H. Cámara de Diputados de la Nación

PROYECTO DE LEY

Texto facilitado por los firmantes del proyecto. Debe tenerse en cuenta que solamente podrá ser tenido por auténtico el texto publicado en el respectivo Trámite Parlamentario, editado por la Imprenta del Congreso de la Nación.

N° de Expediente	7819-D-2010
Trámite Parlamentario	161 (25/10/2010)
Sumario	PROPIEDAD INTELECTUAL - LEY 11723 - . MODIFICACIONES, SOBRE AUTORIZACION PARA REPRODUCCION DE OBRAS LITERARIAS Y EXIMICION DEL PAGO DE DERECHO DE AUTOR Y DE REQUERIR AUTORIZACION A SU AUTOR PARA LA REPRODUCCION. MODIFICACION DE LA LEY 25446.
Firmantes	HELLER, CARLOS SALOMON - BASTEIRO, SERGIO ARIEL.
Giro a Comisiones	CULTURA; LEGISLACION GENERAL; LEGISLACION PENAL; PRESUPUESTO Y HACIENDA.

El Senado y Cámara de Diputados,...

REFORMA A LAS LEYES DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y DE FOMENTO DEL LIBRO Y LA LECTURA

EXCEPCIONES A FAVOR DE BIBLIOTECAS, ARCHIVOS Y MUSEOS

Artículo 1º.- Sustitúyese el artículo 36 de la Ley de Propiedad Intelectual N° 11.723, el que queda redactado de la siguiente manera:

"Artículo 36.- Los autores de obras literarias, dramáticas, dramático-musicales y musicales, gozan del derecho exclusivo de autorizar:

- a) La recitación, la representación y la ejecución pública de sus obras;
- b) La difusión pública por cualquier medio de la recitación, la representación y la ejecución de sus obras.

Sin embargo, será lícita y estará exenta del pago de derechos de autor y de los intérpretes que establece el artículo 56, la representación, la ejecución y la recitación o lectura de las obras literarias o artísticas ya publicadas, en actos públicos organizados por establecimientos de enseñanza, vinculados en el cumplimiento de sus fines educativos, planes y programas de estudio; o por bibliotecas, archivos y museos, dentro de sus programas o actividades de extensión cultural, siempre que el espectáculo no sea difundido fuera del lugar donde se realice y la concurrencia y la actuación de los intérpretes sea gratuita.

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.

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, ampliopía, 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 ciegas 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."

Artículo 2°.- Incorpóranse como artículos 36 bis de la Ley de Propiedad Intelectual N° 11.723, el siguiente:

"Artículo 36 bis. - Se exime del pago de derecho de autor y de requerir la autorización a su titular:

a) El servicio de préstamo de obras protegidas, que integren las colecciones de bibliotecas, centros de documentación o archivos; sean éstos públicos, o pertenecientes a instituciones sin fines de lucro, científicas o de enseñanza.

b) La reproducción, por cualquier medio, de obras científicas, literarias o artísticas, siempre que sea realizada por bibliotecas, centros de documentación y archivos, públicos o pertenecientes a instituciones sin fines de lucro, a instituciones científicas o a establecimientos de enseñanza, en tanto la reproducción se limite al ejercicio de sus actividades y servicios, y no afecte la explotación normal de la obra, ni cause un perjuicio injustificado en los intereses legítimos del autor.

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

Artículo 3°.- Sustitúyese el artículo 29 de la Ley de Fomento del Libro y la Lectura N° 25.446, el que queda redactado de la siguiente manera:

"Artículo 29. - Quienes reproduzcan en forma facsimilar un libro o partes de él, sin encontrarse comprendidos en ninguna de las excepciones previstas por la ley 11.723, y sin autorización de su autor y de su editor, serán sancionados con multa de pesos setecientos cincuenta a diez mil. En caso de reincidencia, la pena será de prisión de un mes a dos años. Estas sanciones se aplicarán aun cuando la reproducción sea reducida o ampliada y siempre que el hecho no constituya un delito más severamente penado".

Artículo 4°.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

FUNDAMENTOS

Señor presidente:

I.- INTRODUCCIÓN

Las bibliotecas son las garantes -por antonomasia- del derecho de acceso a la información por parte de la comunidad a la cual prestan servicio, poniendo el conocimiento a disposición de todos los ciudadanos, sin importar edad, raza, credo, género o posición. Por su parte, los bibliotecarios tienen por misión fundamental e irrenunciable atender todas las necesidades de la comunidad de lectores y usuarios a los que sirven. Al mismo tiempo, el acceso a la información constituye uno de los sustentos de la libertad de expresión, siendo ambas piedras angulares de las sociedades democráticas, indispensables para la formación de la opinión pública. En este contexto debe destacarse que las bibliotecas han contribuido y contribuyen al desarrollo de las sociedades, sirviendo al traspaso del conocimiento de generación en generación y es por ello que puede afirmarse que la democracia y las bibliotecas tienen una relación simbiótica.

Los derechos de acceso a la información, al conocimiento, a la educación, a la investigación científica y la cultura, constituyen el acceso a obras producto de la creación humana, por un lado y el derecho de autor, por el otro, componiendo así dos facetas de intereses que llevados a sus extremos se presentan como contrapuestos. En este contexto, es obligación, nacional e internacional, velar por la subsistencia de ambos grupos, en condiciones de igualdad y sin discriminaciones de ninguna índole, conciliando el interés particular de los creadores de las obras intelectuales con el general de toda la sociedad como "usuarios" de ellas; escuchando a todos los interesados y a los más débiles sobre todo. Es ésta la única manera de dar una respuesta capaz de evitar que alguno de los mentados derechos contrapuestos prevalezca sobre el otro o que pueda ser erigido como un derecho absoluto e ilimitado.

