salas cinematográficas, emisoras radiales y canales de TV de cualquier tipo de la Argentina. Es la única entidad del país facultada para hacerlo según ley 20.115 del 23 de enero de 1973.
- SADAIC (Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música) tiene a su cargo la percepción en todo el territorio de la República Argentina de los derechos económicos de autor emergentes de la utilización de las obras musicales

III. El entorno digital

Es fundamental destacar que la digitalización en general e Internet en particular han potenciado algunos de los conflictos preexistentes entre empresas, creadores y ciudadanos. Hay que tener en cuenta que la ciudadanía no percibe barreras de tipo analógico cuando se trata del acceso a los contenidos (digitales), por lo cual el consumo y la copia perfecta no suele reparar en aspectos legales. No obstante, no es lo mismo la compra/venta de bienes culturales digitalizados, copiados y vendidos en la calle que participar en el intercambio de archivos entre privados y sin fin de lucro. La existencia o no de lucro, ya pone en discusión lo antes mencionado respecto del “uso legítimo”. Es claro, asimismo, que la materialidad de los soportes analógicos restringía enormemente las posibilidades de intercambios de copias privadas, que la digitalización en la red multiplica globalmente. En un marco de cierta “economía del don”, los usuarios comparten sus posesiones privadas (obtenidas por el medio que fuera) con otros usuarios, para su uso privado. Esta realidad no puede plantearse sólo como una problemática legal, sino como una de acceso al conocimiento y la cultura y, de hecho, las barreras que propone el mercado y el Estado van siendo desbordadas continuamente.

Es interesante destacar que el advenimiento de Internet presentó profundas modificaciones, no sólo en los derechos de propiedad intelectual en sí, sino también en el funcionamiento de las entidades de gestión. Éstas se encuentran en la encrucijada de encontrar mecanismos diferentes de adjudicación y distribución de las regalías porque, entre otros cambios, la venta en soporte material continúa en merma y el intercambio de archivos peer to peer cada vez se extiende más¹²¹.

y literarias musicalizadas, a través de cualquier medio y modalidad. Se fundó el 9 de Junio de 1936 y la ley 17.648 del año 1969 la autoriza como entidad única para la gestión y recaudación de los derechos que de ella emergen.

- AADI-CAPIF está conformada por la Asociación Argentina de Intérpretes (AADI) y la Cámara Argentina de Productores de Fonogramas y Videogramas (CAPIF). Representa a los artistas intérpretes y a los productores de fonogramas nacionales y extranjeros, en la percepción y administración de los derechos que devienen de la ejecución pública de fonogramas. A través del decreto 1671/74, las dos entidades, AADI y CAPIF, en forma conjunta son autorizadas para percibir y administrar las retribuciones por los derechos. El 26 de febrero de 1975, las dos instituciones formalizaron el trabajo conjunto y firmaron el acta fundacional de la entidad recaudadora a la que denominaron AADI - CAPIF.
- SAGAI (Sociedad Argentina de Gestión de Actores Intérpretes) es una sociedad civil sin fines de lucro cuya función es recaudar y distribuir los derechos de propiedad intelectual de actores, bailarines y dobladores. Fue autorizada para funcionar el 13 de noviembre de 2006 por la Inspección General de Justicia y a través del Decreto 1914/06 se reglamentó tanto el artículo 56 de la Ley 11.723, como la actuación de SAGAI.
- DAC (Directores Argentinos Cinematográficos). Los directores de cine están comprendidos dentro de los titulares de derechos de propiedad intelectual en el artículo 20 de la ley 11.723 a partir de la modificatoria del año 2003. DAC se constituye en la única Sociedad de Gestión de Autores Directores de Cine en todo el territorio nacional a través del Decreto 124/09.

Resulta importante destacar que los periodistas carecen de una entidad propia gestora de derechos.

