

# La relación disfuncional entre los derechos de autor y la diversidad cultural

Fiona Macmillan

- *El presente artículo argumenta que el hecho de que los derechos de autor hayan conmodificado la creatividad ha establecido una estructura que permite que los medios de comunicación multinacionales y las corporaciones del entretenimiento dominen la producción cultural. Las consecuencias de todo ello son el filtrado cultural, homogeneización de los productos culturales, pérdida del dominio público y derrota del proceso de desarrollo. Además, el sistema de derechos de autor internacional constituye una amenaza directa –pero aparentemente no reconocida– a los objetivos de la Convención para la Protección y Promoción de la Diversidad Cultural de la UNESCO. El artículo concluye haciendo un llamamiento a la Convención para que aborde de manera más realista la relación entre derechos de autor y diversidad cultural.*

## Palabras clave

Derechos de autor, diversidad cultural, UNESCO, OMC, industrias culturales.

## 1. La Convención sobre la diversidad cultural

Con el establecimiento del derecho a la autodeterminación cultural en las disposiciones de varios tratados internacionales,<sup>1</sup> ya hace tiempo se propuso hacer una estimación del valor de la *diversidad cultural*. Ahora, la Convención de la UNESCO para la Protección y Promoción de la Diversidad Cultural otorga a ese concepto un nivel de reconocimiento legal. El artículo 4 establece cuál es la idea de cultura alrededor de la que gira la Convención. En ese artículo, la Convención define su noción principal de diversidad cultural como “las múltiples formas en las que las culturas, grupos y sociedades se expresan”, incluyendo “formas diversas de creación artística, producción, diseminación, distribución y disfrute, independientemente de los medios y tecnologías empleados”. *Contenido cultural* es “el significado simbólico, la dimensión artística y el valor cultural que se originan en las identidades culturales o las expresan”. *Expresiones culturales* son “el resultado de la creatividad de los individuos, grupos y sociedades, y tienen contenido cultural”. El artículo 4 también se ocupa de los aspectos más concretos de las expresiones culturales. Define *actividades, bienes y servicios culturales* como los que “personifican o transmiten expresiones culturales, sin tener en cuenta el valor comercial que puedan tener”. Sin embargo, las actividades culturales se distinguen de los servicios y bienes culturales en base a que “se pueden considerar un fin en sí mismas, o pueden contribuir a la producción de bienes y servicios culturales”. La producción o distribución de esos bienes y servicios puede ir a cargo “de industrias culturales”.

---

**Fiona Macmillan**

Profesora de Derecho en Birkbeck College, Universidad de Londres

1 Véase la Carta de las Naciones Unidas, Pacto sobre derechos políticos y civiles, art. 1, 19 i 27; la Carta de las Naciones Unidas, Pacto sobre derechos culturales, económicos y sociales, art. 15, Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 27

El interés que la Convención manifiesta por la producción de bienes y servicios culturales por parte de las industrias culturales sugiere una evidente relación, aunque no articulada, con las leyes de los derechos de autor. A pesar de que queda claro que los derechos de autor no afectan a toda la completa gama de expresiones y actividades culturales que la Convención abarca, hay una superposición bastante marcada entre lo que en un principio entraría dentro de la definición de bienes y servicios culturales de la Convención y el conjunto de obras protegidas por las leyes de los derechos de autor. Tal y como lo concibe la Convención, eso también plantea la pregunta de cuál es el papel de las “industrias culturales” dentro del terreno de los derechos de autor. Evidentemente, las industrias culturales no están implicadas en la producción de todos los bienes y servicios culturales protegidos por derechos de autor. De hecho, en el ámbito creativo, buena parte de la producción surge de individuos o grupos que no se sentirían demasiado cómodos bajo la etiqueta de *industria cultural*. Por otro lado, hay algunos bienes y servicios culturales con derecho de autor que constituyen el producto más evidente de las industrias culturales; el ejemplo más claro son las películas y programas de los medios de comunicación, que dependen de la colaboración de una amplia gama de actividades creativas bajo los auspicios de una industria cultural. También se podría argumentar que la producción de un libro o un CD en su forma comercial disponible es fruto de una colaboración entre el individuo prototípico que trabaja en las buhardillas y el editor, el último escalón de lo que razonablemente podría considerarse parte de una industria cultural.

Incluso cuando no se puede decir que las industrias culturales estén involucradas en la producción de bienes y servicios con derecho de autor, es evidente que juegan un papel en su distribución. Ese papel de las industrias culturales en la producción y distribución de ciertos tipos de bienes y servicios culturales recibe una generosa protección por parte de las leyes de los derechos de autor. Dicha protección va a menudo acompañada, a veces incómodamente, por la protección que los derechos de autor ofrecen a los creadores individuales. La tensión resultante entre los intereses creativos o culturales y los intereses comerciales marca la relación entre los derechos de autor y conceptos como la diversidad o la autodeterminación cultural.