La creación artística y del intelecto humano gozan de reconocimiento por parte del derecho internacional y del derecho constitucional, habiéndose erigido a la propiedad intelectual, abarcativa del derecho de autor (1) y de la propiedad industrial (2), como un bien trascendental de protección del derecho, a punto tal que ha sido categorizada "como uno de los derechos humanos con igual jerarquía que el derecho a la vida, a la identidad, a la propiedad y al honor porque se trata de proteger la creatividad de la persona, que es su signo distintivo de humanidad frente a otros seres vivos" (3), habiéndose encuadrado su naturaleza jurídica como un "derecho específico", "sui generis", que presenta aspectos patrimoniales y personales (derechos morales) convergentes (4).

A su vez, el derecho de acceso a las obras intelectuales constituye lo que se ha denominado, al decir de Lillian Álvarez Navarrete (5), el "límite cultural del derecho de autor", pues "la responsabilidad de que todas las personas accedan a los resultados de la creación, está íntimamente relacionada con la creación misma", debiendo contar cada ciudadano "con un espacio para el ejercicio de su libertad de creación, o lo que es lo mismo ... tener la posibilidad de acceder al conocimiento e interactuar con la riqueza cultural preexistente", brindándosele "oportunidades ... que le permitan enriquecer su espiritualidad y desarrollar su talento. Estos derechos constituyen realmente la base del fomento de la protección a la creación y a los autores". Al mismo tiempo, "lograr un acceso razonable y legítimo a los materiales protegidos... es un interés público".

A nivel internacional, tanto (i) la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Capítulo Primero, Artículos II, IV, XII y XIII), (ii) la Declaración Universal de Derechos Humanos (Artículos 2, 19, 26 y 27), (iii) la Convención Americana sobre

Derechos Humanos (Artículos 1.1, 12.4, 13, 14, 21 y 26), (iv) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Artículos 2.2; 13 y 15), como (v) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 2.1; 3, 19 y 20), y (vi) la Convención sobre los Derechos del Niño (Artículos 2.1; 17, 23, 28, 29, 31 y 32) refieren, de una u otra manera, a ambas categorías de derechos contrapuestos, reconociéndoselos a todo ser humano en idénticas condiciones de igualdad y sin distinciones de ninguna índole, ni mucho menos por la posición económica que ocupe.

Asimismo y por su parte, la Constitución Nacional también regula los mentados intereses contrapuestos, refiriéndose a los derechos intelectuales, por un lado, en el artículo 17, al establecer que "... todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento por el término que le acuerde la ley ..." y, por otro, a ambas categorías de derechos en el artículo 75, inciso 19, 4° párrafo, al decir que "Corresponde al Congreso ... dictar leyes que protejan ... la libre creación y circulación de las obras del autor ..."; reforzándose el derecho de acceso a las obras intelectuales y, por ende, a la información y al conocimiento, a la educación, a la investigación científica y a la cultura en los arts. 5, 14, 41.2, 42.1, 42.2, 43.3, 75.17 (2° Párr.), 75.18, 75.19 (3° y 4° Párr.) y 75.23.

Es de destacar que la propiedad intelectual se encuentra integrada al concepto constitucional de propiedad, la cual permite a todos los habitantes usar y disponer de ella, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio (conf. Art. 14) y si bien la propiedad en general es "inviolable" (Art. 17) y la propiedad intelectual es "exclusiva" de sus autores (Art. 17), tales condiciones no implican la negación de cualquier razonable limitación que pueda disponer el Estado en ejercicio del poder de policía (arts. 14 y 28, CN), dado que nuestro ordenamiento no admite derechos absolutos y reconoce que la propiedad cumple un fin social (6) . En este sentido, por ejemplo, la primera Ley de Propiedad Intelectual limitaba el plazo de duración al derecho de autor hasta 10 años después de su muerte (Ley N° 7092 del año 1910), hoy extendido hasta los 70 años (Ley de Propiedad Intelectual N° 11.723 y sus modificatorias, en adelante LPI) (7) . Otro ejemplo de modificación más reciente es la excepción establecida al derecho de reproducción y distribución de las obras de los autores en beneficio de los ciegos y de otras personas con dificultades perceptivas, asegurado mediante los tiflolectores (8) (Ley N° 26.285, B.O. 13-09- 2007, modificatoria del art. 36 de la LPI).

Una síntesis elocuente al reconocimiento internacional de ambos intereses contrapuestos la encontramos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, al reconocerse a toda persona, como derecho humano, no sólo el "derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora", sino también y en primer término el "derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten" (ver art. 27, incisos 2° y 1°, respectivamente); implicando este último el derecho de acceso a la información que se consagra en el art. 19 (9) .

Tales principios, junto a los del art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y similares, se hallan insitos en las normas de los convenios internacionales citados, reclamos y declaraciones (10) , dejando y quedando en claro que la protección al derecho de autor está subordinada al interés superior que impone la necesidad social

de la más amplia difusión de la ciencia, la técnica, la educación y la cultura en general, y que se "está muy lejos de otorgar a los creadores, autores e inventores derechos monopolísticos de propiedad plenos y sin restricciones", ya que debe ser analizado "en su doble acepción", teniéndose "en cuenta la relación indisoluble con el derecho de la sociedad al acceso a estos resultados (11)". Es que el conocimiento "constituye una de las herramientas clave para la defensa de la humanidad en la época contemporánea y una de las vías fundamentales para enfrentar problemas como la crisis ambiental y el incremento de la pobreza", a pesar de lo cual "las características del sistema socioeconómico predominante vienen provocando su conversión en una mercancía más cuya producción se orienta por las demandas del mercado y no por las necesidades sociales. ... que sientan las bases para el resurgimiento de nuevas formas de fascismo a escala global", como se dijo en la declaración final de la mesa que debatió el tema: "En Defensa del conocimiento y de la cultura para todos", en el encuentro de intelectuales: "En Defensa de la Humanidad", celebrado en Caracas en diciembre del 2004 (12).

