

TÍTULO: LOS DERECHOS CULTURALES Y EL DERECHO INTERNACIONAL EN EL ÁMBITO DE INTERNET

TITLE: CULTURAL RIGHTS AND INTERNATIONAL LAW IN THE FIELD OF INTERNET

Dra Janny Carrasco Medina¹

Sumario: Introducción. Desarrollo. I. Derechos culturales y acceso a la cultura en los tratados internacionales. II. Marco normativo regional sobre derechos culturales y acceso a la cultura. III. Los derechos culturales y acceso a la cultura en la doctrina IV. Derechos culturales y acceso a la cultura en internet. Conclusiones. Bibliografía

Resumen:

El presente trabajo aborda la realidad fact-jurídica de los derechos culturales y el acceso a la cultura en los tratados internacionales y regionales con especial referencia a la situación latinoamericana. Analizamos el papel de la doctrina sobre los conceptos de acceso a la cultura y derechos culturales. Además, se realiza un análisis del papel de estos derechos en el ámbito de internet, ilustrando la realidad jurídica existente.

Palabras Claves: derechos culturales, acceso a la cultura, internet

Abstract:

The present work addresses the fact-legal reality of cultural rights and access to culture in international and regional treaties with special reference to the Latin American situation. We analyze the role of the doctrine on the concepts of access to culture and cultural rights. In addition, an analysis of the role of these rights in the internet is made, illustrating the existing legal reality.

¹ Profesora Voluntaria de Derecho Internacional de la Universidad de Brasilia. Dra en Derecho Internacional por la Universidad de Brasilia en 2018. Master en Educación Superior por la Universidad Marta Abreu Las Villas, Cuba en 2010. Licenciada en Derecho por la Universidad Marta Abreu Las Villas, Cuba en 2007. Profesora Asistente de la Universidad Marta Abreu Las Villas, Cuba de 2008-2014. jannycarrasco83@gmail.com

Keys words: cultural rights, access to culture, internet

INTRODUCCIÓN

El arte hoy es un mero campo de batalla lleno de incompatibilidades emocionales, conflictos sociales y cuestiones de status que chocan con la realidad cotidiana (Smiers, 2006). La llegada de Internet ha provocado que el acceso a la cultura y el derecho de autor necesiten un diálogo más armónico, coherente y ajustado a la realidad tecnológica del siglo XXI, pues los avances científicos han provocado que al alcance de un *click* puedan estar disponible un sinnúmero de obras protegidas por el derecho de autor como son fotografía, libros, audiovisuales, música, *software*, juegos, entre otros.

Organismos como la ONU, HCCH, OMPI, UNESCO, OMC, deben jugar un papel primordial en el equilibrio de la relación de estos derechos, pues están directa o indirectamente involucrados con la relación del derecho de autor y acceso a la cultura en el contexto de internet ya que de una manera u otra intervienen en las cuestiones de propiedad intelectual y derecho internacional privado.

Como regla general la ONU² ha sido puntera en instaurar normas mínimas de comportamiento aceptable para las naciones, llamando la atención sobre aquellos aspectos que violan los principios universales de su declaración. De ahí, que sea quien traza el camino inicial entre derechos de autor y acceso a la cultura. La protección de los derechos culturales va ganando cada vez más importancia. Sin embargo, ello posee un límite dado por el respeto a la dignidad de los “pueblos” y la autodeterminación.

Las relaciones jurídicas de los derechos culturales y el acceso a la cultura en internet poseen un marcado carácter privado. De ahí que compete al Derecho Internacional buscar las salidas más adecuadas para la solución de conflictos transnacionales que emanen de esta realidad.

En el contexto internacional, internet lleva la peor parte, pues no posee una institución internacional que regule su funcionamiento y política. La dispersión jurídica que presenta la red de redes demuestra la necesidad de un consenso mundial en relación al tema. Por solo ilustrar el caos jurídico que acompaña el ciberespacio tenemos que: la OMPI cuida de temas relacionados a nombres de dominio, mediante la existencia de una corte arbitral, los programas de ordenador son protegidos por las normas de derecho de

²La creación de la ONU fue un proceso de varios años. El día 12 de junio de 1941 representantes de 14 países se reúnen en el Palacio de St. James (Londres) y firman la declaración con la que se proponen trabajar juntos con los demás pueblos del mundo, siendo el primer paso para la creación de la ONU. Varias reuniones sucedieron con posterioridad hasta quedar oficialmente constituida el 24 de octubre de 1947, para el mantenimiento de la paz y el equilibrio global. Justamente un año después el 10 de diciembre de 1948 se firma la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo objetivo inicial fue garantizar el mínimo de condiciones jurídicas a los países miembros. (Onu, 1948) Disponible en: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Consultado en 10 de marzo de 2019.

autor. El aspecto comercial compete a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (UNCITRAL), quien vela por las cuestiones relativas al comercio electrónico. Del aspecto técnico relacionado a la atribución de nombres y números electrónicos, cuida la Corporación de Internet para la Atribución de Nombres y Números (ICANN); esta última, es una organización privada cuya finalidad es otorgar los espacios y direcciones de protocolos de internet a escala global.