Pese a la relación propuesta entre los derechos de autor y

la Convención, (casi) la única referencia explícita a los derechos de autor se encuentra en el Preámbulo, que reconoce “la importancia de los derechos de propiedad intelectual en el mantenimiento de aquellas personas involucradas en la creatividad cultural”. Parece ser, aun así, que los redactores de la Convención podrían haber subestimado el impacto potencial de los derechos de autor en la diversidad cultural y la autodeterminación cultural.

## **2. La *conmodificación* y la adquisición de poder privado**

El sistema internacional de derechos de autor, que ahora forma parte del sistema de comercio internacional como consecuencia del Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre aspectos de los derechos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio (Acuerdo TRIP) (véase Blakeney 1996), ha puesto trabas, como mínimo en relación con algunos tipos de *bienes y servicios culturales* protegidos por derechos de autor, a la diversidad y la autodeterminación culturales. Ese efecto es consecuencia de algunos aspectos de la propia ley de los derechos de autor, unido a aspectos del comportamiento del mercado con los bienes y servicios culturales.

Con respecto a las leyes de los derechos de autor, la amenaza que representan para la diversidad y la autodeterminación culturales es consecuencia del proceso mediante el que *conmodifican* e instrumentalizan las producciones culturales que están sujetas a ellas. Hay cinco aspectos interdependientes de las leyes de derechos de autor que han tenido un papel esencial en ese proceso (véase, para más información, Macmillan 1998, Macmillan 2002a, Macmillan 2002b). La primera herramienta, y la más básica, para *conmodificar* es la posibilidad de traspasar los intereses del derecho de autor. Un segundo aspecto significativo de las leyes de derecho de autor, que las convierten en una herramienta importante de comercio e inversión, es su duración. El largo periodo de protección de los derechos de autor aumenta el valor de los activos de los intereses de derecho de autor individuales (Towse 1999). En tercer lugar, la expansión horizontal de los derechos de autor significa que cada vez cubren más y más tipos de producción cultural. En cuarto lugar, los potentes derechos de distri-

bución comercial,<sup>2</sup> especialmente los que dan al propietario de los derechos de autor control sobre los artículos y los derechos de arrendamiento, han otorgado a los propietarios de los derechos de autor una posición particularmente fuerte dentro del mercado, especialmente en el contexto mundial. Finalmente, el poder de los propietarios de los derechos de autor en relación con los que desean utilizar el material protegido por esos derechos se ha visto reforzado por el recorte de algunos derechos de usuario más significativos relativos a las obras protegidas, especialmente los derechos de uso legítimo/trato justo y los de interés público. Unidas a esas características de las leyes de derechos de autor están el desarrollo de los derechos asociados, especialmente el derecho a evitar medidas diseñadas para eludir la protección tecnológica,<sup>3</sup> que no considera ninguna excepción del tipo trato justo y que, como ahora sabemos, se puede aplicar de formas muy represivas.<sup>4</sup>

Considerado aisladamente, sin tener en cuenta las condiciones de mercado que caracterizan las industrias culturales, la transformación de la producción cultural en artículo de consumo por parte de los derechos de autor puede parecer no sólo favorable, sino también justificada, tanto por la necesidad de los creadores de recibir una compensación económica que los anime a crear<sup>5</sup> como por la necesidad de distribución de las obras culturales para que los autores puedan recoger los beneficios sociales de su creación (Van Caenegem 1995; Netanel 1996). Sin em-

bargo, en contexto, la imagen cambia considerablemente. Las leyes de los derechos de autor han contribuido a crear, a, aumentar o a originar un conjunto de características de mercado que han provocado un elevado grado de concentración global en el campo de la propiedad intelectual de bienes y servicios culturales.

En particular, destacan cinco de esas características de mercado (véase, adicionalmente, Macmillan 2006). La primera es la naturaleza armonizada a escala internacional de los derechos relevantes de propiedad intelectual.<sup>6</sup> Lo que conecta a la perfección con la segunda característica de mercado dominante, que es la operación multinacional de los actores corporativos que adquieren esos derechos de la propiedad intelectual armonizados explotando, a su vez, las fronteras de la ley nacional para dividir y controlar los mercados. La tercera característica relevante del mercado es el elevado grado de integración vertical y horizontal que caracteriza a dichas corporaciones. Su integración horizontal les da el control sobre un conjunto de diversos tipos de productos culturales. Su integración vertical les permite controlar la distribución, gracias a los fuertes derechos de distribución que les otorgan las leyes de derechos de autor.<sup>7</sup> La cuarta característica es la progresiva integración en la propiedad de los derechos sobre el contenido y la propiedad de los derechos sobre la tecnología con carga de contenido. Finalmente, desde los años setenta, se ha producido una creciente tendencia la adquisición y la fusión en

2 Véase el acuerdo TRIP, art. 11 i 14(4), que ratifica los derechos de arrendamiento relativos a programas informáticos, películas y fonogramas. Tratado de la OMPI sobre los derechos de autor 1996, art. 7, y tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas OMPI 1996, art. 9 y 13.

