



UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Carrera de Abogacía

**“Derecho de autor: Análisis de la legislación actual y propuestas para su
modificación”**

2015

Tutor: Dr. Marcelo Trucco.

Alumno: Fenouil, Federico Gastón.

Título al que se aspira: Abogado.

Fecha de presentación: Diciembre 2015.

AIRE, LUZ, TIEMPO Y ESPACIO .

*Ya sabes, la familia, el trabajo,
siempre ha habido algo en mi camino,
pero ahora he vendido mi casa,
he encontrado ese sitio,
un estudio grande, tienes que ver qué espacio y qué luz.
Por primera vez en mi vida voy a tener un sitio y tiempo para
crear.
No nene, si vas a crear,
crearás aunque trabajes
16 horas diarias en una mina de carbón
o
crearás en un cuarto pequeño con 3 niños,
mientras no cobras más que el paro.
Crearás aunque te falte parte de tu mente y de tu cuerpo.
Crearás ciego,
mutilado,
demente,
crearás con un gato subiéndote por la espalda,
Mientras la ciudad entera se estremece ante un terremoto,
un bombardeo, una inundación, un incendio.
Hijo: aire, luz, tiempo y espacio,
no tienen nada que ver con la creación
y no crean nada más que,
quizás, una vida más larga,
para encontrar nuevas excusas para no hacerlo.
Charles Bukowski.*

Dedicatoria y agradecimientos.

Este trabajo va dedicado a mi familia, a los amigos que me dio la UAI y a mis otros amigos que aguantaron que les diga que no a sus invitaciones por tener que dedicar tiempo a los estudios.

También va dedicado, a pesar de haber elegido en esta tesis, la postura contraria a sus intereses, a mis artistas favoritos: Osvaldo Soriano, Charly Garcia, Andrés Calamaro, Charles Bukowski, Ivan Noble, Woody Allen, Jorge Asis, Miguel Abuelo, Eduardo Galeano, y Wes Anderson.

Resumen.

En el siguiente trabajo se estudiará el derecho de autor en Argentina, abarcando tanto el aspecto legal, analizando nuestra legislación, sus reformas y comparándola con las de los demás países, como el aspecto práctico, sus implicancias en la vida cotidiana y su grado de cumplimiento.

En el primer capítulo, a modo de introducción se expondrán los principales conceptos y el marco legal vigente y su evolución.

En el segundo capítulo, se estudiará el derecho comparado.

En el tercer capítulo se expondrán las críticas a nuestra ley y se desarrollarán dos fallos emblemáticos que ponen de manifiesto las falencias anteriormente expuestas.

En el cuarto capítulo se exhibirán las nuevas tendencias surgidas en las últimas dos décadas.

En el quinto capítulo se efectuarán las consideraciones finales sobre el trabajo realizado y se plantearán las propuestas superadoras para la modificación legal.

Estado del arte.

En cuanto al tema elegido, podemos señalar que si bien la doctrina existente es numerosa, la gran mayoría analiza el tema desde una postura conservadora, limitándose a estudiar la ley vigente, a desarrollar los conceptos básicos, la evolución legislativa, la legislación comparada, pero dedicando escaso espacio a la crítica de nuestra ley y a proponer modificaciones positivas.

Las modificaciones legales sufridas por la ley argentina de derecho de autor, fueron especialmente favorables a los autores y más aún a los grandes editores, en detrimento del interés de la población en general, ampliando el ámbito de protección legal, en cuanto a los alcances y en cuanto al plazo.

En cuanto a los proyectos de ley presentados, en su mayoría, no solo no tienen como objetivo mejorar las deficiencias de nuestra legislación actual, sino que estos defectos son

ignorados o lo que es peor aún, las modificaciones propuestas apuntan a profundizarlos, eliminando excepciones, haciéndola más restrictiva.

La explicación a estas dos tendencias tan contrarias al sentido común debemos buscarla en que por lo general, las reformas legales surgen de grupos poderosos que a partir del lobby y la presión, logran tener sus representantes en el poder legislativo, y no de las necesidades de la población, quienes deberían ser representados en sus interés por los diputados y senadores.

Si bien la jurisprudencia en general no aportaba posturas novedosas, fallando casi siempre a favor de los grandes editores y en contra de la gente común que incurría en alguna conducta penal que no ameritaba la asimilación a delitos mucho más graves, dictando fallos ejemplificadores que buscaban amedrentar a la sociedad sancionando a una persona en particular entre miles que incurrían en la misma conducta reprochable; en los últimos tiempos han surgido algunas sentencias a nuestro entender más justas, adaptadas a la era digital, que buscan sentar precedente favorable a las nuevas tendencias utilizadas por la población en general.

Al no encontrar parte de la información buscada en los autores y formatos tradicionales, nos vimos obligados a hallar por otros medios, doctrinas más acordes a nuestras ideas y expectativas.

A partir de la crisis del 2001 surgieron en nuestro país movimientos que promueven la democratización de la información, y su libre circulación. Los contenidos elaborados por estos, han sido de gran utilidad en el presente trabajo, ya que consecuentemente con las ideas que propugnan, están a disposición del público en general, de manera libre y gratuita.

Marco teórico.

En el presente trabajo se analizarán los derechos de autor en nuestro país, se lo comparará con las legislaciones de otros países, sobre todo los limítrofes, y a partir de ese estudio surgirán críticas y propuestas.

Se estudiarán las diferentes posturas, examinando cuales fueron las predominantes para realizar las modificaciones normativas y los proyectos de ley, y cuáles deberían ser tenidas en cuenta según nuestro criterio en las modificaciones futuras.

Según José Antonio Vega Vega, podemos definir al derecho de autor general, como el conjunto de facultades, tanto de índole ideal como patrimonial, de las que goza el titular de una obra literaria, artística, o científica, dentro de los límites fijados por el Ordenamiento jurídico de cada comunidad, es importante aclarar que las personas jurídicas también pueden ser titulares de los derechos.

Estos derechos abarcan dos aspectos indisolubles: el derecho moral y el derecho patrimonial.

El derecho moral de autor, consiste en el reconocimiento de la paternidad del autor sobre la obra realizada y el respeto a la integridad de la misma. Tiene carácter extrapatrimonial y en principio su duración es ilimitada.

El derecho patrimonial de autor, comprende el derecho la explotación económica, la cual puede ser realizada por el autor por sí mismo o autorizando a otras personas a realizarla. Su duración es limitada en el tiempo.

Una particularidad que presenta la normativa que rige los derechos de autor, es que a diferencia de las demás regulaciones legales, esta no reconoce la existencia del autor antes de la creación de la obra, no existe el autor en expectativa, ni tampoco existe un producto intelectual en expectativa antes de que la creación haya sido exteriorizada.

La temática será abordada desde una postura que priorice los derechos humanos por sobre los derechos patrimoniales, tomando en cuenta el interés de los creadores de las obras pero también el de los potenciales consumidores, es decir, la sociedad entera.

Se intentará armonizar intereses con la finalidad del bien común y se buscará democratizar y aumentar la circulación cultural como prioridad.

Introducción.

La motivación para realizar esta investigación surge del hecho de haber notado la falta de adaptación de la legislación vigente a la realidad actual, a la luz de los avances tecnológicos no contemplados por esta, a su antigüedad y a lo restrictiva que resulta, debido entre otras cosas a la presión de los sectores más poderosos.

Generalmente las leyes culturales tienen poca discusión pública y en el caso de haberla, se convoca solo a las partes interesadas en aumentar las restricciones, particularmente a las gestoras colectivas de derechos de autor, que representan intereses corporativos pero son representadas ante el público por figuras relevantes de la cultura popular nacional, dificultando un debate público y maduro, que comprometa a todos los sectores sociales abarcados por esta.

Por otro lado, el hecho de estar en presencia de una ley que casi todos violan cotidianamente (fotocopias, mp3, películas grabadas), no parece ser una molestia para la sociedad, que prefiere ignorarla antes que intentar modificarla, hasta que aparecen intimaciones, juicios y la necesidad de cambio vuelve a ser percibida por el público en general.

Las leyes son emergentes de las prácticas sociales de su tiempo. Actualmente la práctica social plantea la necesidad urgente de lograr un modelo en el que compartir no sea delito, en el que se reivindique el derecho al acceso y goce de la cultura, como un derecho básico, inalienable y esencial de la sociedad.

Se intentará defender a modo de hipótesis, que es necesaria la reforma de la legislación existente en materia de derechos de autor, para adaptarla a las nuevas realidades.

Objetivos.

En el presente trabajo de investigación se plantean objetivos generales y específicos. A saber:

- A) Como objetivos generales se intentará demostrar la necesidad de actualización de las normas vigentes sobre derechos de autor y de adecuarlas a la realidad social actual.

B) Como objetivos específicos se plantea comparar nuestra legislación sobre derechos de autor con la de otros países y con las prácticas sociales que ponen en evidencia sus falencias, analizar las nuevas tendencias y valorar con espíritu crítico las posibles modificaciones que la mejorarían

CAPITULO I

DEFINICIONES SOBRE DERECHO DE AUTOR Y MARCO LEGAL.

SUMARIO: a) Introducción. b) Definición de derecho de autor. c) Naturaleza jurídica de los derechos intelectuales. d) Régimen legal y antecedentes legales. e) Hacia la sanción de la ley 11723. f) Normas internacionales aplicables. g) Objeto, contenido, titularidad y transmisión del derecho de propiedad intelectual. h) Derecho moral y derecho patrimonial de autor. i) Vigencia del derecho de autor. j) Disposiciones particulares. k) Dominio público oneroso. l) Registro de las obras. m) Delitos e ilícitos que afectan a la propiedad intelectual. n) Modificaciones de la ley 11723

CAPÍTULO I.

DEFINICIONES SOBRE DERECHO DE AUTOR Y MARCO LEGAL.

a) Introducción.

Durante el desarrollo de este capítulo se van a exponer las definiciones más relevantes inherentes a los derechos de autor, para facilitar la comprensión de los capítulos posteriores que serán más específicos en su temática.

b) Definición del derecho de autor:

Es la rama del derecho que regula los derechos subjetivos del autor sobre las creaciones que presentan individualidad resultante de su actividad individual, que habitualmente son enunciadas como obras literarias, musicales, teatrales, artísticas, científicas y audiovisuales.

Se trata de un derecho subjetivo, y dentro de los derechos subjetivos se ubica entre los derechos intelectuales, que se dividen en: derecho de autor y derecho de propiedad industrial.

Los derechos intelectuales protegen derechos inmateriales, creaciones del intelecto humano, y no son susceptibles de ser adquiridos por usucapión.

A nivel mundial existen dos sistemas de protección del derecho de autor:

-El sistema aplicado en el derecho europeo (es el que rige en nuestro país), que protege al derecho patrimonial de autor y también al derecho moral.

- El sistema aplicado en el derecho anglosajón, denominado Copyright, a diferencia del anterior, este solo protege los derechos patrimoniales, no abarca al derecho moral.

c) Naturaleza jurídica de los derechos intelectuales:

Han sido varias las teorías tendientes a explicar la naturaleza jurídica de los derechos intelectuales a lo largo del tiempo. A continuación nombraremos las más relevantes.

La teoría de la personalidad tiene su origen en los postulados filosóficos de Immanuel Kant, fue desarrollada por su seguidor Otto Von Frierke, según esta, la obra es una prolongación de la persona del autor, cuya personalidad no puede ser dissociada del producto de su inteligencia, por lo cual niega la posibilidad de ceder la obra, el autor no puede desprenderse de su personalidad, por ende solo puede ceder el ejercicio de sus derechos.

Otra teoría que se ha desarrollado es la de los bienes jurídicos inmateriales, en ella se reconoce al autor un derecho sui generis absoluto sobre su obra, de naturaleza real, distinto de la relación jurídica de naturaleza personal entre el autor y la obra, que pertenece a los derechos de la personalidad.

También tiene relevancia la teoría dualista, que intentó conciliar las dos tesis anteriormente nombradas, y distingue para proteger la creación, dos derechos diferentes, interdependientes, pero distintos uno del otro: el patrimonial intransferible, y el personal, insubrogable.

La ley 11723 considera que el derecho de autor está asimilado al derecho real de dominio, por el cual su titular goza sobre su obra de todos los derechos del propietario, entre ellos los de publicarla, exponerla en público y enajenarla, por la vía que considere más apropiada (art. 2). Sin embargo, la ley también protege los derechos morales del creador (en sus arts. 2, 39, 47, 51 y 52), en el art. 52 establece que caso de enajenarla, su adquirente puede publicar la obra, pero respetando los derechos de autor a que se conozca su autoría.

El art. 12 de dicha ley expresa que “la propiedad intelectual se regirá por las disposiciones del derecho común, bajo las condiciones y limitaciones de la presente ley”, es decir, otorga a los titulares todos los atributos del derecho de propiedad que no se encuentren limitados legislativamente.

Esta ley se inserta dentro de la pirámide jurídica argentina, con sustento en el vértice constitucional del art. 17, y reglamente específicamente aspectos insinuados pero no legislados expresamente en el Código Civil, cuyo art. 2312 incluye entre los bienes que forman parte el patrimonio, junto con las cosas, a los “objetos inmateriales susceptibles de valor”.

d) Régimen legal.

La ley 11723 constituye el cuerpo de normas más importante y alrededor del cual gira todo el régimen orgánico regulatorio nacional de derechos autorales.

Fue sancionada en el año 1933. En cuando a su contenido, además de lo específico de la propiedad intelectual, incluye normas regulatorias de aspectos afines, tales como los derechos de los intérpretes o el fomento de las artes y las letras.

A lo largo de su historia, la ley 11723 ha sufrido numerosas modificaciones a su texto que serán analizadas a lo largo de este capítulo.

La legislación argentina tiene la particularidad de que en forma complementaria a la vigencia del régimen legal de la propiedad intelectual, nucleadas alrededor de las normas de esta ley, se han aprobado diversas disposiciones que regulan el funcionamiento de determinadas sociedades autorales y de derechos conexos, encargadas de la percepción de regalías correspondientes en todo el país. Entre ellas se destacan:

- a) La ley 17648 del año 1969, sobre la Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música (S.A.D.A.I.C.).
- b) La ley 20115 del año 1973, sobre la Sociedad General de Autores de la Argentina (ARGENTORES).
- c) El decreto 1671 del año 1974, sobre la Asociación Argentina de Intérpretes (A.A.D.I) y la Cámara Argentina de Productores e Industriales de Fonogramas (C.A.P.I.F.).

Antecedentes legales.

Hacia el año 1910, en Argentina ya existían cláusulas constitucionales que amparaban la propiedad intelectual, reconocimiento en el Código Civil, y diversos fallos que ratificaban ese derecho en el fuero civil.

Desde el año 1869 se encontraba vigente el Código Civil, el cual incluía una referencia en su artículo 2335¹.

El Tratado de Montevideo sobre Propiedad Literaria y Artística se había aprobado en el año 1889. En su art. 1 consagraba el compromiso de los países firmantes de reconocer y proteger los derechos de propiedad literaria y artística en conformidad con las estipulaciones del tratado². Este tratado fue ratificado por Argentina en el año 1984, mediante la ley 3192.