¹²¹ Las redes Peer to Peer (P2P) presentan tres características principales: son redes concebidas en “capas”; son redes completamente descentralizadas –cabe recordar que las primeras experiencias de intercambio de archivos eran centralizadas y su caso emblemático fue Napster, obligada a cerrar- que generan servidores de computadora en la capa P2P y actúan como un ISP en la capa de Internet IP; están hechas de los recursos que miembros individuales ponen a disposición cuando las utilizan. Actualmente, todas las redes P2P son “no administradas” al nivel del intercambio de archivos, lo cual significa que los vínculos comerciales entre miembros individuales de las comunidades peer to peer existentes y los dueños del material con copyright que está siendo compartido ha desaparecido completamente. A partir del P2P, los dueños de los contenidos por primera vez pierden todos los canales que los unen directa o indirectamente con los usuarios. A los usuarios no les hace falta

Sin lugar a dudas, el entorno digital obliga a revisar la regulación de la propiedad intelectual: desde el desplazamiento que se produce del ámbito nacional al internacional; desde los cambios en las condiciones de producción, donde los derechos se desplazan de los trabajadores/creadores a las empresas y, finalmente, desde los modos que afectan a la cultura, por un lado, la duración (cada vez más expandida) en los plazos de protección y, por otro, la ofensiva empresaria para derogar las excepciones históricamente establecidas a la propiedad intelectual.

Lo que queda medianamente claro es la existencia de una tensión entre los derechos de los creadores, los intereses de las industrias y el derecho de los ciudadanos a gozar libremente de los bienes culturales.

Así como se han potenciado las exigencias de las industrias en torno a la propiedad intelectual, también han crecido los movimientos de usuarios que lo cuestionan. Sobre todo, a partir de la extensión del espacio digital, donde la apropiación de los contenidos y su posibilidad de compartirlos crece de manera exponencial. En ese sentido, Gay Fuentes (2003) señala que entre los intereses de las industrias y los de los movimientos anti propiedad intelectual, se encuentran los de los creadores (autores, intérpretes y ejecutantes). Sin embargo, pareciera necesario encontrar algún tipo de andamiaje que permita una fórmula legal que genere beneficios para todos los actores y no intente salirse de los parámetros culturales asentados. Siguiendo a Ramón Zallo (2011); “Contrariamente a quienes abogan por la plena desregulación o la iniciativa privada sin límites –los liberales- se necesita regulación, normas, pero no cualquier legislación, sino aquella que proteja a los usuarios y, también, a los intervinientes en la cadena de valor desde los creadores a los productores (...) la clave está en dar con nuevas formas de regulación remuneradoras de autores e industria, compatibles con dominios públicos, acceso gratuitos y pagos equilibrados de los usuarios y que retroalimenten los procesos creativos y productivos”.

De algún modo es preciso reconocer que los “usos sociales” de la tecnología y de los bienes culturales han cambiado. En consecuencia, el valor de uso de los bienes –en este caso inmateriales- también se ha modificado. Es por lo menos, sino cuestionable, atendible, el hecho de que legislaciones y modelos de negocio pensados para mercados de la cultura radicalmente diferentes se muestren insatisfactorios en nuevos contextos. Acertadamente, Lawrence Lessig (2008) plantea que toda una generación de chicos está creciendo como “ladrones” (todos bajan música ilegal por ejemplo). En un mundo en el que la tecnología permite crear y difundir el trabajo creativo en forma diferente a la que fue creado y difundido, Lessig se pregunta qué tipo de plataforma moral sostendrán nuestros hijos cuando su comportamiento ordinario es considerado criminal. Criminalizar a toda una generación es un precio muy alto, por lo que hay que buscar un sistema alternativo al copyright para seguir fomentando la creación.

pasar por una tienda o por Internet para comprar un disco o un servicio online. Con los intercambios P2P, la comunidad de gente con la cual el contenido puede ser compartido es global. Esto significa que el trabajo está disponible para que todos los miembros de una comunidad lo descarguen, convirtiéndose en un “bien público” dentro de una comunidad particular P2P. Así, la funcionalidad más afectada por el P2P es la intermediación (Bourdeau de Fontenay et. al, 2010).

Para el autor, ese sistema alternativo es Creative Commons (CC), que brinda licencias gratuitas de uso que permiten que el artista registre su obra con la libertad que desee. Es decir, no es completamente opuesto al derecho de los autores, sino que éstos sólo se reservan algunos derechos y ceden otros. Existen variantes, pero en la mayoría de los casos, se permite la copia citando la fuente y su utilización en futuras obras debe respetar los cánones de las licencias CC. Esos derechos son trasladados a jurisdicciones alrededor del mundo. Es una opción. Es claro que la decisión de afectarse dentro de esta lógica queda en manos de la buena voluntad y el deseo de los creadores.

