**DERECHO DE AUTOR Y DERECHO DE LA CULTURA
EN LOS PAÍSES IBEROAMERICANOS**

**I Congreso Iberoamericano de Derecho de la Cultura, Madrid, 29 de noviembre
al 2 de diciembre de 1999.**

Por Edwin R. Harvey*

* Director de la Cátedra Unesco de Derechos Culturales.

ÍNDICE

1. Introducción
2. Panorama retrospectivo de la legislación sobre derecho de autor de los países iberoamericanos
 - 2.1. Siglo XIX
 - 2.2. Siglo XX (Primera mitad)
 - 2.3. Siglo XX (Segunda mitad)
 - 2.4. Los últimos años
3. Panorama retrospectivo de la legislación internacional específica aplicada en la región iberoamericana
 - 3.1. Convenciones sobre propiedad intelectual
 - 3.2. Tratados y convenciones regionales y subregionales
 - 3.3. La Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena
 - 3.4. Convenciones universales
 - 3.5. Convenciones sobre derechos conexos
 - 3.6. Convenios y tratados administrados por la OMPI
 - 3.7. Acuerdo TRIP'S
4. Tendencias y perspectivas del derecho de autor en los países iberoamericanos
 - 4.1. Preocupación constitucional y legislativa
 - 4.2. Tendencias y orientaciones más destacadas
5. Dos casos especiales (entre el derecho de autor y el derecho de la cultura)
 - 5.1. El "droit de suite"
 - 5.1.1. Perspectiva latinoamericana
 - 5.1.2. Los sistemas nacionales
 - 5.2. El dominio público oneroso
 - 5.2.1. Introducción. Perspectiva en los países del Mercosur
 - 5.2.2. El sistema argentino
 - 5.2.3. El sistema boliviano (I)
 - 5.2.4. El sistema boliviano (II)

- 5.2.5. La ley del Paraguay
- 5.2.6. El sistema uruguayo
- 5.2.7. La situación en Chile
- 6. Hacia un derecho de la cultura en Iberoamérica
 - 6.1. Vigencia internacional de los derechos culturales
 - 6.2. Los derechos culturales en América Latina
 - 6.3. Políticas culturales en la región
 - 6.4. Sectores normativos del derecho de la cultura
 - 6.4.1. Derecho del patrimonio cultural
 - 6.4.2. Derecho del arte y la creación
 - 6.4.3. Derecho de las industrias culturales
 - 6.4.4. Derecho de las instituciones públicas y privadas
 - 6.4.5. Derecho de autor
 - 6.4.6. Otros sectores normativos
 - 6.5. Últimas reflexiones. Conclusiones y recomendaciones

1. INTRODUCCIÓN

Las normas nacionales sobre derecho de autor constituyen, desde hace muchas décadas, un sistema orgánico de disposiciones que en cada país Iberoamericano está inserto generalmente en el texto de una ley especial, apoyada por un conjunto de reglamentaciones. Se trata de regímenes legales especiales para el reconocimiento y la protección de los derechos vinculados a la creación intelectual.¹ Unas pocas incluyen, además, dentro de un mismo cuerpo legal, las disposiciones nacionales sobre propiedad industrial (Ecuador, El Salvador).

Dentro de la evolución regional de este campo normativo ligado tradicionalmente a la creación, pero ampliado de manera paulatina por la vía de los derechos conexos a las industrias culturales, cabe señalar la sanción en las últimas décadas de modernas leyes especiales y de disposiciones y regímenes vinculados con aspectos no estrictamente ortodoxos de la propiedad intelectual. En buena medida esta tendencia responde, entre otras razones, a las expectativas planteadas por la dinámica de la política cultural moderna, fundada en el reconocimiento universal de los derechos culturales como derechos humanos (3 bis), y su consecuencia, el nacimiento de un nuevo derecho de la cultura, del cual el derecho de autor constituye, en términos legislativos, uno de sus por lo menos seis principales capítulos normativos, según tendremos ocasión de señalar durante el desarrollo de nuestro comentario.

Los contenidos del derecho de autor y la política y el derecho de la cultura, desde los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial comenzaron a aparecer enlazados, por ejemplo, con los problemas inherentes a la nueva óptica de la condición social del artista en la vida contemporánea, al rol social y cultural de los creadores intelectuales y de su obra en el desarrollo cultural de la comunidad, a los derechos y a los deberes sociales de quienes se dedican profesionalmente al trabajo cultural e intelectual, al resguardo y a la libre circulación de los bienes culturales (los que, en general, tienen o han tenido alguna protección legal en el marco del derecho de autor), etc. De todo esto da cuenta la aparición de instituciones en América latina, vinculadas directa o indirectamente al campo tradicional de la propiedad intelectual.

Como ejemplos se pueden mencionar los siguientes: la institución del dominio público oneroso en materia de utilización de obras autorales (antigua reivindicación de Victor Hugo); la vigencia del “droit de suite” o derecho de participación del artista en el mayor valor adquirido por su obra plástica con motivo de su comercialización en el mercado de obras de arte (tradicional figura legal dentro del derecho francés); la combinación o aplicación simultánea de ambas instituciones jurídicas (todavía en proyecto) como recurso financiero legítimo para el financiamiento del desarrollo cultural de un país (en especial de aquellos sectores culturales total o parcialmente marginados de las reglas del mercado) y como base financiera para la

creación de fondos nacionales de cultura; los sistemas de compensación por la copia privada de fonogramas y videogramas; los derechos o tasas parafiscales originados por el intensivo uso de las fotocopiadoras; la creación de sociedades de gestión colectiva de defensa y protección de los titulares de derechos de autor y la expansión de sus funciones a aspectos no vinculados sólo con la recaudación y distribución de regalías; la protección legal del patrimonio folklórico de los pueblos; la concepción del patrimonio creativo como patrimonio cultural no sólo nacional sino, básicamente, universal, herencia de la humanidad; la tutela del Estado en la defensa de ciertos derechos morales del autor, luego de su fallecimiento; el reconocimiento del derecho patrimonial del artista plástico con motivo de la exhibición o exposición pública de sus obras; las nuevas funciones socioculturales cumplidas por el sistema de depósito legal de obras intelectuales; la necesidad de no considerar a los bienes y servicios culturales creativos como una mera mercancía; la necesidad de mantener una armónica y coherente relación en el ejercicio de los derechos culturales proclamados por el artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (el derecho a la cultura y el derecho de autor) en nombre del progreso de la educación, la ciencia y la cultura.

El progresivo reconocimiento legal de los derechos conexos o "vecinos" al derecho de autor, vinculados a la actividad de los intérpretes y ejecutantes, de los organismos de radiodifusión o empresas comerciales de comunicación audiovisual, de los editores y de los productores de fonogramas y videogramas (nuevos protagonistas de la producción cultural que se agregan al autor, centro tradicional de la propiedad intelectual), constituye otra manifestación de la ampliación normativa de este campo al de protección de las industrias culturales, la que se da de manera creciente también a nivel internacional.

Por su parte, la expansión de los nuevos productos multimedia, los programas de computación (software, programas de ordenador), las bases de datos, y otras nuevas aplicaciones creativas de la cultura digital, además de requerir una normativa específica y apropiada de protección legal (en el marco de las actuales leyes de derecho de autor, concebidas como leyes de orden público y de interés social 5), dentro de un necesario y armónico equilibrio de los intereses públicos y privados en juego, que impida hipotecar el desarrollo creativo futuro de la humanidad, constituye una problemática que, unida a la revolución de las comunicaciones, enriquece todavía más el panorama de nuestra disciplina.

2. PANORAMA RETROSPECTIVO DE LA LEGISLACIÓN SOBRE DERECHO DE AUTOR DE LOS PAÍSES IBEROAMERICANOS

2.1. Siglo XIX

La protección de la propiedad intelectual (término tradicional con el que se ha englobado durante

mucho tiempo a lo que más tarde se conocería como derecho de autor), ya desde el siglo XIX, no ha sido un hecho desconocido entre los países latinoamericanos. A las iniciales leyes dictadas en las primeras décadas, como la ley de propiedad literaria y artística de Chile del 24 de julio de 1834 o la ley de propiedad intelectual del Perú, promulgada por el gobierno del mariscal Ramón Castilla el 3 de noviembre de 1849, que tuvo una vigencia de más de 120 años, se unieron diversas legislaciones nacionales sobre la materia durante la segunda mitad de dicho siglo.

Las mismas se instrumentaron jurídicamente ya sea bajo la forma de capítulos especiales de los códigos civiles de las repúblicas americanas como en el caso de la Argentina [1869] o México [1871]; ya sea como leyes independientes como el decreto 246 aprobado en Guatemala el 29 de octubre de 1879, la ley boliviana del mismo año, la ley 32 de Colombia [1886] (de airosa vigencia durante 60 años), la ley de propiedad literaria y artística del Ecuador del 8 de agosto de 1887, la legislación venezolana del 30 de junio de 1894; la de Costa Rica del 27 de junio de 1896, y la propia ley española sobre propiedad intelectual del 10 de enero de 1879, extendida a las islas de Cuba y Puerto Rico a partir de los tres meses de su promulgación en Madrid.

2.2. Siglo XX (primera mitad)

En los primeros años del siglo que concluye se aprobaron las más diversas leyes nacionales en varios países, algunas de las cuales se mantuvieron vigentes hasta no hace mucho tiempo. La legislación específica de Nicaragua se incluyó en los artículos 724 a 867 del Título IV, Del trabajo, del Código Civil promulgado el 1 de febrero de 1904;² la ley sobre propiedad intelectual de Bolivia fue aprobada el 13 de noviembre de 1909; el régimen general de la propiedad literaria y artística de Panamá se incorporó en los artículos 1889 a 1966 integrantes del Título V, Propiedad literaria y artística, del Libro Cuarto, Asuntos varios, del Código Administrativo aprobado por la ley 1 del 22 de agosto de 1916;³ y la ley de patentes de invención promulgada en Honduras por decreto presidencial 123 del 15 de abril de 1919 incorporó disposiciones sobre propiedad intelectual.

A dichas normas nacionales, en aquellos años, se sumaron: la ley de julio de 1900 relativa a propiedad intelectual en El Salvador; la ley 5.393, del 24 de noviembre de 1914, sobre Registro y Protección de Obras Literarias y Artísticas del Ecuador; el Código Civil del Brasil, promulgado el 1 de enero de 1916, que incorpora los artículos 649 a 673, sobre Propiedad literaria, científica y artística, y 1.346 a 1.372, sobre edición y representación dramática; la ley 7092, promulgada en la Argentina el 23 de septiembre de 1910; el decreto ley 345 del 17 de marzo de 1925, que otorga garantías sobre la propiedad intelectual en Chile; la ley del 24 de octubre de 1927, sobre propiedad intelectual en el Ecuador; y la ley de propiedad intelectual de Venezuela del 13 de julio de 1928.

En la cuarta década de nuestro siglo se destacan entre los países iberoamericanos las normas

específicas dictadas en dos Estados de la actual región del Mercosur. El 28 de septiembre de 1933 se aprobó la ley 11.723, que desde entonces regula, con algunas modificaciones legales, la protección del derecho de autor en la Argentina; y cuyas disposiciones representaron en su momento un verdadero avance de la región dentro del derecho comparado en la especialidad.⁴ Algunas de las normas que la integran constituyeron tangibles y anticipados adelantos dentro del derecho positivo iberoamericano, de varias de las instituciones político-jurídicas con que concebimos los contenidos de la legislación cultural y del moderno derecho de la cultura.