3 Véase, por ejemplo, el Tratado sobre los derechos de autor OMPI 1996, art. 11, la Directiva europea sobre los derechos de autor en la sociedad de la información (2001/29), art. 6; el Acta de derechos de autor de Estados Unidos de 1976, s. 1201.

4 Véase, por ejemplo, *Universal City Studios, Inc v Corley*, US Court of Appeals for the Second Circuit, 28 noviembre 2001 (apelaciones al Tribunal de Estados Unidos por el Segundo Circuit, 28 de noviembre de 2001), y el debate sobre ese caso en Macmillan 2002b.

5 Véase, sin embargo, Towse 2001, esp. cap. 6 y 8, en el que se argumenta que los derechos de autor generan pocos intereses para la mayoría de los artistas creativos. A pesar de todo, Towse sugiere que los derechos de autor son valiosos para los artistas creativos por una cuestión de estatus y control sobre su obra.

6 A través de, por ejemplo, la Convención de Berna para la protección de las obras artísticas y literarias de 1886, el Acuerdo TRIP, art. 9-15, el tratado de la OMPI sobre los derechos de autor y el tratado de ejecución y fonogramas de la OMPI.

7 Para leer un debate sobre la forma en la que la industria cinematográfica se ajusta a esas características, véase Macmillan, «The Cruel ©», núm. 6 *supra*.

el mercado global de los productos y servicios culturales (Bettig 1996, Smiers 2002). Esa última característica, además de ser fruto del habitual afán (tanto a escala corporativa como individual) de acumulación de capital (Bettig 1996, 37), es producto de los movimientos hacia la integración horizontal y vertical, y la integración de la propiedad de los derechos sobre el contenido y la tecnología con carga de contenido.

### 3. La importancia del poder privado

#### 3.1. Filtrado cultural y homogenización

Con respecto a la diversidad y autodeterminación culturales, las consecuencias de esa acumulación de poder privado sobre los bienes y servicios culturales a escala global favorecida por los derechos de autor no son demasiado esperanzadoras. Las corporaciones multimedia, mediante el control de los mercados de los productos culturales, han adquirido el poder para actuar como filtro cultural, controlando, hasta cierto punto, lo que vemos, oímos o leemos. Estrechamente ligado a eso está la tendencia hacia la homogeneidad de la naturaleza de los bienes y servicios culturales disponibles (Bettig 1996).

A finales del siglo pasado, Ann Capling llevó a cabo un estudio del funcionamiento del mercado de la música contemporánea en Australia (Capling 1996), que entonces estaba controlado por seis<sup>8</sup> corporaciones de entretenimiento internacionales. En concreto, las compañías eran CBS (Sony), WEA (Time Warner), Polygram (NV Philips), EMI (Thorn EMI), BMG (Bertelmanns Music Group) y Festival (News Limited). Todas esas empresas funcionaban como conglome-

rados internacionales, algunas con sustanciales intereses en los medios de comunicación, y entre todas controlaban el 70% del mercado mundial de música registrada (Capling 1996, 22). Además, en Australia, también controlaban –y todavía lo hacen–, el sistema de distribución (Capling 1996, 21). A pesar de su control del mercado musical mundial, tan sólo ponían a la venta el 20% de su repertorio en Australia. Eso no sólo quiere decir que esas corporaciones actuaban como filtro cultural, controlando lo que se podía escuchar, sino que también significaba que la música que ofrecían para la venta en tiendas tenía “tanta diversidad cultural como un menú de MacDonald's” (Capling 1996, 22):<sup>9</sup>

*El dominio del mercado australiano por parte de esas corporaciones de entretenimiento global facilita la globalización de la cultura de masas de la mediocridad de muchas formas. Garantiza, por ejemplo, la prevalencia de los superventas en detrimento de otros músicos más independientes.*

*[...] Las restricciones a la importación todavía se lo ponen más difícil a los compositores e intérpretes australianos para que su música suene por los medios en Australia. El 90% del mercado musical australiano lo ocupan el pop y el rock y, salvo un puñado de grupos australianos que han conseguido reconocimiento internacional, el mercado está claramente dominado por artistas norteamericanos y británicos. (Capling 1996, 22)*

Y, por supuesto, es poco probable que Australia sea el único mercado en el que eso sucede. Los procesos que provocan homogeneidad y mediocridad cultural son mundiales.<sup>10</sup> Entrenar los gustos siguiendo unas determinadas rutas fiables tiene sentido a escala comercial en un mundo

8 Tal es el proceso de fusión y adquisición en esa industria que, en menos de una década, las seis se han reducido a tres, la fusión más importante que afecta este mercado es la que se ha producido entre Sony y Bertelsmann.