Sin embargo, deberían contemplarse alternativas de regulación que ubiquen el lugar del bien público, independientemente de la voluntad de los autores. No hay soluciones sencillas. Más allá de lo justos o injustos que sean los márgenes de ganancia de intermediarios, productores y autores, el circuito debe proveer el sustento económico de quienes otorgan a la sociedad un beneficio con sus obras. El problema no es la recompensa por el esfuerzo creador, sino qué es apropiable, en qué términos y por cuánto tiempo. Señala Moustapha Lo (2005), *“la recompensa debe ser la respuesta a todo esfuerzo innovador. Pero no todo debe ser patentable. En principio, toda invención intelectual debe ser destinada al dominio público, salvo si es necesario hacer posible su apropiación temporaria, y aun así, solamente si esto no acarrea discriminaciones inaceptables. La atribución de un derecho de propiedad, a justo precio, solo debe ser aceptada si la inversión en cuestión es importante excluyendo toda retribución económica sistemática”*.

Obviamente, no todos piensan así. El reciente debate por los proyectos de leyes conocidas como SOPA, PIPA¹²² o el cierre de Megaupload¹²³ han despertado todo tipo de controversias. Inclusive entre los autores. El escritor Marcelo Birmajer (2012) sostiene: *“¿Es perjudicial o beneficioso el actual sistema de tráfico de películas y canciones por Internet? Como beneficioso, señalaría que cualquier usuario de Internet puede acceder a cualquier película o canción. Lo perjudicial es que los directores y los demás trabajadores del cine, como los músicos y los productores en general, dejan de cobrar por su trabajo. A grandes rasgos, entonces, yo me inclino por creer que el actual estado de cosas, es decir, el tráfico gratuito e indiscriminado en Internet de películas y canciones, es más perjudicial que beneficioso, tanto para artistas y productores, como para los consumidores. Los artistas sienten el efecto negativo de inmediato, en la disminución instantánea de las regalías por derechos de autor. Pero también los consumidores percibirán, a largo plazo, el deterioro en la música y el cine, ya que los artistas que los ejecutan no podrán dedicar su tiempo completo a sus vocaciones, ni los productores invertirán en mejorar la oferta de productos que no les reditúan. En rigor, las producciones más*

¹²² Stop Online Piracy Act y Protect Intellectual Property Act son dos proyectos de ley contra la piratería frente a los cuales sitios como Wikipedia y Facebook han manifestado su oposición y algunos incluso han llegado a cerrar durante 24 horas como medida de protesta. Finalmente no fueron tratados al momento de escritura de este capítulo. Para más información puede consultarse: http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2012/01/19/actualidad/1326967261_850215.html

¹²³ El sitio Megaupload fue bajado el 19 de enero acusado de haber hecho perder 500 millones de dólares a las empresas defensoras de la propiedad intelectual, la industria de Hollywood y de la música. Fueron acusados de haber ganado 150 millones de dólares por suscripciones y 25 millones en publicidad en un período de cinco años.

independientes y necesitadas de las mínimas regalías para sobrevivir, ya no para vivir de su lucro, serían las primeras en desaparecer si se entregaran exclusivamente de forma gratuita”.

En una línea similar, la escritora española Lucía Etxebarría (2011) anunció que no volvería a escribir *“en una temporada muy larga (...) dado que he comprobado hoy que se han descargado más copias ilegales de mi novela que copias han sido compradas, anuncio oficialmente que no voy a volver a publicar libros en una temporada muy larga”*. Según el diario ABC de España, la decisión de Etxebarría se produce pocas semanas después de que se conociera el dato de que las descargas ilegales siguen creciendo en ese país y la tasa de piratería ha alcanzado ya un 77,3% de los contenidos digitales. De esta forma, sólo dos de cada cien canciones se obtienen de forma legal y la mitad de los libros se piratean, según los datos que se desprenden del Observatorio de Piratería y Hábitos de Consumo de Contenidos Digitales.