Cerca del final del siglo XIX fueron presentados diversos proyectos de ley, entre ellos el de Carlos Baires (1896) y el de Eleodoro Lobos (1897). Ninguno de ellos fue aprobado por el parlamento.

El fallo Quesada sentó un importante precedente hacia la redacción de una ley de derechos de autor en nuestro país, en su sentencia el juez manifestó su preocupación por la inexistencia de una ley específica en la materia, y expresó la necesidad inminente de redactar esta legislación³.

La primera ley de propiedad literaria de nuestro país fue sancionada en el año 1910. No fue producto de convicciones sino de una situación coyuntural.

Durante ese año visitó Argentina el escritor y político George Clemenceau, su obra “El velo de la felicidad” estaba siendo representada en teatro, por lo cual su autor reclamó el pago de derechos autorales.

¹ Art. 2335 del Código Civil argentino: “Las pinturas, esculturas, escritos e impresos, serán siempre reputados como principales cuando el arte tenga mayor valor e importancia que la materia en que se ha ejercido y como accesorio la tabla, lienzos, papel, pergamino o piedra a que se hallara adherido”.

² Art. 1 del Tratado de Montevideo de 1889: “El autor de toda obra literaria y artística y sus sucesores gozará en los Estados signatarios de los derechos que les acuerda la ley del Estado en que tuvo lugar su primera publicación o reproducción”.

³ “La falta pues, de una ley especial coloca a esta cuestión en una posición delicadísima”.

Al no existir en nuestro país ninguna ley que lo amparara, y luego de un escándalo público, fue presentado un proyecto de ley elaborado por los diputados Carlos y Manuel Carlés, el cual fue rápidamente aprobado y se convirtió en la ley 7092. Se trataba de una ley muy permisiva, fijaba el límite de protección del derecho de los titulares en 10 años y no contemplaba sanciones penales para los casos de infracción, tampoco lo hizo la ley 9410 de 1914.

En el mismo año, Argentina fue el país anfitrión de la Convención Internacional Americana sobre propiedad literaria y artística. Allí se estableció un marco general de cobertura de derechos de autor, que los países firmantes se comprometían a cumplir, pero no se fijaban una duración específica de los derechos en el tiempo y aún no se contemplaban sanciones penales en caso de infracción, salvo la posibilidad de secuestrar obras impresas en condiciones ilícitas (art. 14).

Dicha convención incluyó una excepción educativa en su art. 12⁴, y fue ratificada por Argentina en el año 1949, mediante la ley 13585.

Al comenzar el siglo XX fueron presentados diversos proyectos de ley, pero ninguno alcanzó a ser tratado en el Congreso.

e) Hacia la sanción de la Ley 11723.

En el año 1933, se formó a instancias del Poder Ejecutivo una Comisión Parlamentaria Especial integrada por miembros de ambas cámaras para abordar el proyecto.

La comisión fue integrada por los senadores Sánchez Sorondo en la presidencia y Mario Bravo, y por la cámara de diputados Noble, Ramón G Loyarte y Silvio L. Ruggeri.

También participaron diversos sectores interesados en la promulgación de esta ley.

⁴ Convención Internacional Americana sobre propiedad literaria y artística, Art. 12: "La reproducción de fragmento de obras literarias o artísticas en publicaciones destinadas a la enseñanza o para cretomatía, no confiere ningún derecho de propiedad, y puede, por consiguiente, ser hecho libremente en todos los países signatarios".

El proyecto fue tratado y aprobado en principio por la Cámara de Senadores el 18 de septiembre de 1933 y en la de Diputados el 25 de septiembre de ese año. Siendo su tratamiento más veloz que lo normal, ya que existían consensos acordados previamente al tratamiento legislativo.

Finalmente, la Ley 11723 sobre “Régimen legal de la propiedad intelectual” fue promulgada por el Poder Ejecutivo Nacional el 28 de septiembre de 1933 y publicada en el Boletín Oficial el día 30 de ese mes.

f) Normas internacionales aplicables.

Argentina ha aprobado, ratificado o adherido a los siguientes convenios, convenciones o tratados internacionales multilaterales sobre derechos de autor:

1- Tratado sobre Propiedad Internacional Privado (Montevideo, 1988).

2- Convención sobre Propiedad Literaria y Artística (IV Conferencia Internacional Americana, Buenos Aires, 1910).

3- Convención Interamericana sobre el Derecho de Autor en Obras Literarias, Científicas y Artísticas (Washington, 1946).

4-Convención de Universal sobre Derechos de Autor (Ginebra, 1952).

5- Convención de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Berna, 1886).

6- Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción no Autorizada de sus Fonogramas (Ginebra, 1971).

7- O.M.P.I.: Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (Estocolmo, 1967).

8- Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (París, 1971).

9- Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, los Productores, de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión (Roma, 1961).

10- Tratado sobre el Registro Internacional de Obras Audiovisuales (Ginebra, 1989)

11- Ronda Uruguay de Negociaciones Multilaterales (Marrakesh, 1994).

g) Objeto.

El art. 1 de la ley 11723 protege a la obra intelectual, la cual debe tener originalidad y pertenecer al ámbito de las letras, de las artes o de las ciencias.

La obra es la expresión personal de la inteligencia humana que desarrolla un pensamiento que debe ser perceptible, tener originalidad y ser apta para ser reproducida, comunicada al público.

La creación de una obra no está limitada a las personas físicas, ya que puede ser el resultado de la colaboración anónima de diversos autores, bajo la iniciativa y responsabilidad de una entidad.

Si bien la ley enumera las obras protegidas, esta lista no es taxativa, el final del art. 1 amplía el ámbito de protección a “toda producción científica, literaria artística o didáctica, sea cual fuere el procedimiento de reproducción”, lo cual ha permitido a la jurisprudencia y a las normas reglamentarias ampliar la protección de tal forma que una ley promulgada en 1933, proteja a las obras audiovisuales transmitidas por televisión o el software y otras obras que surjan fruto de tecnologías no conocidas en la época en que fue sancionada.

El art. 1 de la ley de propiedad intelectual omite conceptualizar lo que se entiende por obra intelectual o científica que deba recibir protección legal. Sin embargo la doctrina ha considerado que debe tratarse siempre de una expresión personal, original y novedosa de la inteligencia, resultado de la actividad del espíritu, que tenga individualidad, que represente o signifique algo y sea una creación integral.

El objeto de la propiedad intelectual no es la idea abstracta, sino la forma original que el autor ha adoptado para expresarla. Las ideas son libres, al constituir una obra intelectual, ni una creación completa, su creador no goza de protección alguna, lo que ley protege es la forma de manifestación intelectual, el estilo que el autor ha elegido para exteriorizar su pensamiento.

Se han realizado acusaciones improcedentes de plagio entre autores que han desarrollado temas similares en sus obras; también se han efectuado reclamos infundados de protección por personas que han depositado en sobre cerrado y con carácter inédito, el borrador de ideas literarias o científicas, que pretenden su amparo.

Desde la incorporación a la legislación nacional del art. 9 del ADPIC, el principio anteriormente nombrado ha pasado a formar parte de la legislación positiva, dicho artículo expresa que “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”. Dicha frase fue incorporada mediante la ley 25036, al final del art. 1 de la ley 11723, consideramos a esta modificación muy apropiada, ya que ha aclarado el concepto de objeto protegido, acotando el margen de posibles interpretaciones erróneas.

Como hemos dicho anteriormente, la ley de propiedad intelectual protege sólo la forma de expresión, quedando dentro del dominio público la idea, la cual integra el fondo común de la humanidad.

Las ideas consideradas en si mismas no son obras, siendo libre su uso. No es posible adquirir sobre ellas, aunque sean novedosas, propiedad o protección alguna. El derecho de autor está destinado a proteger la forma representativa, la exteriorización en obras concretas, aptas para ser reproducidas, representadas, exhibidas, ejecutadas, etc., según sea el género al cual pertenezcan, y a regular su utilización.

Existe una diferencia fundamental entre la ley que protege a las creaciones intelectuales y aquella que se ocupa de las creaciones industriales, la ley 11723 otorga el derecho exclusivo a la difusión y reproducción de las obras, las leyes sobre propiedad

industrial (patentes y modelos), sólo protegen la aplicación práctica de las concesiones intelectuales descriptas e ilustradas, pero no su difusión o reproducción.

Los principios generales sobre el objeto protegido por la ley 11723 pueden ser resumidos en las siguientes premisas:

- El depósito o revelación de la obra, no constituye condición suficiente para la protección legal de esta, debiendo el juez determinar si esta cumple con los requisitos exigidos por el art. 1 de dicha ley, es decir, si posee o no la originalidad que determina la propiedad intelectual.
- Aunque no sea definida por esta ley, debemos entender por obra o producción artística, literaria o científica, a una expresión personal, original y novedosa de la inteligencia, resultado del espíritu, que tenga individualidad y sea una creación integral. El juez tiene la facultad de determinar si una obra determinada reviste estas características, para que proceda la protección legal.
- Si bien la ley 11723 prohíbe la reproducción de la obra, esto no implica la atribución de ninguna exclusividad acerca de las ideas que puedan inspirar a quien tenga acceso a ella; a diferencia del sistema de propiedad industria, en el cual el patentamiento otorga un privilegio comercial de explotación.

Existe una excepción a estos principios, si bien las ideas no son susceptibles de protección en materia de derechos intelectuales, el juez puede determinar la procedencia de la indemnización, cuando determine que se trata de una “actividad parasitaria” de quien utiliza en provecho propio, el esfuerzo y la creatividad ajenos.

No configura delito de plagio el hecho que una misma idea sea desarrollada en dos formas originales y novedosas. La doctrina mayoritaria ha sostenido que el plagio no existe cuando en una obra sólo se apropian las ideas, pensamientos o sujetos generales de otra creación, desde que pueden existir similitud y hasta identidad de esos elementos sin haber

plagio, pues la idea no tiene autor, a nadie pertenece en exclusividad, ni persona alguna puede ejercer monopolio sobre ella”.

Es decir que dado el caso en que las obras del actor y la demanda tengan elementos en común, pero existiendo diferencias sustanciales entre sí, no se trata de un plagio, debiendo rechazarse la pretensión ejercida por la actora. La misma solución se aplica al caso en el que dos pintores representen un mismo paisaje, cada uno de ellos utilizando características originales, ya que no es tutelable por los derechos de autor la realidad material en la cual se ha inspirado el autor, ya que esa realidad no ha sido creada por él.

Se otorga protección a la obra, sin tener en cuenta su calidad y extensión, siempre que su forma de expresión tenga un mínimo de originalidad y novedad, que manifieste una expresión personal del autor, ya sea en su contenido, en su desarrollo, en su recopilación o en su presentación. Se trata de una cuestión de hecho, ya que corresponde al juez o al registrador determinar cuando la obra no es copia o imitación de una anterior, y tiene por lo tanto originalidad, y si es distinta de otras obras ya existentes, y es en consecuencia novedosa en ese aspecto.

El hecho que se requiera originalidad para que goce de protección legal, no implica que se requiera novedad absoluta, ya que las ideas dramáticas básicas, son limitadas en número, más allá que sobre ellas se haya edificado el cine, el teatro, la música y la literatura universales.

Lo que debe analizarse para determinar si se le otorga protección, es si existe una combinación novedosa de elementos preexistentes, ya que todas las obras se basan, en mayor o menor medida, en el patrimonio cultural de la humanidad. El autor trabaja con elementos preconstituídos, la mente humana al crear, combina de una forma distinta y novedosa imágenes sensibles o intelectuales ya existentes.

La doctrina ha sostenido que el único creador verdadero es Dios, ya que el hombre no es capaz de crear cualquier cosa de la nada, cuando crea innova en lo existente.

Para clarificar los conceptos anteriores, creemos oportuno citar una frase pronunciada por un artista, en este caso por la cantante argentina Celeste Carballo, quien al

ser consultada sobre su método de composición, sostuvo que: “Nadie escribió nada. Es el inconsciente colectivo que traspasa su propia experiencia, por eso después se convierte en éxito o no. Una canción es una expresión del inconsciente colectivo, por lo tanto, el impuesto vuelve al pueblo. Algo que el inconsciente colectivo tradujo y generó a través de mí, lo expreso y lo vuelve a tomar. Lo reintegra y lo devuelve en otras obras”⁵.

A partir del nacimiento de la industria cinematográfica, la creación protegida por la propiedad intelectual está marcada por un doble sometimiento de la creación a la industria, tanto en su proceso de elaboración, como en su forma. Dos películas basadas en un mismo libro pueden resultar muy distintas estéticamente, a partir del guión, los actores, el país donde fue realizada, etc.

La obra está protegida desde el momento en el que se crea, su inscripción produce el efecto de otorgarle presunción iuris tantum de fecha cierta, no siendo indispensable su inscripción ni su publicación para gozar de protección legal.

Dentro de las obras protegidas se encuentran: el software, las obras literarias, las composiciones musicales, las obras cinematográficas, las obras dramáticas, las obras científicas, las obras audiovisuales, los planos, las fotografías, los mapas, los fonogramas, los grabados, los murales, las esculturas, las pinturas, los dibujos, los grabados y los dibujos industriales (enumeración no taxativa).

Contenido.

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 facultades de carácter personal son aquellas relativas a la tutela de la personalidad del autor en relación con su obra, destinadas a garantizar intereses intelectuales, que conforman el llamado derecho moral

⁵ Aboitiz, Maitena. Antología del rock Argentino. Buenos Aires, Argentina. Ediciones B. Primera edición. 2011.

- Las facultades de carácter patrimonial, que son las concernientes a la explotación de la obra que posibilita al autor la obtención de un beneficio económico y constituyen el llamado derecho patrimonial.

Titulares del derecho de propiedad intelectual:

Según el art. 4to. de la ley 11723 son titulares del derecho de propiedad intelectual:

- el autor de la obra.
- sus herederos o derechohabientes.
- los que con permiso del autor la traducen, refunden, adaptan, modifican o transportan sobre la nueva obra intelectual resultante.
- 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.

En las obras realizadas en colaboración, rigen algunas pautas normativas particulares:

- salvo convenios especiales los colaboradores de una obra disfrutan iguales derechos⁶.

- los colaboradores anónimos de una compilación colectiva no conservan derecho de propiedad sobre su contribución de encargo y tendrán por representante legal al editor.

- el autor de un libreto o composición cualquiera puesta en música, será dueño de vender o imprimir su obra literaria separadamente de la música, autorizando o prohibiendo la ejecución o representación pública de su libreto; y el compositor podrá hacerlo igualmente con su obra musical, con independencia del autor del libreto.

⁶ Según el Art. 16 Ley 11723.

- salvo convenios especiales, los colaboradores en una obra cinematográfica (autor del argumento, productor de la película y compositor musical), tienen iguales derechos.

- el que adapte, transporte, modifique o parodie una obra con autorización del autor, tiene sobre su adaptación, transporte, modificación o parodia, el derecho de coautor, salvo convención en contrario.

Transmisión de los derechos.

Entre los derechos patrimoniales del autor de una obra, se encuentra el de disponer de ella y de enajenarla entre otras facultades, en la ley 11723 se regula la cesión de derechos.