La crisis institucional de Internet demuestra la ineficacia de los organismos internacionales ante la cultura global, así como la falta de un concepto internacional que permita adecuar de manera armónica los derechos culturales y el acceso a la cultura en internet. El presente artículo tiene como objetivo determinar el papel de los derechos culturales tanto en la legislación internacional como en la doctrina y la realidad de ellos en el ámbito de internet.

DESARROLLO

I. DERECHOS CULTURALES Y ACCESO A LA CULTURA EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Los tratados internacionales juegan un papel fundamental en la regulación de los derechos culturales y el acceso a la cultura en internet. Ello permite instaurar una correlación jerárquica de manera vertical y descendente con las leyes domésticas, estableciendo los preceptos más generales que intervienen en esta relación.

Con la Declaración Universal de los Derechos Fundamentales (DUDF), se llevó a un nivel superior las relaciones entre los Estados, instituyendo una doble responsabilidad para cada uno de los miembros de la O.N.U. Por un lado, el compromiso de cumplir con el instrumento y por otro, llevar estos preceptos universales a las Constituciones Nacionales (ONU, 1948).

Analizando la DUDF encontramos que el artículo n° 19³, dispone que cada individuo tenga derecho a la libertad de opinión y de expresión. La interpretación del enunciado anterior deja claro que es un derecho de todos, cuando se lee “investigar y recibir” se está en presencia del “derecho de acceso”, responsabilizando a los Estados con las diferentes maneras en que se materializará este derecho.

Aquí también es importante resaltar el concepto “sin limitaciones de fronteras”, ya que en teoría todos los ciudadanos del mundo podrían acceder a la cultura por cualquier medio de expresión, lo que posee un impacto significativo para internet donde las fronteras físicas son cada vez más dispersas.

³Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículo n°19. - Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión. (Onu, 1948) Disponible en: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Consultado en 10 de marzo de 2019.

Coincidiendo (Cees, 1999) el artículo n°19 de la DUDF⁴, posee dos aspectos interesantes: la frase “todo individuo” representa un alejamiento de la noción elitista de cultura y de otra clase de fuerzas monopolistas que producen cultura. Conjuntamente, esta primera parte posee otro destaque “todos los que deseen expresarse tienen derecho a hacerlo”, lo que refuerza el resto del artículo. En resumen, este artículo se refiere al derecho de todos los individuos a ser activos en el dominio de la expresión artística. Esta actividad comprende tanto la creación como el disfrute de ella.

Por su parte, la interpretación del artículo n°27⁵, manifiesta la existencia de una dicotomía entre las reglas que protegen los creadores de bienes resultantes del intelecto humano y las que aseguran el disfrute, uso y acceso a ellos. Estos derechos no tienen un carácter absoluto y deben ser objeto de una adaptación por parte de los Estados signatarios en el contexto de las constituciones nacionales.

La preocupación internacional en relación al acceso a la cultura y el papel del individuo en la sociedad no se limitó a la firma de la DUDF, pues seguidamente aparece el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966 (PIDESC).

Anterior a este documento no existía una definición explícita y coherente respecto al contenido de los derechos culturales, la misma fue enriquecida por el artículo n°15⁶ del (PIDESC), reconociéndose el acceso, goce, beneficio y disfrute de los bienes culturales a favor de los ciudadanos. Configurándose así, lo que los doctrinadores llamarían más tarde como derecho a la cultura.

⁴Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículo n°19- Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión. (Onu, 1948) Disponible en: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Consultado en 10 de marzo de 2019.

⁵DUDF de 10 de diciembre de 1948. Artículo n°27.1: Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. Artículo n°27.2: toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora. (Onu, 1948) Disponible en: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Consultado en 10 de marzo de 2019.

⁶Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966. Artículo n°

15
1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:
a) Participar en la vida cultural;
b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;
c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.
2. 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 de la cultura.
3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.
4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales. (Onu, 1966). Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>. Consultado el 1 de mayo de 2019.

Al respecto de la Declaración de los Derechos Fundamentales Vasak expresó:

[...] la ciencia de los derechos fundamentales se define como una rama especial de las ciencias sociales, cuyo objeto de estudio son las relaciones humanas a la luz de la dignidad humana, así como la determinación de los derechos fundamentales que son necesarios como conjunto para el pleno desarrollo de la personalidad de cada ser humano [...] (Vasak, 1984).

Ciertamente el poco control que ejercen estos organismos en razón al tema de los derechos culturales provoca que el disfrute y acceso a estos quede en mero instrumento internacional que es llevado a las legislaciones internas de manera mecánica, sin que existan controles efectivos de estos a través de políticas públicas eficaces. Además, con la llegada de internet y sus libertades de acceso estos derechos han entrado en conflicto con varias ramas del derecho como son los derechos de propiedad intelectual.