Si la aparición de nuevas tecnologías ha generado modernas formas de creación de obras; ha multiplicado en dimensiones impensadas la comunicación pública, y la reproducción en beneficio de la información, el conocimiento, la educación, la investigación científica y la cultura; y ello ha sido, en muchos casos, en detrimento patrimonial de los derechos de los creadores al privarlos de los ingresos consecuentes, tal situación debe ser reparada en todos aquellos supuestos que lo ameriten. Una reparación genérica para todos los casos, sin discernir la importancia y entidad de ellos, implicaría enrolar la cuestión en una defensa a ultranza de los derechos individuales de los creadores, conspirando contra los beneficios de los consumidores o del público usuario en general, rompiendo así el equilibrio que debe imperar en la materia al negar la contribución al desarrollo del conocimiento humano e incumplir con la obligación de garantizar el acceso a las obras, que es una responsabilidad pública.

Por lo expuesto, en la regulación legal de derechos contrapuestos se impone no prescindir en el análisis de una doble perspectiva, armonizando los intereses en juego de acuerdo al desarrollo y circunstancias de cada país si se aprecia fomentar la innovación y la creatividad en la economía de la información, máxime en los países en vía de desarrollo y menos adelantados, como Argentina, que luchan por cubrir las necesidades más básicas de sus ciudadanos, no pudiéndose imponer "las mismas políticas" y el mismo "nivel de protección de la propiedad intelectual" que los países desarrollados, toda vez que semejante pretensión conduciría "a resultados injustos y agobiantes" (13). Es que todo sistema equilibrado de protección de la propiedad intelectual presupone estar al servicio de todos los sectores de la sociedad (autores y usuarios (14)), priorizando el avance de la cultura frente a los intereses particulares y mercantiles que tanto mutilan a ésta cuanto al propio derecho de autor, al alejarlo cada vez más de una efectiva protección (15). Y a tales, fines todos los países signatarios de los tratados internacionales sobre derecho de autor tienen por ellos permitido (16) echar mano del único instrumento que poseen para establecer en sus legislaciones y que "son las excepciones y limitaciones a los derechos, esto es, aquellos casos en que las obras pueden ser utilizadas sin permiso del propietario, ya sea de forma gratuita o con algún sistema de pago, remuneración o subsidio (17)".

II.- LAS EXCEPCIONES AL DERECHO DE AUTOR

Su tratamiento por el derecho internacional

Los tratados internacionales que se ocupan de las excepciones a los derechos de autor, son: (i) el Convenio de Berna (revisión de París de 1971; arts. 9.1. y 9.2), (ii) el Acuerdo sobre los ADPIC (Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, siendo sus siglas en inglés TRIP's;), resultado de la última Ronda del GATT (Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio), Uruguay 1986/93, que concluyó, junto con otros Acuerdos y la constitución de la Organización Mundial de Comercio (OMC) con la firma del Acta Final el 15 de abril de 1994 por los 122 países representados en la Conferencia Ministerial celebrada en Marrakech (18) y (iii) el Tratado de la OMPI sobre derecho de autor en el entorno digital, producto de la Conferencia Diplomática reunida en Ginebra en 1996 (art. 10.1.).

Estos tres convenios, en redacción similar, admiten que las legislaciones locales establezcan excepciones a los derechos exclusivos de los autores-titulares, como la reproducción de las obras bajo la regla de los tres pasos, esto es, que se trate de casos especiales, que no se afecte la explotación normal de la obra y que no se cause perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

El último Tratado, además de reiterar la regla antes mencionada, señala en su preámbulo "la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información" y en su art. 10 resuelve el debate que concluye admitiendo la creación de nuevas excepciones y limitaciones al derecho de autor adaptadas a la nueva realidad tecnológica, al establecer que los Estados pueden "aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital" en sus leyes y "establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital".

Su tratamiento por el derecho interno argentino

Previo a todo, se debe recordar que Argentina ha ratificado los convenios referidos en el apartado anterior por medio de las Leyes N° 24.425 y 25.140 (19) y de acuerdo al nuevo orden jurídico nacido con la reforma constitucional de 1994 ello significa que los tratados gozan de jerarquía superior a la ley (conforme art. 75, inc. 22, párr. 1°, in fine y art. 75, inc. 24, párr. 1°, in fine); debiendo la ley, por un lado, mantener una relación de fundamentación con los tratados y con la Constitución Nacional para gozar de validez y, por otro, el Estado abstenerse de dictar, mantener en vigencia o aplicar leyes que desobedezcan a dichas normas superiores.

1) Introducción

La Ley de Propiedad Intelectual N° 11.723 y sus modificatorias, coloca diversos derechos en cabeza de los autores de obras científicas, literarias y artísticas, como ser: el derecho a la reproducción de las mismas "en cualquier forma" y a distribuir copias u otorgar permiso para hacerlo (conf. art. 2°); luego establece algunas excepciones al uso y a los derechos exclusivos en sus arts. 6, 10, 27, 28, 31 y 32, incluido el derecho a la copia de salvaguardia de los programas de computación (art. 9°, Párr. 2° y 3°) y, los derechos a la reproducción y distribución de las obras a favor de ciegos y otras personas con dificultades perceptivas (art. 36, LPI) (20), pero no establece -conforme facultan los convenios internacionales- ninguna otra excepción a este derecho, ni en el entorno impreso, ni en el digital (21). En tal sentido, se destaca que aún no se ha reglamentado el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) de 1996

(ratificado por la Ley N° 25.140), el cual constituye el punto de partida para la reformas a las leyes nacionales de derecho de autor.

