

OMPI/JPI/BUE/06/4

ORIGINAL: Español

FECHA: 18 de mayo de 2006



INSTITUTO NACIONAL DE LA
PROPIEDAD INDUSTRIAL (INPI)
DE ARGENTINA



ORGANIZACIÓN MUNDIAL
DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL



DIRECCIÓN NACIONAL
DEL DERECHO DE AUTOR
MINISTERIO DE JUSTICIA Y
DERECHOS HUMANOS

REUNIÓN REGIONAL DE DIRECTORES DE OFICINAS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL Y DE OFICINAS DE DERECHO DE AUTOR DE AMÉRICA LATINA

organizada por
la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)
en cooperación con
el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial (INPI) de Argentina
y
la Dirección Nacional de Derecho de Autor
del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina

Buenos Aires, 30 de mayo a 2 de junio de 2006

DERECHO DE AUTOR Y DIVERSIDAD CULTURAL

*Documento preparado por la Sra. Delia Lipszyc, Profesora, Facultad de Derecho,
Universidad de Buenos Aires, Presidente del Instituto Interamericano
de Derecho de Autor (IIDA), Buenos Aires*

Los países de América latina, como en general los países en desarrollo, cuentan con una importante actividad autoral en varias áreas: la educativa, la musical (especialmente en el folclore, los ritmos autóctonos y la música popular), la cinematográfica, la televisiva e, inclusive, en el campo tecnológico, en particular en materia de programas de computación “a medida”, respecto de las cuales la creatividad individual tiene apreciables posibilidades.

La falta de condiciones propicias para su desarrollo –entre ellas la desprotección de los derechos de los autores– causa la emigración de los creadores nacionales hacia centros que les brindan posibilidades de obtener beneficios económicos y la difusión que merecen sus obras. Retarda igualmente el desarrollo de las industrias de bienes culturales, porque desalienta a los titulares de derechos sobre obras extranjeras a autorizar su reproducción y difusión en territorios que no ofrecen garantías jurídicas, privando al sector laboral de fuentes de trabajo y al fisco de ingresos y, fundamentalmente, restringe las posibilidades de la comunidad de participar de la riqueza que origina la producción y circulación de bienes culturales y de encontrar su identidad y trascender en las obras de sus creadores.

De allí la importancia de favorecer la producción y explotación de obras nacionales como forma de preservar la propia identidad cultural frente a la ingente producción foránea y su indiscutible acceso a los diversos canales de explotación, especialmente en materia de grabaciones sonoras, *films*, videos, televisión por aire –hertziana– abierta y codificada, terrestre y satelital y distribución por cable. Esta es, a la vez, la forma de lograr una indispensable diversidad cultural.

Si bien la preocupación por asegurar en alguna medida la producción de obras nacionales no es nueva y se ha plasmado en regímenes proteccionistas tanto por medio de subvenciones y otras ayudas por parte del Estado, así como, en el área audiovisual, de medidas de “obligatoriedad de exhibición” y de “cuotas de pantalla”, en los últimos años esa preocupación se ha venido manifestando en los más diversos foros, inclusive en las negociaciones de los tratados de libre comercio, teniendo en cuenta los efectos negativos que, para la producción nacional, puede traer una liberalización completa del mercado en el ámbito de las industrias culturales, toda vez que serían plenamente aplicables los principios que se sustentan en los TLC, tales como el trato nacional, el libre acceso de mercancías al mercado, el trato de la nación más favorecida, etc.

La “reserva cultural”, que implica la exclusión del tratado de ciertos temas vinculados con las industrias culturales, permite a un país, por ejemplo, mantener los subsidios a una actividad otorgados a través de las leyes de fomento, aunque es más limitada que una “excepción cultural” general porque: 1) no excluye a todas las industrias culturales, sino sólo a las que se indican en la reserva (que se designa formalmente con la expresión “medida disconforme”), mientras que en la “excepción cultural”, lo que se aprueba en el tratado no compromete a las industrias ligadas al derecho de autor; 2) la reserva tampoco se aplica a todos los bienes o servicios culturales sino a los expresamente indicados, y garantiza que en determinados sectores, el Estado podrá adoptar o mantener determinado tipo de normas de promoción o de regulación; y 3) las materias ya liberalizadas no tienen vuelta atrás; por el principio de la nación más favorecida pueden ser reclamadas por cualquiera.