Cuatro años más tarde se dio otro paso avanzado en el camino de progreso iberoamericano, por el mismo camino, con la sanción de la ley 9.739, del 17 de diciembre de 1937, sobre derechos de autor en la República Oriental del Uruguay⁵ que, con alguna modificación legal, continúa asimismo vigente en dicho país.⁶ También de entonces data la reforma legal de Honduras por las leyes del 20 de marzo de 1935 y del 14 de diciembre de 1939.

Las citadas leyes argentina y uruguaya, y sus reglamentaciones respectivas, en los años posteriores, permitieron desarrollar y consolidar fuertemente la organización y el funcionamiento de las ya tradicionales sociedades de autores y compositores, que constituyen una de las expresiones institucionales más felices de la vigencia y el respeto por el derecho de autor en el Río de la Plata, durante la segunda mitad del siglo XX.

En la década siguiente cabe recordar la ampliación de la protección legal en Bolivia en virtud de la leyes del 14 de enero de 1945 y del 30 de octubre del mismo año;⁷ la ley 86, del 26 de diciembre de 1946, sobre derecho de autor en Colombia,⁸ que sustituyó a la vieja ley de 1886; la modificación de la legislación chilena por la ley 9.549, del 28 de diciembre de 1949; la ley 1.381, del 17 de marzo de 1947, sobre Registro y Protección de la Propiedad Intelectual en la República Dominicana; y la ley del 9 de enero de 1945, referente al depósito de obras impresas en Venezuela. La legislación específica de estos cuatro países iberoamericanos se vería sustancialmente renovada décadas más tarde.

2.3. Siglo XX (segunda mitad)

Al iniciarse la segunda mitad del siglo XX, siguieron renovándose las instituciones tradicionales del derecho de autor en los países iberoamericanos. El Paraguay sancionó la por entonces nueva ley 94, por la cual se aprueba el decreto ley 3.642 del 31 de marzo de 1951, que protege las creaciones científicas, literarias y artísticas y crea el registro público de derechos intelectuales y, más adelante, la legislación específica incluida en el Código Civil aprobado por la ley 1.183 del 23 de diciembre de 1985.

La Convención Universal de Ginebra promovió a partir de 1952 una fuerte tendencia a la renovación

legislativa en todo el mundo, pero particularmente fue en la región de los países iberoamericanos donde esta tendencia encontró una mayor respuesta dentro del derecho positivo.

Guatemala renovó su legislación al aprobarse el decreto ley 1.037 el 8 y 11 de febrero de 1954; se aprobó en México una nueva ley federal sobre derecho de autor el 29 de diciembre de 1956; se modificó la ley argentina de 1933 por los decretos leyes 12.063 del 2 de octubre de 1957 y 1.224 del 3 de febrero de 1958; fue sancionada la ley de propiedad intelectual codificada por la Comisión Legislativa del Ecuador el 25 de noviembre de 1959 y promulgada en el suplemento del Registro Oficial N° 1.202 del 20 de agosto de 1960;⁹ en el Perú es adoptada la ley 13.714, del 31 de octubre de 1961,¹⁰ que sustituye a la antigua ley de 1849; se aprobó un renovado régimen legal del derecho de autor en Venezuela por la ley del 12 de diciembre de 1962;¹¹ una nueva ley federal sustituyó en México a la de 1956, con la ley del 4 de noviembre de 1963;¹² y el mismo año se dictó el decreto 376 del 6 de septiembre, por el cual El Salvador adoptó un nuevo régimen de derecho de autor. Además, en el campo de los derechos conexos, la ley 4.944 del 6 de abril de 1966 sobre protección de artistas, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión en el Brasil.

Finalmente, al final de esta década, la ley 17.336, del 28 de agosto de 1970, dispuso un nuevo sistema de protección legal en Chile¹³ durante los últimos meses del gobierno del entonces presidente Eduardo Frei Montalva, tramo en que la legislación y el derecho de la cultura de dicho país se enriqueció, a iniciativa del mismo, con otras cuatro leyes fundamentales de nuestra disciplina: la ley 17.161 del 3 de julio de 1969 de creación del Colegio de Bibliotecarios, la ley 17.236 del 12 de noviembre de 1969 de promoción de la creación artística, la ley 17.288 del 27 de enero de 1970 sobre Monumentos Nacionales y la ley 17.377 del 21 de octubre de 1970 sobre televisión nacional de Chile.¹⁴

Las disposiciones citadas sobre derecho de autor de la Argentina y Chile, con modificaciones, en algunos casos sustanciales, mantienen su vigencia en el derecho positivo nacional de cada uno de dichos países.

En las dos décadas siguientes, dentro de este panorama retrospectivo de leyes fundamentales sobre derecho de autor de los países latinoamericanos, incluimos la ley brasileña 5.988, del 14 de diciembre de 1973 sobre derechos autorales;¹⁵ el decreto 610 del 30 de julio de 1976, sobre derecho de autor en el Ecuador;¹⁶ la ley costarricense 6.683 del 24 de septiembre de 1981 y promulgada el 14 de octubre de 1982; la ley 23 del 28 de enero de 1982 sobre derecho de autor en Colombia;¹⁷ las disposiciones ya citadas del Código Civil del Paraguay de 1985; la ley 32-86 del 4 de julio de 1986, de la República Dominicana; y las enmiendas al Código Civil de Puerto Rico, edición de 1930, a los fines de añadir normas sobre propiedad intelectual, dispuesta por la ley 96 del Estado Libre Asociado de Puerto Rico del 15 de

julio de 1988.¹⁸

En la década de los años setenta cabe citar en particular, por sus especificidades, la ley 14 del 28 de diciembre de 1977, aprobada por la Asamblea Nacional del Poder Popular de Cuba,¹⁹ la cual a la vez que derogó expresamente la ley de la Propiedad Intelectual del 10 de enero de 1879 y su Reglamento del 3 de septiembre de 1880, ambas de España pero extendidas también a Cuba en virtud de lo dispuesto por el artículo 56 de aquella norma, según lo comentamos, lo mismo que los artículos 428 y 429 del antiguo Código Civil de 1889, puso en vigencia en la República un régimen legal del derecho de autor que se aparta de la tradición jurídica latina de los demás países iberoamericanos y basa la protección legal en Cuba en armonía con los intereses, objetivos y principios de la revolución socialista.

2.4. Los últimos años

En el campo de la legislación sobre derecho de autor de los países Iberoamericanos se venían observando, ya desde antes de iniciarse la última década del siglo XX, importantes reformas jurídicas tendientes a adecuar el derecho nacional específico a la necesidad de encontrar fórmulas de protección legal para las novedosas creaciones propias de los programas de computación, ordenadores, bases de datos, productos multimedia y otras obras emergentes de la cultura digital y de la revolución tecnológica en materia de medios, televisión y telecomunicaciones. El proceso de globalización vinculado a la vigencia de una nueva perspectiva en la legislación internacional sobre la materia ha sido determinante en este punto.

En algunos casos se produjeron reformas y modificaciones parciales de las leyes nacionales específicas, con el objeto de introducir las innovaciones legales pertinentes; en otros, se dictaron leyes especiales sobre las nuevas materias; y, por último, la oportunidad fue propicia para renovar totalmente la legislación de derecho de autor, agregando en los nuevos cuerpos legales las modificaciones sustanciales requeridas por el proceso tecnológico, dentro de un contexto prácticamente mundial y sin fronteras.

El proceso de las reformas legales consiguientes, tanto en el campo de las leyes nacionales de los países Iberoamericanos como en el de los nuevos convenios y tratados internacionales sobre la materia, se ha desarrollado durante toda esta última década y no ha concluido. Es de señalar, asimismo, la preponderancia que van adquiriendo en la nueva legislación iberoamericana los llamados derechos conexos o vecinos, ampliados ahora a nuevos titulares.

Dentro de este marco de referencia pueden citarse, por ejemplo, la ley 7.646 del 18 de diciembre de 1987, de protección de la propiedad intelectual sobre programas de computación y su comercialización en el Brasil;²⁰ la ley 1.322 de Derecho de Autor de Bolivia, del 13 de abril de 1992;²¹ la reforma chilena

dispuesta por las leyes 18.957 del 22 de febrero de 1990 y 19.166 del 9 de septiembre de 1992;²² la reforma legal establecida en Colombia por la ley 44 del 5 de febrero de 1993;²³ la ley de Fomento y Protección de la Propiedad Intelectual de El Salvador del 15 de julio de 1993;²⁴ la ley sobre el Derecho de Autor de Venezuela del 14 de agosto de 1993;²⁵ la ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos de Honduras, aprobada por decreto 141-93, del 2 de septiembre de 1993;²⁶ la ley sobre el Derecho de Autor y Derechos Conexos de Panamá, N° 15, del 8 de agosto de 1994;²⁷ la ley sobre el Derecho de Autor del Perú aprobada por decreto legislativo 822 del 23 de abril de 1996;²⁸ y la ley federal del Derecho de Autor de México que entró en vigor el 24 de marzo de 1997.²⁹

Finalmente, el año 1998 fue propicio para que se renovara la legislación sobre derecho de autor de cuatro países iberoamericanos: a) la ley 9.610, del 19 de febrero de 1998, que altera, actualiza y consolida la legislación sobre derechos autorales del Brasil;³⁰ b) la ley 9.609, de la misma fecha, que dispone sobre la protección de la propiedad intelectual de los programas de computación y su comercialización en el Brasil;³¹ c) la ley 83 de Propiedad Intelectual del Ecuador, aprobada el 8 de mayo de 1998;³² d) la ley de derecho de autor y derechos conexos de Guatemala, aprobada por decreto 32-98 del 19 de mayo de 1998;³³ y e) la ley 1.328 de derecho de autor y derechos conexos del Paraguay, aprobada el 15 de octubre de 1998.

3. PANORAMA RETROSPECTIVO DE LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL ESPECÍFICA APLICADA EN LA REGIÓN IBEROAMÉRICANA

3.1. Convenciones sobre propiedad intelectual

Los esfuerzos para conceder la protección de la propiedad intelectual a las obras extranjeras se llevaron a cabo entre algunos países latinoamericanos y europeos por medio de acuerdos bilaterales a partir del siglo XIX. En 1886, al establecerse el Convenio de Berna, por ejemplo, El Salvador ya había suscripto acuerdos bilaterales con España (1884) y Francia (1880) y Colombia con España (1885).

3.2. Tratados y convenciones regionales y subregionales

Tres años más tarde, siete repúblicas sudamericanas (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay) suscribieron en Montevideo el Tratado sobre Propiedad Literaria y Artística,³⁴ el 11 de enero de 1889, en oportunidad del I Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado, primer instrumento multilateral de protección del derecho de autor en la región. Cinco de aquellos Estados lo ratificaron: Argentina (1894), Bolivia (1904), Paraguay (1889), Perú (1889) y Uruguay (1892), y se adhirió al Tratado siete países europeos (Alemania, Austria, Bélgica, España, Francia, Hungría e Italia).

En la primera mitad del siglo XX, ya en plena corriente de panamericanismo, se aprobaron diversas convenciones panamericanas con la característica de estar abiertas únicamente a la adhesión de los países del continente americano. Tales fueron: a) la Convención para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, aprobada en la Segunda Conferencia Internacional Americana, celebrada en México en 1902; b) la Convención de Río de Janeiro sobre Derecho de Autor de 1906, suscrita en la Tercera Conferencia Panamericana; c) la Convención de Buenos Aires sobre Propiedad Literaria y Artística, firmada en dicha ciudad en 1910; d) la Convención de La Habana de 1928, suscrita durante la Sexta Conferencia Internacional Americana realizada en la capital de Cuba, que introdujo modificaciones a la Convención de Buenos Aires; y e) la Convención Interamericana sobre Derecho de Autor en Obras Literarias, Científicas y Artísticas, suscrita en Washington, D.C., en 1946.³⁵

En la región, asimismo, cabe agregar el Acuerdo de Caracas sobre Derecho de Autor, firmado por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, durante el Congreso Bolivariano celebrado en dicha ciudad en 1911; y el Segundo Tratado de Montevideo sobre Propiedad Intelectual suscripto en 1939 con motivo del Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado.