Algo similar ocurre con el derecho de comunicación y de difusión pública de las obras literarias y artísticas por medio de la recitación, la representación y la ejecución, ya que las excepciones se contemplan solamente para los establecimientos de enseñanza, por un lado y para la ejecución o interpretación de piezas musicales por orquestas y otras organizaciones musicales pertenecientes a instituciones estatales, por el otro (ver artículo 36 de la Ley N° 11.723, 2° y 3° párrafo respectivamente); pero no se establece ninguna excepción a favor de bibliotecas, archivos, museos y establecimientos de beneficencia para las actividades de extensión cultural que les son propias (22) e inherentes a sus objetivos de fomentar, promocionar y difundir la lectura, la investigación, el conocimiento y la cultura.

Ahora, fuera de estas omisiones, se reprime penalmente a quienes defrauden el derecho de autor (arts. 71 a 74), de representación y ejecución de las obras intelectuales (art. 73), y de reproducción de las mismas (art. 72, inc. a), existe en nuestro derecho interno otra ley que sanciona a "quienes reproduzcan en forma facsimilar un libro o partes de él, sin autorización de su autor y editor" (art. 29, Ley N° 25.446 (23)), donde tampoco se contempla ninguna otra excepción a los mentados derechos, ya sea en el entorno impreso o digital.

En materia de reproducciones, esta ley reprime - a diferencia de la LPI y conforme la pacífica interpretación jurisprudencial- a quienes realicen copias de las obras intelectuales para uso personal y, por tanto, sin ánimo de lucro, valiéndose de fotocopiadoras, escáneres o cualquier otro procedimiento que permita su reproducción y lectura, incluido el almacenamiento en el disco de un ordenador, CD, DVD o cualquier otro soporte electrónico idóneo (24) .

En síntesis y más allá de la jurisprudencia de nuestros tribunales, el derecho interno lejos de establecer un régimen de excepciones aceptablemente equilibrado, termina reprimiendo penalmente toda conducta de reproducción, representación y ejecución no excepcionada y bajo cualquier circunstancia, tanto por la Ley de Propiedad Intelectual (LPI) como por la Ley de Fomento del Libro y de la Lectura (LFLL), según el caso (25)

2) Valoración

La ausencia de un adecuado régimen de excepciones, la falta de reglamentación del entorno digital y el singular régimen represivo instituido, por la LFLL; a la par de pecar de defecto y, estar a contrapelo de la legislación comparada y de los convenios internacionales -en cuanto propician que los Estados consagren en sus legislaciones el equilibrio entre el interés privado y el bien público-, choca contra toda racionalidad; dado que nuestra legislación se ocupa de colocar, en lo que respecta a la reprografía, en condición de delincuente a cualquier habitante del país (sea juez, legislador, funcionario, docente, investigador, intelectual, estudiante o un simple curioso) que haya osado hacer o haga, sin autorización del autor y del editor y sin ánimo de lucro, una copia o reproducción de ese material para su uso personal, como copia privada o para fines socialmente relevantes (como ser: los de naturaleza académica, social, cultural o de investigación). Además de ello, tampoco contempla las situaciones especiales que

hacen al funcionamiento, funciones y necesidades de las bibliotecas, archivos y museos, como ser en los casos de preservación y seguridad de obras de valor excepcional, agotadas o fuera de mercado, con el fin de prevenir su pérdida, hurto, robo o destrucción, o, atender necesidades de consulta y conservación para preservar la manipulación de originales, etc.

Así, el derecho de reproducción queda consagrado en nuestro ordenamiento jurídico como cuasi-absoluto y, por tanto, inconstitucional, al reconocer la ley a los autores un monopolio económico preválente y supremo, configurativo de un "derecho de exclusión", con la consecuencia de poder hacer valer desde su "posición dominante" tanto el "ius prohibendi" como el "ius excludendi" (26) ; cercenando a los ciudadanos su libertad a estudiar e investigar, y el acceso a la cultura y a la información; y a las bibliotecas y demás instituciones de carácter cultural, el cumplir con su objetivo de facilitarlos, difundirlos y programarlos; toda vez que la Ley 11.723 no consagra excepciones a su favor en cuanto a la reproducción, como tampoco a la representación, ejecución y recitación de las obras. Y, es de destacar que en los casos de las bibliotecas públicas y populares -piezas claves de la infraestructura cultural de la comunidad (27) - se encuentra reforzada su misión de proveer oportunidades para el desarrollo creativo personal y el acceso a expresiones culturales de todas las artes; promover la vigilancia de la herencia cultural, la mejora científica y la innovación; y, apoyar y participar en actividades literarias y programas para todas las edades (28) .

Desgraciadamente, como sostiene Fernández- Molina (ob, cit. p. 129), ni los propietarios de los derechos, ni los legisladores de la mayoría de los países parecen estar conscientes de la misión de las bibliotecas y del rol docente y responsable que cumplen en la utilización legal y apropiada del material bibliográfico para la educación, la investigación y el trabajo, que al imponérseles excesivas y absurdas restricciones se las ve más como una amenaza para el derecho de autor que como sus mejores aliadas. "Si resulta muy dudosa -como agrega el citado autor- la conveniencia de una excesiva protección de los derechos de autor en los países desarrollados, es evidente su inadecuación para los países en desarrollo, dado que son importadores de productos con derechos de autor, no exportadores. Además, no cuentan con infraestructuras científicas y tecnológicas suficientemente sofisticadas como para sacar partido de la protección" (29) .