Según tengo entendido, el TLC de América del Norte (o TLCAN) entre los Estados Unidos de América, Canadá y México fue el primer instrumento¹ donde las reglas por las que se rige el comercio internacional entre los países del tratado fueron excepcionadas en favor de la producción audiovisual canadiense.

El segundo, fue el Acuerdo de la OMC donde la reserva se hizo fuera del AADPIC. Entre mayo y diciembre de 1993, durante la última fase de las negociaciones, la Unión Europea liderada por Francia se enfrentó a los Estados Unidos con el objetivo de salvaguardar su industria cultural. El compromiso final fue que la cultura se incorporó como un servicio más sin ninguna reserva o especificidad –que era el objetivo de mínima que buscaba Estados Unidos– a cambio de que Europa no tomara ningún compromiso respecto al libre acceso a su mercado interno, continuara protegiendo la producción nacional y la discriminación entre extranjeros. Este último aspecto bajo la reserva de que en un período máximo de diez años, en principio, debería desaparecer.²

En el TLC suscripto en diciembre de 2002 entre Chile y los Estados Unidos,³ la cuestión se planteó respecto de un interesante porcentaje de cuota de pantalla para obras nacionales en televisión, que Chile consiguió mantener después de un intenso tira y afloje mediante una “reserva cultural”. Ambos gobiernos acordaron que, a los efectos del TLC se mantendría la legislación chilena que le da al Consejo Nacional de Televisión el derecho de exigir que hasta el 40% de la programación de los canales de televisión abierta consista en producción nacional. Este porcentaje no es aplicable a la distribución por cable. Sin embargo, desde su creación en 1989, ese Consejo nunca necesitó adoptar semejante resolución, porque la programación de producción nacional siempre excedió el requisito mínimo y, en promedio, la producción chilena en televisión abierta estuvo sobre el 50% de la programación.⁴

En el Tratado de Libre Comercio de América Central⁵ –o CAFTA– concluido en diciembre de 2003, Costa Rica, que se tomó un poco más de tiempo para completar su participación en el Tratado, tiene una lista de reservas en el sector audiovisual bastante más extensa que la de los otros Estados centroamericanos, incluyendo una reserva respecto a que el número de programas filmados o grabados en el extranjero podrá estar limitado al 60% del total de los programas difundidos por día en televisión. En el caso de República Dominicana, que recién ingresó en abril de 2004, las reservas contempladas cubren más o menos lo mismo que las de Costa Rica.

8. En el TLC entre los Estados Unidos y Australia, suscripto en febrero de 2004, la lista de reservas de Australia se destaca como la más elaborada y compleja de todas las demás en el sector audiovisual, seguramente porque Australia es el único país desarrollado entre los Estados implicados en los recientes tratados de libre comercio con los Estados Unidos que tiene una larga tradición de intervención estatal activa en ese sector con el fin de preservar y promover la expresión e identidad cultural del país. Las discusiones deben haber sido

¹ El TLCAN entró en vigor el 1 de enero de 1994.

² Vid. Bonet Agusti, Lluís, “La excepción cultural”, ARI N° 94/2004 - análisis.

³ <http://www.chileusafa.com> o <http://www.ustr.gov/new/fta/Chile/text/index.htm>.

⁴ Vid. Cartas intercambiadas el 6 de junio de 2003, entre la Ministra de Relaciones Exteriores de Chile, Sra. María Soledad Alvear Valenzuela y el Representante de Comercio de los Estados Unidos, Embajador Robert B. Zoellick.

⁵ Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y República Dominicana.

bastante intensas porque Australia logró mantener las cuotas de televisión comercial vigentes, que alcanzan el 55% de los programas de origen australiano. Pero Australia no podrá adoptar cuotas más altas o medidas más restrictivas.⁶

