



**UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**  
**Sede Centro**  
**Carrera de Abogacía**

**“El Derecho de Autor frente al Derecho de Acceso a la  
Cultura: propuestas de flexibilización al régimen  
actual”**

**Autor:** CABALLERO, Ezequiel Andrés\*.

**Tutora:** Dra. RAYA DE VERA, Eloísa.

**Título al que aspira:** Abogado.

**Fecha de presentación:** septiembre 2013.

---

\* Mail: ezequiel.caballero33@gmail.com



(Obra sujeta a Licencia *Creative Commons* by-sa Internacional 4.0)

Usted es libre para:

**Compartir** — copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato

**Adaptar** — remezclar, transformar y crear a partir del material

**Para cualquier propósito, incluso comercialmente**

**El licenciante no puede revocar estas libertades en tanto usted siga los términos de la licencia**

Más información: [http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.es\\_AR](http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.es_AR)

Licencia: <http://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/legalcode>

*A mi pequeña y amada familia, y en especial  
a mi madre, por su incondicional apoyo  
en todos mis proyectos...*

## INTRODUCCIÓN

La propiedad intelectual se refiere en términos extensos a todas las creaciones cuyo origen es el ingenio humano. La misma suele dividirse en dos grandes ramas como ser el “Derecho de Autor” y la “Propiedad Industrial”. El primero (sin perjuicio del segundo), tiende en el plano jurídico a la protección de bienes *inmateriales*, de naturaleza intelectual y de contenido creativo cuyo distintivo básico yace en la *originalidad*. Aquél es el que presenta en tiempos actuales grandes desafíos en lo que se refiere a su correcta regulación y hace al objeto del presente trabajo, mediante una concreta propuesta de reforma legislativa que torne un obrar masivo – tipificado, antijurídico y punible – por necesidades justificadas, en un ejercicio legítimo del derecho sin vulnerar los principios base del derecho de autor.

En consecuencia, la máxima distinción de los alcances de esta tesina, reside en torno a la interacción del Derecho de Autor frente al Derecho de Acceso a la Cultura desde la perspectiva de este último derecho humano, por medio de un análisis pormenorizado de los problemas que experimentan instituciones cuyo rol es garantizar el acceso a los bienes culturales (bibliotecas, archivos, centros de documentación, entre otros), del mismo modo que en forma individual, los sujetos activos de la leyes nacionales 11.723 (puntualmente art.72 inc. a), denominada “Régimen Legal de la Propiedad Intelectual”, y 25.446, denominada “del Fomento del Libro y la Lectura”, ven disminuidas sus facultades de uso sobre las obras de autor que gozan de protección, debido a la rigidez que presentan aquellas en su aplicación.

Motivo de ello, la hipótesis principal que se sostiene en primer orden, tiende a afirmar que:

**“La existencia mínima de excepciones en la aplicación de la ley 11.723, en particular restricciones de carácter no remunerativas que exoneren de responsabilidad al usuario de obras literarias, científicas o artísticas, con fines educativos y/o de investigación sin previa autorización de su autor y pago por dicho derecho, atenta contra el derecho de acceso a la cultura y su difusión”**

En segundo orden, y a colación de lo anterior, se presentan como hipótesis secundarias algunas afirmaciones que, dado su principio accesorio, se encuentran unidas a la principal:

- 1) La aplicación del art.9º párr. 2do, del Convenio de Berna y por ende, reforma de la ley nacional 11.723 (Propiedad Intelectual), dará lugar a la promoción de la cultura y un debido acceso a ella.
- 2) Los límites excesivos con que cuenta la ley N° 11.723 para la explotación/uso de una obra protegida vulneran el funcionamiento de los servicios bibliotecarios como consecuencia de la ausencia absoluta de excepciones a su favor.
- 3) La protección dada al autor de una obra literaria/científica/artística por la normativa vigente sin regular la situación particular de las obras huérfanas, hace lícitamente imposible su difusión, generando una pérdida en el patrimonio cultural.
- 4) La “originalidad” como presupuesto de existencia de la protección reconocida por el derecho de autor, guarda un estrecho vínculo en su origen con la inspiración que nace y crece con el debido acceso a la cultura y hace por tanto necesaria, una re-definición de sus alcances.

Con el fin de contrastar estas deducciones, el trabajo toma como referencia una amplia variedad de bibliografía actualizada, la cual comprende como base documental:

- Análisis de instrumentos jurídicos (nacional / extranjero / internacional), sobre los cuales se realiza una traducción del inglés al español, caso de normativa estadounidense para fines de derecho comparado;
- Recolección de doctrina y jurisprudencia (nacional / internacional). En este caso puntual, el trabajo se vale de:
  - Libros: tanto de autores nacionales reconocidos en la materia (Lipszyc, Goldstein, Emery, Villalba, Busaniche, entre otros), como extranjeros que tratan de manera profundizada el Derecho de Acceso a la Cultura (Navarrete, Lessig, Stallman, entre otros).
  - Artículos especializados: en su mayoría publicados en la revista jurídica La Ley por autores nacionales, entre otros.
  - Estudios de investigación: de manera fundamental, se hace uso de estudios especiales que fueron encomendados por UNESCO y la OMPI a diversos especialistas de distintas nacionalidades. Sólo en algunos casos se acude a estudios que no provienen de estos organismos.
- Lectura y transcripción de documentos no jurídicos: conferencias / ensayos / opiniones. Última fuente de manera excepcional, con fines de complementar la información agregada.

La metodología de trabajo empleada por ende, versa sobre un desarrollo esencialmente descriptivo de la problemática tratada, a través de la aplicación de un método mixto inductivo-deductivo, sobre ciertos aspectos que nutren a la cuestión, desde la evaluación de las incidencias económicas y socio-políticas que confluyen en las relaciones entre los estados que conforman la comunidad internacional respecto de la regulación del derecho de autor – en cuyo caso adquiere relevancia el uso del derecho comparado y los estudios que se acompañan – hasta las particularidades que se presentan en el orden nacional producto de la normativa vigente en contraste con ciertos derechos humanos individuales como ser el acceso al conocimiento, cultura y educación, como estadios previos para una íntegra libertad de expresión, elementos que en su conjunto son indispensables para una vida digna, y esto motivo de la concepción del derecho que se adopta en el presente, en particular, su correlato y adecuación al medio social y su incipiente vínculo al bien común.

En cuanto a la estructura de desarrollo del trabajo y con el objeto de lograr una dinámica comprensible a modo de guía, el presente se divide en tres (3) grandes capítulos, ha saber:

Capítulo I): se delimitan las características esenciales que hacen al Derecho de Autor conforme legislación nacional y normativa internacional, de modo tal que se comprenda en un sentido abarcador su importancia en el plano no solo de los derechos humanos sino además su impronta en el obrar creador de los individuos que conforman la sociedad, para lo cual, el desarrollo de antecedentes históricos, naturaleza jurídica, objeto y sujetos del derecho, duración de la protección, aspectos penales y excepciones y límites actuales son algunas de sus características analizadas. No obstante, se acompañan también una serie de objeciones a ciertos institutos que lo rigen, lo cual sirve de antesala para enunciar las incidencias negativas que se observan en la práctica y motivan los argumentos posteriores para el advenimiento de una reforma legislativa en la materia.

Capítulo II): exclusivamente se desarrolla lo que se entiende por “estado del arte”, esto es, la interrelación del Derecho de Autor frente al Derecho de Acceso a la Cultura en el plano internacional y su relación en el orden local, aportando al caso no sólo aspectos jurídicos que comprende la temática elegida, sino a su vez, cuestiones de índole

sociológica y económica que innegablemente penetran en el campo de estudio en análisis, los cuales constituyen las causas y fundamentos generales de la propuesta de reforma legal que se acompaña al final del mismo, de modo enunciativo.

Capítulo III): se expone, como última etapa del trabajo, las causas puntuales que dan origen al planteo de reforma de las leyes 11.723 y 25.446, en cuanto a la creación de excepciones que comprendan la situación actual de las bibliotecas, archivos y centros de documentación en general frente a la regulación vigente, junto con la problemática de las “obras huérfanas”, del mismo modo que se incluye el “uso personal” como otro tipo de excepción frente a los derechos reprográficos de los autores. Se acompañan a su vez, una serie de antecedentes sobre otros proyectos ya presentados en el Congreso Nacional junto con críticas puntuales en cuanto a la redacción y/o extensión de los mismos. También, con el fin de sacar provecho de la experiencia vivida en otros países, se hace uso del derecho comparado como mecanismo de referencia para los cambios propuestos. Finalmente, por cada excepción sugerida, se presenta una redacción personal del artículo a incorporar a las leyes mencionadas, para su futuro trámite parlamentario, las cuales se contrastan con la conclusión final del trabajo.

El objetivo clave detrás de estos lineamientos, el cual se reitera es de carácter revisionista para con las normas positivas en análisis, tiene su origen en la propia experiencia como alumno universitario y las vicisitudes en la obtención de material de estudio actualizado y accesible, lo cual ha servido como incentivo para una interiorización de la temática señalada, a modo de contribuir mínimamente a la pronta resolución del estado de ineficacia generalizada que observa el régimen jurídico actual. Atento esto, y de manera adicional, del listado bibliográfico que se acompaña al final del trabajo se transcriben los links desde los cuales se podrá consultar por Internet una serie de obras que se encuentran sujetas a una licencia *Creative Commons* o bien, aquellas que han sido dispuestas para su consulta por sitios oficiales autorizados para ello.

# CAPÍTULO I

## **DERECHO DE AUTOR**

### **– Análisis introductorio –**

*“Incurrer en nuestra severa condenación aquellos que, robando los escritos a los demás, los hacen pasar como propios. Y de la misma manera, los que no sólo utilizan los verdaderos pensamientos de los escritores, sino que se vanaglorian de violarlos, merecen reprehensión, incluso un severo castigo como personas que han vivido de una manera impía.”*

Marco Vitruvio (Roma - siglo I a.C.)

SUMARIO: 1. Antecedentes del Derecho de Autor. 2. Derechos de Propiedad Intelectual: diferencias de la propiedad industrial con el derecho de los autores. 3. Derecho de autor: sobre su naturaleza jurídica. 4. Características del derecho de autor: diferencias con el *copyright*. 5. Límites y excepciones al derecho de los autores: ley nacional 11.723. 6. La gestión colectiva de derechos: la sociedad de autores. 7. Medidas tecnológicas de protección: ¿la elusión es lícita? 8. Aspectos penales del derecho de autor: regulación de las leyes nacionales 11.723 y 25.446. 9. La importancia del derecho de autor: su doble incidencia.-

## 1. Antecedentes del derecho de autor.

A lo largo de la historia, la preocupación relativa a la autoría de obras intelectuales y su conservación ha sido tema de debate y disidencia. Pese a ser un asunto actualmente en boga dado por las implicancias de la globalización, en particular, la expansión de las fronteras de la información a través sobre todo del uso de Internet como plataforma de intercambio, la “autoría” es una concepción que ha estado presente en la humanidad desde el surgimiento principalmente de la escritura, luego de superada la etapa de la exclusiva transmisión del conocimiento oralmente (con los riesgos que conlleva el estudio de enseñanzas de forma memorística y pérdida de contenido al pasar de generación en generación). En un principio señala la Dra. Delia Lipszyc “la creación intelectual se regía por el derecho de propiedad común. Al crear una obra literaria o artística el autor producía una *cosa* –el manuscrito, la escultura- de la cual era propietario y que podía enajenar como cualquier otro bien material”, además es importante resaltar que “copiar y hacer circular el libro de otro autor podían ser consideradas como loables actividades”<sup>2</sup>. La Dra. Mabel Goldstein señala por su parte que “el antecedente histórico más remoto del derecho de autor se encuentra en Cicerón, quien en su obra *Los tópicos*, se refirió a la 'cosa incorpórea' como algo diferenciable de otras cosas o bienes jurídicos.”<sup>3</sup>

La creación de la imprenta por Gutenberg potenció la difusión de ideas, de un plano reducido de habitantes a una masificación de receptores dado por, continúa Lipszyc, el abaratamiento de costos y la reproducción de libros en grandes cantidades, haciendo ya abandono del sistema de reproducción manuscrito que se extendió por dos mil años (V a.C. – XV d.C.). Esto dio lugar, pese al alto índice de analfabetos, a un negocio que requería nueva regulación normativa a fin de delimitar los parámetros dentro de los cuales se explotaría comercialmente la difusión del conocimiento, sin considerar en principio, el derecho moral del autor. La primera solución histórica fue la concesión de privilegios de imprenta, es decir, monopolios de explotación que el poder público concedía a impresores y librerías durante un plazo estipulado siempre que hubieran superado la prueba de la censura, la cual básicamente consistía en el control estatal que se ejercía sobre doctrinas que fueran peligrosas a los soberanos de turno. El

---

<sup>2</sup> Lipszyc, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, Ed. Zavallía, 1993, pág.29.

<sup>3</sup> Goldstein, Mabel, *Derecho de autor*, Buenos Aires, Ed. La Rocca, 1995, pág.31.

más antiguo privilegio concedido proviene de la República de Venecia, en 1469 a favor de Giovanni da Spira, por un plazo de cinco años<sup>4</sup>.

En 1710, el Estatuto de la Reina Ana de Inglaterra, fue la primer respuesta concreta a las inquietudes plasmadas por los autores en referencia a sus derechos y a la libertad de imprenta, donde medió una sustitución de privilegios feudales (lo que era un monopolio de imprenta, comandado en Londres por la Stationers Company), por el reconocimiento de derechos exclusivos a favor de los autores por catorce años, pudiendo ser extensibles por otro plazo igual si aún continuaban con vida. Media posteriormente para el autor un cambio en su derecho que, al decir la Dra. María Huerta, “le es propio por derecho natural sin necesidad de que le sea jurídicamente otorgado”<sup>5</sup>. El cumplimiento de este Estatuto sin embargo no fue inmediato, dado que el monopolio editorial sustentaba la tesis de un derecho a perpetuidad, basándose en la jurisprudencia, al entender que aún vigente esta regulación, aquella era independiente de lo sentenciado por los jueces en otras causas. Recién en 1774 a través del caso *Donaldson contra Beckett*, la Cámara de los Lores “con una mayoría de dos a uno (22 a 11) votaron en contra de la idea de los copyrights a perpetuidad. Sin importar cómo se entendiera la jurisprudencia existente, el copyright estaba ahora fijado por un tiempo limitado, después del cual la obra protegida por el copyright pasaba al dominio público.”<sup>6</sup>

Comienza a surgir por esos años, en diversos Estados de Europa y EE.UU., legislación que tiende a otorgarle al autor cada vez más derechos particulares. Se observa como ejemplo claro<sup>7</sup>:

- Inglaterra (1833): sanción de la *Dramatic Copyright Act*, que reconoce el derecho de representación y ejecución pública de las obras. Luego se regularía la protección sobre obras artísticas (1862) y musicales (1882).
- España (1763-1764): el rey Carlos III dispuso a través de real ordenanza la facultad exclusiva que tiene el autor de imprimir su obra, privilegio que luego de su muerte se extiende a sus herederos.
- Francia (1777): se dictaron seis decretos emanados de Luis XVI por los cuales se “reconoció al autor el derecho de editar y vender sus obras y se crearon dos

---

<sup>4</sup> Lipszyc, Delia, ob. cit., pág.31.

<sup>5</sup> Huerta, María V., “Aspectos penales del derecho de autor”, en Revista La Ley, T. 1980-B, pág. 810.

<sup>6</sup> Lessig, Lawrence, *Por una Cultura Libre. Cómo los grandes grupos de comunicación utilizan la tecnología y la ley para clausurar la cultura y controlar la creatividad*, (traducción Córdoba, Antonio), Madrid, Ed. Traficante de Sueños, 2005, pág.110.

<sup>7</sup> Lipszyc, Delia, ob. cit., págs.32-34.

categorías diferentes de privilegios”, una para editores y otra reservados a los autores. Posteriormente en 1789 la Asamblea Constituyente de la Revolución derogó los mismos y dictó recién en 1791 el decreto 13-19 complementado por el decreto 19-24 de 1793. Ambos fueron de importancia al beneficiar al autor con el derecho exclusivo de representación, distribución y venta, haciendo abandono de la filosofía focalizada en las restricciones a la copia, de la Reina Ana.

- Estados Unidos de América (1790): la ley federal de copyright siguió el modelo inglés.

La inclusión del derecho de autor en la Constitución nacional de muchos países de finales del siglo XVIII permitió por otra parte a los tribunales de justicia aplicar tal derecho sin la existencia previa de una ley específica dictada para tal efecto.

A partir de fines del siglo XIX comienza un cambio profundo a nivel internacional con la celebración en primer lugar de tratados bilaterales en materia de derecho de autor entre diversos Estados, lo que devino en la actualización de sus leyes nacionales en la materia. En el año 1886 con la suscripción al Convenio de Berna “Para la protección de obras literarias y artísticas”<sup>8</sup>, los Estados Parte pasaron a formar una “Unión internacional” comprometida a garantizar la protección de los derechos del autor sobre dichas obras, dando comienzo a una serie de convenciones multilaterales que son de vital importancia para el devenir de la propiedad intelectual, a saber:

- *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948): proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, se reconoce al derecho de autor como un derecho humano en el art.27 inc.2 de la misma.
- *Convención Universal sobre Derechos de Autor* (1952/1971): firmada en Ginebra y revisada en 1971 en París, reafirma el compromiso de los Estados a nivel mundial para la protección de tal derecho, agregando a su vez, a las obras científicas dentro de dicho marco.
- *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (1966): se receptan los principios del art.27 de la Declaración Universal de 1948, en el art.15, inc.1 (c).
- *Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual* (1967): firmado en Estocolmo, da origen a la OMPI a fin de mejorar la comprensión y colaboración entre los Estados miembros para la estimulación de la actividad creadora y protección de la propiedad intelectual.

---

<sup>8</sup> Revisada por última vez en 1971, París.

- *Acuerdo sobre los ADPIC (Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio - 1994)*: también conocido por sus siglas en inglés: “TRIPS”. Se llevó a cabo en Marrakech, Marruecos, y tiene en principio por objeto, evitar que en el marco del Sistema Multilateral de Comercio, las medidas y procedimientos destinados a la aplicación y regulación de los derechos de autor no se tornen en un obstáculo para el comercio legítimo.
- *Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (1996)*: conocido por sus siglas en inglés como “WTC”, innova en materia de regulación internacional al considerar el impacto ocasionado por las tecnologías de la información y comunicación (TIC). Pondera la protección dentro del marco de los derechos de autor de: programas informáticos / sistema de base de datos / medidas tecnológicas de protección / entre otros.

Respecto a los tratados internacionales regionales, es de importancia mencionar que en lo que hace a la propiedad intelectual en materia “literaria”, se observan los siguientes acuerdos:

- *Tratado de Montevideo sobre Propiedad Literaria y Artística (1894)*;
- *Convención sobre la Propiedad Literaria (Buenos Aires - 1910)*;
- *Convención Interamericana sobre Derechos de Autor en obras literarias, científicas y artísticas (Washington - 1947)*

En cuanto al derecho interno argentino, se considera en primer orden la Constitución Nacional que en su art.17, 5ta oración, expresamente determina: “Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley”. Así, desde mitad del siglo XIX y hasta 1933, “se presentó una serie –bastante numerosa- de proyectos legislativos cuyo objetivo fue la regulación del derecho de autor; si bien no todos prosperaron, dos de ellos dieron como resultado la ley 7092 del 23 de septiembre de 1910 y la ley 9510 del 10 de octubre de 1914, ambas insuficientes, por lo que finalmente, fueron derogadas por la ley 11.723, publicada el 30 de septiembre de 1933”<sup>9</sup>. Ya en 1994, la reforma constitucional en principio no modificó lo dispuesto en la materia por el art.17, no obstante en la parte orgánica, sobre las “Atribuciones del Congreso”, art.75 inc.19, última parte, se dispuso: “dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y

---

<sup>9</sup> Goldstein, Mabel, ob. cit., pág.35.

circulación de las obras de autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales”, lo cual bien puede interpretarse como una complementación.

## **2. Derechos de Propiedad Intelectual: diferencias de la propiedad industrial con el derecho de los autores.-**

Es preciso puntualizar que los derechos de propiedad intelectual se encuentran categorizados en dos ramas definidas de diferente naturaleza: “derecho de autor” y “propiedad industrial”. Al respecto la especialista en la materia, Dra. Delia Lipszyc, determina que “mientras algunos se originan en un acto de creación intelectual y son reconocidos para estimular y recompensar la creación intelectual (derecho de autor), otros, medie o no creación intelectual, se otorgan con la finalidad de regular la competencia entre productores (propiedad industrial)”<sup>10</sup>. En este sentido, las patentes, marcas, dibujos y modelos industriales así como la protección dada contra la competencia desleal son materia de regulación del derecho de propiedad industrial. Mientras que, las obras literarias, musicales, científicas y artísticas, en un sentido abarcador, lo son para el derecho de autor. Ambos no obstante, tienen por objeto bienes inmateriales.

La Convención de Estocolmo de 1967, enmendada en 1979, que como se dijo diera origen a la OMPI, brinda una conceptualización general de lo que se entiende por “propiedad intelectual”. A partir de su art.2º determina “que a los efectos del presente Convenio se entenderá por *Propiedad Intelectual* los derechos relativos:

- a las obras literarias, artísticas y científicas (*derecho de autor*),
- a las interpretaciones de los artistas intérpretes y a las ejecuciones de los artistas ejecutantes, a los fonogramas y a las emisiones de radiodifusión (*derechos conexos*),
- a las invenciones en todos los campos de la actividad humana (*derecho de patentes*),
- a los descubrimientos científicos (*derecho de los científicos*),
- a los dibujos y modelos industriales (*derecho de dibujos y modelos industriales*),
- a las marcas de fábrica, de comercio y de servicio, así como a los nombres y denominaciones comerciales (*derecho de marcas*),

---

<sup>10</sup> Lipszyc, Delia, ob. cit., pág.13.

- a la protección contra la competencia desleal, y todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industriales, científico, literario y artístico (*disciplina de la competencia desleal*).”<sup>11</sup>

Si bien las diversas materias comprendidas en los derechos intelectuales tienen su propia área de regulación, no es posible una completa separación dado los elementos homogéneos que se pueden presentar en el desarrollo de la labor inventiva humana, por ejemplo y como puede suceder a menudo, caso de dibujos y modelos industriales en contraposición a las obras artísticas. Empero la distinción en dicho caso podría estar dada por la aplicación material o no de la expresión u obra artística en un producto, ornamento, u otros supuestos. Sin embargo se agrega que, conforme Goldstein, “la expresión *derechos de autor* indica una referencia exclusiva a los derechos humanos, motivo por el cual no se puede hablar de sinonimia entre esta expresión y la de *propiedad intelectual*”<sup>12</sup>.

Pese a estas distinciones, el trabajo tendrá únicamente en cuenta dentro del espectro de “derechos intelectuales”, la normativa vigente (nacional/internacional) referida exclusivamente al “derecho de autor”, excluyendo la rama puntual de “derecho de propiedad industrial”, haciendo uso no obstante del término genérico “propiedad intelectual”, pero siempre referido al primer supuesto salvo aclaraciones expresas.

### 3. Derecho de autor: sobre su naturaleza jurídica.-

Como primer supuesto se entiende, conforme manifiesta Lipszyc, que el derecho de autor “reconoce en cabeza del creador de dichas obras intelectuales facultades exclusivas, oponibles *erga omnes*, que forman el contenido de la materia”, las cuales se dividen en dos derechos<sup>13</sup>:

- Derecho moral: se trata de “facultades de *carácter personal*” (por ende, extrapatrimonial), en principio ilimitadas, que tutelan la “personalidad del autor en relación con su obra” a fin de garantizar (y respetar con el reconocimiento) sus “intereses intelectuales”. Aquél comprende siguiendo a Lipszyc:

---

<sup>11</sup> Lo que se encuentra entre paréntesis corresponde a la clasificación puntual que realiza Lipszyc, al analizar el articulado de dicha norma internacional (Lipszyc, Delia, ob. cit., pág.14).

<sup>12</sup> Goldstein, Mabel, ob. cit., pág.41.

<sup>13</sup> Lipszyc, Delia, ob. cit., págs.11-12.

- Derecho de divulgación: se refiere en particular, a la facultad de optar por la no publicación de la obra manteniéndola “reservada en la esfera de su intimidad”.
  - Derecho al reconocimiento: es decir, distinguir su “paternidad intelectual” respecto de la obra.
  - Derecho a la integridad y respeto de su creación: la no modificación, alteración, adulteración, o vulneración de su obra, garantizando la conservación del contenido original salvo que mediará expresa autorización en contrario.
  - Derecho de arrepentimiento: se refiere al retiro de la obra del circuito comercial por cuestiones libradas a la voluntad exclusiva de su autor, por ejemplo por “cambio de convicciones”.
- Derecho patrimonial: su contenido claramente es de carácter económico, de duración limitada, basado en la “explotación de la obra”, a fin de redituarse al autor un beneficio pecuniario. Su ejercicio es personal o por tercero autorizado para la:
    - Reproducción: en soporte material a través de edición, reproducción mecánica, digital, etc.
    - Comunicación pública: por la vía oral a través de ejecución pública, radiodifusión (radio-televisión), exposición, recital, lectura, etc.
    - Transformación: implica una readaptación o modificación de la obra.

Esta composición de derecho doble, unido sobre el eje común del derecho de autor, al menos conforme se sostiene actualmente por parte de la doctrina a través de la *Teoría de los derechos intelectuales*, es lo que permite distinguir a aquél del denominado “derecho real”, al concebir la existencia de un derecho de orden personal: el derecho moral. Así lo sostiene por ejemplo la Dra. María Huerta, quien expresa: “las diferencias entre los derechos intelectuales y el derecho real de dominio son varias y profundas: pero la más importante es la presencia del derecho moral”<sup>14</sup>.

En el orden nacional, la ley 11.723<sup>15</sup> no hace una clara distinción entre ambos derechos que conforman la propiedad intelectual, sin perjuicio de ello, la doctrina ha identificado que en lo que se refiere a *derecho patrimonial*, aquél es reconocido a partir

---

<sup>14</sup> Huerta, María V., artículo cit.

<sup>15</sup> Sancionada el 26 de septiembre de 1933. Publicada en B.O. el 30 de septiembre de 1933. Reglamentada por decreto nacional 41.233, sancionado el 3 de mayo de 1934, publicado en B.O. el 30 de septiembre de 1934.

de su art.2º: “el derecho de propiedad de una obra científica, literaria o artística, comprende para su autor la facultad de disponer de ella, de publicarla, de ejecutarla, de representarla, y exponerla en público, de enajenarla, de traducirla, de adaptarla o de autorizar su traducción y de reproducirla en cualquier forma”. Mientras que, más difícil ha sido lograr una identificación del *derecho moral* en la normativa vigente, aunque a mediado una asertiva vinculación de aquél con el art.52 de la ley nacional, la cual expresa: “Aunque el autor enajenare la propiedad de su obra, conserva sobre ella el derecho a exigir la fidelidad de su texto y título, en las impresiones, copias o reproducciones, como asimismo la mención de su nombre o seudónimo como autor”. Sin perjuicio de ello, el Convenio de Berna en su art.6 bis determina la existencia del derecho moral en forma independiente del derecho patrimonial.

En cuanto a las características de los derechos que comprende el derecho moral, agrega Goldstein, “son inalienables, irrenunciables, inembargables, inejecutables e inexpropiables a favor del autor y más allá de la negociación que hubiera efectuado sobre su obra, son consideradas normas absolutas e inherentes a su persona; por lo tanto inderogables por acuerdo de partes”<sup>16</sup>. Por ejemplo, en la transmisión de dominio de una cosa corpórea a través de la venta conforme a las reglas del derecho interno (civil-comercial), no existe el arrepentimiento por exclusiva voluntad del enajenante aún cuando medie pago de daños y perjuicios (salvo supuestos particulares como incluir una cláusula de retroventa en el contrato de compra-venta, donde no obstante la voluntad no es exclusiva sino que media un consentimiento mutuo de ambas partes). Diferente es el caso del derecho de autor, donde la transmisión de los derechos patrimoniales como ser la explotación económica de la obra por tercero, no es permanente, y el arrepentimiento opera como un acto lícito (sin perjuicio de una indemnización al afectado). No obstante la distinción, el Dr. Guillermo Borda señalaba que “Esta dicotomía entre derecho patrimonial y moral de autor sólo puede aceptarse para facilitar la exposición del tema y para sistematizar las distintas facultades emanadas del derecho de autor. Pero sustancialmente, éste es uno. Lo que la ley protege es la creación, la obra intelectual. Y lo hace porque es una emanación de la personalidad; un parto espiritual, un desprendimiento —casi diría un desgarramiento— del artista o científico. Es decir, que el fundamento de la protección legal está más allá, es más profundo que lo meramente patrimonial. Aunque también se protege las derivaciones patrimoniales de la creación artística o científica; pero lejos de ser este derecho patrimonial lo esencial, no es sino

---

<sup>16</sup> Goldstein, Mabel, ob. cit., pág.43.

una derivación o consecuencia de la protección integral al artista o científico y su obra”<sup>17</sup>.

Esto hace a la naturaleza jurídica del derecho de autor, y aún cuando otras teorías conformen perspectivas doctrinales divergentes<sup>18</sup>, el objetivo de este trabajo no es abordar la complejidad del caso, dado los límites del mismo. Sin embargo, es dable advertir la dicotomía entre la “propiedad común” propia de los Derechos Reales, y aquella que surge de la llamada “propiedad intelectual”, poniendo el acento no sólo en la doble concepción (moral/patrimonial) de esta última, sino además, la no asimilación entre ambas por la tradición jurídica argentina. Y es que, el propio derecho positivo internacional determina una regulación particular, con reglas propias e interpretaciones que distan al momento de su aplicación, de ser considerados ambos tipos de propiedad, como naturalmente iguales. Así en lo que se refiere por ejemplo al derecho positivo estadounidense, donde prima la concepción del *copyright*, el especialista en derecho constitucional e informático, Lawrence Lessig ha expresado: “siempre hemos tratado los derechos en el campo de la propiedad creativa de una manera diferente a los derechos otorgados a los dueños de cualquier otra propiedad. Nunca han sido iguales. Y nunca deberían ser iguales, porque, por mucho que parezca ir contra nuestra intuición, hacer que fueran iguales debilitaría fundamentalmente la oportunidad de crear para los nuevos creadores. La creatividad depende de que los dueños de la creatividad no lleguen a tener un control perfecto”<sup>19</sup>. Basta con mencionar como ejemplo claro lo que nuestra propia Constitución Nacional consigna en el art.17 al determinar lo que por interpretación parece ser una distinción de “propiedades”. La primera parte hace referencia a la “propiedad común” sujeta al supuesto de expropiación previa indemnización y declaración por ley de utilidad pública, lo cual, es distinto en caso del autor/inventor respecto de su obra/invento, cuya propiedad exclusiva está sujeta a un plazo definido por ley interna lo que permite inferir la no necesidad de expropiación y posterior afectación para que aquella, cumplido el plazo, pase a formar parte del llamado “dominio público”. Por último, si se parte desde una concepción ius-naturalista, bien puede sostenerse que el derecho de autor no es un “derecho natural” (en su faz

---

<sup>17</sup> Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil – Derechos Reales*, Tomo II, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1992, pág.534.

<sup>18</sup> Lipszyc se refiere a las diversas teorías que históricamente delinearon la forma de interpretar la naturaleza jurídica del mismo (Lipszyc, Delia, ob. cit., págs.19-23).

<sup>19</sup> Lessig, Lawrence, ob. cit., pág.135.

patrimonial), por el contrario, se trata de un sistema creado y regulado por el Estado, que establece un monopolio “artificial” y “temporal” de explotación.

#### **4. Características del derecho de los autores: diferencias con el copyright.-**

A continuación se mencionan los elementos distintivos de este instituto, cuyo análisis se acompaña con lo regulado por la ley nacional 11.723 del “Régimen Legal de la Propiedad Intelectual”:

##### **4.1. Sujeto del derecho:**

Se trata en principio de una persona física, creadora de la obra, admitiéndose sólo por excepción la pluralidad de autores, como ser el caso de: 1) obra colectiva o; 2) en colaboración. La diferencia entre una y otra radica en que, en el primer supuesto media una indeterminación acerca de quiénes son los autores creadores de la obra, y cuyo objeto de creación escapa a los mismos. Distinto es el segundo supuesto, donde si bien existe pluralidad, la individualización es posible por destacarse las capacidades de los intervinientes en el proceso de creación, y por ende, no ser factible la división de la propiedad sin alterar la naturaleza de la obra (conforme art.17, ley 11.723). Por otra parte, se incluye en el art.8° de la ley de propiedad intelectual a las personas jurídicas como sujetos de derecho, para las cuales la extensión del plazo de protección es menor en comparación con el de las personas físicas.

El art.4° de la ley nacional menciona: “Son titulares del derecho de propiedad intelectual: a) el autor de la obra; b) sus herederos o derechohabientes; c) los que con permiso del autor la traducen, refunden, adaptan, modifican o transportan sobre la nueva obra intelectual resultante; d) las personas físicas o jurídicas cuyos dependientes contratados para elaborar un programa de computación hubiesen producido un programa de computación en el desempeño de sus funciones laborales, salvo estipulación en contrario”. No obstante se distingue dentro de la clasificación la no asimilación total entre autor-titular, puesto que no es lo mismo quien es efectivamente el creador de la obra y quienes se hayan facultados para el ejercicio de los derechos que le corresponden a dicho creador (ejemplo claro es en particular el inc. –b–). A su vez, se diferencia autor original de autor derivado, aunque en rigor, ambos sean *autores*. Por último y sin especificarlo la ley, el inc. (d), agrega el supuesto de creación de una obra en el marco de un contrato de trabajo, donde si bien se concede la potestad de ejercer los

derechos de autor al empleador, no se aclara si el carácter de “autor originario” o “creador de la obra” también le corresponde a este, aunque en principio se estaría en presencia de una obra de tipo *colectiva*. Goldstein expone que “se puede sostener que en la obra colectiva los autores reales han hecho una cesión legal del ejercicio de sus derechos al organizador de la misma, aunque la ley no lo diga expresamente”<sup>20</sup>. En este sentido el art.16 de la ley nacional expresa “Salvo convenios especiales los colaboradores de una obra disfrutan derechos iguales; los colaboradores anónimos de una compilación colectiva, no conservan derecho de propiedad sobre su contribución de encargo y tendrán por representante legal al editor”.

#### **4.2. Objeto del derecho:**

La *creación intelectual*, en particular, obras que revistan originalidad o individualidad sobre el “producto de la creación”<sup>21</sup>, son el objeto de protección por excelencia del derecho de autor. Comprende como se dijo, una doble custodia: moral/patrimonial. Se aclara que la protección jurídica que brinda este instituto recae sobre la obra, entendida esta como “la expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente, y es apta para ser difundida y reproducida”<sup>22</sup>. De lo dicho surge que lo que resguarda la ley es la *expresión* del autor, no la *idea*. Así, en el ámbito internacional, el art.2° del WCT (Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor), puntualiza: “la protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí” (en idéntico sentido: art.9° inc.2 del TRIPS). Por su parte, en el plano nacional, el art.1° 2da parte, de la ley 11.723 aclara: “la protección del derecho de autor abarcará la expresión de ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos pero no esas ideas, procedimientos, métodos y conceptos en sí”.

Se incluye dentro del objeto de protección tanto la obra *original* como así también la obra *derivada* de ella, pues en ambos casos media una creación que implica un ejercicio intelectual por parte del autor, a partir de un modo particular de expresar la idea. En consecuencia, “puede existir *creación* a partir de una obra absolutamente

---

<sup>20</sup> Goldstein, Mabel, ob. cit., pág.70.

<sup>21</sup> Por “producto de creación”, Goldstein distingue dentro de su categoría a la obra original y obras derivadas como ser: 1. adaptaciones; 2. traducciones; 3. las audiovisuales (Goldstein, Mabel, ob. cit., pág.40).

<sup>22</sup> Lipszyc, Delia, ob. cit., pág.61.

nueva, en cuyo caso, decimos que es originaria, o puede haber creación a partir de una o varias obras ya creadas, esto es, una forma original de presentar obras existentes y; en esta ocasión, hablamos de *obras derivadas*, como podría ser, por ejemplo, una orquestación, una antología, un extracto, una adaptación, una traducción, una recopilación, una base de datos u otros”<sup>23</sup>. Se aclara que a los fines de la validez de la obra derivada, será requisito sustancial la expresa (no tácita) autorización por parte del autor originario, sin cuyo cumplimiento, la creación posterior se tornaría ilícita.

De manera extensa, el art.1º, 1era parte, de la ley 11.723 enumera de forma no taxativa las obras comprendidas dentro de la protección que brinda el derecho de autor, en particular las obras científicas, literarias y artísticas que incluyen “escritos de toda naturaleza y extensión, entre ellos los programas de computación fuente y objeto; las compilaciones de datos o de otros materiales; las obras dramáticas, composiciones musicales, dramático-musicales; las cinematográficas, coreográficas y pantomímicas; las obras de dibujo, pintura, escultura, arquitectura; modelos y obras de arte o ciencias aplicadas al comercio o a la industria; los impresos, planos y mapas; los plásticos, fotografías, grabados y fonogramas, en fin, toda producción científica literaria, artística o didáctica sea cual fuere el procedimiento de reproducción”. Vale aclarar que el *título* de la obra se encuentra sujeto a la protección siempre que sea original y la existencia de la obra se pueda verificar, esto así dada la integridad que se le concede a la misma aún cuando la norma de fondo no se expida sobre este particular.<sup>24</sup>

### **4.3. Génesis de la protección:**

El resguardo legal concedido a todo autor de una obra que reviste “originalidad” nace con su creación. El goce y ejercicio del derecho no está sujeto al cumplimiento de trámites de registro. En el caso de Argentina bien puede mediar una confusión ya que pareciera admitir el registro como requisito constitutivo del derecho. Es necesario distinguir por tanto “obra inédita” de “obra publicada” a los fines registrales y de acuerdo con lo regulado por ley 11.723. En el primer supuesto (obra inédita), el registro es a los fines de otorgar fecha cierta sobre la creación al tiempo que sirve como una presunción de autoría de quien presenta la obra para registrar, y conforme ello el art.59 de la ley 11.723 determina que el Registro Nacional de la

---

<sup>23</sup> Goldstein, Mabel, ob. cit., pág.59.

<sup>24</sup> Conforme art.19 segunda parte del decreto reglamentario de la ley 11.723 (Decreto 41.233/34): “siendo el título parte integrante de la obra, la oposición al registro por quien tenga otra con el mismo título será atendible cuando se trate de obras de la misma especie”.

Propiedad Intelectual procederá a publicar diariamente en el Boletín Oficial las obras presentadas a inscripción por un plazo de un mes, cumplido el cual, si no median oposiciones (ejemplo: denuncia de plagio), el Registro inscribirá definitivamente la obra, otorgándole al autor si así lo solicita, el *título de propiedad definitivo*. Para el segundo caso (obra publicada), si bien se debe cumplir con lo anterior y el registro es igualmente voluntario<sup>25</sup>, la diferencia radica en que para el correcto resguardo del monopolio de explotación de la obra será necesario que aquella se inscriba, puesto que de acuerdo con lo que dispone el art.63: “La falta de inscripción trae como consecuencia la suspensión del derecho de autor hasta el momento en que la efectúe (...) sin perjuicio de la validez de las reproducciones, ediciones, ejecuciones y toda otra publicación hechas durante el tiempo en que la obra no estuvo inscripta”, lo que quiere decir que terceros ajenos al autor podrán reproducir, ejecutar o realizar otros actos sobre la obra sin necesidad de autorización previa del autor ni pago de suma de dinero por el tiempo que dure la suspensión, la cual por ende funciona con efectos iguales, al de un verdadero dominio público.

Sobre estos aspectos, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han encargado de aclarar que en tanto medie originalidad con la creación, la obra goza desde su creación de la protección dada por la ley 11.723 y concordantes, por lo que el registro tiene un efecto “declarativo”. Dentro de la jurisprudencia actualizada se continúa con tal criterio, así en un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, del año 2006<sup>26</sup>, por medio del juez Dr. Escuti Pizarro, se determinó que “El derecho de autor de una obra no nace de su anotación en el Registro creado por la ley 11.723, sino de la misma obra, desde que ese recaudo sólo se dirige a las seguridades dispensadas al autor, como lo son la facultad patrimonial de exclusiva reproducción, reejecución o enajenación, consagrándose así una presunción *iuris tantum* de que lo que se inscribió es una creación original, cuyo autor o titular es el depositante” igualmente, “ha de producir todos sus efectos, respecto de terceros desde el momento de la creación de la obra”. De manera que el cumplimiento de la formalidad de registrar la obra importa un re-aseguro para el autor por la presunción *iuris tantum* (admitiendo prueba en contrario), que aquella es de su autoría y por tanto le corresponde el ejercicio de todas aquellas facultades que integran su derecho patrimonial (además claro está del

---

<sup>25</sup> Salvo la obligación personal que recae en el editor de la obra publicada, de efectuar su depósito dentro de los 3 meses de su aparición (conf. art.57 – ley 11.723), pues, caso de incumplimiento, será pasible de una multa de diez veces el valor venal del ejemplar no depositado (conf. art.61 – ley 11.723).

<sup>26</sup> CNCivil, sala A, 17/10/2006, “Zavalía, Héctor F. c/ Club Catalinas S.A.”.

reconocimiento de su autoría y otros aspectos del derecho moral), sin perjuicio de que, como se ha dicho, la protección legal nace desde el momento de la creación.

#### **4.4. Duración del derecho exclusivo:**

El art.17, 5ta oración, de la Constitución Nacional determina en forma clara: “Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley”, de manera que es potestad del Congreso Nacional, a través del dictado de la normativa correspondiente, consignar el tiempo de protección del que goza el autor en referencia a su obra, con lo que, afirmativamente nuestra Carta Magna admite en su texto una clara conclusión sobre el derecho de autor: éste no es perpetuo, necesariamente está sujeto a un plazo legal de vida útil.

Así, la ley nacional 11.723 hace una distinción a partir de dos artículos, en cuanto se trate de *persona física* o *persona jurídica* sobre quien recae la actividad creadora de la obra. Sobre el primer supuesto, el art.5° como regla general estipula que “la propiedad intelectual sobre sus obras corresponde a los autores durante toda su vida y a sus herederos o derechohabientes hasta setenta (70) años contados a partir del 1 de Enero del año siguiente al de la muerte del autor. En los casos de obras en colaboración, este término comenzará a contarse desde el 1 de Enero del año siguiente al de la muerte del último colaborador. Para las obras póstumas, el término de setenta años empezará a correr a partir del 1 de Enero del año siguiente al de la muerte del autor”. Por otra parte, en el supuesto de ausencia de herederos, lo que acarrea la declaración de “vacancia” de la herencia, “los derechos que aquél correspondiesen sobre sus obras pasarán al Estado por todo el término de Ley, sin perjuicios, de los derechos de terceros”. Respecto al segundo caso (persona jurídica), el art.8° puntualiza: “La propiedad intelectual de las obras anónimas pertenecientes a instituciones, corporaciones o personas jurídicas, durará cincuenta (50) años contados desde su publicación”. Por obras protegidas se hace referencia aquí exclusivamente a las obras escritas, dado que median salvedades en la ley nacional respecto por ejemplo de las obras fotográficas donde el plazo es de veinte años (20) desde la primera publicación o el caso de obras cinematográficas en que el plazo se extiende por cincuenta (50) años (conf. art.34).