Por lo expuesto, las leyes 11.723 y 25.446 no pueden más que merecer en los aspectos reprochados su descalificación como tales, especialmente esta última, en cuanto hace al derecho de reproducción, que ante la falta de un adecuado régimen de excepciones en la primera, ha sido reputada por la doctrina como "un grave desacierto ... ya que resulta difícil concebir que hubiera estado en la mira de nuestros señores legisladores transformar a estudiantes, científicos e investigadores en delincuentes por fotocopiar material, para proteger en forma tan tajante los intereses de los editores" (30) .

Las normas legales, en un sistema democrático, deben ser "la expresión del sentido mayoritario de la justicia, de los valores morales imperantes en una sociedad y en un determinado momento" (31) ; siendo función del derecho -como señala Lillian Álvarez Navarrete (ob. cit., p. 181 y ss)- "normar la vida de la sociedad", regulando "las relaciones entre los seres humanos, interpretando y asumiendo la defensa de las necesidades sociales", puesto que el derecho no es ni más ni menos que "un instrumento de organización social a través del cual los seres humanos -entiéndase la clase o grupos

en el poder- alientan y promueven determinadas conductas o desalientan otras". Es que las sociedades elevan a "norma de conducta" aquellos paradigmas que responden a los valores que reconocen como "positivos", como "metas a alcanzar"; cabe entonces preguntarse, como lo hace la citada autora, ¿En virtud de qué valores jurídicos pueden permanecer vigentes normas de derecho de autor cuyo resultado visible no es favorable a la creación ni incluso a la garantía de los derechos humanos más elementales?, ¿pueden considerarse inalienables los derechos que otorga aún cuando su ejercicio obstaculice el desarrollo colectivo y por ende el individual de los ciudadanos, y afecte el ejercicio de derechos humanos tales como el derecho a la educación, a la salud y el propio derecho a la vida?" ... "En un mundo al borde del colapso ambiental, donde reina la injusticia, un mundo sumido en la más profunda crisis ética motivada por el consumo desenfrenado, el individualismo, la competencia, y la lucha de unos seres humanos contra otros en pos de la propiedad, hay que fomentar legislativamente la solidaridad y la cooperación, no sancionarla".

Es que desatender el necesario equilibrio de los intereses en juego y romper con la igualdad de condiciones en el acceso con equidad a la información y el conocimiento, conspira contra la cultura y el desarrollo, margina a la población sin posición económica y atenta contra los propios intereses autorales que se pretenden defender (hoy desplazados y en cabeza de los empresarios que ostentan el monopolio de la explotación de la actividad autoral, nuevos titulares del derecho de autor - llamados los "titulares derivados" por contraposición a los "titulares originarios"- merced al pago de sumas ridículas y al sometimiento de sus auténticos creadores a contratos injustos en los que el mercado tiene siempre la última palabra), en detrimento y en conspiración contra los derechos de acceso de la sociedad; ignorándose -como bien dicen Finkelberg y Stempler (ob. cit., p. 1305) - que "desde antaño la búsqueda del equilibrio se ha venido dando a través de las limitaciones al ejercicio del derecho exclusivo del autor mediante las llamadas licencias (libres y gratuitas y no voluntarias: obligatorias y legales) que posibilitan la utilización de la obra o parte de ella sin previa autorización y, en algunos casos, sin pago de retribución alguna".

Se hace, por lo tanto, imperioso situar al ser humano, la ética y la justicia social en el centro de las prioridades, siendo necesario que el Estado asuma, mediante políticas públicas, la responsabilidad de garantizar el acceso de todos los ciudadanos a la educación, al conocimiento y a la cultura, convirtiéndolos en sujetos activos del desarrollo, cosa que de hecho les está vedada, al menos, a todos aquellos usuarios de obras protegidas por derecho de autor que no cuentan con una posición económica suficiente para acceder a la cultura y/o adquirir las obras o una copia de las mismas; ni siquiera para fines de investigación, estudio personal, preservación y sustitución de materiales, suministro de documentos, préstamo interbibliotecario, puesta a disposición de obras protegidas y de elusión de medidas tecnológicas para protección de las mismas (32).

En otros términos, urge poner remedio a la indebida inclusión de los derechos de autor dentro de los acuerdos comerciales que convirtieron a los productos y servicios culturales en una mercadería sujeta al "libre comercio" entre los países de desigual desarrollo -Acuerdo ADPIC, Tratados comerciales como CAFTA (Tratado de Libre Comercio para Centroamérica), el ALCA (Área de Libre Comercio de las Américas) y otros acuerdos multilaterales y bilaterales- y garantizaron a las transnacionales la protección de sus inversiones y el dominio de los mercados a costa de reforzar la

desigualdad, la ruina de las economías y la puesta en peligro de las culturas nacionales. La vida espiritual de la sociedad no debe definirse sobre la base de criterios de rentabilidad, éticamente inadmisibles cuando se trata de la salud y los derechos más elementales del ser humano.