También en las negociaciones del TLC entre Colombia y los Estados Unidos, concluidas el 27 de febrero de 2006, la discusión se centró en gran medida en torno al sector audiovisual. En Colombia la ley exige a los canales de televisión que cumplan con una “cuota de pantalla” para que, dependiendo del horario, un determinado porcentaje de su programación sea nacional. Por ejemplo, en la franja estelar, como allí se llama al horario central (de 19:00 a 22:30), el 70% de los programas que transmiten deben ser hechos en Colombia. Los canales privados consideran que ha sido esta cuota la que permitió que la televisión de ese país se fortaleciera como productora y comenzara a exportar telenovelas, actividad que entre 2002 y 2004 les representó a los canales ingresos cercanos a los 60 millones de dólares. Otro punto crucial fue preservar el tope de 40% que fija la ley colombiana a la inversión extranjera en empresas de televisión. Sin embargo, se entiende que si bien para la televisión es conveniente mantener la protección que le otorga la ley, para el cine es cuestión de vida o muerte, porque mientras que en los Estados Unidos se producen en promedio 480 películas al año, en Colombia se realizan cuatro y de los 172 largometrajes que se estrenaron en el país en 2004, apenas cinco fueron nacionales.⁷

Además del sector audiovisual, Colombia incluyó en su reserva cultural –es decir, en las medidas disconformes futuras– protección a las siguientes industrias culturales: publicaciones, música, radio, artesanías y diseño de joyas, artes escénicas y artes visuales. Entre las medidas acordadas, Colombia conserva la posibilidad de subsidiar o apoyar directamente a estos sectores, se reserva la opción de no extender a los Estados Unidos los beneficios que otorgue a países con quienes desarrolle acuerdos de cooperación en temas culturales, permite desarrollar incentivos basados en contenidos nacionales para los servicios relacionados con la cultura, y finalmente, abre la posibilidad de establecer condiciones de reciprocidad cuando se descubra alguna medida que discrimine a inversionistas o prestadores de servicios colombianos en servicios audiovisuales, de música y editoriales.⁸

Ello no obstante, ni todos están de acuerdo con estas medidas proteccionistas, ni descreen de ellas por los mismos motivos.⁹

⁶ Vid. Bernier, Iván, Los recientes Tratados de Libre Comercio de Estados Unidos como muestra de su nueva estrategia en el sector audiovisual.

⁷ Vid. “Shakira y Disney mano a mano. La cultura y el entretenimiento son un tema fundamental en las negociaciones del TLC. ¿Cuáles son las fortalezas y debilidades de las industrias culturales de Colombia?”, Revista electrónica *Semana.com*, <http://semana.terra.com.co>

⁸ Vid. Duque, Gabriel, “La reserva cultural y la televisión en el TLC”, *Boletín Negociaciones Internacionales*, N° 19, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia, <http://www.mincomercio.gov.co>; *Informe XIII ronda de negociaciones, Washington D.C., Estados Unidos de América –noviembre 14 al 22 de 2005–*, Ministerio de Cultura de Colombia, noviembre de 2005.

⁹ Vid. Vargas Llosa, Mario, “Razones contra la excepción cultural”, *El País*, Madrid, domingo 25 de julio de 2004, <http://www.elpais.es>; Getino, Octavio, *Cine y Televisión en América Latina. Producción y Mercados*, Buenos Aires, Ciccus, 1998, pp.19-22.

Sin embargo, frente al uso que Canadá, Francia, Chile, Costa Rica, República Dominicana, Australia y Colombia han hecho de la excepción y de la reserva cultural cabe preguntarse hasta qué punto hay que negar eficacia a estos recursos en cuestiones que comprometen seriamente la diversidad y la identidad cultural, aunque no cambien fundamentalmente las posiciones dominantes en los mercados.

Por razones estratégicas, pero también de precisión de contenido, se ha producido una evolución semántica de los conceptos “excepción cultural” y “reserva cultural” hacia el de “diversidad cultural”, porque para aproximar posiciones en el plano internacional es preferible utilizar un término positivo.¹⁰

En la III Cumbre de las Américas celebrada en Quebec en 2001, la declaración (en el art. 17) reflejó la preocupación de los jefes de Estado y gobierno por la diversidad cultural. A instancias de la OEA, el Ministerio de Patrimonio Canadiense (*Canadian Heritage*) reunió a representantes de cultura de los gobiernos de las naciones de América Latina y el Caribe para profundizar en este tema. Así tuvo lugar el Primer Seminario Hemisférico de Expertos en Diversidad Cultural en Vancouver en marzo de 2002, cuyo objeto fue recoger información para reforzar, proteger y estimular la diversidad cultural, intentando configurar un pliego de recomendaciones que posteriormente serían elevadas al seno de la OEA.

