

LIMITACIONES AL DERECHO DE AUTOR EN LA LEY DE DERECHO DE AUTOR ARGENTINA N° 11.723

Autor:

Federico Andrés Villalba Díaz: Fiscal ante el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Especialista en Derecho Penal. Profesor en la Maestría en Propiedad Intelectual de la Universidad Austral y Universidad de Palermo, Buenos Aires. Capacitador en Seminarios para Jueces y Fiscales patrocinado por el Ministerio de Justicia de la Nación y OMPI. Diplomado en Derechos Humanos en la American University, Washington DC.

- 1.- Contenido del Derecho de Autor
- 2.- Utilizaciones libres y gratuitas en la ley 11.723
 - 2.1 Restricción de orden crítico. El Derecho de cita
 - 2.2 Uso para información periodística
 - 2.3 Usos afectados a planes de estudio
 - 2.4 Ejecuciones públicas a cargo de determinados organismos del Estado
 - 2.5 Casos de libre uso con motivos humanitarios para no videntes
 - 2.6 Libre utilización del retrato fotográfico
 - 2.7 El plazo de duración del dominio privado
- 3.- Casos de licencias no voluntarias en la ley 11.723:
Requisitos de las licencias legales –precio tasado– y obligatorias – precio pactado–
 - 3.1 Derecho a reeditar una obra por inacción de los herederos
 - 3.2 Derecho de antología limitada
- 4.- Uso doméstico y público de la obra. Límites.
- 5.- La fotocopia (reproducción reprográfica), la copia privada de obras musicales y uso de fragmento de obra cinematográfica. Excepciones resueltas por la jurisprudencia
- 6.- La copia de software. Regulación especial.

- 7.- La pérdida de acción por incumplimiento de ciertas formalidades como limitación al derecho de autor
 - 7.1.- El incumplimiento del registro como limitación al derecho exclusivo de explotación económica de la obra editada
 - 7.2.- Limitación de ejercer acciones penales por falta de "aviso" consignada en la obra fotográfica o cinematográfica.
- 8.- Naturaleza del uso de las obras en Internet
- 9.- Conclusiones

1.- CONTENIDO DEL DERECHO DE AUTOR

El derecho de autor, como conjunto de facultades morales y patrimoniales a favor del creador sobre su obra, es reconocido en la ley 11.723 en forma asistemática.

Entendemos por derechos morales a las prerrogativas inalienables y perpetuas que goza el creador y que lo faculta para defender la integridad de la creación y verse identificado en ella, así como la facultad de dar a conocer su obra cuando desee. Estos reconocimientos son corrientemente denominados derecho moral a la paternidad, a la integridad y a la divulgación de la creación y podemos encontrarlos en los arts. 2 - implícitamente-, 22, 39, 51 in fine, 52 y 83 de la ley de Derecho de Autor

Los derechos de explotación económica que son los que otorgan al titular el derecho exclusivo de obtener para él un provecho pecuniario mediante la puesta en comercio de la obra y están consagrados ampliamente en el art. 2 de la misma norma en tanto dispone que *"el derecho de propiedad de una obra científica, literaria o artística, comprende para su autor la facultad de disponer de ella, de publicarla, de ejecutarla, de representarla, y de exponerla en pública, de enajenarla, de traducirla, de adaptarla o de autorizar su traducción y de reproducirla en cualquier forma"*

Sin embargo, existen razones de interés cultural, informativo, humanitario o de practicidad que determinan la conveniencia de establecer ciertas limitaciones o excepciones al ejercicio del derecho del titular del derecho de autor sobre su obra.

Los derechos patrimoniales, a diferencia de los morales, se encuentran sometidos a restricciones destinadas a conciliar el interés individual

del creador intelectual con el legítimo interés colectivo de la sociedad en cuyo seno actúa. De esta manera se tiende a que el reconocimiento del derecho de autor no signifique un obstáculo para la evolución y desarrollo del patrimonio cultural, y que la excesiva atención del interés social, materializado en la generalidad de los casos a través de restricciones, no traiga como consecuencia un desinterés de los autores en crear, que se traduciría en un claro perjuicio social.

El art. 17 de la Constitución Nacional, en cuanto establece que *todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerda la ley*, no consagra facultades absolutas, ya que todos los derechos, conforme el art. 14 de la Carta Magna, serán gozados conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio. Además, este precepto constitucional materializa la excepción más importante al derecho de autor que es la pérdida de exclusividad en el uso por el transcurso del tiempo en tanto dispone que, a diferencia del derecho real de dominio sobre las cosas, no sea perpetuo.

Según el glosario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), estas limitaciones –que a menudo se denominan “excepciones”–, son disposiciones contenidas en las legislaciones de derecho de autos que restringen el derecho exclusivo del autor en lo que respecta a la explotación de su obra. Las formas principales que adoptan estas limitaciones son los casos de libre utilización, licencias obligatorias y licencias legales.

De esta manera, las limitaciones –o excepciones– a la protección del derecho de autor restringen el derecho absoluto del titular a la utilización económica de la obra en casos expresamente determinados por la ley.

No afectan el derecho moral de autor razón por la cual sólo se pueden aplicar después de la primera publicación de la obra realizada con autorización del autor, se debe mencionar el nombre del autor y la fuente y no se pueden introducir modificaciones.

Las Limitaciones son básicamente de dos tipos:

- * Las que autorizan la utilización libre y gratuita y,

- * Las que están sometidas a remuneraciones (licencias legales y licencias obligatorias).

Las primeras, están siempre sometidas al cumplimiento de ciertas condiciones fijadas por la ley, sobre todo en lo concerniente a las modalidades y el alcance de la utilización y a la protección de los derechos morales del autor. Dentro de este Instituto encontramos: el derecho de cita, la copia privada, el uso de obras para fines educativos, el uso para información, etc.

En nuestra ley los casos de libre utilización aparecen sin catalogar en forma orgánica

2.- UTILIZACIONES LIBRES Y GRATUITAS EN LA LEY 11.723

2.1) Restricción de orden crítico. El Derecho de cita

El art. 10 de la ley 11.723 dice que: *"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 indispensable a ese efecto.*

Quedan comprendidas en esta disposición las obras docentes, de enseñanza, colecciones, antologías y otros semejantes"

Citar significa, según el Diccionario de la Real Academia Española, *"Referir, anotar o mencionar los autores, textos o lugares que se alegan o discuten en lo que se dice o escribe"*

La cita es la más corriente de las restricciones y afecta el derecho patrimonial de reproducción. Esta limitación es la facultad que tienen los autores de incorporar a su obra pasajes breves de otra con el propósito de hacer más entendible la propia o para referirse a la opinión de otro autor. En algunos trabajos científicos, como el de una tesis, trabajos doctrinarios o investigaciones de toda naturaleza, es casi de rigor y no se podría hacer verdadera ciencia sin la ineludible referencia a los trabajos o pensamientos precedentes, en los que funda su posición el autor de la obra.