9 La cuestión del lanzamiento y la promoción de la música registrada es un gran problema para muchos compositores e intérpretes populares. Por ejemplo, el compositor de música popular Michael Penn dijo: “La gente desaparece en este negocio, no por abuso de drogas, sino porque las compañías discográficas los contratan y después los marean... son gente muy vengativa. Si protestas, como George Michael o Prince, te convierten en una estrella del rock quejica. En nuestro caso, te conviertes en un perdedor, simplemente. Epic puso mi álbum a la venta, pero no gastaron ni un céntimo en promoción. El negocio ahora está increíblemente limitado. Las oportunidades de tener un golpe de suerte son nulas. Para escapar del infierno de las multinacionales, el único recurso es material MP3”: *The Evening Standard*, Londres, 12 de julio de 2000.

10 Cf. Moran 1998

globalizado, y el mercado de los bienes y servicios culturales no es diferente a ningún otro en ese aspecto (Levitt 1983). Es interesante destacar que uno de los argumentos a favor de los servicios de intercambio de ficheros musicales en MP3 por Internet, como el Napster, es que dan a conocer y divulgan a artistas y sellos independientes pequeños.<sup>11</sup> Si es así, entonces es un beneficio que se perderá si las grandes compañías llegan a controlar la distribución de los proveedores de música en línea (Macmillan 2002a).

No es sólo en la industria musical en donde el sector corporativo controla lo que filtra para nosotros. Por ejemplo, el control sobre la distribución de películas, privilegio de las grandes corporaciones y medios de entretenimiento, significa que esas empresas pueden controlar hasta cierto punto qué películas se producen, qué películas podemos ver, y nuestra percepción de qué películas debemos ir a ver. La producción y distribución cinematográfica mueve mucho dinero y eso significa que sin una buena cuenta bancaria como la de las grandes compañías y sus redes de distribución verticalmente integradas, es difícil, pero no imposible, financiar el cine independiente y su distribución. Eso, evidentemente, reduce el volumen de producción de cine independiente. El elevado grado de integración vertical que caracteriza a la industria cinematográfica, especialmente la propiedad de cadenas cinematográficas, significa que muchos de los filmes independientes que se producen tienen dificultades para causar algún impacto en los espectadores que acuden a las salas. Y eso se debe, principalmente, a que no sabemos que existen. Ese control por parte de los medios de comunicación y las corporaciones del entretenimiento sobre las películas que se producen también es consecuencia de su hábito de adquirir los derechos cinematográficos junto con los derechos de las novelas, obras de teatro, biografías, etc. Las corporaciones no tienen obligación alguna de utilizar esos derechos una vez los han adquirido, sin embargo, es evidente que nadie más lo puede hacer. De modo similar, las corporaciones cinematográficas

pueden escoger no estrenar determinadas películas cuando tienen los derechos exclusivos de distribución o estrenar determinadas películas tan sólo en determinadas jurisdicciones o a través de unos determinados medios. Todo eso demuestra que los medios de comunicación y las corporaciones del entretenimiento actúan como filtro cultural (véase Macmillan 2002b, 488-489). Recientemente, el Reino Unido ha reconocido el problema del filtrado cultural en el campo del cine y ha creado el UK Film Council's Digital Screen Network (Red de Pantalla Digital del Consejo Cinematográfico del Reino Unido), que ha otorgado subvenciones a las salas de cine para instalar tecnología digital con la condición de que exhiban mayor variedad de películas especializadas. Es una lástima que los fondos públicos recaudados mediante la Lotería Nacional que se deberían invertir en buenas causas se tengan que utilizar para poner remedio a una distorsión creada por empresas privadas.

Otro ejemplo de la función de filtrado, si es que hace falta, lo encontramos en la industria editorial. El poder económico de los editores les ha otorgado, en consecuencia, mayor poder para determinar qué tipo de cosas queremos leer. Richard Abel es muy revelador en ese sentido:

*Los editores deciden qué manuscritos aceptan; los contratos ponen condiciones a todos los autores salvo a los escritores de best-sellers; los editores "sugieren" cambios, y los departamentos de marketing deciden su precio, distribución y promoción. A veces, los editores van más lejos [...] El editor japonés Hayakama retiró una traducción de El enigma del poder japonés porque el autor holandés había escrito que la Liga de la Liberación de Burakumin «ha desarrollado un método de autoafirmación a través de sesiones de "denuncia" con la gente y las organizaciones que decide que son culpables de discriminación". Anticipándose a la crítica feminista, Simon y Schuster cancelaron la publicación de American Psycho, de Bret Easton Ellis, un mes antes de su aparición (Abel 1994a, 52).<sup>12</sup>*

11 Véase, por ejemplo, núm. 9 *supra*.

12 Irónicamente, cuando intentó publicar el monógrafo donde aparece ese pasaje, el propio Abel tuvo que sufrir el intento de censura de su editor. Más adelante, lo definió como la tentativa de ejercicio del poder privado para controlar el discurso: véase Abel 1994b, 380.