Se debe considerar a su vez lo dispuesto por el art. IV de la Convención Universal sobre Derecho de Autor (revisada en 1971) que dispone en el inc.2 (a): “el plazo de protección para las obras protegidas por la presente Convención no será inferior a la vida del autor y veinticinco años después de su muerte”, del mismo modo, si los Estados regularon para ciertas obras que el inicio del plazo de protección es a

partir de la primera publicación (y no con la muerte del autor), el mínimo de veinticinco años sigue siendo aplicable en beneficio de los herederos o derechohabientes. Por otra parte, la Convención de Berna (Revisada también en 1971), extiende un plazo de protección general de cincuenta años luego de la muerte del autor o de la primera publicación (caso de obras anónimas o seudónimas), para el caso de obras literarias y artísticas conforme su art.7°. De lo dicho, resulta un plazo mínimo legal convenido a nivel internacional, con independencia de la regulación nacional que cada Estado pueda llegar a conceder, sin perjuicio de la facultad soberana de extender el mismo.

Resulta claro que no puede operar una prescripción adquisitiva para cualquier obra intelectual cuyo plazo de protección se encuentra cumplido<sup>27</sup>, dado que el resultado de dicho cumplimiento acarrea el acceso de la obra al dominio público (pagante o no), sin perjuicio de la operatividad de la prescripción para acciones tendientes a exigir indemnización o la aplicación de pena por vulnerarse el derecho de autor, para las cuales opera el art.4037 del Código Civil<sup>28</sup>.

Durante este plazo el autor goza, en el plano patrimonial, de un “monopolio de explotación” de su obra de carácter limitado por, lógicamente, el tiempo que consigna la ley. ¿Cuál es el fundamento de tal protección?, la intención primera del legislador es promover la creación intelectual que, en forma individual, le permita al autor una retribución económica que lo incentive a la producción continua del saber (si se habla de obras escritas particularmente) y, en forma general, signifique un beneficio social para toda la comunidad con el ingreso de la obra al dominio público cumplido el plazo estipulado. De esta forma se entiende que media un equilibrio entre el derechos de autor con el derecho de acceso a la cultura, aunque, como se verá más adelante<sup>29</sup>, esta solución legal debe ser analizado bajo la óptima de los tiempos modernos tecnificados y globalizados, donde ya el conocimiento ocupa un lugar que si bien desde siempre fue privilegiado, ahora constituye una necesidad humana para una prospera existencia, observando en particular elementos conexos al derecho de autor que lo nutren y modifican, en particular, la razón de ser de las limitaciones y/o excepciones al derecho de autor.

---

<sup>27</sup> Ello suma otra diferencia más con respecto a la propiedad “común”, lo cual por lógica es entendible puesto que se trata de bienes inmateriales, como lo es, la “expresión” de una idea.

<sup>28</sup> Art.4037 C.C.: “Prescribese por dos años, la acción por responsabilidad civil extracontractual”.

<sup>29</sup> Ver capítulo II, punto 4.

#### **4.5. Obras extranjeras:**

Huelga aclarar que, en cuanto a las características ya vistas, la ley nacional 11.723, sustentando el principio de territorialidad, determina en su art.13 que “Todas las disposiciones de esta ley, salvo las del artículo 57, son igualmente aplicables a las obras científicas, artísticas y literarias, publicadas en países extranjeros, sea cual fuere la nacionalidad de sus autores, siempre que pertenezcan a naciones que reconozcan el derecho de propiedad intelectual”. Es decir, se excluye el requisito previo de la registración hecha por el editor (así como por extensión lo que dispone el art.63 de la ley nacional), para la plena eficacia de los derechos que el autor tiene sobre su obra, para lo cual el art.14 impone como requisito necesario a los fines de la protección de la obra extranjera, el cumplimiento de los requisitos formales exigidos por el país en que se efectuó la publicación de aquella, salvo el caso del art.23<sup>30</sup>. Incluso este mismo art.14 de alguna manera se contradice o es derogado por las disposiciones de tratados internacionales como lo son la Convención de Washington o la Convención Universal del Derecho de Autor los cuales “...imponen, respectivamente, como únicas formalidades exigibles, la expresión 'derechos reservados', o 'D.R.', y el símbolo ©, seguido del año de publicación, nombre y domicilio del titular del derecho y lugar de origen de la obra”<sup>31</sup>. Finalmente en orden al principio de reciprocidad entre autores nacionales y extranjeros (ya no se habla de obra “nacional” o “extranjera”), el art.15 de la ley nacional impone un límite a la duración de la protección: a) si la ley extranjera determina un plazo de protección mayor al de la ley nacional, será exclusivamente de aplicación el límite que fije nuestro derecho interno pero; b) si la ley extranjera fija un plazo menor, será de aplicación esta última.

#### **4.6. Diferencias del derecho de autor con el *copyright*:**

Las diferencias y características del mismo en contrastación con el *copyright* son las siguientes<sup>32</sup>:

- Sistema jurídico: el derecho de autor predomina principalmente en países del derecho continental. Rige en la mayoría de los países europeos y los territorios colonizados por aquellos como ser países actuales de África, y la casi totalidad

---

<sup>30</sup> Se refiere al “contrato de traducción”, para los cuales, el traductor debe necesariamente inscribir la traducción en el Registro Nacional de P.I. dentro del año de la publicación de la obra traducida, para gozar de los derechos de propiedad, en las condiciones convenidas con el autor.

<sup>31</sup> Goldstein, Mabel, ob.cit., pág.211.

<sup>32</sup> Lipszyc, Delia, ob. cit., págs.39 y sgtes.

de Latinoamérica. El *copyright* predomina en países cuya tradición jurídica se basa en el *common law* o “derecho anglosajón” (Ej.: Estados Unidos de América, Reino Unido, países del *Commonwealth*, entre otros).

- Derecho subjetivo: el derecho de autor es más amplio en este aspecto, es esencialmente individualista, lo regula como derecho personal e inalienable del autor, y la obra es un reflejo de la personalidad de aquél. El *copyright* por el contrario, tiene alcances más restringidos en este sentido ya que focaliza su atención en el objeto de la protección y admisión de una cantidad más extensa de personas susceptibles de ser titulares originarios del derecho.
- Derecho moral: en consonancia con el punto anterior, en los países de tradición jurídica latina tal derecho se encuentra específicamente reglamentado mientras que, caso de los países del sistema angloamericano, la protección del mismo ha sido delegada a los tribunales (salvo excepciones como Canadá o Israel).
- Objeto del derecho: el derecho de autor protege una obra que reviste el carácter de *original* o *individualidad*. En el caso del *copyright* pueden ser objeto de regulación bienes que no son obras de creación (Ej.: grabaciones sonoras, transmisiones por cable, presentaciones tipográficas de ediciones publicadas, etc.).
- Fijación de la obra en soporte material: el derecho de autor latino no observa tal requisito como condición previa para que se perfeccione la protección (salvo algunos países como ser Francia, Italia, Brasil, entre otros). Por su parte, el *copyright* determina esta condición como requisito decisivo para que la obra sea protegida.
- Titularidad originaria en las obras por encargo: se entiende por tal, aquellas obras creadas por un empleado en función de su trabajo o bien, una obra encargada por un tercero. Caso de los países en cuyo sistema jurídico predomina el derecho de autor latino, media una tendencia al rechazo de la cesión total o parcial de la autoría, admitiendo sólo licencias o autorizaciones de uso. Por el contrario, en el sistema angloamericano se observa el supuesto de una cesión total cuando los autores crean una obra en virtud de una relación contractual laboral, en dicho caso, la autoría corresponde al empleador.
- Derecho patrimonial: la explotación económica de la obra en la percepción del “derechos de autor” no se haya sujeta a *numerus clausus*, es decir, a una enunciación taxativa. El autor puede explotar la obra de tantas formas como

utilización de la misma existan. No sucede lo mismo en el *copyright*, dado que los derechos de explotación se encuentran expresamente tipificados.

Pese a las desemejanzas, es dable advertir que en el Convenio de Berna, en el cual se encuentra acentuada la concepción continental, median ya intentos por armonizar las legislaciones nacionales en la materia, sobre todo y lógicamente ante los esfuerzos conjuntos de las naciones por promover la protección del derecho de autor en un contexto de sintonía normativa, con criterios legales unificados. No obstante ello, se destaca el caso de los TRIPS en el marco de la OMC que a través de una perspectiva mercantilista, la senda adoptada se diferencia de la consagrada por el Convenio de Berna, producto de una mayor influencia del *copyright* en este caso.

## **5. Límites y excepciones al derecho del autor: ley nacional 11.723.-**

A nivel nacional, el monopolio de explotación de la obra concedido a su autor (derecho patrimonial), encuentra un límite en ciertos artículos de la normativa que, con distintos fines, tienden a constatar que dicho derecho no es absoluto, pues el reconocimiento de excepciones implica un ejercicio hasta cierto punto limitado en aras a conciliarse con un fin social (en mayor o menor medida), excluyendo no obstante de esta particularidad al derecho moral, el cual, “se mantiene incólume”<sup>33</sup>.

La ley 11.723 observa en este sentido limitaciones de una doble naturaleza, siguiendo la clasificación determinada por el Dr. Agustín Waisman<sup>34</sup>, a saber:

### **5.1. Usos libres o gratuitos:**

No es necesaria la autorización previa del autor y remuneración alguna en los siguientes casos:

**5.1.1. Derecho de copia de salvaguardia** (art.9° 2do párr.): “quien haya recibido de los autores o de sus derecho-habientes de un programa de computación una licencia para usarlo, podrá reproducir una única copia de salvaguardia de los

---

<sup>33</sup> Goldstein, Mabel, ob. cit., pág.111.

<sup>34</sup> Se toma como referencia únicamente del autor la categorización general que realiza, excluyendo el análisis particular (Waisman, Agustín, “Un cambio de perspectiva sobre las excepciones al derecho de autor”, en Revista La Ley, 03/06/2010, T. 2010-D, pág. 1158).

ejemplares originales del mismo”<sup>35</sup>. Sólo se acepta en consecuencia como copia lícita aquella realizada sobre un programa de computación (llámese *software*), con el fin exclusivo de conservación y no-uso, en tanto el original haya sido obtenido en forma legítima (Ej.: por medio de compra del producto en un local oficial o concesionado).

**5.1.2. Derecho de cita (art.10):** “cualquiera puede publicar con fines didácticos o científicos, comentarios, críticas o notas referentes a las obras intelectuales, incluyendo hasta mil palabras de obras literarias o científicas u ocho compases en las musicales y en todos los casos sólo las partes del texto indispensables a ese efecto. Quedan comprendidas en esta disposición las obras docentes, de enseñanza, colecciones, antologías y otras semejantes”. Excluyendo el supuesto de obras musicales, importa aclarar que la disposición establece un límite a partir del cual opera la excepción, esto es, obras literarias o científicas en primer lugar, y en segundo, obras de naturaleza académica, aunque, al expresar “y otras semejantes” podría caber la interpretación de que la mención de tales obras no es taxativa, sino por el contrario, enunciativa. Sin embargo, la *cita* sólo es procedente para ciertos fines expresamente delimitados: *didácticos* o *científicos*, aunque se incluye también para casos de *comentario* o *crítica*, y en tanto se individualice (aunque el articulado no lo determine) la fuente. Finalmente el art.10 aclara “cuando las inclusiones de obras ajenas sean la parte principal de la nueva obra, podrán los tribunales fijar equitativamente en juicio sumario la cantidad proporcional que les corresponde a los titulares de los derechos de las obras incluidas”.

**5.1.3. Información periodística (art.27):** “los discursos políticos o literarios y en general las conferencias sobre temas intelectuales, no podrán ser publicados si el autor no lo hubiere expresamente autorizado. Los discursos parlamentarios no podrán ser publicados con fines de lucro, sin la autorización del autor. Exceptúase la información periodística”. Corresponde aclarar que este artículo comprende: 1- el uso de discursos (políticos/literarios/parlamentarios) por periodistas; 2- el uso de dichos discursos por cualquier persona. En este sentido, todo periodista (llamase en un sentido más apropiado aunque no correspondido con la realidad en muchos casos: licenciado en comunicación social), en ejercicio de su función de informar podrá hacer uso de cualquier discurso comprendido en el artículo sin necesidad de autorización previa por

---

<sup>35</sup> De acuerdo con la modificación introducida por art.3º, ley 25.036, publicada en B.O. el 11/11/1998.

parte del autor así como del pago de los derechos correspondientes, esto, a fin de afianzar, garantizar y no menoscabar el derecho constitucional de la *libertad de prensa* sin censura previa (conf. arts.14 y 32 de la Constitución Nacional), sin perjuicio de observar las particularidades del art.10 citado y en tanto no medie una transcripción absoluta de lo declarado. No obstante, en segundo lugar, se debe considerar el uso de tales discursos por parte de cualquier persona, y en tal caso, únicamente será de libre uso y publicación los discursos parlamentarios en tanto no medie fin de lucro. Será necesaria la autorización del autor para caso de discursos políticos/literarios o conferencias en general. En el plano regional esta disposición encuentra sustento con el art.8° del Tratado de Montevideo así como en el art.10 de la Convención de Buenos Aires sobre la Propiedad Literaria, donde en ambos los “discursos pronunciados o leídos en las asambleas deliberantes, ante los tribunales de justicia o en las reuniones públicas” son de libre publicación por parte de la prensa “periódica”. Del mismo modo a nivel internacional la Convención de Berna en su art.2° bis se expide sobre este punto.

**5.1.4.** *Obras en colaboración con fines periodísticos* (art.28-29): en consonancia con el art. anterior, la finalidad es proteger y promover la libertad de prensa, sólo que en este caso el art.28 trata de autores que trabajan directamente para el medio periodístico bajo relación de dependencia o a través de una locación de obra (por encargo), con lo que sus obras son consideradas propiedad de dicho medio (diario, revista, agencia, etc.), por haberlas adquirido en “exclusividad” mediante una remuneración al autor, pero en tanto se reconozca su autoría. Se aclara que tales obras pueden ser publicadas por otros medios no propietarios de la misma, si aquella se trata de noticia de “interés general” y en tanto se cite la fuente correspondiente. El art.29 se refiere a los “autores de colaboración” y principalmente determina que “las colaboraciones firmadas y publicadas en publicaciones periódicas no pueden volver a ser publicadas en otro formato que no sea juntamente con otras colaboraciones”<sup>36</sup>.

**5.1.5.** *Retrato* (art.31 última parte): “Es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público”. No corresponde un análisis del mismo dado que no se trata

---

<sup>36</sup> Goldstein, Mabel, ob. cit., pág.123.

expresamente de una excepción al derecho de autor, pues versa sobre una restricción a un derecho personalísimo (la propia imagen).

**5.1.6.** *Uso con fines de enseñanza en actos públicos* (art.36 párr.2): “Será lícita y estará exenta del pago de derecho de autor y de los intérpretes que establece el artículo 56, la representación, la ejecución y la recitación de obras literarias o artísticas ya publicadas, en actos públicos organizados por establecimientos de enseñanza, vinculados en el cumplimiento de sus fines educativos, planes y programas de estudio, siempre que el espectáculo no sea difundido fuera del lugar donde se realice y la concurrencia y la actuación de los intérpretes sea gratuita”. Esta excepción dispone una restricción al derecho exclusivo del autor de autorizar: a) la recitación, representación y ejecución pública de su obra; b) la difusión pública por cualquier medio de recitación, representación y ejecución de la obra. Opera en consecuencia la excepción ante cumplimiento de una serie de requisitos: 1. Se trate de obra literaria o artística publicada (¿por qué no científica?); 2. La recitación sea en actos público; 3. Hecha por instituciones educativas en cumplimiento de sus funciones; 4. Dentro del establecimiento; 5. Sin cobro de entrada al evento ni retribución a los intérpretes (no medie fin de lucro). Vale decir que la excepción se extiende a “la ejecución o interpretación de piezas musicales en los conciertos, audiciones y actuaciones públicas a cargo de orquestas, bandas, fanfarrias, coros y demás organismos musicales pertenecientes a instituciones del Estado Nacional, de las provincias o de las municipalidades, siempre que la concurrencia de público a los mismos sea gratuita” (conf. art.36 párr.3).

**5.1.7.** *Caso de personas no-videntes o con otras discapacidades perceptivas* (art.36 párr.4 y sgtes): por medio de ley nacional 26.285<sup>37</sup>, art.1º, se incluye una nueva excepción a la normativa vigente<sup>38</sup>, donde se expresa que “se exime del pago de derechos de autor la reproducción y distribución de obras científicas o

---

<sup>37</sup> Sancionada el 15 de agosto de 2007. Promulgada de hecho el 12 de septiembre de 2007. Publicada en B.O. el 13 de septiembre de 2007.

<sup>38</sup> Si bien la técnica legislativa empleada puede ser objetable, dado que hubiera sido más conveniente un artículo individual al respecto y atento la caracterización que brinda de lo regulado por medio de una lista de definiciones, es loable la finalidad perseguida por medio de la concesión de este beneficio a “ciegos y personas con otras discapacidades perceptivas”, sin perjuicio de algunas dificultades que se puedan presentar en su implementación como ser por ej.: ¿Qué sucede en caso de pérdida de la clave de acceso? ¿puede el sujeto a quien se le reconoce la excepción vulnerar la encriptación a fin de poder acceder y hacer uso de la obra? Ésta inquietud es plasmada en el presente capítulo, punto 7.

literarias en sistemas especiales para ciegos y personas con otras discapacidades perceptivas, siempre que la reproducción y distribución sean hechas por entidades autorizadas”, a su vez, se incluye el supuesto de obras distribuidas por “vía electrónica, encriptadas o protegidas por cualquier otro sistema que impida su lectura a personas no habilitadas”, asignando y administrando la clave de acceso la entidad autorizada al efecto. Se entiende por entidad autorizada: “un organismo estatal o asociación sin fines de lucro con personería jurídica, cuya misión primaria sea asistir a ciegos o personas con otras discapacidades perceptivas”. Más allá de lo dispuesto, la excepción no opera para obras editadas originalmente en sistemas especiales y disponibles comercialmente, esto último a fin de no vulnerar la rentabilidad comercial de empresas dedicadas a la creación de sistemas especiales para los individuos que protege este artículo.<sup>39</sup>

## **5.2. Licencias (no voluntarias):**

No se requiere previa autorización del autor pero sí retribución pecuniaria. Se las conoce también como “excepción *remunerativa* al derecho de autor”, dividiéndose en:

**5.2.1. *Licencia obligatoria* (art.6°):** “Los herederos o derechohabientes no podrán oponerse a que terceros reediten las obras del causante cuando dejen transcurrir más de diez años sin disponer su publicación. Tampoco podrán oponerse los herederos o derechohabientes a que terceros traduzcan las obras del causante después de diez años de su fallecimiento”. Se aclara que en el caso de licencias no voluntarias necesariamente debe mediar una retribución económica para los titulares de los derechos. En tal sentido la última parte del art.6° expresa: “si entre el tercero editor y los herederos o derechohabientes no hubiera acuerdo sobre las condiciones de impresión o la retribución pecuniaria, ambas serán fijadas por árbitros”. Esto determina la diferencia radical entre esta licencia con relación a la licencia legal, puesto que el quantum de pago es convencional

---

<sup>39</sup> Nótese cómo hasta lo aquí desarrollado por la ley nacional, en ningún momento se hace mención, como supuesto comprendido dentro de las excepciones, el caso de las sentencias emanadas del Poder Judicial. ¿Acaso la reproducción del trabajo intelectual que despliega el magistrado en su fallo, sin contar con su autorización previa, es lícita? Sobre todo si consideramos que esto es una práctica habitual que realizan otros magistrados dentro de sus propios fallos, lo cual puede dar lugar a interesantes planteos de infracción al régimen del derecho de autor.

(por acuerdo de partes), mientras que en el segundo caso, es tarifado, es decir, lo determina la norma<sup>40</sup>.

**5.2.2.** *Licencia legal* (decreto 1155/58<sup>41</sup>): se trata conf. art.1° del decreto, de “una licencia no exclusiva para traducir y publicar en el país las obras originariamente escritas en idioma extranjero”, las cuales se encuentran protegidas por la Convención Universal sobre Derecho de Autor de Ginebra (conf. art.V), “cuando a la expiración de un plazo de siete años, contado desde la primera publicación no haya sido publicada su traducción al castellano por el titular del derecho de traducción o sus derechohabientes”. La misma será concedida por la Dirección Nacional de Derecho de Autor siempre que, entre otros requisitos, el interesado conf. art.2° inc. (b), demuestre haber solicitado al titular del derecho la autorización para proceder a la publicación y traducción de la obra y pese tales diligencias no pudo obtener la misma o bien no fue posible localizarlo<sup>42</sup>. Al respecto, Goldstein sostiene que “si bien quien obtiene esta licencia (...) debe garantizar y abonar los derechos económicos, el consentimiento proviene de la ley”, de acuerdo con el art.9° 1era parte, por lo que, según la autora, “en alguna medida, podría sostenerse que se está afectando la libertad individual del autor”<sup>43</sup>.

Con todo, se aclara que tales limitaciones tienen por fin la protección de intereses de carácter educativo, cultural o bien informativo los cuales, al decir la Dra. Lillian Navarrete, observan ciertas características a saber:

---

<sup>40</sup> Distinción que expresa Carlos A. Villalba en “*Limitaciones del derecho de autor que benefician al autor y al editor*”, para la II Jornada de Derecho de Autor en el Mundo Editorial, Buenos Aires, 28-29 de abril de 2004, pág.2. Disponible en la página oficial del CADRA: [http://www.cadra.org.ar/upload/Villalba\\_Limitaciones.pdf](http://www.cadra.org.ar/upload/Villalba_Limitaciones.pdf) – (consulta: 05/09/2013).

<sup>41</sup> Publicado en B.O. el 13/02/1958. Si bien tiene por título “licencias obligatorias”, se trata en realidad de licencias de tipo “legal” debido a la existencia (conf. art.2° inc. – f –) de una cuota tarifada de pago por el ejercicio de tal licencia, para lo cual especifica que el solicitante deberá “depositar en la cuenta especial que abrirá en el Banco de la Nación Argentina a la orden del Ministerio de Justicia, para ser entregado al titular del derecho, el importe correspondiente a la tercera parte del 10% del valor total de venta al público de la edición declarada”.

<sup>42</sup> Media una clara semejanza de este requisito con los presupuestos de existencia de una “obra huérfana”, cuya naturaleza, alcances y problemática se desarrollan en el Capítulo III, punto 3.

<sup>43</sup> Goldstein, Mabel, ob. cit., pág.116.

“1. Restringen el derecho exclusivo del titular sobre la explotación económica de la obra / 2. Están motivadas por razones de política social, fundamentalmente, cómo garantizar el acceso a las obras para satisfacer el interés público. / 3. No afectan el derecho moral del autor, por tanto: / Sólo son aplicables una vez que el autor ha ejercido el derecho de divulgación / Se debe mencionar el nombre del autor y la fuente / No se puede modificar la obra.”<sup>44</sup>

Como corolario, se soslaya pese a los inconvenientes que refleja esta categoría legal de excepciones analizadas, un aspecto más que puede dilucidarse a posteriori, y es la técnica legislativa empleada para encuadrarlos dentro de la ley nacional, la cual, se estima que para una mejor aplicación y fácil identificación, será idóneo su aglomeración en un título individual a fin de evitar la fragmentación presente. A su vez se advierte en orden a evitar una confusión de términos, que “excepción” al derecho de autor tiende a significar en este contexto la *supresión* del derecho patrimonial exclusivo previsto en la legislación nacional, mientras que la “limitación” hace referencia a un cierto grado de *reducción* de ese derecho (Ej.: el caso de la licencia obligatoria o legal).

## **6. La gestión colectiva de derechos: las sociedades de autores.-**

Atento los tiempos modernos, donde la accesibilidad a una pluralidad de contenidos protegidos por derechos de autor es viable por diversos medios, algunos de los cuales son ilícitos, se ha hecho apremiante para una amplio número de autores (y editores u otros titulares del derecho), la necesaria protección de su interés legítimo, fundamentalmente, la no vulneración de su derecho patrimonial, lo que se traduce en el perjuicio económico derivado de la explotación “ilegal” de su obra. Ante estas circunstancias, se han erigido sociedades de autores que de un modo organizado tienen por objeto garantizar la observancia de los derechos de sus miembros, a través de facultades concedidas por estos, que facilitan dicha tarea. Así, tienen por ejemplo mandato judicial para la persecución judicial de aquellos infractores al régimen vigente de la propiedad intelectual, y por otra parte, poseen la potestad de conceder licencias colectivas lo que permite a su beneficiario el disponer de copias “autorizadas” de las obras de los autores miembros de tales sociedades sin peligro de violentar el art.72 inc.

---

<sup>44</sup> Navarrete, Lillian A., *Derecho de ¿autor? – el debate de hoy*, La Habana, Ed. Ciencias Sociales, 2006, pág.29.

(a) de la ley citada<sup>45</sup>. De dicha forma tales sociedades, “administradas eficazmente y con la transparencia requerida (...) pueden encargarse del control y ejercicio del derecho de autor a favor de sus miembros. Asimismo, esta gestión eficaz facilita el acceso a las obras y contribuye notablemente a inducir a los usuarios (consumidores de obras) a preferir tener acceso a las obras dentro de la legalidad.”<sup>46</sup>

En Argentina, y para el caso de obras esencialmente escritas, la sociedad colectiva más representativa es CADRA (Centro de Administración de Derechos Reprográficos)<sup>47</sup>, miembro de la IFRRO (Federación Internacional de Organizaciones de Derechos Reprográficos), y cuenta con el apoyo y cooperación del CERLALC (Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe). Se trata puntualmente de una asociación civil sin fines de lucro compuesta por autores y editores de libros y otras publicaciones, cuyo objetivo es la representación y defensa *colectiva* de los derechos de propiedad intelectual de sus miembros. CADRA surge, conforme se desprende de su página web oficial, producto de las numerosas reproducciones ilegales realizadas sin ninguna autorización ni compensación de obras protegidas por el derecho de autor que, al ir creciendo exponencialmente en los últimos años, “no sólo perjudican a autores y editores, sino que desalientan la publicación de nuevos libros, afectando el desarrollo cultural de la comunidad y la divulgación de nuevas investigaciones.”<sup>48</sup>

Para tener una noción general acerca de las funciones que cumplen estas sociedades de autores, siguiendo con el caso de CADRA, se enumeran las siguientes:

- “Combatir la piratería (...);
- Autorizar la reproducción parcial de obras protegidas por el Derecho de Autor (principalmente fotocopias) en determinadas condiciones y bajo remuneración;
- Recaudar los derechos económicos generados por las autorizaciones concedidas;
- Distribuir lo recaudado entre los autores y editores de las obras reproducidas;
- Ejercer acciones legales de defensa de sus asociados a fin de terminar con la fotocopia ilegal (sin autorización);

---

<sup>45</sup> Art.72 inc. (a): “...se consideran casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece, además del secuestro de la edición ilícita... el que edite, venda o reproduzca por cualquier medio o instrumento, una obra inédita o publicada sin autorización de su autor o derechohabientes”.

<sup>46</sup> López, Fernando Zapata, *Derecho de reproducción, contrato de edición y medidas técnicas de protección del entorno digital*, UNESCO-Boletín de derecho de autor, Vol. XXXVI, N°3, 2002, pág.9.

<sup>47</sup> Se distingue de la Cámara Argentina del Libro (CAL), puesto que esta representa en especial los intereses de las editoriales, no tratándose de una sociedad gestora de autores.

<sup>48</sup> Conf. [http://www.cadra.org.ar/index.cgi?wid\\_seccion=3&wid\\_item=2](http://www.cadra.org.ar/index.cgi?wid_seccion=3&wid_item=2) – (consulta: 05/09/13)

- Efectuar acciones de formación, asistencia y promoción de autores y editores;
- Realizar campañas de difusión de los principios e importancia del Derecho de Autor.”<sup>49</sup>

Si bien es cierto que la sociedad de autores permite una gestión centralizada y facilita en buena medida la conversión de acciones ilícitas masificadas (v.g. fotocopias ilegales), en acciones controladas dentro de un marco de legalidad, cabe preguntarse ¿qué sucede con las obras de los autores no miembros de la sociedad a la hora de conceder una licencia colectiva? Si por cada licencia se requiere el pago de una suma de dinero que por ejemplo para el caso de las bibliotecas y universidades cubre un margen presupuestario significativo, se deberá considerar la utilidad final que el gasto representa para los consumidores finales (léase alumnos o usuarios de los servicios bibliotecarios), atento que es casi imposible cubrir la totalidad de obras locales e internacionales dentro de una misma gestión colectiva de derechos<sup>50</sup>.

Ante esto último una posible solución es la “Gestión colectiva ampliada”, cuya característica máxima yace en la facultad de conceder una licencia literalmente *general*, garantizando a los usuarios la utilización de todo el repertorio mundial de obras u otros objetos protegidos administrados por aquellas. Vale decir que “esta técnica jurídica alternativa (...) se basa en la idea de que si un organismo ha recibido la autorización de un gran número de titulares de derechos para gestionar determinados derechos y es suficientemente representativo en el campo de que se trate, esa administración colectiva se ampliará por ley a los derechos de aquellos titulares que no hayan encomendado su gestión a dicho organismo. No obstante, estos últimos tienen la posibilidad de renunciar

---

<sup>49</sup> Conf. [http://www.cadra.org.ar/index.cgi?wid\\_seccion=3&wid\\_item=124](http://www.cadra.org.ar/index.cgi?wid_seccion=3&wid_item=124) – (consulta: 05/09/13)

<sup>50</sup> Considérese como ejemplo claro, el acuerdo celebrado entre la UBA con el CADRA en el año 2009, por un valor de \$4.000.000 de pesos, que, considerando la crisis presupuestaria de tal institución, se rebajó “temporalmente” a \$300.000 pesos anuales aprox. Lo interesante del caso es que tal acuerdo (a favor de los alumnos para el ejercicio lícito de fotocopiar hasta un 20% de cada obra), sólo cubre un 20% de la totalidad de obras utilizadas en los planes de estudios, dejando un margen de 80% de obras no amparadas por la licencia concedida. Aún más, el presente acuerdo no protege a la UBA de que otras sociedades gestoras de derechos, como la Cámara Argentina del Libro, o incluso autores a título personal, le inicien acciones legales por infringir la ley 11.723. Este hecho fue denunciado por diversas fundaciones y estudiantes. La noticia disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1127847-la-uba-pagara-derechos-por-las-fotocopias-que-usen-sus-alumnos/> – (consulta: 05/09/13).

al sistema de gestión colectiva”<sup>51</sup>. Por esta vía en consecuencia se logra una licencia íntegra y completa, que protege tanto al usuario de acciones legales (por la realización de copias de obras que en principio no hubieran integrado la licencia), como a los titulares individuales en su derecho a elegir por continuar dentro de una representación colectiva con derecho al cobro de una remuneración individual o bien, renunciar a este sistema colectivo, en cuyo caso la sociedad de autores (dentro de un plazo concedido), deberá excluir las obras u objetos de derecho conexo de dicho autor de la licencia otorgada.

## 7. Medidas tecnológicas de protección: ¿la elusión es lícita?

Constituye una respuesta efectiva a la demanda de los titulares del derecho de autor la concreción de las denominadas “medidas tecnológicas de protección” (MTP), a fin de equilibrar la balanza entre autores/titulares y público en general, equilibrio que, se ha visto desprotegido con el desarrollo profundizado de la informática, que abre nuevos accesos a la información en la era *digital*, al conceder la oportunidad de la copia masiva de una obra y su difusión a un amplio número de usuarios, en particular, producto de la creación y expansión de *Internet*. En este sentido la Dra. Lucie Guibault determina que “los métodos de encriptación y otras técnicas similares permiten a los titulares de derechos controlar con mayor eficacia el uso que se hace de sus obras”, de modo que el uso de las mismas “puede traer consigo el bloqueo total del acceso a las obras” o bien, “permiten a los propietarios de derechos vigilar el uso concreto que una persona hace de una obra protegida por el derecho de autor con relativa facilidad”<sup>52</sup>. Para entender con mayor facilidad los alcances de una medida tecnológica de protección, se puede decir que aquella comprende dos elementos que forman uno: a. la obra digital; b. software de bloqueo. Para poner un ejemplo claro se toma el caso de las obras literarias, en ellas los formatos que se pueden adoptar son variados, el más conocido es el formato de archivo “pdf” (ejecutado comúnmente a través del software propietario “Adobe Reader”), el

---

<sup>51</sup> Ficsor, Mihály, *La gestión colectiva del derecho de autor y los derechos conexos en una triple encrucijada: ¿deberá seguir siendo voluntaria o podría “ampliarse” o establecerse con carácter obligatorio?*, UNESCO-Boletín de Derecho de Autor, octubre, 2003, pág.9.

<sup>52</sup> Guibault, Lucie, *Naturaleza y alcance de las limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en relación con las misiones de interés general de la transmisión del conocimiento: sus perspectivas de adaptación al entorno digital*, UNESCO-Boletín de derecho de autor, octubre-diciembre, 2003, pág.40.

cual al abrirlo desde un ordenador la protección puede ser diversa, ya sea desde obstruir totalmente su ejecución hasta determinar ciertas formas de uso, de modo que la técnica de protección podrá versar sobre:

- Uso de contraseña sin la cual no es posible la lectura;
- Licencia que incluye un plazo de uso (ej.: 10 días), al cabo del cual no es posible volver a abrir el archivo hasta tanto o bien se renueve la licencia o se compre el producto;
- Licencia sujeta a cierta cantidad de ejecuciones (ej.: al término de 10 ejecuciones del archivo, éste se bloquea).
- Licencia de sólo lectura, de modo que se restringe el uso al excluir las opciones de copia e impresión del texto.

Estas técnicas de protección utilizadas por el autor (personalmente o por tercero autorizado), tienen reconocimiento internacional a partir del art.11 del WCT (Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor), que expresamente determina: “Las Partes Contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado o del Convenio de Berna y que, respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados por los autores concernidos o permitidos por la Ley”<sup>53</sup>. Acompaña a este mandato, el art.12 del mismo instrumento pero en referencia a la gestión de derechos, en particular, cuando intencionalmente se modifique la obra digital, suprimiendo por ejemplo datos que permitan identificar la obra, su autor o el titular de cualquier derecho sobre ella o bien información acerca de las condiciones de uso. Ambos artículos, no obstante, son de carácter “programático”, es decir, imponen una obligación a las partes contratantes para que “opere” la aplicación de lo que su contenido invoca a través de su expresa incorporación en la legislación interna de cada Estado, de conformidad con el tipo de sistema jurídico que tengan, lo que en otras palabras significa que la “eficacia” de dichos artículos queda supeditada a la voluntad de las partes contratantes.

Claramente el objetivo de tales técnicas es impedir o restringir el consumo masivo de obras digitales o digitalizadas protegidas con copyright cuando no media autorización del autor, a fin de resguardar esencialmente su derecho de explotación,

---

<sup>53</sup> Es el primer instrumento internacional que reconoce en sus disposiciones legales esta cuestión, y exige a los países signatarios su observancia en el derecho interno de cada uno, penalizando su transgresión.

para garantizarle un beneficio económico, que de otro modo sin tales protecciones, perdería. A su vez, los Estados signatarios, aglomerados en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, se comprometen a dictar normativa que tienda a evitar las acciones de “elusión” de las MTP aunque, no queda claro si la prohibición debe recaer en el acto de elusión en sí, en el negocio o tráfico ilícito de medios tendientes a eludir las medidas, o ambos, aunque el art.11 de la WCT es claro en este sentido al referirse exclusivamente a la “acción” y no considera por tanto los “medios” que se empleen para perfeccionar tal acto.

Una elusión es en un sentido básico toda acción tendiente a romper con la protección, de manera intencional, a través de una contra-técnica (descifrado, descodificación, descriptación) ya sea mediante el uso de dispositivos externos a la máquina (hardware) como bien a través del uso de programas (software), lo que en un principio puede ser reportado como “acto de piratería”, sin embargo ¿qué sucede cuando la medida tecnológica de protección impide el ejercicio de un derecho legítimo, como aquel amparado por excepciones al derecho de autor? Esto ha dado lugar a que diversos países reconozcan la problemática detrás del interrogante expuesto, por lo que han promulgado normativa que en cierta medida “legitima” el ejercicio de la elusión, aunque sólo para ciertos casos estrictos y restringidos. Así, EE.UU. a través de la “Digital Millennium Copyright Act” (DMCA<sup>54</sup>), en el art. 1201 (a) y (b) determina una prohibición expresa que alcanza: a) al acto de elusión; b) al negocio o tráfico ilícito de medios para eludir y c) actos preparatorios tendientes a eludir la medida (sin perjuicio de un posible acto legítimo de elusión si se encuadra dentro del denominado *Fair use*<sup>55</sup>), aunque reconoce por ejemplo en el art. 1201 (d), una excepción expresa a favor de las bibliotecas, permitiendo la elusión para que esta institución constate la conveniencia de adquirir una obra<sup>56</sup>. En la Unión Europea, la Directiva 2001/29/CE denominada

---

<sup>54</sup> Fue aprobada el 08/10/1998, conocida también en español como el “Acta de Derechos de Autor Digitales del Milenio”. Su objetivo fue la implementación de dos tratados de 1996 de la OMPI referidos a la materia, a fin de: 1. aumentar el rigor en la sanción ante infracción a los derechos reprográficos de los autores, incluso en el campo de Internet; 2. Disponer expresamente una sanción ante la producción y distribución de tecnología que facilite la vulneración de medidas tecnológicas de protección (las llamadas también *digital right management* = DRM).

<sup>55</sup> Ver Capítulo III, punto 6.

<sup>56</sup> Lo interesante del caso es que aún con una excepción a favor de las bibliotecas, si es punible el negocio o tráfico de medios para eludir ¿cómo se supone que la biblioteca pueda llevar a cabo el acto de elusión si no cuenta con los conocimientos informáticos necesarios y no hay en el mercado productos de elusión a la

“Directiva relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a la sociedad de la información”, habilita a los gobiernos de los Estados Miembros, en su art.6º párr. 4, a intervenir, a falta de acuerdos voluntarios entre los usuarios y los titulares de los derechos (ausencia de contrato), para otorgar al beneficiario de una excepción la posibilidad de aprovecharla, cuando tal ejercicio sea coartado por ejemplo por el uso de una MTP, lo cual implica una potestad restringida pues en muchos casos media un contrato entre las partes, peor aún en el caso de Internet, donde los términos y condiciones de uso difícilmente pueden ser negociados.

En Argentina, si bien la normativa vigente no hace mención expresa de las MTP o al menos una conceptualización de ella (el art.36 de la ley 11.723 cuando brinda una serie de definiciones se limita sólo a un tipo de encriptación: aquella que solicita clave de acceso), las menciona en forma indirecta en el art.36 párr.5 de la ley nacional de propiedad intelectual, dentro de la excepción a favor de “personas no-videntes o con otras discapacidades perceptivas”, al hablar de obras “encriptadas o protegidas por cualquier otro sistema que impida su lectura a personas no habilitadas”, sin admitir dentro de la excepción, un uso lícito de la evasión cuando el sujeto beneficiado por la misma queda privado del acceso a la obra. Sin embargo se aclara al mismo tiempo que, en aras a la resolución del interrogante planteado, el acto de *elusión* de las MTP en la República Argentina no encuentra reconocimiento en la legislación, puesto que el mandato que surge del art.11 del Tratado de la OMPI reseñado, no ha sido adecuado e incorporado en el derecho interno argentino, lo que supone que tanto la actividad tendiente a la producción de software cuya función es el desbloqueo de archivos protegidos por MTP así como la acción misma de elusión o su distribución, son conductas que si bien se interpreta constituyen un ilícito en orden a lo normado en el art.11 del tratado, la sanción, control y presupuestos de aplicación que correspondería por dicho obrar no existen a un nivel de tipificación jurídica nacional, por lo que quedaría el caso particular subsumido en el criterio que adoptase el juez, y en consonancia con los principios base de jerarquía normativa.

Ante tal disyuntiva y en orden a la complejidad que arrojan las MTP en la aplicación interna de cada Estado, la Dra. Guibault advierte que “la intersección entre las medidas tecnológicas de protección y las limitaciones del derecho de autor y los derechos conexos es sin lugar a dudas el problema más arduo que enfrentan actualmente los legisladores en ese ámbito (...) las disposiciones adoptadas por los legisladores

---

venta (al ser ilícitos)?; ¿deberá contratar a alguien especializado?; si es así, ¿cómo se contrasta esta erogación de su presupuesto con el beneficio de gratuidad que le arroja la excepción?

distan mucho de ser plenamente satisfactorias y hay razones para temer que el ejercicio de las legítimas limitaciones del derecho de autor pueda verse seriamente comprometido en el entorno digital a causa de la aplicación de medidas tecnológicas de protección”<sup>57</sup>.

## **8. Aspectos penales del Derecho de Autor: regulación de la leyes nacionales 11.723 y 25.446.-**

Si se concibe al derecho como un “orden coactivo”, del cual emana su verdadera vigencia a través de la persuasión por medio de la pena para el cumplimiento de la conducta deseada (contraria a la tipificada penalmente), es necesario hacer una expresa mención sobre esta materia, dada la trascendencia que reviste la normativa vigente y su escaso cumplimiento en la conducta social, a través de la denominada “piratería”, que de acuerdo sostiene Federico Vibes: “en materia de infracciones el mayor flagelo que afecta a la industria editorial es la llamada piratería de libros, que básicamente consiste en el fotocopiado en forma masiva de obras literarias publicadas”, y agrega, “los sectores más castigados son los editores de textos educativos (mayormente de nivel terciario y universitario)”, aunque “la piratería también existe en textos destinados al público masivo (best sellers) y al sector profesional”, pero no obstante “se estima que las tasas de irregularidad son menores en estos ámbitos”<sup>58</sup>, lo cual pareciera ser lógico, considerando el mercado de consumo más reducido que pueden tener tales obras, distinto del ámbito educativo donde prima una necesidad, conforme los planes de estudio, de obtener el material bibliográfico, algo que en el área universitaria es una realidad de todos los días, supuesto verificado conforme un estudio realizado por el CADRA en que da cuenta, para el caso de la Universidad de Buenos Aires (UBA), que el 98% de su alumnado se vale de fotocopias<sup>59</sup>.

Nuestra ley nacional 11.723, bajo el título “de las penas”, regula a partir del art.71 y en forma genérica el tipo penal aplicable a conductas contrarias a las protecciones reconocidas por dicha ley, así determina que “Será reprimido con la pena establecida por el artículo 172 del Código Penal, el que de cualquier manera y en cualquier forma defraude los derechos de propiedad intelectual que reconoce esta ley”,

---

<sup>57</sup> Guibault, Lucie, estudio cit., pág.44.

<sup>58</sup> Vibes, Federico P., “Piratería editorial. Sanciones. Alcance jurídico”, Revista La Ley, 02/03/2006, T. 2006-B, pág. 152.