Isidro Satanowsky sintetiza claramente el alcance de esta limitación, explicando que *“el derecho de cita implica inmunidad para el que copia, una limitación al derecho absoluto, al monopolio completo del autor sobre su obra...No proviene de la naturaleza ni del destino de la producción aprovechada, sino del propósito o circunstancia del que la utiliza, de la verdadera intención del autor que crea esta última. Ello no significa un ataque contra el monopolio del autor, sino por el contrario, un reconocimiento del mismo, disminuido patrimonialmente, pero respetado y aun elevado moralmente por la tolerancia tradicional de las citas, que afecta únicamente el derecho de reproducción”*¹

Este derecho requiere que la cita sea fidedigna, es decir que transcriba la obra y mencione a su autor de manera que pueda ser consultada y por ello que se trate de una obra ya divulgada.

Además, el ejercicio de esta limitación debe permitir al lector poder acceder fácilmente a la obra citada indicando, claramente, cual es la fuente. De tal manera que en el caso de tratarse de un libro de texto, la cita realizada en forma correcta deberá indicar mínimamente el pasaje utilizado, el nombre completo del autor, el título de la obra, número de la página, la editorial y el año de la publicación.

Los alcances del derecho de cita fueron paulatinamente fijados por la jurisprudencia

La Sala 1ra. de la Cámara Civil de la Capital Federal condenó la reproducción de la obra *“La Pampa y su pasión”*, del escritor Manuel Galvez mediante la inserción de sucesivos fragmentos de la misma en la revista *“La Fija”*, pretendiendo la demandada ampararse en el derecho de cita²

En el fuero penal, la Sala II de la Cámara Nacional Criminal y Correccional señaló que *“el derecho de cita no se funda en el número de palabras que se puedan copiar de una obra intelectual, sino como prudentemente se las maneje dentro del marco establecido por los fines específicos que guían a dicho instituto, toda vez que puede acontecer que de acuerdo al número de palabras que se utilicen se llegue a la reproducción textual de una obra de*

¹ Satanowsky, Isidro, *Derecho Intelectual*, T° I, pág. 352, Ed. Tea, Buenos Aires, 1952

² Fallo del 24 de julio de 1946, publicado en la Gazeta del Foro, Buenos Aires T° 183, pág. 465

*limitadas dimensiones o, en su caso, a la transcripción textual de sus partes esenciales, atentándose así contra el derecho de autor”*³

En los autos “Rosenblat, Rubén J y otro”⁴la, destacó que el “derecho de cita” de las obras literarias que surge del art. 10 de la ley 11.723 no constituye una atribución solamente limitada por el tope de las mil palabras “sino también por la condición insorteable de que la nueva obra sea creativa y las citas obedezcan a una finalidad didáctica, científica o crítica”⁵

Este criterio ha sido confirmado aplicándolo al uso de obras musicales en los autos “Moreno, Norberto Venancio c/ Iglesias, julio y otros s/ daños y perjuicios”⁶ al resolver sobre una reclamación por la inclusión a modo de estribillo, de ocho compases de una obra musical en otro musical del conocido cantautor Julio Iglesias. Se afirmó en dicho pronunciamiento que “nadie está autorizado a tomar los compases de una obra musical original transformada, cualquiera sea su número, para hacer otra obra musical, pues la publicación de hasta 8 de ellos, es decir, de dos frases musicales solo se permite con un fin didáctico o científico, de comentario o crítica musical, y aun así, siempre que esta inclusión no sea parte principal de la nueva obra porque en este caso deberá pagarse el derecho de auto en razón de que aquella inclusión constituye el fundamento primordial de su rendimiento económico”

El uso de ilustraciones como derecho de cita, fue rechazado por la en los autos “Ivanczuc c/ Editorial Atlántida”⁷, toda vez que al momento de entender sobre la apelación de una medida cautelar rechaza el argumento de la demandada cuando sostiene que “...no puede argumentarse que las reproducciones que obran en los capítulos N° 2 y N° 3 de los 100 años de la AFA puedan ser considerados como publicados con los alcances previstos en el art. 10 de la ley 11.723, pues no se advierten fines didácticos o científicos en su reproducción”⁸

³ Autos *Danenza, Elmer Rubén*, fallo del 25 de agosto de 1978, citado por Carlos Alberto Villalba y Delia Lipszyc en “*El Derecho de Autor en la Argentina*”, Ed. La Ley 2001, pág. 114 -cita 189-)

⁴ Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, del 12 de junio de 1989

⁵ Citado por C. A. Villalba y D. Lipszyc, op. Cit, pág. 114, -cita 187

⁶ Cámara Nacional en lo Civil, Sala “G”, marzo 21-1994, Colección Jurídica La Ley Tomo 1995-C,557

⁷ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala “I” del 19 de agosto de 1993

⁸ Revista La Ley, diario del 29 de julio de 1994

Por otro lado, y extendiendo la restricción en estudio a las obras audiovisuales, en los autos "Guebel, Diego G"⁹ la jurisprudencia al tratar una acción por violación a derechos patrimoniales y morales en un caso donde se hizo uso de un fragmento (16 segundos sobre 96 minutos totales) de una obra cinematográfica para exhibirla en un programa de televisión, consideró que *"...en tal corto tiempo no puede transmitirse la parte sustancial del filme y tal actividad sólo puede encuadrarse en las previsiones del art. 10 de la ley de propiedad intelectual"*

En una particular interpretación extensiva del derecho de cita, mismo tribunal sostuvo que *"...la norma citada (art. 10 ley 11.723) se refiere a todas las obras intelectuales y sólo describe con mayor precisión la extensión de la publicación que autoriza para las obras literarias y las musicales. Ello es indudable, por cuanto en la parte final de su primer párrafo refiere que para todos los casos la autorización queda limitada a las partes indispensables del fin perseguido. Para la aplicación de la norma, conocida como derecho de cita o en derecho estadounidense por la llamada doctrina del "fair use", se tiene que cuenta, entre otros factores, el quantum de la utilización y de qué manera esta utilización afecta la normal explotación de la obra protegida"*

Como se ve claramente, el Tribunal confunde el instituto nacional de derecho de cita con el angloamericano de uso leal de la obra, donde la posibilidad de servirse de la obra para los mismos fines, no tiene un carácter taxativo.

Nuestro sistema de limitaciones a los derechos patrimoniales del autor o titular de derecho tiene carácter restrictivo, por lo que no se puede extender su alcance a otros usos no contemplados.