Hay numerosos ejemplos del mismo fenómeno en el mundo editorial. Por ejemplo, se sabe que HarperCollins (Reino Unido), miembro del Grupo Murdoch, rechazó publicar las memorias del gobernador de Hong Kong Chris Patten, incumpliendo el contrato, alegando que las memorias incluían un comentario sobre el Gobierno de Pekín que podría amenazar los múltiples intereses comerciales de Murdoch en China.<sup>13</sup> También se ha sugerido que la absorción de la editorial británica Fourth Estate por parte de HarperCollins (Reino Unido) estaba relacionada en cierta forma con una biografía de Rupert Murdoch que Fourth Estate iba a publicar. Pero Fourth Estate no lo hizo.<sup>14</sup> Por otra parte, un progreso que puede reducir el poder de los editores es la publicación independiente electrónica. Sin embargo, parece que cualquier recorte que eso pueda ocasionar en el poder de los editores se va a limitar a las publicaciones de los pocos autores que generen suficiente poder de mercado como para poder permitirse ahorrarse las promociones editoriales.<sup>15</sup>

### 3.2. Pérdida de la condición pública

Por lo tanto, los medios de comunicación y la industria del entretenimiento controlan y homogeneizan lo que podemos ver, escuchar o leer. Al hacerlo, es probable que también controlen la manera en la que construimos las imágenes de nuestra sociedad y de nosotros mismos.<sup>16</sup> El alcance de ese poder queda reforzado por la consolidación del control por parte de la industria sobre el uso de material que la mayoría de gente asume como común, es decir, de dominio público. Irónicamente, la razón por la que la mayoría de la gente asume que ese material es público es que los propietarios de los derechos de autor, en su búsqueda incansable de la ubicuidad, nos la han hecho tragar como receptores

de la cultura de masas diseminada por los medios de comunicación de masas. Cuanto más poder tiene el propietario de los derechos, más dominante es la imagen cultural, pero también es más probable que el propietario de los derechos se esfuerce en proteger el poder cultural de la imagen a base de aplicar los derechos de autor. El resultado es que los individuos no sólo no pueden utilizar, desarrollar o re-flexionar sobre imágenes culturales dominantes, sino que tampoco pueden ponerlas en duda subvirtiéndolas (Chon 1993, Koenig 1994, Macmillan Patfield 1996). Ciertamente, es poco probable que eso recorte el poder de los propietarios de dichas imágenes.

Waldron (1993) utiliza como ejemplo de ese tipo de situación el caso de *Walt Disney Prods vs. los Piratas del Aire*<sup>17</sup> En ese caso, la corporación Walt Disney evitó con éxito el uso de los personajes de Disney en la serie de cómics *Piratas del Aire*. Los cómics debían mostrar a los personajes como “miembros activos de una contracultura consumidora de drogas, promiscua y con libertad de pensamiento” (Waldron 1993, 753, citando a Wheelwright 1976, 582). Es preciso apuntar, a pesar de todo, que la ley de derechos de autor en la que se basa el caso no sólo prohíbe mostrarlos, sino que prohíbe su uso. Waldron comenta:

*El problema con la imagen de Mickey Mouse es que la han metido dentro del mundo cultural para causar un impacto en la conciencia colectiva. El imperio Disney ha cultivado durante décadas su popularidad conscientemente, hasta que se ha convertido en un icono que se reconoce al instante, parte de nuestras vidas en un sentido literal. Cuando Ralph Steadman dibuja las conocidas orejas de ratón en una caricatura de Ronald Reagan, o cuando alguien en mi facultad clasifica una propuesta de*

13 Diario del londinense *The Evening Standard*, 11 de julio de 2000.

14 *Ibid.*

15 En 2000, Stephen King decidió dejar de lado la división de publicaciones electrónicas de sus editores, Simon y Schuster y publicar él mismo su novela *The Plant* en Internet: véase “King borra al intermediario”, *The Weekend Australian*, 22-23 de julio de 2000. King, más adelante, abandonó ese proyecto: véase Metro (Londres), 30 de noviembre de 2000.

16 Véase, para más información, Coombe 1998, p. 100-129, que demuestra que incluso la creación de identidades alternativas basadas en clase, sexualidad, género o raza está constreñida y homogeneizada a través del sistema de estrellas o celebridades.

17 581 F 2d 751 (9 Cir, 1978), cert denied, 439 US 1132 (1979).