3.3. La Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena

La Comisión del Acuerdo de Cartagena, órgano de la integración andina, en su sexagésimo primer período ordinario de sesiones celebrado en Lima el 17 de diciembre de 1993, aprobó mediante su Decisión 351 un régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos, que ha pasado a formar parte de la normativa jurídica interna de los países miembros del Pacto Andino. Entre sus disposiciones figuran las referidas al objeto de la protección, los titulares de derechos, el derecho moral y los derechos patrimoniales, la duración de la protección, limitaciones y excepciones, programas de ordenador y bases de datos, transmisión y cesión de derechos, derechos conexos, gestión colectiva, oficinas nacionales competentes y aspectos procesales. La Decisión 351 está vigente desde el 21 del mismo mes y año. A algunas de sus cláusulas nos referiremos en el apartado 4.2. del presente trabajo.

3.4. Convenciones universales

En relación con la protección de la obra extranjera y al desarrollo de las relaciones en materia de derecho de autor de los países latinoamericanos con el resto del mundo, fuera de la región panamericana, se produjo a partir de 1922 un cambio decisivo aunque lento en su progresión, con la adhesión del Brasil al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886. Seis años más tarde, con motivo de la Conferencia de revisión de dicho Convenio, celebrada en Roma en 1928, las delegaciones del Brasil (en ese entonces único país miembro de la región) y de Francia presentaron una moción conjunta,

aprobada por unanimidad, que entre otras cosas dice: "[...] que, por una parte, las repúblicas americanas, que son signatarias de una Convención a la que los Estados no americanos no pueden adherirse, se adherirán, de acuerdo con el ejemplo establecido por el Brasil, al Convenio de Berna tal como quedó revisado en Roma; y por otra parte, que todos los gobiernos interesados cooperarán con vistas a preparar un acuerdo general que deberá tener como fundamento las normas similares de los dos instrumentos (Berna y la Convención Americana) y como su objetivo la unificación a nivel mundial de las leyes que protegen las creaciones del espíritu".³⁶

La serie de acontecimientos provocados por esta propuesta, contribuyó al reordenamiento de las relaciones internacionales en materia de propiedad intelectual en las décadas siguientes, y a la aprobación (demorada por la Segunda Guerra Mundial) de la Convención Universal en 1952, con los auspicios de la Unesco.

A pesar de todo, hasta 1967 siguió habiendo un solo país de la región como miembro de la Unión de Berna. Luego se produciría una paulatina y amplia adhesión, debido a la intensificación de las relaciones culturales y económicas de los países latinoamericanos con el resto del mundo y a la amplia difusión y utilización del patrimonio musical, literario y artístico de tales países por las industrias culturales del resto del mundo. Esto se da sobre todo en los países industrializados, con los consiguientes requerimientos de protección legal fuera de las fronteras nacionales, proceso que transformó a la región en exportadora de bienes intelectuales y de expresiones culturales.

Se adhirieron, sucesivamente, pasando a ser miembros de la Convención de Berna: Argentina (10 de junio de 1967), México (11 de junio de 1967), Uruguay (10 de julio de 1967), Chile (5 de junio de 1970), Costa Rica (10 de junio de 1978), Venezuela (30 de diciembre de 1982), Colombia (7 de marzo de 1988) y Perú (20 de agosto de 1988). Los cuatro primeros adhirieron luego a la revisión de París (1971), pasando también a ser parte de ella: Argentina (artículos 22 a 38), el 8 de octubre de 1980; México, el 17 de diciembre de 1974; Uruguay, el 28 de diciembre de 1979; Chile, el 10 de julio de 1975, y Brasil, por su parte, el 20 de abril de 1975.

En los últimos años se constituyeron como parte del Acta de París del Convenio de Berna: Honduras, el 25 de enero de 1990; Ecuador, el 9 de octubre de 1991; Paraguay, el 2 de enero de 1992; Bolivia, el 4 de noviembre de 1993; El Salvador, el 19 de febrero de 1994; Panamá, el 8 de junio de 1996; Cuba, el 20 de febrero de 1997; Guatemala, el 28 de julio de 1997, y la República Dominicana, el 24 de diciembre de 1997. Sólo Nicaragua, de los países iberoamericanos (al 15 de julio de 1999), no es parte de la Convención de Berna.

Por su parte, la Convención Universal del Derecho de Autor generará en los años siguientes a 1952 una amplia adhesión de los países latinoamericanos y también de otras regiones del mundo, especialmente de los países en vías de desarrollo. Al 1 de enero de 1999 han depositado el instrumento de ratificación los siguientes países iberoamericanos: Costa Rica (1954), Chile (1955), Argentina (1957), Cuba (1957), Ecuador (1957), México (1957), Brasil (1959), Nicaragua (1961), Paraguay (1961), Panamá (1962), Perú (1963), Guatemala (1964), Venezuela (1966), Colombia (1976), El Salvador (1978), República Dominicana (1983), Bolivia (1989) y Uruguay (1993). A la fecha arriba indicada, de los países Iberoamericanos, sólo Honduras no había adherido a la Convención Universal.

A la misma fecha, doce de ellos son, además, parte en la Convención Universal, revisión de París de 1971: Brasil (1975), México (1975), Colombia (1976), Costa Rica (1979), El Salvador (1978), Panamá (1980), República Dominicana (1983), Perú (1985), Bolivia (1989), Ecuador (1991), Uruguay (1993) y Venezuela (1996).

3.5. Convenciones sobre derechos conexos

Los derechos conexos han sido reconocidos y reglamentados expresamente, en especial en las últimas leyes sobre la materia dictadas en los países latinoamericanos, característica que en el orden internacional acredita también el interés de la región en la protección de tales derechos afines a los de autor.

La Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión (Convención de Roma, 1961), al 15 de julio de 1999, contaba con 63 Estados que habían depositado el respectivo instrumento. De ellos, 17 pertenecen a la región latinoamericana: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. No han adherido, a dicha fecha, Cuba y Nicaragua.

Por su lado, el Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción no autorizada de sus Fonogramas (Convenio Fonogramas) (Ginebra, 1971), al 15 de octubre de 1999, contaba con 59 Estados parte, entre ellos 15 de América latina (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela). No han adherido, a la fecha indicada, Bolivia, Cuba, Nicaragua y República Dominicana.

3.6. Convenios y tratados administrados por la OMPI

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), creada en 1970 y constituida en organismo especializado de las Naciones Unidas en 1974, tiene sus orígenes en antecedentes que se remontan a 1883 (año en que se suscribió el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial) y a 1886 (año en que se adoptó el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas). Los dos tratados dispusieron el establecimiento de sus respectivas secretarías, unificadas en 1893, llegando a convertirse en la OMPI, 77 años después. Entre sus funciones internacionales se cuenta la de asegurar la cooperación administrativa entre ambas uniones de propiedad intelectual, basadas a su vez en tratados multilaterales universales separados.

El Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (Convenio OMPI) fue aprobado en 1967. Son parte de la Organización, al 24 de septiembre de 1999, un conjunto de 171 Estados, entre ellos 18 países Iberoamericanos. En la región sólo falta la República Dominicana.

Además de los citados Convenio de Berna en el campo del derecho de autor y Convenios de Roma y Fonogramas, en el de los derechos conexos, la OMPI administra otros dos en estos dominios:

a) El Convenio sobre la Distribución de Señales Portadoras de Programas Transmitidas por Satélite (Convenio Satélites) (Bruselas, 1974), del que (al 15 de octubre de 1999) son parte 24 Estados, entre ellos 5 de América latina: Costa Rica, México, Nicaragua, Panamá y Perú.

b) El Tratado sobre el Registro Internacional de Obras Audiovisuales (Tratado sobre el Registro de Películas) (Ginebra, 1989) al que pertenecen 13 Estados (al 17 de septiembre de 1999), de los cuales 6 son latinoamericanos: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México y Perú.

El 20 de diciembre de 1996, por su parte, se aprobaron: 1) el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) (1996), y 2) el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) (1996), en base a la necesidad de introducir normas internacionales que proporcionen soluciones adecuadas a los interrogantes planteados por nuevos acontecimientos económicos, sociales, culturales y tecnológicos, así como frente al profundo impacto provocado por el desarrollo de las tecnologías de información y comunicación en la creación y utilización de las obras literarias y artísticas y en la producción y utilización de interpretaciones o ejecuciones y de fonogramas.

3.7. Acuerdo TRIP'S

El 15 de abril de 1994 fue suscripta en Marrakesh, Reino de Marruecos, el Acta Final en el que se incorporan los resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales; las

Decisiones, Declaraciones y Entendimientos Ministeriales y el Acuerdo de Marrakesh por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC) y sus cuatro anexos.

Uno de los anexos es el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio ("Trade Related Intellectual Property Rights"), conocido como acuerdo TRIP'S, el que consta de siete partes.

La Parte I está referida a disposiciones generales y principios básicos; corresponde la parte II a las normas relativas a la asistencia, alcance y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual, y comprende ocho secciones: 1) derechos de autor y derechos conexos (artículos 9 a 14); 2) marcas de fábrica o de comercio; 3) indicaciones geográficas; 4) dibujos y modelos industriales; 5) patentes; 6) esquemas de trazado (topografías) de los circuitos integrados; 7) protección de la información no divulgada, y 8) control de las prácticas anticompetitivas en las licencias contractuales.

La parte III incluye disposiciones sobre observancia de los derechos de propiedad intelectual: obligaciones generales; procedimientos y recursos civiles y administrativos; medidas provisionales, y prescripciones especiales relacionadas con las medidas en frontera.

La parte IV trata de la adquisición y mantenimiento de los derechos de propiedad intelectual y procedimientos contradictorios relacionados; seguida por la parte V sobre prevención y solución de diferencias; además de diversas disposiciones transitorias (parte VI) e institucionales y finales (parte VII).

El acuerdo TRIP'S establece que ninguna de las disposiciones de las partes I a IV irá en detrimento de las obligaciones que los miembros puedan tener entre sí en virtud del Convenio de París, el Convenio de Berna, la Convención de Roma y el Tratado sobre la Propiedad Intelectual Respecto de los Circuitos Integrados.

4. TENDENCIAS Y PERSPECTIVAS DEL DERECHO DE AUTOR EN LOS PAÍSES IBEROAMERICANOS

4.1. Preocupación constitucional y legislativa

El análisis comparado de la legislación nacional de los países Iberoamericanos en materia de derecho de autor, además de poner de relieve la preocupación permanente desde el siglo XIX por el reconocimiento constitucional^{B7} y legislativo de la propiedad intelectual, concretada en disposiciones de las cartas políticas fundamentales así como en disposiciones específicas de los Códigos Civiles y en normas y

leyes especiales sobre la materia, nos impone una opinión sustancial: que la región ha estado siempre interesada en la protección del patrimonio intelectual nacional; ampliamente generosa y abierta a una protección del patrimonio intelectual, artístico y literario universal, a partir de las últimas décadas, coincidente con el florecimiento Iberoamericano y latinoamericano en materia de expresiones culturales, literarias, musicales y artísticas de nuestros países, difundidas en el resto del mundo gracias a los efectos multiplicadores de las modernas industrias culturales.

Este desarrollo intelectual y artístico regional, fruto del trabajo creador colectivo y de grandes individualidades, generado por una fuerte identidad cultural de los países Iberoamericanos, no se compadece, lamentablemente, con el atraso o el subdesarrollo económico en que buena parte de la región se ha debatido en las últimas décadas.