En el Anteproyecto de reforma de la ley de Propiedad Intelectual, elaborado por el Ministerio de Justicia, propone una redacción más pautada y abarcativa que la versión vigente¹⁰

⁹ Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala V del 30/4/2003

¹⁰ "Art 10 del Proyecto: *Es lícita la inclusión en una obra propia o en una obra incluida en una publicación periodística, o en emisiones de radio o televisión, de fragmentos cortos de obras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual así como la de obras aisladas de carácter plástico, fotográfico, figurativo o análogo, siempre que se trate de obras ya divulgadas lícitamente y su*

2.2.- Uso para información periodística

- * Art. 27, *exceptuase* (del pedido de autorización para publicar discursos políticos, literarios y parlamentarios) *la información periodística*
- * Art. 28, segunda parte: "Las noticias de interés general podrán ser utilizadas, transmitidas o retransmitidas; pero cuando se publiquen en su versión original será necesario expresar la fuente de ellas"

Las restricciones para uso de prensa fueron las únicas reconocidas en la primer ley de derechos de autor, N° 7092 sobre Propiedad Científica, Literaria y Artística de 1910, en cuanto su artículo 8 disponía que "*Los artículos de periódicos podrán reproducirse citándose la publicación de donde se toman. Se exceptúan los artículos que versen sobre ciencias y artes y cuya reproducción se hubiere prohibido expresamente por sus autores.*"

Explica María Angélica Gelli que "*la libertad informativa integra el haz de derechos que constituyen la libertad de expresión. Incluye el derecho a la información y el libre acceso a las fuentes de aquellas; a buscar, transmitir y difundir noticias de fuente propia o ajena.*"¹¹

Con las limitaciones impuestas en la norma actualmente vigente, los artículos comentados responden a la garantía social que la población pueda estar libremente informada.

Uno de los pilares de la libertad de información radica en la exigencia al periodista de una actuación diligente que respete los principios de veracidad y el carácter noticiable de los hechos. Y para que realmente funcione como tal, la transmisión de la información como acontecimiento debe ser libre.

inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. Tal utilización sólo podrá realizarse con fines informativos, docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esta incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada, mientras no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor"

¹¹ Gelli, María Angélica "Constitución de la Nación Argentina" –Comentada y Concordada, Ed. La Ley, Buenos Aires 2003 pág. 95

Esta restricción no se extiende a las crónicas, columnas, y otras elaboraciones originales que el autor periodista crea en un medio de comunicación, ya que las mismas serían protegidas como obras literarias.

Si está demostrado que no se trata de noticias exclusivas, la reproducción por otro periódico no resulta punible por que el art. 28 de la ley 11.723 solo veda la reproducción de "...las informaciones en general... publicadas por un diario...por haber sido adquiridos por éste o por una agencia de informaciones con carácter de exclusividades..."¹²

2.3.- Usos afectados a planes de estudio

Art. 36: "(segunda parte)" *Será lícita estar exenta de pago de derechos de autor y de los intérpretes que establece el art. 56¹³, la representación, la ejecución y la recitación de obras literarias o artísticas ya publicadas, en actos públicos organizados por establecimientos de enseñanza, vinculados en el cumplimiento de sus fines educativos, planes y programas de estudio, siempre que el espectáculo no sea difundido fuera del lugar donde se realice y la concurrencia de los intérpretes sea gratuita.*

Este supuesto restringe afecta al derecho patrimonial de comunicación pública del titular del derecho. Aquí se contempla, por ejemplo, los recitales de los alumnos de un conservatorio en un acto de fin de curso destinado a familiares y por supuesto, sin percepción de un precio en dinero ni especie para el ingreso al evento.

¹² Cámara Nacional en lo Civil , Sala "D", The Buenos Aires Herald c/ La Nación s/ propiedad intelectual ley 11.723 del 29/10/90

¹³ Art. 56, ley 11.723. *El intérprete de una obra literaria o musical, tiene el derecho de exigir una retribución por su interpretación difundida o retransmitida mediante la radiotelefonía, la televisión, o bien grabada o impresa sobre disco, película, cinta, hilo o cualquier otra substancia o cuerpo apto para la reproducción sonora o visual. No llegándose a un acuerdo, el monto de la retribución quedará establecido en juicio sumario por la autoridad judicial competente. El intérprete de una obra literaria o musical está facultado para oponerse a la divulgación de su interpretación, cuando la reproducción de la misma sea hecha en forma tal que pueda producir grave e injusto perjuicio a sus intereses artísticos. Si la ejecución ha sido hecha por un coro o una orquesta, este derecho de oposición corresponde al director del coro o de la orquesta. Sin perjuicio del derecho de propiedad perteneciente al autor, una obra ejecutada o representada en un teatro o en una sala pública, puede ser difundida o retransmitida mediante la radiotelefonía o la televisión, con el solo consentimiento del empresario organizador del espectáculo.*

El carácter didáctico queda claro en la norma por cuanto limita el uso al cumplimiento de los planes de estudio. De otra manera el uso de la obra estaría compitiendo contra la normal comercialización de la misma.

En cuanto a la difusión de obras fijadas en fonogramas, el último párrafo del art. 35 del Decreto 41.233/34, reglamentario de la ley 11.723 dispone quien *"no será necesario abonar compensación alguna por utilidades ocasionales de carácter didáctico, o de conmemoraciones patrióticas, en establecimientos educacionales oficiales o autorizados por el Estado (T.O Decreto 1670/74)*

En resumen: el alcance de la norma responde la escasa incidencia que los fines de enseñanza ocasionan al giro comercial de la obra toda vez que se trata de un uso efímero sin carácter de perpetuarse y poder ser reproducido en ejemplares.

2.4.-Ejecuciones públicas a cargo de determinados organismos del Estado

Art. 36, tercera parte *"También gozarán de la exención del 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 gratuita."*

Este es otro caso de restricción a los derechos de comunicación pública de la creación.

El Estado se reserva, con la limitación en comentario, el uso para la difusión pública de obras, uso restringido a casos particulares donde no se obtenga un beneficio con el espectador. Si la comunicación pública realizada en público es retransmitida o fijada en un soporte material, la limitación ya no se aplica.

Sin perjuicio de la bondad del artículo precedente, existen algunas iniciativas legislativas a fin de modificar este artículo a fin de extender la limitación impuesta por el art. 36 a otras instituciones.

En efecto, una de las propuestas de modificación del texto, ya ampliado por la ley 20.098, es la agregación del siguiente texto:

"Quedaran asimismo incluidas en las prescripciones del párrafo antecedente las representaciones o ejecuciones de piezas musicales o eventos organizados por instituciones sin fines de lucro, públicas o privadas, siempre que acreditan que la recaudación será destinada únicamente al autofinanciamiento o a obras de bien público determinadas"

Dicha iniciativa fue duramente criticada por SADAIC en un dictamen enviado al Congreso ya que la misma sería atentatoria contra el derecho de propiedad de establece la C.N. en su art. 17 ya que el titular del derecho de autor no tiene por qué sostener a organismos de bien público con su repertorio. En la actualidad, afortunadamente, la cuestionada iniciativa no tiene mayores adhesiones.

Sin embargo, y en virtud de tratados de reciprocidad con otras sociedades de gestión colectiva SADAIC se encuentra facultada para establecer reducciones de cánones de acuerdo al fin perseguido en la utilización del repertorio.

En efecto, según el inc. "r" art. 160 del estatuto de SADAIC, define como una de las facultades del directorio del mismo instituto, la de *"establecer excepcionalmente reducciones a los aranceles vigentes, que no pasaren del 50% atendiendo a las finalidades benéficas que se persigan al realizar el espectáculo, debidamente acreditadas"* En otras palabras, SADAIC se encuentra facultada por norma interna a resignar el cobro de los gastos administrativos por su gestión, siempre que el uso del repertorio cumpla con las condiciones antes mencionadas.