En cuanto a la venta (enajenación o cesión total o parcial) de una obra por parte del titular de ella, es válida solo durante el tiempo legal de protección, este acto le confiere al adquirente el derecho a su aprovechamiento económico en las condiciones convenidas.

En la enajenación o cesión de una obra pictórica, escultórica, fotográfica o de artes análogas, se estipula que, salvo pacto en contrario, esta operación no lleva implícito el derecho de reproducción, el cual permanece reservado al autor o a sus derechohabientes.

h) Derecho moral de autor:

Consiste en el reconocimiento de la paternidad del autor sobre la obra realizada y el respeto a la integridad de la misma.

El art. 52 de la ley 11723, establece en lo referido a la venta de una obra intelectual, que 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 así mismo la mención de su nombre o pseudónimo como autor.

El derecho moral tiene carácter extrapatrimonial y en principio su duración es ilimitada. Es inalienable, irrenunciable, inembargable e inejecutable

Está integrado por:

- El derecho a divulgar su obra o a mantenerla reservada a la esfera de su intimidad.
- El derecho al reconocimiento de su paternidad intelectual sobre la obra.
- El derecho al respeto y a la integridad de su obra, es decir, a que toda difusión de esta sea hecha en la forma en la que el autor la creó, sin modificaciones.
- El derecho de arrepentimiento o retracto por haber cambiado sus convicciones y a retirar su obra del comercio.

El derecho moral también otorga al autor una potestad negativa, todo creador tiene la facultad de reivindicar su condición de autor, pudiendo obligar a cualquier persona (física o jurídica), a que su nombre o pseudónimo aparezca vinculado a la obra.

Derecho patrimonial de autor:

Consiste en el derecho a la explotación económica de la obra, el autor puede realizarla por sí mismo o autorizando a otros. Es objeto de diversas excepciones y su duración es limitada en el tiempo.

El titular tiene derecho a explotar la obra mediante:

- La reproducción de la obra en forma material (edición, reproducción mecánica, etc.).
- La comunicación pública de la obra en forma no material a espectadores o auditores por medio de la representación y de las ejecuciones públicas, la radiodifusión, la exhibición cinematográfica, la exposición, etc.
- La transformación de la obra mediante su traducción, adaptación, etc.

A esta amplia gama de facultades establecidas por la ley, se agregan las siguientes normas:

- “Nadie tiene derecho a publicar sin el permiso de los autores o derechohabientes una producción científica, literaria, artística o musical que se haya anotado o copiado durante su lectura, ejecución o exposición pública o privada”⁷.

- “Los autores de obras literarias, dramáticas, dramático-musicales y musicales gozan del derecho exclusivo de autorizar: 1) la recitación, la representación y la ejecución pública de sus obras, y 2) la difusión pública por cualquier medio de la recitación, la representación y la ejecución de sus obras”⁸.

Limitaciones a los derechos patrimoniales.

A pesar de ser insuficientes, como se demostrará a lo largo del trabajo, existen diversas limitaciones establecidas en la ley 11723. Estas son:

- 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 (art. 10).

- Quedan comprendidas en la disposición anterior las obras docentes de enseñanza, colecciones, antologías y otras semejantes (art. 10).

- Los discursos políticos o literarios y en general las conferencias sobre temas intelectuales, no podrán ser publicadas con fines de lucro si el autor no lo hubiere expresamente autorizado (art. 27).

- Las noticias de interés general podrán ser utilizadas, transmitidas o retransmitidas, pero cuando se publique en su versión original será necesario expresar la fuente de ellas (art. 28).

- El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma, y muerta esta de su cónyuge e hijos o descendientes directos de estos o, en su defecto, del padre o de la madre (art. 31). Faltando

⁷ Según Art. 9 Ley 11723.

⁸ Según Art. 36 Ley 11723.

estos, o cuando la publicación se relacione con fines científicos, didácticos, y en general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público: la publicación es libre.

- El derecho de publicar cartas es libre después de transcurridos 20 años de la persona que las escribió (art. 32).

- Será lícita y estará exenta del pago de derechos de autor y de intérprete, la representación, la ejecución y la recitación de obras literarias o artísticas ya publicadas en actos públicos organizados por establecimientos de enseñanza vinculados al cumplimiento de sus fines educativos, 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).

- También gozarán de la exención de pago del derecho de autor a que se refiere el párrafo anterior, la ejecución o interpretación de piezas musicales en los conciertos, audiciones y actuaciones públicas a cargo de las 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 gratuita⁹.

i) Vigencia del derecho de autor:

Según establece el art. 5 de la ley 11723 (modificado por la ley 24.870 art. 1 de 1997):

“La propiedad intelectual sobre sus obras corresponde a los autores durante su vida y a sus herederos o derechohabientes hasta setenta años contados a partir del 1ro. de enero del año siguiente al de la muerte del autor”.

Finalidad de la limitación del plazo de protección de los derechos intelectuales:

- Facilitar el acceso de las obras protegidas por el derecho de autor a toda la población.

Argumentos a favor de la limitación del plazo de protección de los derechos intelectuales:

⁹ Según Art. 1 Ley 20098.

- Transcurrido cierto período de tiempo, se dificulta mucho hallar a todos los herederos del autor, y más aún lograr el acuerdo de todos ellos para lograr la autorización del uso de la obra en cuestión, con la velocidad exigida por el negocio de la difusión de obras.
- Al ser la cultura en general una creación colectiva, no existen obra 100% originales, todos los autores se nutren y toman del patrimonio de esta, los elementos que utilizaran para realizar sus obras, por lo cual resulta justo que ellas integren en el futuro ese fondo común.

La duración a perpetuidad implica un costo mayor para el público, dificultando el acceso masivo a la cultura y la circulación de las obras, sobre todo en los países en desarrollo. De ninguna manera constituye un impulso a la creatividad, ya que solo beneficia a los herederos.

Argumentos contrarios a la limitación del plazo de protección de los derechos intelectuales:

- Al vencer los plazos de duración del derecho, el uso gratuito beneficia solamente a los industriales y a los comerciantes que explotan la obra y no el público en general, ya que el precio de los libros y discos ingresados al dominio público no disminuye considerablemente.
- Resulta injusto privar del goce permanente de estos bienes a los herederos luego que el autor ha consagrado todo su esfuerzo creativo a la realización de sus obras, que en algunas casos constituyen su único patrimonio.

j) Disposiciones particulares.

Derechos sobre obras derivadas .

Los traductores (realizan una versión de la obra en un idioma distinto al que está), adaptadores (cambian el género de la obra a otro, o el cambio apunta a la llegada a otro tipo de lectores) y otros autores de obras derivadas generan nuevos derechos cuyo plazo de duración es igual al de los derechos de autor de personas físicas.

Cuando los autores de obras derivadas realicen su trabajo sobre obras originales que ya pertenecen al dominio público, solo podrán reclamar derechos sobre su obra

derivada y no tienen derecho a oponerse a que otros realicen otras adaptaciones, traducciones y otras derivadas de aquella obra original de dominio público (art. 24 ley 11723).

Según lo establece el art. 23 de la ley 11723: “El titular de un derecho de traducción tiene sobre ella el derecho de propiedad en las condiciones convenidas con el autor, siempre que los contratos de traducción se inscriban en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual dentro del año de la publicación de la obra traducida”

Derechos de autor en obras colectivas.

Según la definición del Glosario de ediciones Uninorte, la obra colectiva “es la obra producida por un grupo de autores, por iniciativa y bajo la orientación de una persona física o jurídica que la coordine, divulgue y publique bajo su nombre. La obra colectiva constituye una creación original diferente a las obras de los demás autores, sin perjuicio de los derechos que le corresponden a cada uno de ellos sobre sus obras.

En los casos de obras colectivas, el art. 5 de la ley 11723, estipula un plazo de 70 años contados desde el 1 de enero del año siguiente a la muerte del último colaborador.

Salvo convenios especiales los colaboradores de una obra disfrutan derechos iguales

Derechos de autor de personas jurídicas y derechos conexos.

La propiedad intelectual de las obras anónimas pertenecientes a instituciones, corporaciones o personas jurídicas, tendrá una duración de 50 años a partir de la publicación de la obra (art. 8 Ley 11723, modificado por decreto ley 12.063/57).

Titulares de derechos conexos .

Existen tres tipos de derechos conexos vinculados al derecho de autor:

a) los derechos de los intérpretes (es considerado intérprete todo actor, cantante, músico, bailarín u otra persona que represente un papel, cante, recite, declame, interprete o ejecute en cualquier forma una obra literaria o artística)

b) los derechos de los productores de fonogramas (fonograma es toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos).

c) los derechos de los organismos de radiodifusión.

En diciembre de 2009, se agregó al artículo 5 de la Ley 11723 la cláusula del artículo 5° bis. A partir de la cual las interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonograma ingresarán al dominio público a los 70 años contados desde el primero de enero del año siguiente de su publicación. Los organismos de radiodifusión siguen regulados por el artículo 8, tanto las instituciones y las corporaciones, como las personas jurídicas.

Derechos de edición.

Los editores no tienen derechos de autor por sí mismos, sino que adquieren derechos sobre la edición que realizan, de acuerdo a los contratos que celebran con los titulares del derecho (autor o herederos y derechohabientes).

Una característica habitual de los contratos de edición es la exclusividad. En cuanto al plazo, se entiende que en el caso de que además de pactarse la exclusividad, el contrato no limite el número de ediciones y se autorice al editor a reeditar la obra, debe entenderse que se extiende por el tiempo de duración de los derechos de autor.

En nuestro país no existe una legislación que consagre derechos de los editores contra la reproducción facsimilar (fotocopias, etc.), como si existe en otros países, sin embargo, la Ley de Fomento del Libro y la Lectura otorga a los editores el derecho a perseguir civil y penalmente a quienes reproduzcan ilegítimamente su edición, pudiendo estar en juicio, incluso en acciones penales como querellante. Esta acción se puede ejercer de manera independiente de la que le corresponde al autor.

Obras protegidas.

El artículo 1 de la ley 11723 establece cuales son las obras científicas, literarias y artísticas protegidas por ella, estas son:

a) Los escritos de toda naturaleza y extensión.

- b) Las obras dramáticas, composiciones musicales y dramático-musicales.
- c) Las obras cinematográficas, coreográficas y pantomímicas.
- d) Las obras de dibujo, pintura, escultura o arquitectura.
- e) Los modelos y obras de arte o ciencias aplicadas al comercio o a la industria.
- f) Los impresos, planos y mapas.
- g) los plásticos, fotografías, grabados y fonogramas.

En general toda producción científica, literaria, artística o didáctica, sea cual fuere el procedimiento de reproducción.

Obras cinematográficas.

De acuerdo al art. 34 de la ley 11723:

“Para las obras cinematográficas, el derecho de propiedad es de cincuenta años a partir del fallecimiento del último de los colaboradores enumerados en el artículo 20 de la presente”.

Los titulares de estos derechos, de acuerdo al art.20, son:

- los colaboradores de una obra cinematográfica considerando tales al autor del argumento, al productor y al director de la película.

Fotografía.

El artículo 34 de la ley 11723 establece que la duración del derecho de propiedad para las obras fotográficas es de veinte años a partir de la fecha de su primer publicación. Sin embargo, este se extiende de hecho 25 años de acuerdo al art. 7 inc. 4 de la Convención de Berna.

En el año 2015 se presentó en Argentina un proyecto de ley elaborado por los diputados Liliana Mazure, Gloria Bidegain, Susana Canela, Gastón Harispe, Héctor

Recalde y Eduardo Seminara, que extiende los derechos de autor sobre las fotos, equiparándolo al de otras obras tal como lo determina la ley 11.723: de por vida para el fotógrafo, más otros 70 años a partir de su muerte para sus herederos o derechohabientes, para darle el mismo status de protección legal con que cuentan las películas, la música o los libros.

Este proyecto despertó mucha polémica, diversas instituciones se agruparon para expresar su disconformidad, manifestando que: “la ampliación del plazo de monopolio sobre las fotografías desatiende los problemas centrales de la profesión, no redundando en beneficios para los fotógrafos y, de manera añadida, lesiona el interés general de acceder a la cultura y a la memoria histórica

Argumentan además, que en la mayoría de los casos los titulares de las obras fotográficas no son los autores, sino los editores y los medios de comunicación a quienes ellos las ceden. Por lo cual, los principales beneficiarios no serían los fotógrafos, sino las empresas titulares de los derechos.

En el caso de aprobarse el proyecto de ley, muchísimas imágenes de nuestro país deberán ser eliminadas de Internet y de otros lugares donde estén a disposición del público, dado que la extensión del plazo operaría retroactivamente, entre las entidades más afectadas se encuentran los museos, archivos y las bibliotecas públicas, que cada vez con mayor frecuencia digitalizan sus acervos y los ponen a disposición de la ciudadanía en Internet.

Las fotografías cumplen una función de gran interés público, dado que dan cuenta de los procesos históricos y culturales de una sociedad. Recuerdan sucesos históricos y a sus personajes principales, reflejan costumbres pasadas, complementan didácticamente el aprendizaje a través de textos.

El día 5 de noviembre de 2015 se aprobó en cámara de diputados el proyecto de ley 2157-D-15¹⁰, aún resta su tratamiento en el Senado, finalmente el plazo de protección para

¹⁰ ARTÍCULO 1°: Sustitúyese el artículo 34 y 34 bis de la Ley 11.723 por el siguiente: Artículo 34.- Para las obras fotográficas la duración del derecho de propiedad es de CINCUENTA (50) años a partir de la fecha de la primera publicación.

ARTÍCULO 2°: Sustitúyese el artículo 34 bis de la Ley 11.723 por el siguiente: Lo dispuesto en el art. 34 será de aplicación a las obras fotográficas y cinematográficas que se hayan incorporado al dominio público sin

las fotografías se estableció en cincuenta años a partir de la fecha de la primera publicación. A pesar de lo negativo de la noticia, el panorama es un poco más alentador que el que presentaba el proyecto inicial.

Noticias.

En cuanto a las noticias de interés general, según el art. 28 de la ley 11723, estas pueden ser utilizadas, transmitidas o retransmitidas, es decir, son de dominio público, pero en el caso de ser reproducidas literalmente, debe citarse la fuente.

k) Dominio Público Pagante u Oneroso .

Se encuentran dentro del dominio público aquellas obras que han salido del dominio público privado de sus titulares porque ha expirado el plazo legal de protección. Esto no significa que a partir del ingreso de una obra artística a dicho ámbito, la obra se torna disponible sin ningún tipo de restricción.

En Argentina rige un sistema de “dominio público pagante”, por el cual las obras caídas en el dominio público no son de uso irrestricto ni libre por parte de los usuarios. Las obras caídas en el dominio público pueden ser utilizadas por los interesados, pero su usufructo acarrea la obligación de pago de un canon específico. Dicho canon es destinado al Fondo Nacional de las Artes, el cual tiene la misión de invertir las sumas recaudadas en actividades que promuevan la cultura. La Resolución 15850/7 grava la explotación comercial de las obras en dominio público en Argentina.

En este caso no es necesario pedir autorización para el uso, adaptación o traducción de las obras.

En el art. 6 de dicha Resolución se incluye una excepción para usos no comerciales.