En tal sentido, una efectiva protección de la creación pasa -como señala la doctrina autorizada- por establecer un sistema adecuado de excepciones basado en la salvaguarda de los derechos fundamentales de los usuarios (es decir, no las empresas que utilizan contenidos para generar lucro sino los ciudadanos, las instituciones de enseñanza, bibliotecas, archivos, museos, etc.), en la promoción de la libre circulación de la información y la difusión del conocimiento y de las artes, priorizando los intereses de la educación. Esto es así, debido a que las excepciones, lejos de desincentivar a la creación y atentar contra los intereses de los creadores, bajo el argumento de que sus obras pueden ser leídas en bibliotecas gratuitamente, permiten que las mismas se den a conocer y se las promocióne y fomenta, logrando que los creadores estén en circulación durante años, manteniendo viva su presencia que, de otro modo, desaparecerían casi por completo del panorama literario, convirtiéndose así las bibliotecas en los principales aliados de los autores y editores.

3) Antecedentes

Como antecedente nacional de un régimen de excepciones, aunque limitada a la reproducción reprográfica por ser anterior al estallido tecnológico, la Argentina cuenta con la propuesta de reforma a la LPI registrada en el Anteproyecto de Ley de Derecho de Autor, elaborado por la Comisión Reformadora, nombrada por resolución del Ministerio de Justicia 82/74, cuyas normas agrupadas bajo el título "Reproducción Fotográfica de Obras Protegidas", establecían: (art. 108) "lícita la reproducción fotográfica o por medios análogos a la fotografía de las obras protegidas para uso privado y fines estrictamente personales"; (art. 109) permitiendo proporcionar a los interesados por las "bibliotecas que no persigan fines de lucro para uso privado y fines estrictamente personales", "sin pagos de derechos de autor", "una sola reproducción de un artículo de revista y otra publicación periódica o de fragmentos de obras, en la extensión que justifiquen expresados por el peticionante, de lo que se dejará constancia"; (art. 111) permitido por las mentadas bibliotecas "realizar ... reproducciones microfilmadas de revistas o publicaciones periódicas ... para conservación de sus colecciones ... en un número de copias ... no ... superior al de los ejemplares de la obra registrada en los catálogos"; y, (art. 112) permitido por "las bibliotecas públicas ... reproducir para el fondo bibliográfico de otras bibliotecas ... públicas una copia de las obras agotadas, depositadas en sus archivos" y otra "por la biblioteca que las reciba en caso de ser necesaria su conservación" (33) .

Por otro lado, la Argentina ha reafirmado en los foros internacionales la necesidad de que el sistema de propiedad intelectual sea balanceado, de modo de equilibrar los intereses de los distintos actores y sectores involucrados, concibiendo a la Propiedad Intelectual como un medio y siendo su fin la creatividad, el desarrollo y la diseminación tecnológica. En tal sentido, nuestro país, junto a Brasil, a la par de haber presentado un proyecto de Tratado de Acceso al Conocimiento (A2K, 2005), lidera el denominado "Grupo de Amigos para el Desarrollo" y ambas naciones con la participación de otros 12 países más (Venezuela, Cuba, Perú, Bolivia, Ecuador, Sudáfrica, Egipto, Irán, Kenia, República Dominicana, Sierra Leona y Tanzania) propusieron en el año 2004 incluir en

la agenda de los debates de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre productos y servicios protegidos por la propiedad intelectual, elementos del desarrollo y el acceso al conocimiento, entendiéndose a este último en su forma más amplia y abarcativa de cuestiones vinculadas al acceso a los libros, a la educación, las artes, la cultura, la salud, las tecnologías y los conocimientos en general. Por su parte, los países dominantes, exportadores de productos con derecho de autor, dilataron burocráticamente el tratamiento del proyecto hasta su final aprobación en octubre de 2007; pero en el entretanto dichos países lograron avanzar en la firma -de modo poco democrática- de nuevos tratados bilaterales y regionales, con los países pobres, que incluyen protecciones mayores a las exigidas por la Organización Mundial de Comercio (OMC) y diseccionadas a favor de los intereses de su industria.

Es hora, entonces, que en ejercicio de nuestra soberanía y de la defensa de nuestra identidad nacional, de dotar a nuestra ley de propiedad intelectual del principio ético y jurídico del equilibrio, garantizando el acceso al conocimiento para todos, la aplicación de los resultados científicos para bien de la sociedad en su conjunto, el fomento de la creatividad, la cooperación y el desarrollo de una activa vida cultural; teniendo en cuenta que el reconocimiento de los derechos intelectuales debe estar subordinado a los intereses de la sociedad, no pudiendo nunca constituir un obstáculo para los planes educacionales, científicos y culturales, ya que nuestro derecho no reconoce monopolios exclusivos, ni derechos absolutos y, en consecuencia, prioriza los intereses colectivos de la sociedad por sobre los individuales. En síntesis el derecho de autor, debe configurar un equilibrio con el derecho social de acceso a las obras.

Su tratamiento por el derecho comparado

Las funciones ínsitas a las bibliotecas en relación a obras con derecho de autor, tales como la consulta física o a distancia a través de la red (interna o no), el préstamo de ejemplares, la copia o transmisión por servicios interbibliotecarios, las copias con fines de sustitución o conservación, la comunicación y difusión pública de las obras por medio de la recitación, la representación y la ejecución, etc., se ven en las legislaciones de la mayoría de los países de América Latina impedidas por carecer de un específico régimen de excepciones y limitaciones al derecho de autor; y, ello contrariamente a lo que ocurre en los países anglosajones y europeos, que cuentan -aunque disímilmente- con excepciones, debido a "diferentes razones que las justifican", como recuerda Fernández-Molina (Derecho de autor y bibliotecas digitales: ... cit., p.124/125), destacándose -entre otras- el "interés público" (esto es, en concreto, la promoción de la educación, la cultura y la investigación). Dicho interés público es lo que constituye la base de los denominados "privilegios de las bibliotecas e instituciones similares (museos, archivos, hemerotecas, etc.)" que "llevan a cabo funciones de preservación y difusión de la información que benefician a la sociedad en su conjunto y promueven el bien común", aunque la dimensión del mismo "varía" y presenta "diferencias notables entre unos países y otros", caracterizándose los anglosajones por regularlo "en forma amplia y detallada, en tanto que las legislaciones de países con tradición jurídica latino-continental están menos definidos y habitualmente de forma poco generosa".