2.-5 Casos de libre uso con motivos humanitarios para no videntes

Art. 36, cuarta parte: *Se exime del pago de derechos de autor la reproducción y distribución de obras científicas o literarias en sistemas especiales para ciegos y personas con otras discapacidades perceptivas, siempre que la reproducción y distribución sean hechas por entidades autorizadas.*

Esta exención rige también para las obras que se distribuyan por vía electrónica, encriptadas o protegidas por cualquier otro sistema que impida su

lectura a personas no habilitadas. Las entidades autorizadas asignarán y administrarán las claves de acceso a las obras protegidas.

No se aplicará la exención a la reproducción y distribución de obras que se hubieren editado originalmente en sistemas especiales para personas con discapacidades visuales o perceptivas, y que se hallen comercialmente disponibles.

A los fines de este artículo se considera que:

- Discapacidades perceptivas significa: discapacidad visual severa, amplitud, dislexia o todo otro impedimento físico o neurológico que afecte la visión, manipulación o comprensión de textos impresos en forma convencional.

- Encriptadas significa: cifradas, de modo que no puedan ser leídas por personas que carezcan de una clave de acceso. El uso de esta protección, u otra similar, es considerado esencial a fin de la presente exención, dado que la difusión no protegida podría causar perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor, o ir en detrimento de la explotación normal de las obras.

- Entidad autorizada significa: un organismo estatal o asociación sin fines de lucro con personería jurídica, cuya misión primaria sea asistir a ciegos o personas con otras discapacidades perceptivas.

- Obras científicas significa: tratados, textos, libros de divulgación, artículos de revistas especializadas, y todo material relativo a la ciencia o la tecnología en sus diversas ramas.

- Obras literarias significa: poesía, cuento, novela, filosofía, historia, ensayos, enciclopedias, diccionarios, textos y todos aquellos escritos en los cuales forma y fondo se combinen para expresar conocimientos e ideas de interés universal o nacional.

- Personas no habilitadas significa: que no son ciegos ni tienen otras discapacidades perceptivas.

- Sistemas especiales significa: Braille, textos digitales y grabaciones de audio, siempre que estén destinados exclusivamente a las personas a que se refiere el párrafo anterior.

- *Soporte físico significa: todo elemento tangible que almacene voz en registro magnetofónico o digital, o textos digitales; por ejemplo, cassettes, discos compactos (CD), discos digitales versátiles (DVD) o memorias USB.*

*Las obras reproducidas y distribuidas en sistemas especiales deberán consignar: los datos de la entidad autorizada, la fecha de la publicación original y el nombre de la persona física o jurídica a la cual pertenezcan los derechos de autor. Asimismo, advertirán que el uso indebido de estas reproducciones será reprimido con pena de prisión, conforme el artículo 172 del Código Penal.*¹⁴

Ley 26.285. La incorporación a la ley 11.723 de limitaciones al derecho de autor por motivos humanitarios

Con una técnica legislativa poco habitual, la ley 26.285 introduce una nueva categoría de limitaciones al derecho de autor en la ley 11.723 al agregar nuevamente un extenso párrafo al art. 36, que trata sobre los derechos de comunicación pública en su primera parte y sobre las excepciones a ese derecho en la segunda y tercera sección.

Aunque ponderamos la intención solidaria de esta ley, lo cierto es que la misma es criticable desde algunos ángulos en cuanto a si realmente es posible ejercer este derecho de excepción en la práctica.

En efecto, en principio, la norma pone en manos de "entidades autorizadas" el acceso de las claves. Cuáles son?

De la exposición de motivos podría imaginarse que tales asociaciones serían las agrupadas, en la Federación Argentina de Instituciones de ciegos y Ambliopes¹⁵ que tiene por finalidad "consolidar la unión solidaria y activa del movimiento tiflológico y luchar en todo el país por la promoción integral de las capacidades de las personas ciegas y ambliopes, por su bienestar general y por el justo reconocimiento de su

¹⁴ (Artículo modificado por la ley 26.285 BO 13/9/2007)

¹⁵ Se dice que una persona es *ambliope* cuando la visión uno de sus ojos o ambos no ha llegado a desarrollarse plenamente. Esto implica imposibilidad, por lo general permanente, para distinguir con facilidad detalles de los objetos. Al ojo ambliope se le denomina vulgarmente "ojo vago". Para que lo entienda mejor, si entiende de fotografía, un "ojo vago" o ambliope es aquel que presenta una resolución más baja de lo habitual)

condición de ciudadanos útiles y activos". Pero al no estar indicadas en la norma, se obliga al Legislador aclarar o por lo menos, al Poder Ejecutiva a que o bien incorpore en el Decreto 41.223/34 reglamentario de la ley 11.723 la indicación precisa de los entes autorizados, o también, creando una normativa especial al respecto sobre cómo se eligen. Tampoco se establecen las condiciones de la eventual autorización, ya sea estableciendo el tiempo del permiso y las condiciones que deben reunir al respecto

Otra cuestión que no aparece resuelta es que, si bien aparece como gratuito el acceso al material para convertirlo en un lenguaje amigable para el disminuido visual, nada dice del carácter gratuito del programa de ordenador necesario para convertir el texto. Y todos sabemos que tratándose de una obra protegida por el derecho de autor, su uso gratuito no se presume.

Así, el acceso pleno y equitativo a la información es fundamental para lograr la integración de los ciegos y deficientes visuales en la sociedad. Y el papel desempeñado por la aplicación de algunas excepciones al derecho de autor es imprescindible para garantizar ese acceso.

Por último, establece ciertas formalidades como una suerte de pié de imprenta que deberá estar consignado *"...los datos de la entidad autorizada, la fecha de la publicación original y el nombre de la persona física o jurídica a la cual pertenezcan los derechos de autor. Asimismo, advertirán que el uso indebido de estas reproducciones será reprimido con pena de prisión, conforme el artículo 172 del Código Penal"*. No se discuten la oportunidad y necesidad de los primeros dos requisitos, ya que de esta manera el titular del derecho de autor puede controlar que el uso sea el indicado en la limitación así como la traducción al sistema especial y por otro lado, de esta manera se puede determinar más fácilmente la vigencia de la obra dentro del dominio privado. Tampoco se entiende, por otro lado, que, contando con un tipo penal específico dentro de la ley de derechos de autor que reprime la reproducción no autorizada de obras protegidas (art. 72, inc. "a") el legislador recurra a advertir consignando en los ejemplares una figura extraña a los ilícitos en derechos intelectuales que es el delito de estafa. Si bien es cierto que la pena es la misma y que el mismo art. 71 hace una remisión al art. 172 del Código Penal, lo cierto es que ese reenvío es "quod poenam" y no "quod delictum"

2.5.- Libre utilización del retrato fotográfico

Art. 31, ley 11.723, tercera parte: *"Es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público"*

Si bien el retrato fotográfico no es un objeto protegido por el derecho de autor, la ley 11.723 regula el aspecto comercial de la imagen de una persona como se fuera un derecho afín por su íntima vinculación con el derecho del fotógrafo sobre el retrato. En tal caso, el uso exclusivo del retrato fotográfico sufre las limitaciones aún más extensas que las consagradas genéricamente a las obras tuteladas por el derecho de autor

2.6.- El plazo de duración del dominio privado

La limitación al derecho patrimonial de autor más importante es, sin duda, el carácter temporal de la duración de los derechos de autor.