Por otro lado, la constitución de eficientes sociedades de gestión colectiva, clave para el éxito en la aplicación de la legislación autoral en cualquier parte del mundo, es todavía incipiente en América latina salvo en pocos países de la región.

De todas maneras, al hacer un balance comparado de los derechos intelectuales en América latina, a la luz de las legislaciones más recientes y de las aprobadas en las últimas décadas, puede identificarse un conjunto de coincidencias o tendencias, más o menos amplio, que conforma una renovada visión del papel del creador y de su obra en la vida social. A todo ello nos referiremos a continuación.

4.2. Tendencias y orientaciones más destacadas

1) El reconocimiento de los derechos morales del autor sobre su obra y el carácter perpetuo, inalienable, imprescriptible e irrenunciable de los mismos, dentro de la tradición latina en la materia, ha sido consagrado expresamente, en líneas generales y con diversos matices, como un derecho inherente a la personalidad del creador, que incluye el derecho a dar a conocer la obra, a la paternidad de la misma, a su integridad, a modificarla y, también, el de arrepentimiento en vida del autor (en especial, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela y Decisión 351).

2) Las legislaciones nacionales han abandonado la formalidad del registro de la obra como condición para que nazca el derecho a la protección legal. El derecho de autor es un derecho inmanente que nace con la pura creación de la obra, sin otro requisito. La formalidad de la inscripción está prevista en estos casos sólo para garantizar la seguridad de los derechos, salvo prueba en contrario, y afirmar la publicidad de los mismos.

3) En algunas leyes nacionales, la disposición sobre registro está vinculada a prescripciones en materia de depósito legal de las obras intelectuales (Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Honduras, Uruguay). La tendencia se orienta a separar todo lo relacionado con esta última figura legal —antigua pero renovada institución de la legislación cultural y el derecho de la cultura— mediante la vigencia de leyes especiales (Bolivia, Perú y Venezuela), más apropiadas a los fines de resguardo y conservación del patrimonio cultural-intelectual de la comunidad, el que en cada momento va generando el aporte creativo de los autores y la producción de los intermediarios culturales.

4) En lo que respecta a limitaciones y excepciones al derecho patrimonial de autor, es decir de utilización de la obra sin el consentimiento del autor o sin el pago de la respectiva remuneración, cabe señalar diversas situaciones especiales.

4.1.) En materia de comunicaciones lícitas, por ejemplo: a) la que se concreta dentro del ámbito exclusivamente doméstico (Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguay, Perú, Venezuela); y b) la que se concreta dentro de institutos de enseñanza, con objetivos educativos y sin fines de lucro, directo o indirecto (Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, República Dominicana, Venezuela y Decisión 351).

4.2.) Con relación a casos de reproducciones lícitas de obras ya divulgadas, por ejemplo: a) las reproducciones por medios reprográficos, por necesidades vinculadas a la enseñanza, de artículos publicados en periódicos o colecciones periódicas o breves extractos de obras (Decisión 351); o las realizadas por bibliotecas o archivos (que no persigan directa ni indirectamente fines de lucro) con fines de preservación de ejemplares (Decisión 351); b) las reproducciones de obras expuestas en lugares públicos (Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, Panamá, República Dominicana, Venezuela).

4.3.) Además, entre otros casos expresamente previstos se cuentan: a) el préstamo público de ejemplares llevado a cabo por bibliotecas o archivos, sin fines de lucro (Guatemala, Paraguay, Perú); y b) la reproducción de obras literarias, artísticas o científicas, para uso exclusivo de deficientes visuales, siempre que la reproducción, sin fines comerciales, sea hecha mediante el sistema Braille u otro procedimiento en cualquier soporte para dichos destinatarios (Brasil, Paraguay) y, con pequeñas variantes, ampliada además a los sordomudos en el caso de fonogramas, videogramas, interpretaciones o ejecuciones mediante adaptaciones en lenguajes especiales (México).

5) El período de protección post mortem auctoris se limita a 50 años en una buena parte de la legislación regional (Decisión 351, Bolivia, Chile, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Honduras, Panamá,

República Dominicana). En el caso de Chile el período de protección se extiende, además, durante toda la vida del cónyuge del autor y la de sus hijas solteras, viudas o de las que siendo casadas se hallare su cónyuge afectado por una imposibilidad definitiva para todo tipo de trabajo. Sin embargo, se advierte una tendencia a la ampliación de dicho plazo: a 60 años (Venezuela), 70 años (Argentina, Brasil, Ecuador, Paraguay, Perú), 75 años (Guatemala y México) y 80 años (Colombia).

6) El derecho de remuneración compensatoria por la copia privada de obras fijadas en fonogramas o videogramas, así como la reproducción reprográfica de obras literarias impresas, ha sido introducido en la legislación de los países Iberoamericanos (Ecuador, México, Paraguay).

7) Las sociedades de gestión colectiva han sido objeto de capítulos especiales en las leyes nacionales sobre derecho de autor, o de normas legales particulares,³⁸ que regulan la creación, funciones, órganos de dirección y gestión, actividades, administración, funcionamiento, regímenes de recaudación y distribución de regalías, control de tales sociedades por los organismos públicos de supervisión, etc. (Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela, Decisión 351), lo cual alienta una expectativa favorable para un futuro desarrollo adecuado de las mismas en toda la región.

8) Con relación a los programas de ordenador, se advierte en la legislación iberoamericana un doble orden de normas: a) la de aquellos países que sin haber incluido expresamente dicha categoría de obras en las leyes respectivas de derecho de autor, no obstante, a través de sus autoridades de aplicación han resuelto en su momento la admisión (y consiguiente protección) de los mismos en los registros específicos (Argentina, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Perú, Uruguay, Venezuela); y b) la de los países que mediante reformas integrales o parciales, han incorporado expresamente a los programas de ordenador en su legislación autoral (Argentina, Bolivia, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela, Decisión 351). Brasil, por su parte, cuenta con una legislación especial sobre la materia.

9) Las bases de datos también han sido materia de protección legal expresa en las nuevas leyes de derecho de autor (Brasil, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Venezuela, Decisión 351).

10) De acuerdo con disposiciones expresas de varias de las leyes nacionales más recientes, el contrato de enajenación del objeto material que contiene una obra de arte confiere al adquirente el derecho de exponer públicamente la obra a título oneroso o gratuito, salvo pacto en contrario (Brasil, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Venezuela).

5. DOS CASOS ESPECIALES (ENTRE EL DERECHO DE AUTOR Y EL DERECHO DE LA CULTURA)

5.1. El droit de suite

5.1.1. Perspectiva latinoamericana

En el marco de una de las principales ramas del derecho de la cultura, el de las disposiciones sobre fomento y promoción de la creación, así como el de la condición social del artista, vinculada tradicionalmente al derecho de autor, consideramos a una institución que ha encontrado reconocimiento legal dentro del derecho comparado desde su vigencia en Francia a partir de 1920.

El droit de suite —derecho de participación del artista en el mayor valor que va adquiriendo la obra en su comercialización en el mercado— cuenta en América latina con un temprano antecedente en la ley uruguaya de derecho de autor de 1937, seguida luego por la legislación autoral de Chile, Brasil, Ecuador y Costa Rica, entre otras. Las leyes más recientes también han consagrado esta institución, su área geográfica de vigencia en la región.

Dos grandes sistemas de aplicación del droit de suite, cada uno a su vez con diferentes modalidades y variantes, pueden señalarse dentro de la legislación nacional vigente en la actualidad en los países de América latina, al igual que los países del resto del mundo que le han dado también reconocimiento legal dentro de su derecho positivo.

5.1.2. Los sistemas nacionales

Por una parte, el sistema de participación del artista en la plusvalía o mayor valor que podría resultar en beneficio del vendedor como consecuencia de una nueva enajenación, así como de las sucesivas ventas que pudieren ocurrir en el transcurso del tiempo, corriendo a cargo del artista la prueba del monto del precio original de la obra o de los pagados en las ventas posteriores de ella. Este sistema tradicional pero impracticable ha sido seguido por la legislación de Uruguay (25%), Chile (5%) y Brasil (5%). En el caso chileno los respectivos beneficios se limitan exclusivamente al autor, sin extenderse a sus herederos o legatarios, lo cual se contradice en general con la legislación comparada preponderante en la materia, que otorga a la institución una condición alimentaria, por lo menos en favor del cónyuge y los hijos del creador.

El segundo sistema, el más generalizado y practicable (seguido también por la Decisión 351), es aquel en que el beneficio económico del artista se determina en base a un porcentaje del precio de cada

venta sucesiva, sin condicionarlo a la existencia o no de una determinada plusvalía. Está vigente en Bolivia (5%), Ecuador (5%), El Salvador (2%), Guatemala (10%), Honduras (5%), Panamá (2 %), Paraguay (5%), Perú (3%), Venezuela (2%) y Costa Rica (5%).

Se aplica sólo en el caso de ventas en pública subasta o por intermedio de un comerciante profesional en obras de arte (salvo en los casos de Honduras, Costa Rica, Brasil y Uruguay, países en que no se restringe a determinado tipo de ventas). El vendedor es responsable expreso de su pago al autor (salvo en Brasil, Chile y Uruguay, países donde no se establece de manera expresa un responsable determinado). En algunos países el *droit de suite* se extiende a la venta de manuscritos de obras literarias (Bolivia, Brasil), así como de éstas y partituras musicales (Ecuador, Guatemala, Honduras, Costa Rica).

5.2. El dominio público oneroso

5.2.1. Introducción, Perspectiva en el Mercosur

En 1923 la Subcomisión de Propiedad Intelectual de la antigua Comisión de Cooperación Intelectual de la ex Sociedad de Naciones (antecedente directo, 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".³⁹ Un cuarto de siglo después la Conferencia de Bruselas reunida en 1948 a los fines de la revisión del texto de la Convención de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, se expidió en pro de la aplicación del llamado "dominio público de pago", conocido también como "dominio público pagante" (*domain public payant*) o "dominio público oneroso",⁴⁰ en favor de cajas de previsión y asistencia a los artistas,⁴¹ en una época en que se promovían los fondos de asistencia y seguridad social para la cobertura de escritores y artistas (una de las más antiguas ramas del derecho de la cultura).

En el derecho nacional ya se había perfilado en diversas partes del mundo, con anterioridad, la consagración legislativa del dominio público de pago,⁴² mediante una sofisticada concepción jurídico-política de política cultural, centrada, más que en las estrictas y ortodoxas preocupaciones del derecho de autor, en los postulados del derecho de la cultura y en las exigencias del proceso de desarrollo cultural de la comunidad. La República Oriental del Uruguay sentó el antecedente jurídico en América latina en plena década de los años 30.

Dentro de esta corriente, en la cual son admisibles múltiples variantes y modalidades de aplicación

del dominio público de pago, la Ley Tipo de Túnez de 1976 sobre el Derecho de Autor para los Países en Desarrollo, en su artículo 17 dedicado a esta institución señala que la cantidad que se recaude en tal concepto deberá aplicarse a las siguientes finalidades: a) fomentar las instituciones que beneficien a los autores, artistas, intérpretes o ejecutantes, tales como sociedades de autores, cooperativas, mutualidades y otras similares; y b) proteger y difundir el folklore nacional.