Testimonios en tal sentido y de fomento a un régimen equilibrado de excepciones se revelan en los estudios, los instrumentos y, las voces internacionales y locales; que se han registrado y/o levantado hasta la fecha. Así y entre otros se pueden mencionar, sucintamente, los siguientes:

i) En el estudio encomendado por la OMPI al Director de la Oficina Asesora de Derecho de Autor de la Universidad de Columbia, Dr. Kenneth Crews, en relación a "Excepciones en beneficio de las bibliotecas en las leyes nacionales de derecho de autor", publicado por el citado organismo el 26 de agosto de 2008 (34), se concluyó que de los 149 países miembros de la OMPI -que tiene un total de 184 miembros (35) - 128 contaban en sus legislaciones con, al menos, una excepción en favor de las bibliotecas, mientras que en los 21 restantes, dentro de los cuales figura Argentina, no se registra ninguna excepción (36) (p. 7/8, 14 y 74 y notas 1 y 64).

Al decir de este especialista internacional, "estas estadísticas elementales demuestran el establecimiento generalizado de excepciones a favor de las bibliotecas lo que sugiere que desempeñan una importante función en la legislación y favorecen los servicios bibliotecarios". Puntualiza, asimismo, que "el hecho de que las disposiciones se centren generalmente en actividades como investigación y preservación también significa que la legislación sobre derecho de autor cumple un importante papel a la hora de facilitar el acceso constante de los ciudadanos a la rica variedad de material que contienen las bibliotecas" (p. 7, 2º párrafo). Agrega, que "otro indicador de importancia de esa normativa es el esfuerzo constante de los legisladores por promulgar o revisar esas disposiciones", destacando que "en los meses durante los cuales realizó el estudio, se promulgaron nuevas disposiciones relativas a las bibliotecas en la Federación de Rusia, Israel y Nueva Zelandia". Y a este se suma "la publicación en marzo de 2008, tras tres años de estudio, de una propuesta de reforma de las excepciones en beneficio de las bibliotecas en los Estados Unidos de América..." (p. 14 y nota 4) y cabe agregar a Chile con su reforma legislativa, en igual sentido, realizada en abril de 2010.

Señala que "el ámbito de aplicación de las excepciones generalmente se centra en la reproducción de obras protegidas por derecho de autor" y éste "suele tener mayor importancia, dado que las bibliotecas efectúan copias a efectos de preservación, investigación o cualquier otro fin. Cuando las bibliotecas entregan copias a los usuarios a efectos de estudio o investigación, esta acción entraña también el derecho de distribución. Cuando las bibliotecas permiten a los usuarios ver una obra audiovisual o imágenes que están almacenadas en un servidor de red, el servicio plantea preguntas acerca de "exponer" o "ejecutar" o "poner a disposición" (p. 29, penúltimo párrafo).

En cuanto a "¿Qué bibliotecas tienen derecho a aplicar las disposiciones legales? ¿Qué obras pueden utilizarse? ¿Permiten las disposiciones legales las copias en soportes digitales? Las respuestas a estas preguntas pueden decirnos mucho acerca de la visión que tienen los legisladores de las bibliotecas, los servicios que prestan, y la importancia de utilizar nuevas tecnologías. Por otra parte, tanto las bibliotecas como las obras protegidas por derecho de autor y las tecnologías cambian rápidamente. La disposición legal de un país puede establecer normas respecto de esas cuestiones y problemas, pero puede ocurrir que la legislación haya sido promulgada muchos años antes. Las normas que se estipulan en la ley pueden ser un reflejo de decisiones legislativas tomadas tiempo atrás, creando una tensión entre la letra de la ley y las necesidades y las situaciones reales con la que se enfrentan las bibliotecas hoy" (p. 30).

Continúa diciendo el informe de Crews, que "las legislaciones de los distintos países del mundo presentan en conjunto una enorme variedad en el alcance y la aplicabilidad de una excepción. Muchos países están actuando independientemente para dar respuesta a los cambios en los sectores bibliotecario, editorial y tecnológico. Se promulgan nuevas

excepciones y se reconsideran los detalles de la legislación ya existente para tener en cuenta nuevas necesidades y circunstancias." Y pone como ejemplo a Nueva Zelanda que modificó su legislación en 2008 "para adecuarla a los avances de las tecnologías digitales", agregando que "la diversidad entre las excepciones en favor de las bibliotecas puede obedecer a factores, como el hecho de que el órgano legislador haya tomado conciencia de un problema, o simplemente que haya podido alcanzar un acuerdo respecto de la necesidad de introducir una disposición y de cuáles han de ser sus términos exactos" (p. 75).

A mayor abundamiento, señala que los estudios del caso indican que las disposiciones en raras ocasiones son "suficientemente claras para orientar a las bibliotecas y éstas tengan pocas dudas o experimenten pocas complicaciones" y "parece más probable que las disposiciones no reflejen las necesidades reales de las bibliotecas" (p. 76). Por eso, concluye que "para que las bibliotecas puedan llevar a cabo ... sus cometidos más fundamentales es preciso que la legislación prevea excepciones que permitan la distribución de las obras mediante préstamo ... la reproducción limitada para fines de preservación o sustitución, o la reproducción y distribución para fines de estudio o investigación del usuario" (p. 77) con la inteligencia de evitar que los rápidos cambios en la tecnología y las comunicaciones aborten la idoneidad y viabilidad de las excepciones.