Por su parte, el escritor y editor de la revista Orsai, Hernán Casciari (2011) le respondía en un artículo titulado *“para ti, Lucía”*:

“A nosotros nos ocurre lo mismo. Durante 2011 editamos cuatro revistas Orsai. Vendimos una media de siete mil ejemplares de cada una, y con ese dinero le pagamos (extremadamente bien) a todos los autores. Los .pdf gratuitos de esas cuatro ediciones alcanzaron las seiscientas mil descargas o visualizaciones en internet.

Vendimos siete mil, se descargaron seiscientas mil.

Si los casos de Lucía Etxebarría y de Orsai son idénticos, y ocurren en el mismo mercado cultural, ¿por qué a nosotros nos causan alegría esos números y a ella le provocan desazón?

La respuesta, quizá, es que se trata del mismo mercado pero no del mismo mundo.

Existe, cada vez más, un mundo flamante en el que el número de descargas virtuales y el número de ventas físicas se suma; sus autores dicen: «qué bueno, cuánta gente me lee». Pero todavía pervive un mundo viejo en el que ambas cifras se restan; sus autores dicen: «qué espanto, cuánta gente no me compra».

El viejo mundo se basa en control, contrato, exclusividad, confidencialidad, traba, representación y dividendo. Todo lo que ocurra por fuera de sus estándares, es cultura ilegal.

El mundo nuevo se basa en confianza, generosidad, libertad de acción, creatividad, pasión y entrega. Todo lo que ocurra por fuera y por dentro de sus parámetros es bueno, en tanto la gente disfrute con la cultura, pagando o sin pagar.

Dicho de otro modo: no es responsabilidad de los lectores que no pagan que Lucía sea pobre, sino del modo en que sus editores reparten las ganancias de los lectores que sí pagan. Mundo viejo, mundo nuevo”.

Es seguro que las reflejadas no son las únicas miradas posibles. Sólo son algunas. Seguramente la experiencia de la revista Orsai sea difícilmente replicable. Sin duda faltan allí perspectivas más generalistas que obliguen a repensar el lugar del Estado en la regulación, de la sociedad civil, de las sociedades gestoras de derechos y de las industrias culturales. Pero, sin dudas, es un aporte a la reflexión. En otras palabras: *“los derechos de propiedad intelectual constituyen una cuestión política que debe ser discutida como tal por los gobiernos y por la sociedad civil. Teniendo en cuenta la importancia de la información para la vida cotidiana, para la educación de las generaciones futuras y para el desarrollo económico sostenible y la protección de la naturaleza, conviene asegurar su protección por los Estados, asociando a los usuarios, los poderes económicos y científicos. No es el mercado el que debe dictar su ley y no se puede dejar instalar una situación donde algunos grandes grupos se repartirían todo el conocimiento del mundo. Las sociedades de la información sólo serán realmente inclusivas si existe un dominio público universal de la información funcionando en beneficio de todos. La verdadera armonización de los derechos de propiedad intelectual pasa por un reequilibrio entre los propietarios y los usuarios, pero también entre los países desarrollados y los países en desarrollo. La información debe servir a la humanidad y que el saber siga siendo el vínculo del desarrollo.”* (Moustapha Lo, op. cit.).

IV. A modo de conclusiones provisionales: tensiones e interrogantes

Dado el dinamismo de la digitalización y los nuevos soportes, son más los interrogantes que existen que las respuestas acabadas. Por eso, a modo de conclusiones, se presentan alguna de esas tensiones, varios interrogantes y alguna perspectiva inconclusa de lo que debiera llevarse a cabo:

a) Debiera promoverse una retribución justa para el conjunto de los creadores culturales en la migración del entorno analógico al digital. Dicha retribución no debe ser realizada al costo de restringir el acceso de la ciudadanía a los bienes culturales. Se debe procurar un nuevo modelo de equilibrio entre los intereses de los creadores y productores culturales por un lado, y los consumidores por el otro. El sistema de derechos de propiedad intelectual propio de la etapa analógica se muestra ineficaz para alcanzar beneficios generales para la sociedad.

b) Ahondar en nuevos modelos de negocios que permitan la continuidad de la producción, la protección de los creadores y que, simultáneamente, respeten el acceso a los bienes culturales pareciera representar uno de los principales desafíos.