Artículo 6: El uso de obras caídas en dominio público con fines exclusivamente culturales o didácticos en lugares con libre y gratuito acceso de público donde no se incluya publicidad comercial paga o gratuita, de modo directo o indirecto, estará

que haya transcurrido el plazo establecido en el mismo y sin perjuicio de la utilización lícita realizada de las copias durante el período en que aquellas estuvieron incorporadas al dominio público.

exceptuado del pago de derechos. Esta excepción comprende el uso de repertorio de obras de dominio público en radioemisoras y televisoras oficiales, municipales, universitarias y privadas en las que normal y permanentemente se irradia o incluya publicidad comercial paga o gratuita, de modo directo o indirecto. En ambos casos los responsables respectivos deberán solicitar este beneficio al Fondo Nacional de las Artes, con una anticipación no menor a quince días de la fecha en que se hará uso del repertorio de dominio público correspondiente.

l) Registro de las obras.

El registro de las obras está a cargo de la Dirección Nacional del Derecho de autor, la cual es un organismo que depende del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación.

Cuando se trate de una obra inédita, el registro es voluntario, aunque es conveniente realizarlo ya que constituye un medio de prueba de autoría. Se efectúa en sobre cerrado y lacrado y la obra queda depositada en la Dirección Nacional del Derecho de Autor, por tres años, renovables.

Al publicar una obra nacional, el EDITOR deberá depositar cuatro ejemplares de esta dentro de los tres meses. Los ejemplares se destinan a la Biblioteca Nacional, la Biblioteca del Congreso de la Nación, el Archivo General de la Nación y el ejemplar de registro que queda depositado en la Dirección Nacional del Derecho de Autor. En el caso de que este no registrara la obra, se le aplicará una multa equivalente al valor venal de diez ejemplares. Además de esa sanción, la falta de inscripción hace que se suspendan los derechos patrimoniales de publicación, edición, ejecución y reproducción hasta el momento en que se efectúe el registro. En el caso de publicar una obra extranjera, no existe la obligación de registro.

Entre las ventajas de registra una obra en nuestro país se destacan:

- Otorga seguridad: ya que el cuyo ejemplar ingresa en el registro de derecho de autor, adquiere, mediante su admisión, la certeza de su existencia en determinada fecha, de

su título, su autor, traductor y contenido. Si se trata de un contrato, certeza de fecha, contenido y partes contratantes.

- Constituye prueba de autoría: que otorgada por el Estado, con fecha cierta de inscripción.

- Aporta elementos de comparación: el registro en la Dirección Nacional del Derecho de Autor, sirve de elemento de comparación en supuestos de piratería y plagio. En estos casos, el ejemplar de la obra depositada es remitido al Poder Judicial para su valoración.

- Brinda protección al usuario de buena fe: salvo prueba en contrario, se presume que el autor de la obra es el que figura como tal en el certificado de registro. El editor o productor que publicara la obra conforme a las constancias que obran en esta Dirección Nacional, quedaría eximido de responsabilidad penal, en el supuesto de que se presente el verdadero autor reclamando sus derechos.

- Le da publicidad a las obras y contratos registrados: la función primordial de un registro es dar a conocer su contenido. La información beneficia a todo aquel que tiene interés en oponer su derecho frente a terceros y a quienes buscan cerciorarse sobre la viabilidad y legitimidad en una contratación. Tratándose de una obra inédita, ante cualquier duda, extravío o conflicto, siempre existe la posibilidad de requerir la apertura del sobre y obtener el contenido certificado por la Dirección Nacional del Derecho de Autor, a solicitud del autor.

m) Delitos e ilícitos que afectan a la propiedad intelectual.

Los delitos contra el derecho de autor se consuman cuando un tercero ejerce sobre la obra artística o literaria un derecho reservado por la ley al autor o a sus derechohabientes. Por este motivo, no pueden ser equiparados a la defraudación, ni a la usurpación, ni al hurto.

Aunque resulte llamativo, la ley de propiedad intelectual no menciona en ningún momento la palabra "plagio" en su texto. Sin embargo, este delito puede ser reprimido en

base al delito de defraudación tipificado en el Código Penal y al que hace referencia el art. 71.

El plagio es la conducta penalmente reprochable más habitual en el ámbito de los derechos de autor.

Los delitos y otros ilícitos que afectan a la propiedad intelectual están tipificados entre los arts. 71 y 74 de la ley 11723.

Existen ciertas características que los diferencian claramente de los demás delitos:

- Afectan un derecho intelectual. La protección otorgada por la ley, se extiende a las obras creativas y originales, siempre y cuando contengan un mínimo de expresión personal del autor, que refleje un esfuerzo de naturaleza intelectual, en su contenido, en su desarrollo, en su presentación, o en su recopilación, independientemente de su extensión, ya que puede cumplir con el requisito de la originalidad una creación muy breve, por ejemplo un slogan.

- La ley protege a un bien inmaterial (la obra), el cual presenta la característica de ubicuidad: puede estar en muchos lugares al mismo tiempo.

- En cuando al elemento subjetivo, en todos los casos se requiere la existencia del dolo, no se contemplan las formas culposas. Al gozar la propiedad intelectual de características especiales, el dolo puede consistir, de acuerdo a las particularidades del caso, en que el infractor haya podido representarse que su accionar era ilícito y no obstante haya obrado asumiendo el resultado de su conducta.

- El acto ilícito puede afectar tanto derechos patrimoniales como morales del autor.

- Comisión pacífica de los delitos, no es necesario que el infractor recurra a medios violentos para llevar a cabo este tipo de delitos, basta con que este ejerza un derecho que le pertenece a otro.

- No se exige fin de lucro (salvo en el caso de los fonogramas)

- El perjuicio patrimonial es accesorio, puede existir o no, pero es irrelevante para la configuración de estos delitos.

- A diferencia de la defraudación, en la cual el infractor debe tener aptitud para engañar a la víctima, en los delitos contra la propiedad intelectual, el apoderamiento y la explotación de la obra generalmente acontecen sin que el titular de la obra tenga contacto alguno con aquél que infringe sus derechos y sin que tenga conocimiento de la infracción.

- Inexistencia de apoderamiento: al protegerse un bien inmaterial, y no poder darse la apropiación.

Requisitos para que se configuren estos ilícitos:

- Debe tratarse de una obra protegida por la ley 11723.
- El plazo de protección debe encontrarse vigente.
- Debe existir dolo.
- Que no se trate del uso de una limitación del derecho de autor.

El artículo 71 de la ley 11723 constituye un tipo penal abierto. A partir de él se aplican otras normas, de las cuales debe ser acompañado. Este artículo remite al art. 172 del Código Penal, se aplica la pena allí establecida pero los requisitos requeridos no son los mismos. Desde su creación, la obra goza de protección legal, no siendo un requisito indispensable haber sido registrada.

En el art. 72 se reprime la conducta ilícita vinculada con la producción y comercialización de una obra, inédita o editada, que pueda ser reproducida en algún soporte.

En el inciso a del art. 72 se reprime la infracción típica al derecho de reproducción. El caso de que alguien se apropie de una obra, la edite, la venda o reproduzca sin la autorización de su autor o sus derechohabientes, total o parcialmente. Un ejemplo de una conducta punible por esta norma sería el fotocopiado de un libro.

En el art. 72 inc. b se tipifica el delito de defraudación, sancionando al "que falsifique obras intelectuales, entendiéndose como tal la edición de una obra ya editada, ostentando falsamente el nombre del editor autorizado al efecto"¹¹. Por ejemplo la copia ilegal de una película en DVD.

En el inciso c del mencionado artículo se reprime al delito típico de plagio. Para configurar este delito se requiere: suprimir o cambiar el nombre del autor, el título de la obra, o alterando con dolo su texto. Existe un tipo de plagio más difícil de identificar que el textual, se trata del plagio estructural, se da cuando en toda la estructura de la obra se percibe el plagio, a pesar de no ser susceptible de ser cuantificado.

El inciso d sanciona al editor que edite o reproduzca un número mayor de los ejemplares debidamente autorizados. En el decreto reglamentario se establece el control de tirada para evitar que se configure este delito.

En el art. 72 bis se tipifican los delitos de piratería fonográfica. Se protegen los derechos conexos, se protege a las compañías discográficas y a los intérpretes.

Se introduce como requisito indispensable el fin de lucro.

En los incisos de este artículo se reprimen:

- En el a: al que reproduzca con fin de lucro un fonograma sin contar con la autorización del productor o del licenciado del productor.

- En el b: al que con el mismo fin facilite la reproducción ilícita mediante el alquiler de discos fonográficos u otros soportes materiales.

- En el c: al que reproduzca copias no autorizadas por encargo de terceros mediante un precio.

- En el d: al que almacene o exhiba copias ilícitas sin poder acreditar su origen mediante una factura que acredite su vinculación comercial con un productor legítimo.

¹¹ Según Art. 72 inc. b Ley 11723.

- En el e: al que importe copias ilegales con el fin de distribuirlas al público.

La legitimación activa corresponde al productor o al licenciado damnificado. Este puede pedir el secuestro de las copias de los fonogramas reproducidos ilícitamente y de los elementos de reproducción.

En el art. 73 se sanciona al que represente o ejecute públicamente sin autorización obras teatrales y literarias (inc. a), y al que ejecute obras musicales en forma pública sin contar con la autorización de los autores o de sus derechohabientes (inc. b).

En el artículo 79 se regulan las medidas cautelares, entre las que se mencionan: la suspensión preventiva de un espectáculo teatral, cinematográfico, u otro, el embargo de las obras denunciadas (operará como un aseguramiento de prueba).

En todas las medidas preventivas se requiere previa fianza de los interesados.

Conclusión.

Más allá de las críticas generales a la ley 11723 esbozadas a lo largo de todo este trabajo, nos parece oportuno incluir a modo de conclusión sobre las sanciones penales que protegen a la propiedad intelectual, el discurso efectuado en la I Conferencia Continental y II Conferencia Argentina en Derecho de Autor, pronunciado por el especialista en derecho penal Eugenio Zaffaroni¹².

En esa ocasión sostuvo que:

1) Es conveniente tener en cuenta que los interrogantes que la tutela del derecho de autor plantea a la política criminal presenta particularidades, al igual que la tutela de cualquier bien jurídico, pero que en modo alguno son exclusivas como para pretender alterar los principios fundamentales del derecho penal, es decir, para fundar un derecho penal especial.

¹² Zaffaroni, Eugenio R., "Reflexiones político-criminales sobre la tutela penal del derecho de autor", en Los ilícitos civiles y penales en derechos de autor", IIDA, Buenos Aires, 1981.

2) Resulta altamente conveniente el empleo de fórmulas remisivas o generales que cubran la inseguridad jurídica, puesto que tanto pueden dar lugar a una impunidad como a una irracional represión en el plano fáctico.

3) El desafío a que da lugar el impacto tecnológico sólo puede ser encarado desde el ángulo de una tipificación penal correcta y precisa, que únicamente puede resultar de una tarea interdisciplinaria.

4) Por otra parte, esa tipificación es la única garantía de cierta tutela penal equivalente en el plano internacional.

5) En el mismo plano, ante la imposibilidad de equiparar las penas, sería conveniente que las legislaciones internas se comprometan a adecuar la pena asimilándola a la de injustos propios de la criminalidad tradicional.

6) Resulta sumamente peligroso, puesto que puede generar una impunidad casi absoluta, recurrir indiscriminadamente a la tutela penal, cuando no se han agotado las posibilidades tutelares ofrecidas por las otras ramas del derecho.

7) Las tensiones y conflictos de intereses entre países desarrollados y en desarrollo, pueden ser afrontadas con mayor autoridad moral si la tutela internacional se ensaya en forma integral, abarcando en la misma medida "el derecho de ser autor".

8) A tal efecto resultaría sumamente útil un aporte científico que conciba el concepto de derecho de autor, abarcando los dos aspectos destacados en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 27) y no limitando su campo sólo al de los derechos derivados de la creación.

n) Modificaciones de la Ley 11723.

Desde su sanción hasta la actualidad, la ley 11723 sufrió diversas modificaciones para extender el espectro de las obras cubiertas, para ampliar los plazos de protección, para agregar penas y sanciones, para establecer limitaciones y excepciones y para crear el dominio público pagante.

A continuación se detallaran las modificaciones sufridas por esta ley:

El decreto ley 12063/57 modificó el art. 5, elevando a 50 años post-mortem la vigencia del derecho y el art. 84 dispuso el regreso automático al dominio privado de las obras que se encontraran en el dominio público sin que hubieran transcurrido 50 años.

En el año 1958, el decreto-ley 1224/58 derogó los artículos 69 y 70 y creó el Fondo Nacional de las Artes, al cual se obligó a destinar el 5% neto de los fondos recaudados al mantenimiento de la Casa del Teatro.

La ley 17567/67 modificó los artículos 73 y 74, elevando las multas establecidas allí e introdujo el art. 74 bis que tipifica el delito de falsa atribución de autoría, que fue derogado posteriormente, restablecido por otra ley y derogado finalmente por la ley 23077.

En el año 1968, mediante la ley 17648 se le confirió a la Sociedad Argentina de Autores y Compositores (SADAIC) la exclusividad de la gestión colectiva de autores y compositores con la potestad para ser la única entidad autorizada para percibir y distribuir los derechos generados por la utilización de obras musicales y extranjeras, incluyendo todo el repertorio disponible en la República Argentina. Ese mismo año se sancionó la ley 17753/68 que sustituyó el texto del art. 36 y agregó una segunda parte que establece como limitación del derecho de autor y del derecho de intérprete, la libre y gratuita representación, ejecución y 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.

Al año siguiente, la ley 18453/69 agregó la tercera parte del art. 36, extendiendo la limitación del segundo párrafo también a la ejecución o interpretación de piezas musicales en los conciertos o audiciones públicas a cargo de las bandas y fanfarrias pertenecientes a instituciones del Estado Nacional, de las provincias o de las municipalidades, siempre que la actuación de las mismas y la concurrencia del auditoria sean gratuitas.

La ley 20098/73 amplió la limitación establecida en la tercera parte del art. 36 extendiéndola a todos los organismos musicales pertenecientes a instituciones del Estado

Nacional, de las provincias o de las municipalidades, siempre que la concurrencia del público sea gratuita.

En 1989, mediante la ley 23741/89 se incluyó el art. 72 bis, que detalla y amplía las penas por la copia ilegal de fonogramas.

Mediante la ley 24249/93, se modificó el art. 34, aumentando a 50 el número de años de protección para las obras cinematográficas.

En el año 1997 se modificó el art. 5, elevando los plazos de derecho de los autores de 50 a 70 años post mortem, contados a partir del 1 de enero del año siguiente al de la muerte del autor, el art. 84 dispuso que vuelvan automáticamente al dominio privado las obras que se encontraban en el dominio público sin que hubieran transcurrido esos 70 años.

Durante 1998 se sancionó la ley 25006/98 que modificó el art. 34, en cuanto a la forma de computar el plazo de protección de las obras cinematográficas, estableciendo que los 50 años se computarán a partir de la muerte del último colaborador enumerado en el art. 20, que fallezca en último término. Se introdujo además el art. 34 bis, según el cual la forma de computar el plazo se aplicará a las obras cinematográficas que se encontraban en el dominio público sin que hubiera transcurrido el plazo del art. 34.