Otro instrumento internacional de vital importancia en la relación derechos culturales y acceso a la cultura son los Acuerdos de Derecho de Propiedad Intelectual vinculados al comercio (ADPIC) de 12 de abril de 1994 de la OMC. Proveniente de un organismo cuyo principal objetivo es el comercio internacional este tratado, no ofrecen cambios significativos para este tema, beneficiando con ello a los titulares de propiedad intelectual y limitando con ello el pleno goce de los derechos culturales.

Solo la Convención Universal sobre Protección y Promoción de la Diversidad Cultural de la Unesco en 2005 logra abordar de manera directa los derechos culturales y el acceso a la cultura en un instrumento internacional.

La Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales de 20 de octubre de 2005, acentúa el papel de los derechos fundamentales en el desarrollo integral de ser humano; determina la importancia de los derechos culturales el acceso a la cultura en el plano nacional e internacional; insta a la obligación de los Estados a establecer políticas culturales más eficaces (Unesco, Convención sobre protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, 2005).

Este instrumento internacional vino a resolver de manera parcial la fragmentación jurídica imperante en cuestiones de diversidad cultural, ya que hasta la fecha ningún tratado ofrecía de manera específica y clara protección a las cuestiones relacionadas con la diversidad cultural. Esta parcialidad estuvo marcada por dejar fuera del tratado las cuestiones relacionadas a internet. La red de redes es un escenario convulso y complejo en cuestiones de diversidad cultural, las empresas que dominan el ciberespacio determinan cuan diverso o plural son los contenidos disponibles. Además, el punto más crítico de este instrumento internacional, es la falta de un mecanismo sancionador ante las violaciones de derechos culturales que atenten contra la diversidad cultural.

Al igual que en los instrumentos anteriores esta Convención no dispone de una definición clara y precisa sobre qué se debe entender por derechos culturales. Además, tampoco se hace referencia a la manera en que debe ser establecida la diversidad cultural en el mundo virtual, a pesar de que es una norma que surge ya en el ámbito de internet. La ausencia de contextualizar la diversidad en el espacio en línea provoca que las industrias creativas dominen este espacio desde una perspectiva que poco tiene en cuenta el acceso a la cultura como derecho humano fundamental.

En síntesis, en los instrumentos internacionales abordados, se aprecia que existe cierta protección de los derechos culturales (lengua, producción cultural y artística, participación en la cultura, patrimonio cultural, y acceso a la cultura) como derecho humano fundamental de manera sucinta. Que en ninguno de ellos existe una definición clara sobre derechos culturales y acceso a la cultura, lo que traspasa a la esfera doctrinal como una problemática a ser resuelta. Además, la ausencia de un concepto preciso refuerza el desequilibrio entre derechos culturales y acceso a la cultura en el contexto de internet.

II.MARCO NORMATIVO REGIONAL SOBRE DERECHOS CULTURALES Y ACCESO A LA CULTURA

Entrando en la realidad regional como es el caso de la Organización de Estados Americanos (OEA), Mercado Común del Sur (Mercosur), Unión Latinoamericana del Sur (UNASUR) existe una situación semejante, pues las garantías de los derechos culturales se abordan someramente.

En el contexto latinoamericano aparece el Pacto sobre Derechos Fundamentales de San José Costa Rica, de fecha 22 de noviembre de 1969 (OEA, Pacto sobre derechos fundamentales de San José , 1969), donde queda dispuesto en el artículo n°26, la responsabilidad del estado con providenciar el acceso a la cultura para todos⁷.

Por su parte el Protocolo de San Salvador, de 17 de noviembre de 1988, cuyo instrumento complementa la Convención de la OEA (OEA, 1988), reconoce en su artículo n°14- los derechos de toda persona a participar en la vida cultural y artística de la comunidad y los beneficios de la cultura⁸. Tampoco en estas normas se evidencia un

⁷Pacto de San José Costa Rica de 1969. Artículo n°26.- Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y de educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de sus recursos disponibles, por vía legislativa o por medios apropiados. (Oea, 1969)

⁸Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre los Derechos Fundamentales en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”. Artículo n°14.- Derecho a los Beneficios de la Cultura. 1.-Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen el derecho de toda persona a) participar en la vida cultural y artística de la comunidad; b) gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico; c) beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

concepto acabado mucho menos la manera en que estos derechos deben ser materializados en el plano regional.