*programa de estudios como una idea “Mickey Mouse”, certifican el hecho de que no se trata tan sólo de propiedad sin fronteras con la que podemos tropezar accidentalmente... sino de un artefacto colocado deliberadamente como un rasgo más o menos permanente de nuestro entorno (Waldron 1993, 883).*

Coombe describe ese control corporativo de lo que es público como *monológico*, y, por lo tanto, como algo que destruye la relación de diálogo entre el individuo y la sociedad:

*Los teóricos legales que enfatizan en la construcción cultural del yo y del mundo –la característica más importante de los símbolos culturales compartidos a la hora de definirnos a nosotros y a la realidad que reconocemos–, deben tener en cuenta la constitución legal de los símbolos y hasta qué punto podemos decir que “nosotros” los “compartimos”. Me temo que la mayoría de teóricos legales preocupados por el diálogo, objetivan, rarifican e idealizan a la “cultura”, abstrayéndola de las prácticas políticas y materiales dentro de las que adquiere sentido. La cultura no encaja en conceptos abstractos que asimilamos, sino en la condición material de señales y textos en torno a los que luchamos y en la huella que esa lucha deja dentro de nuestra conciencia. Esa negociación constante y esa lucha por el significado son la esencia de la práctica del diálogo. A menudo las interpretaciones de las leyes de la propiedad intelectual ahogan el diálogo y reafirman el poder de los actores corporativos para controlar monológicamente el significado apelando a un concepto abstracto de la propiedad. Las leyes de la propiedad intelectual otorgan el privilegio a las formas monológicas ante las prácticas de diálogo y crean diferenciales de poder significativos entre los actores sociales involucrados en la lucha hegemónica.*

Si tanto la realidad objetiva como la subjetiva se constituyen culturalmente –mediante formas simbólicas a las que damos significado– entonces debemos considerar de forma

crítica la relación entre ley, cultura y política que convierte a las formas culturales en artículos de consumo. (Coombe 1998, 86).

Si los derechos de autor tienen posibilidad alguna de rebatir una crítica tan convincente, entonces un aspecto clave de las leyes de derechos de autor es la defensa uso legítimo/trato justo. Ese aspecto de las leyes de derechos de autor permite la resistencia y la crítica (Gaines 1991, 10). Aun así, la defensa de trato justo es una herramienta cada vez más débil para dicho propósito (véase Macmillan 2006).

### **3.3. ¿Derechos de autor y desarrollo?**

La justificación utilitarista/de desarrollo de los derechos de autor nos resulta abrumadoramente familiar. La idea general implicada en ese razonamiento es que la concesión de los derechos de autor fomenta la producción de obras culturales, esenciales para el proceso de desarrollo.<sup>18</sup> A pesar de todo, tal y como hemos descrito anteriormente, las consecuencias de la transformación, por parte de los derechos de autor, de la creatividad en un artículo de consumo parecen ejercer una cierta presión en esa supuesta relación entre los derechos de autor y el desarrollo. Ese argumento se ilustra con la referencia que la Comisión Mundial sobre Cultura y Desarrollo hace de la ampliación de la libertad efectiva de elección de los individuos (Comisión Mundial sobre Cultura y Desarrollo 1996).<sup>19</sup>

Algunas de las cosas relevantes para ese concepto de desarrollo son “acceso a la reserva mundial de conocimiento [...] acceso al poder, el derecho a participar en la vida cultural de la comunidad” (Comisión Mundial sobre Cultura y Desarrollo 1996, Introducción: véase, para más información, Macmillan 1998 y Macmillan 2002a). La estructura de poder privado que se ha ido construyendo sobre los fundamentos de una ley de derechos de autor que parece más preocupada por el dinero que por el valor intrínseco del producto cultural que protege, nos ha privado a todos hasta cierto punto de los beneficios de ese tipo de desarrollo. Tal y como comenta Waldron, “la apropiación privada del terre-

**18** Para un buen ejemplo de afirmación de dicho razonamiento, véase el Prefacio de la Organización de la Propiedad Intelectual Mundial 1978. Para un debate de dicho razonamiento, véase, por ejemplo, Waldron 1993, 850 y siguientes, y Macmillan Patfield 1997.

**19** Para un informe detallado y persuasivo de dicho planteamiento al desarrollo, véase Sen 1999.

no público de los artefactos culturales restringe y controla los movimientos que los otros podemos realizar” (Waldron 1993, 885). Cabe destacar que las prórrogas en la duración de la protección de los derechos de autor como las que se están llevando a cabo en los países de la Unión Europea<sup>20</sup> y en Estados Unidos<sup>21</sup> no ayudan demasiado.

Las cosas no parecen ser nada mejores si nos centramos en el planteamiento que la Comisión Mundial sobre Cultura y Desarrollo hace sobre la cultura, a la que considera sirvienta de su amplio concepto de desarrollo. Un planteamiento fundamental de la cultura consiste en valorar la producción cultural como un fin en sí mismo, un compromiso con la diversidad y la multiculturalidad, y el control del poder en la forma de dominación cultural (Comisión Mundial sobre Cultura y Desarrollo 1996, capítulo de análisis 9). Los derechos de autor no sólo han fracasado al incidir en dichas cosas en relación con la producción cultural, es discutible que hayan incidido en lo contrario. Teniendo en cuenta que las leyes de los derechos de autor dominan la producción y distribución de muchas formas de creatividad, su fracaso a la hora de establecer un planteamiento fundamental de los productos culturales que entre dentro de su competencia se puede considerar un factor en nuestro fracaso al alcanzar un desarrollo en el sentido amplio. Aún más, el poder inaudito, que se afianza en sí mismo, de los medios de comunicación y los conglomerados del entretenimiento sugiere que ese fracaso del proceso de desarrollo se está acelerando.