...el nuevo modelo debe ofrecer experiencias, valores y participación a los usuarios, así como otro modelo de negocios a los artistas, modelos que reduzcan precios, aumente la cuota que les corresponde como creadores, así como que recurran a la sindicación como vehículo de promoción, marketing y distribución, y se diversifiquen a negocios que no se limiten a la venta y descarga... (Yúdice, 2007:64:65).

c) Es preciso fortalecer la obligatoriedad de respetar los derechos morales. Hay que insistir que estos mantienen su imprescriptibilidad cualquiera sea el soporte o los fines con que se de uso a la obra.

Esta aseveración no desconoce que los ADPIC dejan sin efecto el artículo 6 bis del Convenio de Berna lo cual dificulta la defensa de dichos derechos. Sin embargo, y como búsqueda de un intersticio, varios países avalaron la Declaración Universal sobre Diversidad Cultural que, en 2001, hiciera el organismo multilateral y la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales de la UNESCO adoptada en París el 20 de octubre de 2005:

... reconociendo la importancia de los derechos de propiedad intelectual para sostener a quienes participan en la creatividad cultural,

Persuadida de que las actividades, los bienes y los servicios culturales son de índole a la vez económica y cultural, porque son portadores de identidades, valores y significados, y por consiguiente no deben tratarse como si sólo tuviesen un valor comercial...

Es interesante señalar la tensión que presenta el documento: por un lado reconoce la importancia de sostener la Propiedad Intelectual en el campo de la creatividad y, por el otro, señala que los bienes culturales no son mera mercancía, en tanto que portadores de identidad, valores y sentido. Este hecho los convierte en merecedores de un trato diferenciado por parte de los Estados e introduce el deber de los Estados de defender y promover la diversidad cultural, aunque esto sea contrario a los tratados de lo establecido en los ADPIC:

... De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de adoptar medidas y políticas para proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales en sus respectivos territorios.

d) En relación a los derechos ciudadanos de acceder a los bienes culturales deberían poder garantizarse ciertos aspectos:

- Garantizar el derecho a la copia privada sin fines comerciales. El camino que se ha tomado en relación a la criminalización de la copia no pareciera que pueda rendir frutos a largo plazo.
- Establecer un tiempo razonable para que una obra que no está siendo explotada por la compañía pase directamente a dominio público
- Rever el tiempo de durabilidad de los derechos. Esta revisión necesita ser encarada, tanto para las industrias como para los creadores y sus derechohabientes.

e) En relación a los trabajadores creativos es necesario remarcar que los derechos actúan como una segunda remuneración complementaria (parecieran funcionar de modo similar a las bonificaciones por productividad) y luego del retiro de estos trabajadores cumplen, de alguna manera, la

función de haberes jubilatorios dado que el grueso de los creadores no los percibe. El tema a revisar refiere a la extensión de los beneficios a los derechohabientes una vez fallecidos los creadores. Si se aplica la lógica de considerarlos haberes jubilatorios (dado que son bienes diferentes a los materiales), entonces sería coherente que se convirtieran en una suerte de pensión para viudas o viudos, durante la vida de estos y/o para hijos menores o minusválidos. Luego de estos compromisos sociales deberían pasar a dominio público.

f) En relación a las industrias de la cultura, pareciera poco sustentable exigir que renuncien a los derechos de propiedad intelectual, dado que se encuentra en la base de su estructura económica. Quizá se trate de encontrar una nueva modalidad de negocio que se adapte a los nuevos patrones productivos y que comprenda que los bienes inmateriales son de una naturaleza diferenciada a los bienes físicos, en tanto que estos no se agotan en su uso sino que pueden ser generadores de nuevas invenciones y generar mayor consumo.

Bibliografía

Bourdeau de Fontenay, A.; Bourdeau de Fontenay, E. y Pupillo, L. M. (2010). "The economic of Peer to Peer". En Noam, E. y Pupillo, M. L. (eds.) (2010). Peer to Peer Video. The Economics, Policy and Culture of Today's new Mass Medium. Springer, New York.