La delegación estadounidense fue la única que rechazó elevar algunas recomendaciones claves para avanzar en el tema, justificando estas abstenciones por el hecho de no desear contradecirse con las acciones del Representante de Comercio de los Estados Unidos de América. Se ha señalado que, quizás, lo más significativo del seminario fue esta abstención.

La UNESCO fue la organización que, a partir de ese momento, lideró la búsqueda de un cierto consenso a escala mundial. Lanzó la Alianza Global para la Diversidad Cultural y, en septiembre de 2004, apoyada por Francia y otros países, presentó el primer esbozo de un anteproyecto de Convención sobre la protección de la diversidad de los contenidos culturales y las expresiones artísticas.

Finalmente, el 20 de octubre de 2005, durante la 33ª sesión de la Conferencia General de la UNESCO, fue adoptada en sesión plenaria la *Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales*, por abrumadora mayoría: de los 154 Estados representados durante la votación, 148 lo hicieron a favor, dos en contra (Estados Unidos e Israel) y cuatro se abstuvieron (Australia, Honduras, Liberia y Nicaragua).¹¹

¹⁰ Vid. Bonet Agustí, Lluís, *op. cit.*

¹¹ Los Estados que han aceptado o ratificado la Convención son Canadá y Mauricio. De conformidad con lo dispuesto en su art. 29, la Convención entrará en vigor tres meses después de la fecha de depósito del trigésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, pero sólo para los Estados o las organizaciones de integración económica regional que hayan depositado sus respectivos instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión en esa fecha o anteriormente. Para las demás Partes, entrará en vigor tres meses después de efectuado el depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión (información disponible al 16/05/2006 en <http://portal.unesco.org/la/convention.asp?KO=31038&language=S&order=alpha>).

La Convención¹² procura proteger los bienes culturales y evitar que sean tratados como una mercancía más, pues está destinada a liberar a las diversas expresiones culturales de las reglas que rigen el comercio internacional, y convierte a la cultura en una excepción que puede recibir subvenciones y políticas de protección por parte de los Estados. El preámbulo afirma que la diversidad cultural es “*una característica esencial inherente a la humanidad*”, “*uno de los principales motores del desarrollo sostenible de las comunidades, los pueblos y las naciones*”, y un elemento “*indispensable para la paz y la seguridad local, nacional e internacional*”. Las premisas de la Convención sobre Diversidad Cultural subrayan “*la importancia de los conocimientos tradicionales como fuente de riqueza inmaterial y material*”, “*la necesidad de adoptar medidas para proteger la diversidad de las expresiones culturales y sus contenidos*”, “*la importancia de la cultura para la cohesión social*”. El artículo 20, uno de los más cuestionados por los Estados Unidos, establece una cláusula de salvaguardia según la cual, el cumplimiento de este nuevo instrumento jurídico internacional no puede supeditarse a ningún otro, expresión genérica que, por ello, incluye al Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio (OMC).¹³

Pero sería un error pensar que la Convención sobre la diversidad cultural es solo una declaración de bellos principios desprovistos de aplicación práctica, de incidencia en el día a día. Al finalizar la 33ª sesión de la Conferencia General de la UNESCO, el secretario de Cultura de la Argentina, José Nun, subrayó que “el tratado significa para América latina un nuevo hito en la defensa de las industrias culturales. A partir de ahora cada país podrá tomar las medidas que considere convenientes para proteger y promover la diversidad de sus expresiones culturales”.¹⁴

Y más recientemente, con motivo del pliego de objeciones que el pasado 7 de febrero recibieron la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (la CISAC)¹⁵ y sus 24 miembros del Espacio Económico Europeo, pliego en el cual la Comisión

¹² Texto de la Convención disponible en http://portal.unesco.org/culture/es/ev.php-URL_ID=29123&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