Por su parte el Mercado Común del Sur (MercoSur), viene trabajando para promover la cooperación e intercambio cultural en la región. Un ejemplo de ellos es el Protocolo de Integración Cultural n°1086 de fecha 23 de mayo de 1997. Si bien el referido documento no expresa de manera clara el acceso a la cultura, ello se deduce de la interpretación del artículo n°2 al referir la obligación de los Estados partes a facilitar la creación, promoción y realización de espacios culturales que otorguen valor a la diversidad cultural de los países miembro⁹. Desde nuestra perspectiva esta integración y acceso resulta aparente y un tanto difusa pues al relacionar acceso a la cultura y propiedad intelectual el propio protocolo refiere en su artículo n°8 que las cuestiones relativas a propiedad intelectual, será de acuerdo a la legislación interna de los territorios y conforme a los tratados internacionales que hayan adherido cada Estado miembro¹⁰ (Mercosur, 1997).

Por su parte UNASUR destaca entre las organizaciones de la región por poseer un Consejo suramericano de Cultura, donde son definidos los principios fundamentales de la cultura en la región. En este instrumento queda definido que la creación y el acceso a la cultura es un derecho fundamental para la persona y con ello para el desarrollo humano. Así como el derecho de participación de los actores sociales en las diferentes instancias sobre decisiones de temas culturales¹¹.

2. Entre las medidas que los Estados partes en el presente Protocolo deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia, la cultura y el arte.

3. Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

4. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen los beneficios que se derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas, artísticas y culturales, y en este sentido se comprometen a propiciar una mayor cooperación internacional sobre la materia. (Oea, 1988)

Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html> Consultado: 20 de marzo de 2019.

⁹ Protocolo de Integración Cultural n°1086 de fecha 23 de mayo de 1996. Artículo n°2 .1 - Los Estados Partes facilitarán la creación de espacios culturales y promoverán la realización, priorizando la coproducción, de acciones culturales que expresen las tradiciones históricas, los valores comunes y las diversidades de los países miembros del Mercosur. 2 - Las acciones culturales contemplarán, entre otras iniciativas, el intercambio de artistas, escritores, investigadores, grupos artísticos e integrantes de entidades públicas o privadas vinculadas a los diferentes sectores de la cultura. (Mercosur, 23 de mayo de 1996)

Disponible en: <http://www.santafe.gob.ar/index.php/web/content/download/18271/83421/file/Descargar%20Docuemeto.pdf> Consultado 20 de enero de 2019.

¹⁰Protocolo de Integración Cultural n°1086 de fecha 23 de mayo de 1997. Artículo n° 8.- Cada Estado Parte protegerá en su territorio los derechos de propiedad intelectual de las obras originarias de los otros Estados Partes, de acuerdo con su legislación interna y con los tratados internacionales a que se haya adherido o se adhiera en el futuro y estén vigentes en cada Estado Parte. Disponible en: <http://www.santafe.gob.ar/index.php/web/content/download/18271/83421/file/Descargar%20Docuemeto.pdf> Consultado 20 de enero de 2019.

¹¹ Disponible en: https://repo.unasursg.org/alfresco/service/unasursg/documents/content/ESTATUTO_DEL_CONSEJO_SURAMERICANO_DE_CULTURA.pdf?noderef=01630d2f-7cc1-438e-9f61-520e8f9aeaa4 Consultado 20 de enero de 2019.

Se concluye que los derechos culturales y el acceso a la cultura se enmarcan dentro de los derechos fundamentales perpetuados en los principales tratados internacionales y regionales. Existe un reconocimiento discreto de estos derechos, recayendo sobre los Estados la responsabilidad de ampliar las definiciones y principios generales establecidos en los instrumentos.

La ausencia de una definición en el ámbito internacional sobre derechos culturales y acceso a la cultura contribuye a reforzar el papel de la doctrina como fuente supletoria de tales conceptos.

III. LOS DERECHOS CULTURALES Y ACCESO A LA CULTURA EN LA DOCTRINA

Todos los instrumentos analizados coinciden en la falta de definición de un concepto derechos culturales y de acceso a la cultura de manera expresa. Durante décadas el equipo de investigadores de la Universidad Suiza de Friburgo, que bajo el amparo de la UNESCO ha logrado colocar las principales aproximaciones que encontramos en muchos de los tratados abordados.

El grupo de Friburgo presenta los derechos culturales como una sistematización de los distintos derechos fundamentales concretos, distinguiéndolos para ello en tres grandes grupos: los derechos actualmente reconocidos como derechos culturales(derecho a participar en la vida cultural de la comunidad y la protección de los derechos de autor, el derecho de autor y las libertades lingüísticas de las minorías), los derechos reconocidos a los profesionales de la cultura(dentro de estos figuran las libertades académicas, derechos de los periodistas) y por último los derechos culturales (está dada por la dimensión cultural de los derechos civiles, respeto a la identidad cultural, libertad de pensamiento, conciencia, religión, libertad de opinión, expresión, derecho a la información, y el de participación en los espacios de las políticas culturales) (Yanes, 2014).

De acuerdo con (Muniz, 1988), la palabra cultura, consiste en una de esas palabras metafóricas que cambian de significado de acuerdo con el contexto o la situación utilizada, asumiendo un significado discursivo de acuerdo con las características de cada sociedad.