Birmajer, M. (2012). A mí sí me gusta la SOPA, en Revista Ñ, 06/02/12. Disponible en la siguiente dirección electrónica; http://www.revistaenie.clarin.com/ideas/tecnologia-comunicacion/Marcelo-Birmajer-A-mi-si-me-gusta-la-SOPA_0_641336034.html

Bustamante, E. (coord) (2003). Hacia un nuevo sistema mundial de comunicación. Las industrias culturales en la era digital, Barcelona: Editorial Gedisa.

Casciari, H. (2011). Para ti, Lucía, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://orsai.bitacorras.com/2011/12/para-ti-lucia.php>

Delupí, J. y Donnarumma, A. (2008). "Regulación de la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual". En: LA LEY 2008-D, 1244.

Etxebarria, L. (2011). Lucía Etxebarria deja de escribir por la piratería. En Diario ABC, 19/12/2011, España. Disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.abc.es/20111219/cultura-libros/abci-lucia-etxebarria-pirateria-deja-201112191824.html>

Gay Fuentes, C. (2003). "El derecho de propiedad intelectual: por un nuevo equilibrio entre creadores e interés general". En: Bustamante, Enrique (coordinador); Hacia un nuevo sistema mundial de comunicación - las industrias culturales en la era digital (pp 257-289), Editorial Gedisa, Barcelona.

Lessig, L. (2008). *Remix. Making art and commerce thrive in the hybrid economy*. New York: The Penguin Press.

Moustapha Lo, M. (2005). "Los derechos de propiedad intelectual" en Alain Ambrosi, Valérie Peugeot y Daniel Pimienta (Coords.), Palabras en Juego: Enfoques Multiculturales sobre las Sociedades de la Información. París: C & F Éditions.

OMPI, (2006). Evolución de la fuente formativa de la Propiedad Intelectual. De los Tratados Multilaterales a los tratados Bilaterales. Seminario sobre TLC y Derecho de Autor. Bogotá 29 de noviembre a 1º de diciembre de 2006

Rodríguez Miglio (S/F). Contenido del derecho de autor. Derecho moral y derechos patrimoniales. Los titulares. Los derechos protegidos: monopolio de explotación, derecho a disponer de la obra, derecho de reproducción y comunicación al público. Disponible en: www.cadra.org.ar/upload/Rodriguez_Miglio_DA_en_Ambiente_Digital.pdf (última consulta: 18/07/07)

Villate, J. (2001). La propiedad intelectual en la nueva era digital. Disponible a través del Observatorio para la CIBERSOCIEDAD En: <http://cibersociedad.rediris.es/villate/copy.htm> (última consulta: 18/07/07)

Yúdice, G. (2007). Nuevas tecnologías, música y experiencia; Barcelona: Editorial Gedisa.

Zallo, R. (2011). Estructuras de la Comunicación y la cultura. Políticas para la era digital. Barcelona: Editorial Gedisa.

Normativa Multilateral y Nacional analizada

Multilateral

- Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech; (1994); Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)
- Convención Internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión; Roma 26 de octubre de 1961
- CONVENCIÓN SOBRE LA PROTECCION Y PROMOCION DE LA DIVERSIDAD DE LAS EXPRESIONES CULTURALES, adoptada en París —REPUBLICA FRANCESA — el 20 de octubre de 2005,
- Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1886) - Acta de París del 24 julio de 1971 (disponible en <http://www.wipo.int>)
- Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural (2001); (Disponible en: <http://portal.unesco.org>)

Nacional

- Ley N° 11.723/33 (Propiedad Intelectual)
- Ley N° 17.648/68 (Reconoce a SADAIC como entidad Gestora de Derechos)
- Ley 20115/73 (Reconoce a ARGENTORES como entidad Gestora de Derechos)
- Ley 26.305/07 (Apruébase la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, adoptada en París - República Francesa, el 20 de octubre de 2005).
- Decreto 1671/74 (Reconoce a AADI como entidad gestora de los derechos de los intérpretes musicales y a CAPIF como representante y entidad recaudadora de los derechos de los productores de fonogramas)

- Decreto 1914/06 ((Declara a la SAGAI como entidad gestora de los derechos de los intérpretes actores, bailarines y dobladores)
- Decreto 124/09 (Declara a DAC como entidad gestora de los derechos de los directores cinematográficos)