#### 4. ¿La diversidad cultural es sólo una buena idea?

Teniendo en cuenta todo lo anterior, es como quien dice un misterio que la Convención de la UNESCO tome una actitud tan positiva hacia el papel de los derechos de la propiedad

intelectual a la hora de asegurar la diversidad cultural. Eso se hace patente cuando la evolución de la Convención parece indicar que sus redactores cambiaron de opinión con respecto a dicha cuestión. La Declaración original de la UNESCO,<sup>22</sup> en la que se basa la Convención, incluía en su plan de actuación la necesidad de asegurar la protección de los derechos de autor pero “a su vez apoyando el derecho de acceso público a la cultura, en concordancia con el artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos”.<sup>23</sup> La Declaración también estableció un paralelismo en el artículo 1 entre la diversidad biológica y la diversidad cultural. A la luz de eso, vale la pena destacar que los redactores de la Convención sobre Diversidad Biológica estaban bastante más alerta del papel de la propiedad intelectual a la hora de asegurar la diversidad biológica. El artículo 16.5 estipula:

*Las partes contratantes, habiendo reconocido que las patentes y otros derechos de propiedad intelectual pueden influir en la implementación de esta Convención, deberán cooperar al respecto de acuerdo con las leyes nacionales e internacionales con el fin de asegurar que esos derechos apoyan a sus objetivos y no van en su contra.*

Se pueden postular distintas razones para el planteamiento intermitente de la Convención de la UNESCO sobre el peligro que los derechos de autor representan para la diversidad cultural. Quizás es consecuencia de un deseo de complacer a Estados Unidos. La posición extrema que han tomado Estados Unidos con la aplicación de los derechos de propiedad intelectual a escala internacional la hace susceptible de ser hipersensible a la presencia de cualquier borrador de disposición de un tratado que se pueda ver como un recorte de la aplicación de las disposiciones del Acuerdo TRIP.

<sup>20</sup> Como resultado de la Directiva del Consejo 93/98/CEE, 1993 DO L290/9.

<sup>21</sup> Como resultado de la Ley de ampliación de extensión de plazo de derechos de autor de Bono, 1998, recientemente aprobada constitucionalmente *Eldred contra Ashcroft* 123 Tribunal Supremo 769 (2003).

<sup>22</sup> Declaración universal sobre diversidad cultural de la UNESCO, adoptada en la sesión 31 de la Conferencia General de la UNESCO, París, 2 de noviembre de 2001.

<sup>23</sup> Nota 20 *supra*, guías principales del plan de actuación para la implementación de la Declaración universal de la diversidad cultural, párrafo 16.



A pesar de todo, la gestación y nacimiento de la Convención de la UNESCO estaban motivados por la intención de compensar la falta de excepción cultural a los acuerdos del OMC y, por lo tanto, estaba destinada a contrariar las percepciones americanas de interés nacional (Beat Graber 2006, 554-555; Hahn 2006, 515-520). Era de esperar que una posición positiva de la Convención con vista a los derechos de propiedad intelectual no sería nunca bastante buena a los ojos de Estados Unidos para compensar esa contraofensiva al OMC. Al final, Estados Unidos, efectivamente, se opuso a la Convención e hizo presión diplomática a otros países en un intento de evitar que entrara en vigor. Otra posible explicación para la visión positiva de la Convención de la UNESCO de los derechos de la propiedad intelectual es que son consecuencia del ascenso del argumento (muy apoyado en algunos sectores) que la protección de los derechos de autor es esencial para la diversidad y la autodeterminación culturales. De hecho, el preámbulo de la Convención recoge una versión de esta idea. Sin embargo, como intentamos demostrar en el presente artículo, incluso si los derechos de autor pueden hacer servicio a esa función, alguna cosa se ha torcido radicalmente y necesitamos revisar la forma de la ley de derechos de autor y considerar si queremos eliminar o cambiar radicalmente algunas partes para que hagan servicio a los objetivos de la diversidad y la autodeterminación culturales (véase, adicionalmente, Macmillan 2006).

En estas circunstancias, la Convención de la UNESCO debe abordar de una manera más beligerante el tema del papel de los derechos de la propiedad intelectual en relación con la diversidad cultural. Incluso una versión del planteamiento relativamente inofensivo de la Convención sobre Diversidad Biológica sería un paso adelante en la buena dirección.

## Bibliografía

ABEL, R. L. *Speech and Respect*. Londres: Stevens and Son/Sweet and Maxwell, 1994a.

ABEL, R. L. "Public Freedom, Private Constraint". En: *Journal of Law and Society*. Oxford: Martin Robertson, 1994, vol. 21, p. 374-391.