En el 2003 se modificó el art. 20 para reconocer al director como colaborador de la obra cinematográfica mediante la ley 25847/03.

En el año 2007, por la ley 26285/07, fue incorporada la excepción para instituciones autorizadas de asistencia a personas con discapacidades visuales o de lectura.

En 2009 se produjeron dos modificaciones:

- El decreto 124/09 reconoció a Directores Argentinos Cinematográficos como única entidad representativa para la recaudación y distribución de los Derechos de Autor de Directores Cinematográficos y de obras audiovisuales nacionales y extranjeras en todo el territorio nacional.
- Se extendieron los derechos de intérpretes y productores fonográficos de 50 a 70 años, contados desde su publicación, con una cláusula de retroactividad que devuelve al dominio

privado las obras que hubiesen ingresado al dominio público sin haber cumplido aún los 70 años previstos en la ley.

Conclusión sobre las modificaciones.

Analizando las modificaciones anteriormente mencionadas, se evidencia claramente que la tendencia general ha sido aumentar tanto la duración como el alcance de la ley de propiedad intelectual, tornándola cada vez más restrictiva, sumando limitaciones al acceso cultural en lugar de promoverlo.

Las modificaciones legales no fueron el resultado de un debate amplio que involucre a todos los sectores que participan de la vida cultural de un país, ni siquiera las tendencias restrictivas fueron promovidas por los autores en defensa de sus derechos, sino que mayormente fueron el resultado de la presión de las grandes empresas editoriales y discográficas, que solo buscan aumentar sus ganancias y su monopolio cultural.

Reforma de la Constitución Argentina de 1994.

La Constitución Nacional establece en su art. 17 que “todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento por el término que le acuerde la ley”, quedando supeditados estos derechos de propiedad a la definición en términos de duración y alcances por parte del parlamento.

La reforma de 1994 incorporó el art. 19 del art. 75, a través del cual se le impone al Estado, a través del Poder Legislativo, la obligación de establecer una legislación protectoria de la identidad y la diversidad cultural, de la libre creación y circulación de obras de autor del patrimonio artístico y los espacios culturales y le dio rango constitucional al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, que consagra el derecho de acceso a la cultura como una atribución esencial de todos los miembros de la comunidad.

Es decir, esta reforma produjo un cambio muy importante en el orden de jerarquía normativa, al incorporar y otorgar rango constitucional a algunos tratados de Derechos Humanos.

Desde la incorporación del inc. 22 del art. 75 sobre las atribuciones del Congreso, se determinó la superioridad jerárquica de algunos tratados internacionales respecto de las leyes. Por lo tanto, los derechos culturales contemplados en el art. 15 del PIDSEC, y los derechos contemplados en el inc. 19 del art. 75 son superiores a la Ley 11723 de Propiedad Intelectual.

Entre los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía superior a las leyes que contienen cláusulas específicas sobre derechos de autor podemos destacar: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948), La Declaración Universal de Derechos Humanos (París, 1948), el Pacto Internacional de Derechos económicos, Sociales y Culturales –PIDSEC- (Nueva York, 1966) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José de Costa Rica, 1969).

CAPITULO II

ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS DIVERSAS LEGISLACIONES SOBRE PROPIEDAD INTELECUAL.

SUMARIO: a) Introducción. b) Plazos. c) Alcance. d) Derecho de autor en los países latinoamericanos.

CAPÍTULO II.

ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS DIVERSAS LEGISLACIONES SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL.

a) Introducción.

Para poder comparar las legislaciones relativas a la propiedad intelectual de diversos países se deben tener en cuenta varios parámetros tales como los plazos de duración de estos derechos, las excepciones contempladas y las posibilidades de acceso al conocimiento de la población en general.

Existe una organización internacional denominada Consumers International dedicada a la defensa de los derechos de los consumidores que se encarga de elaborar informes evaluando a nivel mundial las leyes de Propiedad Intelectual de todos los países, comparándolas y realizando un ranking sobre las que consideran las mejores y peores leyes. En el ranking elaborado en el año 2012, nuestro país ocupó el segundo peor lugar en cuanto al acceso de los consumidores al conocimiento, solo detrás de Jordania y seguido por Reino Unido, Tailandia y Brasil. Entre los países mejor calificados se encuentran: Israel, Indonesia, India, Nueva Zelanda y Estados Unidos.

A continuación analizaremos algunas diferencias entre las legislaciones de propiedad intelectual a nivel mundial, con el objetivo de poder tomar lo mejor de cada una en el intento de elaborar una propuesta superadora para modificar nuestra ley.

b) Importancia económica de las actividades culturales.

Antes de abordar la comparación sobre el tratamiento que el derecho de autor recibe en las diversas legislaciones, creemos conveniente analizar la incidencia económica de la industria del entretenimiento en Latinoamérica en general y en nuestro país en particular, para lograr comprender la importancia de lograr un equilibrio entre la protección de estos derechos y el acceso a la cultura de la mayor cantidad de gente posible.

La participación de la actividad cultural en los mercados latinoamericanos es por demás significativa y con una tendencia a seguir avanzando. Según estimaciones realizadas

en la última década, el aporte de las industrias culturales al Producto Bruto Interno de los países latinoamericanos es variado. En Brasil se estima que alcanza un 3,2%, en Argentina un 2,9%, el 2,3% en Uruguay, un 1,5% en Bolivia y el 1,8% en Chile.

En lo que respecta a nuestro país, según datos de la Secretaría de Cultura y Medios de Comunicación, la industria cultural promueve anualmente en nuestro país una suma cercana a los 10 mil millones de dólares, representativos del 3% del Producto Bruto

Interno, equiparables con los ingresos generados por la industria de la construcción o por la industria alimenticia.

Tomando en cuenta todas las industrias culturales, se calcula que estas dan trabajo a aproximadamente 250 mil personas.

c) Plazos.

El plazo de duración del derecho patrimonial sobre las obras se extiende básicamente por toda la vida del autor y un número indeterminado de años a partir de su muerte.

La mayoría de los países ha adoptado el plazo general post mortem de 50 años (requerimiento mínimo de duración comprometidos en la Convención de Berna y los ADPIC), aunque un número considerable ha establecido plazos diferentes, algunos mayores (80 años: Colombia, Panamá; 99 años: Costa de Marfil), otros menores (25 años: Cuba, Haití, Polonia; 40 años: Uruguay).

En las últimas décadas se ha acentuado la tendencia de la ampliación de los plazos en general y del post mortem en particular, en concordancia con prolongación (a partir de los avances científicos) del término promedio de la vida humana. Se toman en consideración el plazo promedio de vida de dos generaciones post mortem, se considera que si no se alarga el plazo, pueden quedar excluidos de los beneficios económicos parientes directos del autor.

Intentando evitar este tipo de situaciones, algunos países han optado por establecer que ciertos familiares gozarán del derecho en forma vitalicia, aunque se prolongue más allá del plazo general. Ejemplo: En Brasil y en Perú, se instituye este beneficio a favor del cónyuge, los hijos y los padres. Este tipo de excepciones a favor de determinados parientes del autor, si bien está justificada, resta certeza jurídica al plazo de duración del derecho, y esto resulta incompatible con el sistema de explotación internacional de las obras: para saber si una obra se encuentra en el dominio público, durante un lapso indeterminado después de expirado el plazo general, será necesario averiguar primero si aún viven los familiares mencionados en la norma legal.

El plazo de duración que comprende la vida del autor y un número determinado de años a partir de su muerte, es genérico y las legislaciones lo aplican a las obras realizadas por un solo autor y divulgadas en vida de este, bajo su nombre o con un pseudónimo, siempre que este no deje dudas sobre su identidad (pseudónimo aparente). En el caso de obras en colaboración, el plazo suele contarse a partir de la muerte del colaborador que sobrevive a los demás.

d) Alcance.

Las leyes de propiedad intelectual deben defender tanto los derechos de los autores, como los de los consumidores y asegurar el acceso al conocimiento de toda la población.

Es por ello que es importante que contemplen excepciones y limitaciones. Como vimos anteriormente en el caso de nuestro país estas son escasas.

En cuanto a las excepciones que permiten a las bibliotecas hacer copias de obras protegidas por derecho de autor, de los 184 países miembros de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 128 cuentan con ella, nuestro país no.

e) Derecho de autor en los países latinoamericanos.

Para profundizar el análisis sobre el régimen de derechos de autor vigente en nuestro país, creemos importante estudiar los sistemas aplicados en los países de una ubicación geográfica y una realidad social similares a las de Argentina.

La importancia de estas comparaciones radica en destacar las diferencias positivas en favor de los otros países y evaluar la factibilidad de la aplicación de esas mejores en el nuestro.

Derecho de autor en Brasil.

La ley brasilera que regula los derechos de autor (N°5988), fue sancionada en el año 1973, es decir, 40 años después que la nuestra, lo cual a priori ya resulta una ventaja.

En cuanto a la Registración, a diferencia de nuestro sistema, por razones de seguridad jurídica, se establece la obligatoriedad de registro (servicio gratuito), para tener validez frente a terceros en el caso de cesión de tales derechos, a pesar de esto, se establece que la obra es protegida desde el momento de sus creación, por su carácter de derecho humano fundamental.

Entre las limitaciones a los derechos patrimoniales, encontramos más limitaciones que en la ley argentina. Entre los casos para los cuales no se requiere autorización de los titulares de los derechos de autor se encuentran:

- La reproducción de fragmentos de obras ya publicadas, y aún de manera integral, en el contexto de una obra mayor siempre que esté presente un carácter científico, didáctico o religioso.
- La reproducción en el cuerpo de un escrito, de obras de arte que sirvan como accesorio para explicar el texto.
- La reproducción en un solo ejemplar de cualquier obra sin fines de lucro.
- La representación teatral o la ejecución musical cuando se realicen en el hogar familiar o en locales de enseñanza, solo con fines didácticos, sin finalidad de lucro.
- Las parodias que no fueran verdaderas reproducciones de la obra originaria, ni que impliquen su descrédito.

En cuanto al período de duración temporal de la protección, este plazo es igual al de nuestro país, es decir de 70 años post-mortem.

Al igual que en nuestro país, en Brasil existía el dominio público remunerada cuando se agotaba el plazo de protección legal, en el año 1983, la ley 7123, dejó sin efecto a este sistema.

Una particularidad de este sistema es el Derecho de arena. Una medida muy original que consiste en instituir en favor de toda entidad a la cual estén vinculados atletas, la facultad de autorizar o prohibir la fijación, transmisión o retransmisión por cualquier medio, de espectáculos deportivos públicos en los que se perciba una entrada. El 20% del dinero percibido por la entidad deportiva será distribuido por partes iguales entre los atletas participantes del respectivo espectáculo.

Derecho de autor en Paraguay.

El decreto ley 3642 que regula el derecho de autor en Paraguay fue aprobado en el año 1951.

En cuanto a los aspectos registrales, es muy estricta, la falta de inscripción impide la protección de los derechos intelectuales hasta el momento en el que se la realice (a diferencia de nuestro país y de Brasil, en los cuales se protege a la obra desde el momento mismo de su creación).

Las limitaciones a los derechos patrimoniales son escasas, siendo menos aún que en Argentina (el cual ya es considerado un país con muy pocas excepciones).

La duración temporal de la protección es de 70 años post mortem.

Derecho de autor en Uruguay.

La ley 9739 de derechos de autor fue aprobada tan solo 4 años después que la ley argentina, es decir, en el año 1937.

En lo relativo a la registración, si bien el art. 6 de esta ley exigía la inscripción obligatoria en el registro para que los derechos de autor sobre una obra gocen de protección, esta formalidad fue derogada a partir de la incorporación de Uruguay al sistema de la Unión de Berna (al tener primacía la norma internacional sobre la nacional).

Las limitaciones a los derechos patrimoniales son similares a las establecidas en nuestro país, tanto en cantidad como en el carácter de estas excepciones.

El período de duración temporal de duración de la protección es de 50 años, contados a partir del deceso del causante.

CAPITULO III.

CRITICAS A LA LEGISLACIÓN ARGENTINA SOBRE DERECHOS DE AUTOR.

SUMARIO: a) Introducción. b) Enumeración y desarrollo de los defectos de la legislación argentina. c) Conclusiones. d) Fallos destacados.

CAPÍTULO III.

CRITICAS A LA LEGISLACIÓN ARGENTINA SOBRE DERECHO DE AUTOR.

A) Introducción.

A partir de los avances de la era digital, la gente se ha convertido no solo en consumidora sino cada vez en mayor medida en creadora de contenidos, esto sumado a que cualquier ciudadano viola habitualmente las leyes sobre derechos de autor (a pesar de que es ínfimo el número de gente que es sancionada), ha traído como consecuencia una mayor concientización sobre las implicancias que el derecho de autor tienen en la vida cotidiana de la gente.

Según el informe 2013 de Consumers International¹³, Argentina es el segundo país del mundo en el listado de legislaciones sobre derechos de autor más restrictivas desde la mirada de los consumidores.

Contrariamente a lo que indica la lógica, son las regiones menos desarrolladas del mundo (América Latina, África), las que tienen las leyes de propiedad intelectual más duras para los consumidores, y las regiones más desarrolladas (América del Norte y Oceanía), tienen las más favorables para estos.

La explicación de este hecho que resulta tan contrario al sentido común, se encuentra en que en su mayoría los países africanos y latinoamericanos basaron sus leyes de propiedad intelectual en las de las potencias coloniales, y desde entonces han continuado favoreciendo a los titulares de propiedad intelectual. Aunque en el contexto histórico en el que fueron sancionadas las leyes de estos países resulta comprensible, hoy en día es inadmisibile que no hayan adaptado sus leyes a la realidad social que viven.

En dicho informe se destaca el limitado número de excepciones y limitaciones al derecho de autor (habiendo recibido nuestro país la calificación más baja en cuanto a libertad de acceso y uso para: individuos, para creadores de contenido y para bibliotecas),

¹³ Sitio web de la federación mundial de organizaciones de consumidores Consumers international: <http://es.consumersinternational.org/who-we-are/annual-reports/>

y se detallan los aspectos más problemáticos de la materia, que serán explicados a continuación.

b) Enumeración y desarrollo de los defectos de la legislación argentina.

- No tiene excepciones para las bibliotecas (de los 184 países miembros de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 128 las tienen), que permitan el acceso a la información y el conocimiento. Se ve obstaculizado el acceso democrático a la cultura, la razón de ser de estas instituciones. Por otro lado, al no existir dichas excepciones, en el caso que un bibliotecario decida realizar una copia de un ejemplar único, con la finalidad de su conservación, o de un ejemplar deteriorado con alta demanda de lectura, o para prestar estos materiales escasos a otras bibliotecas o digitalizar para conservar obras valiosas, podrá ser sancionado penalmente. El Convenio de Berna no las menciona explícitamente pero admite la posibilidad de otorgarlas.¹⁴

- La cita solo está permitida con fines didácticos y solo hasta 1000 palabras u 8 compases. Por ejemplo, en el caso de un docente que al dictar una clase, decide leerle a los alumnos un texto con una extensión mayor a las mil palabras, podría ser juzgado por el Código Penal.