<sup>59</sup> Ver nota en: <http://www.infobae.com/notas/198948-El-98-de-los-universitarios-estudia-con-fotocopias.html/> – (consulta: 05/09/13).

en consecuencia, la esencia misma de la sanción tiene por origen la “defraudación”, para lo que el Código Penal en su art.172, dentro del título “delitos contra la propiedad” estipula: “será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño”. Al respecto se ha dicho que “precisamente, lo que busca la Ley argentina es evitar la 'defraudación'...”, al mismo tiempo que “el ánimo de lucro no es un elemento constitutivo de las figuras delictivas contrarias al derecho de autor en nuestra legislación”, por lo que “basta con que el infractor haya desplegado una actividad intencional en violación a la propiedad del titular del derecho de autor”<sup>60</sup>. Los sujetos pasivos de este delito se encuentran enumerados en forma amplia a partir del art.4° de la ley, esto es: autores, herederos, derechohabientes, traductores, adaptadores de la obra en general y las personas físicas o jurídicas cuyos dependientes crearon en el desempeño de sus funciones laborales un programa de computación. En tanto que, los sujetos activos comprende a todo individuo que reúna los presupuestos de imputabilidad, sin mayores precisiones, aunque se deberá observar aquellas causales de eximición de responsabilidad penal por uso lícito, como ser aquellas amparadas en límites y/o excepciones al derecho de autor. En lo que respecta al bien jurídico tutelado, se tiende a proteger el pacífico vínculo de titularidad que rige entre el autor y su obra, incluyendo el goce económico de las rentas que aporte la creación. En cuanto a la consumación del tipo penal, “es suficiente que el derecho moral del autor hubiera sido lesionado”, vale decir que, “un importante sector doctrinario adjudica a estas ilicitudes la condición de delitos formales o de daño potencial, mencionando que basta inferir menoscabo al descripto derecho abstracto para que el crimen se perpetre, lo cual implica, en otras palabras, desestimar la exigencia de que medie daño patrimonial efectivo”<sup>61</sup>.

A su turno, los arts.72, 72bis, 73 y 74 determinan supuestos especiales de aplicación de la pena, dentro de los cuales, a los fines del presente análisis, cobra importancia sólo el primero, puesto que los sucesivos tienen un vínculo más próximo a los derechos conexos del Derecho de Autor. El art.72 observa casos que en la práctica social son los más comunes, en particular su inc. (a) –destacado en negrita–, el cual

---

<sup>60</sup> Martinotti, Diego F. y Vibes, Federico P., “El 'fin de lucro' en las infracciones al derecho de autor”, Revista La Ley, 26/07/2009, T. 2007-E, pág. 583.

<sup>61</sup> Scelzi, José L., “Análisis actualizado de la protección penal de la obra intelectual”, Revista La Ley, T. 1991-E, pág. 170.

determina: “Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se consideran casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece, además del secuestro de la edición ilícita:

**a) El que edite, venda o reproduzca por cualquier medio o instrumento, una obra inédita o publicada sin autorización de su autor o derechohabientes;**

b) El que falsifique obras intelectuales, entendiéndose como tal la edición de una obra ya editada, ostentando falsamente el nombre del editor autorizado al efecto;

c) El que edite, venda o reproduzca una obra suprimiendo o cambiando el nombre del autor, el título de la misma o alterando dolosamente su texto;

d) El que edite o reproduzca mayor número de los ejemplares debidamente autorizados”.

Mientras que el inc. (a) se trata de una práctica masificada de vulneración directa a los “derechos reprográficos” del autor o titulares del derecho (término más amplio en contrastación al término utilizado por el artículo, esto es, *derechohabientes*), el inciso (c) puntualmente hace referencia a la acción conocida como “plagio”, la cual atenta en un sentido más profundo con el vínculo de “paternidad” del autor hacia su obra, al infringir además del derecho patrimonial, su derecho moral. El inc. (b) por su parte, es un supuesto típico de “falsificación” de la obra que atenta contra el editor, la cual a su vez, puede según el caso, ir colacionada con la acción del inc. (c) mediante, por ejemplo, un plagio íntegro de la obra, al cambiar el nombre del autor por el propio. Finalmente, el inc. (d) guarda relación, al igual que el inc. (a), con los derechos reprográficos, pero cuya diferencia radica en la existencia previa de autorización por parte del autor, es decir que, si bien la reproducción está autorizada, lo que se ha incumplido es el límite de ejemplares autorizados a reproducir, condición que por lo general está consignada en un “contrato de edición”, celebrado entre editor y el autor o titular de los derechos.

La ley 25.446 denominada “ley del fomento del libro y la lectura”<sup>62</sup>, cobra relevancia en lo que hace a la legitimación activa para promover acción ante actos de infracción a los derechos de autor, al extender esta potestad del autor hacia las editoriales encargadas de la publicación de las obras, aún cuando el autor ya hubiere iniciado acciones legales motivo de la infracción (son consideradas en forma independiente). De esta forma el art.23 determina “el editor podrá perseguir civil y

---

<sup>62</sup> Sancionada el 27 de junio de 2001; Promulgada parcialmente el 25 de julio de 2001; publicada en B.O. el 26 de julio de 2001. El 1ero de agosto de 2001 el B.O. publico una fe de erratas por haberse cometido errores de imprenta en la edición del 26/07/01.

penalmente a quienes reproduzcan ilegítimamente su edición, pudiendo estar en juicio, incluso en acciones penales como querellante. Esta acción es independiente de la que le corresponde al autor”. Aún más, el art.29 procede a ampliar la sanción contenida en el art.72 de la ley 11.723, lo que genera confusión, al consignar que “quienes reproduzcan en forma facsimilar un libro o partes de él, sin autorización de su autor y de su editor, serán sancionados con multa de pesos setecientos cincuenta a diez mil. En caso de reincidencia, la pena será de prisión de un mes a dos años. Estas sanciones se aplicarán aún cuando la reproducción sea reducida o ampliada y siempre que el hecho no constituya un delito más severamente penado”.

La incógnita que se plantea es: ¿Ante una reproducción no autorizada de la obra qué sanción corresponde; la contenida en el art.72 inc. (a) de la ley 11.723 o la que determina el art.29 de la ley 25.446?, atento el silencio en la manda, la jurisprudencia ha resuelto sobre esta cuestión. El caso “Mogus”<sup>63</sup> del año 2002 viene a prestar las bases de una interpretación uniforme, haciendo una distinción novedosa en la materia sobre la naturaleza de la sanción aplicable según la conducta tipificada. El Tribunal Oral Criminal N°9 condenó a Juan Mogus, responsable de un centro de fotocopiado en el que se reprodujeron obras literarias sin autorización de los titulares, a un año y seis meses de prisión, aplicando al caso el art.72 inc. a) de la ley 11.723. La defensa interpuso recurso de casación ante la Cámara Nacional de Casación Penal, solicitando la aplicación del art.29 de la ley 25.446. La Cámara a los fines de dictar sentencia, procedió a esclarecer la confusión jurídica en torno a qué sanción es aplicable ante tales casos, por lo que, conforme se desprende del voto del juez Madueño (al que adhirió la mayoría), la existencia de “defraudación” es lo que distingue un artículo del otro, por ello si se trata por ejemplo de una organización lucrativa como ser un centro de fotocopiado ilícito por las copias “piratas” que en abundancia realiza, es de aplicación la ley 11.723, mientras que, si la reproducción del “libro” sin autorización de su titular no es defraudatoria (como ser el fotocopiado para uso personal), corresponde la sanción de la ley 25.446 (sin perjuicio de la acción civil por daños y perjuicios). De esta forma concluye que “por las consideraciones expuestas queda claro para mí que el art.29 de la ley 25.446 sanciona la reproducción facsimilar de un libro o partes de él, sin autorización de su autor y editor, que no llegue a constituir una conducta más gravemente penada, que entre otros supuestos tiene lugar cuando la reproducción de obras ajenas sin autorización y en perjuicio del titular del derecho de propiedad intelectual se ejecuta en pluralidad de oportunidades obteniendo un rédito indebido como es el caso de autos”.

---

<sup>63</sup> CNCasación Penal, Sala II, 22/04/2002, “Mogus, Juan V.”, Revista La Ley, T° 2002-E, pág.198.

En igual sentido a los argumentos descriptos, se suman las causas “Sánchez”<sup>64</sup>, “Toytoyndjian”<sup>65</sup> y “Rodríguez Monzón”<sup>66</sup>.

Para el caso de reproducción de obras mediante soportes digitales a través del escaneado o bien la copia de archivos (se excluye ahora el soporte físico en papel), las normas analizadas también son de aplicación, por lo que en tales casos claramente será necesario la autorización previa del autor y/o titulares de los derechos (léase: editor). En lo que se refiere a Internet, en él se encuentran alojados infinidad de obras protegidas por el derecho de autor y por consiguiente “resulta referencia obligada la ley 25.446. Si bien esta norma no alude en forma expresa a la utilización de las obras en Internet, es factible sostener que tales supuestos de reproducción derivados del uso de Internet resultan subsumibles dentro del concepto de 'reproducción facsimilar' que regula dicha ley”<sup>67</sup>. Del mismo modo, parece comprender este supuesto el art.72 inc. (a) dado que la reproducción a la que se refiere es aquella hecha “por cualquier medio o instrumento”.

## **9. La importancia del derecho de autor: su doble incidencia.-**

### **9.1. Incidencia positiva:**

Probablemente uno de los aspectos centrales de la época actual reside en la ampliación y re-consideración del amplio espectro de intereses que engloban a la propiedad intelectual en sus dos vertientes: derecho de patentes y derecho de autor. Ambos<sup>68</sup>, nutren y dan inicio a las innovaciones del mañana, penetran en la cultura forjando nuevas concepciones del mundo y rutinas modificadas en aras al mejoramiento de la calidad de vida del individuo contemporáneo y el de las generaciones futuras. Su protección legal, atento a los efectos de su acción, contribuye sin dudas a lograr un incentivo para el inventor/autor a fin de comenzar o continuar la labor creativa que deviene en la producción de nuevas obras e inventos, lo que constituye un aporte valioso a la sociedad misma gracias al fruto de su esfuerzo que necesariamente debe ser recompensando (derecho patrimonial) y reconocido (derecho moral), a fin de garantizar

---

<sup>64</sup> CNCasación Penal, Sala III, 10/07/2003, “Sánchez, José Luis”, elDial.com AA1BE6.

<sup>65</sup> CNCrim y correc., Sala V, 28/03/2005, “Toytoyndjian, Gerardo”, elDial.com AI1FCD.

<sup>66</sup> CNCrim y correc., Sala I, 13/04/2005, “Rodríguez Monzón, Nélica Esther”, elDial.com AA2F9E.

<sup>67</sup> Morelli, María P., *Consideraciones sobre el delito de reprografía (Ley 25.446)*, publicado en ADLA, Tº LXVI-C, pág.3550.

<sup>68</sup> Considérese, no obstante, las distinciones que observan ambos, conforme fueron puntualizadas genéricamente en el punto 2, del presente capítulo.

la no interrupción del ciclo creador. Se observa en el plano internacional pautas que denotan un reconocimiento preciso a la propiedad intelectual y la considerable atención que le han brindado los Estados que forman parte de la OMPI, bajo la intención subyacente de armonizar los distintos derechos internos a fin de conciliar normas no uniformes de interpretación, aplicación y sanción, lo que, dada la trascendencia de dicha circunstancia, no son menores los desafíos que deben ser encarados, de particular análisis por el derecho internacional público, y aún más, por el privado, sobre todo en cuestiones de jurisdicción y competencia. Si a esto además se suma la enorme influencia que tiene la propiedad intelectual en el plano económico (nacional e internacional), es lógico percibir las inquietudes de diversos gobiernos por concretar acuerdos bilaterales, y aún más, multilaterales de naturaleza esencialmente comercial como lo fuera el caso de los ADPIC (Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio<sup>69</sup>), del cual es importante mencionar que, entre sus disposiciones, se faculta a cualquiera de los Estados Contratantes de la OMC, que ante la infracción por parte de otro Estado Contratante de los derechos de propiedad intelectual (como ser: falta de normativa legal que tienda a la protección del mismo), se apliquen sanciones económicas.

Ahora bien, si puntualmente se analiza la importancia económica del derecho de autor, varios estudios en la materia verifican, a través de estadísticas relativas al valor agregado aportado por las industrias “culturales” a la economía, que los países comprendidos en ellos revelan la trascendencia que reviste aquel (en el caso de Argentina llegan a representar un 3,8% sobre el PBI, de acuerdo con datos revelados por el Sistema de Información Cultural de la Argentina – SInCA<sup>70</sup>). Siguiendo a la Dra. Lipszyc, ya en 1993 “los estudios (...) son elocuentes acerca de la importancia económica que ha alcanzado el derecho de autor y lo inadecuado que resulta que se lo siga considerando como una materia poco conocida que puede continuar ausente de las preocupaciones gubernamentales” y continúa “el derecho de autor ha probado su idoneidad para estimular la actividad creativa al asegurar al creador la posibilidad de obtener una retribución económica, el respeto por su obra y el reconocimiento de su

---

<sup>69</sup> Se trata del Anexo IC del Acuerdo de Marrakech, firmado el 15 de abril de 1994, el cual forma parte de un conjunto de acuerdos (entre ellos, la transformación del GATT), celebrados en la 8va reunión entre Estados Contratantes de la OMC, con el fin de negociar la política de aranceles y la liberalización de mercados a nivel mundial. Tales negociaciones comenzaron en la República Oriental del Uruguay, en 1986, y concluyeron en Marrakech (Marruecos), en 1993, de ahí el nombre: “Ronda de Uruguay”.

<sup>70</sup> Los datos corresponden al año 2011. Información disponible en la página oficial del SInCa, en: <http://sinca.cultura.gov.ar/sic/estadisticas/csc/> – (consulta: 05/09/13).

condición de autor”<sup>71</sup>. Lo que destaca Lipszyc es el factor negativo que tiene la reproducción no autorizada de obras dentro de la producción de bienes culturales a manos de las denominadas “industrias culturales”, puesto que opera como tesis primera la rebaja del incentivo a crear por parte de los autores si conciben una alta probabilidad de no ser retribuidos pecuniariamente, a más de la posible desinversión en el sector ante las potenciales pérdidas económicas producto del actuar ilícito masificado, lo que en última instancia perjudica no sólo interés privados sino a toda la sociedad. Goldstein en un mismo sentido manifiesta que “la creación intelectual es condición necesaria para el desarrollo y la continuidad social y, por lo tanto, para la protección de los creadores y de sus productos se establecen normas específicas, tanto en lo que se refiere a la existencia de un derecho exclusivo como a su duración”<sup>72</sup>. A mayor generalidad, un porcentaje elevado de la doctrina especializada se vuelca sobre el supuesto infalible de estas afirmaciones, lo que, por lógica parece ser a un nivel moderado, una respuesta válida, que conlleva a compartir el ideal de una protección justa al autor no sólo para no ver peligrado el beneficio económico que le reporta su obra sino también su vinculación a ella, a fin de evitar todo tipo de plagio que malogre estos objetivos. Debe sumarse al sujeto protegido “autor”, el caso de editores e industrias culturales que con su inversión, fomentan la tarea inventiva, que, sin el correcto resguardo legal, los aumentos en los costos serían inminentes y por consiguiente, pese a tomarlo como un negocio rentable, podría llegar a caer la producción.

No obstante, un nuevo tratamiento merece el derecho de autor aún cuando su incidencia positiva es indiscutible en el plano de las protecciones que de él emanan, pues suponen un verdadero incentivo para la creación original del autor que se traduciría en el gran motor de la cultura, pues nutre, cultiva, aporta al conocimiento. Dichos efectos positivos sólo son posibles en la medida que se pueda acceder a tales obras, del mismo modo que cabe preguntarnos ¿no es acaso la originalidad del autor producto en parte de haberle garantizado el acceso a la cultura?

## **9.2. Incidencia negativa:**

Los excesos en la regulación o bien la ausencia de excepciones al derecho de autor determinan este aspecto central a considerar, que no tiene por intención plantear la abolición del derecho sino su armonización con el cumplimiento de la obligación conexas que lo rige: el *fin social*. Reafirmando esto último, el Dr. Andrés Gil Domínguez

---

<sup>71</sup> Lipszyc, Delia, ob. cit., págs. 58 y 59.

<sup>72</sup> Goldstein, Mabel, ob. cit., pág.40.

hace referencia junto con el Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General N° 17 del 2005 (punto 35), cuando se analiza el art.15, inciso 1 (c) de dicho instrumento internacional<sup>73</sup>, que “la propiedad intelectual es un producto social y tiene una función social y que los Estados tienen el deber de impedir 'que se impongan costos irrazonablemente elevados para el acceso a medicamentos esenciales, semillas u otros medios de producción de alimentos, o a libros de texto y material educativo, que menoscaben el derecho de grandes segmentos de la población a la salud, la alimentación y la educación'...”<sup>74</sup>. Es por ello que la protección reconocida a todo autor de una obra científica, artística o literaria no es absoluta, por ello se encuentra su derecho enmarcado bajo un límite de tiempo claro (en Argentina, como se dijo, de 70 años posteriores a la muerte del autor, vencido el cual, ingresa la obra al dominio público), del mismo modo, existen una serie de limitaciones reconocidas por la ley 11.723 cuyo claro argumento reside en la garantía de acceso y difusión del conocimiento para todos los habitantes, de modo tal que los excesos normativos no ahoguen la capacidad de uso de obras aún protegidas y conlleven a su vez a una exigencia irracional de cumplimiento. Sin embargo, ¿es acaso suficiente reconocer unas meras limitaciones al derecho de autor en esta era de la sociedad del conocimiento?; ¿es posible actualizar sin vulnerar el derecho de autor, considerando que los lineamientos centrales de la ley 11.723 datan de 1933?

Tales interrogantes no son sino síntomas de la inquietud que plantea la problemática, una cuestión por demás apremiante, y que colisiona ante valores reconocidos por nuestra Carta Magna, y en particular, de nuestro sistema democrático, donde la “igualdad de oportunidades” en el acceso al conocimiento (conf. art.16 C.N. – igualdad ante la ley), debe encontrar asilo en la práctica, ante todo, si se verifica la afirmación de que “hay (...) situaciones en las que la aplicación estricta del derecho de autor inhibirá el 'progreso mismo de las ciencias y de las artes útiles' que el derecho está llamado justamente a promover”<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> El art.15 inciso 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), con jerarquía constitucional conforme art.75 inc.22 de la Constitución Nacional, expresa: “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”.

<sup>74</sup> Gil Domínguez, Andrés, “Derecho constitucional de la propiedad intelectual”, Revista La Ley, 27/02/2009, T. 2009-B, pág. 836.

<sup>75</sup> Guibault, Lucie, estudio cit., pág.10.

Por supuesto, hay factores que confluyen sobre este aspecto negativo, y diversos críticos posicionan sus argumentos a partir del funcionamiento mismo del sistema capitalista y libertad del mercado, pues como muchas veces ocurre, un problema particular generalmente viene enlazado a otros en un plano no limitado a lo nacional. Así, se menciona el caso de “intereses empresariales” que influyen no sólo en el lobby característico que puede anidarse en el órgano a partir del cual emanan las leyes, esto es, del Congreso legislativo o Parlamento, sino también, del esquema mundial actual, dividido entre países desarrollados y países en vías de desarrollo que incide al momento de sentar las bases sobre las cuales se llevarán las negociaciones tendientes a concretar acuerdos multilaterales sobre propiedad intelectual, aún más, si la naturaleza de los mismos es de orden comercial o con relación a aquél (como el caso del ADPIC<sup>76</sup>).

En los capítulos siguientes, bajo el enfoque de esta última incidencia, se hará un análisis tendiente a desentramar los conflictos que presenta el derecho de autor en Argentina para ciertos sectores vulnerados con el estado actual de normas, cuyo objetivo se reitera, no es la derogación, sino la readecuación que permita un equilibrio frente al *derecho de acceso a la cultura* (y en forma conexas: el derecho a la educación y la libertad de expresión), y logre una aproximación acertada a los objetivos consignados en el preámbulo del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT), en particular su párrafo 5to que expresamente determina: “Reconociendo la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información, como se refleja en el Convenio de Berna”.

---

<sup>76</sup> Al respecto, el Premio Nobel de Economía Joseph Stiglitz, cuando trata el caso de patentes de fármacos que pudieran salvar millones de vidas en países de África si se autorizara la fabricación de medicamentos genéricos, sostiene que “para los críticos de la globalización, la lucha por la propiedad intelectual es una lucha por los valores. El acuerdo sobre los ADPIC refleja el triunfo de los intereses empresariales en Estados Unidos y en Europa sobre los intereses más amplios de miles de millones de personas del mundo en vías de desarrollo” y aclara “El acuerdo sobre los ADPIC (...) está basado en el punto de vista de que cuanta más importancia se dé a los derechos de propiedad intelectual, mejor se comportará la economía”, afirmación que para él se trata de “simplificaciones ideológicas para defender sus causas”, es decir, la de “intereses particulares –los de quienes se benefician de que a los derechos de propiedad intelectual se les otorgue una gran relevancia-”. Para más información ver: Stiglitz, Joseph E., *Cómo hacer que funcione la globalización (Capítulo 4: patentes, beneficios y personas)*, Madrid, Ed. Taurus, 2006, págs.145-146.

## CAPÍTULO II

### **DERECHO DE ACCESO A LA CULTURA**<sup>77</sup>

#### **– Su interrelación con el Derecho de Autor –**

*“El lector puede ser considerado el personaje principal de la novela,  
en igualdad con el autor; sin él, no se hace nada.”*

Elsa Triolet (1896-1970)

SUMARIO: 1. La Cultura: qué es y cuál es su importancia. 2. Conceptualización del derecho de acceso a la cultura: una aproximación a sus fuentes actuales. 3. Derechos concomitantes: educación y libertad de expresión. 4. La impronta de la regulación de los derechos de autor en el acceso a la cultura 5. La ineficacia del derecho de autor: síntomas de una imperiosa flexibilización. 6. Copyleft: hacia un cambio de paradigma. 7. El test de las tres etapas o “criterio triple”: la solución del Convenio de Berna. 8. Sobre la prueba de los *tres criterios*: nuevas pautas de interpretación. 9. Consideraciones finales: proyecto de reforma.-

---

<sup>77</sup> No se hará uso del término habitual “derecho a la cultura” que emplea parte de la doctrina para referirse a este derecho, pues media falta de énfasis en un aspecto clave que es el uso de la palabra “acceso”, punto central sobre el que se ubica el ejercicio de aquél. La cultura existe por sí misma, pero su evolución difiere según el grado de acceso que se tenga a ella (en particular a los fines del presente trabajo: en forma pasiva), por ello es importante, si se quiere transmitir el mensaje correcto, hablar claramente de un “derecho de acceso”, conforme se verá a lo largo del capítulo.

## 1. La Cultura: qué es y cuál es su importancia.-

Resulta tarea compleja prestar una definición a conceptos por demás abarcadores, como ser el caso de “cultura”, que involucra una multiplicidad de significados desde expresiones utilizadas por el sentido común hasta definiciones elaboradas por antropólogos, que vale decir, no presentan uniformidad de criterio<sup>78</sup>. Basta mencionar algunos ejemplos para comprender los alcances de esta afirmación, motivada no obstante, por el deseo de prestar una noción general al término en cuestión. En este sentido sostenía Edward Taylor que “cultura o civilización, en sentido etnográfico amplio, es aquel todo complejo que incluye el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, el derecho, las costumbres y cualquiera otros hábitos y capacidades adquiridos por el hombre en cuanto miembro de la sociedad”<sup>79</sup>. Nótese que se asimila en tal definición el concepto de cultura con el de civilización, algo de lo que más tarde Malinowski descarta al decir que “la palabra cultura se utiliza a veces como sinónimo de civilización, pero es mejor utilizar los dos términos distinguiéndolos”, para lo cual agregó en su momento que “la cultura incluye los artefactos, bienes, procedimientos técnicos, ideas, hábitos y valores heredados”, siendo la organización social una parte de ella<sup>80</sup>.

Atento lo esbozado, se pone de manifiesto lo genérico del significado *cultura*, a lo cual debe agregarse en un intento por desentramar la importancia que reviste aquella, una descripción que brinda el Diccionario de la Real Academia Española, al definirla como el “conjunto de conocimientos que permite a alguien desarrollar su juicio crítico”. Por supuesto que esta última concepción del vocablo escapa a nociones antropológicas previamente reseñadas, no obstante lo cual, permite inferir la envergadura positiva que tiene en la vida social. Aún más, el concepto “cultura” desde este último enfoque se encuentra intrínsecamente ligada a los términos “información” y “conocimiento”, siendo el primero materia prima del segundo, y la educación el puente que los conecta, lo que claramente pone de manifiesto la importancia de su acceso, protección y promoción para un desenvolvimiento provechoso en la sociedad. En este sentido la

---

<sup>78</sup> Es por ello que se dice que la “cultura” es pasible de muchas respuestas y no sólo de una (véase: Schwanitz, Dietrich, *La Cultura - Todo lo que hay que saber*, Buenos Aires, Ed. Taurus, 2003, págs. 385 y sgtes).

<sup>79</sup> Taylor, E.B., *La ciencia de la cultura* (1871), EN: “El concepto de cultura: textos fundamentales (compilado)”, Barcelona, Ed. Anagrama, 1972, pág.29.

<sup>80</sup> Malinowski, Bronislaw, *La cultura* (1931), EN: “El concepto de cultura...” ob. cit., pág.85.

Conferencia Internacional de la UNESCO sobre Políticas Culturales la ha definido como “un conjunto de signos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos, que caracterizan a una sociedad o grupo social. Engloba, además de las artes y las letras, los modos de vida, los derechos fundamentales del ser humano, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias”<sup>81</sup>.

En un artículo por demás interesante, desarrollado por el Dr. Jesús García Cívico (con un enfoque a la filosofía del derecho), se analiza cuál es la trascendencia o función misma de la cultura en relación a su “acceso”, para lo cual se parte de la premisa de su rol fundamental: *emancipar*, y ante la pregunta ¿de qué?, la emancipación es sobre la *incultura*, es decir, del “estado que propicia el miedo irracional, la xenofobia, las demagogias políticas, la participación política no deliberativa, el totalitarismo, el desconocimiento de las consecuencias de nuestras acciones, la pérdida de contexto, la ajenidad frente a las normas, leyes e ideas que nos gobiernan (...) la presión de los medios de comunicación de masas...”<sup>82</sup>, entre otros. Siguiendo con el autor, se alega que “la adquisición de cultura es una condición para la libertad y la igualdad, pero, sensu contrario la monopolización (activa y pasiva) de la cultura conlleva la perpetuación de la desigualdad e impide el desarrollo personal”, aún más, la cultura misma tiene por destino “la formación de ciudadanos capaces de entender el mundo o su época, ubicar las leyes que los gobiernan y el sentido de las mismas para lograr una razón pública ilustrada y racional”<sup>83</sup>, de allí parte la hipótesis primera de que una restricción inequitativa plasmada en la regulación del derecho de autor puede dar lugar a una vulneración del derecho de acceder a la cultura, por ello su necesaria revisión, que a la vez permita una cultura *libre y autónoma* del poder político y también económico, factores estos que por sí, influyen en el desarrollo cultural y tienen vale decir, un tratamiento leve (por no decir nulo) en la presente tesina, al no contrastarse en profundidad la incidencia de los medios de comunicación y la hegemonía de la

---

<sup>81</sup> Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales, “Declaración de México sobre las Políticas Culturales”, París, UNESCO, 1982, disponible en la página oficial de la UNESCO: [http://portal.unesco.org/culture/es/files/35197/11919413801mexico\\_sp.pdf/mexico\\_sp.pdf](http://portal.unesco.org/culture/es/files/35197/11919413801mexico_sp.pdf/mexico_sp.pdf) – (consulta: 05/09/13).

<sup>82</sup> Cívico, Jesús García, “¿Emanciparse de qué? Truffaut de madrugada. Fundamento, obstáculos y eficacia del derecho de acceso a la cultura”, Revista Telemática de Filosofía del Derecho, N°12, 2009, pág.68.

<sup>83</sup> Cívico, Jesús García, artículo cit., págs.37 y 42.

información direccionada, dada la naturaleza del sistema capitalista<sup>84</sup>. Finalmente sostiene el autor citado a modo de conclusión abierta a nuevos tratamientos, que “el diseño de una política cultural que parta de la realidad multicultural resultado del fenómeno de la inmigración, la adquisición de cultura a través de la educación, la emancipación individual frente a la presión uniformizadora, la estrechez de la oferta en los medios debido a rémoras etnocéntricas, racionalidad económica (índices audiencia), o inercias, también la cultura como producto mercantilizado, o la extensión del uso degradado del término (“cultura de empresa”, etc.) no son las únicas trabas, ni los primeros desafíos”<sup>85</sup>.

Se concluye de acuerdo a lo detallado, que no es objetable la ambigüedad del término *cultura* y su rol en juego, inclusive de cómo a continuación se verificará en instrumentos internacionales respecto de su “derecho de acceso”, puesto que “definir” implica cerrar en determinados parámetros la extensión del significado del vocablo, lo que restringe su interpretación en contextos de aplicación mutables y el peligro de dejar fuera elementos que bien pueden integrar el concepto (sin ir más lejos, la interpretación que vaya a realizar el juez en el caso particular), de modo que, dada la naturaleza de su extensión, es correcta una descripción genérica del mismo.

## **2. Conceptualización del derecho de acceso a la cultura: una aproximación a sus fuentes actuales.-**

---

<sup>84</sup> Herbert Marcuse, reconocido filósofo y sociólogo judío alemán, albergaba una serie de argumentos serios en torno a esta cuestión, en particular si se atiende a la siguiente incógnita: ¿la cultura es un potencial liberador o por el contrario constituye una fuerza domesticadora?, para lo que refiriéndose a la “sociedad industrial avanzada” exponía: “El aparato productivo, y los bienes y servicios que produce, ‘venden’ o imponen el sistema social como un todo. Los medios de transporte y comunicación de masas, los bienes de vivienda, alimentación y vestuario, el irresistible rendimiento de la industria de las diversiones y de la información, llevan consigo hábitos y actitudes prescriptas, ciertas reacciones emocionales e intelectuales que vinculan de forma más o menos agradable los consumidores a los productores y, a través de éstos, a la totalidad. Los productos adoctrinan y manipulan; promueven una falsa conciencia inmune a su falsedad. Y a medida que estos productos útiles son asequibles a más individuos en más clases sociales, el adoctrinamiento que llevan a cabo deja de ser publicidad; se convierten en modo de vida...” (véase: Marcuse, Herbert, *El hombre unidimensional*, Barcelona, Ed. Planeta Agostini, 1985, pág.42).

<sup>85</sup> Cívico, Jesús García, artículo cit., pág.69.

Finalizada la Segunda Guerra Mundial con la victoria de los “Aliados” en 1945, luego de las calamitosas consecuencias que arrastró el conflicto bélico, resultó tarea por demás ardua, el desentramar objetivos y puesta en escena de metas que tuvieran por efecto inmediato impedir una nueva confrontación en tales escalas. Para lo cual, independientemente de la tensión internacional re-iniciada en 1950 con la llamada “Guerra Fría”, se concilió la creación de la ONU (Organización de Naciones Unidas) desde la cual emanó tres años más tarde la “Declaración Universal de los Derechos del Hombre” (1948)<sup>86</sup>, primer instrumento internacional (aunque no obligatorio), que reafirma a partir de su Preámbulo y disposiciones, los derechos fundamentales de hombres y mujeres a la vida digna, ejercicio de la libertad (de expresión, circulación, religiosa, entre otros), igualdad, derecho de defensa, a su intimidad, respeto de la propiedad, seguridad social, derechos políticos, al trabajo, al descanso, a la educación, y, entre todos ellos, el derecho de acceder a la cultura. En este punto, el art.27 inc.1 determina: “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”. De aquél resulta la concesión de un doble rol al individuo en su potestad de intervenir en la cultura, esto es, en forma activa: ser el creador intelectual de todo tipo de obras, para cuyo caso, resulta de importancia el inc.2 del mismo artículo, que corresponde con el derecho de autor analizado en el capítulo I<sup>87</sup>; o bien bajo una participación pasiva: ser el consumidor (lector, espectador, oyente, etc.) de las obras intelectuales que otros crean o inventan. Es en esta última acepción que cobra vitalidad el llamado “acceso” al abanico cultural, el cual como derecho comprende un conjunto indefinido de individuos, y cuyo ejercicio, se encuadra dentro de los “derechos de segunda generación” (posterior a los denominados derechos civiles y políticos). En efecto, aquél está determinado como un “derecho típico de la segunda generación, porque para acceder a la cultura hacen falta prestaciones relacionadas con los grandes servicios públicos (los museos, archivos, bibliotecas son instrumentos de

---

<sup>86</sup> Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948, por resolución 217 A (III), en París, Francia. Los elogiados fines que recepta tal instrumento de orden internacional hayan su fuente principal inmediata en la Carta de las Naciones Unidas de 1945. La misma, tiene rango constitucional en Argentina, con la reforma de 1994 (conf. art.75 inc.22).

<sup>87</sup> El inc.2 del art.27 de dicha declaración dispone: “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”.

realización del derecho de prestación de acceso a la cultura)”<sup>88</sup>. No se trata la acción de “acceder” por ende, de una concepción suficiente en sí misma, pues para darse aquella, es requisito previo la puesta a disposición de servicios que la garanticen, siendo prestados estos últimos por los Poderes Públicos (Estado Nacional, Provincial, municipal).

Así, será necesario contar con la satisfacción previa, para su ejercicio, de un cierto grado de sustentabilidad económica y social, a partir de dos factores elementales: I. Un “nivel de vida adecuado que le asegure”, a la persona objeto del derecho y a su familia, “...la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...”<sup>89</sup>. II. Una educación que forme adecuadamente al individuo desde las técnicas elementales de lectura y escritura para un acceso viable al conocimiento, así como no menos importante, el desarrollo de un pensamiento “crítico”, para lo cual, se aclara que es deber de los Estados brindar en forma gratuita al menos la enseñanza elemental<sup>90</sup>. En tal caso, “La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos...”<sup>91</sup>. De esta forma, resulta consecuencia lógica que la no satisfacción de estos dos puntos trae por resultado un ejercicio inalcanzable o bien inasequible de un verdadero “acceso” a los bienes culturales, pues, no se puede pretender ver garantizado el mismo, si el individuo objeto del derecho no sabe leer ni escribir (¿cómo disfrutaría una obra escrita?), o motivo de su situación económica se ve impedido de adquirir las obras (los valores de los libros en el mercado constatan este hecho sobre ciertos rubros), o peor aún, no dispone de un tiempo de recreación justo debido a la rutina laboral que

---

<sup>88</sup> Pietro de Pedro, Jesús, “Derechos culturales y desarrollo humano”, Revista de Cultura – Pensar Iberoamérica, N°7, sept.-dic. 2004. Disponible en: <http://www.oei.es/pensariberoamerica/ric07a07.htm> (consulta: 05/09/13).

<sup>89</sup> Conforme art.25 inc.1 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

<sup>90</sup> Es dable aclarar que lo que aquí se pondera es la prestación de una “educación” íntegra antes que sólo una faceta de ella: la “instrucción”, la cual consiste solamente en la capacitación o adiestramiento del sujeto para la realización de una tarea o trabajo mediante la transmisión de datos en forma unidireccional, con lo cual media una intervención puramente pasiva del receptor.

<sup>91</sup> De acuerdo con art.26 inc.2 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. La importancia de la educación se dispone de una misma manera en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art.13.

consume la mayor parte de su tiempo (factores como descanso y ocio son esenciales para un encuentro consciente con la lectura).

En sintonía con el art.27 inc.1 reseñado, se agrega el art.15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)<sup>92</sup>. El mismo determina en su inc.1 (a-b) que “Los Estados Parte 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...”. Además su inc.2 estipula: “entre las medidas que los Estados Parte 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”. De manera que se re-afirma lo dicho anteriormente en cuanto al derecho de “acceso” (con la participación pasiva) de todo individuo a la cultura, y la obligación del Estado de garantizar el mismo. Cabe agregar que “los derechos económicos, sociales y culturales son derechos de participación, es decir, derechos que tienen como principal objetivo asegurar la participación de las personas, así como de los grupos o colectividades en que se integran, en la vida política, económica, social y cultural o, en fin, en cualquier aspecto o faceta de la actividad humana”<sup>93</sup>, por ello se reitera que dada la relevancia de la participación en la vida cultural, estos más que ser derechos de toda persona son en un mismo sentido, deberes de los Poderes Públicos, de manera que “su ejercicio efectivo va a depender en todo momento de la cantidad de recursos disponibles y, por ello, resultará imprescindible la presencia de acciones estatales e internacionales”<sup>94</sup>.

Se añade a esto la Declaración Universal de la UNESCO<sup>95</sup> sobre Diversidad Cultural (2001)<sup>96</sup>, la cual, pese a no ser vinculante desde una perspectiva jurídica (por

---

<sup>92</sup> Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 (XXI), Nueva York, EE.UU., el 16 de diciembre de 1966. Argentina aprobó el mismo por Ley N° 23.313 (1986) y posteriormente adquirió rango constitucional en 1994, conf. art.72 inc.22.

<sup>93</sup> Velázquez, Antonio C., *Declaración Universal de los Derechos Humanos: Artículo 27, Derecho a la cultura.*, en “La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario”, Barcelona, Ed. Bosh, 1998, pág.255.

<sup>94</sup> Velázquez, Antonio C., ob. cit., pág.258. Es un aspecto de suma relevancia si hablamos de “eficacia” del acceso a la cultura en la actualidad y pese al libertinaje que algunos han denunciado que opera en internet, ante una violación masificada del derecho de autor, esto no es óbice para un replanteo serio de las funciones que son llamadas a garantizar servicios claves como la biblioteca y los archivos (públicos y privados).

<sup>95</sup> Siglas en inglés, cuya traducción es: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Fue fundada en 1945, e importa agregar que en el Preámbulo de su constitución,

tratarse de una “declaración”), constituye una manifestación de voluntad política internacional de trascendente relevancia, en la cual se sostienen ciertas afirmaciones con alcances positivos dentro del seno del acceso a la cultura. Así el art.3° claramente consigna que “la diversidad cultural amplía las posibilidades de elección que se brindan a todos; es una de las fuentes de desarrollo, entendido no solamente en términos de crecimiento económico, sino también como medio de acceso a una existencia intelectual, moral y espiritual satisfactoria”, de manera que la participación pasiva de las personas en la cultura (diversa) es de por sí enriquecedor, pues no sólo permite el perfeccionamiento del individuo en áreas de conocimiento que lo instruyan a fin de desenvolverse mejor profesionalmente (léase: un trabajo mejor pago producto de una mejor preparación), sino que vence además las barreras del prejuicio y la ignorancia que son el acápite de una serie de actos repudiables cuyo mal radica en la violencia, xenofobia, discriminación en diferentes niveles, entre otros. Por ello el art.5° de la mencionada Declaración afirma como “marco propicio de la diversidad cultural”, el pleno ejercicio de los derechos culturales reconocidos en los instrumentos internacionales ya vistos, y en particular, una diversidad cultural “accesible a todos”, por lo que el art.6° agrega: “Al tiempo que se garantiza la libre circulación de las ideas mediante la palabra y la imagen, hay que procurar que todas las culturas puedan expresarse y darse a conocer...”.

No puede dejar de mencionarse en un plano supranacional, y en colación a lo descrito, el caso particular de los países en vías de desarrollo, donde cultura y derecho presentan una acentuación más profunda, más aún, si se parte de la idea de que la cultura es el bastión del conocimiento, y su acceso general es vital como garantía de un desarrollo sostenible, ya sea en las ciencias aplicadas a la industria (dónde predomina la regulación del derecho de propiedad industrial a través de las patentes por inventos), como también únicamente la “teoría”, que sirve de inspiración continua, a través de una cadena indefinida de creaciones cuyo germen de originalidad pudo bien tener por origen el producto creado por otros autores (y aquí entra en juego la normativa aplicable al derecho de autor), último supuesto que aún con su dificultad probatoria, abriga una hipótesis por demás lógica, contrastable con la experiencia de todo autor. Sobre este particular la Declaración Universal de la UNESCO ratifica la presunción, y en su art.7°

---

párrafo 6to, específicamente se dispone: “Que la difusión de la cultura y la educación de la humanidad para la justicia, la libertad y la paz son indispensables a la dignidad del hombre y constituyen un deber sagrado que todas las naciones han de cumplir con un espíritu de responsabilidad y de ayuda mutua”.

<sup>96</sup> Adoptada por la 31ª Sesión de la Conferencia General de la UNESCO, el 2 de noviembre de 2001.

se puede apreciar una afirmación del origen derivado de la innovación intelectual al decir: “Toda creación tiene sus orígenes en las tradiciones culturales, pero se desarrolla plenamente en contacto con otras...”, por lo que no sólo la obra es fuente de otras sino que esta misma alcanza un status óptimo al ser contrastada frente a otras culturas (y por ende, con su mayor acceso), lo que motiva que este acervo cultural deba ser “...preservado, valorizado y transmitido a las generaciones futuras como testimonio de la experiencia y de las aspiraciones humanas, a fin de nutrir la creatividad en toda su diversidad e instaurar un verdadero diálogo entre las culturas” (conf. art.7° última parte).<sup>97</sup>

Otro aspecto fundamental de este derecho se funda en la Convención sobre la protección y promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales (2005)<sup>98</sup>, la cual al sostener la función vital que desempeña la diversidad cultural en aspectos tanto individuales como a un nivel general del desarrollo de cada nación, estipula en su art.2°, inc.5, el “Principio de complementariedad de los aspectos económicos y culturales del desarrollo” al destacar que “Habida cuenta de que la cultura es uno de los principales motores del desarrollo, los aspectos culturales de éste son tan importantes como sus aspectos económicos, respecto de los cuales los individuos y los pueblos tienen el derecho fundamental de participación y disfrute”. Se entiende por aspecto económico de la cultura el carácter rentable del derecho de autor (*participación activa* del “acceso”), y cuyas ganancias sirven no sólo como un estímulo para el autor en forma singular, sino que además, se suma el rol de las industrias culturales que cubren un margen considerable en el PBI de varios Estados<sup>99</sup>, al influir de esta forma en cuestiones que, en principio, eran ajenas al derecho de autor, esto es, sus aspectos comerciales (los cuales son observados en los TRIPS) y cuya incidencia en el acceso a los bienes culturales se ve plasmada por ejemplo en el “precio” a pagar por un uso lícito ante la carencia de

---

<sup>97</sup> De esta manera la percepción de “originalidad” como una creación irreplicable y única por vez primera que emana exclusivamente del intelecto innovador del autor es abandonada para adoptar una concepción unificadora entre autor-sociedad, tomando por referencia los amplios factores que inciden en la creación de toda obra, en particular, producto del contexto cultural.

<sup>98</sup> Adoptada en la 33ª reunión de la UNICEF, celebrada en París el 21 de octubre de 2005. Entró en vigor el 18 de marzo de 2007 de conformidad con su art.29. La Argentina efectuó depósito del instrumento de ratificación el 7 de mayo de 2008 (previa aprobación del Congreso por ley 26.305), efectuando una única reserva sólo respecto del art.27 inc.2 (se refiere a la inaplicabilidad del tratado para territorios sujetos a una controversia de soberanía entre dos Estados Parte: claramente hace alusión al conflicto por las Islas Malvinas con el Reino Unido de Gran Bretaña).

<sup>99</sup> Ver al respecto el punto 9, “La importancia del derecho de autor: su doble incidencia”, del Capítulo I.

excepciones al régimen de propiedad intelectual. Del principio descrito se desprende la idea de una ausencia de jerarquía entre los aspectos de orden económico con los culturales, por lo que a su vez no corresponde decir que se oponen, por el contrario, se complementan y nutren mutuamente. En efecto, la *complementariedad* a la que alude el inciso tiene por objeto evitar que ante una controversia en la que estuvieren implicados ambos derechos, automáticamente se adopte una postura en la cual prevalezca el derecho de autor por sobre el acceso a la cultura, lo cual también implica la no superioridad de esta última con respecto a la primera sino antes bien, la consideración y análisis de la naturaleza y efectos (presentes y potenciales) del caso particular, con el fin de discernir de manera ecuánime, en un marco de equilibrio normativo no contradictorio.