Esta restricción temporal tiene sus fundamentos en la esfera económico-patrimonial del derecho de autor, ya que los derechos morales tienen una existencia ilimitada.

Los plazos de protección del derecho patrimonial tienen por finalidad fomentar el acceso a las obras protegidas por el derecho de autor. Se pueden contar desde la muerte del autor (post mortem) o desde la fecha de la primera publicación de la obra (post publicationem), según la obra de que se tratare. Cumplidos esos plazos, la obra ingresa en el dominio público.

El dominio público del derecho común se refiere a la propiedad de bienes materiales afectados al uso directo de la comunidad y susceptibles de apropiación privada.

El dominio público del derecho de autor tiene connotaciones diferentes.

Transcurrido el plazo de duración del derecho patrimonial, las obras no pasan al dominio del Estado. Pueden ser usadas –reproducidas,

comunicadas al público (representadas, ejecutadas, exhibidas, radiodifundidas, etc).– por cualquier persona sin que ninguna pueda adquirir derechos exclusivos sobre ella; si en cambio, sobre los aportes creativos que se le adicionen

La primera ley de derechos de autor, N° 7092 disponía un plazo genérico de protección de 10 años después de la muerte del autor.

Al momento de la sanción de la 11.723 se estableció en 30 años post mortem el plazo genérico dentro del cual la obra estaría en dominio privado. En 1957, en virtud del decreto-ley 12.063/57 se elevó el plazo de protección genérico de 30 a 50 años

En 1997, la ley 24.870 modificó el art. 5* de la ley 11.723, aumentando el plazo de protección de 50 a 70 años post mortem; y la forma de contarlos, que sería en vez de la fecha de la muerte del creador, el 1* de enero del año siguiente del deceso del autor

En 1958 se estableció en nuestro país la obligación de pagar por el uso de obras en dominio público al instituirse el dominio público pagante, por decreto ley 1224/58 de creación del Fondo Nacional de las Artes y en cuyo art. 6*, inc.c) se dispone como fuente de recursos del Fondo, "*Los derechos de autor que deberán abonar las obras caídas en dominio público..*"

Plazos de duración del dominio privado establecidos en la ley 11.723:

- * Plazo genérico: 70 años a partir del primero de enero del año siguiente de la muerte del autor (art. 5, primera parte)
- * Obras en coautoría perfecta: 70 años a partir del primero de enero del año siguiente de la muerte del último coautor (art. 5, segunda parte)
- * Obra colectiva: 50 años a partir de la primera publicación (art. 8)
- * Obras póstumas: 70 años a partir del primero de enero del año siguiente de la muerte del autor (art. 5, tercera parte)

- * Obras anónimas o seudónimas: 50 años a partir de la primera publicación (arts. 3 y 8)

Plazos especiales:

- * Obras cinematográficas: 50 años desde la muerte del último colaborador (autor del guión o de la música o el director) (art. 34, segunda parte) según la reforma dispuesta por la ley 24.249 (Boletín Oficial del 17/9/1993), de la ley 25.006 (B.O. del 13/8/98) y de la ley 25.847
- * Obra fotográfica: 20 años a partir de su primera publicación (art. 34, primera parte)
- * Retrato fotográfico: 20 años después de la muerte de la persona retratada (art.35, primera parte)
- * Correspondencia epistolar: 20 años a partir de la muerte del autor de la carta (art. 35, segunda parte)

Asimismo, cuando se trata de una obra anónima o colectiva publicada en tomos que se publican en distintos años, como también los folletos los plazos se contarán por cada aparición por separado, (art. 11).

Como los plazos de protección son de orden público, no admiten prorrogación a instancia de acuerdos de particulares

3.- CASOS DE LICENCIAS NO VOLUNTARIAS EN LA LEY 11.723:

3.1.- Requisitos de las licencias legales (precio tasado) y obligatorias (precio pactado)

Nos encontramos con supuestos que el uso no requiere autorización pero requiere el pago de un precio para la utilización. Estas restricciones tienen las siguientes características:

- * Pueden conferir únicamente un derecho no exclusivo. O sea, no se puede impedir que terceras personas puedan ejercer la misma facultad

- * No deben lesionar el derecho moral de autor
- * Son intransferibles
- * Deben asegurar una retribución al titular del derecho de autor
- * Sus efectos se limitan al país que las ha establecido

En nuestro derecho positivo no se encuentran contemplados casos de licencia legales, encontrando algunos supuestos de las obligatorias

3.2.- Derecho a reeditar una obra por inacción de los herederos

**Art. 6: "Los herederos o derechohabientes no podrán oponerse a que terceros reediten las obras del causante cuando dejen transcurrir más de diez años sin disponer su publicación.*

Tampoco podrán oponerse los herederos o derechohabientes a que terceros traduzcan las obras del causante después de diez años de su fallecimiento."

En estos casos, si entre el tercero editor y los herederos o derechohabientes no hubiera acuerdo sobre las condiciones de impresión o la retribución pecuniaria, ambas serán fijadas por árbitros."

Estamos en un supuesto donde el interés de los derechohabientes y el del público de hacer uso del patrimonio cultural se encuentran. En este caso, la ley da por supuesto necesario la voluntad del autor originario en que su obra sea difundida y editada.

De todas maneras, podrían existir motivos fundados por los cuales los derechohabientes en general no reediten la obra en el plazo sentado en la norma (por ejemplo: acciones legales por piratería, usos derivados de la misma, etc.) que podrían ser un impedimento para forzarlos a conceder la licencia obligatoria.

3.3.- Derecho de antología limitada

Cuando se produce un abuso en la incorporación de obras ajenas en la nueva obra, el 3er párrafo del art. 10 dispone que *"cuando las inclusiones de obras ajenas sean la parte principal de la nueva obra, podrán los tribunales fijar equitativamente en juicio sumario la cantidad proporcional que les corresponde a los titulares de los derechos de las obras incluidas.*

Se aclara que para que pueda configurarse este supuesto, el uso debe estar supeditado a los requisitos del derecho de cita. O sea, que la obra

nueva tenga fines docentes, o científicos y a que la utilización se mantenga dentro del máximo de las mil palabras y no constituya el todo o parte sustancial de la obra reproducida

4.- Límite entre el uso doméstico y uso público de la obra.

La comunicación pública como todo acto mediante el cual una pluralidad de personas reunidas o no en un mismo lugar tienen acceso a una obra sin previa distribución de ejemplares.