- No se pueden realizar traducciones para usos educativos sin autorización del autor.

- No existen excepciones para la educación a distancia.

- No cuenta con excepciones o limitaciones que permitan la parodia o la copia derivada.

- La copia privada realizada sin permiso del autor, también entra dentro de las conductas penalizadas, algunas de ellas efectuadas cotidianamente por la población, entre las que se incluyen: pasaje de un CD a MP3 para llevar la música de manera más cómoda, fotocopiar capítulos de un libro propio para trasladarlo o subrayarlo, compaginar canciones para compartir con alguien.

¹⁴ Convenio de Berna art. 9.2) "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 a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor".

- Argentina carece de dominio público pleno, al vencerse los plazos de monopolio privado sobre las obras, estas pasan al dominio público oneroso, es decir, no hace falta contar con el permiso del autor o de sus herederos, pero de todas formas hay que pagar por el uso y redistribución de las obras.

- La ley de propiedad intelectual 11723 fue aprobada hace 82 años, cuando no existían ni eran imaginables las posibilidades tecnológicas actuales, al momento de ser sancionada, los únicos que contaban con capacidad de reproducción a gran escala eran los imprenteros.

- Se criminaliza el uso de fotocopias, sin considerar lo importante que son para los estudiantes, sin poder utilizarlas, gran parte de la población no estaría en condiciones de estudiar, debido a los costos de los materiales. En otros países existen excepciones educativas, en nuestro país no las hay para el estudio, ni las universidades ni para la investigación académica. No está contemplado ni siquiera el caso de obras que no han sido editadas en el país, inconseguibles o agotadas.

- Excede los requerimientos mínimos en términos de duración comprometidos en la convención de Berna y los ADPIC (50 años post-mortem). Los plazos de protección actual (70 años post mortem), son absurdos en términos económicos, ningún inversor consideraría un negocio en el cual el tiempo de amortización fuese tan largo, lo cual demuestra que la reducción del plazo no afectaría el flujo de producción cultural.

- En el caso del acceso de obras que se encuentran en internet, no contempla ni siquiera excepciones que permitan la copia transitoria. Tampoco limita la responsabilidad de los intermediarios tales como proveedores de internet, buscadores, etc., los cuales deben responder por las infracciones al copyrigth cometidas por sus usuarios. Debido a esta carencia se dieron casos penales como el proceso contra Taringa y el realizado contra Cuevana.

c) Conclusiones.

La ley argentina de propiedad intelectual colisiona en algunas situaciones con el derecho de acceso al conocimiento.

Considerando que el grado de cumplimiento de la ley argentina en la práctica es mínimo, y con la convicción de que cuando un derecho privado entra en contradicción con el bienestar público, este derecho debería ser revisado, discutido y modificado para remediarla y adecuar el marco normativo.

A pesar de estas evidentes falencias, los proyectos de ley sobre la materia, por lo general plantean extender los plazos y el alcance de los derechos, imponer un cánón digital para los soportes y dispositivos electrónicos (tales como CD, DVD o reproductores de MP3), y demás medidas que atentan contra la circulación cultural.

Todos los Convenios y Tratados Internacionales sobre la materia de los cuales Argentina forma parte, permiten una ley más favorable a los consumidores, otorgan la posibilidad de aplicar un mayor número de excepciones y limitaciones al derecho de autor. Por lo cual creemos que las falencias de nuestra legislación se deben exclusivamente al marco normativo nacional y son susceptibles de ser superadas.

El hecho de que la ley que rige en nuestro país sea tan restrictiva se debe a que por lo general en los procesos de sanción y modificación de las leyes tienen más incidencia los sectores más poderosos por sobre los usuarios en general.

En base a este análisis, podemos concluir que a partir de una mayor concientización de los consumidores y de un mayor compromiso de los legisladores, es posible la sanción de leyes favorables a la promoción cultural, sin descuidar los derechos que corresponden a los artistas.

d) Fallos destacados.

Caso Taringa.

Junto con el caso de Cuevana fueron dos fallos emblemáticos en nuestro país, ya que demuestran lo obsoleta que ha quedado nuestra legislación en la era digital.

En el año 2009, los titulares de la página de Internet Taringa, Alberto Nakayama y los hermanos Matías y Hernán Botbol fueron procesados por la justicia argentina por infringir la ley de Propiedad Intelectual. Se los acusó de permitir las descargas ilegales de

29 obras jurídicas y 12 libros de computación, lo cual consideraban violatorio del artículo 72 de la ley de Propiedad Intelectual, y se los acusó además de no contar con mecanismos de protección que eviten tales infracciones.

La mencionada página permite a sus miembros compartir contenido a través de enlaces, muchos de los cuales está resguardados por la ley 11723.

La defensa de los acusados se basó en que la cantidad de visitas y de contenido subido diariamente por sus usuarios (calculado en 20 mil por día en promedio) les impedía controlar a licitud o ilicitud de los contenidos.

Los demandados fueron procesados en primera instancia y en la apelación, y se les trabó un embargo por \$130000, mientras esperaban un juicio oral y público, lograron acordar con la mayoría de los querellantes, y estos desistieron de su demanda.

En el acuerdo celebrado, los titulares de Taringa se comprometieron a retirar todos los contenidos que violasen derechos de autor. Sin embargo, manifestaron a través de un comunicado: "la necesidad de que se sancione en Argentina un nuevo marco regulatorio que contemple los cambios profundos que introdujo Internet en la manera en que las personas acceden a la cultura y a la información, así como la necesidad de volver a pensar los derechos de autor en Internet".¹⁵

Como no todos los querellantes desistieron, el proceso continúa pendiente de resolución.

Esta no fue la única demanda que sufrió este sitio. En abril del 2014, Maria Kodama demandó a Taringa y a otros sitios de internet por facilitar la descarga de la obra de su difunto marido Jorge Luis Borges, de la que es heredera universal de los derechos de autor.

El fallo judicial sobreseyó a los acusados, fundamentando que las empresas intermediarias de Internet no pueden ser consideradas responsables a priori por el contenido compartido por los usuarios a través de sus plataformas y consideró que no hubo maniobra

¹⁵ Página web oficial de la Agencia de noticias oficial de la República Argentina Télam: <http://www.telam.com.ar/notas/201311/42675-los-principales-querellantes-del-caso-taringa-desistieron-de-la-demanda.html>

dolosa por parte de Taringa. El tribunal consideró la jurisprudencia de los últimos casos en Argentina donde se estableció la responsabilidad subjetiva de los intermediarios de Internet. Por lo cual, sólo se considera responsables a las empresas intermediarias de Internet por cualquier contenido ilícito subido por usuarios a través de sus plataformas, una vez que fueron debidamente notificadas por el titular de un derecho vulnerado y sólo si una vez notificados no proceden con rapidez para remover el contenido.

El fallo sentó un importante precedente para los casos que se presenten en el futuro, los encargados de la página se comprometieron a trabajar en conjunto con industrias como la editorial y la discográfica para colaborar con la distribución y el acceso a la información y a la cultura.

Caso Cuevana.

Cuevana es un sitio web mediante el cual se puede acceder a películas, series y documentales de manera gratuita. Surgido en Argentina en el año 2009, fue aumentando considerablemente el número de visitantes y la diversidad de países de los cuales provenían estos.

En el año 2011 fue denunciada conjuntamente por las más grandes productoras cinematográficas a nivel mundial: Fox, Disney, Paramount Pictures, Columbia, Universal y Warner Bros. En diciembre de 2011 fue denunciada por Telefé. En ambas denuncias, el sitio fue acusado de infringir la ley de propiedad intelectual.

La demandada alegó en su defensa que la ley argentina no regula la responsabilidad de los “intermediarios” de internet, es decir, aquellos que no son los que suben los contenidos sino que tan solo facilitan el acceso de los usuarios a estos. Al no hospedar contenidos, Cuevana sostuvo no saber quiénes eran los usuarios que copiaban los contenidos violando los derechos de autor. También intentaron defenderse argumentando la ausencia de fin de lucro de la página, pero este argumento no fue válido ya que la ley de propiedad intelectual argentina no requiere fin de lucro para que se considere delito la violación del derecho de autor.

El fallo puso en evidencia la necesidad de una reforma legal, el marco normativo vigente por el cual debía juzgarse al sitio, data de tiempos en los cuales no existía Internet y la realidad tecnológica era muy diferente a la actual.

En febrero del 2013, la Cámara Federal porteña consideró "excesivamente amplio y desproporcionado" el pedido de HBO Olé Partners de impedir el ingreso al sitio web en el marco de una causa por infracción de leyes de copyright. El restos de los procesos siguen pendientes de resolución.

CAPITULO IV.

NUEVAS TENDENCIAS ALTERNATIVAS A LAS FORMAS TRADICIONALES DE CIRCULACIÓN CULTURAL.

SUMARIO: a) Introducción. b) Copyleft. c) F.L.I.A. d) Editoriales independientes. e) Wikipedia.

CAPÍTULO IV.

NUEVAS TENDENCIAS ALTERNATIVAS A LAS FORMAS TRADICIONALES DE CIRCULACIÓN CULTURAL.

a) Introducción

A partir de las tensiones entre la legislación actual y la realidad social, y de la necesidad de buscar alternativas que permitan una circulación cultural sin los límites económicos y legales que plantea una ley apuntada a proteger solo a una parte y que descuida al público destinatario de las obras, surgieron tanto a nivel mundial como en nuestro país, diferentes tendencias que buscan propagar la cultura de manera más libre y democrática. Como punto de partida, resulta al menos discutible que se le aplique a bienes intangibles (como lo son la música, la creación literaria), la misma lógica económica que a los bienes materiales, es decir, considerando los principios de la escasez y la propiedad privada entendida solo materialmente. La industria discográfica y editorial parece aún no comprender que las nuevas tecnologías se transformaron en algo inaprensible e infinitamente clonable, la dependencia del soporte físico fue eliminada, para la fijación y distribución de las obras, los bienes culturales pueden ser digitalizados en un puñado de unos y ceros, lo que cambió es la naturaleza propia del producto que intentan comercializar mediante los medios tradicionales.

Se han gastado grandes sumas de dinero en costos de exclusión, con escasos resultados. Los costos de exclusión son aquellos gastos necesarios para impedir a terceros hacer uso de una propiedad. Al hablar de la propiedad de un bien tangible surgen numerosas alternativas lógicas para impedir la intrusión de un tercero, en el caso de un bien inmaterial como la música o una novela, estos costos se elevan, teniendo en cuenta la naturaleza del bien y además por la cantidad de terceros que quieran hacer uso de ellos, pudiendo ser millones.

En nuestro país, desde la década del 80, cuando comenzaron a circular las videograbadoras domésticas de VHS, se han intentado campañas de concientización apelando a la buena voluntad del consumidor, en Europa se ha llegado a impartir cursos en los colegios, con resultados muy desalentadores. Las industrias titulares de los derechos de

propiedad intelectual invierten grandes cantidades de dinero en intentar disuadir a los ciudadanos para que no accedan gratuitamente a la música, los libros y las películas que circulan en internet.

Entre las causales del fracaso de estas campañas podemos mencionar a sus ideas basadas en la falta de autocrítica, al hablar de la sociedad como si los artistas y editores no perteneciesen a ella, y en la represión como única alternativa posible, amenazando con penas que equiparan a la copia de un CD con un delito grave.

Ante el inminente cambio de paradigma y la transformación de la naturaleza del bien, sería más coherente intentar variantes que permitan al público el acceso a la cultura por un lado, y por el otro sostener a los creadores, no solo por razones de justicia y equidad, sino para que no disminuya la producción cultural.

Mientras la industria se niega a aceptar que todo ha cambiado, los editores y autores independientes, han encontrado alternativas que serán comentadas a continuación, para que la circulación cultural no disminuya a pesar de los avances tecnológicos.

Nuevas tendencias.

a) Copyleft.

Surge como alternativa al monopolio legal impuesto por el copyright, dentro del mercado editorial. A diferencia de este, el copyleft en lugar de prohibir la copia, la fomenta (tanto digital como materialmente), lo mismo sucede con las obras derivadas, la utilización del material con o sin fines comerciales, pero siempre respetando la autoría.

De acuerdo a la fundación copyleft, los fines de esta son: potenciar, afianzar, organizar, incentivar, dirigir, realizar, proteger y defender la producción de cultura Copyleft, defendiendo los intereses de creadores, intérpretes, artistas, productores, usuarios y cualquier otro colectivo interesado en la misma, y acercarla a la población en general, realizando para ello cuantas actividades considere necesarias.

Ventajas y desventajas del copyleft.

Ventajas:

- Favorece la circulación de la cultura.
- Propicia la igualdad, permite que todos tengan acceso a contenidos que bajo las reglas del copyright serían caros. Permite el acceso a libros de manera gratuita o muy baratos.
- Lucha contra la degradación de la cultura, para impedir que se vea reducida a una mera cadena comercial.
- Aboga por la reducción del plazo de los derechos de explotación comercial.
- Aumenta el poder creativo y cultural de la sociedad (porque puede acceder libremente a la cultura para conocerla, y a partir de eso puede utilizarla para crear).
- Permite un mayor control de los creadores sobre sus obras, ya que puede elegir la licencia copyleft que mejor se ajuste a sus necesidades.

Desventajas:

- Es posible que terceros se beneficien económicamente gracias a una obra que no es suya.
- El uso del copyright está demasiado extendido, aún no se ha logrado una difusión adecuada del copyleft.

Para comprender mejor al copyleft transcribimos un texto que aparece en la primer página del libro “Mejor vayamos en Bici” de Javier Mascaro, el cual fue editado por una editorial independiente y se distribuye en la F.L.I.A.:

“El depósito que marca la ley 11723 no lo hice porque estaba ocupado siendo feliz. Este libro es libre e independiente, quiere andar suelto y no necesita el cuidado de ninguna entidad, ni la protección de ninguna ley. Porque creo en las personas y no me caen bien las jerarquías, y que alguien haga las cosas por mí. Prefiero la horizontalidad. Entonces este libro se cuida solito o entre vos, yo y todas las amigas y amigos a quien se lo prestes o regales, y cada uno se hace cargo de la parte que le toca. La persona que quiere compartir todo o un cachito de esta obra, sólo tiene que ponerle mi

nombre (citar al autor) y avisarme al correo electrónico que dejé por ahí. Y así no necesitamos a terceros que registren, cobren, llenen comprobantes, o pongan sellos. Este libro es totalmente autogestivo, nadie trabajó para mí. Hubo algunos locos lindos que regalaron sus dibujos muy amablemente y con mucho entusiasmo y algunos amigos y compañeros que ayudan en la distribución”.

b)F.L.I.A. (Feria del Libro Independiente Argentina).