La consagración internacional por la Ley Tipo de Túnez no hacía entonces sino cristalizar en un documento de proyección universal sobre la materia la institución del dominio público pagante que casi 20 años antes, al crearse el Fondo Nacional de las Artes de la República Argentina en 1958, mediante una legislación especial,⁴³ originó la puesta en marcha en el país de lo que a nuestro criterio es el sistema más completo con que se aplica este mecanismo institucional legítimo de financiamiento permanente de la cultura y las artes en la región.⁴⁴

A partir de entonces, el dominio público de pago adquirió una significación continental dentro del derecho de la cultura de los países latinoamericanos.⁴⁵ Es de señalar que la Conferencia Intergubernamental sobre las Políticas Culturales en América Latina y el Caribe, convocada por la Unesco y celebrada en Bogotá en enero de 1978,⁴⁶ aprobó una resolución "estimando que la acción financiera en favor del desarrollo cultural de la comunidad por parte de los poderes públicos debe basarse en organismos o fondos financieros eficientes y convalidarse mediante recursos genuinos, aptos y específicos". Por ello, recomendó a los Estados de América latina y el Caribe: "la institución legal, en los países que aún no lo tienen vigente, del dominio público pagante en materia de utilización de obras intelectuales sujetas al sistema de los derechos de autor, con destino al fomento de las artes y las letras".

Seis décadas después de iniciada la experiencia uruguaya, se renueva la institución del dominio público de pago en la región del Mercosur con su afirmación en 1992 en el texto de la ley de derecho de autor de Bolivia, conforme a modalidades y especificidades propias del país del altiplano y, más recientemente, en 1998, con la consagración del sistema en la ley de derecho de autor y derechos conexos del Paraguay.

5.2.2. El sistema argentino

El decreto ley 1224/58, del 3 de febrero de 1958, ley de creación del Fondo Nacional de las Artes de la República Argentina, dispuso simultáneamente la institución en el país del llamado "dominio público pagante", mediante un amplio sistema de aplicación en todo el país, cuyo producto sería destinado como recurso específico del nuevo organismo. En esencia se trata de que la utilización, dentro del país, de las obras intelectuales de cualquier naturaleza, argentinas o extranjeras en cuanto a su autoría, una vez caídas

en el dominio público, en lugar de ser gratuita para los usuarios se transforma en onerosa cada vez que éstos usufructúen obras de ese carácter.

Las regalías percibidas por dicha utilización comercial y lucrativa, dentro del territorio nacional, de las obras literarias, científicas y artísticas del patrimonio intelectual de la humanidad y de todos los tiempos, por la vía de su redistribución a cargo del Fondo Nacional de las Artes (cuyo órgano superior de gobierno y dirección está a cargo de artistas), se ha constituido desde hace más de cuatro décadas en una fuente inagotable de financiamiento y apoyo a la creación cultural y artística, actual y futura. La reglamentación de este régimen fue dispuesta por el decreto 6.255 del 28 de abril de 1958, en virtud, entre otras, de las siguientes normas: a) entiéndese por obras de dominio público sujetas al pago correspondiente, las comprendidas en el enunciado del artículo 1 de la ley 11.723 y en el artículo 5 de la misma ley y sus modificaciones; b) se facultó al Fondo Nacional de las Artes para determinar la forma y oportunidad de percepción de tales derechos, así como a fijar el monto de ellos, sin que excedan a los vigentes para el dominio privado en virtud de la aplicación de la citada ley 11.723; c) las obras de dominio público que al 28 de abril de 1958 se hallaran en comercio, editadas, impresas o reproducidas por cualquier medio, estarían exentas del pago de derechos por el plazo de dos años, vencido el cual debían pagar el correspondiente derecho; d) se exceptuó del pago del dominio público pagante a los libros, publicaciones y textos de enseñanza primaria y secundaria que habiendo caído en dominio público, fuesen incluidos en los programas oficiales por los organismos competentes.

La aplicación, percepción y fiscalización del gravamen, a cargo del propio Fondo, se rigió desde el inicio por el procedimiento fiscal general. La ley orgánica de la institución también autorizó al ente a convenir los servicios de reparticiones públicas o sociedades de autores profesionales con personalidad jurídica para la fiscalización y cobro de dicho recurso. Como consecuencia de ello, la Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música (Sadaic) y la Sociedad General de Autores de la Argentina (Argentores) han pasado a ser agentes recaudadores del dominio público pagante por cuenta del Fondo, sin perjuicio del cobro directo por parte de la administración de este organismo respecto de ciertas formas de explotación y uso de aquél. Sucesivas resoluciones dictadas entre 1958 y 1963, en cuya gestación y elaboración intervinimos, pusieron en marcha el sistema, individual y gradualmente, para cada una de las formas de utilización (representación; inclusión, exhibición, ejecución en locales públicos o por radio y televisión, reproducción, edición, etc.) de obras del repertorio respectivo, tanto de autores nacionales como extranjeros, representadas, filmadas, incluidas, exhibidas, reproducidas en cualquier sistema conocido o a conocerse, ejecutadas, editadas o puestas en el comercio, en todo el territorio de la República.

5.2.3. El sistema boliviano (I)

La ley de derecho de autor de Bolivia de 1992, además de comprender en su contenido a los derechos morales y patrimoniales de los autores, contenido clásico en este tipo de leyes específicas, innova en la materia introduciendo una institución que excede los límites tradicionales de la propiedad intelectual y se inserta, más bien, al igual que el caso argentino, en los cánones del nuevo derecho cultural, más amplio que aquél. La ley está destinada no sólo a proteger los derechos de los autores, sino también a "salvaguardar el acervo cultural de la nación", según reza textualmente el artículo 1. Éste, por otro lado, consagra las disposiciones de aquella en los siguientes términos: "son de orden público y se reputan de interés social".

Se debe considerar protegidas por la ley boliviana todas aquellas obras estimadas como folklore, entendido éste, en sentido estricto, como "el conjunto de obras literarias y artísticas creadas en el territorio nacional por autores no conocidos o que no se identifiquen y que se presuman nacionales del país o de sus comunidades étnicas y se transmitan de generación en generación", razón por la cual constituyen "uno de los elementos fundamentales del patrimonio cultural tradicional de la nación". Agrega el texto legal que las obras del folklore, conforme a la definición que antecede, para los efectos de su utilización como obras literarias y artísticas, serán consideradas como "obras pertenecientes al patrimonio nacional", según las normas contenidas en el Título XI de la ley y sin perjuicio de otras disposiciones de protección que puedan ser adoptadas por las instituciones del Estado o por acuerdos internacionales.

La ley, en el capítulo II, Del folklore y artesanías, del Título V, Disposiciones especiales a ciertas obras, comprende además, dentro de la protección legal, las artesanías y el diseño artesanal, disponiendo la aplicación a dichas obras tanto de las normas generales del régimen legal prescrito como de las especiales referidas a las artes plásticas y al patrimonio nacional.

5.2.4. El sistema boliviano (II). Régimen fiscal

Normas de derecho público han sido establecidas en la ley de derecho de autor de Bolivia, respecto de la vigencia del régimen fiscal que regula todo lo vinculado al patrimonio nacional. Se entiende como tal el "régimen al que pasan las obras de autor boliviano que salen de la protección del derecho patrimonial privado, por cualquier causa" (artículo 58). Aclara la ley que pertenecen al patrimonio nacional: a) las obras folklóricas y de cultura tradicional de autor no conocido; b) las obras cuyos autores hayan renunciado expresamente a sus derechos; c) las obras de autores fallecidos sin sucesores ni causahabientes; d) las obras cuyos plazos de protección fijados por los artículos 18 y 19 se hayan agotado; y e) los himnos patrios, cívicos, y todos aquellos que sean adoptados por cualquier institución de carácter público o privado.

El régimen fiscal del patrimonio nacional ha sido complementado, en la ley citada, por el sistema del dominio público, comprensivo de las obras extranjeras cuyo período de protección esté agotado (dado que las obras de los autores bolivianos, en las mismas condiciones, están incluidas en el repertorio del patrimonio nacional), transformado ahora en Bolivia en dominio público de pago. En efecto, el artículo 60 de la ley boliviana dispone que la utilización, "bajo cualquier forma o procedimiento", de obras de patrimonio nacional y del dominio público, será libre (al igual que en el sistema argentino), pero quien lo haga comercialmente pagará al Estado, conforme a lo establecido en los reglamentos, una participación cuyo monto no será menor del 10% y no mayor del 50% del que se pague a los autores o sus causahabientes por utilización de obras similares sujetas al régimen privado de protección.

Agrega la ley de 1992 que las cantidades que se recauden por concepto de utilización de obras del patrimonio nacional, se aplicarán únicamente al fomento y difusión de los valores culturales del país. En su última parte el capítulo I, Patrimonio nacional y dominio público, del Título XI, Del régimen fiscal, que estamos analizando, dispone que el Estado, por medio de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, organismo de aplicación de la ley, reconocerá del porcentaje recaudado por obras del patrimonio nacional un diez por ciento al recopilador y un diez por ciento a la comunidad de origen, en caso de ser identificados.

5.2.5. La ley del Paraguay

En varios párrafos de la exposición de motivos del proyecto de ley de derecho de autor y derechos conexos, elevado al Congreso Nacional del Paraguay por el presidente de la República, por nota del 7 de junio de 1996, se señala que "... el ingreso al dominio público de las obras protegidas no ha logrado el objetivo de que, por ejemplo, los ejemplares que las reproducen hayan disminuido su precio al público (por no tener que remunerar al autor), o que el valor de la entrada por la representación escénica de esas creaciones se haya reducido por el hecho de que su uso por el empresario, en cuanto a la remuneración que antes debía pagar al creador, sea gratuito. De allí que como lo han consagrado varias legislaciones, inclusive latinoamericanas (v. gr.: Argentina, Uruguay), se conciba la figura del 'dominio público oneroso', mediante el cual la utilización de las obras en dominio público, aunque libre, cause una remuneración que no deba superar al arancel establecido para las obras que se encuentren en dominio privado, con destino al fomento y la promoción de los valores de la cultura nacional, así como para el propio funcionamiento de la Dirección Nacional del Derecho de Autor contribuyendo así a su autofinanciamiento, de manera que la utilización lucrativa de las obras del dominio público revierta en un beneficio para la colectividad en objetivos específicos, especialmente el fomento de la cultura...".

Agrega el documento citado que "...no se trata de que el Estado se convierta en un titular del

Derecho de Autor (y mucho menos respecto de las obras extranjeras), porque dicho derecho se ha extinguido por vencimiento del plazo de protección, sino que el 'dominio público oneroso' constituye un tributo o una 'contribución parafiscal', que grava una actividad económica que se produce en el territorio de ese Estado (sea con el uso de obras nacionales o extranjeras), pero con un destino específico, en este caso, la promoción cultural".

La ley 1.328 de 1998 acogió en su texto los fundamentos citados, y por ello su artículo 55 dispuso que la explotación de las obras en dominio público (por el vencimiento de los plazos previstos en la ley) obligará al pago de una remuneración conforme a las tarifas que fije la Dirección Nacional del Derecho de Autor, "la cual no podrá superar el arancel establecido para las obras que se encuentran en el dominio privado". El texto legal agrega que la remuneración será destinada exclusivamente a un fondo de fomento y difusión de las diversas manifestaciones culturales a ser creado por ley.

Cabe agregar, como referencia adicional, que conforme a una ley especial aprobada también en 1998 y en cuya gestación participamos, se dispuso la creación del Fondo Nacional para la Cultura y las Artes del Paraguay, como entidad autárquica con personería jurídica y autonomía funcional para el cumplimiento de sus fines, vinculados al financiamiento de las actividades culturales no gubernamentales en todo el territorio de la República. Este aspecto, el de las estructuras público administrativas de financiamiento de la cultura, constituye otra de las dinámicas ramas de la legislación y el derecho de la cultura, en particular en la región de los países del Mercosur.