La ley 11.723 no establece el límite entre uso doméstico y comunicación pública. Pero el decreto reglamentario N° 41.233/34 en su art. 33 define la *"representación o ejecución pública aquella que se efectúe –cualquiera fueren los fines de la misma– en todo lugar que no sea un domicilio exclusivamente familiar y, aún dentro de éste, cuando la representación o ejecución sea proyectada o propalada al exterior"*

Se considerará ejecución pública de una obra musical la que se efectúe por ejecutantes o cantantes, así como también la que se realice por medios técnicos: discos, films sonoros, transmisiones radiotelefónicas y su retransmisión o difusión por altavoces. (TO Decreto 9.723/45)

Sin embargo, pese a la rigidez de la norma antes mencionada, conviene analizarla dentro de la época que fue sancionada. En efecto, en 1945 todo instrumento de reproducción sonora que traspasara los límites del ámbito familiar era de por sí, poco común.

En vía de graficar con ejemplos, a nadie se le ocurriría hoy en día, reclamar derechos por usos secundarios de obras musicales a una familia que coloca música para animar una fiesta de cumpleaños dentro de su hogar, solamente por que se escucha desde la vía pública. Pero seguramente se apersonará un inspector de SADAIC para percibir los derechos correspondientes por el uso de las obras musicales que se utilicen un salón de fiestas cuando la misma reunión se realice en un club u Hotel.

Y aquí la diferencia radica en los distintos ámbitos que se desarrollan los acontecimientos. El primero es doméstico y el segundo, no.

En cambio, los actos de reproducción para fines domésticos de obras de cualquier género no están previstos fuera de los casos de libre utilización tratados anteriormente.

En definitiva, el uso doméstico se diferencia del público no solo por las finalidades, sino por la difusión de la obra. Si la creación es utilizada dentro de un ámbito donde un grupo reducido y familiar –en el sentido amplio de la palabra–, no cabe dudas que es uso doméstico. Y cuando traspasa esa frontera, o sea, se coloca la obra a disposición de un número indeterminado de personas, será comunicación pública o reproducción en cualquier soporte material.

5.- La fotocopia (reproducción reprográfica) y la copia privada de obras musicales. Excepciones resueltas por la jurisprudencia

Entendemos por reprografía a toda reproducción en un solo ejemplar obtenida con un procedimiento técnico, que permite leer la obra intelectual fijada en un soporte gráfico, destinada exclusivamente para uso personal del copista.

La copia privada de obras musicales y audiovisuales es la reproducción doméstica en un solo ejemplar, sin fines de comercialización, de una obra publicada o radiodifundida (radio y televisión), exclusivamente para el uso personal de quien la realiza

Sin embargo, la ley 11.723 a diferencia de otras legislaciones, no contiene normas expresas sobre la materia, lo cual es explicable por que al tiempo de su sanción (1933) no existían métodos de sofisticada tecnología para reproducción de obras como la fotocopiadora.

El art. 2 de la ley citada expresa que *"el derecho de propiedad de una obra...comprende para su autor la facultad de...reproducirla en cualquier forma"*. Y en su aspecto penal en el art. 72, inc.a) considera un caso especial de defraudación a quien *"...reproduzca por cualquier medio o instrumento una obra...sin autorización de su autor o derechohabientes;..."*

Como vemos, ninguna concesión hace la ley argentina sobre el particular. Sin embargo, este tema no siempre fue resuelto de la misma manera en los tribunales penales

En efecto, sobre todo a partir de la década del '70 hasta los principios de los '80 se produjeron diversos fallos desincriminando a alumnos de la universidad por fotocopiar y distribuir para uso de sus compañeros material de estudio. En uno de los casos¹⁶ se confirmó la sentencia absolutoria de primera instancia sobre la base de que la inclusión de solo un capítulo de tres trabajos distintos de diferentes autores no llena el tipo penal que requiere la reproducción de la obra.

En otro de los fallos¹⁷ el Tribunal absolvió a un alumno universitario, miembro de la comisión de apuntes de su facultad que fotocopió capítulos de obras para uso de sus compañeros. En este caso la aquiescencia de las autoridades de la facultad que le habían cedido el aula para facilitar el funcionamiento de tal comisión fue considerado motivo suficiente como para excluir una voluntad dolosa. Esa actitud permisiva hacia razonable que el acusado se creyera habilitado para actuar como lo hizo, generando serias dudas sobre la ilicitud de su conducta que deben despejarse a su favor.

Cabe aclarar que en ninguno de los dos casos previamente analizados, el lucro formó parte de la actividad de los imputados.

A otra solución se arribó cuando el lucro se mezclaba en el acto de reprografía de obras literarias. En efecto, en los autos "Ferrari de Gnisci, Noemí"¹⁸, la condenó a la acusada por reproducir por fotoduplicación obras científicas sin autorización, llevando luego esas fotocopias a la Universidad con el fin de distribuir las entre los alumnos que *habían pagado un determinado precio por ellas*.

Es interesante además la reflexión que pronuncia el Juez peropinante en dicha causa, Dr. García Torres, al decir que "*...estimo que la jurisprudencia puede considerar como una excepción al derecho exclusivo de*

¹⁶ Autos "Jauregui de Canedo, María de las Mercedes" CNCrim y Corr. Sala V, del 30/11/73 en LL 184:385

¹⁷ "Ladowski, Carlos" Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala IV del 25/8/77 en La Ley Tomo 1978-B, Pág. 390

¹⁸ Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Sala III abril 1-1980 en La Ley Tomo 1981-B, Pág. 16

autor, la reproducción fotográfica con destino a la investigación y docencia, siempre que de ello se haga uso personal y no exista una organización que pueda otorgar autorizaciones globales. Por su uso personal se debe entender la fotocopia que es realizada por el interesado o encargado al negocio de fotocopias, el que debe tomar las correspondientes precauciones para no resultar cómplice de la infracción y no tienda a sustituir el ejemplar colocado en el comercio. No constituirá uso personal el encargado o la realización de una fotocopia múltiple, ni la facturación de un precio mayor que el que se obtiene por una duplicación de un texto no protegido...”

De los fallos analizados podríamos extraer el siguiente temperamento:

- 1.- La fotoduplicación de obras literarias es lícita cuando se efectúa, por sí o por un tercero, para fines personales
- 2.- Para que se configure el supuesto de licitud, además, dichas reproducciones deber ser efectuadas sin lucro
- 3.- El destino de dichas copias deberá ser de estudio, investigación o docencia
- 4.- Dichas reproducciones no deberán sustituir el ejemplar puesto al comercio
- 5.- Las fotocopias múltiples no constituyen uso personal

Un novedoso fundamento sobre el encuadramiento de la conducta en el tipo penal del art. 72, inc. “a” de la ley 11.723 fue dictado por la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en el caso “LITMAN, ELIAS DANIEL” el 26/4/93

La absolución del demandado se fundó en que el accionar del denunciado no llenaba los recaudos del tipo penal mencionado

En efecto, una lectura de los signos de puntuación en el inc. a) del art. 72 de la ley 11.723, permitió al vocal preopinante a sentenciar que este se refiere a “obra inédita o publicada sin autorización del autor o sus derechohabientes” en tanto que las involucradas en la denuncia no eran inéditas y que, muy por el contrario, tampoco habían sido editadas sin autorización ya que se encuentra agregado en autos del contrato de edición del autos del libro fotocopiado y la editorial Eudeba”

En tal inteligencia, se concluyó *que las fotocopias de las fotocopias no era delito* y que en todo caso habría que haber orientado la investigación hacia la primera de las reproducciones fotostáticas de las obras involucradas, puesto que al tiempo de allanarse el negocio Litman tenía en su poder una fotocopia del libro, en redacción para permitir operar con las maquinas reproductora de tamaño normal.