Se agrega a ello, que el derecho de acceder a una diversidad cultural debe ser equitativo, de manera que se logre un acceso libre, general e igualitario a las obras que conforman además de un acervo cultural nacional, la conciencia expresiva misma del ser humano por medio de la toma de conocimiento de obras también internacionales. En este orden de ideas, el art.2° inc.7 de la Convención avala el “Principio de acceso equitativo”, para lo cual, “El acceso equitativo a una gama rica y diversificada de expresiones culturales procedentes de todas las partes del mundo y el acceso de las culturas a los medios de expresión y difusión son elementos importantes para valorizar la diversidad cultural y propiciar el entendimiento mutuo”. A fin de garantizar lo preceptuado se tenderá no sólo a la protección de éstas expresiones culturales en el orden nacional (art.6°) sino también a su promoción (nacional-internacional). Así en este último caso, el art.7° dispone que las Partes de dicha Convención deberán procurar crear en su territorio un entorno que “incite” a las personas y grupos a: “(a) crear, producir, difundir y distribuir sus propias expresiones culturales, y tener acceso a ellas, prestando la debida atención a las circunstancias y necesidades especiales de las mujeres y de distintos grupos sociales, comprendidas las personas pertenecientes a minorías y los pueblos autóctonos” y además, “(b) tener acceso a las diversas expresiones culturales procedentes de su territorio y de los demás países del mundo”.

Ahora bien, ¿cómo regula nuestra Ley Fundamental este derecho?, vale decir en rigor de verdad que el derecho de acceso a la cultura, al menos en lo que hace a sus características (conforme panorama internacional) se encuentra fragmentado, esto quiere decir que no hay una expresa mención al mismo en la Constitución Nacional pero sí a los principios que lo rigen, por medio de una serie de artículos puntuales. En este sentido, al conciliar este derecho con el derecho a la educación, claramente el art.14

última oración determina “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: ...de enseñar y aprender”, puntualmente es el derecho de “aprender” (término *vago* por cierto), el eje sobre el que se sustenta el acceso a la cultura. A su turno, y ya dentro de la parte orgánica de la Constitución, el art.75 (sobre las Atribuciones del Congreso), incisos 17-18-19 destacan el papel preponderante de la cultura y ciertos aspectos relacionados a ella. El inc.17 aborda una cuestión referida puntualmente a lo que hace a la “diversidad cultural” y su debido respeto, en particular, hacia los “pueblos indígenas argentinos”, de forma que se cumpla el “respeto de su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural...”. Por su parte, el inc.18 determina que es una atribución del Congreso “proveer lo conducente (...) al progreso de la ilustración<sup>100</sup>”, es decir, al desarrollo del conocimiento, de las ciencias y las artes, los cuales constituyen un cimiento sólido para el cumplimiento de los demás objetivos consignados en el mismo inciso, en particular a “la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias”. Finalmente, y en una mayor correspondencia con el derecho en análisis, el inc.19 esboza en lo que hace a esta materia que el Congreso promoverá “la investigación y el desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento”, para luego al final indicar que podrá dictar leyes que “protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales”, es en esto último donde ha de ponerse el acento, más aún en “la libre creación y circulación de las obras del autor”, verdadero aspecto del acceso a la cultura que en conjunción con lo reseñado, conforma el argumento dogmático de su existencia y reconocimiento en la Constitución Nacional.

Por último es preciso efectuar algunas aclaraciones en orden a esclarecer la connotación o enfoque dado al “Derecho de acceso a la cultura” en el presente trabajo, para lo cual, se acerca un concepto tentativo del mismo al considerarlo como: *facultad de todo individuo a participar en forma pasiva de la diversidad cultural humana, a través del acceso efectivo a obras culturales que lo componen en sus tres órdenes genéricos: ciencia, literatura y arte, y cuyo deber de prestación recae en los poderes públicos (Nación, provincia, municipio) a través de servicios esenciales para su satisfacción (bibliotecas, archivos, escuelas, universidades, entre otros), en conjunción de un orden positivo que facilite su ejercicio.*

---

<sup>100</sup> La “Ilustración”, al menos en una de sus acepciones, bien puede referirse conforme el Diccionario de la Real Academia Española al: “Movimiento filosófico y cultural del siglo XVIII, que acentúa el predominio de la razón humana y la creencia en el progreso humano”.

### 3. Derechos concomitantes: educación y libertad de expresión.-

Motivo de la amplitud de significado del derecho descripto es que a su vez se observan vínculos para su pleno ejercicio con otros derechos claramente humanos y reconocidos no sólo por nuestra Carta Magna sino también por instrumentos internacionales con jerarquía constitucional:

**3.1. Derecho “a” la educación** (arts.14, 41 2do párr., 42 2do párr. y 75 inc.19 C.N. / art.26 Declaración Universal de los Derechos del Hombre / art.13 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales / art.26 Convención Americana sobre Derechos Humanos / arts.28-29 Convención sobre los Derechos del Niño): se trata, desde un aspecto formal, de la instrucción básica y superior prestada por el estado al ciudadano en forma gratuita y obligatoria que otorga una formación base a los fines de un correcto desempeño en sociedad en igualdad de oportunidades, aunque, desde un aspecto más abstracto, versa sobre el perfeccionamiento del individuo a través de la captación de la teoría y su correcta aplicación práctica de todo conocimiento útil a los fines de satisfacer sus necesidades variables a lo largo de su vida. Al respecto, “el mínimo y el máximo de esa educación está dado por factores diversos, como ser: la propia capacidad, la propia pretensión, los medios de que individual y socialmente dispone, y las políticas que la constitución impone al estado”<sup>101</sup>.

**3.2. Libertad de expresión** (art.14 C.N. / art.19 Declaración Universal de los Derechos del Hombre / art.13 Convención Americana de Derechos Humanos): se proyectará este derecho vinculado al acceso a la cultura desde el plano individual, esto es, del ejercicio efectivo que realizan los habitantes en la manifestación de su pensamiento ya sea en forma singular o colectiva pero no en relación con la *prensa* (“libertad de prensa”), aspecto último, que no será por ende objeto de análisis. En tal caso, se expone que “la libertad de expresión es el derecho a hacer público, a transmitir, a difundir y a exteriorizar un conjunto de ideas, opiniones, críticas, imágenes, creencias, etc., a través de cualquier medio; oralmente; mediante símbolos y gestos; en forma escrita; a través de la radio, el cine, el

---

<sup>101</sup> Bidart Campos, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, T° I-B, Buenos Aires, Ed. Ediar, 2001, pág.159.

teatro, la televisión, etcétera”<sup>102</sup> (se incluye Internet), esto desde una perspectiva general de lo que “expresión” supone, dándole énfasis a su carácter de producto “final” de todo pensamiento (su exteriorización). Vale incluir en su caracterización, el rol fundamental que cubre el ejercicio de este derecho como difusor del conocimiento al ser una herramienta eficaz cuyo máximo provecho se puede obtener por medio de la cooperación asentada en “compartir” ideas y datos, lo cual, sumado a los servicios que debe brindar el estado, hace a cada individuo partícipe de la cultura, promoviendo la diversidad y engrosando las vías de acceso cultural.

A la postre, para una mejor comprensión del carácter “concomitante” de estos derechos, se sostiene por un lado que el “derecho a la educación” es aquél extracto inseparable del “derecho de acceso a la cultura”, pues aquel surge desde el inicio de la vida del sujeto para formarlo académica y humanamente de manera tal que medie un desempeño óptimo de éste en sociedad, lo cual reporta un beneficio no sólo personal sino también colectivo, de manera que se parte desde una concepción ligada al término griego *Paideia*, es decir, aquella base de la educación que dota al sujeto de un carácter verdaderamente humano, tomando sus aptitudes en forma idónea para el ejercicio de sus deberes cívicos. Ahora bien ¿qué herramientas son utilizadas para garantizar este fin?, lo cierto es que son los mismos bienes culturales los cuales permiten un acceso al conocimiento evolucionado del hombre, sin ir más lejos, libros de enseñanza primaria-secundaria por ejemplo, indispensables para cumplir con los mínimos objetivos consignados en los programas de estudio que fueron aprobados por las autoridades públicas competentes, del mismo modo que una vez finalizada la enseñanza básica del individuo (la “escuela”), éste a lo largo de toda su existencia tendrá la necesidad de seguir nutriéndose de conocimiento, más aún, en los tiempos actuales donde la información ha dejado de ser un privilegio para consagrarse como una necesidad de supervivencia en el porvenir (se requiere en teoría de más conocimiento para un mejor “trabajo”), “hasta no sería osado sugerir que la educación y la cultura hacen al denominado *desarrollo humano*”, aún más “...ya no es suficiente adquirir alfabetización, ni siquiera alcanzar niveles de enseñanza secundaria y superior” por lo que “...el estado debe alentar la cultura, estimular los emprendimientos de cuantos

---

<sup>102</sup> Bidart Campos, Germán J., ob. cit., pág.90.

trabajan en su área, y asignarle un lugar preponderante en el presupuesto de gastos y recursos”<sup>103</sup>.

Por otro lado, el sujeto del derecho de acceso, tendrá la necesidad de “expresarse”, y es una conclusión atrayente notar que toda expresión de ideas parte de la base lógica y obvia de que por existir ideas, existe la expresión de ellas, lo que motiva la pregunta: ¿sin un adecuado acceso al conocimiento no se estaría violentando la libertad de expresión del individuo, al menos como fase previa a la manifestación externa de su pensamiento? La respuesta pareciera ser afirmativa, aún más si se admite que “la libertad de expresión también supone la de reunir y facilitar información como un requisito previo esencial para que alguien pueda forjarse sus propias opiniones y creencias”<sup>104</sup>, último aspecto contrastable con el art.13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al especificar que aquél derecho comprende “la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”. La carencia o deficiente ejercicio de este derecho sería asimilable al supuesto de una persona que goza, conforme su anatomía, de cuerdas vocales en perfecto estado, pero que al momento de utilizarlas, sólo emite sonidos ininteligibles de difícil interpretación (similar al mero *flatus vocis*). Sumado a ello, la premisa de que la inspiración creadora del autor como forma de expresión tiene su origen en un plano físico, esto es, los medios materiales a su alcance ya sean nacidos de la naturaleza o de la misma voluntad creadora del ser humano por medio de las ideas expresadas en un libro o arte, supone la creencia de que la innovación tiene parcial o totalmente su fuente en los elementos externos al individuo y no sólo en el tan mentado “germen de genialidad” que se le atribuye al autor, como artífice unipersonal de su obra. Es por ello que la promoción de un mayor acceso a los bienes culturales potencia “cualitativamente” el nivel de expresión del sujeto, le confiere herramientas útiles para forjar mejores ideas, lo que conlleva a una amplificación “cuantitativa” de obras intelectuales por el reflujo continuo de inspiración, estimulada por el acceso a mayor cantidad de obras del acervo cultural (ya sea nacional o bien internacional), generando así un ciclo sostenible de producción que se retroalimenta y contribuye al bien común.

---

<sup>103</sup> Bidart Campos, Germán J., ob. cit., págs.156 y 168. En efecto, en un plano tanto global como individual: *Scientia est potentia* (cuya traducción habitual es: “El conocimiento es poder”); frase que suele atribuirse por cierto a Francis Bacon (1561-1626).

<sup>104</sup> Guibault, Lucie, estudio cit., pág.6.

#### **4. La impronta de la regulación de los derechos de autor en el acceso a la cultura.-**

La ley nacional 11.723 de propiedad intelectual es una de las más rígidas en cuanto a la protección de los derechos del autor en la región y el mundo, así surge de un estudio independiente realizado por Consumers International<sup>105</sup> en el año 2010 el cual versa sobre el estado de acceso al conocimiento en 34 países, del cual Brasil ocupa el séptimo puesto y Argentina se posiciona en sexto lugar dentro de los países “peor valorados”, superada en la región sólo por Chile, que ocupa el primer lugar. Por otra parte, quienes encabezan la lista de países “mejor” valorados son: 1. India; 2. Líbano; 3. Israel. Es interesante notar en el estudio que no hay un patrón común que determine las causas por las cuales un país se encuentra comprendido dentro de la lista de “peor” o “mejor” valorados, más aún “el nivel de desarrollo de un país no influye mucho en la configuración de su legislación sobre derecho de autor”<sup>106</sup>, lo cual no impide suponer, que si existen excepciones al derecho de autor en países muy subdesarrollados, aquello se deba a que su mercado de consumidores no representa un margen de ganancias significativo para las grandes industrias culturales. En cuanto a los parámetros manejados por el estudio así como los datos que fueron de interés al mismo, se partió de la premisa de que la ausencia de excepciones al derecho de autor vulnera el acceso al conocimiento y por ende corresponde una calificación negativa, además, se incluyó la existencia o no del criterio del *fair use* en las legislaciones nacionales, instituto de derecho que corresponde más propiamente a los sistemas jurídicos del *common law*. En el estudio actualizado del año 2012<sup>107</sup>, Consumers International determinó nuevas estadísticas obtenidas en el campo de la regulación nacional sobre propiedad intelectual, basado esta vez sobre 30 países, de los cuales la República Argentina se posicionó en segundo lugar (subió cuatro posiciones en relación al 2010), dentro de la lista de “peor” valorados. El cambio de resultado se supone fue dado por la consideración esta vez de

---

<sup>105</sup> Se trata de una federación internacional de consumidores, que según afirma en su página oficial “actúa como única voz global autorizada e independiente de los consumidores”, teniendo más de 240 organizaciones asociadas en 120 países. Ver más en: <http://es.consumersinternational.org/> – (consulta: 10/05/13).

<sup>106</sup> Consumers International, *Lista de vigilancia de la Propiedad Intelectual 2010*, pág.2. Disponible en: <http://a2knetwork.org/sites/default/files/IPWatchList-2010-SPAN.pdf> – (consulta: 05/09/13)

<sup>107</sup> Consumers International, *Lista de vigilancia de la Propiedad Intelectual 2012*, pág.2. Disponible en: <http://www.consumersinternational.org/media/965633/ipwatchlist-2012-sp.pdf> – (consulta: 05/09/13)

49 criterios, los cuales versan sobre el *alcance y duración de los derechos* principalmente: para individuos / para centros educativos / online / para creadores de contenido / para la prensa / para bibliotecas / para discapacitados / en asuntos de interés público / libertad para compartir y transferir / administración y aplicación. La Argentina en todos ellos obtuvo una baja calificación salvo, para el caso de acceso a la información por asuntos de interés público (por ejemplo discursos públicos), en la cual obtuvo el máximo puntaje positivo, dado por la existencia clara de una excepción al derecho de autor en este punto (de acuerdo con art.27 de la ley 11.723).

En consecuencia se destaca, acorde los resultados de los estudios aludidos, la rigidez normativa vigente que observa Argentina en su ordenamiento desde la perspectiva de los consumidores (léase para el caso: lectores, que no cuentan con los beneficios de alguna limitación del derecho de autor a su favor), de lo cual es dable preguntarse: ¿Hasta qué punto influye la ley de propiedad intelectual en el legítimo ejercicio del acceso a los bienes culturales?, la respuesta es determinante a los fines de esta tesina, para lo cual, es necesario remitirse al fin que persigue por un lado el derecho de autor y por el otro el objetivo ideal que busca garantizar el derecho de acceso a la cultura. El primero tiende a la protección eficiente no sólo del derecho económico que le corresponde al autor producto de su esfuerzo intelectual volcado a la creación de una obra, sino además al reconocimiento de su autoría, por tanto se protege una individualidad por generar aquella un beneficio a una generalidad, es decir, a la sociedad como receptora de tales obras. El fundamento sencillo y clásico que válida una regulación legal de protección esta dado por la hipótesis de qué, si media una indefensión del autor (en su derecho patrimonial y moral), se generará una desmotivación a crear, lo que, si bien directamente perjudica al autor, en forma indirecta, afecta a la sociedad al dejar de percibir las obras de aquél. Esta aseveración, ya explicada con anterioridad<sup>108</sup>, es totalmente justificable e incluso se adhiere a una afirmación de tales proporciones, sin embargo se está ante un *interés privado*, más allá de que tal interés revista una importancia tal, que su no existencia generaría la ausencia de un *interés general* (sin autor no hay obra, sin obra no hay público, sin público no hay interés). Lo que aquí se sostiene es la búsqueda, por demás dificultosa, de un equilibrio entre ambos intereses, y, caso de confrontación inminente entre aquellos, que indefectiblemente se apele a la protección del interés *social* por sobre el privado, sin que aquello constituya un acto arbitrario, sino por el contrario, un acto a derecho, de acuerdo con el principio general de la supremacía del interés público (similar por analogía a lo

---

<sup>108</sup> Ver al respecto el capítulo I, punto 9, sobre la *incidencia positiva* del derecho de autor.

que sucede en la “expropiación” con el “sacrificio especial” que realiza el ciudadano para favorecer al bien común). Para ello, será vital contar con una ley que brinde una solución ecuánime al conflicto descrito, en el cual la naturaleza del problema escapa o bien supera el aspecto exclusivamente jurídico y abstracto, y se aboca a esferas más conocidas y palpables por el individuo común, sin ir más lejos, en las situaciones que presenta la rutina diaria del trabajo o el estudio, e incluso el mero entretenimiento. Nuevamente se apela en este sentido a la “complementariedad” entre ambos derechos. En tal dirección, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la ONU, mediante Resolución N° 2000/7, ya había advertido que “...habida cuenta de que la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC no refleja adecuadamente el carácter fundamental y la indivisibilidad de los derechos humanos, inclusive el derecho de toda persona a disfrutar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones (...) existen contradicciones aparentes entre el régimen de derechos de propiedad intelectual consagrados en el Acuerdo sobre los ADPIC, por una parte, y el derecho internacional relativo a los derechos humanos, por otra parte”, lo cual viene a afirmar por un lado la mercantilización del derecho de autor, y por otro, recordar “la primacía de las obligaciones en relación con los derechos humanos sobre las políticas y acuerdos económicos”<sup>109</sup>.

Es dable advertir que el inconveniente relatado no es nuevo, y el derecho ha sabido dar en sus inicios una solución a esta “confrontación”, a través de un remedio de tipo salomónico: fijar un límite de tiempo dentro del cual media un derecho exclusivo del autor (no perpetuo) para disponer y administrar libremente su creación, vencido el cual, la obra ingresa a un dominio público en que se garantiza el acceso general a la obra por parte de la sociedad sin restricciones unilaterales que pudiere invocar el autor, pero siempre respetando el reconocimiento de su autoría (el derecho moral sí es perpetuo). Para el caso de Argentina, tal como se ha descrito, el plazo de “protección” general es durante toda la vida del autor y hasta 70 años luego de su muerte (de acuerdo con el art.5° de la ley nacional), al cabo del cual la obra ingresa en el dominio público (que en nuestro ordenamiento es “pagante”, no literalmente gratuito, por cuanto se

---

<sup>109</sup> Extraído del texto presentado por la Subcomisión. Disponible en la página oficial de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/bc9bae19229eadabc1256970004cde3f?Opendocument> – (consulta: 05/09/13).

abona un canon destinado al fomento de actividades culturales<sup>110</sup>). La inquietud en este punto se plantea no luego de vencido el plazo, sino durante la vigencia del mismo, atento que un gran número de consumidores (estudiantes, investigadores, académicos, entre otros), requieren del acceso a obras actualizadas que en consecuencia, no se encuentran dentro de este “dominio público”. Por ende ¿Cómo se garantiza su ingreso?, para tales supuestos y ante circunstancias que impiden acceder a tales obras debido a escasos recursos o bien falta de publicación por parte de las editoriales encargadas de la explotación, existen servicios de gran interés público que solventan la necesidad de dichos interesados, como ser el caso de las bibliotecas y archivos, ya sean privadas/os o públicas/os, por ello, se justifica la debida atención que debe volcarse a estas instituciones para constatar su correcto funcionamiento y cumplimiento de los objetivos que las/los rigen. Es en este último caso que, cuando se argumenta la falta de recursos para acceder a obras requeridas por planes de estudio o para fines de investigación, los defensores del derecho de autor vigente apelan por ejemplo al uso de la biblioteca pública, como medio idóneo para garantizar el acceso a la obra sin vulnerar el derecho de autor, como sucede cuando se utilizan medios no lícitos pero más económicos como ser la descarga desde internet de material protegido o bien el uso de fotocopias, sin pago previo al autor. Este argumento, que no obstante resulta válido desde un plano netamente teórico, pareciera omitir el área práctica y la regulación que al respecto la ley dispone en torno a estas instituciones, como ser en el caso de la Argentina, la ausencia absoluta de excepciones a favor de las mismas<sup>111</sup>, lo que genera un real desafío a la hora de cumplir con los servicios esenciales para los cuales son creadas. En este sentido se ha dicho que quienes no tienen medios económicos y hacen uso de internet para acceder a obras de forma ilícita “...cuentan con la posibilidad de acceder a la cultura por otras vías, si así lo desean (bibliotecas, becas educativas, etc.)”<sup>112</sup>, argumento que como se ha expresado, debe contrastarse con la práctica y los límites actuales impuestos.

---

<sup>110</sup> La autoridad encargada de las diligencias concernientes a la recaudación de dicho canon se encuentra a cargo del Fondo Nacional de las Artes, regulado por Decreto-Ley 1224/58 y su decreto reglamentario 6255/58.

<sup>111</sup> Para un análisis en detalle de este particular ver el capítulo III, punto 2.

<sup>112</sup> Vibes, Federico, “Acceso a la cultura y derechos de autor”, Revista La Ley, 18/08/2010, T° 2006-E, pág.843. El artículo pone énfasis al rol de las redes P2P a través de la plataforma de Internet como herramienta de distribución compartida de contenidos, a la vez que se analiza y refuta los argumentos genéricos de quienes apoyan la liberalización total de la cultura en el ámbito virtual, de modo que se brinda una defensa al derecho de autor y la necesaria regulación jurídica que debe recaer sobre Internet.

Vale decir que el caso de internet (en particular la Red Informática Mundial o por sus siglas en inglés: “World Wide Web” – WWW –), engloba una problemática en un grado de mayor complejidad en relación al caso de las “fotocopias”, puesto que, entre otras razones, media un enorme inconveniente por garantizar su regulación a través de una autoridad central que de algún modo filtre la información y constatare que contenidos distribuidos en forma masificada están infringiendo los derechos de autor, al tiempo que “acceso” y “copia” son acciones cuya diferencia se encuentra desdibujada en la red, puesto que al tener la garantía de un acceso continuo y “perpetuo” con sólo conectarse a la página web que aloja el contenido deseado, la acción de “acceso” cubre las características típicas de una copia, en particular, la libre disponibilidad de uso del material en cuestión. Aún más, la falta de regulación en la materia ha sido motivo en gran parte por las presiones que han ejercido innumerables grupos sociales bajo el argumento central que un control discrecional puede derivar en un potencial daño a las libertades consagradas hoy en día en este medio, muy en particular, la libertad de expresión y “globalización” del contenido cultural<sup>113</sup>. Se recuerdan las palabras del Dr. Lessig al decir “Los legisladores no deberían diseñar normativas a partir de una tecnología en transición. Deberían diseñarlas sobre la base de lo que será la tecnología en un futuro. La pregunta no debería ser: ¿cómo deberían regular las leyes este mundo? La pregunta debería ser: ¿qué leyes exigiremos cuando la Red se convierta en lo que claramente se está convirtiendo?” y concluye, “La cuestión no debería ser como regular internet para eliminar el intercambio de archivos (la Red resolverá ese problema, eliminándolo). La cuestión, por el contrario, debería ser como asegurar que se pague a los artistas durante esta transición entre modelos de negocio del siglo XX y tecnologías del siglo XXI”<sup>114</sup>. En efecto, una de las principales críticas que se le hace a la postura clásica de que Internet debe ser controlado por filtros y autoridades centrales, es que se intenta proteger en el trasfondo de dicha medida un modelo de negocios donde, dado el

---

<sup>113</sup> Se puede mencionar como evidente ejemplo el reciente aplazamiento del proyecto de ley de la Cámara de Representantes de los EE.UU. (territorio en el que se encuentra la principal fuente de servidores que alojan contenidos en “la red”), cuya denominación “SOPA” (Stop Online Piracy Act), ha sido el germen de un aumento sustancial en el debate referido al derecho de autor frente a las nuevas tecnologías, en particular, como su título lo dice, los usos masificados “en línea” mediante Internet, del mismo modo, que el proyecto “PIPA” (Protect IP Act) de la Cámara de Senadores de EE.UU., ha generado mismas controversias. A título ilustrativo ver: [http://www.lostiempos.com/diario/actualidad/vida-y-futuro/20120119/que-es-la-ley-sopa-y-como-afecta-a-latinoamerica\\_157237\\_327978.html](http://www.lostiempos.com/diario/actualidad/vida-y-futuro/20120119/que-es-la-ley-sopa-y-como-afecta-a-latinoamerica_157237_327978.html) – (consulta: 05/09/13).

<sup>114</sup> Lessig, Lawrence, ob. cit., pág.293.

vuelco que ha experimentado el mundo con el avance tecnológico, lo que antes era rentable hoy no rinde ganancias, pues las mismas industrias culturales que antaño fueron las promotoras del desarrollo cultural, hoy son bajo la forma de multinacionales, sus principales opositoras.

Estos puntos presentan sin dudas desafíos a considerar si a esto se suma el caso de las excepciones al derecho de autor y su aplicación en Internet, en particular, límites genéricos como ser el caso de “copia privada sin fin de lucro”: ¿cómo se constata el fin de lucro?; ¿qué mecanismos permitirían conceder la presunción de que la descarga de determinado contenido es para uso privado? Por supuesto que será necesario para responder tales incógnitas un análisis de cada caso en particular y dónde el aspecto probatorio será únicamente necesario si la acción de “descarga” de contenido se *judicializa*, debiendo el juez conforme las propias reglas de la sana crítica y atento el posible silencio de la ley, interpretar y aplicar según las circunstancias del hecho, lo que infiere que, las probabilidades de un actuar ilícito (al menos como peligro potencial de estar infringiendo la ley), pueden llegar a incidir negativamente en el acceso a los bienes culturales ante el miedo de los usuarios de ser procesados, aspecto último al que sin duda deberá dar respuesta una correcta técnica legislativa de reforma acompañada de jurisprudencia sólida en la materia.

## **5. La ineficacia del derecho de autor: síntomas de una imperiosa flexibilización.**

Se observa una acción repetida y acopio de casos que tienen como eje conductor el ejercicio del acceso a los bienes culturales de una manera que contraría el régimen actual de la propiedad intelectual, cuyos factores de origen si bien son diversos, evidencian el incumplimiento masificado no al orden jurídico, pero sí a la norma jurídica particular que regula los derecho de autor, que en el caso de Argentina, se trata de las leyes nacionales ya comentadas (11.723 y 25.446), conducta que por su parte, se ve reflejada a nivel mundial. Esto da cuenta del rol de la “eficacia” en el plano material de aplicación del derecho, es decir, la correspondencia externa que observa la vigencia de una norma jurídica en relación a sus destinatarios y las conductas por ellos adoptadas, a fin de constatar si media una armonía entre lo que dispone la norma y lo que sucede en la realidad práctica. El derecho no escapa a esta premisa, no puede concebirse un orden positivo ajeno a aspectos económicos, sociales y culturales con los cuales confluye, y más precisamente, cuando aquél los tiene presente a la hora de

armonizar la conducta social a las normas imperantes; dejar de lado materias que no son típicamente jurídicas pero cuyo ámbito de acción sopesa en ellas constituiría un error, una falta de objetividad a la realidad que el mismo derecho tiende a regular, para caer en un formalismo abstracto<sup>115</sup>. Bajo esta concepción se toma el término “eficacia” (dejando a un lado la *validez* de la norma jurídica<sup>116</sup>), en su sentido *material* o *sociológico*, para lo cual, se entiende aquella como la “capacidad de una norma para motivar, de hecho, la conducta de sus destinatarios o, en su defecto, para que se apliquen los efectos que se encuentran previstos para el caso de incumplimiento (efectos que, normalmente, consistirán en la nulidad, la reparación y/o la sanción)”, de manera que “la norma sería eficaz si es cumplida por sus destinatarios o si, en su defecto, se sanciona a sus infractores”<sup>117</sup>. Si se considera pues esta acepción de la “eficacia” no será trabajo arduo constatar que en la vida cotidiana de los individuos en sociedad son muchas las situaciones donde el desafío por acceder a obras que se desean con distintos fines choca antes los límites impuestos por la ley, a tal punto que un gran número de estos procede al incumplimiento de la misma. Por supuesto que los sectores sociales sobre los cuales recae esta conducta son disímiles (así también los fines que persiguen) e incluso son las mismas instituciones (públicas y privadas), cuyo trabajo se conecta estrechamente con los bienes culturales, las que también incurren en la falta de observancia.

---

<sup>115</sup> Tómese como referencia la teoría *trialista* del mundo jurídico desarrollada por el docto jurista Werner Goldschmidt, respecto de la dimensión sociológica en conjunción con la esfera *dikelógica* del derecho, como un ejemplo claro de la intervención del plano socio-cultural en el ordenamiento positivo (véase: Goldschmidt, Werner, *Introducción Filosófica al Derecho – La Teoría Trialista del Mundo Jurídico y sus horizontes*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 6º edición, 1981).

<sup>116</sup> Ya el máximo exponente del iuspositivismo, Hans Kelsen, indicaba que “la validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico”, por ello todas las normas creadas serán válidas si fueron hechas de acuerdo con las disposiciones de la primera constitución (que también debe ser válida), a su vez agrega “aún en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas” (Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, Ed. Eudeba, 4ª edición, 2010, pág.117-118). En este orden, se aclara que no será objeto de análisis la validez o no de las leyes 11.723 y 25.446, y su correspondencia con la Constitución Nacional, pues no es la inconstitucionalidad a lo que se apunta (sin perjuicio de posibles razones fundadas), sino la “ineficacia” de ciertas disposiciones que las integran que hacen necesaria una reforma pero no su derogación.

<sup>117</sup> Sánchez Herrero, Andrés, “Sobre la observancia de los derechos intelectuales”, *Revista La Ley*, 11/01/2008, Tº 2008-A, pág.912. Se realiza en el artículo un examen destacado de los motivos por los cuales se da la inobservancia de los derechos de autor., y al final del mismo se desliza una conclusión categórica sobre esto: “Si queremos cambiar los resultados, tenemos que actuar sobre el diseño”.

Sobre el particular se aclara que, como se ha indicado en el punto 8 del capítulo I, lo que presta mayor complejidad al caso de la inobservancia radica en el art.72 inc. a) de la ley 11.723 y además el art.29 de la ley 25.446, ambos consignan una conducta tipificada cuyo extracto esencial se vuelca a los derechos reprográficos y la pena de toda acción que tienda al “copiado” sin autorización previa del autor (o editor; o sociedad gestora colectiva) y su debida compensación económica.

Es imperioso cotejar de una manera lo más objetiva posible este entramado de sujetos comprendidos en la disyuntiva, entre cumplir la ley o privarse del acceso, y más aún, lograr pasar aquella masa indefinida de infractores al campo de lo lícito, sobre todo cuando los fines que persiguen gran parte de estos se sustentan en objetivos loables o como garantía de satisfacción de otros derechos. Así por ejemplo será el caso del estudiante o el investigador, profesor, bibliotecario, académico o científico respecto de las obras escritas, cuando tienden al acto típico de “fotocopiar” sin autorización ni retribución económica previa al autor, para cumplir con un plan de estudios o ante tareas de investigación o con fines de conservación del conocimiento, todas ellas beneficiosas en distinta medida para la sociedad. Sin embargo, ha de sumarse a la cuestión el caso de Internet como otro medio de “evasión” del cumplimiento formal, plataforma digital en la cual la identificación del sujeto no es tan sencilla como ante actos materiales (fotocopiar), y donde a su vez los fines de “uso” no se hallan perfectamente definidos. Por otra parte, parece clara la aquiescencia colectiva adoptada por la sociedad que, en un gran porcentaje, es “indiferente” hacia las normas que regulan la propiedad intelectual, y esto no es debido a la ignorancia acerca de su existencia y vigencia<sup>118</sup> pues son numerosas las campañas llevadas a cabo tendientes a garantizar la protección e incluso un tanto por ciento del total es hasta pleno conocedor de la normativa (en algunos espacios del ámbito académico, incluso en carreras como Abogacía, se promueve esta conducta), sino que simplemente media una carencia de interés por cumplir, como si no fuere “reprochable” adoptar una conducta antijurídica e incluso asumir como normal, legítimo y justo la violación sistemática de la ley. Al respecto el Dr. Zaffaroni manifiesta: “Todo texto tiene un contexto, tanto discursivo como social (...) El cambio de contexto discursivo acarrea problemas que son más graves cuando los generan cambios en el contexto social, cultural o tecnológico (...) el problema se complica cuando, debido a uno de estos cambios, el texto aparece abarcando un ámbito de prohibición inusitadamente amplio (...) Es el caso del

---

<sup>118</sup> Tampoco sería válido argumentar tal desconocimiento pues es presunción *iuris et de iure* que todos conocen la ley.

subjuntivo *reproduzca* de la ley 11.723 (art.72) de propiedad intelectual. En 1933 sólo era posible *reproducir* con los mismos recursos técnicos con que se *producía*. No se consideraba *reproducción* a la copia manual de una página o de un capítulo de un libro ni de todo un libro. La tecnología permite hoy la copia íntegra de un libro o de cualquiera de sus partes a costo inferior al precio comercial. La conducta se ha generalizado y no sería posible criminalizar a todos los que copian páginas de libros para uso personal. Si a ello se suma los que registran o graban emisiones radiofónicas o televisivas, prácticamente la mitad de la población –incluyendo a todos los investigadores- estarían incurriendo en delitos conforme al texto y cualquiera de ellos podría ser criminalizado arbitrariamente (...) En estos casos se debe tomar en cuenta el contexto cultural del texto legal, y cuando se comprueba un fenómeno de inusitada extensión prohibitiva, se impone una reducción histórica”<sup>119</sup>.

Desde una visión económica, la conducta descrita tiende a incidir en el desenvolvimiento del mercado a tal punto que sus efectos cubren un margen tal que es el mismo mercado, representado en las industrias culturales, quien se readecúa independientemente de las normas que lo protegen, para adaptarse al cambio, al menos una porción considerable (Ej.: venta online de libros –“eBooks”-; utilización de métodos tecnológicos de protección; publicidad y marketing por toda la red, en particular blogs y redes sociales, entre otros), al tiempo que otro porcentaje enfoca sus esfuerzos a la eliminación o bien reducción de aquél grupo denominado “piratas”, y a su acción de “piratería”<sup>120</sup> como una forma de control a través por ejemplo de “sanciones ejemplificadoras”<sup>121</sup> que persuadan al resto de no caer en la tentación de lo “ilícito”. En

---

<sup>119</sup> En otras palabras, y de manera sucinta: adecuar la ley a los tiempos actuales (Zaffaroni, Eugenio R. y otros, *Manual de Derecho penal, Parte General*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 2ª edición, 2002, pág.120).

<sup>120</sup> El término es una clara alusión a aquellos actos vandálicos llevados a cabo en alta mar, en particular, en el Caribe durante los siglos XVII-XVIII, en la cual sujetos fuera de la ley procedían al abordaje de barcos ajenos y ultraje de lo que no les era propio (se incluye en este escenario la posible masacre de la tripulación asaltada). Ciertamente es que hacer una analogía en el ámbito jurídico entre este “robo” agravado y la “copia” ilícita de una obra, observa grandes distancias y, atento sus claras diferencias, no tiene otro objeto su uso más que escandalizar la cuestión y elevar el drama en torno al problema (para una definición más correcta del término “piratería” ver el art.101 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho de Mar).

<sup>121</sup> Si bien en Argentina esto no ha sucedido a escalas desproporcionadas (sin perjuicio del caso “Potel” del que se hablará en el capítulo III, punto 2), otros países del globo cuentan con claros ejemplos de ésta herramienta con la que las multinacionales del entretenimiento intentan persuadir a potenciales infractores por medio de demandas por daños y perjuicios con montos indemnizatorios imposibles de pagar, lo que conlleva invariablemente a tener que optar entre iniciar un proceso judicial costoso o bien la firma de

el caso puntual de las obras escritas se adopta por su parte el término *piratería editorial*, de la cual la acción típica que la configura es el “fotocopiado” no autorizado y la descarga o uso libre en el ámbito digital de una obra protegida.

Sin ánimo de una extensión mayor en este punto a fin de no excederse de los objetivos de ésta tesina, ha de sostenerse que el enfoque dado generalmente a los efectos que rodean la llamada “piratería” no han sido ni son claros y del todo correctos en su totalidad, pues median variantes que, independientemente de la ilicitud manifiesta, demuestran factores que de hecho no son considerados por los intereses de tipo comercial en pugna. En este sentido, a través de un estudio realizado para la OMPI por Carsten Fink, se han esbozado algunos argumentos por demás interesantes, como ser el caso de la piratería informática y los beneficios (a largo plazo) de que un grupo x de individuos obtengan una copia ilícita del producto original, lo cual generaría una publicidad no oficial del producto que lo hiciera conocido a vastas regiones y luego, cuando fuere lanzada una actualización u otro producto ligado al primero, las posibilidades de una venta oficial serían mayores atento la dependencia que se originó con el producto ilícito obtenido (basta mencionar el caso del sistema operativo Windows y sus productos ligados en América Latina y el grado de dependencia que se ha creado en sus usuarios habituales).

A su vez, sobre el grado de veracidad de los estudios económicos que se han realizado acerca del impacto de la piratería en las ventas de productos originales o bien del perjuicio que ocasionó a las industrias culturales, se ha sostenido que “la mayoría de los estudios de instituciones académicas son de naturaleza teórica, es decir, que en ellos se desarrollan modelos de oferta y demanda para establecer de qué manera los usos ilegítimos de la propiedad intelectual influyen en diversos actores de la economía (...) estos modelos no pueden detectar las sofisticadas complejidades del funcionamiento real de los mercados de productos protegidos por derechos de P.I. en la práctica (...) toda afirmación sobre las repercusiones económicas de la infracción de los derechos de

---

acuerdos extra-judiciales (elección más común). Así, se menciona el resonado caso de “RIAA vs. Brianna Lahara” en EE.UU. del año 2003, dónde fue demandada una niña de 12 años por la descarga ilegal de música a través del programa Kazaa, por la que sus representantes legales se liberaron de responsabilidad mediante la firma de un acuerdo extra-judicial que consistía en el pago de U\$S 2.000 más una disculpa pública (ver nota del 25/09/2003 en: <http://edant.clarin.com/diario/2003/09/25/s-03306.htm> - consulta: 05/09/13). Otros casos de similar naturaleza son el de “Jesse Jordan” (ver: Lessig, Lawrence, ob. cit., pág.67 y sgtes.), y el lamentable caso de “Aaron Swartz” (ver nota del 15/01/13 en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/cdigital/31-211853-2013-01-15.html> - consulta: 05/09/13), ambos también en EE.UU.

P.I. inevitablemente conllevará algún tipo de suposición sobre el funcionamiento de los mercados”<sup>122</sup> y lo que es peor y común, la aseveración de que toda “copia ilícita” hecha supone directamente la pérdida de una “venta lícita”, asumiendo con un grado de convicción que raya la omnipresencia, que todo usuario hubiere optado por la compra del producto original de no haber existido la oportunidad de “copiar” aquél (lo cual demuestra en parte lo *relativo* de tales estudios económicos)<sup>123</sup>. Pero independiente de esto, Fink agrega un dato revelador: “es muy posible que los efectos en los precios frente a una mayor observancia de los derechos de P.I. sean limitados si la distribución de los ingresos es tal que sólo unos pocos consumidores puedan permitirse pasarse de productos infractores de los derechos de P.I. a los productos legítimos”, y sobre esto vuelve más tarde para sintetizar “...es el crecimiento económico sostenido lo que producirá reducciones sustanciales de los niveles de piratería en los países menos adelantados”<sup>124</sup>, lo cual vuelve a probar la importancia del bienestar económico para el acceso a la cultura de una forma lícita, atento la conexión de esta con la satisfacción previa de necesidades básicas. Pero además, aquella observación de Fink constituye un argumento favorable a la hipótesis de que una regulación estricta del derecho de autor potencialmente pueda afectar a un amplio sector de la sociedad en su derecho a acceder a los bienes culturales.

Nótese que si bien las causas que motivan la inobservancia son relevantes, cubre un pragmatismo destacado el arribar a soluciones que al menos brinden una mitigación a tales infracciones, por lo que se sostiene nuevamente que una forma de satisfacer esta premisa será indubitablemente la re-adecuación de la normativa vigente a

---

<sup>122</sup> Fink, Carsten, *La observancia de los derechos de propiedad intelectual desde una perspectiva económica*, OMPI-Comité asesor sobre Observancia, 5º sesión, Ginebra, 4 de noviembre, 2009, págs.6 y 13.

<sup>123</sup> Se agrega como caso paradigmático en referencia a tales aseveraciones, el estudio publicado en abril de 2013 por la “Joint Research Centre”, que forma parte del “Institute for Prospective Technological Studies” de la Comisión Europea, en el cual se asevera que en el caso de la “piratería de música digital”, aquella no afecta tanto las ventas de las industrias culturales dedicadas a la materia como ser las discográficas online. Al respecto señalan “A primera vista, nuestros hallazgos indican que la piratería de música digital no desplaza a las compras legales de música en formato digital (...) Desde esa perspectiva, nuestros resultados sugieren que la piratería de música digital no debe ser vista como una preocupación cada vez mayor para los titulares de copyright en la era digital. Adicionalmente, nuestros resultados indican que los nuevos canales de consumo de música (...) afectan positivamente a los propietarios de copyright” (ver pág.17 del estudio –versión inglés- disponible en: <http://ftp.jrc.es/EURdoc/JRC79605.pdf> – consulta: 05/09/13).

<sup>124</sup> Fink, Carsten, estudio cit., págs.11 y 23.

las necesidades imperantes en la “sociedad informacional”<sup>125</sup>, logrando un beneficio no sólo al público general sino a los mismos autores, artífices de la cultura expresada. En torno de este particular sostenía P. Roubier que “a partir del momento en que el orden jurídico presenta lagunas, a partir de lo que concretamente establece, resulta del todo natural ir a buscar en el orden social espontáneo, es decir, en el contenido aportado por la experiencia de la vida y las necesidades de las nuevas relaciones, los elementos que permitirán colmar tales lagunas”<sup>126</sup> y si bien se refiere al orden positivo genérico, y no a la singularidad de algunas normas jurídicas, no deja de ser menos cierto que al observarse una faceta de la conducta humana tan chocante con las leyes de derecho de autor, y a nivel planetario, es un síntoma claro de que median falencias y es necesario un “replanteamiento” de lo vigente (en vez de insistir con un modelo más riguroso) que permita dar un sentido armónico a la letra de la ley con la realidad que regula, para evitar caer en meras abstracciones y especulaciones propias de quienes resisten este cambio.

## 6. Copyleft: hacia un cambio de paradigma.-

### 6.1. Su inicio y consistencia.-

El movimiento conocido como “*Copyleft*”<sup>127</sup> tiene su origen a partir de la concreción de un proyecto iniciado en 1984 en Estados Unidos de América. Richard M. Stallman, ingeniero y programador informático renunció a su empleo en el Laboratorio de Inteligencia Artificial (AI Lab) del MIT motivo del descontento que le generó no poder abocarse al desarrollo de su actividad en la comunidad en que se desempeñaba de un modo “cooperativo” entre sus colegas, a través de la distribución de la información y

---

<sup>125</sup> Término acuñado por el sociólogo español Manuel Castells, en referencia a la sociedad post-industrial contemporánea, el cual “indica el atributo de una forma específica de organización social en la que la generación, el procesamiento y la transmisión de la información se convierten en las fuentes fundamentales de productividad y poder, debido a las nuevas condiciones tecnológicas que surgen en este período histórico” (ver: Castells, Manuel, *La era de la información: economía, sociedad y cultura, Vol.1, La Sociedad Red*, Madrid, 2da edición, Alianza Editorial, 2000, nota 30 del prólogo).