5.2.6. El sistema uruguayo

El sistema de aplicación más antiguo del dominio público de pago en América latina fue implantado en el Uruguay por obra de la ley 9.739, del 17 de diciembre de 1937. Se ha señalado que la institución uruguaya fue el resultado de una fórmula de transacción entre el dominio del Estado que propiciaba el Poder Ejecutivo y el dominio público liso y llano alentado por el Poder Legislativo, al discutirse el proyecto de ley.

Establece el artículo 42 de la ley uruguaya que cuando una obra caiga en el dominio público (por vencimiento del plazo de protección post mortem auctoris o por no haber herederos o legatarios del autor fallecido), cualquier persona podrá explotarla conforme a las siguientes limitaciones: a) deberá sujetarse a las tarifas que fije el Consejo de los Derechos de Autor, y el Poder Ejecutivo, en la reglamentación de la ley, tiene que velar por que tales tarifas sean moderadas y generales para cada categoría de obras; y b) la publicación, ejecución, difusión, reproducción, etc., deberá ser hecha con fidelidad, correspondiendo asimismo al citado Consejo velar por la observancia de esta disposición. Agrega el artículo 43 que

cualquier ciudadano podrá denunciar al Consejo de los Derechos de Autor la mutilación de una obra literaria, científica o artística, los agregados, transposiciones o errores graves de una traducción, así como toda otra deficiencia que afecte el mérito de dichas obras.

Además de las funciones señaladas precedentemente, dispone la ley que le corresponde al Consejo administrar y custodiar los bienes literarios y artísticos incorporados al dominio público, así como deducir en vía judicial las acciones civiles y las denuncias criminales, en nombre y representación del Estado. Agrega que el producido por concepto de derechos, multas, etc., que correspondan al dominio público, será destinado preferentemente a servicios de arte y cultura (artículo 62 de la ley).

La reglamentación de la ley, dispuesta por el decreto del 21 de abril de 1938, establece que quienes traduzcan, adapten, modifiquen o parodien obras que pertenezcan al dominio público, tendrán derecho a registrar a su nombre la traducción, adaptación, modificación o parodia y gozarán de la mitad del producto de los derechos de autor, pero no podrán impedir la publicación de otras versiones de la obra en el mismo idioma o en cualquier otro. Señala, además, que el Consejo de los Derechos de Autor podrá delegar en una entidad de autores uruguayos, con goce de personería jurídica, la cobranza de los derechos que correspondan al Estado, por representación o reproducción de cualquier clase de obras caídas en dominio público. En mérito a esta disposición, le fue encomendada dicha función a la Asociación General de Autores del Uruguay (Agadu), con personería jurídica ya reconocida en 1931 y ratificada en varias oportunidades posteriores.

Dicha entidad debe verter trimestralmente en la Tesorería de la Nación y a la orden del Ministerio de Educación y Cultura (anteriormente Ministerio de Instrucción Pública) las sumas que recaude, descontando (al igual que en el caso de Sadaic y Argentores en la República Argentina) el porcentaje que por concepto de gastos de cobranza se establezca. Entre las resoluciones en la materia se hallan las dispuestas por el gobierno nacional sobre utilización de obras literarias del dominio público y la percepción de los derechos respectivos, primero en efectivo y luego en especie.

Cabe agregar que por la ley de creación del Fondo Nacional de Teatro en 1992, destinado al apoyo y difusión del arte teatral en el Uruguay, se dispuso su financiamiento, entre otros recursos, con lo recaudado de acuerdo al citado artículo 62 de la ley 9.739. Una medida complementaria similar se dispuso al constituirse posteriormente el Fondo Nacional de la Música de dicho país.

El dominio público de pago, como se advierte al analizar los casos precedentes, fue concebido como un recurso especial para el financiamiento de la cultura. Así también se lo ha imaginado en los proyectos y experiencias llevadas a cabo en Europa,⁴⁷ y ⁴⁸ incluso en la Comunidad Europea, actualmente Unión Europea, donde dentro del programa de acción comunitaria llegó a pensarse en la idea de un “domaine

public payant” reglamentado de forma moderna para el “fomento de la cultura europea supranacional”.⁴⁹

5.2.7. La situación en Chile

La ley 17.336 de 1970 sobre propiedad intelectual de Chile dispuso acerca del patrimonio cultural común en su artículo 11, señalando que pertenecían a él, entre otras, las obras cuyo plazo de protección se hubiera extinguido, así como que en la reglamentación de la ley debía establecerse el monto de los derechos a pagar por quienes utilizaran obras pertenecientes a dicho repertorio. Los derechos recaudados debían asignarse a la Universidad de Chile con destino a la formación de un Fondo Universitario de las Artes.

La ley 19.166 de 1992 estableció diversas reformas a la ley 17.336, entre ellas la del artículo 11, y deja sin efecto el carácter oneroso de la utilización o explotación de las obras de dominio público, las pertenecientes al patrimonio cultural común. Sin embargo, a pesar de haberse derogado la vigencia del dominio público de pago en Chile, la misma ley de 1992 dispuso, no obstante, un nuevo mecanismo de financiamiento de la cultura.

Señala otro artículo de la ley 19.166 que los fondos recaudados por las entidades de gestión colectiva de derechos intelectuales, que no sean distribuidos o no sean cobrados por sus titulares, dentro del plazo de tres años contado desde su percepción, incrementarán los recursos que anualmente destine el Ministerio de Educación para financiar los proyectos de desarrollo artístico y cultural.

6. HACIA UN DERECHO DE LA CULTURA EN IBEROAMÉRICA

Años atrás,⁵⁰ en oportunidad de gestarse la creación de la Cátedra Unesco de Derechos Culturales en la Universidad de Palermo, Argentina, señalábamos que la conformación de un derecho cultural en América latina era una realidad, habida cuenta de la riqueza normativa que las diversas ramas de la legislación cultural habían adquirido en las últimas décadas en el derecho positivo de los países de la región.

En dos bases fundamentales parece asentarse el desarrollo y evolución de nuestra disciplina: a) en la consagración de los derechos culturales; y b) en la aplicación de una política cultural por los poderes públicos sustentada en la herramienta legislativa como uno de sus principales instrumentos de acción institucional.

6.1. Vigencia internacional de los derechos culturales

Entre los llamados derechos humanos de "segunda generación" los derechos culturales han sido los

de más reciente formalización legislativa y constitucional. En lo internacional, por su parte, el análisis e interpretación de los instrumentos normativos relacionados con los derechos humanos, a partir de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (OEA, 1948, art. XIII) y de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Naciones Unidas, 1948, art. 27) tornan necesario distinguir, por lo menos, entre el derecho a la educación, en sentido amplio, y los comprendidos por dichos artículos, inherentes a la persona humana, que pueden ser clasificados en dos categorías: a) el derecho a la cultura, a participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos; y b) el derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan en razón de las creaciones de que sea autor.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Naciones Unidas, 1966) agrega al reconocimiento de los derechos culturales en términos semejantes a los de ambas Declaraciones, la necesidad de que los países cuenten con una legislación específica apropiada (lo que hemos dado en llamar desde 1975 una "legislación cultural"), al disponer que "entre las medidas que los Estados partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y la cultura".

6.2. Los derechos culturales en América latina

Desde tiempo atrás venimos refiriéndonos a la vigencia de un "constitucionalismo cultural", en particular en América latina. Destacamos que buena parte de las constituciones políticas aprobadas en los países de la región con posterioridad a la Declaración Americana de 1948, ha consagrado el reconocimiento del derecho a la cultura como una de las normas primarias del sistema político cultural en cada Estado, unido a la inserción en los textos fundamentales, entre otras, de disposiciones sobre propiedad intelectual, patrimonio cultural, creación artística, fomento y promoción de la cultura y las artes, instituciones culturales y protección de las minorías culturales, a reglamentar en el marco de una legislación cultural correlativa de tales normas constitucionales.

6.3. Políticas culturales en la región

A la vigencia formal de los derechos culturales, consagrados tanto en los instrumentos normativos internacionales como en las cartas fundamentales latinoamericanas, ha sucedido, además, la puesta en marcha de políticas culturales (incipientes en casos de algunas naciones, avanzadas en otros) por los gobiernos de la región en las últimas décadas. La preocupación del Estado por el desarrollo de servicios culturales públicos; por el fomento de las artes y de las actividades culturales; por el apoyo al cine, el teatro, la música y la lectura pública; por la creación y consolidación de industrias culturales locales; por el apoyo a los creadores y la legitimación de sus derechos morales y materiales; por la vigencia de la propiedad

intelectual y por la conservación del patrimonio cultural, material e inmaterial, entre múltiples funciones relativas al moderno marco de acción en que se desarrolla la política cultural de los poderes públicos,⁵¹ ha sido una constante en los programas gubernamentales de buena parte de los países latinoamericanos.

Esa acción se ha reflejado no sólo en decisiones político legislativas, sino también en la instrumentación de medidas de financiamiento de la cultura y de política cultural fiscal que no han cesado de concretarse.

No cabe duda de que la instrumentación de la política cultural del Estado ha sido una de las principales impulsoras del derecho de la cultura en América latina. Contribuyeron, en tal sentido (dentro de un proceso específico comparado que no tiene precedentes en otras regiones del mundo), en el marco de una política concertada por los organismos internacionales, los programas, proyectos e investigaciones promovidos desde 1975 por el Programa Regional de Desarrollo Cultural de la OEA y por la Unesco, el Convenio Andrés Bello (desde 1978), el PNUD, el Fondo Internacional de Promoción de la Cultura, el Banco Interamericano de Desarrollo, así como diversos organismos nacionales y universidades.⁵²

Las reuniones de los ministros de Cultura y responsables de las políticas culturales de América latina y el Caribe, desde 1978, han puesto también de relieve la importancia de nuestra disciplina en la región, insertando la legislación cultural en sus programas de cooperación. No en vano es en Latinoamérica donde con el apoyo internacional se han elaborado, entre 1975 y 1999, el mayor número de recopilaciones e investigaciones sistemáticas comparadas, por países, de las respectivas legislaciones culturales nacionales. Son los casos de Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Puerto Rico y Venezuela. Además, hay trabajos legislativos llevados a cabo en Brasil y México.

6.4. Sectores normativos del derecho de la cultura

Como consecuencia del análisis comparado que hemos realizado del derecho positivo de los países latinoamericanos, se desprende la existencia de por lo menos cinco grandes sectores normativos, de normas de derecho público y privado, de derecho nacional e internacional, en los que puede clasificarse, tentativamente, el derecho de la cultura en la región. Un sexto sector, el primero y esencial, está representado por las normas fundamentales sobre la materia insertas en las constituciones políticas de los Estados, las disposiciones sobre "constitucionalismo cultural". En ellos está representada, en mayor o menor medida, la legislación cultural nacional de cada país.

6.4.1. Derecho del patrimonio cultural

Este sector legislativo está vinculado a la protección y conservación del patrimonio cultural de los países o, como se ha dado en llamar, al derecho patrimonial de la cultura. Baste recordar que la totalidad de los países iberoamericanos cuenta con regímenes legales sobre la materia, regulatorios de actividades y profesiones relacionadas con dichas funciones. Además, la legislación de bibliotecas, museos y archivos, en tanto repositorios del patrimonio, debe ser considerada como parte de este campo en nuestra disciplina.

A mayor abundamiento, ya lo hemos señalado en varias oportunidades en este trabajo, el patrimonio inmaterial vinculado a la obra intelectual [lo que algunas leyes sobre derecho de autor denominan "patrimonio cultural común" (Chile), "acervo cultural de la nación" (México, Bolivia), "Patrimonio nacional" (Bolivia), "salvaguardia del acervo cultural" (Perú), "resguardo del patrimonio cultural" (Perú), etc.], en particular en el caso de obras en dominio público, tiene directa conexión con esta rama normativa.