Afortunadamente, esta decisión fue revocada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación con fecha 30 de mayo de 1995, descalificando tanto la reducción de la protección penal a las obras no publicadas u objeto de una edición pirata, como la exigencia del uso de ejemplares originales como matriz del copiado y como requisito de que la copia comprenda la entera edición original

La Corte ordenó se dicte nueva sentencia, fallo que estuvo a cargo de la misma Sala de la misma Cámara pero con otra composición.

En su sentencia, el Tribunal de Alzada ¹⁹ sostuvo que el delito previsto y penado por el art. 72, inc a) de la ley 11.723, la conducta del imputado consistente en obtener libros de texto que sabía eran requeridos por el Ciclo Básico Común *-sea en original que en fotocopias que cumplieran tal carácter-*, para reproducirlos en forma total o parcial fotostáticamente a escala comercial, conculcando de ese modo los derechos que surgen de la ley de propiedad intelectual.

La reproducción parcial de una obra literaria también fue calificada como delito por la Sala IV de la misma Cámara Criminal y Correccional ²⁰ decretando dicho tribunal que *"...no es necesario la reproducción total de la obra para que tal conducta resulte antijurídica, toda vez que la simple copia parcial de la misma también lo es (in re: causa 8952, Leone, Luis y otro" rta 30/7/98; quedando atrapado el accionar descripto en el inc. a) del art. 72 de la ley 11.723, respecto de todo aquel que copia en cualquier número de ejemplares, utilizando cualquier técnica y partiendo de cualquier medio material de sustento de la obra copiada"*

¹⁹ Fallo del 12 de julio de 1996, El Derecho 9 de mayo de 1997

²⁰ Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala IV, 2001/02/13,

6.- LA COPIA DE SOFTWARE

Un criterio diferente fue adoptado por la Jurisprudencia cuando el bien jurídico protegido era un programa de computación.

Uno de los principios sentados es que se ha diferenciado el llamado "uso personal" del "uso privado o corporativo", ya que la jurisprudencia no ampara este segundo uso aun cuando sea realizado en forma gratuita

En efecto, la en los autos "Lotus Development Corp. y Ashton Tate"²¹ al resolver una acción contra una compañía petrolera por la copia de programas de computación dentro del ámbito de la empresa, entendió en cuanto a la reproducción no autorizada de un único ejemplar que... "*es tan ilícito como la practicada en múltiples ejemplares ya que los perjuicios causados a los autores con la copia doméstica resulta tan gravoso como los ocasionados con la piratería, pues si bien la primera obedece a una acción individual, su reiteración constante trasunta en una seria reducción del mercado con la consabida pérdida de beneficios.*"

Este tribunal revocó la sentencia de grado respecto a la atipicidad de la conducta del imputado por supuesta inexistencia de fin de lucro o animo comercial, toda vez que dicho elemento no es el requerido en el tipo penal.

Si bien en el fuero civil no hubo discusión sobre la tutela del programa de ordenador por la ley 11.723, en el penal la solución no fue conteste.

En un fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I del 19 de julio de 1995 en E.D. del 25 de febrero de 1998, confirmó el decisorio de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional sosteniendo que la reproducción no autorizada de software no constituye el delito previsto en el art. 72 inc. A) de la ley 11.723 en razón de considerar que no puede sostenerse que con el decreto 165/94 se puedan definir conductas que no se hallaban penalmente reprimidas al complementar el precepto del art. 72 de la ley de derechos de autos ya

²¹ Cámara Federal Criminal y Correccional Federal Sala I del 4 de abril de 1994

que el legislador no puede delegar en el Poder Ejecutivo la configuración de delitos penales.

Este hecho motivó que se modificara el art. 1* de la ley 11.723 por medio de la sanción de la ley 25.036 en cuanto introduce como bienes jurídicos *protegidos* "...los programas de computación fuente y objeto,..." zanjando de esta manera la discusión sobre la tutela de dicho objeto de protección. La misma reforma también agregó los párrafos 2do y 3ro del art. 9 de la ley de Propiedad Intelectual disponiendo que *"quien haya recibido de los autores o sus derechohabientes de un programa de computación una licencia para usarlo, podrá reproducir una única copia de salvaguarda de los ejemplares originales del mismo"... "Dicha copia deberá estar debidamente identificada, con indicación del licenciado que realizó la copia y la fecha de la misma. La copia de salvaguarda no podrá ser utilizada para otra finalidad que la de reemplazar el ejemplar original del programa de computación licenciado si ese original se pierde o deviene inútil para su utilización"*

Como podemos apreciar, no se trata este supuesto de una limitación al derecho de autor del titular del programa de computación sino un medio para asegurarse que se pueda utilizar la licencia lícitamente obtenida cuando la obra no puede ser ejecutada cuando el soporte original queda inutilizado.

Esta norma reafirma el principio de no conceder limitación alguna en materia de utilización de programas de ordenador en nuestro sistema normativo.

7.- LA PÉRDIDA DE ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE CIERTAS FORMALIDADES COMO LIMITACIÓN AL DERECHO DE AUTOR

7.1 El incumplimiento del registro como limitación al derecho exclusivo de explotación económica de la obra editada

Como resabio del sistema español de los Privilegios, algunos ejercicios de los derechos patrimoniales se ven restringidos por la falta de cumplimiento de ciertas formalidades Y es en este caso que el art. 63 de la

ley de Propiedad Intelectual sanciona a quien omite registrar una obra editada.²²

El cumplimiento de este precepto es solamente para obras nacionales ya que por aplicación del principio de protección automática contemplado en el art. 5.2 del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (ratificado por ley 25.140), *“el goce y el ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad”*.

Una interpretación restringida al texto literal de la norma la podemos encontrar en los autos SADAIC c/ Disprovent SA²³, donde se revocó una sentencia en la cual el juez de primera instancia rechazó la demanda por la cual SADAIC persiguió el cobro de aranceles por la emisión de avisos publicitarios que contenían obras musicales no registradas.