<sup>126</sup> Roubier, Paul, *L'ordre juridique et la théorie des sources du droit*, in : *Le droit privé français au milieu du XXe siècle, Études offertes à G. Ripert*, Montchrestein (Francia), Ed. L.G.D.J., 1950, pág.91.

<sup>127</sup> De acuerdo con el idioma inglés y conforme el cambio de “right” por “left” en el término legal *copyright*, se trata de cambiar el significado de “derecho de copia” por el de “libre copia”, de la misma forma que la clásica advertencia “todos los derechos reservados” se traduce a “algunos derechos reservados”.

los avances en su investigación de un modo “libre” dado el acuerdo de confidencialidad que exigían los titulares de software y atento que los sistemas operativos con los cuales debieron comenzar a trabajar eran “propietarios”, es decir, sujetos al copyright, de modo que ante la necesidad de compartir datos con otros colegas, no le era posible revelar información, en particular, el código fuente de los programas con los cuales trabajaban. Incluso él fue víctima de esto al negársele el código fuente del programa de control de una impresora con la cual trabajaban en el laboratorio. Esto lo llevó a tomar la resolución de crear el “software libre” (*free software*) a partir del proyecto GNU por medio de la “Free Software Foundation” fundada en 1985, que vio resultados positivos luego de algunos años con la creación definitiva del primer sistema operativo libre conocido como “GNU/Linux” en 1992, junto con el valioso aporte de Linus Torvalds, creador del núcleo “Linux” en 1991.<sup>128</sup>

Se aclara que en sus inicios, el *Copyleft* tuvo un enfoque limitado a la informática, en particular como una alternativa al “software propietario” que imponía tanto a programadores como usuarios una libertad reducida puesto la no revelación del código fuente, necesario para poder transformar, re-adaptar o modificar el programa a fin de mejorarlo o adecuarlo a las necesidades que tuviere su adquirente. Por ello surge lo que se conoce como bien antes se dijo, el “free software”, *free* en el sentido de libertad enfocada al “uso” y no *free* en el sentido de gratis lo cual es importante resaltar para que no medien apreciaciones incorrectas, por lo que el mismo Stallman sostiene que “el software libre no significa que sea «no comercial» (...) es preferible evitar expresiones como «regalar» o «gratis» porque entonces caeremos en el error de interpretarlo como una mera cuestión de precio y no de libertad”, a su vez “¿qué es lo que la sociedad necesita? Necesita información que esté verdaderamente a disposición de sus ciudadanos –por ejemplo, programas que la gente pueda leer, arreglar, adaptar y mejorar, no solamente ejecutar. Pero lo que los propietarios de software ofrecen de forma característica es una caja negra que no podemos estudiar ni modificar”<sup>129</sup>.

---

<sup>128</sup> Stallman, Richard M., *Software libre para una sociedad libre*, (traducción principal: Rowan, Jaron; Paratcha, Diego y Trinidad, Laura), Madrid, Ed. Traficante de Sueños, 2004, págs.22 y sgtes.

<sup>129</sup> Esto permite tener una apreciación más próxima a la idea de *free* que brinda Stallman si se considera que en la lengua inglesa este término es más claro que preste a confusión motivo de su anglicismo intrínseco. Por ello también puntualiza: “defendemos que quienes redistribuyen software libre cobren cuanto quieran o cuanto puedan (...) vender una copia de un programa libre es legítimo y nosotros lo alentamos” sin embargo, “tenemos que limitar el precio de la fuente para asegurar la libertad del usuario”, lo cual quiere decir que aún con la libertad de poner el precio que uno quiera al producto, tal fijación no

Ante esto, se adopta como eje funcional del esquema *free*, el sistema de copyleft el cuál es importante resaltar utiliza como plataforma legal al copyright pero a través de especificaciones típicas plasmadas en una serie de licencias concedidas por el autor en forma voluntaria, lo que hace que atento la potestad que tiene el propietario de los derechos intelectuales para explotar con libertad su obra, este brinde una serie de libertades al usuario distintas de las reguladas genéricamente por el copyright, mientras que, el derecho moral de aquél sobre su creación permanece inalterado en cuanto a su autoría. Se suma a ello que las obras derivadas que del producto resultaren, deberán respetar las características de las licencias bajo las cuales fue creada o bien publicada la obra original. Lo que se logra es la concesión de “permisos anticipados de uso” de manera que se *agiliza* la creación futura, dado que: 1º la autorización previa del titular de los derechos (Ej.: para el caso de obra derivada), está ya comprendida en la licencia al fijarse los usos permitidos; 2º Media ahorro de recursos para el interesado al no erogar gastos destinados a localizar al autor/titular de los derechos cuando se quiere hacer uso de su obra.

¿Cómo funciona entonces? Supongamos que eres un programador, creas un software (programa) "A", y decides que el mismo va a estar sujeto a una licencia de “software libre”, por lo cual aplicas una licencia creada por la Free Software Foundation a tu creación (puedo si lo deseo comercializar el producto o bien distribuirlo gratuitamente), y resulta que luego de un tiempo uno de los usuarios de este producto "A" se interesa y comienza a analizar el código fuente, lo modifica y decide lanzar al mercado con tu obra un producto mejorado "B". La licencia a la que adheriste al inicio, va a exigirle a este usuario: 1. Revelar el código fuente del producto derivado “B”, independientemente de si la obra la comercializa (fin de lucro) o la libera gratuitamente; 2. No cobrar una suma demasiado excesiva que impida terminantemente poder acceder a dicho código fuente; 3. Tiene el deber de mencionar expresamente quien es el autor original y que se trata de una modificación; 4. Debe en cada copia publicada acompañar la licencia consignada por el autor original a fin de que todo usuario conozca cuales son los derechos que posee en relación a aquella, respetando siempre el “estatus” *libre* de la obra. Por lo demás, podrá copiar, distribuir, readecuar o modificar a su gusto el producto "A" en tanto respete las condiciones de la licencia pues de no hacerlo infringe directamente el copyright.

---

debe disfrazar la intención de no querer revelar la fuente, por ser tan elevado lo que se pide que se frustra su acceso (ver: Stallman, Richard M., ob. cit., págs.61; 67 y 87).

Este es el principio base de *free*, bajo el sistema de Copyleft inicial, más amplio que el denominado “software de código abierto”<sup>130</sup>, a través del uso de las licencias voluntarias, las cuales se agrupan en dos tipos generales:

A- Licencia sobre software: comprende...

- GNU-GPL (*Licencia Pública General*): presenta las características antes descriptas en el ejemplo y es la más utilizada por todo software libre.
- GNU-LGPL (*Licencia Pública General Menor*): se aplica en forma restringida para ciertos tipos de software que combinan “software propietario”.

B- Licencia sobre documentos escritos: se trata de la GNU-FDL (*Licencia de Documentación Libre*), que si bien observa una caracterización similar a la GNU-GPL, su objeto es “permitir que un manual, libro de texto u otro documento escrito sea «libre» (...) asegurar a todo el mundo la libertad efectiva de copiarlo y redistribuirlo, con o sin modificaciones, de manera comercial o no (...) esta licencia no se limita a manuales de software; puede utilizarse para cualquier trabajo textual, sin tener en cuenta su temática o si se publica como libro impreso”<sup>131</sup>. Por supuesto que el autor original conserva la autoría y el debido reconocimiento al tiempo de exonerarlo de responsabilidades por las modificaciones futuras que incorporen terceros al documento. Stallman incorpora este tipo de licencia para que sea posible la distribución (incluyendo la comercial) para que cada copia de programa libre este acompañada con su correspondiente manual, puesto que, de lo contrario, al contar con los límites típicos de un manual sujeto a copyright en forma genérica, no sería posible modificarlo, distribuirlo o ir incorporándole nueva información a fin de completar o mejorar su parte técnica.

## 6.2. Licencia Creative Commons:

Resulta de sumo interés la licencia GNU-FDL descrita, la cual ya observaba al momento de crearse, su potencial aplicación en obras escritas ajenas a la informática. Sin embargo, esto no impidió que sirviera de inspiración para la creación posterior de

---

<sup>130</sup> Se trata de un término descartado por la Free Software Foundation, la cual entiende que su significado es limitado, al darle importancia sólo al hecho del código fuente por cuestiones prácticas y no a otros aspectos que nutren a la fundación, como ser la libertad del usuario.

<sup>131</sup> Stallman, Richard M., ob. cit., págs.308 y 309.

otro tipo de licencia más completa en cuanto comprende una amplia gama de obras además de las escritas y cuyo campo de restricciones moderadas queda al arbitrio del autor: la *Licencia Creative Commons*. Aquella fue creada a partir de “Creative Commons” (*Bienes Comunes Creativos* en español), una asociación civil internacional sin fines de lucro, fundada por Lawrence Lessig y cuya oficina central se encuentra en Mountain View, California (EE.UU.). Su objetivo es aportar una versión *razonable* del copyright vigente, por medio de un equilibrio entre el derecho privado del autor y el derecho de la sociedad de acceder a los bienes culturales. Para cumplir con esto, la licencia concede libertades que “están más allá de las libertades prometidas por el *fair use*”<sup>132</sup>. Sus contornos precisos dependen de las decisiones que tome el creador (...) puede escoger una licencia que permita solamente usos no comerciales. Puede escoger una licencia que permita cualquier uso en tanto que las mismas libertades le sean otorgadas a otros usuarios (...) o absolutamente cualquier uso en países en vías de desarrollo. O cualquier uso en un sampleado, en tanto que no se hagan copias completas. O, finalmente, cualquier uso educativo”<sup>133</sup>. Argentina por su parte, se sumó a esta iniciativa a partir del 1º de octubre de 2005 con la creación de “Creative Commons Argentina”<sup>134</sup>, cuya actividad implica una colaboración conjunta con Fundación Vía Libre<sup>135</sup>, Wikimedia Argentina<sup>136</sup>, la Organización Bienes Comunes<sup>137</sup>, entre otros. Se observa una adhesión a este “movimiento” también en Europa, a través de países como España con la “Fundación Copyleft”<sup>138</sup>, o el caso de Francia por medio de la “Licencia Arte Libre” (LAL)<sup>139</sup>.

Hasta aquí se contrasta cual han sido los objetivos que desde su origen alberga el *Copyleft*. El basamento de su ideología radica en la difusión del conocimiento, así “parte de la premisa de que el conocimiento como tal no pertenece a nadie, que cualquier conocimiento actual tiene su origen en otros conocimientos anteriores y que

---

<sup>132</sup> Ver al respecto el Capítulo III, punto 5.

<sup>133</sup> Lessig, Lawrence, ob. cit., pág.280.

<sup>134</sup> <http://www.creativecommons.org.ar/>. – (consulta: 05/09/13). Incluso se ha celebrado la “Cumbre Global Creative Commons” en Argentina, Buenos Aires, durante los días 21 al 24 de agosto del año 2013, la cual contó con la participación de Lawrence Lessig en una de sus conferencias, en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la UBA.

<sup>135</sup> <http://www.vialibre.org.ar/> – (consulta: 05/09/13).

<sup>136</sup> <http://www.wikimedia.org.ar/> – (consulta: 05/09/13).

<sup>137</sup> <http://www.bienescomunes.org/> – (consulta: 05/09/13).

<sup>138</sup> <http://www.fundacioncopyleft.org/> – (consulta: 05/09/13).

<sup>139</sup> <http://artlibre.org/licence/lal/es/> – (consulta: 05/09/13).

en definitiva toda obra es una copia en mayor o menor medida de una obra anterior”<sup>140</sup>. La utilización de licencias voluntarias, a través de las cuales se instrumenta el Copyleft, posibilita su armonía con la regulación actual del copyright, en particular en el caso de Argentina, aquél no contraría los preceptos de la ley nacional 11.723, toda vez que como se desarrollase ya en el Capítulo I, el derecho de autor al conceder una explotación exclusiva de la obra a su creador, habilita a este para disponer como mejor considere su creación, por lo que no impide adherirse a una licencia de las características reseñadas. Es por este fundamento central que no se comparte las alegaciones vertidas por algunos defensores de la propiedad intelectual, en catalogar al copyleft como contrario o negativo para los derechos del autor (o como “detractor del copyright”), puesto que desde su origen el mismo constituyó una herramienta legal útil incluso para los mismos autores a los fines de ampliar la difusión de sus obras, creando por su parte un ámbito de conciencia en torno a las problemáticas prácticas que presenta no rever las disposiciones vigentes. Sobre este particular aclara Lessig: “Creative Commons es solamente un ejemplo de los esfuerzos voluntarios por parte de los individuos y creadores para cambiar la composición de derechos que ahora gobierna el campo de la creación. El proyecto no compite con el copyright; lo complementa. Su meta no es derrotar los derechos de los autores, sino facilitar a los autores y creadores el ejercicio de sus derechos con mayor flexibilidad y a menor precio. Esa diferencia, creemos, permitirá que la creatividad se difunda más fácilmente”<sup>141</sup>, por ende constituye un paso, un ejemplo más del conjunto de casos actuales que tienden a dar apoyo a la ideología del “copyleft” sobre la que descansa el interés por lograr la flexibilización del régimen actual, y en tal sentido abogan por una *free culture* (“cultura libre”), término que quizás puede prestar a confusiones como el caso del “software libre”, cuando son utilizados en campañas públicas que tienden a desprestigiar los fines que persigue, lo que abre la puerta a interpretaciones negativas en torno a sus objetivos, y ante su uso despiertan un “significado emotivo”<sup>142</sup> que lejos está de representar las justificadas

---

<sup>140</sup> Becker, Mariela, *copyright vs. copyleft*, EN: “El Derecho: doctrina”, Tº 223, Buenos Aires, Ed. Universitas, 2007, pág.839.

<sup>141</sup> Lessig, Lawrence, ob. cit., pág.283.

<sup>142</sup> Existen determinadas palabras que no prestan a una ambigüedad de significado y aquél sólo puede existir según el contexto donde sean utilizadas, por ello se recuerda lo dicho por el Dr. Genaro Carrió: “...existen numerosas palabras que al margen o con independencia de lo que podríamos llamar su significado descriptivo, tienen la virtud, por decir así, de provocar sistemáticamente determinadas respuestas emotivas en la mayoría de los hombres (...) esas palabras pueden tener, según las ocasiones, un significado descriptivo aceptablemente claro. Pero no siempre es ese el caso. No lo es cuando tales

pretensiones que acoge. Nuestra propia Constitución Nacional adopta el término “libre” en lo que hace a la “creación y circulación de las obras del autor” (conforme art.75 inc.19, última parte).

Actualmente el “copyleft” ha dejado de ser un ideal reducido a un campo del conocimiento, para pasar a cubrir un espacio creativo vasto en su intento por paliar los efectos negativos de la aplicación a secas que brinda el derecho de autor y su ausencia de excepciones “actualizadas” conforme los tiempos que corren. Aquello representa indudablemente el malestar que ha generado en algunos sectores de la sociedad la normativa vigente, conducta que ha incidido en la eficacia como se ha visto y que por otra parte ha motivado la concreción de alternativas de solución inmediata dentro del marco legal de copyright, a través del mecanismo de las licencias voluntarias *de innovación*, aunque la duda subsiste: ¿no es otro síntoma el copyleft de los efectos de la eficacia?; ¿no es acaso una manifestación social de disconformidad que tiende a evidenciar la necesidad de una reforma?, si la respuesta es afirmativa entonces la incógnita se revela: ¿cómo lograr un “viraje” en la legislación actual que respete los principios del derecho de autor?

## **7. El test de las tres etapas o “criterio triple”: la solución del Convenio de Berna.-**

Cuando se trata de “excepciones” o “limitaciones” al derecho de autor para la promoción de determinados fines, existe un criterio legal aceptado a nivel internacional que busca conciliar políticas unificadoras y a la vez tácitamente afirmar el carácter no absoluto del mismo. Imaginemos que ya desde 1886 con el origen del Convenio de Berna “Para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas” se ha adoptado este postulado. Así su art.9º inc.2 manifiesta:

“Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”.

---

términos aparecen en contextos pertrechados de alta carga emotiva: por ejemplo, en las campañas políticas” (Carrió, Genaro R., *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 3º edición, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1986, pág.22).

La revisión llevada a cabo en 1971 no ha modificado tal disposición, lo que supone una ratificación de la misma por la comunidad internacional. En ella se observa una especie de “filtro” o “test” por el que debe pasar toda “excepción” para ser considerada válida a un nivel legal, entonces ¿Cuáles son los pasos a seguir por el legislador nacional?, se dividen en tres fases:

1. Casos especiales: aquellos varían según la política “cultural” que sea de trascendencia para el estado que las adopta, aunque por lo general versan sobre actividades ausentes de fin de lucro, uso personal o bien para actividades de interés público realizadas por ciertas instituciones, de manera que, lo que importa en este supuesto es no dar una “excepción” genérica, sino antes bien, una enunciación taxativa de los casos que la comprenden o categórica de los “fines” habilitados.
2. No afectación de la explotación normal de la obra: independientemente de los casos a los cuales se aplique la excepción, esta, en su ejercicio, no debe vulnerar la retribución económica que sirve de impulso para la creación.
3. No causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor: aquél además del aspecto económico comprende otras esferas, para lo cual, la excepción o limitación no sólo debe evitar ocasionar un daño a ciertos aspectos del derecho patrimonial del autor (comunicación pública de la obra y/o transformación) sino también a su derecho moral (divulgación de la obra; reconocimiento; integridad del contenido original; entre otros vistos).

A primera vista resulta evidente el grado de “vaguedad” con el cual esta disposición brinda contenido a las bases sobre las cuales se erige todo límite al derecho autoral, lo cual no constituye por sí una crítica pues aún cuando no falte a la verdad, aquello cumple con al menos dos fines: 1º Permite su adecuación tanto en la legislación de países de tradición latina como ante países del *common law*; 2º Deja abierta la posibilidad futura de una regulación de excepciones para el entorno digital.

Con posterioridad a la última revisión del Convenio de Berna, se vuelve sobre esta disposición de “límites y excepciones”, con el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor de 1996, el cual reitera los lineamientos genéricos de aquella por medio de su art.10 inc.1, para lo cual determina: “Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un

perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”. Se incluye también la “Declaración concertada respecto del Artículo 10” cuyo fin es otorgarle la potestad a las Partes Contratantes para la aplicación y ampliación de limitaciones y/o excepciones en el entorno digital, siempre de conformidad con el Convenio de Berna y las reservas que allí hubieren efectuado.

Por su parte, resulta de interés notar que el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), de 1994, si bien redundante en torno a la letra de las condiciones previamente mencionadas<sup>143</sup>, reemplaza como sujeto de protección al “autor”, para incorporar directamente al “titular de los derechos”, lo cual implica engrosar la lista de personas (física/jurídica) a cuya defensa de intereses se apunta además del autor, como ser: herederos o derechohabientes, sociedad colectiva, y muy particularmente industrias culturales como editoriales, discográficas y cinematográficas las cuales detentan por lo general los derechos del creador<sup>144</sup>. A su vez, amplía la naturaleza de excepciones admisibles, puesto que el Convenio de Berna sólo se limita a casos de “reproducción” para obras literarias y artísticas. Así dispone su art.13: “Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos”. Su observancia se torna obligatoria para los países miembros de la OMC (Organización Mundial del Comercio), conforme el carácter imperativo de la palabra “circunscribirán”, diferente de los vocablos “permitir” o “podrán” de los otros tratados. En consecuencia en el hipotético caso de que se conforme un grupo especial en el marco de la OMC, motivo de la infracción al acuerdo, y el país denunciado no quiera justificar su normativa interna ante aquél, el “criterio triple” del art.13 constituirá un argumento válido para eximirse dicho estado de ser objeto de sanciones económicas, siempre que, hubiere cumplido con las condiciones que de él surgen.

Si nos avocamos a la legislación interna de los estados que comparten esta política regulatoria, se podrá considerar el caso de la Unión Europea la cual por medio

---

<sup>143</sup> Ya el art.9º inc.1 del Acuerdo sobre ADPIC dispone como regla general que “los Miembros observarán los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (1971) y el Apéndice del mismo...”.

<sup>144</sup> La Dra. Navarrete expone que “Los titulares que ostentan los derechos en su mayoría son empresarios, editores u otros agentes que los obtienen de manos de los autores, casi todas las ocasiones mediante contratos desproporcionados, pagando sumas irrisorias y asumiendo riesgos mínimos. Por lo tanto tienen un marcado interés en reforzar, mediante las legislaciones, la protección de los titulares de derechos exclusivos no originarios...”. (Ver: Navarrete, Lillian A., ob. cit., pág. 114).

de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y el Consejo se incorporó el *test* en su art.5.5<sup>145</sup>, lo cual supone una invitación a los países miembros para que se incorpore a su orden positivo interno al tiempo que constituye un ejemplo factible de ser imitado. Sin embargo, el pragmatismo de este método a nuevas formas de aplicación está aún por verse, lo que no quita su lógica prometedora.

Por último se suma a lo expuesto el art.10 del Convenio de Berna sobre “libre utilización de obras en algunos casos” que en referencia a las obras escritas, dispone en su inc.2: “se reserva a las legislaciones de los países de la Unión y de los Arreglos particulares existentes o que se establezcan entre ellos lo que concierne a la facultad de utilizar lícitamente, en la medida justificada por el fin perseguido, las obras literarias o artísticas a título de ilustración de la enseñanza por medio de publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales, con tal que esa utilización sea conforme a los usos honrados”<sup>146</sup>. Se interpreta que tal disposición tiene por objeto a la enseñanza en todos sus niveles, impartida en instituciones educativas y universitarias ya sea municipal, estatal o privado y cuyo fin es promover mediante una limitación al derecho de autor, la difusión del conocimiento pero sujeto su ejercicio a los “usos honrados” (lo razonablemente aceptado por los usos sociales), similar por cierto al *fair use*, esto es: con un fin carente de lucro (no comercial), académico, según el porcentaje de la obra utilizada y limitado al ámbito educativo a partir de su uso únicamente en las instituciones mencionadas<sup>147</sup>.

## **8. Sobre la prueba de los tres criterios: nuevas pautas de interpretación.-**

Presta a un debate significativo las últimas etapas exigidas por el art.9 inc.2 del Convenio de Berna y tratados concordantes, sobre cuándo es válida la concesión de una excepción al régimen de la propiedad intelectual referida a las obras del autor.

---

<sup>145</sup> Aquél reza: “Las excepciones y limitaciones contempladas (...) únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen los intereses legítimos del titular del derecho”.

<sup>146</sup> Tiende a un objetivo similar el art.XII de la Convención Interamericana sobre Derechos de Autor en obras Literarias, Científicas y Artísticas (Washington), aunque comprende además del supuesto de “enseñanza”, a la investigación científica y los casos de reproducción con fines de crítica literaria.

<sup>147</sup> Esta disposición ha sido receptada por países como Australia, Chile, Japón y México (ver: Guibault, Lucie, estudio cit., pág.19).

Corresponde aclarar qué es lo que se entiende por “explotación normal” de una obra, lo cual puede llegar a constituir un factor altamente subjetivo de interpretación aún cuando se admita en forma tácita que se refiere a un aspecto económico, y esto es así, por el grado de confusión al que se presta el término: “normal”. Del mismo modo, el “perjuicio injustificado” lejos está de constituir un requisito claro en aras a su cumplimiento. Sumado a ello, una correcta interpretación demandará la necesidad de evitar juicios infundados motivo de un razonamiento sesgado por factores excluyentes (como ser exclusivamente económicos o gramaticales), y además la de enmarcar el texto internacional en análisis (y sus concordantes en la materia) de acuerdo con la regla hermenéutica del art.31 (“regla general de interpretación”<sup>148</sup>) y art. 32 (“medios de interpretación complementarios”) del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados (1969)<sup>149</sup>, cómo guía de comprensión objetiva.

Sentado aquello, para arribar a un esclarecimiento (como mínimo inicial), se toma como referencia el informe desarrollado por el Grupo Especial (establecido el 26/05/1999) que fue encargado de examinar el asunto “Estados Unidos – Artículo 110 (5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos”<sup>150</sup>, del año 2000. En este caso la Comunidad Europea solicitó al Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC, la conformación de aquél a fin de que examinara la procedencia o adecuación de la legislación estadounidense en materia de derechos de autor (copyright) con el TRIPS y también, por consiguiente, con el Convenio de Berna. La ley de *Copyright* de los EE.UU. determina ciertas exenciones denominadas de “uso doméstico” y “empresarial” por las cuales se exonera del pago a los autores por ciertas transmisiones públicas de obras musicales “no dramáticas” (a través de la radio por lo general), llevadas a cabo en establecimientos comerciales, ya sea minoristas como bien aquellos que prestan servicio de comida y bebida, pero estando sujeto el ejercicio de la exención a una determinada extensión máxima de superficie que puede ocupar el establecimiento (Ej.: para uso de comercio minorista es: 186m<sup>2</sup>) aunque, aún cuando se excediese se podrá ser beneficiario sólo si el aparato de transmisión es del tipo utilizado habitualmente en los hogares privados. Motivo de todo ello la Comunidad Europea entendió que mediaba una infracción esencialmente al párrafo 1ero del art.9º del Acuerdo sobre los ADPIC

---

<sup>148</sup> Art.31, inc.1: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

<sup>149</sup> Suscripta en Viena (Austria) el 23 de mayo de 1969. Entró en vigencia el 27 de enero de 1980.

<sup>150</sup> Informe del Grupo Especial WT/DS160/R (15/06/00). Disponible (versión español) en: [www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/160r-00.doc](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/160r-00.doc) – (consulta: 05/09/13).

(aplicación de arts.1 a 21 del Convenio de Berna), conjuntamente con art.11, párrafo 1ero, punto (2) y art.11bis, párrafo 1ero, punto (3) del Convenio de Berna (sobre el derecho exclusivo del autor a autorizar la comunicación o transmisión pública de su obra). El argumento de EE.UU. por su parte se basa en el art.13 del Acuerdo sobre los ADPIC, referente a “limitaciones y excepciones” del derecho de autor y la adecuación correcta del triple criterio a su normativa local en análisis, para lo cual el Grupo Especial hace un análisis particular en el párrafo 6.97 y siguientes del informe. Bajo la óptica de la doctrina de las “pequeñas excepciones” (nacida del art.9º inc.2 del Convenio de Berna), aquél manifiesta que las tres condiciones tienen carácter “acumulativo”, es decir, ante la falta de alguna de ellas el resultado será la ineffectividad de toda excepción o limitación reconocida por legislación nacional al amparo del art.13 mencionado.

A continuación se acompañan algunos argumentos vertidos por el Grupo Especial en torno a estos criterios:

- I) “Determinados casos especiales”<sup>151</sup>: la excepción o limitación tiene que estar bien definida y ser de aplicación limitada (aspecto cualitativo) o de alcance restringido (aspecto cuantitativo) conforme la interpretación del vocablo “especial”, por lo sugiere un ámbito reducido así como un objeto característico; además, el “caso” podrá describirse de acuerdo con quienes son los beneficiarios de la excepción o, por el equipo utilizado o, la naturaleza de la obra u otros factores.
- II) “Que no atente contra la explotación normal de la obra”: en primer lugar implica la consideración de la totalidad de derechos exclusivos del autor en relación a la “obra” como un todo, y no sólo alguno de ellos. Aún más, no se justifica que un posible acto atente contra la explotación normal de un determinado derecho exclusivo porque ese mismo acto reporte mayores ingresos en el ejercicio de otros derechos, para ello basta considerar el caso de que se concedan licencias sobre ciertos derechos exclusivos, supuesto en el cual, habría al menos un licenciataria perjudicado y otro/s favorecido/s. En segundo lugar el término “normal” brinda una doble connotación: a) de carácter empírico: se toma en cuenta la explotación que es regular, usual, típica u ordinaria; b) de carácter normativo (según su ajuste a un tipo o norma). Además de las formas de explotación que generan ingresos importantes actuales ha de considerarse como normal la explotación que potencialmente pueda tener la obra, dado que las condiciones comerciales y tecnológicas que hoy prevalecen en el mercado pueden variar en un futuro, y aún

---

<sup>151</sup> Informe cit. del Grupo Especial, WT/DS160/R (versión en español), págs.36-38.

cuando este recaudo suponga caer en el peligro de la “especulación”. Ahora bien, ¿Cuándo media una afectación?, se sostiene efectivamente que “...una excepción o limitación a un derecho exclusivo en la legislación nacional llega a atentar contra una explotación normal (...) si las utilizaciones, que en principio están comprendidas en ese derecho pero se hallan exentas en virtud de la excepción o a la limitación, entran en competencia económica con las formas en que los titulares de derechos consiguen normalmente un valor económico de su derecho de obra (...) y por lo tanto los priva de percibir utilidades económicas importantes o apreciables”.<sup>152</sup>

- III) “Ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos”<sup>153</sup>: en este caso es necesario prestar una conceptualización de los siguientes términos: 1) “intereses”: consiste en un derecho o título legal a un bien o el uso o beneficio de un bien, lo que supone una extensión del significado a aspectos que no se encierran únicamente en un provecho o menoscabo económico ya sea real como también potencial; 2) “legítimo”: corresponde al rasgo lícito otorgado por el orden positivo a través de su reconocimiento por norma jurídica y su debida protección de conformidad con los derechos exclusivos (de estar comprometidos); 3) “perjuicio”: denota por efecto una lesión o daño; 4) “injustificado”: supone la necesidad de *proporcionalidad* entre el fin perseguido y el perjuicio ocasionado. Se excluye de la aclaración lo referido a “titular de los derechos” (el cual no obstante, fue tratado en el acápite anterior – punto 7). Luego de delimitar, al menos de manera superflua, los alcances del significado de cada término en relación al tratado, y aún cuando la palabra “intereses” tiene una connotación no exclusivamente económica, el Grupo Especial considera que media “perjuicio injustificado” cuando una excepción o limitación causa o puede causar una pérdida de ingresos injustificada al titular del derecho de autor, y para ello toma como prueba la información sobre las condiciones de mercado que fueron presentadas por las partes.

Sin ánimo de caer en una tautología de lo expuesto, otros planteos han de adicionarse a lo resuelto en la cuestión precedente, puesto que aún con los fundamentos

---

<sup>152</sup> Informe cit. del Grupo Especial, WT/DS160/R (versión en español), pág.54.

<sup>153</sup> Informe cit. del Grupo Especial, WT/DS160/R (versión en español), págs.66-67.

acompañados por el Grupo Especial<sup>154</sup>, quedan aún ciertas lagunas por resolver con el fin de adunar pautas de comprensión, en particular respecto de los puntos II y III. En efecto, la interpretación sobre “explotación normal” dada en el caso “...implica un número importante de supuestos peligrosos (...) podría imponer un *statu quo* e impedir toda extensión de las excepciones a situaciones nuevas no previstas textualmente, pero que podrían entenderse en razón del espíritu del texto” y quizás más azaroso resulte la referencia a las explotaciones potenciales de la obra puesto que “corre el riesgo de paralizar excepciones cada vez que una evolución técnica permite el control de ciertas utilidades no controlables con anterioridad, dando como consecuencia la posibilidad de creación de nuevas posibilidades de explotación”<sup>155</sup>, y a esto debe añadirse la advertencia antes dada en relación a los estudios que se refieran al “impacto económico”, en este caso, de la excepción concedida, motivo de su *relativa* fidelidad a las condiciones reales del mercado, peor aún, cuando tiendan a sondear sobre resultados potenciales ya que la cuantificación del valor económico del perjuicio futuro es a todas luces una presunción falible que daría lugar, de tomarse como prueba suficiente, a una incipiente inseguridad jurídica desfavorable para los beneficiarios comprendidos en la excepción, por lo que es justo aseverar: “No es concebible que la inseguridad jurídica sea aceptable cuando beneficie a los titulares de derechos e inaceptable cuando beneficie a los usuarios”<sup>156</sup>.

Para el caso de la tercera etapa, el perjuicio tiene que ser “injustificado”, es decir no motivado, ausente de razones convincentes o carentes de proporcionalidad. Lo que importa hacer notar es que la utilización del término “injustificado” influye categóricamente en la extensión del “perjuicio” al que se alude, ya que *a contrario sensu*, se admitirían perjuicios “justificados”. Por ello se considera que “el titular del derecho no debe tener el poder de controlar *todas* las utilidades de sus obras, en virtud de que algunos perjuicios están justificados por la consideración de algunos valores que se estiman superiores a los intereses del titular del derecho”<sup>157</sup>. En esta línea, el valor superior por excelencia lo constituye el “fin social” que se le asigna al derecho de autor como promotor del conocimiento.

---

<sup>154</sup> Vale decir que aún con la utilidad que representa el informe elaborado, aquél no es vinculante ni sienta (por no ser jurisprudencia) ningún precedente para futuros planteos de naturaleza similar que presenten los miembros de la OMC ante el Órgano de Solución de Controversias.

<sup>155</sup> Geiger, Christophe, *El papel del Test de las tres etapas en la adaptación del derecho de autor a la sociedad de la información*, UNESCO-Boletín de derecho de autor, enero-marzo de 2007, pág.7.

<sup>156</sup> Geiger, Christophe, artículo cit., pág.23.

<sup>157</sup> Geiger, Christophe, artículo cit., págs.20-21.

Asimismo y en otro orden de ideas, cada una de las “condiciones” examinadas ¿cómo deben ser tratadas en su conjunto?, puede mediar un doble tratamiento: a) el informe descrito anteriormente apelaba a su consideración en forma de “etapas”, lo que quiere decir que su estudio y aplicación debe ser hecho “paso por paso”, lo cual implica un tratamiento restringido de acuerdo al orden que surge del texto de marras; b) las condiciones pueden ser tomadas en forma de “criterios” que han de tomarse como referencia a fin de sopesar los intereses en disputa, apelando a un equilibrio “justo”.

Con todo, el legislador nacional hará bien en reparar sobre estas dificultades. Justamente, será imprescindible un debate parlamentario minucioso ante el tratamiento de un proyecto de ley abocado al ordenamiento positivo interno cuyo objeto sea la creación de excepciones al derecho de autor no sólo para verificar la concordancia de aquél al precitado “*test* de las tres etapas”; también se requerirá una tarea de elaboración particular que se expida sobre los alcances específicos de cada una ellas, en particular las dos últimas (las que prestan mayor desconcierto), de modo tal que una vez hecho ley se evite un grado elevado de discrecionalidad por parte del juez cuando deba tomar conocimiento de litigios nacidos de la nueva normativa, aunque un mínimo de maniobrabilidad será forzoso (y es lo deseable) dado que tampoco se podrá pretender dotar al legislador de una omnipresencia absoluta que garantice que aquél ha podido considerar la totalidad de casos particulares y sus variantes frente a la aplicación de la nueva norma.

En este sentido, adhiero a la postura de considerar las condiciones del art.9º inc.2 del Convenio de Berna (y concordantes) como “criterios”, al tiempo que disiento de una consideración exclusivamente económica en torno a la existencia del “perjuicio injustificado” en los intereses legítimos del titular de los derechos, toda vez que aquello supondría dejar fuera de estudio los intereses también legítimos de los usuarios/consumidores amparados por el derecho de acceso a la cultura, razón por la cual se reitera, como pauta de interpretación a la que se aspira, el precitado “Principio de complementariedad de los aspectos económicos y culturales del desarrollo” (art.2º inc.5) de la Convención sobre la protección y promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, de la que es parte la República Argentina. Aún más, aquella dispone en su art.20 que las partes deberán cumplir de buena fe las obligaciones nacidas de ella y por ende, sin subordinarla: “cuando interpreten y apliquen los demás tratados en los que son Parte o contraigan obligaciones internacionales, tendrán en cuenta las disposiciones pertinentes de la presente Convención” (conf. inc.1-b). En cuanto a tal disposición, aquella renuncia a determinar una jerarquía entre derechos de distinta

naturaleza como ser el derecho del autor y el de acceso a la cultura en caso de una potencial colisión, por lo que conforme palabras de la Dra. Navarrete “la solución adoptada (...) no será suficiente al no establecer una jerarquía dónde los derechos culturales tengan reconocido un lugar por encima de los derechos de las empresas”<sup>158</sup>. Se suma a ello que la Convención determina un procedimiento de conciliación en el marco de la UNESCO (art.25 y Anexo) a cargo de la “Comisión de conciliación” (creada *ad-hoc*), para el caso de existir controversias con relación a la interpretación o aplicación de su articulado, aspecto que resulta de sumo interés si se tiene en cuenta lo hasta aquí plasmado respecto a las dificultades que presentan las excepciones y limitaciones al derecho de autor y las condiciones a cumplir para su procedencia. A la fecha no ha habido planteos en este sentido, lo que no quita que en un futuro inmediato, los “fallos”<sup>159</sup> de la Comisión ante posibles controversias, podrían constituir valiosos aportes de cara al esclarecimiento de estas “lagunas de interpretación normativa” (siempre que los informes se hagan públicos), más aún cuando las disposiciones de la Convención prestan, como se ha expuesto, a tomarlos como una guía novedosa de sopesar los derechos en pugna.

## **9. Consideraciones finales: proyecto de reforma.-**

Consecuentemente a todo lo expuesto *ut-supra*, es plausible proponer un proyecto de reforma que observe las complejidades analizadas previamente, y en particular, otorgue aquél una garantía de ejercicio legítimo a los sujetos del derecho de acceso a la cultura en su faz pasiva<sup>160</sup>, contrastable por su parte, con los intereses de los autores y titulares de derecho del régimen actual el cual es considerado en este trabajo como “perfectible”, es decir, pasible de ser readecuado positivamente a los desafíos que ha despertado la modernización de la sociedad en el campo de la propiedad intelectual, mediante las nuevas formas de acceso a través de medios tecnificados y tecnológicamente evolucionados. Para ello, el proyecto tendrá por destino preferente a las obras literarias-científicas de toda naturaleza y extensión en formato escrito, y en forma secundaria a las obras artísticas, dado el límite del objeto al cual apuntan las

---

<sup>158</sup> Navarrete, Lillian A., ob. cit., pág.206.

<sup>159</sup> Así los denomina el tratado aunque claramente las decisiones no son vinculantes, son propuestas de solución. Además, no crea jurisprudencia al tratarse la Comisión de un órgano no permanente.

<sup>160</sup> A fin de reconocer su obrar dentro del art.1071 del Código Civil (1er párr.): “el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto”.

reformas a proponer. Según se desprende de las definiciones que acompaña el art.36 de la actual ley 11.723, el término “obras literarias” comprende a la “poesía, cuento, novela, filosofía, historia, ensayos, enciclopedias, diccionarios, textos y todos aquellos escritos en los cuales forma y fondo se combinen para expresar conocimientos e ideas de interés universal o nacional”. Por su parte, por “obras científicas” se alude a los “tratados, textos, libros de divulgación, artículos de revistas especializadas, y todo material relativo a la ciencia o la tecnología en sus diversas ramas”.

La propuesta será dividida en dos grupos a saber:

- a) Excepciones al derecho de autor a favor de bibliotecas, archivos, centros de documentación, instituciones científicas y/o educativas.
- b) Excepción al derecho de autor para uso personal, con fines de enseñanza, investigación u académicos en conjunción con causales de procedencia de la doctrina del *fair use*.

No se agota la temática elegida con lo hasta aquí desarrollado, son muchos los debates de los que es y será testigo el siglo XXI frente a esta problemática y la comunidad internacional es consciente de las vicisitudes a superar, más aún, ante los conflictos que puedan nacer no sólo producto de normativas divergentes (motivo de intereses y sistemas jurídicos diferentes), sino también dado el carácter político y económico que tiñe a la cuestión. Es en esta línea argumental que en el año 2004, los Estados de Argentina y Brasil presentaron conjuntamente ante la OMPI el denominado “Programa para el Desarrollo”<sup>161</sup>, el cual tiende a concebir a dicha organización en un nuevo marco estructural de funciones en pos de intereses que sean globalizados y no sectorizados con especial énfasis en la ayuda técnica y transferencia de tecnología hacia los países emergentes del globo, dada la “brecha digital” y dependencia que actualmente padecen estos en un gran porcentaje motivo de la vigencia de patentes exclusivas de invención (la importancia del *Know How*), así como el perfil mercantil adoptado por el Acuerdo sobre los ADPIC. Si bien en lo que es propiedad intelectual los índices de impacto en la economía regional tienen su vínculo más directo con la rama referida al Derecho de Propiedad Industrial, la propuesta mencionada, hace referencia a otros factores propios del Derecho de Autor como ser las medidas tecnológicas de protección

---

<sup>161</sup> Asamblea General de la OMPI (XXXI Período de sesiones - 15º extraordinario), *Propuesta de Argentina y Brasil para establecer un programa de la OMPI para el desarrollo*, 27/08/2004, OMPI-Ginebra. Disponible en: [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/es/wo\\_ga\\_31/wo\\_ga\\_31\\_11.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/es/wo_ga_31/wo_ga_31_11.pdf) – (consulta: 05/09/13).

y la salvaguarda y garantía de cumplimiento de las excepciones y limitaciones a dicho régimen. Al efecto, sostienen que “Si bien el acceso a la información y el intercambio de conocimientos se consideran elementos esenciales para el fomento de la innovación y la creatividad en la economía de la información, toda nueva norma de protección de la propiedad intelectual que se aplique al entorno digital obstaculizaría el libre flujo de la información y sabotearía los esfuerzos desplegados con vistas a nuevos arreglos de promoción de la innovación y la creatividad, plasmados en iniciativas tales como '*Creative Commons*'...”, por ello se afirma que los tratados concertados en la comunidad internacional que versan sobre la materia “...deberán equilibrarse para tener claramente en cuenta los intereses de los consumidores y el público en general. Es importante que se respeten las excepciones y limitaciones existentes en el marco de la legislación nacional de los Estados miembros”. Esta propuesta que logró la adhesión de 12 países en desarrollo<sup>162</sup>, motivó en los años siguientes a su presentación, nuevas propuestas que en conjunto sumaron 111, de las cuales se extrajo finalmente 45 recomendaciones (2007), y la creación del “Comité sobre Desarrollo y Propiedad Intelectual” destinado a materializarlas, cuya labor continúa hasta la fecha entre debates y producción de estudios<sup>163</sup>.

No puede omitirse que, aún cuando los intereses legítimos del autor deban ser necesariamente protegidos, los titulares de los derechos que detentan el monopolio de explotación de la obra (que no son generalmente los autores) suelen incurrir en el ejercicio de su derecho en un atentado contra el fin que tuvo y tiene en miras el régimen constitucional del derecho de autor, esto es, el cumplimiento de un “fin social”, la difusión y promoción del conocimiento como estandarte del desarrollo nacional, basado en los ideales de la ilustración que configura lo que se ha llamado el “límite cultural del derecho de autor”. También ha sido facilitada esta conducta por la regulación actual que presentan las leyes 11.723 y 25.446. La Ley Fundamental dispone la “libre” circulación de las obras del autor ciertamente dentro de un marco legal que lo garantice y en un claro equilibrio con el derecho de autor, y atento ello, se hace necesario plantear alternativas al modelo actual, las cuales serán tratadas en el capítulo siguiente.

---

<sup>162</sup> Conforme surge del documento de la OMPI WO/GA/31/11 Add. con fecha 04/10/2004, la Misión Permanente del Brasil en Ginebra informó que el patrocinio de la propuesta abarca a los siguientes países: Argentina, Bolivia, Brasil, Cuba, Ecuador, Egipto, Irán, Kenya, Perú, Sierra Leona, Sudáfrica, República Dominicana, República Unida de Tanzania y Venezuela (14 en total).

<sup>163</sup> Información extraída de la página oficial de la OMPI, disponible en: <http://www.wipo.int/ip-development/es/agenda/background.html> – (consulta: 05/09/13).