Autores como (Symonides, 2010), define que: la "cultura" puede entenderse de diversas maneras: de manera estrecha como actividades creativas, artísticas o científicas o bien, en sentido lato, como una suma de actividades humanas, la totalidad de valores, conocimientos y prácticas. La adopción de la definición más amplia de "cultura" significa que los derechos culturales abarcan también el derecho a la educación y el derecho a la información.

Para (Freire, 1970) a cultura, é criada pelos homens através de suas práxis e de seu trabalho, é o universo simbólico e abrangente em que

*eles atuam como seres conscientes. Entretanto é um conjunto de relações*¹².

Por su parte (Laaksonen, 2010) define el acceso como: una condición imprescindible para la participación de las personas en la sociedad como miembros plenos de derechos y responsabilidades. Se trata de un concepto vinculado a la inclusión, representación y promoción de la ciudadanía. El acceso a los servicios y a las expresiones culturales vienen transformándose en la fundamentación de la mayoría de las políticas públicas.

Al respecto (Leisa, 2012) enfatiza: para que se materialice el derecho a la cultura o el acceso a la cultura, es imprescindible una existencia de triple perspectiva: i). la libertad de creación, y expresión, ii) el reconocimiento de la diversidad creativa; iii). el acceso a los contenidos culturales.

Cabe preguntarse. ¿Existe en el espacio internacional un derecho internacional de la cultura? Coincidiendo con (Leisa, 2012) identificamos varios elementos que demuestran claramente la existencia del derecho a la cultura en el ámbito internacional:

La existencia de un ámbito debidamente identificado como objeto de regulación en dicho ordenamiento: la cultura, los derechos culturales, la diversidad cultural, la identidad cultural y la cooperación cultural.

La existencia de una serie de instrumentos internacionales con mayor o menor proyección jurídica (tratados o declaraciones) que recogen un conjunto relevante de principios y normas protectoras de la cultura.

La existencia de una doctrina especializada que empieza a alumbrar perspectivas de análisis y reflexiones críticas sobre el Derecho Internacional y la Cultura (Leisa, 2012).

Como se recalcó en el epígrafe anterior el acceso a la cultura y con ellos los derechos culturales, carecen de normas más claras que permitan establecer una protección en el contexto global. Es un desafío a escala internacional resolver los conflictos jurídicos de naturaleza transnacional, cuando convergen acceso a la cultura en el espacio de internet.

La inmediatez y versatilidad del medio, ha generado un aumento de relaciones privadas en línea, propiciando que confluyan diversas legislaciones, para resolver situaciones que son cometidas por los usuarios, quienes en ocasiones se ven privados del disfrute de sus derechos culturales. Corresponde al derecho internacional privado, buscar soluciones que propicien una interacción de legislaciones foráneas desde una perspectiva igualitaria.

¹² (Traducción libre) la cultura es creada por los hombres a través de sus prácticas y de su trabajo, es un universo simbólico y exhaustivo en que ellos actúan como seres conscientes. Por tanto, es un conjunto de relaciones.

Tampoco en la doctrina se tiene una definición exacta, absoluta y precisa del término cultura, ello evoca a la necesidad de establecer un diálogo multidisciplinar y heterogéneo. De ahí, que se considere el concepto de cultura abordado por la Unesco en la Conferencia Mundial sobre políticas culturales de México 1982, el más completo por ser un documento de alcance internacional que ofrece una interpretación más universal.

[...] la conferencia conviene que: la cultura debe ser considerada actualmente como el conjunto de los rasgos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o grupo social. Ella engloba, además de las artes y las letras, los modos de vida, los derechos fundamentales al ser humano, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias, [...] (Unesco, 1982).

Partiendo del concepto de la Unesco sobre cultura, debemos entender que la cultura es un concepto complejo: Es intrínseco a los derechos fundamentales, irrenunciable e inherente a todo ser humano, pues es derecho de todo individuo acceder al conjunto de conocimientos y valores de la sociedad.

IV. DERECHOS CULTURALES Y ACCESO A LA CULTURA EN INTERNET

La mayoría de las personas que disfrutan hoy un filme, un libro, una música, no son conscientes ni se interesan por saber quiénes son los dueños de esa producción, comercialización o promoción de esa obra que llega a sus manos.

Todo artista intenta vivir de lo que produce, es una manera como cualquier otra de ganarse la vida, el problema surge cuando el centro de su trabajo se convierte en materia prima de la industria creativa y esta comienza adaptarlo para satisfacer intereses del mercado.

(Walsh, 2009) advierte tres perspectivas fundamentales que narran la relación cultura-educación en América Latina y que se ajustan claramente a la relación acceso a la cultura como derecho humano fundamental y su relación con el derecho de autor: relacional, funcional e interculturalidad crítica.