6.4.2. Derecho del arte y la creación

Toda la actividad relacionada con las bellas artes, las letras, las artes del espectáculo, el fomento de la creación, el trabajo de los creadores y los regímenes de las profesiones artísticas y culturales, además del marco de referencia que rodea al estatuto vinculado a la condición legal y social del artista, conforma en la legislación nacional de cada país (en muchos de ellos todavía de manera incipiente) un conjunto específico de normas y disposiciones de diferente jerarquía normativa, dictadas con el propósito de apoyar, fomentar y regular lo que hemos dado en llamar la dimensión artesanal de la cultura, tanto la que puede expresarse por sí misma como la que requiere de un público, en vivo.

Las letras, la música, el teatro y las artes plásticas (también resguardadas desde el punto de vista del hecho creativo por el derecho de autor) son algunas de las manifestaciones de este conjunto que cuenta en diversos casos con normas especiales regulatorias de actividades y profesiones, en varios países de la región. Los derechos afines de los artistas intérpretes y ejecutantes guardan asimismo directa conexión con este campo del derecho de la cultura.

Es importante en este punto, el interés del legislador de la región por la situación del artista, en la medida que la Recomendación relativa a la Condición del Artista (Unesco, 1976) ha pasado a formar parte de la legislación nacional de algunos países latinoamericanos. Por ejemplo, en el caso de la República Argentina, en virtud de la ley 24.269 promulgada de hecho el 9 de diciembre de 1993.

6.4.3. Derecho de las industrias culturales

Agrupar este sector normativo a la diversidad legislativa aplicable a un conjunto dinámico de

actividades, expresión típica de nuestra época, la dimensión industrial de la cultura, relacionada con la producción de igual carácter de bienes y servicios culturales. La legislación latinoamericana en este campo refleja el interés del legislador por la sanción de numerosas leyes de fomento de la cinematografía; leyes del libro como producto industrial y vehículo cultural [varias leyes del libro vigentes en la región contienen apartados relacionados con el derecho de autor de los escritores (Argentina, Colombia, Ecuador, Uruguay, Venezuela, etc.)], normas sobre la protección de la industria fonográfica, leyes de radio difusión y televisión y otras referidas al derecho del audiovisual [todos estos campos materia de protección, asimismo, por los derechos conexos de los editores (México), de los productores de fonogramas y videogramas y de las empresas de radiodifusión], dentro de la variedad de las industrias culturales modernas.

Cabe recordar, también, la conectividad de este campo con el del patrimonio cultural, en la medida que la atención del legislador latinoamericano se ha extendido a la protección de las imágenes en movimiento, el patrimonio audiovisual y fonográfico y el de todos los demás productos de las industrias culturales.

La importancia de éstas y la magnitud de intereses públicos y privados a ellas vinculados, acreditan el tratamiento normativo autónomo de su regulación dentro del marco global del derecho de la cultura.

6.4.4. Derecho de las instituciones públicas y privadas

La acción cultural desarrollada por los poderes públicos no sólo en la región,⁵³ sino también en el resto del mundo,⁵⁴ ha generado, desde el punto de vista jurídico normativo, una categoría específica en la legislación administrativa latinoamericana: las normas referidas a la constitución y funcionamiento de las instituciones integrantes de lo que se ha dado en llamar la "administración cultural gubernamental" de cada Estado (uno de los capítulos que hemos incluido en nuestros trabajos de recopilación de la legislación cultural andina, desde 1981, para el Convenio Andrés Bello), compuesta por los organismos administrativos y técnicos (nacionales, federales, provinciales, estatales, municipales, locales), al servicio del cumplimiento de las funciones de política cultural que se le reconocen al Estado moderno y que por sus particularidades, requieren también un tratamiento normativo autónomo (aunque vinculado a las otras ramas) dentro del derecho de la cultura.

Por otro lado, los códigos civiles y leyes especiales reglamentan, en el marco del derecho privado, diferentes formas asociativas e institucionales de interés público adoptadas por la iniciativa privada (fundaciones, asociaciones civiles, cooperativas no lucrativas, corporaciones, academias, sociedades de autores, etc.), conformando así la normativa de creación y funcionamiento de las instituciones culturales privadas, de las organizaciones no gubernamentales, dentro del sector cultura.

Ambos cuerpos normativos, el gubernamental y el no gubernamental (también incluido en los citados repertorios de legislación cultural andina), integran este cuarto capítulo de nuestra disciplina. Por intermedio de tales instituciones es posible avanzar hacia un mejor ejercicio de los derechos culturales y una aplicación más coherente y liberal de la política del área (fórmulas mixtas permiten una mayor armonía entre gobierno y sociedad civil).

6.4.5. Derecho de autor

El campo del derecho de autor es, entre los que a nuestro criterio componen el derecho cultural latinoamericano, el de más amplia elaboración en materia de doctrina (cuenta con distinguidos especialistas en buena parte de los países de la región), legislación y jurisprudencia especializadas. Existe un derecho positivo vigente en la materia en todos los Estados de América latina, al que nos referido extensamente en el presente trabajo.

Cabe recordar, por otro lado, en el balance final del tema principal de este documento, que también en la legislación regional se advierte la expansión del ámbito tradicional y privatista del derecho de autor, a otros nuevos, producto entre otras causas de los intereses públicos y privados que rodean a la utilización masiva de la obra intelectual, como consecuencia de la aplicación de la tecnología a los medios de difusión y reproducción de ella.

Han surgido, con importancia económica e impacto sociocultural crecientes, protagonistas ya conocidos que se suman al autor: los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y videogramas, los organismos de radiodifusión o empresas de comunicación audiovisual, los titulares de productos de la cultura digital y de las telecomunicaciones, dentro de un proceso legislativo de permanente adaptación de la norma jurídica a la dinámica realidad. Aunque todo esto justifica una separada consideración metodológica del derecho de autor respecto a los demás sectores analizados, la interrelación es, sin embargo, cada vez más intensa.

La síntesis entre derecho de autor y derecho a la cultura, en la futura legislación regional, es una de las claves del desarrollo futuro del derecho iberoamericano de la cultura.

6.4.6. Otros sectores normativos

Las limitaciones de nuestro trabajo no han permitido profundizar en algunos sectores normativos que, aunque marginales a nuestra disciplina, pueden tener importancia legislativa sustancial en algunos países de la región. Entre ellos se cuentan los reglamentos y normas que regulan todo lo vinculado a la educación y

formación artística y cultural, las disposiciones penales específicas, la legislación cultural fiscal y la de promoción del mecenazgo (Brasil, Chile, Colombia, etc.) y la normativa del financiamiento de la cultura (Argentina, Colombia, Chile, Paraguay, Ecuador, etc.). Estos dos últimos aspectos deben formar parte de un trabajo más integral referido a las diversas dimensiones (no sólo la jurídica) de la financiación del desarrollo cultural y, en consecuencia, ameritan un tratamiento metodológico separado de este otro gran campo de investigación de las políticas culturales en América latina.

6.5. Últimas reflexiones. Conclusiones y recomendaciones

En función del análisis comparado que hemos realizado sobre la legislación y el derecho de la cultura de los países iberoamericanos (tanto en el presente documento como el que nos motivara la elaboración, para el Convenio Andrés Bello, entre 1997 y 1998, del repertorio de la legislación cultural de Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Panamá, Perú y Venezuela, así como del resultado de las investigaciones y estudios sobre la materia llevados a cabo en la Cátedra Unesco de Derechos Culturales, en relación con todos los países de América latina y a los de habla inglesa del Caribe), así como de la conformación del derecho de la cultura en por lo menos seis grandes sectores normativos⁵⁵ (a los que habría que agregar la temática del derecho cultural internacional, no tratado en el presente documento), y teniendo en cuenta la situación actual de nuestra disciplina en materia de documentación, investigación y formación en el continente, creemos conveniente formular algunas reflexiones finales sobre las perspectivas que se abren a partir del presente Congreso iberoamericano de Derecho de la Cultura.

Respecto al perfeccionamiento, en general, de la legislación cultural nacional de los países, creemos que hay que estimular varios tipos de cursos de acción:

- a) proseguir con las reuniones periódicas, regionales y subregionales, de especialistas en legislación y derecho de la cultura, convocadas como hasta el presente por iniciativa de los organismos internacionales y regionales;
- b) promover en cada país la constitución de centros de investigación y grupos de trabajo especializados, a nivel gubernamental o de instituciones universitarias, destinados a profundizar en el conocimiento del derecho cultural nacional y comparado; difundir sus contenidos entre las instituciones interesadas y organismos administrativos y legislativos involucrados;
- c) promover el funcionamiento de una red o servicio nacional, subregional y regional de información en la materia, que facilite la circulación de datos (legislativos, bibliográficos, de jurisprudencia, etc.) a la vez que la investigación comparada, la docencia y el perfeccionamiento de las normas nacionales de los países de América latina; y

- d) impulsar la enseñanza de nuestra disciplina en todos sus aspectos, y no sólo del derecho de autor, de manera sistemática y permanente, introduciendo sus contenidos en los planes de estudio de las universidades y constituyendo cátedras e institutos universitarios especializados.
- e) A estas finalidades responde el funcionamiento de la Cátedra Unesco de Derechos Culturales de la Universidad de Palermo, Argentina, donde además de la labor de documentación e investigación en la materia y la cooperación técnica en proyectos internacionales de la especialidad, se ha iniciado el dictado regular de la asignatura "Derecho de la Cultura" como parte del programa de estudios del Máster de Gestión y Políticas Culturales en el Mercosur. Se proyecta, con la cooperación internacional, informatizar el banco de datos existente sobre la legislación cultural de los países iberoamericanos, cuya información ha sido utilizada para la preparación del presente documento.

Parece conveniente, asimismo, que en cada país se impulsen trabajos de relevamiento de las normas relacionadas con nuestra disciplina, en sus diversos sectores y de manera global, así como su ordenamiento y recopilación mediante un tratamiento sistemático, en la medida de lo posible en función de una metodología común que permita y facilite un posterior análisis comparado de toda la legislación latinoamericana. Varios países iberoamericanos iniciaron hace unos años acciones en tal sentido, en cuyo caso la actualización periódica de sus resultados constituye el complemento razonable y obligado del esfuerzo de investigación y edición desplegado inicialmente. Debe aprovecharse la larga y sostenida experiencia acumulada en América latina sobre el particular.

En cuanto a la promoción de un proceso de armonización legislativa en este campo, contribuyendo a los esfuerzos de integración regional o subregional que se están llevando a cabo, las acciones enumeradas precedentemente, en la medida que se cumplan próximamente, han de permitir un impulso de aquel proceso de manera positiva. Los sectores del derecho de autor y del derecho del patrimonio cultural se encuentran entre los más favorables para el logro de un acercamiento de las legislaciones nacionales de los países latinoamericanos, dado que, constituyen, como vimos, los campos con mayor desarrollo normativo de nuestra disciplina en la región. Las tentativas de conformación de proyectos de leyes tipo, promovidas por la OEA hace algún tiempo, debieran ser reiniciadas, mejoradas y ampliadas en relación con todos los sectores analizados. Nuevos estudios latinoamericanos por realizar deben permitir una profundización y esclarecimiento de las diferencias y similitudes actuales de las respectivas leyes nacionales en cada sector del derecho de la cultura.

La labor universitaria, el esfuerzo de las instituciones gubernamentales y el apoyo de los organismos internacionales especializados, tanto de la Unesco como de la OEA, el Convenio Andrés Bello, el Banco Interamericano de Desarrollo, la OEI, así como de las diversas organizaciones subregionales políticas y de investigación de América latina, resultarán vitales para el logro de tales objetivos.

¹ Edwin R. Harvey, *Derechos culturales en Iberoamérica y el mundo*, Madrid, Tecnos, 1990, cap. 8.