## CAPITULO III

### NUEVAS EXCEPCIONES AL DERECHO DE AUTOR

#### – Bibliotecas, archivos y el uso personal –

*“En cuestiones de cultura y de saber,  
sólo se pierde lo que se guarda;  
sólo se gana lo que se da”*

Antonio Machado (1875-1939).

SUMARIO: 1. Consideraciones preliminares: al respecto de las bibliotecas. 2. El derecho de autor frente a los servicios bibliotecarios. 3. Las obras huérfanas. 4. Antecedentes en Argentina: sobre excepciones a favor de las bibliotecas. 5. Nuevas consideraciones: replanteo del proyecto de ley presentado por ABGRA. 6. *Fair Use* en EE.UU. e Israel: origen y conflictos. 7. Uso personal: precedentes en el orden local. 8. Uso personal + *Fair Use*: nueva propuesta.-

## 1. Consideraciones preliminares: al respecto de las bibliotecas.-

En el campo del conocimiento, quienes pregonan el acceso libre, gratuito y global a las obras escritas y en aras del fortalecimiento del acceso a la cultura son las denominadas “bibliotecas”<sup>164</sup>, que por definición genérica son conforme el Diccionario de la Real Academia Española (como primera acepción) una “institución cuya finalidad consiste en la adquisición, conservación, estudio y exposición de libros y documentos”<sup>165</sup>. Vale aclarar que difieren de los “Archivos” (público-privado) en algunos aspectos centrales, en particular respecto de su función, dado que como sostiene Kenneth Crews, aquel “tiene la misión de preservar materiales, en lugar de facilitar su acceso a las colecciones”<sup>166</sup>. Sin embargo, frente al esquema normativo del Derecho de Autor, ambos institutos comparten la preocupación central de copiar material a los fines de preservación con el riesgo de constituir tal obrar un ilícito.

La IFLA (International Federation of Library Associations) es el principal organismo internacional representante de los intereses de usuarios, de los servicios bibliotecarios y de documentación. En el 75 aniversario de su creación brindó en la “Declaración de Glasgow sobre las Bibliotecas, los Servicios de Información y la Libertad Intelectual” (2002) una concepción abarcadora de la función que recae sobre las bibliotecas, al decir que “ofrecen acceso a la información, ideas y productos de la imaginación en cualquier soporte y sin importar las fronteras. Actúan como intermediarios del conocimiento, pensamiento y cultura, ofreciendo ayuda esencial para la toma independiente de decisiones, el desarrollo cultural, la investigación y el aprendizaje continuo de individuos y grupos”<sup>167</sup>. Afirman que en relación al derecho de autor, la función que brindan estas instituciones no se contraponen con aquel, por el contrario, se complementan garantizando la salvaguarda de la libertad intelectual, aunque focalizan su preocupación en la existencia de restricciones que inhiban el acceso del usuario a recursos y servicios relevantes, oponiéndose a la censura. Del mismo modo, se sostiene que “la misión esencial de las bibliotecas es la de organizar y

---

<sup>164</sup> Esto más allá de que su función se extienda no sólo a proporcionar libros y documentos, sino en muchos casos, obras cinematográficas, obras de dibujo, pintura, planos, mapas, fotografías, fonogramas, entre otros.

<sup>165</sup> Ver definición en: <http://www.rae.es/> - (consulta: 05/09/13).

<sup>166</sup> Crews, Kenneth, *Estudio sobre las limitaciones y excepciones al derecho de autor en beneficio de bibliotecas y archivos*, OMPI, 2008, Ginebra, pág.34. Disponible en: [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/sccr\\_17/sccr\\_17\\_2.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/sccr_17/sccr_17_2.pdf) – (consulta: 05/09/13).

<sup>167</sup> <http://www.ifla.org/node/7163> – (consulta: 05/09/13).

preservar la producción intelectual de la humanidad, y brindar las mejores condiciones para su acceso a toda la comunidad sin distinciones de ninguna naturaleza”<sup>168</sup>.

El término “biblioteca” bien puede comprenderse a partir de su función, la cual es en forma sintética la garantía de satisfacción de un interés social y común: el acceso al conocimiento. No obstante, corresponde hacer algunas distinciones en cuanto a la naturaleza que puede revestir tales institutos en la legislación interna a fin de aunar criterios en cuanto a los alcances que se le da a la palabra en el presente trabajo. La ley nacional 23.351<sup>169</sup> otorga el calificativo de “Bibliotecas Populares” a aquellas que otorguen un servicio público, otorgándoseles luego de un trámite administrativo de reconocimiento, algunos beneficios sobre todo de carácter impositivo. La misma determina que la misión de estas instituciones, conforme su art. 2º, es la de “canalizar los esfuerzos de la comunidad tendientes a garantizar el ejercicio del derecho a la información, fomentar la lectura y demás técnicas aptas para la investigación, la consulta y la recreación y promover la creación y difusión de la cultura y la educación permanente del pueblo”. Por su parte el decreto-ley 9.139<sup>170</sup> de la provincia de Buenos Aires, aún vigente, determina una categorización de bibliotecas conf. art.1º en: públicas / escolares / especiales. Las bibliotecas públicas son aquellas que están habilitadas al público en general y comprenden a las bibliotecas municipales, escolares públicas, las bibliotecas piloto y las bibliotecas públicas en instituciones privadas. Se entiende por biblioteca piloto aquella destinada a la innovación en organización y servicios bibliotecarios, conforme las necesidades del medio económico, social y cultural de la zona de radicación. Las bibliotecas escolares no públicas son aquellas cuya actividad se desarrolla exclusivamente en el ámbito institucional a la que pertenece, cuyo acceso se limita a docentes y alumnado. Las bibliotecas especiales finalmente, tienden a solventar necesidades específicas de ciertos sectores de la sociedad, ya sea bibliotecas oficiales (por ejemplo aquellas que se ubican en cárceles, hospitales, centros asistenciales, entre otros), como privadas.

Luego de estos breves lineamientos, se afirma en este capítulo que la definición que recae en el análisis y la utilización del término “biblioteca” comprende a todas las

---

<sup>168</sup> Pelaya, Lucía – Sanllorenti, Ana, “El acceso a la información en el contexto de la ley 11.723: una mirada desde las bibliotecas”, en ACBJ. Revista de la Asociación Civil de Bibliotecarios Jurídicos, N°4, septiembre 2009, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, pág.10.

<sup>169</sup> Sancionada el 7 de agosto de 1986; Promulgada el 28 de agosto de 1986; Publicada en B.O. el 8 de octubre de 1986.

<sup>170</sup> Sancionada el 9 de mayo de 1979; Publicada en B.O. el 23 de mayo de 1979.

categorías de bibliotecas que reconoce el decreto-ley de la provincia de Buenos Aires, es decir: públicas / escolares / especiales. Por último, se incorpora a la excepción que será tratada en el presente a los:

- a) Archivos: motivo de su función de depósito de todo conocimiento. Se incluye en esta categoría a los museos por su importancia en la preservación de la cultura.
- b) Centros de documentación: en igual sentido al anterior pero cuyo rol principal recae en la guarda de obras esencialmente escritas.

En cuanto a la naturaleza de estas dos últimas instituciones para ser objeto de la excepción, deberán ser públicas o bien pertenecer a instituciones sin fines de lucro, instituciones científicas o establecimientos de enseñanza, en conjunción con lo señalado respecto del art.1° del decreto-ley 9.139.

## **2. El derecho de autor frente a los servicios bibliotecarios.-**

### **2.1. Situación legal de la biblioteca:**

Las bibliotecas han desempeñado un rol protagónico en la preservación del acervo cultural desde antaño, aunque en un principio como hogar exclusivo de conservación y acceso limitado, dado que durante la historia de la humanidad diversos hechos han puesto en evidencia que el conocimiento es un bien preciado, cuidado celosamente por quienes consideran como peligro desestabilizador del orden imperante, su divulgación masiva, partiendo de la premisa de que la población es incapaz intelectualmente de conocer los hechos y la “verdad” o bien bajo el prisma de que una mente activa, es una mente difícil de dominar. Basta por mencionar el contexto en que se desenvuelve la novela de Umberto Eco, “El nombre de la rosa”, allá por el año 1327 donde en una abadía benedictina ubicada en los Apeninos Septentrionales (Italia), se encuentra una famosa biblioteca con estrictas normas de acceso. Sin dudas que la noción de *Oscurantismo* aplicado en la historia puede ser suficiente para comprender esta idea.

Importa en este punto hacer notar que el Estatuto de la Reina Ana del año 1710 (en Inglaterra), primera normativa sobre Copyright a favor de los autores, ya consideraba (al menos como indicio) la trascendencia de las bibliotecas como lugares de preservación y difusión, de tal modo que expresamente determinaba que por toda publicación o impresión de una obra el editor debía efectuar depósito ante la Compañía

de Editores de “nueve copias del mejor papel de cada libro o libros que sean impresos o publicados”<sup>171</sup>, para uso de diversas universidades y bibliotecas.

Recién en 1956 y nuevamente proveniente de las Islas Británicas, en particular Gran Bretaña, innovando una vez más a nivel legislativo, el Parlamento inglés procedió a hacer un re-análisis de la normativa vigente en materia de Copyright, lo que devino en la promulgación de la primera excepción al derecho de autor en beneficio de las bibliotecas<sup>172</sup>. Incluso Estados Unidos, país mundialmente conocido por ser uno de los mayores exportadores de contenidos y al mismo tiempo, conocido por las presiones que ejercen las multinacionales del entretenimiento en la sanción de leyes referidas al derecho de autor<sup>173</sup>, observa en su Copyright Act, título 17 que forma parte del United States Code, excepciones a favor de “librerías” (aunque la traducción correcta de “library” al caso sería: biblioteca) y archivos, en su art. 108, del Capítulo I.

Actualmente dada la trascendencia de lo que se conoce como “sociedad informacional”, donde el conocimiento es sin dudas uno de los bienes más preciados para el crecimiento económico, social y cultural de los pueblos, la actualización de colecciones que forman parte de las bibliotecas, la tecnificación de recursos disponibles puestos a disposición de los servicios bibliotecarios, la preservación y préstamo del material y la garantía de acceso a las colecciones sin límites estrictos a favor de los usuarios, es indispensable. Pero, para el logro de un objetivo tan loable como ser la financiación pública a fin de conservar y mejorar el funcionamiento de estas instituciones, es necesidad básica la existencia de voluntad política, que tienda a concientizar y resolver una problemática cuyo eje radical no es precisamente la falta de dinero sino antes bien, la normativa vigente, que presenta en particular una ausencia

---

<sup>171</sup> INDAUTOR-Instituto Nacional del Derecho de Autor, *Estatuto de la Reina Ana 1710: 300 años de la promulgación de la primera ley autoral*, 2010, México. Disponible en: [http://www.indautor.gob.mx/documentos\\_principal/estatutoreina.pdf](http://www.indautor.gob.mx/documentos_principal/estatutoreina.pdf) – (consulta: 05/09/13).

<sup>172</sup> Crews, Kenneth, Estudio cit. Pág.14.

<sup>173</sup> Basta mencionar la *Copyright Term Extension Act* aprobada en 1998, también llamada ley “Sonny Bono” (en honor a uno de los congresistas que la impulsó), y más puntualmente llamada por la crítica, la “Mickey Mouse Protection Act”. Se trata de una ley cuyo objetivo final es la extensión de los plazos de protección del copyright por 20 años más, logrando de aquella forma la prolongación del derecho en manos de los titulares a fin de evitar que un número considerable de obras culturales pasen al dominio público, y entre ellas, obras que continúan siendo rentables, como ser la explotación de la autoría de varios personajes que forman parte de la Walt Disney Company.

absoluta en la República Argentina de excepciones al Derecho de Autor a favor de las bibliotecas.<sup>174</sup>

El estudio encargado por la OMPI a Kenneth Crews, Director de la Oficina Asesora de Derecho de Autor de la Universidad de Columbia, pone en evidencia esta situación. Con datos reveladores sostiene que de los 184 Estados miembros de la OMPI a los cuales se limita el estudio, fue analizada la legislación nacional de 149 de ellos, donde sólo 21 países no presentan alguna excepción a favor de bibliotecas y archivos, mientras que la mayoría (128) contienen normativa expresa en la materia, concediendo la facultad de realizar copias de las obras para los usuarios así como copias con fines de preservación, siendo éstas las excepciones más comunes<sup>175</sup>. En cuanto a qué datos se tuvieron en cuenta el autor manifiesta que el estudio “se limita a las disposiciones legales que se refieren explícitamente a las bibliotecas o archivos” aunque, “no entran en el ámbito de aplicación del presente informe las disposiciones legales que se limitan únicamente a bibliotecas específicas o a un pequeño número de bibliotecas designadas expresamente”<sup>176</sup>.

En Argentina, dado el régimen actual, median algunas funciones reprimidas penalmente a los bibliotecarios, las cuales hacen peligrar la apropiada solución de que caso de no contar con recursos económicos para costear el material exigido por un plan de estudio o bien lo que demande una investigación, se haga uso de los servicios que brinda la biblioteca para sortear tales dificultades (los llamados “derechos reprográficos”). De la ley nacional 11.723 y 25.446, en conjunto con ciertos tratados internacionales, se sustrae en consecuencia que para las bibliotecas caso de no contar con la autorización del autor/titular:

1. Se reprime la copia de material agotado, o de libros únicos, frágiles o deteriorados, ya sea para préstamos comunes o para préstamos entre bibliotecas;
2. Se reprime la copia de seguridad de obras en peligro de perderse por mal estado, con fines preventivos (salvo aquellas autorizadas en soporte digital conf. art.9º de la ley 11.723 = sólo *backup* de un programa de computación);

---

<sup>174</sup> Es contundente en este sentido, el resultado al que arribó el estudio de Crews, encomendado por la OMPI, sobre las excepciones a favor de las bibliotecas a nivel mundial, cuando analiza particularmente el caso de Argentina (Crews, Kenneth, estudio cit., pág.96).

<sup>175</sup> Crews, Kenneth, estudio cit. Pág.74.

<sup>176</sup> Crews, Kenneth, estudio cit. Pág.15.

3. Se reprime la reproducción de obras que conforman la colección de la institución con destino a los usuarios;
4. Se reprime la digitalización y las conversiones de formato;
5. Se puede llegar a reprimir la evasión de las medidas tecnológicas de protección sobre obras digitales.

Atento la circunstancia descripta, sucede en la práctica que aquellas bibliotecas no favorecidas por una adecuada y suficiente financiación para costear los gastos que demanda el cumplimiento de los servicios por ella brindados (en particular las bibliotecas públicas de zonas rurales o bien municipales dónde los recursos son más escasos), es factible que incurran, para garantizar al usuario su derecho de acceso o lograr la conservación del material, en la adopción de conductas tipificadas penalmente que en la mayoría de los casos versa sobre la copia no autorizada, motivo por el cual se reitera, es necesario para una conciliación entre sus funciones y la normativa vigente, de la regulación de excepciones a su favor.

## **2.2. Al respecto de la biblioteca online:**

Se menciona como caso controversial el fallo “Potel”<sup>177</sup> del año 2009, en el cual el actual profesor de filosofía de la UNLA, Horacio Rubén Potel, había sido sobreseído tras ser procesado mediante denuncia formulada por la CAL (Cámara Argentina del Libro), por subir a la red a través de dos sitios de internet<sup>178</sup>, material en formato digital (PDF, de textos escaneados), de los filósofos Jacques Derrida y Heidegger (infracción al art.72 inc. a de la ley 11.723), y cuyos visitantes regulares eran, en un gran número, estudiantes universitarios. Ahora bien, ¿Por qué es importante este fallo?, el mismo puede ser analizado bajo dos enfoques, uno en colación a los servicios bibliotecarios y el otro, desde el plano jurídico:

- a) Servicio bibliotecario: dentro del esquema de funciones que puede tener una biblioteca se halla el facilitar libros y/o textos que han sido dados de baja por ciertas editoriales del circuito comercial, lo que imposibilitaría por ende su acceso mediante la compra en el mercado. Ante esto, la biblioteca garantiza la posibilidad de contar con dicho material siempre que su conservación sea factible si el mismo se encuentra precario, en mal estado, etc., a través de su reproducción a igual o

---

<sup>177</sup> Juzgado Nac. Crim. de Inst. N°37, 13/11/2009, “Potel, Horacio Rubén s/ infracción ley 11.723”, Expte. N° 57.627.

<sup>178</sup> Los sitios de internet en cuestión son: <http://www.jacquesderrida.com.ar/> y <http://www.heideggeriana.com.ar/>.

distinto formato o bien por préstamos interbibliotecarios, con el fin de lograr su perdurabilidad en el tiempo. Pero, y conforme se ha visto, la ausencia de una excepción a los derechos reprográficos del autor, podría generar la falta del material por pérdida, extravío o deterioro. Potel, había hecho uso de la World Wide Web a través de sus dos sitios, mediante la *subida* de una cantidad considerable de material “agotado” o de muy difícil obtención y disponible en forma libre y gratuita a un número indefinido de usuarios, cumpliendo así de manera eficaz con la típica naturaleza del servicio bibliotecario descrito, lo que sin duda resulta de sumo interés pues del caso que se analiza deviene el hecho de considerar desde el punto de vista de los derechos del autor, qué regulación podrá ser apta para las llamadas bibliotecas *online*, si se parte de la premisa que éstas contribuyen a un mejor acceso a la cultura y son más acordes a la tecnología de la sociedad contemporánea. Por ello “el reto es actualizar la legislación y asegurar que el balance entre creadores y lectores se mantenga en la era digital”<sup>179</sup>.

- b) Aspecto jurídico: los argumentos que sostuvo el Fiscal de la Fiscalía de Instrucción N°49 para solicitar el sobreseimiento de Potel (los cuales consideró razonables y *a derecho* el juez penal *a-quo*), son reveladores, pues incluso se vislumbra en ellos, uno de los criterios consagrado en los tratados internacionales para reputar válida la incorporación de una excepción al derecho de autor en la legislación interna de un Estado, como ser, desde un punto de vista exclusivamente económico, la no afectación de la “explotación normal” de la obra (resaltado más abajo en negrita). En primer lugar, el Fiscal expresó que “la transformación de los textos originales al formato digital por parte de Potel, podría estar comprendida en el precepto de 'reproducción', sin perjuicio de lo cual no sucede lo mismo en relación al ofrecimiento desde las páginas de Internet del incuso, donde la acción de crear una nueva copia, es producida por quien accede al sitio e inicia la descarga del archivo informático (...) el aporte de Potel únicamente podría entenderse como cooperación al delito ajeno, puesto que no se ha logrado determinar si existieron o no descargas de las obras ilegalmente reproducidas”, además, y aquí reside el principal razonamiento, “si bien el comportamiento desplegado por el encartado puede subsumirse sin dificultad dentro de una figura penal – defraudación por reproducción de obras publicadas sin autorización de su autor o derechohabientes -, la misma (...) no ha ocasionado

---

<sup>179</sup> Pelaya, Lucía – Sanllorenti, Ana, artículo cit., pág.19.

un real agravio al bien jurídico protegido por la norma, toda vez que no toda afectación mínima es capaz de alcanzar esos extremos (...) **la insignificante afectación que podría resultar al patrimonio del titular de la obra**, no habilita al severo reproche de esta justicia represiva”.

En cuanto a la consideración a), el caso *Bibliofyl* constituye un buen ejemplo. Se trata de una página web que funciona como biblioteca digital enfocada a los estudiantes de Filosofía y Letras de la UBA, pero cuya diferencia en contraste con el caso *Potel* radica en la forma de acceder al contenido que allí se facilita, puesto que el diseño de su interfaz opera como herramienta práctica y sencilla de “enlazar”<sup>180</sup> la bibliografía hacia otras páginas, sin alojarla propiamente, es decir, se trata de una especie de biblioteca de “links” seleccionados<sup>181</sup>.

Cierto es que la acción de “enlazar” presta a un debate acerca de su naturaleza delictiva y cómo afecta en consecuencia la acción al bien jurídico tutelado por la ley 11.723. El caso *Taringa*<sup>182</sup> se trata de un ejemplo novedoso (aún sin sentencia firme). “Taringa” o “T!”, es una comunidad virtual cuyos usuarios pueden compartir todo tipo de información y contenido por medio de los servicios que la página brinda a tal efecto. Dado que una parte considerable del material que se comparte en ella versa sobre copias ilícitas de obras protegidas por el derecho de autor, se promovió una denuncia contra la página web, lo que devino en el inicio del proceso penal que finalmente fue elevado a juicio oral. Para la confirmación del procesamiento, el juez a-quo, entendió tipificada la conducta de los administradores del sitio web como “...al menos partícipes necesarios...” de la figura del art.72 inc. (a) de la ley nacional 11.723, pese a que los enlaces que compartían los usuarios en sus *post* (de “posteo”: denominación con que se llama a las publicaciones hechas por los usuarios registrados), remitían a un contenido que no pertenecía propiamente al sitio, aunque el servicio que este brindaba, servía

---

<sup>180</sup> Entiéndase “enlazar” como *copiar-pegar* links o enlaces para compartir entre usuarios, esto es, la transcripción de direcciones de la WWW que remiten a diversos contenidos propios o ajenos, dentro de la Red.

<sup>181</sup> Para más información ver: Mizzoni, Alejandro; Cantarín, Daniel y Heidel, Evelin, *Los esbirros del copyright contra la comunidad académica*, EN: “Argentina Copyleft: la crisis del modelo de derecho de autor y las prácticas para democratizar la cultura”, Buenos Aires, Ed. **Fundación Vía Libre – Fundación Heinrich Böll Cono Sur**, 2010, págs. 67 y sgtes.

<sup>182</sup> CNCrim. y Correc., Sala VI, 29/04/2011, “www.....net y otros s/ procesamiento”, Expte. N° 41.181. En cuanto al funcionamiento propio de dicho sitio, el fallo lo define como una “biblioteca de hipervínculos”.

como “medio” de acceso a dichas obras. El fallo, es merecedor de algunas objeciones, en particular del escaso análisis efectuado por el magistrado en torno a las características de la Web 2.0<sup>183</sup> y la masificación del tráfico de datos, lo que genera el uso de un control descentralizado sobre el origen y naturaleza del contenido publicado (por medio de políticas del sitio para subir, denunciar y remover posteos); también la falta de distinción clara entre “linkeo” o “enlazar” en comparación con el acto de “reproducción” de la obra. A su vez, la interpretación relativa a la responsabilidad penal de los procesados como “participes necesarios” de la figura de “reproducción no autorizada” del art.72 inc. (a), parece forzada. Estas observaciones, en el mejor de los casos, quizás puedan ser dilucidadas en la etapa oral, si se considera que en la sentencia de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional se aclaró que “los restantes agravios por la defensa podrán ser disipados en una eventual etapa de debate, a la luz de los principios de oralidad e inmediación”, es decir, se confirmó la elevación a juicio oral sin considerar la totalidad de agravios manifestados por la defensa. Aún más, la CSJN el 20/08/2013 rechazó un recurso interpuesto por Alberto Nakayama (uno de los dueños de T!) contra la sentencia de cámara, y ratificó la procedencia del juicio oral y público contra Taringa, atento la ausencia de una sentencia firme<sup>184</sup>.

Se suma a lo dicho, la especial responsabilidad de las redes sociales, en la que los usuarios disponen de la posibilidad de compartir archivos sin restricciones rígidas, pese a la políticas de eliminación de contenidos que infrinjan el copyright<sup>185</sup> (se recuerda que el lugar de origen de tales páginas son en su mayoría extranjeras, en especial, de EE.UU., por lo que se rigen por las leyes de su país de origen), dado que un control eficaz sobre más de mil millones de miembros como se da en el caso de *Facebook*, resulta imposible. Incluso en esta última red social, que tiene un claro fin

---

<sup>183</sup> A modo informativo, la Web 2.0 se trata de una vertiente dentro de la WWW que se refiere exclusivamente a sitios web cuyas características posibilitan a los usuarios interactuar y colaborar en la creación conjunta de contenidos. Ej.: blogs; servicios de redes sociales; servicios de alojamiento de datos; entre otros.

<sup>184</sup>. Se sostiene que la trascendencia del debate público al que dará lugar el juicio y, dada la naturaleza del contenido sobre el que versa, podrá servir para la conformación futura de un *leading case* en Argentina sobre temas actualizados de Propiedad Intelectual en relación al uso de Internet.

<sup>185</sup> En EE.UU. se aplica, conforme art.512 de la “Digital Millenium Copyright Act” (DMCA), un mecanismo de control extra-judicial, denominado “notice and take down”. Se trata de un procedimiento de notificaciones por el cual se quita de Internet (*take down*), todo contenido denunciado como ilegal luego de recibida la notificación pertinente (*notice*), con el fin de que proceda la eximición de responsabilidad. Para un mejor análisis ver: Tomeo, Fernando., “Las redes sociales y su régimen de responsabilidad civil”, en Revista La Ley, 14/05/2010, T. 2010-C, pág. 1025.

comercial, existen miles de usuarios que forman parte de “grupos” creados exclusivamente con el objeto de subir y compartir obras en formato digital, las cuales en su mayoría continúan bajo la protección del derecho de autor. Aún más, muchos de estos grupos se auto-denominan bibliotecas, y llevan a cabo ciertas funciones típicas de aquellas, en particular, la disposición al “público” de su “colección bibliográfica”.

### **2.3. Sobre el mercado editorial:**

Dentro del contexto en que se desenvuelven las bibliotecas corresponde destacar como apartado individual el ya mentado rol del mercado editorial para el acceso al conocimiento, debido por supuesto al vínculo que une a la obra del autor con el editor por medio del “contrato de edición”<sup>186</sup>. En consecuencia, de acuerdo a un informe desarrollado por el INTI (Instituto Nacional de Tecnología Industrial) en el año 2010, “El 60% de la publicación de trabajos científicos de todo el mundo es monopolizado por 3 editoriales de prestigio”, esto a su vez, impacta a un nivel nacional dado que “...la Secretaría de Articulación Científico y Tecnológica del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva del país, invierte anualmente cerca de 13 millones de dólares en suscripciones a publicaciones científicas”<sup>187</sup>. La dependencia dinero-conocimiento en este punto se hace “patente” (valga la palabra), sumada a la libertad que se posee para la fijación del precio atento la ausencia de competidores que tiendan a nivelarlo. Ello motivó que desde el año 2002 se brindará a favor de los investigadores dentro de las instituciones habilitadas al efecto (en especial, universidades nacionales), artículos y libros científicos, disponibles en la “Biblioteca Electrónica de Ciencia y Tecnología”<sup>188</sup>. Se agrega en colación que “En América Latina (...) la mayoría de las editoriales nacionales, incluso de países como México y Argentina, con una fuerte tradición en este campo, han sido absorbidas por transnacionales con centro en Alemania, España y los Estados Unidos”<sup>189</sup>. Es que de hecho, en el apogeo del neoliberalismo en plena década de los '90, en Argentina las

---

<sup>186</sup> Conf. art.37, ley 11.723: “Habrà contrato de edición cuando el titular del derecho de propiedad sobre una obra intelectual, se obliga a entregarla a un editor y éste a reproducirla, difundirla, y venderla. Este contrato se aplica cualquiera sea la forma o sistema de reproducción o publicación”.

<sup>187</sup> INTI, “Ciencia abierta, un desafío regional”, Revista Saber Cómo., N°88, mayo 2010. Información disponible en la página oficial del INTI: <http://www.inti.gob.ar/sabercomo/sc88/inti7.php> – (consulta: 05/09/13). El artículo por su parte, acompaña como ejemplo guía el modelo brasileño y la propuesta de creación de un repositorio institucional de producción científica considerada como bien público.

<sup>188</sup> Página oficial en: <http://www.biblioteca.mincyt.gob.ar/> – (consulta: 05/09/13).

<sup>189</sup> Navarrete, Lillian A., ob. cit., pág.193.

transnacionales adquirieron con el tiempo el 75% de las editoriales locales, lo que derivó en el fortalecimiento de objetivos de producción editorial con destino a la obtención de alta rentabilidad, y la fijación del precio de libro de manera discrecional ante el amparo del libre comercio<sup>190</sup>. A la fecha son escasas las editoriales independientes en el mercado local, lo cual constituye un factor que también el legislador hará bien en considerar.

### **3. Las obras huérfanas.-**

#### **3.1. Naturaleza y problemática de la obra huérfana:**

El principio general supone la existencia de una obra mediante la expresión “original” de una idea, sin consideraciones acerca de la titularidad de la misma, puesto que impera la protección “automática” una vez perfeccionado el acto “creador”, es decir, al término de su concreción fáctica, sin necesidad de registro alguno. La obra huérfana pues, queda tácitamente comprendida en el resguardo que brinda la ley nacional 11.723, dado que la paternidad de la obra está bajo el amparo legal independientemente del conocimiento que se tenga o no sobre la persona en quien recae el rol creador debido esto, en parte, al supremo respeto que el legislador reserva al derecho moral del autor, en particular, el reconocimiento del vínculo de este último con su creación. A su vez, la naturaleza de ella es claramente distinta a la de una obra “anónima” o “seudónima”. Se entiende por obra “anónima” conforme el glosario de la OMPI, a aquella “obra divulgada sin identificar el nombre o seudónimo de su autor”, por lo que la identidad del autor se desconoce lo que no implica renuncia ni desprendimiento de derechos que éste puede ejercer posteriormente. En Argentina, de acuerdo con el art.8° de la ley 11.723, se equipara tal obra con la obra “colectiva”, puesto que el articulado expone: “La propiedad intelectual de las obras anónimas pertenecientes a instituciones, corporaciones o personas jurídicas, durará cincuenta años contados desde su publicación”<sup>191</sup>. En el caso de “obra seudónima”, y siguiendo el glosario mencionado, se trata de una obra bajo “el nombre ficticio elegido por un autor

---

<sup>190</sup> de Diego, José Luis, *Editores y políticas editoriales en Argentina 1880-2000*, Buenos Aires, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2006, pág.209.

<sup>191</sup> Emery, Miguel, *Propiedad Intelectual: Ley 11.723. Comentada, anotada y concordada con los tratados internacionales*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2005, pág.82.

para identificar su paternidad sin revelar su verdadera identidad”<sup>192</sup>. La semejanza que observan ambos tipos de obra subyace en la presunción de acto voluntario por parte del autor para ocultar, o encubrir bajo seudónimo, el vínculo que lo une a su creación, de manera que el público en general no tiene conocimiento acerca del nombre real de quien creó la obra. Hecha la aclaración, corresponde dar una definición aproximada de qué se entiende por “obra huérfana”, para lo cual se afirma que:

*La obra huérfana es una creación intelectual objeto de protección por el derecho de autor, cuya característica principal radica en el desconocimiento absoluto acerca de quién es y/o dónde se encuentra el autor o, en su defecto, el titular no originario de la misma, lo que implica una limitación táctica para todo potencial usuario de la obra, motivo de la falta de identificación y/o localización de la persona que permita conceder la autorización previa necesaria para su uso lícito.*

Se distingue en consecuencia este último tipo de obra de la anónima en particular por la falta de acto voluntario tendiente a la ocultación de la identidad del autor, ya sea por: a) falta de nombre o seudónimo conocido o; b) motivo de imposibilidad real de localizar al autor para obtener de él la autorización previa requerida por ley luego de efectuar una razonable búsqueda a tal efecto. En el primer caso, el “...autor no es conocido por haberse perdido su nombre en las nieblas del pasado, que se dice ser de autor *non noto*, o abreviadamente NN, como en el caso de las obras folclóricas en general”<sup>193</sup>. Es interesante el ejemplo mencionado, puesto que en lo que se refiere a obras folclóricas como una manifestación cultural local de una nación o grupo étnico, se desprende a su vez, las obras que son creadas por grupos indígenas, los cuales conforme ha verificado la UNESCO “representan unos 350 millones de personas en más de 70 países de todo el mundo y se expresan aproximadamente en 5.000 lenguas y culturas”<sup>194</sup>. Para el segundo caso media una aplicación forzada del calificativo “huérfana”, dado que la identidad del autor puede ser pasible de conocerse y por tanto la obra no carece de un *vínculo parental* identificado, aún cuando la localización del autor resulte infructuosa. Por ello se aclara que la “orfandad” de una obra hace referencia a una imposibilidad de hecho proveniente del potencial usuario de obtener la

---

<sup>192</sup> Al respecto del seudónimo, resulta aplicable la ley nacional 18.248 del “Nombre de las personas”, cuyo art.23 expresa: “Cuando el seudónimo hubiere adquirido notoriedad, goza de la tutela del nombre”.

<sup>193</sup> Jessen, Henry, *Derechos Intelectuales*, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1970, pág.58.

<sup>194</sup> Información disponible en la página oficial de la UNESCO, en: <http://www.unesco.org/new/es/culture/themes/culture-and-development/unesco-and-indigenous-peoples-partnership-for-cultural-diversity/> – (consulta: 05/09/13).

aludida autorización previa, por lo general, respecto de los derechohabientes u otros titulares. Por otra parte, según surge de la definición acompañada, toda obra “huérfana” está comprendida automáticamente dentro de la protección que brinda la ley 11.723, naturalmente motivo de que toda obra tiene resguardo en la ley sin necesidad de registro previo. No obstante, si se sostiene que una de las finalidades de aquella norma de 1933 es la protección del autor como mecanismo de promoción de su obrar creador, lo que genera un incentivo continuo a través del respeto no sólo de su autoría (derecho moral) sino además del rédito económico correspondido (derecho patrimonial) ¿por qué entonces, la ley se aplica automáticamente a la obra literalmente huérfana si no hay ningún beneficiado identificado?, más aún ¿se justifica la privación a la sociedad del contenido de dichas obras producto de la imposibilidad de obtener una licencia consentida para su uso?. Al respecto, la licenciada Busaniche señala que “Aunque suene extraño, esta situación es muy común y la mayoría de nuestro acervo cultural del siglo XX se encuentra en esta circunstancia”, para lo cual “La iniciativa de Google de digitalizar libros masivamente permitió difundir la problemática: entre el 75 y 80% de los libros disponibles en bibliotecas entran dentro de la categoría de obras huérfanas”, lo cual implica como efecto negativo que “ante la duda sobre los potenciales juicios y el costo de los mismos, muchas empresas prefieren abortar cualquier iniciativa de digitalizar o reeditar estas obras”, no obstante a modo informativo “sólo Google se anima a esto, sencillamente porque es una de las pocas multinacionales que tiene dinero suficiente para soportar una andanada de juicios por violación de *copyright*”<sup>195</sup>, sin perjuicio de las peculiaridades que todo caso puede presentar en torno a la veracidad de las pruebas que se presenten para acreditar la autoría de una obra huérfana.

En estudios referidos a la materia, el Jefe de Propiedad Intelectual de la British Library (Londres), Ben White, expone una serie de ejemplos de los que sustrae como advertencia la necesaria elaboración de una fórmula legal que resuelva esta disyuntiva entre privar a la sociedad del acceso a las obras consideradas huérfanas o bien editarlas bajo el peligro de ser objeto de acciones legales el editor, o incluso la propia biblioteca. Cita como casos particulares el informe “que el gobierno de Francia ha remitido al Senado de su país en apoyo de la adopción de una legislación nueva que permita la digitalización masiva”, puesto que “se estima que el 57% de las obras publicadas en Francia desde 1900 son huérfanas, es decir, que no se puede identificar o localizar a sus creadores o titulares de derechos, o son obras que no están disponibles en los circuitos

---

<sup>195</sup> Busaniche, Beatriz, *La privatización del dominio público*, EN: “Argentina Copyleft: la crisis del modelo de...” ob. cit., págs. 61-62.

comerciales, con lo que la única forma de acceder a ellas es desde las bibliotecas”, aún más, “un estudio reciente financiado por la Unión Europea y titulado ‘Seeking New Landscapes’ reveló que el 42% de una serie de monografías escogidas al azar y publicadas entre 1870 y 2010 eran obras huérfanas”<sup>196</sup>. Y la lista puede continuar, conforme se investigue en profundidad en otros países esta problemática, para lo cual constituye un basal idóneo los diferentes matices que se esbozan en el reporte del Instituto de Información Legal de la Universidad de Amsterdam titulado “The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy”, el cual en su capítulo V, despliega un análisis pormenorizado de los problemas que presentan actualmente las obras huérfanas (*orphan works*), de los que se destacan<sup>197</sup>:

- a) Factores externos de conflicto que se vinculan a la expansión de nuevos medios y tecnologías digitales que hacen económicamente eficaz su reproducción a gran escala. Es importante notar que “la difusión digital generalizada de obras preexistentes y otros objetos protegidos también inspira la creación de nuevas obras que se basan en gran parte o totalmente en obras pre-existentes”, al mismo tiempo, “...se ha reconocido que la digitalización del patrimonio cultural nacional puede muy bien contribuir a la promoción de la diversidad cultural y el uso de contenidos multilingües en el entorno en línea”.
- b) Factores internos de conflicto producto de la normativa vigente en materia de derecho de autor y derechos conexos según cada Estado, los cuales se subclasifican en: (1) ampliación del ámbito tradicional de los derechos de autor y derechos conexos (nuevas protecciones + nuevos titulares de derecho); (2) el “efecto bola de nieve” inherente a la creación de obras derivadas (con cada nueva adaptación se aumenta el número de titulares como el caso de las “obras de propiedad múltiple”); (3) la facultad de transferir los derechos de autor y derechos conexos (la divisibilidad de los derechos con su cesión a sujetos distintos potencia la dificultad por identificar, según el uso que se quiera hacer de la obra, a quién se debe pedir la autorización previa); (4) la naturaleza territorial de los derechos de autor y los derechos conexos (el desafío por armoniza normativa dispar motivo de

---

<sup>196</sup> White, Ben, “La función que desempeñan las bibliotecas para garantizar el acceso a los conocimientos”, Revista de la OMPI, N° 4, agosto 2012, págs. 17-18.

<sup>197</sup> Hugenholtz, Bernt y otros, *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy*, Países Bajos, Universidad de Amsterdam, noviembre 2006, págs.159 y sgtes. El estudio fue encomendado por la Comisión Europea de Mercado Interno – Dirección General. Disponible texto en versión inglés: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/studies/etd2005imd195recast\\_report\\_2006.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/etd2005imd195recast_report_2006.pdf) – (consulta: 05/09/13).

titulares de derecho de diversas nacionalidades o bien cuando la obra original y/o derivadas provienen de diferentes territorios cuya ley difiere<sup>198</sup>).

### **3.2. Breve derecho comparado:**

Las contrariedades que produce la existencia de una obra de autor/titulares desconocido/s para con la persona que tiene interés en acceder y/o hacer uso de aquella con diversos fines, ha llevado a que varios Estados determinen políticas regulatorias más flexibles en la materia, atento aquél aspecto que bien puede configurar una característica típica de inseguridad jurídica producto de los riesgos en que aparezca el titular e interponga una demanda por infracción al régimen de derecho de autor. Así, se ha resuelto y/o propuesto por ejemplo en:

#### **3.2.1. Canadá:**

Ya en el año 1985, mediante el dictado de su Copyright Act, Canadá previó las dificultades típicas que puede generar la preexistencia de obras huérfanas así como la importancia de su uso que, para el caso, su ley las denomina directamente bajo el título “Owners who cannot be located”, es decir, “propietarios que no puede ser localizados”. De esta manera, su art.77 inc.1 faculta a la Junta de Derechos de Autor (Copyright Board<sup>199</sup>) ha, caso de que medie un solicitante interesado, expedir una licencia de uso de obras aún protegidas por el derecho de autor que se traten sobre: a) una obra publicada; b) la fijación de la actuación de un artista; c) una grabación de sonido publicada; d) una fijación de una señal de comunicación. La condición excluyente para la procedencia de la licencia será, a criterio de la Junta, que el solicitante hubiera en efecto realizado esfuerzos “razonables” para localizar al propietario de derecho de autor y tal búsqueda arrojar por resultado la imposibilidad de hallarlo. Asimismo, determina en cuanto a los alcances y características de la licencia concedida que, aquella no es exclusiva y está sujeta a los términos y condiciones que se fijen al momento de su concesión (inc.2). En adición, y a los fines de no vulnerar el derecho patrimonial del autor o titulares no

---

<sup>198</sup> Caso de litigio, habrá que considerar lo que en materia de Derecho Internacional Privado se denomina “punto de conexión”, es decir, el medio técnico del que se vale la norma para indicar el ordenamiento jurídico y/o jurisdicción del cual se va a desprender la solución para el caso concreto.

<sup>199</sup> La creación, funciones y naturaleza de la Junta de Derechos de Autor está regulada en el art.66 de la ley de derechos de autor de Canadá. En el ámbito regional, uno de los países que presenta también la conformación de un órgano administrativo de contralor es por ejemplo la República Oriental del Uruguay, a través de su “Consejo de los Derecho de Autor”, de acuerdo con arts.56 y sgtes. de su ley 9.739 de la “propiedad literaria y artística”.

originarios, se concede un plazo de “gracia” de 5 años luego de que expire la licencia concedida por la Junta, para que aquellos interesados ejerzan su derecho al cobro de regalías fijadas en la licencia o, ante falta de pago por parte del beneficiado, iniciar acciones legales para recuperar el dinero debido ante tribunal de jurisdicción competente (inc.3).

### **3.2.2. Estados Unidos:**

En el año 2005 medió una reforma sustancial a través de la “Family Entertainment and Copyright Act of 2005”<sup>200</sup>, en la cual en su título IV denominado “Preservation of Orphan Works”, se modificó el art.108 (i), del título 17 de la Copyright Act de los EE.UU., por el que de forma no expresa se incluyó con fines de preservación a las obras huérfanas dentro de las excepciones ya imperantes a favor de bibliotecas y archivos, al agregar el inc. (h) del art.108 al inc. (i) para que sea procedente la reproducción o distribución en caso de obras musicales, pictóricas, gráficas o esculturales, o bien una película u otra obra audiovisual aunque, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, como ser que medie un fin de preservación de la obra; se trate de obras cuyo plazo de protección le quedan 20 años para finalizar y; en tanto la obra no sea objeto de explotación normal comercial o bien, se pueda obtener una copia en un tiempo y precio razonable.

Con posterioridad, en el año 2008, y contando con el apoyo de la Oficina de Derecho de Autor (Copyright Office) como asesora, se ha propuesto una ley que fue aprobada hasta ahora por la Cámara de Senadores, que intenta resolver esta problemática a un nivel más individual. Se ha sostenido que “Para los usuarios de buena fe, las obras huérfanas son una frustración, un riesgo de responsabilidad civil, y una causa importante de parálisis en el mercado digital (...) la Oficina de Derecho de Autor está interesada en qué ha cambiado en los entornos y negocios legales durante los últimos años que pueden ser relevantes para la resolución del problema y qué otras soluciones legales, reglamentarias o voluntarias merecen deliberación en este momento”<sup>201</sup>. Para lo cual bajo el nombre *Orphan Works Act of 2008*<sup>202</sup>, el proyecto de

---

<sup>200</sup> Texto original disponible en la página oficial de la Government Printing Office (Oficina de Imprenta del Gobierno), de los EE.UU.: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-109publ9/pdf/PLAW-109publ9.pdf> – (Consulta 05/09/13).

<sup>201</sup> Conforme se desprende de un comunicado de la Copyright Office, disponible en la página oficial: <http://www.copyright.gov/orphan/> – (consulta 05/09/13).

reforma plantea algunas soluciones mediante un marco legal que regula los pasos a seguir para limitar la responsabilidad por daño ante ausencia de autorización previa, a través de la adición al Capítulo V, Título 17 de la Copyright Act de los Estados Unidos, del art.514 titulado “Limitation on remedies in cases involving orphan works”, en el cual el infractor tendrá derecho a pagar una indemnización “razonable” si en general: a) realizó y documentó una búsqueda diligente de buena fe para localizar al propietario de los derechos antes de usar la obra, pero no logró ubicarlo; b) da aviso de uso al Registro de Derechos de Autor caso de proceder a la utilización. Estos requisitos no serán necesarios si la infracción emana de una institución educativa, biblioteca, archivo u organismo público de radiodifusión, el cual deberá demostrar que: 1- la infracción no tuvo por objeto ningún beneficio comercial; 2- la infracción fue esencialmente por cuestiones educativas, religiosas o de caridad; 3- inmediatamente luego de recibir la notificación de infracción y de realizar una búsqueda de buena fe motivada por dicha noticia, cesó el uso.