La primera perspectiva llamada «relacional», es un intercambio básico y general entre dos o más culturas, a través de personas, prácticas, valores, tradiciones, en condiciones de desigualdad y discriminación; estando asumida su existencia en América Latina desde siempre. Deja de un lado la estructura de la sociedad y se posiciona en términos de superioridad e inferioridad (Walsh, 2009).

Hoy presenciamos esta teoría en los Gigantes de Internet¹³ y su acceso a los contenidos, pues el control de la información al que accedemos y generamos, provoca

¹³Este término es utilizado para definir las empresas que dominan las plataformas de consumo e intercambio de contenidos como son: *Apple, Amazon, Google, Facebook, Microsoft, YouTube, Spotify, Netflix*. Todos ellos valorados en millones de dólares y convertidas en verdaderos monopolios del mundo online.

una libertad ficticia de acceso a la cultura, al mismo tiempo que son violados los derechos de autor, por lo que existe una discriminación generada por el propio usuario en sus búsquedas.

La segunda perspectiva es llamada «funcional»: la interculturalidad va al centro del reconocimiento de la diversidad cultural e intenta incluirse en la sociedad preestablecida. Aquí no toca las verdaderas causas de la desigualdad cultural ni cuestiona las reglas del juego. Busca promover el diálogo, la coexistencia y tolerancia, ella funciona sin tocar las causas de las desigualdades. Ajustada en la lógica del capitalismo global, administra las diferencias, siendo neutralizada por el propio sistema neoliberal, ella no apunta a una sociedad equitativa si no que controla los conflictos étnicos y culturales (Walsh, 2009).

Esta segunda perspectiva se ajusta a la realidad que propone internet y su extraterritorialidad ya que cualquier individuo accede a la cultura de cualquier lugar en apenas segundo, más los propios motores de búsquedas de los Gigantes de Internet dan la sensación de aparente apertura igualitaria en términos de acceso, cuando en realidad el individuo termina creando su propio mundo virtual y siendo direccionado su consumo.

La tercera perspectiva es llamada «interculturalidad crítica» y parte del problema de la diversidad y las diferencias, teniendo como origen inicial la estructura-colonial-racial, siendo construido desde las personas como un proceso que busca la transformación de la estructura institucional y social del poder (Walsh, 2009).

Para esta última, entendemos que las corrientes *creative commons* y *peer to peer*, que serán abordadas más adelante; constituyen elementos de un proceso que combate a un sistema obsoleto desafiando los paradigmas del sistema internacional del derecho de autor.

El discurso enarbolado por la UNESCO en favor de una cultura para todos, se contrapone al modelo neoliberal de consumo cultural y privatización excesiva, que viene experimentando desde hace varias décadas el derecho de autor. La generalidad apunta al fenómeno cultura-mercancía, cuyo objeto económico es ciertamente susceptible de comercialización.

Esta organización se destaca en favor de la apertura y la libertad de expresión, así como en la universalización de la información discutiendo cuestiones relacionadas a la propiedad intelectual, principalmente de obras artísticas y literarias a favor del reconocimiento de la diversidad lingüística y cultural.

Un ejemplo que ilustra lo anterior es a través de la tecnología *peer to peer* utilizadas en sitios como: <http://gen.lib.rus.ec/> y <http://sci-hub.tw>. Esencialmente el sitio provee artículos científicos que evaden el pago por derechos de autor y acaba con el monopolio académico de Elsevier, Springer Nature y Wiley-Blackwell. Alexandra Elbakyan fundadora de este sitio es considerada el Robin Hood de la Ciencias. Ella alega que los profesionales sobre todo del mundo académico se ven obligados a publicar en importantes

revistas por una cuestión de prestigio y reconocimiento social y al mismo tiempo no reciben en muchos casos remuneración de estos grandes sitios que cobran por el acceso a los contenidos.

El problema de acceso acá se limita a un reducido número de universidades en el mundo, quienes estarían en condiciones de efectuar los pagos para acceder a los contenidos. Varias universidades europeas en Alemania y Reino Unido en 2016 cortaron paulatinamente el acceso a Elsevier debido a sus altos precios.

Si bien el proceso judicial de 2015 que enfrentó <http://sci-hub.tw> v. Elsevier en E.U.A, fue favorable a Elsevier y condenó su bloqueo, esto provocó un efecto dominó en el mundo académico y el desequilibrio que predomina entre acceso y protección en el ámbito del derecho de autor en internet. Siendo que, cada vez más contenidos están en manos de cada vez menos empresas (Elsevier Inc. et al v. Sci-Hub et al., 2015).

Ello está determinado por la prevalencia de la política del *copyright* en el escenario internacional, donde todos los derechos son reservados a las industrias culturales que controlan el quehacer intelectual de los autores. La excesiva protección de los derechos de autor que poco se ajusta a la realidad tecnológica existente, limita tanto el desarrollo intelectual y profesional de los usuarios de la red como la expansión y prevalencia de una cultura menos globalizada y más diversa.