² Edwin R. Harvey, *Legislación cultural de Nicaragua. Ordenamiento normativo*, Managua, Instituto Nicaragüense de Cultura-PNUD, 1994.

³ Edwin R. Harvey, *Legislación cultural andina, tomo VI: Panamá*, Bogotá, Convenio Andrés Bello, 1981, pp. 39-52.

⁴ Arcadio Plazas, *Estudios sobre derecho de autor. Reforma legal colombiana*, Bogotá, Temis, 1984.

⁵ Estanislao Valdés Otero, *Derechos de autor. Régimen jurídico uruguayo*, Montevideo, Universidad de Montevideo, 1953.

⁶ Edwin R. Harvey, *Derecho de autor. Legislación argentina. Países del Mercosur. Normas internacionales*, Buenos Aires, Depalma, 1997, pp. 529-546.

⁷ Edwin R. Harvey, *Legislación cultural andina, tomo II: Bolivia*, Bogotá, Convenio Andrés Bello, 1981, pp. 34-36.

⁸ Organización de los Estados Americanos, *Protección del derecho de autor en América*, Washington D.C., 1962, reimpresión 1977, pp. 25-30.

⁹ Marco A. Proaño Maya, *El derecho de autor con referencia especial a la legislación ecuatoriana*, Quito, 1972. En esta obra se hace un amplio comentario de la legislación ecuatoriana sobre derecho de autor, anterior a la sanción de la ley de 1976.

¹⁰ Edwin R. Harvey, *Legislación cultural andina, tomo VII: Perú*, Bogotá, Convenio Andrés Bello, 1981, pp. 41-78. Edmundo Pizarro Dávila, *Los bienes y derechos intelectuales*, Lima, Editorial Arica, 1974.

¹¹ Edwin R. Harvey, *Legislación cultural andina, tomo VIII: Venezuela*, Bogotá, Convenio Andrés Bello, 1981, pp. 31-59.

¹² Leyes y códigos de México. *Legislación sobre derecho de autor*, México, Editorial Porrúa, 1996, pp. 7-54.

¹³ Dina Herrera Sierpe, *Derechos de autor. Ley 17.336*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1988. Hay una nueva edición de 1999.

¹⁴ Edwin R. Harvey, *Legislación cultural andina, tomo IV: Chile*, Bogotá, Convenio Andrés Bello, 1981.

¹⁵ Obra citada en nota ⁶, pp. 415-442.

¹⁶ Edwin R. Harvey, *Legislación cultural andina, tomo V: Ecuador*, Bogotá, Convenio Andrés Bello, 1981, pp. 37-67.

¹⁷ Edwin R. Harvey, *Legislación cultural andina, tomo III: Colombia*, Bogotá, Convenio Andrés Bello, 1982, pp. 35-92.

¹⁸ Edwin R. Harvey, *Legislación cultural puertorriqueña*, San Juan de Puerto Rico, Instituto de Cultura Puertorriqueña, 1988, pp. 336-340.

¹⁹ *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, año LXXV, N° 49, 30 de diciembre de 1977, pp. 757-762.

²⁰ Obra citada en nota ⁶, pp. 443-453.

²¹ Edwin R. Harvey, *Repertorio de la legislación cultural de los países del Convenio Andrés Bello*, obra en impresión que aparece en 1999. El texto completo de la ley citada está incluido en el volumen correspondiente de la presente obra.

²² Ver nota precedente.

²³ Ver nota ²¹.

²⁴ *Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Intelectual 1993*, San Salvador, Editorial Jurídica Salvadoreña, 1993.

²⁵ Ricardo Antequera Parilli, *El nuevo régimen del derecho de autor en Venezuela*, Caracas, 1994. Ver además nota ²¹.

²⁶ *La Gaceta*, diario oficial de la República de Honduras, año CXVII, N° 27.218, 8 de diciembre de 1993.

²⁷ Ver nota ²¹.

²⁸ Ver nota ²¹.

²⁹ Fernando Serrano Migallón, *Nueva ley federal del derecho de autor*, México, D.F., Editorial Porrúa, 1998.

³⁰ Newton Silveira, *A propriedade intelectual e as novas leis autorais*, San Pablo, Editora Saravia, 1998, 2ª ed.

³¹ Ver nota precedente.

³² Ver nota ²¹.

³³ Diario de Centro América, tomo CCLIX, núm. 5, 21 de mayo de 1998.

³⁴ Edwin R. Harvey, *Derechos de autor, de la cultura y de la información*, Buenos Aires, Depalma, 1975, pp. 121-123.

³⁵ Delia Lipszyc, Carlos Alberto Villalba, Ulrich Uchtenhagen, *La protección del derecho de autor en el sistema interamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia-Dirección Nacional de Derechos de Autor, 1998.

³⁶ Arpad Bogoch, “América latina y el Convenio de Berna”, en: *Derecho de autor*, Ginebra, primer año, marzo de 1989, p.7.

³⁷ Edwin R. Harvey, *Derecho cultural latinoamericano (Sudamérica y Panamá)*, OEA-Depalma, 1992, cap. 2.

³⁸ Tal el caso, por ejemplo, de los decretos leyes 17.648/68 y 20.115/73 que establecen los regímenes legales de funcionamiento de las sociedades argentinas Sadaic y Argentores. Ver texto de dichas normas en obra citada en nota ⁶, pp. 335-336 y 354-356, respectivamente.

³⁹ Edwin R. Harvey, “Le domaine public payant dans la législation comparée (et plus particulièrement dans la législation argentine)”, en *Unesco, Bulletin du Droit d’Auteur*, vol. XXVIII, N° 4, oct.-dic., 1994, pp. 31-42.

⁴⁰ OMPI, “Glosario de derecho de autor y derechos conexos”, Ginebra, 1980, p. 86.

⁴¹ Cuatro años después tuvo lugar en Venecia en 1952 una Conferencia Internacional de Artistas convocada por la Unesco, en cuyo transcurso fueron aprobadas varias recomendaciones referidas al dominio público de pago. Al respecto se señaló que la tendencia que se acentuará más será lógicamente la de los aspectos sociales del derecho de autor, al menos después de muerto el autor, insertándose dentro de esta concepción la del dominio público pagante, a la cual se denomina común porque interesa a la vez al autor, al editor y al público. Redactaron informes preliminares para la Conferencia, entre otros, Giuseppe Ungaretti, Marc Connelly, Alejandro Blasetti, Arthur Honegger, Taha Hussein, Lucio Costa, Henry Moore, Jacques Villon y Georges Roualt. Unesco, Conferencia Internacional de Artistas (Venecia, 21-28 de septiembre de 1952), Informe, París, 1952.

⁴² Obra citada en nota ¹, pp. 211 y ss.

⁴³ Obra citada en nota ³⁴, pp. 233-256.

⁴⁴ Cabe recordar que cinco años después de la constitución del Fondo Nacional de las Artes de la República Argentina, el llamado Informe Heckscher al presidente Kennedy se refirió a la posibilidad de implantar en los Estados Unidos un tipo de dominio público oneroso mediante el pago de un canon especial al gobierno, con la finalidad de dar apoyo financiero al fomento de las artes en el país. August Heckscher, *The arts and the national government. Report to the President*, Washington, D.C., Senado de los Estados Unidos, 1963. Al respecto Alvin Toffler ha señalado: “[...] el Consejo de las Artes a crear, futuro National Endowment for the Arts, debería examinar cuidadosamente una cantidad de propuestas respecto de los derechos de autor de obras que ahora son de dominio público —como las sinfonías de Schubert o las obras de Shakespeare— para reunir dinero que podría distribuirse a los compositores, dramaturgos y otros artistas a través de una variedad de canales extragubernamentales (A. Toffler, *Los consumidores de cultura*, Buenos Aires, Siglo 20, 1967).

⁴⁵ Edwin R. Harvey, *Legislación cultural de los países americanos*, Buenos Aires, OEA-Depalma, 1980.

⁴⁶ Unesco, Conferencia Intergubernamental sobre las Políticas Culturales en América Latina y el Caribe (Bogotá, 10-20 de enero de 1978), Informe Final, París, julio de 1978, CC/MD/39.

⁴⁷ Una modalidad del dominio público de pago, diferente a la aplicada en los países del Mercosur, consistió en el sistema de prolongación de la propiedad literaria por razones de interés general, establecido por la legislación francesa en favor de la Caja Nacional de Letras, por un período de quince años, luego sustituido por la Ley de Finanzas de 1976, cuyo artículo 22 estableció en su lugar una tasa del 0,2% sobre las ventas de librerías en todo el territorio francés (cuasi dominio público pagante según Adolfo Dietz) junto con un

gravamen sobre los aparatos de reprografía.

⁴⁸ En lo que se refiere a antecedentes sobre el dominio público en España, nos remitimos a los comentarios contenidos en Marcos Vaquer, *Estado y Cultura*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1998, p. 248.

⁴⁹ A. Dietz, *Le droit d'auteur dans la Communauté Européenne*, Bruselas, Commission des Communautés Européennes, 1976.

⁵⁰ Atendiendo a recomendaciones internacionales de la Unesco y de la OEA, así como de los ministros de Cultura y responsables de las políticas culturales de América latina y el Caribe, el director general de la Unesco (dentro del Programa mundial Unitwin de Cátedras Unesco) suscribió un Convenio con la Universidad de Palermo, Argentina, con el objeto de constituir la Cátedra Unesco de Derechos Culturales con sede en Buenos Aires, cuya dirección ejercemos. Cumple funciones de investigación, documentación y formación en el campo de los derechos culturales y del derecho de la cultura, con un programa de actividades que se extiende a todos los países de la región iberoamericana.

⁵¹ Edwin R. Harvey, *Estado y cultura*, Buenos Aires, Depalma, 1980.

⁵² Dentro de tales programas internacionales de cooperación recordamos, por ejemplo, las deliberaciones del I Encuentro Latinoamericano de Legislación Cultural, realizado en San Salvador, El Salvador, los días 21 y 22 de octubre de 1992, con amplia presencia de especialistas de la región, dando cumplimiento a los compromisos adquiridos por dicho país en el IV Encuentro de Ministros de Cultura y Responsables de las Políticas Culturales de América Latina y el Caribe. Dicho encuentro contó con el apoyo de la Unesco.

⁵³ Edwin R. Harvey, *Acción cultural de los poderes públicos en América*, Buenos Aires, OEA-Depalma, 1980.

⁵⁴ André Hubert Mesnard, *L'action culturelle des pouvoirs publics*, París, LGDJ, 1969.

⁵⁵ Dadas las especificaciones nacionales y regionales propias de la obra (que comprende un volumen introductorio y siete volúmenes adicionales, incluyendo el texto completo de más de 800 disposiciones legales debidamente ordenadas) sobre legislación y derecho de la cultura de Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Panamá, Perú y Venezuela, que preparamos a pedido del Convenio Andrés Bello entre 1997 y 1998, el plan de materias común a los siete países fue elaborado en base a la siguiente clasificación:

1. Disposiciones constitucionales específicas.

2. Régimen legal del derecho de autor, derechos conexos y depósito legal.
3. Organización institucional de la acción cultural de los poderes públicos.
4. Academias y organizaciones no gubernamentales.
5. Régimen legal del patrimonio cultural.
6. Régimen legal del artista y el trabajo cultural.
7. Bibliotecas, museos y archivos.
8. Fomento del libro.
9. Fomento de la música y del teatro.
10. Fomento de las artesanías.
11. Normas sobre espectáculos culturales públicos.
12. Régimen legal de los medios (cinematografía, radio, televisión, prensa y periodismo).
13. Diversidad y pluralismo étnico y cultural (patrimonio indígena, comunidades negras).