La FLIA nace en el año 2006 en Capital Federal como contrapropuesta a la feria del libro Oficial. Muchas editoriales independientes y escritores se instalaron en las afueras de la Rural y en forma de protesta realizaron una feria alternativa, una “contraferia”, ya que acceder a la oficial les significaba una importante erogación de dinero, la cual no tenían y además iba en contraposición a sus fundamentos ideológicos y artísticos: “No se puede pagar para difundir el arte”. Año tras año se realizó esta feria paralela en las afueras de la feria oficial y fue creciendo hasta que su masividad concluyó en que se abandone la idea de resistencia, de “estar en contra de algo”. Es decir; se dejó de lado la idea de una contraferia para hacer una nueva feria del libro: La FLIA, Feria del libro independiente y A: Autogestiva, asamblearia, alternativa, anárquica, amiga, andariega, alocada, abierta, etc. El movimiento empezó en capital federal y se fue expandiendo rápidamente por todo el país y hasta por el exterior.

La FLIA es un colectivo que reúne a artistas y escritores para crear un espacio cultural y alternativo abierto para todos. No tiene ningún tipo de patrocinio; sin sponsor, partidos políticos ni marcas. Es gratuita para expositores y para asistentes y abierta a cualquier persona que quiera participar, ya sea en la organización participando en asambleas, o compartiendo sus obras. No es un servicio para terceros sino un lugar que se hace entre todos, ya que se ubica en el mismo lugar tanto al escritor como al lector y se busca reducir las distancias entre ellos.

Se considera un espacio alternativa que fomenta otra forma de crear y consumir cultura. Intenta nuclear distintos espacios o colectivos vinculados al arte y a la cultura. El colectivo lucha por el libre acceso a la Literatura acercando a la gente no sólo la obra literaria sino también el conocimiento de otras formas de edición ante la estructura

monopólica de los contenidos culturales de la sociedad, ya sean grandes empresas editoriales o aquellos canales que regula el estado. Paralelamente es un espacio para crear nuevos vínculos (por ejemplo; escritor - editor) fuera de los circuitos económicos establecidos por el mercado.

Un mito fundante de la propiedad intelectual es que cuando se imprime un libro de manera ilegal el que pierde es el autor y no es así, quien pierde es la editorial porque el autor ya cedió sus derechos a ella. En la FLIA se respetan y reconocen los derechos del autor.

c) Editoriales independientes.

Si bien su existencia es anterior, en nuestro país se produjo durante la crisis del 2001 un estallido de editoriales independientes, tanto en cantidad como en la diversidad y originalidad de sus propuestas, respetando y valorando a los autores, y facilitando el acceso a la cultura a toda la población.

Eloisa Cartonera.

Eloisa Cartonera es una cooperativa editorial del Barrio de la Boca, que surge en plena crisis argentina, en el año 2002, por iniciativa del Escritor Washigton Cucurto y el artista plástico Javier Barilaro.

Uno de sus objetivos fue generar trabajo para gente desocupada, ya que las tapas de sus libros se realizan con cartón reciclado, comprado a los cartoneros a un precio más alto que el habitual, y otorgando empleos a quienes confeccionan y pintan los libros (las tapas son pintadas a mano).

Por otro lado han contradicho a la lógica empresarial de las grandes editoriales, ya que reconocidos autores argentinos y latinoamericanos cedieron sus derechos de autor para ser publicados por esta editorial, que además logra sustentarse y dar trabajo a mucha gente, solo con la venta de libros, a muy bajo costo, sin ningún otro tipo de financiación.

Resulta muy destacable el hecho de poner al alcance de la población con menores recursos económicos a autores como: Ricardo Piglia, César Aira, Fabian Casas y Tomás

Eloy Martínez, entre otros. A partir de las ventas logradas con los libros de autores conocidos, se logran fondos para publicar autores inéditos.

Esta iniciativa tan original ha tenido grandes repercusiones, no solo a nivel local, sino que además recibió diversas distinciones internacionales, y lo que es más importante aún, a solo 13 años de su creación, existen en el mundo más de 50 editoriales basadas en la experiencia de Eloisa Cartonera.

Editorial Orsai.

Fundada en el año 2010 por Hernán Casciari, un argentino radicado en España, logró romper con la lógica de las grandes editoriales de plantear como necesarios a numerosos intermediarios entre los autores, las editoriales y el público.

Casciari comenzó con un blog llamado Orsai, al incrementar su número de lectores de todo el mundo, llamó la atención de diversos medios de comunicación, motivo por el cual recibió ofertas para publicar artículos en diarios importantes y para publicar sus textos en forma de libro.

Al aceptar algunos de estos trabajos, al principio mejoró su situación económica, pero con el tiempo comenzó a descubrir grandes falencias en la industria editorial.

Por un lado se vio resentido su contacto directo con los lectores, ya que mediante el blog era más fácil interactuar y compartir opiniones.

Por otra parte descubrió que era estafado por las editoriales, las cuales le pagaban derechos por venta de ejemplares por un número mucho menor del real

También sufrió la mala distribución de sus libros, que seguían la regla mercantil de solo ser editados donde resultaban económicamente redituables, viéndose privados sus lectores de países de habla hispana pero de menor cantidad de habitantes o poderío económico, que no padecían estos inconvenientes cuando sus textos se publicaban digitalmente.

Por estos motivos decidió renunciar a grandes editoriales como Plaza y James de España, Mondadori de Italia, Sudamericana de Argentina y Grijalbo de México y a los diarios La Nación (Argentina) y El País (España).

Con el objetivo de no sufrir más estos males y de demostrar que la crisis editorial no era económica sino moral, creó en el año 2010 la revista Orsai, con un staff integrado únicamente por su familia y algunos amigos.

A pesar de todas las contras que implicaban no tener publicidades, el hecho de no contar con ningún tipo de subsidio, el alto costo material por su calidad gráfica y de brindar a los lectores una versión digital gratuita, basándose en la publicidad de persona a persona y en la fidelidad de los lectores del blog, la revista resultó un éxito, en la preventa, sin haber sido editada aún, se vendieron 10 mil ejemplares.

Para eliminar los costos de distribución (aproximadamente el 50% del precio de tapa de la publicación), los propios lectores se encargaron de esta tarea.

Al tercer número la revista se convirtió en editorial, siendo una experiencia inédita a nivel mundial en varios aspectos, además de los anteriormente mencionados, los autores contratados por la editorial, recibieron un 50% de las ventas de la revista, cuando las editoriales tradicionales pagan entre un 8 y un 10%.

La editorial creció mucho, publicando autores de renombre, se abrieron bares literarios de nombre Orsai, y sobre todo se logró romper con el mito de que la circulación cultural es imposible sin la intervención de los grandes monstruos editoriales.

d) Wikipedia.

Wikipedia es una enciclopedia digital, libre y gratuita, editada en 287 idiomas.

Fue creada en el año 2001 y con el tiempo y el aporte de sus propios usuarios se convirtió en la más grande del mundo, contando actualmente con más de 40 millones de artículos publicados.

Convirtió a los usuarios en creadores de contenido, sus artículos son editados por ellos, respetando ciertas pautas que deben cumplir. Estos deben ser creados de manera

completa y profunda, abarcando los diferentes puntos de vista e intentando mantener la máxima neutralidad posible. Los artículos pueden ser modificados en cualquier momento, quedando inmediatamente disponibles, más allá de contar con revisiones posteriores para eliminar los datos falsos.

Se transformó en la mayor fuente de conocimiento compartido en la historia de la humanidad.

El hecho de que los autores sean personas de todo el mundo, de toda clase social, y que su colaboración sea gratuita, genera posibilidades insospechadas bajo otro formato, una enciclopedia tradicional no podría pagar a miles de especialistas y profesionales de cada materia tratada para que elaboren los contenidos.

En cuanto a las licencias de contenido, según su página oficial¹⁶:

“El contenido textual está bajo las licencias GNU y Creative Commons, mediante el lema *La enciclopedia libre*, al modo del software libre, como un producto de distribución gratuita y sin restricciones”.

“A cada autor, editor o ilustrador que *contribuye* a la enciclopedia siempre se le atribuyen los derechos de autor según la Convención de Berna. Un autor también puede copiar contenido de otro con el permiso correspondiente (sobre todo en el caso de contenido con licencia libre), sin embargo no podrá usarse un contenido que prohíbe su distribución, reproducción o modificación de una manera ilícita, porque ello limitaría su utilización con seguridad y acarrearía problemas con las políticas”.

La única fuente de financiamiento son las donaciones voluntarias de los usuarios, no cuenta con ningún tipo de publicidad ni subsidio.

Más allá de lo avasallante de los datos numéricos, Wikipedia constituyó una experiencia inédita, combinando calidad con acceso libre y gratuito, logrando el compromiso de sus usuarios, siendo consumidores y creadores de contenido a la vez, y puso en evidencia lo obsoleto de los métodos tradicionales de acceso al conocimiento.

¹⁶ Sitio web de la enciclopedia digital Wikipedia: <https://es.wikipedia.org/wiki/Wikipedia>

CAPITULO V.

PROPUESTAS PARA UNA REFORMA LEGISLATIVA SOBRE LA LEY DE DERECHO DE AUTOR Y CONCLUSIONES FINALES.

a) Introducción. b) Obras huérfanas. c) Reconocimiento legal del intercambio sin fines de lucro. d) Excepciones para la investigación y la educación. e) Reforma impositiva para el financiamiento de la cultura. f) reducción del ámbito temporal de protección del derecho de autor. g) Conclusiones finales.

CAPÍTULO V.

PROPUESTAS PARA UNA REFORMA LEGISLATIVA SOBRE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y CONCLUSIONES FINALES.

a) Introducción.

En el capítulo anterior se han desarrollado las falencias de la legislación actual, a continuación se expondrán ideas superadoras que podrían ser utilizadas para una futura reforma legislativa. En ellas se abarcan diversos aspectos a mejorar, en busca de algunos objetivos en común tales como:

- adaptar la ley a la nueva era tecnológica y aprovechar las ventajas que esta ofrece, eliminando las trabas que se intentan imponer para el desarrollo de la cultura digital.

- democratizar el acceso a la cultura, procurando que las diferencias económicas y sociales no sean un obstáculo para el acceso a los libros, el cine, la música, más aún teniendo en cuenta que son medios que colaboran con la educación y el desarrollo mental de los individuos, lo cual a largo plazo podría servir para achicar la brecha que separa a las clases más pudientes de las más pobres.

b) Obras huérfanas.

Las obras huérfanas son aquellas protegidas por el derecho de autor, cuyo propietario no puede ser identificado o localizado por alguien que quiere hacer uso de dichas obras de una forma que requiera consentimiento del titular de los derechos. Diversos informes sostienen que, a nivel mundial, aproximadamente el 98% de de las obras que tienen restringida su copia, son obras huérfanas. Las nuevas tecnologías presentan una buena oportunidad de recuperar esas obras para los lectores. Existen innumerables textos prácticamente inhallables dentro del circuito comercial, en estos casos la falta de interés comercial de reeditarlos por partes de los propietarios se enfrenta con el valor cultural de las mencionadas obras. Brindarles nuevos lectores a esas obras y ponerlas al alcance del público actual debería ser una acción premiada por el estado, contrariamente, de acuerdo a la legislación actual, el estado criminaliza esta conducta. El 98% de los libros podría ser accesible, simplemente devolviéndolo al dominio público cuando el titular de los derechos

se vuelva ilocalizable, o queden descatalogados sin interés comercial. Esto permitiría que las obras fuesen digitalizadas y compartidas en internet por estudiantes, investigadores y docentes.

Otra medida tendiente al aprovechamiento de las obras huérfanas sería el establecimiento del registro obligatorio. El mecanismo de “protección automática” instrumentado en el Convenio de Berna provoca que muchísimas obras queden huérfanas, agotadas por un inexistente interés comercial o por la imposibilidad de ser reutilizadas en nuevos contextos, sumado al hecho de generar rentas injustas para personas que no han participado en la creación (herederos, editores). En el caso de generar mecanismos renovables en el tiempo, se evitarían los inconvenientes anteriormente mencionados y se fomentaría la lectura

c) Reconocimiento legal del intercambio sin fines de lucro.

En las últimas dos décadas se ha intentado perseguir la redistribución del material digital que circula sin fines de lucro con resultados muy malos, han fracasado tanto los medios técnicos como los legales, evidenciando la falta de adaptación de la ley a la nueva realidad tecnológica. Se han equiparado las penas aplicables a este tipo de intercambio con las correspondientes a delitos graves, a pesar de las evidencias de que la incidencia del intercambio digital en los ingresos de las industrias culturales ha sido mínima.

Los legisladores deberían partir de la base de que la circulación digital de la cultura no solo es inevitable, sino que también es legítima y útil.

El intercambio de archivos sin fines comerciales a través de internet, debería estar amparado bajo una doctrina de agotamiento de los derechos exclusivos de los titulares siempre que se trate de un intercambio entre individuos y que ninguno de ellos obtenga una ganancia a través de servicios como por ejemplo la publicidad.

d) Excepciones para la investigación y la educación.

A partir de la era digital, la educación ha sufrido grandes cambios, positivos desde todo punto de vista.

Por un lado se amplió el ámbito espacial, la educación ya no sólo se desarrolla en las instituciones tradicionales de enseñanza, como son los colegios, las universidades y las bibliotecas, hoy en día se expandió mucho la enseñanza a distancia a través de medios digitales, además de la posibilidad de contar con una bibliografía amplísima a través de internet, sin necesidad de salir de la casa.

Por otra parte, los estudiantes abandonaron el rol de meros consumidores de materiales pre-existentes para ser autores de contenidos, cada vez con mayor frecuencia.

Las excepciones aplicadas al ámbito de la educación, para cumplir con sus objetivos deberían respetar las siguientes pautas:

- Ser aplicadas a todas las obras protegidas por copyrigh, sin que pueda decidirse previamente que contenidos puedan utilizarse libremente en el ámbito educativo y cuáles no.

- Abarcar no solo las instituciones básicas de enseñanza y a la educación tradicional, sino que deberían amparar también otros tipos de educación como ser por ejemplo los museos, las bibliotecas, los talleres culturales.

- Cuando el uso realizado por los usuarios se encuentre contemplado dentro de las excepciones, estos no deberían abonar ninguna clase de compensación económica a los titulares de los derechos

e) Reforma impositiva para el financiamiento de la cultura.

Nuevas fuentes de financiamiento para la cultura y sus promotores.

El aporte estatal a las actividades culturales cumple un rol fundamental, ya que representa entre un 30% y un 50% del financiamiento de las actividades culturales, dependiendo de cada país.

Actualmente el financiamiento público destinado a la promoción cultural no parece adecuado al rol fundamental que cumple la cultura en una sociedad. No solo resulta escaso cuantitativamente, sino que la distribución de los fondos generalmente se realiza en forma

concentrada, destinándose la mayor parte a artistas ya reconocidos de las grandes ciudades, descuidando a los artistas que realmente necesitan ese apoyo.

Las políticas culturales estatales deberían apuntar a lograr la descentralización cultural.

Debería analizarse la posibilidad de aplicar diferentes esquemas que contribuyan a sostener nuevos proyectos y organizaciones, permitiendo remunerar a los autores y artistas cuyas obras sean difíciles de rentabilizar, pero cuya inversión se vea compensada con el valor social de estas. Las políticas públicas deben explotar, construir e intentar diferentes esquemas para incentivar el arte y la cultura, evitando generar privilegios monopólicos.

Contratos de edición y distribución celebrados bajo términos equitativos.