El impacto de las nuevas tecnologías en la manera en cómo es consumida y apreciada la cultura, hace posible que nazca una nueva cultura y nuevas formas de acceder a ella; repensando un conjunto de técnicas, tradiciones, prácticas, costumbres y valores que se desarrolla a la par del crecimiento y el acceso al ciberespacio como resultado de la interconexión global.

El excesivo proteccionismo que predomina en el ciberespacio, sobre cuestiones de derecho de autor provoca no solo una violación constante en el consumo cultural sino un detrimento en el disfrute de los derechos fundamentales consagrados en la Declaración Universal de 1948 (ONU, 1948).

En ese sentido cuestiones como los derechos culturales y el acceso a la cultura en internet son cada vez más estandarizados. Desde la llegada de internet cualquier experiencia cultural sea regional, local o individual envuelve satisfacer las estéticas más diversas y complejas, provocando que seamos cada vez más locales al mismo tiempo que somos más globales.

Otro ejemplo que ilustra claramente la necesidad de proteger el acceso a la cultura y la importancia del reconocimiento de la diversidad cultural, el patrimonio cultural mundial y su relación con el derecho de autor, se evidencia en el proceso judicial entre el demandante *Palmieri*, artista de la música salsa y la demandada *Gloria Estefan*, una artista cubanoamericana de pop latino.

El motivo de la litis se basó en que *Palmieri* alegaba plagio entre la canción “Oye mi canto” de Estefan y “Páginas de Mujer” de Palmieri. Básicamente Palmieri manifestó que Estefan había tenido acceso con anterioridad a la música de Páginas de Mujer a lo que la demandada respondió que se trataba de una música compuesta con base en la

tonada campesina cubana fundada en tumbaos y montunos, todos protegidos por el derecho de autor en Cuba, como parte de la cultura popular tradicional (Palmier v Estefan , 1996).

El proceso solo concluyó en 1995: las pruebas contundentes conseguidas en Cuba a favor de la cantante, lograron demostrar más de veinte ejemplos de tumbaos o montunos con el diseño rítmico, melódico y armónico de “Oye mi Canto”, lo que ratificaba que era una expresión melódica utilizada por los salseros cubanos y que pertenecía a la cultura popular tradicional protegidas por el derecho de autor (Peña, 2010).

Observamos que en este caso particularmente el tratamiento ofrecido por la justicia norteamericana fue bien novedoso. ya que la representación procesal de la cantante de origen cubano, logra demostrar la vinculación de la obra con la cultura popular tradicional de la isla. Vale destacar que el proceso fue posterior a la participación de ambos países en el CBe de 1886, lo que ofrece un análisis diferente del asunto amparado en criterios más universales establecidos en dicho instrumento internacional.

En el caso de la legislación cubana, Ley nº 14, de fecha de 28 de diciembre de 1977, se dispone en su artículo nº27, que se concede protección al autor que utiliza obras provenientes de la cultura popular tradicional siempre que la obra llegue a constituir obra auténtica y rigurosa (Cuba, 1977)¹⁴.

En análisis del artículo citado y en relación al caso estudiado encontramos una disyuntiva conceptual ¿auténtica significa original? Resulta un tanto agotado el uso de auténticas como sinónimo de original, pues es un elemento esencial, indispensable dentro del derecho de autor. Además, la propia norma reconoce en sus artículos nº 7, 8, 9 y 15¹⁵

¹⁴Ley nº 14 de fecha 28.de diciembre de 1977. Artículo nº 27.- quienes recojan y compilen bailes, canciones, melodías, proverbios, fábulas, cuentos y otras manifestaciones del folklore nacional, disfrutan del derecho de autor sobre sus obras, siempre que las mismas, por la selección a la disposición de los materiales que incluyan, lleguen a constituir obras auténticas y rigurosas. (Cuba, 28 de diciembre de 1977) Disponible en: <https://www.gacetaoficial.gob.cu/html/leyderechoautor.html> Consultado el 1 de octubre de 2017.

¹⁵Ley nº 14 de fecha 28.de diciembre de 1977. Artículo nº7. De las obras Originales. -Las obras científicas, artísticas, literarias y educacionales a que se refiere el artículo nº2, son aquellas que entrañan una actividad creadora de sus autores fundamentalmente: a) las obras escritas orales, b) las obras musicales, con letra o sin ellas, c) las obras coreográficas y las pantomimas; ch) las obras dramáticas y dramático-musicales; d) las obras cinematográficas; e) las obras televisivas y audiovisuales en general; f) las obras radiofónicas; g) las obras de dibujo , pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía, escenografía, diseño y otras similares; h) las obras fotográficas y otras de carácter similar; i) las obras de artes aplicadas, lo mismo si se trata de obras de artesanía que de obras realizadas por procedimientos industriales, j) los mapas, planos, croquis y otras similares.