BEAT GRABER, C. "The New UNESCO Convention on Cultural Diversity: A Counterbalance to the WTO?". En: *Journal of International Economic Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006, vol. 9, p. 553-574.

BETTIG, R. *Copyrighting Culture: The Political Economy of Intellectual Property*. Boulder: Westview Press, 1996.

BLAKENEY, M. *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*. Londres: Sweet and Maxwell, 1996.

CAPLING, A. "Gimme shelter!". En: *Arena Magazine*. Fitzroy, Vic [Australia]: Arena Printing and Publishing, febrero/marzo de 1996. p. 21-24.

CHON, M. "Postmodern 'Progress': Reconsidering the Copyright and Patent Power". En: *DePaul Law Review*. Chicago: DePaul University School of Law, 1993, vol. 43, p. 97-146.

COOMBE, R. *The Cultural Life of Intellectual Properties*, Durham/Londres: Duke University Press, 1998.

GAINES, J. *Contested Culture: The Image, the Voice and the Law*, Chapel Hill/Londres: University of North Carolina Press, 1991.

HAHN, M. "A Clash of Cultures? The UNESCO *Diversity Convention* and International Trade Law". En: *Journal of International Economic Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006, vol. 9, p. 515-552.

KOENIG, D. M. "Joe Camel and the First Amendment: The Dark Side of Copyrighted and Trademark-Protected Icons". En: *Thomas M Cooley Law Review*. Lansing, Mich: Thomas M Cooley Law School, 1994, vol. 11, p. 803-838.

- LEVITT, T. "The Globalisation of Markets". En: *Harvard Business Review*. Boston, Mass: Harvard University Press, 1983, vol. 61, p. 92-115.
- MACMILLAN PATFIELD, F. "Towards a Reconciliation of Free Speech and Copyright". En: BARENDT, E. (ed.) *The Yearbook of Media and Entertainment Law 1996*. Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 199-233.
- MACMILLAN PATFIELD, F. "Legal Policy and the Limits of Literary Copyright". En: PARRINDER, P; CHERNAIK, W; GOULD, W. (ed.) *Textual Monopolies: Literary Copyright and the Public Domain*. Londres: Arts and Humanities Press, 1997. p. 113-132.
- MACMILLAN, F. "Copyright and Culture: A Perspective on Corporate Power". En: *Media and Arts Law Review*. Melbourne: University of Melbourne, 1998, vol. 10, p. 71-81.
- MACMILLAN, F. "Corporate Power and Copyright". En: TOWSE, R. (ed.) *Copyright and the Cultural Industries*. Cheltenham: Edward Elgar, 2002a, p. 99-118.
- MACMILLAN, F. "The Cruel ©: Copyright and Film". En: *European Intellectual Property Review*. Oxford: ESC Publishing, 2002b, vol. 24, p. 483-492.
- MACMILLAN, F. "Public Interest and the Public Domain in an Era of Corporate Dominance". En: ANDERSEN, B. (ed.). *Intellectual Property Rights: Innovation, Governance and the Institutional Environment*. Cheltenham: Edward Elgar, 2006, p. 46-69.
- MORAN, A. *Copycat TV: Globalisation, Program Formats and Cultural Identity*. Luton: Luton University Press, 1998.
- NETANEL, N.W. "Copyright and a Democratic Civil Society", En: *Yale Law Journal*. New Haven: Yale Law Journal Co, 1996, vol. 106, p. 283-387.
- SEN A. *Development as Freedom*. Nova York: Anchor Books, 1999.
- SMIERS, J. "The Abolition of Copyrights: Better for Artists, Third World Countries and the Public Domain". En: TOWSE, R. (ed.) *Copyright and the Cultural Industries*. Cheltenham: Edward Elgar, 2002. p. 119-139.
- TOWSE, R. "Copyright, Risk and the Artist: An Economic Approach to Policy for Artists". En: *Cultural Policy*. Amsterdam: Harwood Academic Publishers, 1999, vol. 6, p. 91-107.
- TOWSE, R. *Creativity, Incentive and Reward: An Economic Analysis of Copyright and Culture in the Information Age*. Cheltenham: Edward Elgar, 2001.
- VAN CAENEGEM, W.A. "Copyright, Communication and New Technologies". En: *Federal Law Review*. Canberra: Faculty of Law, Australian National University, 1995, vol. 23, p. 322-347.
- WALDRON, J. "From Authors to Copiers: Individual Rights and Social Values in Intellectual Property". *Chicago-Kent Law Review*. Chicago: Chicago-Kent Law School, 1993, vol. 69, p. 841-887.
- WHEELWRIGHT, K. "Parody, Copyrights and the First Amendment". En: *US Federal Law Review*. 1976, vol. 10, p. 564-583.
- COMISIÓN MUNDIAL SOBRE CULTURA Y DESARROLLO. *Nuestra diversidad creativa*. 2a ed. París: UNESCO, 1996.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. *Guía de la Convención de Berna para la Protección de las Obras Literarias y artísticas*. Gènova: OMPI 1978.