¹³ Vid. suplemento n° 11 del *Boletín Electrónico del OiC –Observatorio de Industrias Culturales–*, Subsecretaría de Gestión e Industrias Culturales, Secretaría de Cultura de la Nación, octubre de 2005.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Fundada en 1926–1927 en París, donde tiene su sede, la CISAC es una organización internacional no gubernamental sin fines de lucro que agrupa a entidades de gestión colectiva de derechos de autor de todos los continentes. La finalidad de la CISAC es asegurar la salvaguardia, el respeto y la protección de los intereses morales y profesionales derivados de toda producción literaria o artística; cuidar y promover el respeto de los intereses económicos y jurídicos relacionados con estas producciones, tanto en el plano internacional como en el de las legislaciones nacionales; coordinar las actividades técnicas entre las sociedades de autores y compositores y asegurar su colaboración en este terreno, quedando bien entendido que cada sociedad sigue teniendo plenos poderes en su organización interna; ser un centro internacional de estudio e información. La CISAC cuenta con 207 sociedades miembros de 109 países. Estas sociedades representan más de dos millones de creadores intelectuales de todas las disciplinas artísticas: música, drama, literatura, obras audiovisuales y artes gráficas y visuales. La CISAC constituye una verdadera organización mundial de autores y ejerce sus actividades rigurosamente al margen de todo partido político y de toda opinión confesional (Estatutos, art. 4, *in fine*). (Vid. <http://www.cisac.org/web/content.nsf/Builder?ReadForm&Page=Article&Lang=SP&Alias=A-US-MEMBER>).

europea cuestionó algunas disposiciones del contrato tipo confederal y de los acuerdos de representación recíproca que unen a las distintas sociedades de autores para la radiodifusión satelital, la distribución por cable y la explotación *en línea* de obras musicales¹⁶, la CISAC ha expresado que lamenta que la Dirección general de la competencia haya adoptado una postura exclusivamente formalista para una cuestión tan delicada como la explotación de las obras en Europa, lo cual podría perjudicar la diversidad cultural ya que las creaciones autorales no son comparables con bienes o servicios ordinarios, tal y como lo establece la Convención UNESCO sobre la diversidad cultural, y que en sus relaciones, las distintas sociedades de autores no pueden competir entre sí, como pueden hacerlo las empresas industriales y comerciales con las marcas, al contrario de lo que indica el pliego de objeciones. La competencia entre las sociedades, que sólo beneficiaría a los usuarios más asiduos a costa de los intereses de las personas con plenos derechos, traería como consecuencia la disminución de la remuneración de los creadores, lo cual al mismo tiempo tendría un efecto perjudicial en las industrias culturales en Europa, en la vitalidad y diversidad de la cultura europea a la cual la Comisión se comprometió públicamente.¹⁷

Además, el presidente del Consejo de Administración de la CISAC destacó que “en un momento en que la creación artística se ve amenazada por la piratería, la CISAC siente que es absolutamente necesario que la contribución de los creadores al mercado y los imperativos de la diversidad cultural sean completamente reconocidos”.¹⁸

18. Tanto las industrias culturales como los titulares de los derechos de autor y de intérprete vienen poniendo sus esfuerzos en lograr una explotación óptima de sus productos, obras e interpretaciones. Por su parte, los usuarios finales –el público– a través de activas asociaciones de consumidores reclama una extensión cada vez mayor de los sistemas de excepciones o limitaciones al derecho de autor, o de la interpretación de las ya consagradas en las leyes nacionales, especialmente a partir de la última década del siglo pasado, con el crecimiento exponencial de Internet y los hábitos libertarios defendidos por quienes consideran que toda restricción al libre acceso y utilización de obras y prestaciones protegidas por el derecho de autor y conexos –en particular la utilización de medidas tecnológicas de protección de esos derechos– constituyen exclusiones o limitaciones impropias, por ejemplo, del derecho de acceso a la información y a la cultura, o bien a beneficiarse de las excepciones legales, por ejemplo, del derecho a realizar copias privadas en los países cuyas legislaciones las admiten.

La cuestión está en saber si un sector debe desplazar a los otros o, si como algunos creemos, existe una forma de convivencia que permite que todos se reconozcan la legitimidad y la necesidad de que logren, en forma equilibrada, sus respectivas aspiraciones.

[Fin del documento]

¹⁶ El pliego de objeciones es la consecuencia de dos querellas presentadas por *RTL* en 2000 y *Music Choice Europe* en 2003, y constituye una acción formal destinada a hacer respetar la legislación europea antimonopolio (<http://www.cisac.org>).

¹⁷ “La CISAC reacciona ante pliego de cargos emitido por la Comisión europea sobre la gestión colectiva de los derechos de autor, disponible en <http://www.cisac.org/web/content.nsf/Builder?ReadForm&Page=Article&Lang=SP&Alias=Web-2005-EUSO>

¹⁸ *Ibid.*