Artículo nº8- Son igualmente protegidas como obras originales las siguientes obras derivadas: a) las traducciones, versiones, adaptaciones, arreglos musicales y demás transformaciones de carácter creativo de una obra científica, artística, literaria o educacional; b) las antologías, enciclopedias y otras compilaciones que por la selección o la disposición de las materias, constituyan creaciones independientes.

Artículo nº9.- Las obras derivadas no pueden menoscabar en modo alguno la integridad y los valores esenciales de las obras preexistentes que les sirvan de base.

Artículo nº15.- Los traductores, adaptadores, arreglistas, compiladores y demás autores de obras derivadas disfrutan del derecho de autor sobre sus obras respectivas, siempre que estas hayan sido creadas y hechas de conocimiento público con el consentimiento de los autores de las obras preexistentes o de sus derechohabientes, y con la debida remuneración a los mismos. (Cuba, 28 de diciembre de 1977) Disponible en: <https://www.gacetaoficial.gob.cu/html/leyderechoautor.html> Consultado el 1 de octubre de 2017.

que las expresiones derivadas de obras originales son equiparadas a obras originales siempre que no demeriten el valor de una obra preexistente.

CONCLUSIONES

En los instrumentos internacionales y regionales abordados se aprecia que existe protección de los derechos culturales (lengua, producción cultural, participación cultural, patrimonio cultural, acceso a la cultura) como derecho humano fundamental, destacándose la ausencia de una definición precisa sobre estos.

La doctrina internacional al respecto también no posee una definición clara, lo que evoca la necesidad de un diálogo multidisciplinar y heterogéneo, si bien debemos reconocer que la complejidad que envuelve los derechos culturales hace que resulte difícil asumir un único concepto de manera uniforme y universal.

Ciertamente la ausencia de definiciones precisas sobre los derechos culturales en el ámbito internacional provoca que cuestiones como la diversidad cultural se vea amenazada en el espacio virtual, de ahí la existencia de violaciones y desequilibrios en favor de un excesivo proteccionismo y pocas oportunidades para los usuarios de la red como se vio en los casos ejemplificados.

Los derechos culturales juegan hoy un papel primordial en el ámbito de internet y el consumo cultural, si la manera en que es consumida la cultura ha cambiado radicalmente con internet, entonces es de vital importancia la existencia de definiciones más claras ajustadas a derecho para evitar la proliferación de conflictos transnacionales en internet.

BIBLIOGRAFÍA

Cees, H. (1999). *Digital Fatso en Mensenrechten in cyberspace*. Amsterdam: Boom.

Cuba. (1977, diciembre 28). Ley 14 de Derecho de Autor . *Ley de derecho de autor* . La Habana , Cuba : Gaceta Oficial.

Elsevier Inc. et al v. Sci-Hub et al., 1:2015cv04282 (Distrito de New York 2015).

Freire, P. (1970). *Cultura freedom in latin american*. Notredame.

Leisa, C. (2012). *Cultura y derecho internacional*. Alcalá: Universidad de Alcalá.

Mercosur. (1997, mayo 23). Protocolo de Integración Cultural . *Protocolo de Integración Cultural n°1086*. Fortaleza, Ceará, Brasil: Mercosur.

- Muniz, S. (1988). *A verdade seduzida: por um conceito de cultura no Brasil*. Rio de Janeiro : Renovar.
- OEA. (1969, noviembre 22). Pacto sobre derechos fundamentales de San José . *Pacto sobre derechos fundamentales de San José* . San José , Costa Rica: OEA.
- OEA. (1988, noviembre 17). Protocolo de San Salvador. *Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales*. San Salvador, El Salvador: OEA.
- ONU. (1948, diciembre 10). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Ginebra, Suiza: ONU.
- Palmier v Estefan , 88F.3d136(2da Circ 1996) (Los Angeles 1996).
- Peña, O. A. (2010). *Protección de las obras de la cultura popular tradicional por el derecho de autor: especial referencia a Cuba*. La Habana: Abril.
- Smiers, J. (2006). *Un Mundo sin copyright. Artes y medios en la globalización*. Edi:Gedia. Barcelona,2006. Barcelona: Gedia.
- Symonides, J. (2010, marzo 1). international implementation of cultura rights. *Gazette*, pp. 8-24.
- Unesco. (1982). Declaración de México sobre las políticas culturales. Mexico, DF, Mexico: Unesco.
- Unesco. (2005, octubre 20). *Convención sobre protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales*. Paris, Francia: Unesco.
- Vasak, K. (1984). *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*. Paris: Unesco.
- Walsh, C. (2009). *Interculturalidad, Estado,sociedad. Luchas (de)coloniales de nuestro tiempo* . Quito : Universidad Andina.
- Yanes, L. M. (2014). Los derechos culturales como derechos en desarrollo: una aproximación. *Anuario Multidisciplinar para la modernización de las administraciones públicas*, 22-48.