En tal oportunidad, el vocal preopinante, Dr. Jorge Alterini, citando al Dr. Carlos Alberto Villalba, sentenció que *“la ley 11.723 sólo exige el registro de la obra editada. Ello quiere decir que no requiere que se efectúe tal formalidad respecto de las obras que se hacen públicas de otro modo, como las obras representadas o ejecutadas en salas teatrales, las difundidas por radios o televisión, y las exhibidas en galerías de arte..”*

7.2 Limitación de ejercer acciones penales por falta de “aviso” consignada en la obra fotográfica o cinematográfica.

El art. 34, tercer párrafo de la ley 11.723 dispone que *“Debe inscribirse sobre la obra fotográfica o cinematográfica la fecha, el lugar de publicación, el nombre o la marcas del autor o editor. El incumplimiento de este requisito no dará lugar a la acción penal prevista en esta ley para el caso de reproducción de dichas obras.”*

²² El art. 63 de la ley 11.723 dispone que *“la falta de inscripción trae como consecuencia la suspensión del derecho de autor hasta el momento en que la efectúa, recuperándose dichos derechos en el acto mismo de la inscripción, por el término y condiciones que corresponda, sin perjuicio de la validez de las reproducciones, ediciones, ejecuciones y toda otra publicación hecha durante el tiempo en que la obra no estuvo inscrita. No se admitirá el registro de una obra sin la mención de su pié de imprenta. Se entiende por tal la fecha, lugar, edición y la mención del editor.”*

²³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C del día 6/6/2002

La jurisprudencia respondió de acuerdo a la norma en la causa "De Simone, Daniel y otro"²⁴ por cuanto resolvió que *"corresponde confirmar el sobreseimiento decretado respecto de quien explotó comercialmente fotografías sin la autorización del autor que omitió inscribir sobre su obra la fecha, el lugar de publicación, su nombre o marca, toda vez que el incumplimiento de tales requisitos hace presumir su buena fe en la utilización, tornando atípica la conducta cuestionada y, por ende, no dando lugar a la acción penal prevista ...para el supuesto de reproducción de obras artísticas"*

8.- NATURALEZA DEL USO DE LAS OBRAS EN INTERNET

Tratándose de cualquier obra colocada lícitamente en la Red, analizaremos el típico caso de un usuario que conectado a la misma, desea ya sea por qué considera interesante la información o por no permanecer mucho tiempo conectado al servidor y a la línea telefónica, almacenarla en el disco duro del computador o bien, extraer una copia para su mejor lectura.

¿Nos encontramos ante una limitación al derecho patrimonial del autor o ante un caso de uso o licencia autorizada por el titular del derecho?

Si consideramos que dicha actividad consiste en hacer uso de una limitación a los derechos patrimoniales, caso del usuario dentro del país, la calificación como lícita o ilícita, depende de si aplicamos la letra de la ley –que ninguna excepción establece para la reproducción de la obra, y entendemos que las excepciones son *numerus clausus*, o de si incorporamos los pronunciamientos jurisprudenciales que han considerado permite la realización de determinados actos de reproducción. Aquí la cuestión se nos presenta dudosa.

Empero, estimo más apropiado considerar la conducta analizada como inherente al uso de Internet. Así, la información susceptible de ser transferida al ordenador del usuario, puede ser reproducida por éste para su exclusivo y único uso personal porque para ello fue implícitamente autorizado por el titular de la obra.

²⁴ Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Sala I del 14/7/2003

En efecto, la particular vocación que posee la red global de información de servir de enlace entre una cantidad indeterminada de personas y compartir información, hace suponer que todo el material lícitamente colocado en la red por quien detenta los derechos de aquél, –existiendo medios técnicos capaces de limitar el acceso a la información restringida–, se encuentra a disposición del usuario para su uso exclusivamente personal y sin vocación de ser comunicado a terceras personas.

En tal inteligencia, sin perjuicio que la ley de derecho de autor indica que el titular de la creación tiene derechos exclusivos de explotación económica (art. 2), dicho cuerpo normativo no dispone cual es la forma de expresar la disposición de la obra.

Así, y en virtud del principio de libertad de formas que rige nuestro ordenamiento ²⁵ en el acto jurídico de colocar voluntariamente una obra en el ciberespacio conlleva una licencia gratuita de uso de la aquélla ya que se trata de una declaración tácita de voluntad, entendiéndose por tal la que resulta de aquellos actos por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad ²⁶

Esta declaración tácita se refiere al ejercicio del titular del derecho de autor de autorizar la comunicación pública y reproducción de la obra en la forma que él desee.

El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA 1996), en la Declaración concertada respecto del Artículo 1.4) dispuso que el derecho de reproducción, tal como se establece en el art. 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular respecto de la utilización de las obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida constituye una reproducción en el sentido del artículo 9 del Convenio de Berna Este tratado, vigente desde el 6 de marzo de 2002, marca una tendencia a la interpretación de Berna con respecto a la aplicación de las nuevas tecnologías.

²⁵ art. 974 del Código Civil argentino

²⁶ art. 918 del Código Civil

Ahora bien, en los términos de los derechos exclusivos patrimoniales que la ley 11.723 le confiere a los titulares podemos diferenciar entre:

- *Usos restringidos a un destino prefijado*: Este supuesto resulta de la aplicación de la doctrina y jurisprudencia francesa y belga conocida como el "*derecho de destino o destinación*" que comprende una acepción amplia de lo que es derecho de reproducción, por la cual el autor tiene derecho a resolver el destino de los ejemplares que se reproducen con su autorización, de manera que, como lo apunta André Francon, el autor debe tener un control sobre su utilización, incluso al no tratarse de una reproducción o de una representación *strito sensu*

- *Uso restringido al pago de una remuneración*: Se trata del caso del titular del derecho que sujeta el acceso de su obra al pago de una suma de dinero que habitualmente se obtiene mediante la colocación del número de una tarjeta de crédito, ya sea para acceder a una página determinada o suscribirse a un servicio determinado

9.- CONCLUSIONES

Las limitaciones al derecho patrimonial del titular del derecho de autor responden a un sistema de resortes que cubren una necesidad de la sociedad en general en poder acceder para usos particulares y sin que interfieran con la normal comercialización de la creación.

Sin embargo, tales límites son corrientemente invadidos por los usuarios quienes en pos de reclamar un derecho a un acceso a la cultura en forma irrestricta pierden de vista que del otro lado de la situación jurídica se encuentra en creador, persona que cuanto menos derechos percibe por el fruto de su obra, menos incentivo tendrá para que siga generando aportes al acervo cultural de la sociedad.

Sería deseable encontrar el equilibrio en la relación titular-usuario, tal vez con la implementación de un sistema de gestión colectiva por copia privada, en donde se aplica un arancel a los medios blandos (ej. Papel para fotocopia, cintas y CD vírgenes, etc.) y a los duros (videograbadora, copiadora de CD, etc.) mediante los cuales presumiblemente se utilicen para copiar obras protegidas por el derecho de autor, sistema que goza de un éxito rotundo en varios países de Europa. Las regalías

obtenidas por este procedimiento se destinarían a los autores más perjudicados los cuales ser verían recompensados por el lucro cesante sufrido por la copia privada y reprografía de sus creaciones.

En el ámbito nacional, y desde hace pocos años fue creada *CADRA*²⁷, una asociación civil sin fines de lucro, integrada por *autores y editores* de libros y otras publicaciones, que representa y defiende colectivamente sus derechos de propiedad intelectual y forma parte, conjuntamente con 55 organizaciones de derechos reprográficos de todo el mundo, de la *Federación Internacional de Organizaciones de Derechos de Reproducción (IFRRO)*.

Sin embargo, al carecer de representatividad legal como las obras sociedades de gestión colectiva, el ámbito de aplicación es solamente con los autores y editores asociados, lo que significa que la solución al problema, es por lo menos por ahora, parcial.

²⁷ <http://www.cadra.org.ar>