### **3.2.3. Unión Europea:**

Será objeto de análisis en este caso la Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre “ciertos usos autorizados de las obras huérfanas”. Para una comprensión íntegra sobre aquella, será necesario acompañar brevemente los fundamentos que le dan origen, por lo que se mencionan como antecedentes:

- D) Recomendación de la Comisión 2006/585/CE (24/08/2006), sobre “Digitalización y accesibilidad online del material cultural y la conservación digital”<sup>203</sup>: se pondera el rol de ciertas instituciones (bibliotecas, archivos y museos) para la preservación y acceso a toda la ciudadanía europea a su acervo cultural a través del aprovechamiento de las nuevas tecnologías de la era digital, en particular, los beneficios que arroja Internet y la herramienta de la digitalización como medio idóneo para el cumplimiento de este fin, al tiempo que, encomienda a los Estados miembros innovación legislativa local que tienda a garantizar estas propuestas siempre que se observe una armonía entre derechos internos. En tal sentido entre las

---

<sup>202</sup> Expte. H.R. 5889 – Cámara de Representantes. Texto original disponible en la página oficial de la Government Printing Office de los EE.UU.: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-110hr5889ih/pdf/BILLS-110hr5889ih.pdf> – (consulta 05/09/13).

<sup>203</sup> Ver: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:236:0028:0030:ES:PDF> – (consulta 05/09/13).

consideraciones de la Comisión, se sostiene que “...debe fomentarse la digitalización del material de bibliotecas, archivos y museos...” (párr.3), dado que “La digitalización es un medio importante para ampliar el acceso al material digital; en algunos casos, es el único para asegurar que las generaciones futuras podrán acceder a él” (párr.6), y puesto que se advierte que “...no existen actualmente en los Estados miembros políticas claras y globales sobre la conservación de los contenidos digitales” (párr.12).

- II) Comunicación de la Comisión COM(2010)245 final (19/05/2010), titulada “Una Agenda digital para Europa”<sup>204</sup>: con destino al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones, constituye uno de los siete pilares de la “Estrategia Europa 2020” (planificada como consecuencia de la crisis económica), cuyo objetivo es lograr una explotación óptima y eficiente del potencial que presentan las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), a fin de promover la innovación, crecimiento económico y progreso de las ciencias, todo ello en aras al fortalecimiento de la economía de la UE. La introducción reza como principio base que “La finalidad genérica de la Agenda Digital es obtener los beneficios económicos y sociales sostenibles que pueden derivar de un mercado único digital basado en una internet rápida y ultrarrápida y en unas aplicaciones interoperables”. Entre los objetivos que adopta la Comisión para la concertación de un mercado único digital dinámico, se encuentra (conf. anexo 1), una propuesta de directiva sobre obras huérfanas con el fin de facilitar la digitalización y difusión de obras culturales en Europa, la cuál será vista a continuación.
- III) Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo COM(2011)289 final (24/05/2011), sobre “ciertos usos autorizados de las obras huérfanas”<sup>205</sup>: dentro de la exposición de motivos, comienza aquella con una advertencia, al decir, “Las bibliotecas u otras instituciones que dan acceso a obras en línea al público sin autorización previa corren el riesgo de vulnerar los derechos de autor”. Atento el fracaso de la Recomendación de la Comisión adoptada en el año 2006 producto de que pocos Estados miembros adoptaron legislación sobre obras huérfanas, el objetivo central de esta propuesta es “...crear un marco jurídico que garantice el acceso transfronterizo en línea legal a las obras huérfanas contenidas en bibliotecas

---

<sup>204</sup> Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0245:FIN:es:PDF> – (consulta 05/09/13).

<sup>205</sup> Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0289:FIN:ES:PDF> – (consulta 05/09/13).

o archivos digitales en línea gestionados por diversas instituciones que se especifican en la propuesta, cuando tales obras se utilizan en el ejercicio de la misión de interés público de esas instituciones”. Para arribar a una pronta solución, se apela a la activa intervención del sector privado para que en coordinación con las autoridades públicas competentes e instituciones habilitadas, se lleva a cabo la reforma, a través del fomento por ejemplo de acuerdos contractuales (conf. párr.18).

En consecuencia, el 25 de octubre del año 2012, el Parlamento Europeo y el Consejo emitieron la Directiva 2012/28/UE<sup>206</sup> antes mencionada, cuyo contenido comprende gran parte de su propuesta antecesora<sup>207</sup>. En ella, se observan como puntos sobresalientes:

- Objetivo específico: “establecer un marco jurídico que facilite la digitalización y divulgación de las obras y otras prestaciones, que estén protegidas por derechos de autor o derechos afines a los derechos de autor, y cuyo titular de derechos no haya sido identificado o, si lo ha sido, esté en paradero desconocido” (conf. párr.3). Se excluye el supuesto de obras “fuera del circuito comercial”, dado que serán aplicables las soluciones específicas que adopten los Estados miembros al respecto (párr.4). En consecuencia tiende a “...garantizar la seguridad jurídica en relación con el uso de las obras huérfanas...”, siempre que se observe uniformidad entre derechos internos (conf. párr.25).
- Instituciones beneficiadas (art.1º, inc.1): bibliotecas / centros de enseñanza / museos (de acceso público), archivos, organismos de conservación del patrimonio cinematográfico o sonoro y organismos públicos de radiodifusión.
- Obras comprendidas (art.1º, incs.2/3/4): comprende una amplia gama de creaciones, pero siempre, en reglas generales, que ellas estén dentro de las

---

<sup>206</sup> Ver: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:299:0005:0012:Es:PDF> – (consulta 05/09/13).

<sup>207</sup> A modo ilustrativo, se recuerda que el instrumento jurídico elegido para la aplicación de esta medida, al tratarse de una “directiva”, tiene un alcance general (aplicación tanto a los Estados miembros como a los particulares), aunque requiere de *transposición* para ser obligatoria, es decir, es necesaria la incorporación al derecho interno de los países miembros, de acuerdo con principios que rigen al derecho comunitario derivado europeo. En el caso, el art.9 de la directiva fija como fecha límite el 29/10/2014, vencido el cual si el Estado no cumple o cumple en forma defectuosa, se otorgaría un “efecto directo” a la directiva, lo que otorga la facultad al particular para invocar la directiva pero sólo en forma vertical (particular – Estado).

colecciones de las instituciones mencionadas o bien hayan sido producidas por aquellas.

- Definición de “obra huérfana” (art.2º inc.1): es aquella en la cual “...ninguno de los titulares de los derechos sobre dicha obra o fonograma está identificado o si, de estarlo uno o más de ellos, ninguno está localizado a pesar de haber efectuado una búsqueda diligente de los mismos debidamente registrada...”.
- Requisito esencial para la existencia del beneficio (art.3º): para que la institución esté facultada a hacer uso de la obra huérfana se requiere como paso previo la existencia de una *búsqueda diligente* y de buena fe por cada obra, para identificar y/o localizar a los titulares del derecho de autor por medio de “fuentes adecuadas” y así obtener la autorización correspondiente. Las fuentes de las que se valdrá la institución para justificar la suficiencia de la búsqueda serán determinadas por cada Estado miembro (inc.2).
- Efecto suspensivo (art.4º/5º): acreditados los recaudos para la procedencia de declaración de una obra como “huérfana”, aquella se extiende a todos los Estados miembros. No obstante, los titulares de derechos sobre una obra en principio reputada como huérfana podrán en todo momento retomar todas las potestades que hacen a su derecho en tanto procedan a la acreditación del mismo, y sólo únicamente respecto de los derechos que ostentan.
- Usos autorizados (art.6º): en tanto y en cuanto los Estados miembros prevean normativa tendiente a brindar excepciones y límites al derecho de autor en beneficio de las instituciones reseñadas respecto de las obras huérfanas, los empleos permitidos sobre estas serán: disposición al público de la obra (inc. a); reproducción con fines de digitalización, disposición al público, indexación, catalogación, conservación o restauración (inc. b).

#### **4. Antecedentes en Argentina: sobre excepciones a favor de las bibliotecas.-**

En 1974, y previo al *boom* de la era digital, tuvo lugar en la República Argentina una propuesta de reforma al régimen de derecho de autor vigente en aquel momento a través del “Anteproyecto de Ley de Derecho de Autor”, desarrollado por la Comisión Reformadora que fuera nombrada por resolución del Ministerio de Justicia 82/74, en la cual se observaba bajo el título “Reproducción Fotográfica de Obras Protegidas”, una serie de excepciones a favor de usuarios y bibliotecas que los

exceptuaba del amparo consagrado al autor en sus derechos reprográficos, en particular, el ya mentado requisito genérico de autorización previa y retribución económica por el uso dado a la obra, al tiempo que también, por consiguiente, se los excluía de la conducta tipificada por arts.71 y 72 (inc. a en especial) de la ley nacional 11.723. Los artículos del anteproyecto que se refieren a esta cuestión son:

- Art.108 – “Licencia para obras fotográficas: Es lícita la reproducción fotográfica o por medios análogos a la fotografía de las obras protegidas, para uso privado y fines estrictamente personales”. Determina por ende una excepción a favor de todo individuo, al tornar lícita la reproducción fotográfica o a través de otros medios análogos siempre que se cumpla el requisito de ausencia de lucro y prohibición de difundir la obra más allá de la esfera privada del sujeto que ejerce la excepción.
- Art.109 – “Licencia para bibliotecas: Las bibliotecas que no persigan fines de lucro pueden, sin pago de derecho de autor, proporcionar a los interesados, para uso y fines estrictamente personales, una sola reproducción de un artículo de revista y otra publicación periódica o de fragmento de obras, en la extensión que justifiquen expresados por el peticionante, de lo que se dejará constancia”. En este caso media una distinción importante respecto de las bibliotecas y es que pese a las funciones de interés público que estas desempeñan, no debe mediar fin de lucro en su actividad para que sean sujeto de la excepción. Por otra parte, es interesante notar que la reproducción de la obra que realice la biblioteca para el usuario no tiene por límite porcentaje alguno (como es común que suceda en los convenios que se celebran entre ciertas sociedades de autores con las bibliotecas), por el contrario, el límite de la extensión de la reproducción estará dado por el grado de justificación que brinde el usuario y la necesidad del caso, por lo que en consecuencia, queda esencialmente a discreción del bibliotecario.
- Art.111 – “Microfilmación: Las bibliotecas que no persigan fines de lucro pueden realizar, para conservación de sus colecciones, reproducciones microfilmadas de revistas o publicaciones periódicas que puedan obtenerse del editor. El número de copias hechas no puede ser superior al de los ejemplares de la obra registrada en catálogos”. Se refiere al supuesto de conversión de formato con el fin de conservación de la obra, en este caso, a través de la reproducción microfilmada que era, para el momento en que se elaboró el anteproyecto, la tecnología más apta, siendo actualmente la más idónea para el

caso la conversión en formato digital debido a su bajo costo, rapidez y perdurabilidad.

- Art.112 – “Reproducciones para otras bibliotecas: Las bibliotecas públicas pueden reproducir, para el fondo bibliográfico de otras bibliotecas también públicas, una copia de las obras agotadas, depositada en sus archivos. Estas copias sólo pueden ser reproducidas por la biblioteca que las reciba en caso de ser necesaria su conservación”. Se refiere a un servicio entre bibliotecas únicamente públicas que ayuda a la preservación de material entre ellas, lo que representa conforme una interpretación extensiva del artículo, un doble beneficio: 1. A los usuarios, quienes independientemente del área geográfica nacional en que residan, potencia la posibilidad de tener acceso al mismo abanico de obras que otros usuarios cuya residencia es distinta, por lo que se garantiza una “igualdad de oportunidades” en el acceso al conocimiento siempre que la biblioteca solicitante hubiera adquirido en algún momento las obras objeto del préstamo; 2. Al acervo cultural nacional, pues permite ampliar la conservación ante la posible pérdida que sufra una biblioteca de algún material bibliográfico, al tener la opción de recomponer las obras que se entienden se encuentran “agotadas” (fuera del mercado o descatalogadas), a través de los préstamos interbibliotecarios.

Corresponde hacer una mención, en el plano internacional, a la Ley Tipo de Túnez de 1976 sobre “Derecho de Autor para los Países en Vías de Desarrollo”, confeccionada por la secretaría de la UNESCO y la Oficina Internacional de la OMPI, en la cual se preveía una serie de excepciones en particular en la sección 7 titulada “fair use”, a favor tanto de usuarios en forma individual (uso personal y privado – sección 7, inc. i, apartado a.), cómo también para el caso de bibliotecas públicas, centros de documentación no comercial, instituciones científicas o establecimientos de enseñanza para satisfacer las necesidades de sus actividades en tanto y en cuanto se respete la prueba del “criterio triple” (sección 7, apartado v.). Se agrega, conforme Crews, que “La excepción en beneficio de las bibliotecas en la Ley Tipo es sencilla si se la compara con las disposiciones detalladas de muchos países” por lo que en ejercicio de tal excepción aquellas podrán “reproducir por un procedimiento fotográfico u otro análogo una obra literaria, artística o científica, ya lícitamente accesible al público (...) con la condición de que dicha reproducción y el número de ejemplares se limiten a las necesidades de sus

actividades y siempre que esa reproducción no afecte a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor...”<sup>208</sup>.

Cómo se podrá saber, ni el anteproyecto de 1974 ni los lineamientos de la Ley Tipo de Túnez de 1976 tuvieron asidero positivo en el Congreso de la Nacional, más aún, luego de casi siete décadas de la sanción de la ley 11.723, no había mediado modificación alguna en los “derecho reprográficos” de los autores. Recién en el año 2001, a través de la promulgación de la ley 25.446 del “Fomento del Libro y la Lectura” se volvió sobre el tema. Sin embargo, aquella norma contiene objetivos disímiles a los reseñados, puesto que generó un aumento de la rigurosidad de la sanción penal ante reproducción ilícita al tiempo que consagra a la figura del “editor” como titular de derecho habilitado a ejercer acción penal o civil (legitimación activa – art.23) ante incumplimiento del art.29 de la ley de marras o del art.72 de la ley 11.723. Ante tal panorama legislativo la Dra. Morelli en su artículo citado sobre “Consideraciones sobre el delito de reprografía” desliza una aseveración llamativa al decir que conforme “...la solución consagrada en la referida norma, es dable concluir que ésta introdujo una nueva figura penal destinada a castigar la reproducción facsimilar no autorizada de un libro o parte de él, que en modo alguno admitió excepciones al derecho exclusivo del autor, haciendo en consecuencia caso omiso de las soluciones consagradas en las legislaciones extranjeras” y argumenta, “Resulta difícil pues comprender cuál es la ratio de la ley 25.446, en tanto mal puede admitirse que el legislador hubiera tenido la intención de transformar a científicos, alumnos e investigadores en delincuentes por el sólo hecho de fotocopiar material”, a lo que apresura una respuesta: “Quizás, ello se deba a una actitud apresurada por parte de nuestros legisladores, quienes en el afán de evitar el menoscabo de los derechos de autores y editores, han dado lugar a la sanción de una herramienta legal prematura”<sup>209</sup>.

Motivo entonces de los inconvenientes que refleja el derecho de autor en la Argentina para con los servicios bibliotecarios y atento el fracaso del anteproyecto de 1974 así como ante ausencia de otros proyectos en la materia que tuvieron por resultado su sanción, es que en el año 2010 se presentó en el Congreso de la Nación un proyecto de reforma de las leyes 11.723 y 25.446 titulado “Reforma a las Leyes de Propiedad Intelectual y de Fomento del Libro y la Lectura – Excepciones a Favor de Bibliotecas, Archivos y Museos”, realizado por la Asociación de Bibliotecarios Graduados de la

---

<sup>208</sup> Crews, Kenneth, estudio cit. Pág.27.

<sup>209</sup> Morelli, María P., artículo cit., pág.3550.

República Argentina (ABGRA)<sup>210</sup>, el cual no ha tenido al día de la fecha tratamiento y aprobación en la cámara de inicio (diputados). El mismo propone la modificación del art.36 inc. b (art.1º del proyecto) e integración de un art.36 bis en la ley 11.723 (art.2º del proyecto), así como la reforma del art.29 de la ley 25.446 (art.3º del proyecto), a fin de garantizar la incorporación de excepciones a favor de: 1. Bibliotecas; 2. Centros de Documentación; 3. Archivos / ya sean todos ellos “públicos o pertenecientes a instituciones sin fines de lucro, a instituciones científicas o a establecimientos de enseñanza”. Para ello modifica lo siguiente (resaltado en negrita):

- Art.36: “los autores de obras literarias, dramáticas, dramático-musicales y musicales, gozan del derecho exclusivo de autorizar (...) b) La difusión pública por cualquier medio de la recitación, la representación y la ejecución de sus obras. Sin embargo, será lícita y estará exenta del pago de derechos de autor y de los intérpretes que establece el artículo 56, la representación, la ejecución y la recitación o lectura de las obras literarias o artísticas ya publicadas, en actos públicos organizados por establecimientos de enseñanza, vinculados al cumplimiento de sus fines educativos, planes y programas de estudio; **o por bibliotecas, archivos y museos, dentro de sus programas o actividades de extensión cultural**, siempre que el espectáculo no sea difundido fuera del lugar donde se realice y la concurrencia y la actuación de los intérpretes sea gratuita...”.
- Art.36 bis: “**Se exime del pago de derecho de autor y de requerir la autorización a su titular:**
  - a) **El servicio de préstamo de obras protegidas, que integren las colecciones de bibliotecas, centros de documentación o archivos; sean públicos, o pertenecientes a instituciones sin fines de lucro, científicas o de enseñanza.**
  - b) **La reproducción, por cualquier medio, de obras científicas, literarias o artísticas, siempre que sea realizada por bibliotecas, centros de documentación y archivos, públicos o pertenecientes a instituciones sin fines de lucro, a instituciones científicas o a establecimientos de enseñanza, en tanto la reproducción se limite al ejercicio de sus actividades y servicios, y no afecte la explotación normal de la obra, ni cause un perjuicio injustificado en los intereses legítimos del autor.**

---

<sup>210</sup> N° de expte.: 7819-D-2010; Trámite parlamentario: 161 (25/10/2010) – Cámara de Diputados de la Nación. Disponible en: <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=7819-D-2010> – (consulta: 05/09/13).

**Se entenderá, a los fines de este artículo, que no podrán afectar la explotación normal de la obra, ni causar un perjuicio injustificado en los intereses legítimos del autor, las reproducciones: a) íntegras con fines de conservación o preservación, o para incorporar el ejemplar de una obra no disponible en el mercado; b) íntegras de partituras y artículos de publicaciones periódicas, y parciales de otras obras, en tanto no excedan el 30% de cada una, siempre que se realicen a requerimiento de usuarios con fines de investigación y educación”.**

- Art.29 (ley 25.446): “Quienes reproduzcan en forma facsimilar un libro o partes de él, **sin encontrarse comprendidos en ninguna de las excepciones previstas por la ley 11.723**, y sin autorización de su autor y de su editor, serán sancionados con multa de pesos setecientos cincuenta a diez mil...”.

Nótese que la reforma puesta a consideración del Congreso Nacional ha hecho hincapié a los fines de la procedencia de las excepciones observadas, de los lineamientos desarrollados previamente sobre la prueba del “criterio triple”<sup>211</sup>, para lo cual en este caso se tiende a especificar de la manera más clara posible qué supuestos son, como regla de interpretación, los que no vulneran la “explotación normal” del autor así como su “interés legítimo” de manera injustificada.

Como dato adicional al proyecto *ut-supra*, ha de mencionarse que aquél tenía un contenido distinto en su etapa inicial de confección, dado que observaba el agregado de una excepción que finalmente fue excluida en la presentación que se hizo en el Congreso Nacional. Se trata del proyecto del año 2008 titulado “Reforma a las Leyes de Propiedad Intelectual y de Fomento del Libro y la Lectura – Excepciones a Favor de Bibliotecas y para Uso Personal”, el cual había sido elaborado por la Subcomisión de Propiedad Intelectual, Acceso a la Información y Libertad de Expresión (SPIALE) de la ABGRA y presentado ante la Comisión Directiva de la ABGRA luego de su aprobación por Acta N°757, tras tres años de trabajo ininterrumpido<sup>212</sup>. En efecto, conforme lo pone en evidencia su título, aquél proponía la incorporación a la ley 11.723 de una excepción a favor de todo usuario de obras científicas o literarias (se excluye las artísticas), a fin de eximirlo del pago de derechos del autor así como del requisito de la autorización previa, en tanto y en cuanto el uso que realizare de la obra fuera “exclusivamente individual y sin fin de lucro”. Para ello, se postulaba la incorporación de un artículo

<sup>211</sup> Ver Capítulo II, punto 7-8.

<sup>212</sup> Disponible en: <http://abgra.org.ar/documentos/pdf/Proyecto%20PI.pdf> – (consulta: 05/09/13).

individual a la ley, el “art.36 Ter.”, que determinaba: “Se exime del pago de derecho de autor y de requerir la autorización a su titular a la reproducción por cualquier medio de obras científicas o literarias siempre que dicho acto se realice para uso personal de quien la utilice. Se entenderá por uso personal la utilización exclusivamente individual y sin fines de lucro”. Vale decir que aún en vista de la excepción que omitió añadir el proyecto presentado en el 2010 al Congreso Nacional, aquél agrega expresamente a los museos dentro de las excepciones que regula así como la modificación del art.36, cuestión no observada por el proyecto del 2008. Sin perjuicio de aquello, se desconoce cuál habrán sido las razones que llevó al Comité Directivo del ABGRA a la modificación del proyecto inicial. En cuanto a los fundamentos que se esgrimieron en la propuesta de reforma (aclaración: se reiteran los mismos que los del proyecto del 2008), varios puntos sobre los cuales ABGRA alega la necesidad de modificación de la ley 11.723 son sustancialmente los mismos a los que se puede leer en el presente trabajo, incluso, cierta cantidad de bibliografía compartida. Resulta de interés al caso, y en consonancia a lo ya expuesto, el rol que asigna el proyecto a las bibliotecas, para lo cual dice: “Las bibliotecas son las garantes – por antonomasia – del derecho de acceso a la información por parte de la comunidad a la cual prestan servicio, poniendo el conocimiento a disposición de todos los ciudadanos, sin importar edad, raza, credo, género o posición. Por su parte, los bibliotecarios tienen por misión fundamental e irrenunciable atender las necesidades de información de la comunidad de lectores y usuarios a los que sirven. Al mismo tiempo, el acceso a la información constituye uno de los sustentos de la libertad de expresión, siendo ambas piedras angulares de las sociedades democráticas, indispensables para la formación de la opinión pública. En este contexto debe destacarse que las bibliotecas han contribuido y contribuyen al desarrollo de las sociedades, sirviendo al traspaso del conocimiento de generación en generación y es por ello que puede afirmarse que la democracia y las bibliotecas tienen una relación simbiótica, siendo imposible tener a una sin la otra”.

## **5. Nuevas consideraciones: replanteo del proyecto de ley de ABGRA.-**

Atento lo que surge de los antecedentes reseñados, y dado que, la propuesta que aquí se plasmará no es enteramente original sino que, por el contrario, es complementaria de elaboraciones previas; el contenido de la reforma constituye en este punto, la ampliación del enfoque dado en otros trabajos, a través de una

“reconsideración” del proyecto presentado en el Congreso Nacional. En este sentido, de las loables reformas propuestas por ABGRA en beneficio de las bibliotecas, archivos, centros de documentación y museos, no se ha incluido las vicisitudes que presentan actualmente la existencia de medidas tecnológicas de protección en caso de que, producto de su uso en programas de software o archivos y atento la tácita “prohibición” de evasión de las MTP<sup>213</sup>, se prive a las instituciones favorecidas por la excepción de ejercer su derecho de reproducción para los fines autorizados, lo cual se insiste, son problemas que requieren de solución normativa. Al respecto la IFLA sostiene que “Las medidas tecnológicas de protección del derecho de autor constituyen una cuestión importante para las comunidades de bibliotecarios y de personal docente del mundo porque pueden anular y eliminar con eficacia cualquier excepción al derecho de autor. Ello se debe a que estas medidas tecnológicas no hacen distinción entre los usos que no están autorizados por el titular del derecho de autor, pero que están autorizados por la ley, por un lado, y los usos que no están autorizados por el titular y que también constituyen infracciones”, y acompaña un ejemplo “el mismo mecanismo de control de las copias, que impide que una persona efectúe copias de una obra protegida que infringen el derecho, puede también impedir a un estudiante o a una persona visualmente discapacitada que realice copias legítimas con arreglo al uso leal o el trato leal”<sup>214</sup>.

Del mismo modo, no se ha dispuesto en la propuesta de ABGRA ningún artículo relativo al uso de la World Wide Web como plataforma de intercambio entre bibliotecas o bien la posibilidad de que el material bibliográfico sea de público acceso por vía digital mediante conexión a internet, sin perjuicio del genérico beneficio que se les concede por el uso de los términos “reproducción por cualquier medio”, lo que posibilita estar al amparo de la excepción aún en un futuro incierto donde nuevas invenciones tecnológicas modifiquen los mecanismos o formas de hacer copias. Sin dudas, todo ello denota en cierta medida la ausencia de contenido en la propuesta de reforma que verse sobre tales características y potencialidades que presenta la tecnología moderna como condicionante del rol y funciones de las instituciones amparadas por la excepción que se intenta incorporar. A su vez, tampoco se observa

---

<sup>213</sup> Las MTP son tratadas en el capítulo I, punto 7.

<sup>214</sup> IFLA, *Limitaciones y excepciones al derecho de autor y derechos afines en el entorno digital: Una perspectiva internacional de las bibliotecas*, 2001. Disponible en: [http://portal.unesco.org/culture/es/files/9065/10668353001IFLA\\_esp.pdf/IFLA%20Besp.pdf](http://portal.unesco.org/culture/es/files/9065/10668353001IFLA_esp.pdf/IFLA%20Besp.pdf) – (consulta: 05/09/13).

mención alguna a los conflictos de acceso a obras de naturaleza “huérfana”, es decir, de autor/titular desconocido de quien en principio no se puede obtener el permiso previo.

Por lo expuesto, se acompaña en lo que sigue, la modificación al art.36 bis del proyecto, de acuerdo con lo analizado, de manera tal que aquél sirva como lineamiento base para un futuro debate parlamentario en la materia:

*Art.36 bis: Se exime del pago de derecho de autor y de requerir la autorización a su titular: a las bibliotecas, centros de documentación o archivos; sean públicos, o pertenecientes a instituciones sin fines de lucro, científicas o de enseñanza; en casos de:*

- 1. Servicio de préstamo de obras protegidas, que integran sus colecciones.*
- 2. Servicio de consulta en línea de la bibliografía digital o digitalizada que integran sus colecciones.*
- 3. La reproducción, por cualquier medio, de obras científicas, literarias o artísticas, siempre que sea realizada sólo por tales instituciones, en tanto la reproducción se limite al ejercicio de sus actividades y servicios, y no afecte la explotación normal de la obra, ni cause un perjuicio injustificado en los intereses legítimos del autor.*

*Se entenderá, a los fines de este artículo, que no podrán afectar la explotación normal de la obra, ni causar un perjuicio injustificado en los intereses legítimos del autor, las reproducciones: a) íntegras con fines de conservación o preservación; b) íntegras para incorporar el ejemplar de una obra no disponible en el mercado; c) íntegras de obra reputadas huérfanas para su disposición al público; d) íntegras de partituras y artículos de publicaciones periódicas; e) parciales de otras obras, en tanto no excedan el 30% de cada una, siempre que se realicen a requerimiento de usuarios con fines de investigación y educación”*

El uso que otorga el inc. (2) es claramente la aplicación del inc. (3) pero a través de Internet, y dada la complejidad de este caso, será necesario observar una serie de supuestos de manera tal que no se vulnere el derecho de autor por un lado, y por otro, que la financiación de tal emprendimiento sea factible. Para ello se considera:

- I. Forzosa creación de una página web de la institución a los fines de ejercer la excepción. Si la misma tiene éxito y genera un ciclo continuo de visitas, una manera efectiva de generar medios de financiación será la colocación de publicidad la cual hará rentable a la página y será de ayuda para solventar los

gastos que demanda el cumplimiento de las funciones de las instituciones beneficiadas.

II. Sistema de registro gratuito para todo usuario como requisito previo a la descarga de material bibliográfico. Esto quiere decir que para la mera consulta del material no será necesario ser usuario registrado puesto que incluso se dispondrá una herramienta de bloqueo para que lo se vea en pantalla no pueda ser copiado. Ahora bien, un problema patente que puede presentar este servicio es resolver el desafío de cómo garantizar que la descarga masiva de contenido alojado en la página no constituirá una amenaza a los derechos del autor. Para ello, y en sintonía con el inc. (3) última parte, que se refiere a los límites de la reproducción, se considera que:

- a) La descarga de la obra podrá ser en forma íntegra si se trata de partituras y artículos de publicaciones periódicas;
- b) La descarga para otras obras podrá ser sólo de hasta un 30% y únicamente con fines de investigación y educación. En primer lugar, ¿cómo se respeta el límite del porcentaje máximo? Para ello la página podrá contar con un algoritmo que lo resuelva. Por ej.: si se trata de una novela de 350 páginas cuyo 30% es 105 páginas, y uno está interesado en consultar sólo una parte de ella, se procederá a marcar qué páginas serán objeto de la descarga, como ser de la “16 – 75” a través de una opción creada al efecto. Si se está dentro de los límites permitidos comenzará la descarga, caso contrario, se indicará que media un error y se deberá nuevamente realizar la operación. En segundo lugar, ¿cómo se constata que el usuario hará uso con fines de investigación o educación del material descargado? En este caso, previa descarga, se prestará una declaración jurada mediante una opción facilitada al efecto, y de acuerdo con los datos verídicos insertos en la solicitud del registro del usuario (Ej.: nombre completo, DNI, entre otros).

Por otra parte, en cuanto al límite genérico de copia del 30% para obras de naturaleza distinta a la partitura o publicaciones periódicas, habrá también que considerar el caso de que tal obra no se encuentre disponible en el mercado editorial, lo que supone por un lado la imposibilidad de acceso para el usuario de la obra de su interés mediante la compra del ejemplar y por el otro, la supuesta falta de explotación económica de la obra por los titulares del derecho de autor. La existencia de ambos elementos haría factible extender en consecuencia el porcentaje permitido de copia a un

grado mayor e incluso, según las circunstancias, que sea en forma íntegra tal como surge del art. en el párrafo último, enumerado b). Asimismo, para la procedencia del enumerado c), el cual versa sobre las obras huérfanas, se toma como referencia a los fines de una posible reglamentación para su constatación y existencia, lo desarrollado en el punto 3 del presente capítulo, en particular, los usos autorizados del art.6° de la Directiva 2012/28/UE, de la Unión Europea, al menos como punto de partida que valga de justificativo de aplicación de una “reproducción íntegra” de aquella.

Corresponde agregar, como último aspecto dentro de la excepción desarrollada, la inclusión de un artículo más que se refiera exclusivamente a las medidas tecnológicas de protección, para lo cual, un art.36 ter dentro de la ley 11.723 podría decir:

*Art.36 ter: Se autoriza a las bibliotecas, archivos y centros de documentación; ya sean estos públicos o pertenecientes a instituciones sin fines de lucro, a instituciones científicas o a establecimientos de enseñanza; a eludir una medida tecnológica de protección sólo cuando aquella prive a tales instituciones del ejercicio legítimo de la excepción reconocida por el art.36 bis.*

Uno de los mayores impedimentos frente al ejercicio fáctico de la elusión por estas instituciones está dado quizás, en primer orden, porque carecen de personal calificado con conocimientos técnicos de informática que brinden una solución frente a la falta de acceso a la obra digital o bien de los usos restringidos con los que fue adquirida lícitamente aquella, producto de la existencia de una MTP. En segundo orden, como consecuencia del primero, es si existe la posibilidad de obtener en el mercado la prestación de tal servicio o desarrollo del software necesario y si este mismo puede resultar una actividad comercial lícita, atento a que su objeto de negocios (la elusión de MTP) puede ser reputado como ilegal<sup>215</sup>. Este último aspecto desemboca en una serie de interrogantes que bien podrán ser objeto de otras investigaciones y propuestas, como ser la regulación de la actividad comercial descrita mediante autorizaciones especiales concedidas por la administración pública de acuerdo a la jurisdicción donde radiquen, similar a la solución dada por el legislador respecto de la excepción del art.36 actual, incorporada por ley 26.285, en cuanto a “entidades autorizadas”. Por último, sería apropiado acompañar al mini-glosario del actual art.36 de la ley 11.723 una definición

---

<sup>215</sup> La necesidad de personal calificado también constituye un desafío para el caso de la excepción a incorporar del art.36 bis inc. (2) del servicio bibliotecario “online”, ya que para su creación se requiere de la contratación de individuos capacitados en la materia lo cual supone gastos por parte de la institución, pero, a diferencia de lo que sucede con el caso de las MTP, la actividad de estos es claramente lícita.

de “medida tecnológica de protección”, en cuyo caso sería de referencia útil las que han ido desarrollando diversos especialistas en doctrina tanto nacional como internacional.

## 6. Fair use en EE.UU. e Israel: origen y conflictos.

Para entender los alcances de esta propuesta en particular, se requiere acudir a las fuentes que la nutren, motivo por el cual, es indispensable hacer mención al instituto del *fair use*, cuyo origen emana de la legislación estadounidense y ha sido utilizado también en la legislación de derecho de autor de Israel, siendo ambos países los únicos en el mundo en reconocer por ley tal instituto.

En Estados Unidos, la ley de derecho de autor (Copyright Act), art.107, Capítulo I, título 17 que forma parte del United States Code, determina un supuesto de excepción al derecho exclusivo del autor (consagrado en los arts. 106-106A del mismo cuerpo), en el cual la reproducción en copias, fonogramas o por cualquier otro medio, no constituye una infracción al copyright si tal acto tiene como propósito un fin de: a) crítica; b) comentario; c) información periodística; d) enseñanza (incluyendo múltiples copias para uso en el aula); e) beca estudiantil o; f) investigación. En este punto se aclara que el “uso justo” tiende a enunciar cuáles son los supuestos de los que se vale su procedencia, por ende no es taxativo como sí sucede con el “*fair dealing*” de la doctrina anglosajona general, en particular, en el Reino Unido.

Continúa el art.107 en su 2da parte con una serie de consideraciones que sirven a modo de guía interpretativa para constatar la existencia de un caso pasible de ser subsumido en un “uso justo”, a saber:

- a) Si media o no fin de lucro en el uso y por tanto, el destino de la reproducción es para fines comerciales;
- b) La naturaleza de la obra protegida;
- c) Cantidad e importancia de la parte de la obra que ha sido objeto de la reproducción en relación con la integridad de la misma en un todo;
- d) El efecto de la copia hecha sobre el mercado potencial o el valor de la obra.

Vale agregar que en caso de obra inédita, aquello no impedirá que el uso que se haga sobre la misma pueda ser considerado “justo” por un tribunal de justicia y por ende no mediar infracción atento a que se reputa suficiente, el cumplimiento de los supuestos y requisitos analizados. Además, el artículo no hace mención alguna del tipo de obra amparada por este beneficio, lo cual permite entender, que la reproducción puede tener por objeto todo tipo de obra en tanto se observen las condiciones antes dichas.

Por su parte, Israel a fines del año 2007 reformó su ley de derecho de autor, lo que importó una actualización y condicionamiento de la normativa a los tratados internacionales de la OMPI junto con los lineamientos seguidos por el Acuerdo sobre los ADPIC. Si bien, en referencia al instituto del *fair use*, Israel siguió el mismo esquema reconocido por la ley estadounidense (con excepción de lo regulado sobre la “obra inédita”), incorporó un aspecto de interés en cuanto a su futura reglamentación, para lo cual dispuso en el Capítulo IV sobre “Usos permitidos”, art.19 inc. (c), la potestad que tiene el “ministro” para dictar reglamentos que prescriban las condiciones en las que el uso será considerado como “uso justo”.

En la práctica, el beneficio que otorga el *fair use*, si bien constituye una herramienta legal útil que permite un acceso no restringido a obras de diversa naturaleza, aquél puede presentar algunas dificultades que deriven en una desprotección del sujeto que ha hecho uso de este. En efecto, lo que determina el artículo 107 de la ley estadounidense no es una autorización lisa y llana, completa, sin necesidad de prueba, puesto que, el titular del derecho de autor que se crea perjudicado por el uso que se hizo de su obra puede acudir a la justicia y negar que aquél uso dado constituya un “uso justo”, lo que deriva en un litigio judicial, costoso, lento y en cierto punto, en una “inseguridad jurídica” respecto del acto realizado por el individuo que creía estar legitimado por la ley para la reproducción de la obra objeto de la litis, pues el resultado del proceso es incierto y quedará librado a la interpretación del juez para definir o no la existencia del carácter “justo” del uso dado en compañía de la guía de consideraciones del art.107, 2da parte. Así, el llamado “uso justo” en EE.UU. es en la teoría un instrumento jurídico para no verse vulnerados derechos legítimos en aras al fomento de la investigación y desarrollo académico de las ciencias. Brinda una excepción genérica a favor de académicos, investigadores, estudiantes, bibliotecarios, entre otros; pero sin embargo, el mismo presenta graves deficiencias en el ejercicio práctico dado el sistema judicial sobre el que se intenta hacer valer, que conforme constata el Dr. Lawrence Lessig “el *fair use* en EE.UU., significa solamente que tienes derecho a contratar un abogado para que defienda tu derecho a crear (...) cuesta demasiado, cumple con su misión muy lentamente y lo que acaba dando, a menudo, tiene poco que ver con la justicia en la que se basaba la reclamación”, concluyendo al respecto que “el sistema legal no funciona. O, por decirlo con mayor exactitud, no funciona para nadie excepto para aquellos que tienen el máximo de recursos”<sup>216</sup>. El último argumento de Lessig opera como un llamado de atención para aquellos estados que decidan incorporar a sus

---

<sup>216</sup> Lessig, Lawrence, ob. cit., págs.196 y 299.

legislaciones nacionales la excepción genérica del “uso justo”, puesto que, caso de mediar un proceso judicial por intereses contrapuestos, el potencial daño que le pueda generar la sentencia desfavorable al usuario que hizo uso de aquél por una interpretación del magistrado distinta a la que concibió quien se creía autorizado a la reproducción, no debe pasar por alto. Sería un buen remedio legal ante tales supuestos, que opere la *favor probationis*, también llamada “carga de la prueba dinámica”, en la cual quien se encuentre en mejores condiciones de probar o acreditar el uso “justo” sea sobre quien recaiga la obligación independientemente de su posición en la contienda, de modo tal que dicha carga no recaiga en todos los casos para el usuario que hizo uso de la excepción genérica. La razón de ser para tal fundamento, radica en el hecho de que por lo general quien ejerce la explotación de la obra del autor no es este último, sino que se trata del titular del derecho a quien se le cedió estas atribuciones propias del aspecto patrimonial del derecho de autor, y por ende, es este último quien en la mayoría de los casos seguro ejercerá la acción judicial para reclamar los daños que le ocasionó la reproducción objeto del pleito, a lo que debe considerarse que tal titular por lo general se trata de una persona jurídica con capacidad económica mayor a la del demandado (en principio, de haber tenido dinero este último no hubiera hecho uso de la excepción), y por ende, con más posibilidades de efectuar erogaciones para la producción de pruebas que determinen la existencia o no del “justo” uso. Por ello, según siempre las circunstancias del caso (pues no siempre el demandado es el que se encuentra en peor situación para probar), esta solución podría acotar los efectos negativos de un proceso que incidiera negativamente en el ejercicio legítimo del “fair use”.

## **7. Uso personal: precedentes en el orden local.-**

Desentramado en qué consiste el “uso justo” o “razonable”, será momento de plantear su posible aplicación en el ordenamiento positivo nacional, y para ello, habrá de retomarse algunos puntos del contenido original del proyecto de ABGRA del año 2008, en el cual expresamente se reconocía la excepción de “uso personal”<sup>217</sup>. Aquella, a través de su incorporación por art.36 ter., era de tipo restringida y limitada en su redacción, pues observaba una disposición genérica beneficiosa para el usuario que lo eximía de la autorización previa del autor así como el pago del derecho económico

---

<sup>217</sup> Sin hacer mención al proyecto de reforma de 1974 ya visto, el cual en su art.108, preveía una excepción por uso “estrictamente” personal, para el caso de reproducción de obras fotográficas.

correspondiente sólo caso de cumplirse ciertos requisitos. Entre las características que dicho proyecto observaba, se incluían:

- a) Uso privado de obras literarias o científicas, con exclusión de las artísticas, para un fin no lucrativo;
- b) Falta de especificación acerca de si el destino del uso es para el desarrollo de una actividad de investigación, académico o enseñanza;
- c) Ausencia de disposición referida a la aplicación del uso “personal” en el entorno digital, en particular, el tan mentado uso de la red Internet.

Como se hubiera adelantado, esta parte del anteproyecto no fue aprobado por la Comisión Directiva de ABGRA, aún más, el proyecto sí aprobado, tampoco logró un tratamiento en el Congreso por la Comisión de Cultura, lo que devino en la pérdida de estado parlamentario.

El 11 de mayo del año 2012, el diputado nacional Pino Solanas junto con el apoyo de diversos sectores afines al espacio y difusión cultural, y entre ellos, la licenciada en Comunicación Social Beatriz Busaniche junto con la especialista en derecho de autor Dra. Valentina Delich, presentó en la Cámara de Diputados de la Nación un proyecto de ley que reforma el actual régimen del derecho de autor, el cual tiene por objeto principal garantizar el libre acceso a la cultura a través de Internet<sup>218</sup>. El proyecto consta únicamente de tres artículos, y su redacción (hecha por el diputado porteño Julio Raffo), observa algunas peculiaridades legales. La vértebra de la propuesta se esboza en el art.1º, el cual determina:

“El acceso a las obras autorales comprendidas por la ley 11.723, o su uso, mediante la red Internet, realizado en forma individual o en la intimidad del hogar, en el ámbito escolar, universitario, o bibliotecas de acceso público y gratuito, con la finalidad exclusiva de instruirse, educarse, informarse, entretenerse, o emocionarse, y con exclusión de cualquier modalidad de utilización comercial o uso público de las mismas, constituye el ejercicio del derecho de acceder a la cultura y, en ningún caso, podrá configurar un acto ilícito aún cuando el usuario realizare una única copia en un archivo digital en su ordenador personal y la misma no fuere utilizada con fines comerciales o

---

<sup>218</sup> N° de expte.: 2995-D-2012; Trámite parlamentario: 046 (11/05/2012) – Cámara de Diputados de la Nación. Disponible en: <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=2995-D-2012> – (consulta: 05/09/13).

de lucro. Tampoco será punible este acceso cuando el mismo se ofrezca gratuitamente al usuario”.

Las características que se desprenden del artículo son las siguientes:

- Alcance del uso: privado, personal.
- Ámbito de uso: conexión a Internet desde hogar / escuela / universidad / biblioteca (de acceso público y gratuito).
- Fin de uso: instruirse / educarse / informarse / entretenerse / emocionarse.
- Naturaleza del fin de uso: no comercial (ausencia de fin de lucro) / no público.
- Uso comprendido: acceso a obras autorales de ley 11.723 / vía Internet a todo contenido en tanto se ofrezca gratuitamente.
- Tipos de obras: indistinto, no especificado.
- Derecho de copia: sólo copia única de archivo digital en ordenador personal.