En la actualidad estos contratos se rigen por los “usos y costumbres”, en la práctica, en la mayoría de los casos se establecen condiciones leoninas de cesión de derechos impuestas por los editores y distribuidores en beneficio propio y en perjuicio de los autores y artistas.

Deberían definirse condiciones equitativas para los autores, colaboradores y el público, que establezcan claramente los límites contractuales y el agotamiento de los derechos.

Limitar a los monopolios de distribución.

A pesar de que los avances digitales favorecieron la proliferación de nuevas formas de distribución fuera del mercado tradicional, y de que estos también abarataron los costos de edición y producción de las diversas manifestaciones culturales, el monopolio editorial y discográfico sigue perteneciendo, en su mayor porcentaje, a las grandes empresas.

El manejo de la circulación cultural por parte de estas grandes empresas trae aparejadas las siguientes consecuencias negativas:

- Imposición unilateral de términos económicos y condiciones de distribución a los pequeños autores y editores.

- Limitación de la diversidad cultural.
- Restricción de los términos de uso para el público, sin tener en cuenta la voluntad de los autores.
- Aprovechamiento por parte de estas de la necesidad de difusión, producción y distribución a gran escala de los artistas.

Para lograr igualdad de oportunidades en la competencia, es necesario que el estado promueva políticas públicas que favorezcan la proliferación de pequeños editores, que les ofrezca a estos, herramientas que les permitan competir con las grandes empresas, sin que por ello se vean afectados los intereses de los artistas.

f) Reducción del ámbito de protección temporal del derecho de autor.

A pesar de estar dentro de los parámetros mundiales, nos parece excesiva la protección de los derechos autorales de 70 años post mortem.

En cuanto al régimen general de bienes, el derecho sucesorio ya cuenta con instituciones que protegen a los herederos de una persona.

De acuerdo a diferentes argumentos que se analizan a lo largo del presente trabajo se considera mayoritariamente que los titulares de este tipo de bienes inmateriales ameritan una protección especial. A pesar de adherir a esta postura el término de protección que otorga la ley argentina nos parece exagerad, debido a que más allá de las regalías percibidas por el autor, se ven beneficiadas por ellas, aproximadamente 3 generaciones solo por su carácter de derechohabientes.

Consideramos injusto beneficiar a personas que no han colaborado con la elaboración de la obra, y que probablemente ya cuenten con un buen pasar producto de los bienes heredados de su sucesor artista, en detrimento del resto de la población, ya que la obras protegidas que aún pertenecen al dominio privado no cuentan con la posibilidad de ser editadas sin el permiso de los titulares de ese derecho, lo cual además hace que tengan un valor mayor en el mercado y se dificulte su acceso para los sectores sociales de menores recursos.

Un caso reciente que sirve para ejemplificar lo dicho en el párrafo anterior, se dió en el año 2013 al cumplirse 70 años de la muerte del escritor argentino Roberto Arlt, finalizó el término de protección legal, como consecuencia, sus libros bajaron mucho de precio, el suplemento Ñ del diario Clarín llegó a obsequiar dos de sus obras más conocidas¹⁷ con sus ejemplares. Fomentando la lectura de uno de los escritores clásicos de nuestro país, sin provocar un perjuicio económico a nadie.

Tampoco consideramos que al reducir este plazo disminuya la cantidad de obras producidas, ya que gran parte de las creaciones artísticas responden a los impulsos creativos el autor y no a una inversión económica a futuro. En el hipotético caso de que un artista realice sus creaciones con el simple objetivo de obtener rentabilidad económica, el hecho de que ella genere ganancias para sus herederos durante 70 años o 50, no cambiaría nada, ya que nadie realiza una inversión con el fin de obtener una rentabilidad a tan largo plazo.

Más allá de los estudios de factibilidad, de sus potenciales beneficios y demás que serían requeridos para establecer el plazo que traería aparejadas consecuencias más positivas, tomando como ejemplo una reducción del plazo de 70 años a 50 post mortem, consideramos que podrían ser destinados los fondos generados los últimos 10 años (desde los 40 a los 50) a publicar obras inéditas y fomentar nuevos artistas.

g) Conclusiones finales.

El desarrollo de esta investigación me ha provocado sensaciones encontradas y contrapuntos muy interesantes.

Lo que en un principio aparentaba ser un trabajo tedioso y monótono, fue tornándose dinámico y entretenido a partir de observar las implicancias que tiene la ley de derecho de autor en la vida cotidiana, a pesar de que la población en general no lo nota.

Resulta inminente la necesidad de una modificación legal acorde a los tiempos que corren. Una reforma que convoque por un lado a los artistas, que manifiesten sus propuestas por sí mismos, sin intermediarios que los convenzan de las bondades

¹⁷ Los libros de Arlt obsequiados por la revista Ñ fueron: "El juguete rabioso" y "El jorobadito y otros cuentos".

económicas de las leyes restrictivas, y por otro lado la población en general, representada por organismos que defiendan correctamente sus derechos.

A pesar de posicionarnos desde la postura con menor poder, el panorama es alentador. A partir de la concientización, se puede lograr que mucha gente se involucre en la defensa de sus derechos, lo cual podría forzar una reforma legislativa.

Nuestra constitución cuenta con mecanismos para conseguirla, o bien a partir de la labor de un Diputado o Senador que la promueva, o mediante la iniciativa popular, la cual requiere juntar un gran número de firmas¹⁸. Lograrlo por este medio resulta muy difícil, sin embargo creemos que las leyes deben adaptarse a la realidad social que regulan, si bien los plazos son lentos, la jurisprudencia va sentando precedentes, la sociedad va tomando conciencia e inconscientemente presiona a los tres poderes. Sabiendo que ya ha sucedido con leyes que en su momento fueron muy polémicas y de las cuales se creía imposible su sanción, como la ley de Unión civil y anteriormente la ley de divorcio (esta última además fue flexibilizando sus requisitos y adaptándose a las coyunturas que debía regular), el panorama resulta alentador.

Si bien los obstáculos a superar son muchos, creemos que un cambio positivo es inminente, tanto la jurisprudencia, como las organizaciones colectivas, han demostrado que los intentos de las grandes corporaciones por frenar el progreso para proteger sus intereses, son inútiles, estas organizaciones han comprobado además la importancia de la unidad, y la fuerza que toma una voz cuando se multiplica por miles y obliga a los sectores poderosos a escucharla.

¹⁸ Art. 4 Ley 24747: “La iniciativa popular requerirá la firma de un número de ciudadanos no inferior al uno y medio por ciento (1,5 %) del padrón electoral utilizado para la última elección de diputados nacionales y deberá representar por lo menos a seis (6) distritos electorales”.

ANEXO.

ANEXO.

Entrevista a Manuel Ollacarizqueta, responsable de la editorial Distribuidora Contreras e hijos.

1) ¿Cómo surge la FLIA Rosario?

La FLIA Rosario surge a partir de una convocatoria de la Editorial Último Recurso, que ya venía viajando a FLIAs en Capital Federal en algunas oportunidades. Así es que en Abril del 2010 escribimos un texto de convocatoria para organizar la 1era FLIA Rosario. Se acercaron algunas editoriales, escritores, periodistas, estudiantes, y colectivos de difusión... también muchos pibes que veían importante construir un espacio económica y políticamente independiente de la cultura oficial, donde se junten diferentes expresiones de arte independiente local.

2) ¿Cree que los autores privilegian la difusión y calidad de su obra o el aspecto económico?

En la FLIA se privilegia todo, que el autor o editor sobreviva como persona, que sobreviva también su proyecto artístico laboral, y que la obra o el conocimiento que se brinda, efectivamente llegue al público a un precio accesible. En la FLIA se privilegia también, como algo importante, que los canales de distribución y circulación estén garantizados por los mismos productores y consumidores. Otra cosa que se prioriza es que la información se comparta, que el trabajo se comparta, con respecto al compartir archivos de libros ya listos para imprimir... esto estaría a contracorriente de la lógica dominante, que privatiza y monopoliza el trabajo realizado, ya sea el crudo de la obra o la investigación, como el trabajo ya terminado de edición.

3) ¿Qué ventajas y desventajas tiene un autor que publica su obra con una editorial independiente, con respecto a uno que la publique con alguna de las grandes editoriales?

Depende del escritor... la ventaja que tiene con una editorial independiente es que puede hacer una mínima inversión en su obra, por ejemplo, una tirada de 50 libros, para probar, ver, animarse, regalar, compartir y con esa primera experiencia, recién ahí quizás, ver de hacer una tirada más grande ya con otras técnicas de impresión (Offset). Las

editoriales independientes, en su mayoría, laburan tiradas chicas, entonces son fundamentales para el natalicio de obras y escritores jóvenes que hacen sus primeras experiencias.

4) ¿Piensa que las editoriales más importantes respetan los derechos del autor?

Yo creo que sí, que las grandes editoriales sí respetan los derechos de autor, sobre todo cuando el autor les cedió sus derechos. En este caso ellos son los principales interesados en defender su propiedad, ellos son los más interesados en hacer valer sus derechos. Después si esos derechos patrimoniales obstaculizan la libre circulación de obras y perjudican al lector, y al nacimiento de nuevos escritores, ese es otro cantar, esa es la contradicción de la ley, que con el verso de cuidar al artista o al investigador, lleva adelante políticas de propaganda contra la piratería, usando a los artistas que ya le vendieron sus derecho. La ganancia del escritor que ya vendió sus derechos es mínima, entonces el principal “perjudicado” es la editorial que compró esos derechos.

Pasó en la industria de la música y también va a pasar con los libros, con Internet y las descargas de todo lo que queramos conseguir, la música no entró en crisis, lo que entró en crisis son las grandes discográfica, los músicos tuvieron la chance de poder escuchar muchos colegas de latitudes diferentes, y eso suma al panorama, al abanico de herramientas con las que un músico luego produce su arte.

Con los libros pareciera estar pasando lo mismo, en Europa y EEUU estas grandes editoriales están dando sus últimos manotazos de ahogado, poniendo plata en la industria de los E-books, vendiendo los archivos de los libros a buen precio, pero estos no se pueden compartir, quedan en ese E-book.

Y bueno, veremos si la tecnología le gana a la imprenta... yo creo que no, sobre todo en Argentina que tiene una industria librera enorme, mas grande que la europea y la yanqui. Hay que seguir la historia de las editoriales y ver la importancia que tuvieron Argentina y México, como receptoras de inmigrantes libreros, en contextos donde Europa se prendía fuego.

5) ¿Cómo imagina el futuro de la industria editorial?

Lo veo bien, al menos el camino que ha tomado la FLIA lo que tiene de nutritivo es que estamos construyendo una economía comunitaria de libros, unos nodos de distribución solidaria como si se plantaran miles reproductores agroecológicos, campesinos y urbanos, para resistir a la lógica del supermercado. Eso mismo está haciendo la FLIA creo yo, heredando ese andar.

Bibliografía general.

- Ackerman, Mario E., Ferrer, Francisco A. M., Piña, Roxana Gabriela, Rosatti, Horacio. Diccionario jurídico. Tomos I y II. Primera edición. Buenos Aires, Argentina. Rubinzal-Culzoni Editores. 2012.
- Mariani de Vidal, Marina. Derechos Reales. Séptima edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Zavalía. 2004.

Bibliografía específica.

- Alesina, Juan C.- Carbone Rolando D. Derecho del entretenimiento. Primera edición. Editorial Ad Hoc. Buenos Aires, Argentina. 2006.
- Busaniche, Beatriz. El ejercicio de los derechos culturales en el marco de los monopolios del derecho de autor. Primera edición. Buenos Aires, Argentina. FLACSO ediciones. 2010.
- Emery, Miguél Ángel. Propiedad intelectual. Ley 11723. Comentada, anotada y concordada con los tratados internacionales. Primera reimpresión. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea. 2011.
- Fundación Via Libre. Argentina Copyleft. Primera edición. Villa Allende, Argentina. Beatriz Busaniche editora. 2010.
- Goldstein, Mabel. Derecho de autor. Primera edición. Buenos Aires, Argentina. Ediciones La Rocca. 1995.
- Harvey, Edwin R. Derecho de autor. Primera edición. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Depalma. 1997.
- Lipzyc, D. Derechos de autor y derechos conexos. Segunda edición. Buenos Aires, Argentina. Ediciones UNESCO, CERLALC, Zavalía. 1995.
- Vega Vega, José Antonio. Derecho de autor. Primera edición. Editorial Tecnos. Madrid, España. 1990.

Páginas web.

- Enciclopedia libre online: es.wikipedia.org
- Revista literaria digital: www.orsai.es.
- Sitio web del Sistema de información Cultural de Argentina: <http://sinca.cultura.gob.ar/>
- Sitio web de la Fundación Vía Libre: www.vialibre.org.ar
- Sitio web del especialista español en derechos de autor David Bravo: <http://davidbravo.es/>

Leyes y tratados internacionales.

- Constitución de la República Argentina.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Ley 11723.
- Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

INDICE.

Dedicatoria y agradecimientos	1
Resumen	4
Estado del arte	4
Marco teórico	5
Introducción	6
Objetivos	7

CAPÍTULO I.

DEFINICIONES SOBRE DERECHO DE AUTOR Y MARCO LEGAL.

a) Introducción	10
b) Definición de derecho de autor	10
c) Naturaleza jurídica de los derechos intelectuales	10
d) Régimen legal y antecedentes legales	12
e) Hacia la sanción de la ley 11723	14
f) Normas internacionales aplicables	15
g) Objeto, contenido, titularidad y transmisión del derecho de propiedad intelectual.	16
h) Derecho moral y derecho patrimonial de autor	22
i) Vigencia del derecho de autor	25
j) Disposiciones particulares	26
k) Dominio público oneroso	31
l) Registro de las obras	32
m) Delitos e ilícitos que afectan a la propiedad intelectual	33
n) Modificaciones de la ley 11723	38

CAPITULO II

ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS DIVERSAS LEGISLACIONES SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL.

a) Introducción	44
b) Plazos	44
c) Alcance	46

d) Derecho de autor en los países latinoamericanos	46
--	----

CAPITULO III.

CRITICAS A LA LEGISLACIÓN ARGENTINA SOBRE DERECHO DE AUTOR.

a) Introducción	51
b) Enumeración y desarrollo de los defectos de la legislación argentina	52
c) Conclusiones	53
d) Fallos destacados	54

CAPITULO IV.

NUEVAS TENDENCIAS ALTERNATIVAS A LAS FORMAS TRADICIONALES DE CIRCULACIÓN CULTURAL.

a) Introducción	59
b) Copyleft	60
c) F.L.I.A	62
d) Editoriales independientes	63
e) Wikipedia	65

CAPITULO V.

PROPUESTAS PARA UNA REFORMA LEGISLATIVA SOBRE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y CONCLUSIONES FINALES.

a) Introducción	68
b) Obras huérfanas	68
c) Reconocimiento legal del intercambio sin fines de lucro	69
d) Excepciones para la investigación y la educación	69
e) Reforma impositiva para el financiamiento de la cultura	70
f) reducción del ámbito temporal de protección del derecho de autor	72
g) Conclusiones finales	73
Anexo	76
Bibliografía	79