Como bien se puede observar, son varios los interrogantes que arroja la disposición en torno a su efectiva aplicación, lo que puede motivar una necesaria reglamentación, sin perjuicio de considerar a la norma como “operativa”, caso de su posible sanción sin modificaciones. En efecto, en cuanto a las características observadas, el punto c- (fin de uso), es tan amplio que puede interpretarse que la lista es meramente enunciativa, puesto que incluir una categoría tan compleja y subjetiva a los fines de su interpretación como ser “entretenerse” o “emocionarse”, no tienen sino por objeto el aporte de ejemplos en abstracto, independientemente de la postura que se concilie en un futuro debate parlamentario. A su vez, se arguye la operatividad de la excepción caso de ser realizado el uso en forma “individual” o “en la intimidad del hogar, en el ámbito escolar...” y otros ámbitos, lo que denota la convergencia de un doble supuesto aplicativo dada la forma en que está redactado, es decir, implica extender el beneficio a todo individuo en tanto haga uso de la obra en forma privada o bien, extenderlo a un nivel “colectivo” en tanto el grupo de individuos se encuentre en un ámbito que justifique su aplicación, lo que lleva a sostener que el ámbito si bien se encuentra tipificado, no constituye un requisito excluyente de aplicabilidad en tanto este se subsume en otro requisito más esencial: la existencia de uso personal (individual). Resulta novedoso no obstante, la extensión de la excepción al campo digital, en particular, mediante el uso de las obras autorales comprendidas en la ley 11.723 vía Internet, último aspecto cuya incidencia se ha considerado previamente, atento la falta de regulación que observa actualmente la Red de redes en referencia a la posibilidad

fáctica de control de contenidos<sup>219</sup>. Nótese por otra parte, que no sólo la excepción autoriza el acceso irrestricto a contenido dispuesto gratuitamente en la Red (se incluiría todo material “pirata”), sino además la posibilidad de efectuar única copia de aquél en computadora personal (PC) u otro hardware apto para tal efecto, bajo el límite de no usarlo comercial o públicamente (se entiende por “público”: compartirlo masivamente al subirlo a un medio apto para ello, con lo cual la WWW ¿no es acaso una difusión pública? Lo mismo podría decirse de los medios P2P –peer-to-peer–). Quizás esto último puede suponer la mayor crítica de la que será objeto el proyecto ante debate parlamentario, pues implica la concesión inmediata de libertades legales al usuario para la absorción de cualquier contenido independientemente de su naturaleza (tipo de obra) y origen (legítimamente adquirida o por adquisición ilícita), que llevaría a la inminente resistencia por parte de las industrias culturales y el claro *lobby* que podrían ejercer aquellas.

Finalmente el art.2º determina: “Queda derogada toda norma que se oponga al libre ejercicio del derecho contemplado en el Artículo primero”. Esta manera de legislar no es compartida y quizás resulta un tanto objetable, atento la vaguedad en la redacción motivo de la ausencia de disposición que en forma inequívoca impartiera una armonía legal en la normativa vigente, es decir, puntualizar que normas son las en definitiva se verán afectadas ante la posible promulgación de la ley y en segundo orden, en qué medida será necesario modificarlas. Así sucede con el proyecto plasmada en el punto anterior, donde se aclara artículo y norma que es necesario actualizar para no caer en este supuesto, y lo mismo, debiera pasar con el presente.

Con todo, y pese a estas observaciones, los fundamentos que acompaña la propuesta se sintetizan en las siguientes líneas: “En los vertiginosos tiempos en los que coexisten la sociedad global, la irrupción del espacio cibernético y el incesante y sofisticado desarrollo de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC), con las incontables masas de personas excluidas del consumo y de niveles dignos de sobrevivencia y de acceso a los bienes culturales, resulta imprescindible armonizar y delimitar el alcance del derecho constitucional, de individuos a los cuales se le garantiza la propiedad generada por la creación autoral frente a los derechos, también constitucionales, aunque de reconocimiento más reciente y en beneficio de todos, de acceder al uso de los bienes culturales, entre los cuales las obras autorales ocupan un lugar relevante”. De dicha manera, se ratifica la indisoluble necesidad de reforma del

---

<sup>219</sup> Sobre algunas consideraciones de la World Wide Web y su incidencia en el derecho de autor, ver Capítulo II, punto 4.

derecho autoral para su re-adequación a la era digital. Vale agregar no obstante, que entre los fundamentos que se esbozan en el proyecto se acompaña un argumento “novedoso” en torno a qué se entiende por “reproducción” de una obra al decir: “Se copia un producto cuando se fabrica otro producto que lo reproduce, pero los registros digitales contenidos en un disco o en un 'pen drive' no reproducen el libro ni el disco, generan la posibilidad de acceder al texto o a los sonidos a partir de la información registrada magnéticamente. Ese registro no fabrica el soporte material de otro libro ni de otro disco, sólo permite que una reproducción de la obra aparezca en la pantalla o sea oída por la acción de parlantes de un equipo de sonido, por ello el registro digital no constituye, estrictamente, una reproducción de la obra, sino un registro electromagnético con información digital que permite acceder a la obra en la intimidad del hogar o en la escuela”. Sin perjuicio de sostener la necesidad de la reforma, no se puede sostener semejante argumento, pues por poner un ejemplo ¿qué sucede con aquellos productos que originalmente son digitales y se disponen en el mercado para su comercialización?, si el propio producto que está a la venta es digital, la copia digital implica necesariamente una reproducción de aquél (algo que sucede con los E-Book), aún más, la ley nacional 11.723 extiende la protección a la “reproducción por cualquier medio”, lo que supone que esta abarca no al medio en sí de reproducción (que es secundario), sino al mismo acto de reproducción, por ello no es del todo correcta la afirmación antes analizada.

Resulta algo inevitable que, al mismo tiempo que un proyecto de estas características es presentado en el Congreso Nacional, también otros referidos a la materia son puestos a consideración del legislador y tienen por objeto una finalidad netamente opuesta al descripto. Así sucede con la propuesta de reforma presentada el 25 de junio del año 2012 por los senadores Salvador Cabral y Sandra Giménez<sup>220</sup>, el cual tiende al endurecimiento del régimen penal del derecho de autor. Así, el art.1º del proyecto expresa: “Agréguese al artículo 319 de la ley 23.984 (Código Procesal Penal de la Nación) como último párrafo el siguiente texto: 'También podrá denegarse la exención de prisión o excarcelación al imputado de alguno de los delitos previstos en los artículos 71, 72 y 72 bis de la ley nacional 11.723'...”. Se fundan los legisladores citados para la procedencia de esta medida en que “Si lo que se desea es realmente el fomento de la actividad creadora, es necesario crear la conducta, y para ello es necesario

---

<sup>220</sup> N° de Expte.: S-1940/12; presentado en Mesa de Entrada: 25/06/2012 – enviado a Comisión de Justicia y Asuntos Penales: 02/07/2012 – Cámara de Senadores de la Nación. Disponible en: <http://www.bea.org.ar/wp-content/uploads/2012/08/S-1940-12.pdf> – (consulta: 05/09/13).

que las penalidades previstas no puedan ser sorteadas con un simple desembolso dinerario. Las ideas no tienen un precio fijado más que por el propio acto de creación, acto que se lesiona cada vez que reproduce una idea sin el consentimiento del autor, y/o sin su debido reconocimiento”. Sin perjuicio de la errónea lógica de los fundamentos, en cuanto manifiestan que la protección recae sobre la “idea”, cuando bien la ley 11.723 lo que protege es la “expresión” de esa idea, es interesante constatar que de este argumento se endosa la creencia de que es el propio derecho quien crea la conducta y no la conducta que condiciona el derecho aplicable, algo que de por sí colisiona con la noción de “eficacia” de las normas jurídicas, visto anteriormente<sup>221</sup>. El plagio siempre debe ser penado y no media justificación que lo avale, no es debatible pues aquél ilícito toca de manera profunda el derecho moral del autor en el debido reconocimiento de este hacia su creación. Enfocar en este sentido las herramientas de las que dispone el Estado para evitar y persuadir al sujeto de la comisión de tal delito está justificado en aras a la protección del derecho humano del que goza el autor. Sin embargo, corresponde aclarar que del plagio a la copia no autorizada las diferencias son importantes. No existe ningún tipo de excepción tanto nacional como internacional que torne lícito el acto de “plagiar” una obra, ¿cómo podría fundarse una norma que ampare aquello?, la improcedencia es obvia: el derecho moral es inviolable. No puede decirse lo mismo en cuanto a la “reproducción no autorizada”, allí ya entran en juego más concretamente aspectos patrimoniales del autor (independientemente que en el plagio también lo hagan) junto con el derecho de acceso a la cultura, a partir de lo cual el legislador considera una serie de supuestos que permiten franquear la voluntad del autor sin negarle su autoría a través de las “excepciones” y “limitaciones” a su derecho puesto que, conforme se ha visto<sup>222</sup>, el derecho de autor incide (positiva y negativamente) en el mismísimo plano cultural que es de interés público para toda la sociedad, por ello la justa procedencia de la eximición de responsabilidad ante falta de autorización previa y retribución económica en determinados casos.

## **8. Uso personal + fair use: nueva propuesta.-**

Es la propia necesidad del individuo, nacida del medio en el que se desenvuelve (social-político-económico-cultural), el que lo presiona hacia el acceso a los bienes culturales. Ya no se trata de un mero lujo, de una actividad de ocio o de una

---

<sup>221</sup> Ver capítulo II, punto 5.

<sup>222</sup> Ver capítulo I, punto 9.

clase de entretenimiento o privilegio exclusivo, sino antes bien, de un verdadero derecho humano necesario para el desarrollo de una vida digna. El conocimiento, aún cuando de hecho se mercantiliza, debe ser (quizás en un plano ideal) universal, en el sentido de acceso para todos, sin distinciones de edad, sexo, raza, religión o etnia, y menos aún, de la capacidad económica que se posea. El propio derecho de acceso a la cultura es la vértebra que sostiene a los derechos conexos del derecho a la educación junto con el derecho a la libertad de expresión, y por consiguiente, el desarrollo pleno de una conciencia colectiva real en torno al ejercicio de todo derecho humano. La conformación de un esquema de normas jurídicas dentro del ordenamiento positivo argentino que posibilite este postulado es imperiosa.

En orden al listado de antecedentes y conforme las observaciones efectuadas, se incluye como otra propuesta de reforma la inclusión de una excepción al derecho de autor para *uso personal*. El mismo, tendrá una naturaleza de tipo extensiva a las características del fair use estadounidense y contendrá por límite genérico obras literarias y científicas, y en forma secundaria a las artísticas (interpretación restringida) conforme los límites de la presente tesina, dando relevancia no obstante en este último caso, a las obras nacidas del acervo cultural nacional a fin de fortalecer la difusión local por sobre el extranjero, y en tanto se ajuste, sin menoscabarlos, a los lineamientos consagrados en convenciones internacionales, en particular, sobre el “criterio triple” de la Convención de Berna (art.9º inc.2) y el Acuerdo de la OMC sobre los ADPIC (art.13).

La reforma en este caso será sobre la ley nacional 11.723, con exclusión de la ley nacional 25.446, dado que el artículo de aquella referido a la materia (art.29), ya fue objeto de modificación en la propuesta anterior en la que se tomó como referencia la redacción confeccionada por ABGRA (punto 4), la cual se mantuvo sin alteraciones, por lo que es aplicable aquél al presente. En consecuencia, el texto tentativo a continuación de la excepción del punto 4 (art.36 ter), sería:

Art.36 quáter: “*Se exime a su vez del pago de derecho de autor y de requerir la autorización a su titular en caso de reproducción única, por cualquier medio, de obra literaria, científica o artística realizada en forma íntegra o parcial para uso personal del individuo.*”

*Se entenderá por uso personal a los fines del presente, la reproducción de la obra sin fin de lucro y/o no destinada a un uso público, salvo caso de uso justo.*

*Se entenderá por uso justo aquél uso cuyo propósito sea con fines de crítica, comentario, información periodística, enseñanza (incluyendo copia múltiple para uso en el aula), beca estudiantil o investigación. Para su procedencia se tendrá en cuenta: 1) propósito y carácter del uso; 2) naturaleza de la obra protegida; 3) cantidad e importancia de la parte utilizada de la obra; 4) el efecto que genera el uso de la obra sobre el mercado potencial o el valor de la obra en el mercado.*

Inc. 1: *La copia podrá ser en forma íntegra si:*

- a) la obra no se encuentra disponible en el mercado o;*
- b) se trata de partituras o publicaciones periódicas o;*
- c) se trata de un uso justo.*

Inc.2: *La copia deberá ser en forma parcial, hasta en un 30%, caso de no darse los supuestos de procedencia para la copia íntegra de la obra.*

*Se interpretará por el presente artículo que el cumplimiento de los requisitos descriptos en los casos especiales consignados no constituye una afectación a la explotación normal de la obra, ni causa un perjuicio injustificado en los intereses legítimos del autor”.*

Al igual que otros proyectos, el descripto no está exento de críticas, de hecho, dada la complejidad del caso, la regulación del *fair use* en la legislación argentina amerita un análisis más profundo en el cual se armonicen en este punto en particular, las diferencias entre dos sistemas jurídicos nacidos de fuente distinta. Considerado esto, la excepción que se acompaña sirve, dada su redacción, para la aplicación de aquella en el entorno digital atento la aclaración “reproducción por cualquier medio”, lo que implica también su uso en la WWW, en la que el usuario está legitimado para hacer uso y acopio de un solo ejemplar del contenido disperso por la red, sin especificar el origen del mismo, puesto que la responsabilidad sobre el control y verificación de la fuente del material disponible es una carga que excede a su responsabilidad como mero usuario siempre que el uso se subsuma dentro de la figura del art.36 quater.

Habrà de reiterarse como aspecto último de las nuevas excepciones tratadas, la técnica legislativa utilizada. Si bien es cierto que la “sobre-incorporación” de puntos sobre un mismo artículo resulta eficiente al trámite parlamentario, puesto que directamente se va endosando sobre un mismo contenido ya existente nuevas regulaciones, aquello supone no obstante en este caso, la sobrecarga y centralización de contenidos heterogéneos en un mismo articulado (art.36) o bien la fragmentación de

contenidos homogéneos dispersos en la norma, lo que genera un doble efecto negativo: a) un esfuerzo extra para el juez sobre quien recae el deber de interpretación de la norma para su aplicación al caso concreto, máxime si la redacción es defectuosa o no se acompaña de un correcto glosario de términos que permitan una guía segura; b) una exigencia más para el ciudadano y todo habitante, quien en definitiva debe adecuar su conducta a lo allí prescripto, lo que torna aconsejable, sin descuidar vocabulario técnico necesario, una redacción clara, legible y ordenada. Es por ello que se debe agregar a las propuestas plasmadas, y ante la oportunidad de una futura reforma a la ley 11.723, la consideración de un reordenamiento de los artículos que se refieren a toda excepción o limitación al derecho de autor, para lograr su íntegra regulación bajo un mismo título el cual bien puede llamarse “límites y excepciones al derecho de autor”, pues como se ha visto, la norma actual presenta la desorganización aludida<sup>223</sup>.

---

<sup>223</sup> Ver Capítulo I, punto 5.

## CONCLUSIÓN

La percepción actual que impera en el mundo jurídico respecto de la Propiedad Intelectual, particularmente y en lo que nos corresponde, al Derecho de Autor, supone la existencia de principios nacidos de los Derechos Reales, esto es, un conjunto de derechos reconocidos al “propietario” sobre un bien “inmaterial”, mediante una protección que se traduce en el llamado “monopolio de explotación” de la obra por parte del autor/titulares de los derechos, con una notoria ausencia de cuál es, al fin y al cabo, el objetivo último de dicho instituto jurídico y, aún más, si aquél constituye sólo un medio para garantizar la satisfacción de necesidades sociales que se alzan por encima del mero lucro individual, o un fin en sí mismo. Las diferencias entre ambas propiedades y sus alcances han sido marcadas, y de ellas se sustrae la relevante incidencia del Derecho de Autor sobre el derecho de todos a un acceso igualitario de los bienes culturales. Sobra decir que el derecho de propiedad no es absoluto, y por tanto, halla un límite insoslayable cuando aquél confronta o dificulta en su ejercicio el cumplimiento de un “fin social”, es decir, el *bien común*, aquél “bienestar general” que nuestro Preámbulo llama a promover, y que en forma directa el art.17 de nuestra Carta Magna sepulta bajo el marco de una ley interna su plazo de duración. Nada es para siempre. Pero incluso dentro del término acordado por el legislador para el ejercicio de tal monopolio, sucede que previo a su cumplimiento, las facultades acordadas por la ley a todo individuo para hacer uso de las obras en muchos casos, no es suficiente, incluso inhibe aquél sagrado objetivo que declara perseguir el régimen actual, esto es, la creación intelectual, la elaboración continua de obras que nutran nuestra cultura y conocimiento, nos lleven a un estadio compartido de diversidad enriquecedora y nos impulse a evolucionar en el amplio abanico de posibilidades que tiene nuestra especie, no sólo una nación, sino todos, como verdadero derecho humano. La causal de la existencia del movimiento *Copyleft*, es un claro síntoma de las falencias del sistema. Es por ello que la principal hipótesis acompañada en la introducción de este trabajo se confirma, puesto que son innumerables los estudios que avalan tal conclusión, y por tanto, las sucesivas deducciones que se desprenden de la misma hallan afirmativo sustento, de manera que tiene asidero el conjunto de propuestas planteadas, como ser la creación de excepciones al Derecho de Autor, no existentes actualmente.

Al mismo tiempo, las leyes nacionales 11.723 y 25.446 (las cuales son objeto principal del proyecto de reforma), se deben contextualizar dentro del marco internacional, en particular, con el Acuerdo sobre los ADPIC, cuya tendencia demarca una intención de “etnocentrismo legal”, es decir, la unificación unilateral de criterios por parte de los países desarrollados más influyentes por sobre los menos desarrollados, con el fin de afianzar legislaciones internas acorde con sus intereses, faceta por demás común si se analiza algunos enunciados típicos del GATT (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio) dentro del seno de la OMC. Por ejemplo, para el caso de subsidios a la exportación, la erogación en dinero que realice un Estado en favor de su exportador sólo será viable si el destino de la misma es para el sector agrícola-pesquero, de manera que se benefician las potencias, puesto que estas no sólo cuentan con un aparato industrial complejo sino que además gozan de la posibilidad de hacer más competitivos sus productos alimenticios, perjudicando así a los países basados en un modelo agro-exportador. Aún más, la prohibición del art.11 del GATT (las Partes Contratantes no pueden imponer restricciones cuantitativas al comercio), observa varias excepciones, entre ellas, el propio art.11 inc.2 (c), el cual permite la restricción a la importación sólo si la medida es temporal y global, pero además (dato de interés), sólo si recae sobre productos agrícola-pesqueros. Esto quiere decir que no se puede restringir el acceso de productos industriales o manufactureros al mercado interno, lo cual pesa para los países en vías de desarrollo (sujetos en consecuencia a tal imposición), al tiempo que reporta un beneficio para quienes los exportan. Del mismo modo, la dependencia de países subdesarrollados al régimen de patentes que emana del Derecho de Propiedad Industrial, en lo que hace a la importación de tecnología mediante el pago de licencias de uso o compra de productos, es otro ejemplo de subordinación, que bien puede ser objeto de análisis para otro trabajo.

Como ya se sostuvo, la creación de excepciones y límites a nivel nacional es necesaria, si verdaderamente media una voluntad política por restituir a instituciones como la biblioteca a su verdadero rol protagónico, en la marcha por lograr un real cumplimiento de aquél derecho de acceso a la cultura en su faz pasiva. Pese esto, y dado el análisis puntual esbozado en el capítulo II, la problemática reviste además otros matices contradictorios, como ser el manejo que en Argentina tienen las editoriales para con el autor no conocido o de poca “fama”. Si realmente se intenta protegerlo y se lo inviste como estandarte de sus fundamentos en contra de la conducta masificada en estos tiempos, en particular, lo ilícito manifiesto al vulnerar derechos reprográficos,

¿por qué es tan general el uso de contratos “leoninos”?; ¿Acaso se retribuye la labor del autor de manera justa?

De seguro en última instancia, las propuestas formuladas en el capítulo III sólo servirán como punto inicial de lo que debe ser un cambio de paradigma a nivel global, por lo que una reforma interna sólo responde mínimamente a estas inquietudes. En efecto, ya se ha visto el comportamiento de la comunidad internacional sobre estos aspectos así como bien vale noticiar, las propuestas de reforma que están tendiendo lugar en otros Estados, como ser el caso de Colombia y España (con la ley llamada por los medios “Lasalle”, aprobada a principios de este año), con claras diferencias acerca de la importancia que se le da al individuo receptor de las obras, en particular, la existencia de excepciones y la regulación de Internet, otro tema de poco tratamiento parlamentario en el orden local.

Finalmente, en base a todo lo desarrollado, se suma adicionalmente una serie de propuestas que tienden a enunciar otras alternativas cuya naturaleza bien puede jugar un papel accesorio, o principal, a las ya planteadas:

- 1) Delinear políticas concretas a cargo de la OMPI tendientes a: I) determinar cuál es el sistema *racional* más apto para este siglo XXI, a fin de actualizar y reacondicionar modelos de negocios ya obsoletos y no redituables, producto de la reforma vivida en todos los campos con el arribo de la era digital; II) analizar de manera crítica la concepción de “originalidad” imperante, cuya naturaleza y presupuesto de existencia dista mucho de ser objetivamente individualizado, en particular, motivo de las apreciaciones realizadas a lo largo del trabajo, sobre todo, el carácter *derivado* de toda inspiración creadora; III) redefinir los alcances reales y objetivos del sistema íntegro del Derecho de Autor vigente, con el objeto de limar las asperezas y fricciones que su aplicación genera en el campo de la cultura, tanto en sus agentes pasivos receptores como en los propios creadores, de modo que se evite una mercantilización de aquella por medio de su inclusión en acuerdos comerciales. Entonces sí, habrá de confirmarse el postulado de que el Derecho de Autor cumple con su objetivo, cuando el conocimiento sea un verdadero patrimonio de la humanidad y no una herramienta persecutoria de las industrias culturales, amén de las legítimas acciones que impulse el autor cuando lo que media es un “hurto” de autoría (plagio), o bien la copia no autorizada de la obra por no estar dicho acto amparado por excepciones o límites concretos.

- 2) Profundizar el modelo regional actual (Mercosur), a fin de armonizar y generalizar la existencia de excepciones y límites al Derecho de Autor dentro de las legislaciones internas de sus países miembros, mediante la creación de normativa en la materia que conlleve a profundizar la integración, lo que devendrá en una transformación y adecuación de cambios que traspasen la mera conciliación política/comercial, y fortalezca por consenso las raíces culturales comunes de América Latina.
- 3) Reformar la ley interna argentina 11.723, en particular su art.5°, sobre la extensión de los plazos de protección (70 años luego de la muerte del autor), respecto de las obras literarias, científicas y/o artísticas en general, con el objeto de reducir el tiempo de existencia del “monopolio exclusivo de explotación” a 20 años, renovables cada 10 años, hasta un máximo total de 50 años. Los argumentos: I) Evitar que obras que carecen de interés económico y por ende de explotación alguna por parte del titular de los derechos se encuentren comprendidas dentro de la protección legal en forma automática, lo cual garantiza su acceso, por ejemplo como en el caso de obras literarias, que producto de su falta de publicación o distribución por parte de las editoriales, no se encuentran disponibles en el mercado, del mismo modo que sucede con las llamadas “obras huérfanas”; II) Potenciar los medios existentes de financiamiento público para fomento de la cultura, producto del aumento exponencial de obras cuyo plazo de protección no ha sido renovado e ingresan por ende al dominio público, lo que puede generar una mayor percepción del canon recaudado por el Fondo Nacional de las Artes regulado por Decreto-Ley 1.224/58. Se aclara que el tiempo máximo de resguardo legal propuesto responde al plazo mínimo de protección observado a nivel internacional por medio del Convenio de Berna, art.7°, de la misma manera que el Acuerdo sobre los ADPIC, art.12;
- 4) Reestructurar y expandir el sistema de dominio público pagante con el objeto de ampliar el campo de acción del Fondo Nacional de las Artes, lo que permitirá maximizar los recursos disponibles y los próximos a percibir producto de la propuesta (c), mediante una eficiente intervención a favor de los autores.
- 5) Fomentar e implementar el uso de software libre en las dependencias de la Administración Pública, lo que reportará un doble beneficio: I) Ahorro de

recursos públicos que fueran destinados a la compra de software propietario, así como eliminar la dependencia que se tiene al mismo; II) Reutilización y optimización de computadoras cuyo funcionamiento es deficiente en programas propietarios, debido a los recursos que estos consumen pues, contrario a la creencia común, es comprobada la utilidad y mejora que ha experimentado el mundo del software libre, por lo que basta mencionar la amplia variedad disponible mediante descarga gratuita desde Internet o compra, de sistemas operativos basados en Linux, lo que supone también, una disminución en las erogaciones que realice el Estado para la compra de equipos nuevos. Para ello, también será necesario una capacitación técnica mínima de los empleados administrativos a fin de adecuar sus conocimientos al cambio descrito, al observar su inmensa mayoría una dependencia y costumbre de uso a los productos lanzados por las multinacionales líderes del mercado.

Se alega como presupuesto de consideración que los cambios (*mutatis mutandis*) aquí sugeridos han de ser graduales para su aplicación fáctica, mediante un proceso de concientización de la problemática tratada, puesto que, sin caer en la utopía de una transformación lineal e inmediata, las bases sobre las que se erige el orden positivo contemporáneo observan una historicidad profunda, a través de una tradición jurídica interna que en la materia, tiene un raigambre direccionado hacia el Derecho de Autor en su concepción clásica, es decir, la idea de que toda creación “original” parte exclusivamente del propio autor, sin tomar nota de las incidencias positivas que trae aparejado el efectivo ejercicio de un acceso cultural masificado.

La mayor herencia del ser humano es el conocimiento, postulado que ha de defenderse, promocionarse y asegurar, no para unos pocos, sino para todos. Aquél es sin duda, la mayor de las liberalizaciones y de autodeterminación de los individuos. Siglos de historia nos han dado la virtud de evolucionar, de pasar de un estadio primitivo acerca de cómo percibimos la realidad hacia lo que hoy se conoce como “mundo civilizado”. Dentro del mismo, la concreción de una organización internacional que aglomera a una infinidad de Estados (ONU), y dónde ya no es posible ese auto-aislamiento por parte de las naciones, conlleva a aseverar que cambios de la índole propuesta sólo serán posibles, si se logra aunar un consenso general en la comunidad internacional. Millones de personas alrededor del planeta así lo esperan...

## BIBLIOGRAFÍA

### Libros:

- Balado, Manuel y Regueiro, Antonio García, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario* (compilado), Barcelona, Ed. Bosh, 1998.
- Bidart Campos, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, T° I-B, Buenos Aires, Ed. Ediar, 2001.
- Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil – Derechos Reales*, Tomo II, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1992.
- Busaniche, Beatriz; Heidel, Evelin; Heinz, Federico y otros, *Argentina Copyleft: la crisis del modelo de derecho de autor y las prácticas para democratizar la cultura*, Buenos Aires, Ed. Fundación Vía Libre – Fundación Heinrich Böll Cono Sur, 2010. Disponible en: <http://vialibre.org.ar/arcopy.pdf> – (consulta: 05/09/2013).
- Carrió, Genaro R., *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 3° edición, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1986.
- Castells, Manuel, *La era de la información: economía, sociedad y cultura, Vol.1, La Sociedad Red*, Madrid, 2ª edición, Alianza Editorial, 2000.
- de Diego, José Luis, *Editores y políticas editoriales en Argentina 1880-2000*, Buenos Aires, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2006.
- Emery, Miguel, *Propiedad Intelectual: Ley 11.723. Comentada, anotada y concordada con los tratados internacionales*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2005.
- Goldschmidt, Werner, *Introducción Filosófica al Derecho – La Teoría Trialista del Mundo Jurídico y sus horizontes*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 6º edición, 1981.
- Goldstein, Mabel, *Derecho de autor*, Buenos Aires, Ed. La Rocca, 1995.
- Jessen, Henry, *Derechos Intelectuales*, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1970.
- Kahn, J.S., “*El concepto de cultura: textos fundamentales*”, Barcelona, Ed. Anagrama, 1972.
- Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, Ed. Eudeba, 4ª edición, 2010.
- Lessig, Lawrence, *Por una Cultura Libre. Cómo los grandes grupos de comunicación utilizan la tecnología y la ley para clausurar la cultura y controlar la creatividad*, (traducción Córdoba, Antonio), Madrid, Ed. Traficante de Sueños, 2005. Disponible en:

[http://biblioweb.sindominio.net/pensamiento/por\\_una\\_cultura\\_libre.pdf](http://biblioweb.sindominio.net/pensamiento/por_una_cultura_libre.pdf) – (consulta: 05/09/2013).

- Lipszyc, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, Ed. Zavalía, 1993.
- Marcuse, Herbert, *El hombre unidimensional*, Barcelona, Ed. Planeta Agostini, 1985.
- Navarrete, Lillian A., *Derecho de ¿autor? – el debate de hoy*, La Habana, Ed. Ciencias Sociales, 2006. Disponible en: [http://copysouth.org/imgs/derecho\\_de\\_autor\\_cuba.pdf](http://copysouth.org/imgs/derecho_de_autor_cuba.pdf) – (consulta: 05/09/2013).
- Roubier, Paul, *L'ordre juridique et la théorie des sources du droit*, in : *Le droit privé français au milieu du XXe siècle, Études offertes à G. Ripert*, Montchrestein (Francia), Ed. L.G.D.J., 1950.
- Stallman, Richard M., *Software libre para una sociedad libre*, (traducción principal: Rowan, Jaron; Paratcha, Diego y Trinidad, Laura), Madrid, Ed. Traficante de Sueños, 2004. Disponible en: [http://gleducar.org.ar/images/0/03/Software\\_libre\\_para\\_una\\_sociedad\\_libre.pdf](http://gleducar.org.ar/images/0/03/Software_libre_para_una_sociedad_libre.pdf) – (consulta: 05/09/2013).
- Schwanitz, Dietrich, *La Cultura - Todo lo que hay que saber*, Buenos Aires, Ed. Taurus, 2003.
- Stiglitz, Joseph E., *Cómo hacer que funcione la globalización (Capítulo 4: patentes, beneficios y personas)*, Madrid, Ed. Taurus, 2006.
- Zaffaroni, Eugenio R. y otros, *Manual de Derecho penal, Parte General*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 2ª edición, 2002.

#### **Estudios, informes y estadísticas:**

- Crews, Kenneth, *Estudio sobre las limitaciones y excepciones al derecho de autor en beneficio de bibliotecas y archivos*, OMPI, 2008, Ginebra. Disponible en: [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/sccr\\_17/sccr\\_17\\_2.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/es/sccr_17/sccr_17_2.pdf) – (consulta: 05/09/2013).
- Consumers International, *Lista de vigilancia de la Propiedad Intelectual*, 2010. Disponible en: <http://a2knetwork.org/sites/default/files/IPWatchList-2010-SPAN.pdf> – (consulta: 05/09/2013).
- Consumers International, *Lista de vigilancia de la Propiedad Intelectual*, 2012. Disponible en: <http://www.consumersinternational.org/media/965633/ipwatchlist-2012-sp.pdf> – (consulta: 05/09/2013).

- Ficsor, Mihály, *La gestión colectiva del derecho de autor y los derechos conexos en una triple encrucijada: ¿deberá seguir siendo voluntaria o podría “ampliarse” o establecerse con carácter obligatorio?*, UNESCO-Boletín de Derecho de Autor, octubre, 2003. Disponible en:  
[http://portal.unesco.org/culture/es/files/14935/10764948831Ficsor\\_esp.pdf/Ficsor%20Besp.pdf](http://portal.unesco.org/culture/es/files/14935/10764948831Ficsor_esp.pdf/Ficsor%20Besp.pdf) – (consulta: 05/09/2013).
- Fink, Carsten, *La observancia de los derechos de propiedad intelectual desde una perspectiva económica*, OMPI-Comité asesor sobre Observancia, 5º sesión, Ginebra, 4 de noviembre, 2009. Disponible en:  
[http://www.wipo.int/edocs/mdocs/enforcement/es/wipo\\_ace\\_5/wipo\\_ace\\_5\\_6.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/enforcement/es/wipo_ace_5/wipo_ace_5_6.pdf) – (consulta: 05/09/2013).
- Geiger, Christophe, *El papel del Test de las tres etapas en la adaptación del derecho de autor a la sociedad de la información*, UNESCO-Boletín de derecho de autor, enero-marzo de 2007. Disponible en:  
[http://portal.unesco.org/culture/es/files/34481/11837319491test\\_trois\\_etapes\\_sp.pdf/test\\_trois%20etapes\\_sp.pdf](http://portal.unesco.org/culture/es/files/34481/11837319491test_trois_etapes_sp.pdf/test_trois%20etapes_sp.pdf) – (consulta: 05/09/2013).
- Guibault, Lucie, *Naturaleza y alcance de las limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en relación con las misiones de interés general de la transmisión del conocimiento: sus perspectivas de adaptación al entorno digital*, UNESCO-Boletín de derecho de autor, octubre-diciembre, 2003. Disponible en:  
[http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/CLT/pdf/Copyright-eBulletin-Oct\\_2003\\_es.pdf](http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/CLT/pdf/Copyright-eBulletin-Oct_2003_es.pdf) – (consulta: 05/09/2013).
- Hugenholtz, Bernt y otros, *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy*, Países Bajos, Universidad de Amsterdam, noviembre 2006. Disponible texto en su versión en inglés:  
[http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/studies/etd2005imd195recast\\_report\\_2006.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/etd2005imd195recast_report_2006.pdf) – (consulta: 05/09/2013).
- IFLA, *Limitaciones y excepciones al derecho de autor y derechos afines en el entorno digital: Una perspectiva internacional de las bibliotecas*, 2001. Disponible en:  
[http://portal.unesco.org/culture/es/files/9065/10668353001IFLA\\_esp.pdf/IFLA%20Besp.pdf](http://portal.unesco.org/culture/es/files/9065/10668353001IFLA_esp.pdf/IFLA%20Besp.pdf) – (consulta: 05/09/2013).
- Joint Research Centre of the European Commission, *Digital Music Consumption on the Internet: Evidence from Clickstream Data*, Digital Economy Working Paper

2013/04. Disponible en: <http://ftp.jrc.es/EURdoc/JRC79605.pdf> – (consulta: 05/09/2013).

- López, Fernando Zapata, *Derecho de reproducción, contrato de edición y medidas técnicas de protección del entorno digital*, UNESCO-Boletín de derecho de autor, Vol. XXXVI, N°3, julio-septiembre, 2002. Disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001287/128727s.pdf> – (consulta 05/09/2013).
- OMC, Informe del Grupo Especial WT/DS160/R, “Estados Unidos – Artículo 110(5) de la ley de derecho de autor de los Estados Unidos”, (15/06/2000). Disponible (versión español) en: [www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/160r-00.doc](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/160r-00.doc) – (consulta: 05/09/2013).
- Sistema de Información Cultural de la Argentina (SinCA), informes de Cuenta Satélite de Cultura, disponible en: <http://sinca.cultura.gov.ar/sic/estadisticas/csc/> – (consulta: 05/09/2013).

#### **Artículos de revistas especializadas:**

- Becker, Mariela, *copyright vs. copyleft*, EN: “El Derecho: doctrina”, T° 223, Buenos Aires, Ed. Universitas, 2007, págs. 839-841.
- Cívico, Jesús García, “¿Emanciparse de qué? Truffaut de madrugada. Fundamento, obstáculos y eficacia del derecho de acceso a la cultura”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N°12, 2009, págs. 29-69. Disponible en: <http://www.rtdf.es/numero12/02-12.pdf> – (consulta: 05/09/2013).
- Gil Domínguez, Andrés, “Derecho constitucional de la propiedad intelectual”, *Revista La Ley*, 27/02/2009, T. 2009-B, 836.
- Huerta, María V., “Aspectos penales del derecho de autor”, en *Revista La Ley*, T. 1980-B, 810.
- INTI, “Ciencia abierta, un desafío regional”, *Revista Saber Cómo.*, N°88, mayo 2010. Información disponible en la página oficial del INTI: <http://www.inti.gob.ar/sabercomo/sc88/inti7.php> – (consulta: 05/09/2013).
- Martinotti, Diego F. y Vibes, Federico P., “El 'fin de lucro' en las infracciones al derecho de autor”, *Revista La Ley*, 26/09/2007, T. 2007-E, 583.
- Morelli, María P., “Consideraciones sobre el delito de reprografía (Ley 25.446)”, publicado en *ADLA*, T. LXVI-C, 3550.
- Pelaya, Lucía – Sanllorenti, Ana, “El acceso a la información en el contexto de la ley 11.723: una mirada desde las bibliotecas”, en *ACBJ. Revista de la Asociación*

Civil de Bibliotecarios Jurídicos, N°4, septiembre 2009, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires.

- Pietro de Pedro, Jesús, “Derechos culturales y desarrollo humano”, Revista de Cultura – Pensar Iberoamérica, N°7, sept.-dic. 2004. Disponible en: <http://www.oei.es/pensariberoamerica/ric07a07.htm> – (consulta: 05/09/2013).
- Sánchez Herrero, Andrés, “Sobre la observancia de los derechos intelectuales”, Revista La Ley, 11/01/2008, T. 2008-A, 912.
- Scelzi, José L., “Análisis actualizado de la protección penal de la obra intelectual”, Revista La Ley, T. 1991-E, 170.
- Tomeo, Fernando., “Las redes sociales y su régimen de responsabilidad civil”, en Revista La Ley, 14/05/2010, T. 2010-C, 1025.
- Vibes, Federico P., “Acceso a la cultura y derechos de autor”, Revista La Ley, 18/08/2010, T. 2006-E, 843.
- Vibes, Federico P., “Piratería editorial. Sanciones. Alcance jurídico”, Revista La Ley, 02/03/2006, T. 2006-B, 152.
- Villalba, Carlos A., “Limitaciones del derecho de autor que benefician al autor y al editor”, para la II Jornada de Derecho de Autor en el Mundo Editorial, Buenos Aires, 28-29 de abril de 2004. Disponible en la página oficial del CADRA: [http://www.cadra.org.ar/upload/Villalba\\_Limitaciones.pdf](http://www.cadra.org.ar/upload/Villalba_Limitaciones.pdf) – (consulta: 05/09/2013).
- Waisman, Agustín, “Un cambio de perspectiva sobre las excepciones al derecho de autor”, en Revista La Ley, 03/06/2010, T. 2010-D, 1158.
- White, Ben, “La función que desempeñan las bibliotecas para garantizar el acceso a los conocimientos”, Revista de la OMPI, N° 4, agosto 2012. Disponible en: [http://www.wipo.int/wipo\\_magazine/es/2012/04/article\\_0004.html](http://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2012/04/article_0004.html) – (consulta: 05/09/2013).

#### **Artículos periodísticos:**

- Diario Clarín, “La historia de Brianna”, 25/09/2003. Disponible en: <http://edant.clarin.com/diario/2003/09/25/s-03306.htm> - (consulta: 05/09/2013).
- Diario La Nación, “La UBA pagará derechos por las fotocopias que usen sus alumnos”, 14/05/2009. Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1127847-la-uba-pagara-derechos-por-las-fotocopias-que-usen-sus-alumnos/> – (consulta: 05/09/2013).
- Diario Los Tiempos, “¿Qué es la ley SOPA y cómo afecta a Latinoamérica?”, 19/01/2012. Disponible en:

- [http://www.lostiempos.com/diario/actualidad/vida-y-futuro/20120119/que-es-la-ley-sopa-y-como-afecta-a-latinoamerica\\_157237\\_327978.html](http://www.lostiempos.com/diario/actualidad/vida-y-futuro/20120119/que-es-la-ley-sopa-y-como-afecta-a-latinoamerica_157237_327978.html) – (consulta: 05/09/2013).
- Diario Página 12, “Sin derecho”, 15/01/2013. Disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/cdigital/31-211853-2013-01-15.html> - (consulta: 05/09/2013).
  - INFOBAE, “El 98% de los universitarios estudia con fotocopias”, 23/07/2005. Disponible en: <http://www.infobae.com/notas/198948-El-98-de-los-universitarios-estudia-con-fotocopias.html/> – (consulta: 05/09/2013).

### **Sitios web oficiales de consulta:**

- Government Printing Office (Oficina de Imprenta del Gobierno), de los EE.UU.: <http://www.gpo.gov/>
- United States Copyright Office (Oficina del Derecho de Autor de los EE.UU.): <http://www.copyright.gov>
- EUR-Lex, acceso al derecho de la Unión Europea. Ver: <http://eur-lex.europa.eu/es/index.htm>
- Cámara de Diputados de la Nación, buscador de proyectos de ley: <http://www.hcdn.gov.ar/>
- UNESCO: <http://www.unesco.org/new/es>
- OMPI: <http://www.wipo.int/portal/index.html.es>
- ABGRA: <http://www.abgra.org.ar/>
- IFLA: <http://www.ifla.org/ES>
- CADRA: <http://www.cadra.org.ar/>
- Fundación Vía Libre: <http://www.vialibre.org.ar/>
- Creative Commons Argentina: <http://www.creativecommons.org.ar/>

## ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN .....	2
--------------------	---

### CAPÍTULO I:

#### **“Derecho de Autor – análisis introductorio”**

Antecedentes del derecho de autor.....	7
Derechos de Propiedad Intelectual: diferencias de la propiedad industrial con el derecho de los autores .....	11
Derecho de autor: sobre su naturaleza jurídica .....	12
Características del derecho de autor: diferencias con el <i>copyright</i> .....	16
Límites y excepciones al derecho de los autores: ley nacional 11.723.....	24
La gestión colectiva de derechos: la sociedad de autores .....	30
Medidas tecnológicas de protección: ¿la elusión es lícita?.....	33
Aspectos penales del derecho de autor: regulación de las leyes nacionales 11.723 y 25.446.....	37
La importancia del derecho de autor: su doble incidencia.....	41

### CAPÍTULO II:

#### **“Derecho de Acceso a la Cultura – su interrelación con el Derecho de Autor”**

La Cultura: qué es y cuál es su importancia.....	47
Conceptualización del derecho de acceso a la cultura: una aproximación a sus fuentes actuales .....	49
Derechos concomitantes: educación y libertad de expresión.....	57
La impronta de la regulación de los derechos de autor en el acceso a la cultura.....	60
La ineficacia del derecho de autor: síntomas de una imperiosa flexibilización.....	65
Copyleft: hacia un cambio de paradigma.....	71
El test de las tres etapas o “criterio triple”: la solución de la Convención de Berna .....	77
Sobre la prueba de los <i>tres criterios</i> : nuevas pautas de interpretación .....	80
Consideraciones finales: proyecto de reforma .....	86

### **CAPÍTULO III:**

#### **“Nuevas excepciones al derecho de autor – bibliotecas, archivos y el uso personal”**

Consideraciones preliminares: al respecto de las bibliotecas .....	90
El derecho de autor frente a los servicios bibliotecarios.....	92
Las obras huérfanas.....	100
Antecedentes en Argentina: sobre excepciones a favor de las bibliotecas .....	109
Nuevas consideraciones: replanteo del proyecto de ley de ABGRA.....	115
<i>Fair use</i> en EE.UU. e Israel: origen y conflictos .....	120
Uso personal: precedentes en el orden local .....	122
Uso personal + Fair Use: nueva propuesta.....	127
<b>CONCLUSIÓN</b> .....	131
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	136