En otros términos, señala que "...las excepciones en beneficio de las bibliotecas son muy reveladoras de las relaciones entre la legislación de derecho de autor y los servicios bibliotecarios... ", aparte de indicarnos que "son reflejo de los objetivos culturales, históricos y económicos..." y " ... a veces contradictorios unos con otros (p. 8) (37) . Así pues, ... suelen ser un compromiso entre intereses contrapuestos, que por regla general, permiten a las bibliotecas ciertos usos a las obras protegidas por derecho de autor, al mismo tiempo que establecen límites y condiciones para proteger los intereses de los titulares de derecho de autor, de los editores y de los derechohabientes" (p. 8); agregando, que "la industria editorial puede tener gran influencia en un país en el que el interés económico sea muy importante, lo que dará lugar a excepciones al derecho de autor más restrictivas. En otros países los bibliotecarios pueden estar bien organizados y tener una influencia política mayor, lo que puede dar lugar a excepciones más generosas que satisfagan las necesidades de las bibliotecas (p. 28, ult. Párrafo).

Como conclusión, Crews expresa que "su estudio debería promover... debates acerca de la viabilidad y el futuro de las excepciones en beneficio de las bibliotecas", las cuales "se debaten actualmente con problemas que trascienden generalmente la legislación actual, como es el caso de la digitalización en gran escala de colecciones, y el acopio automatizado y la recopilación de material publicado en Internet. La índole de las excepciones en beneficio de las bibliotecas pueden ofrecer buenas indicaciones de los problemas y las dificultades que aún quedan por delante a la hora en que los legisladores comienzan a examinar nuevamente los problemas cada vez mayores relacionados con el derecho de autor que afectan a las bibliotecas" (p. 8).

Agrega, que "los estudios de casos... ponen en evidencia que las bibliotecas han dedicado muchos esfuerzos a la hora de entender y de aplicar la normativa. Algunas... han trabajado a solas para interpretar y aplicar la ley. Otras ... se ocupan de lograr soluciones por medio de sus sociedades profesionales con objeto de que estén respaldadas por muchas bibliotecas y quizá por editores, autores u otras partes

interesadas" y aclarando "que mientras ... algunas bibliotecas han participado en el proceso legislativo, otras han tenido que enfrentarse con la interpretación de demandas judiciales. De conformidad con otros ejemplos, a pesar de haber enfrentado los problemas de la ley, las bibliotecas no han logrado la solución deseada, viéndose obligadas a restringir o suprimir varios servicios", sin "que nadie salga beneficiado", ni el público pierde servicios, ni los titulares del derecho de autor que pierden la oportunidad de concertar acuerdos (p. 19). A mayor abundamiento, expresa más adelante que "probablemente todas las leyes abarcadas por este estudio contienen algún elemento de riesgo para las bibliotecas. Cuando menos, casi cualquier palabra de la ley puede ser objeto de controversia y generar incertidumbre. Las cláusulas y requisitos de las disposiciones suelen dejar abiertas cuestiones importantes en lo que respecta a si la biblioteca reúne los requisitos para hacer uso de la excepción, o si la disposición abarca la copia de obra o las actividades que lleva a cabo la biblioteca. Muchas bibliotecas no disponen de un asesoramiento jurídico que cubra todas sus necesidades. Son los bibliotecarios quienes han de decidir cuál es el significado o el alcance de las disposiciones. Concientes de la difícil situación jurídica en que se encuentran muchas bibliotecas, los legisladores de muchos países han protegido a las bibliotecas limitando los riesgos jurídicos que afrontan en caso de infracción del derecho de autor" (p. 70).

Al historiar sobre las excepciones en beneficio de las bibliotecas, recuerda, Crews en su estudio, que la primera excepción nace en la legislación Británica en 1956 y explica que "a medida que la legislación de derecho de autor fue adquiriendo carácter internacional" las mismas "se fueron generalizando en muchas partes del mundo a lo largo de los últimos decenios". Y agrega, que el aumento de la necesidad de excepciones para permitir a las bibliotecas efectuar copias de obras a efectos de investigación, preservación y otros fines viene de la mano del aumento de las bibliotecas, la expansión de la tecnología informática y la proliferación de servicios bibliotecarios. Es por ello que concluye diciendo, que "por estas razones, las disposiciones aplicables a las bibliotecas han pasado a ser relativamente comunes en la legislación sobre derechos de autor, así como diversas y complejas a medida que los países han debido hacer frente a las dificultades del contexto de los servicios bibliotecarios así como a las expectativas cambiantes de los titulares de derecho de autor y de los editores", dando lugar a "una enorme variedad de normativas ... en todos los aspectos, desde el tipo de biblioteca a las que son aplicables hasta las actividades bibliotecarias incluidas".

Puntualiza, por otra parte, que "la legislación sobre derecho de autor ha introducido un nuevo concepto: la prohibición de eludir las medidas tecnológicas de protección" (MTP) y el establecimiento por parte de muchos países de excepciones a esta prohibición en beneficio de las bibliotecas, merced a sus reclamos.

Concluye, finalmente, sosteniendo que "el aumento y variedad de las disposiciones de derecho de autor destinadas a las bibliotecas no hacen más que reafirmar el interés de aportar una nueva comprensión de este tema" (p. 14 y 15), no sin antes recordar que "la mayoría de las leyes ... autorizan a las bibliotecas a hacer determinados usos de las obras protegidas por derecho de autor sin compensar a los autores o a los titulares del derecho de autor, citando en tal sentido a la Directiva de la Comisión Europea, la cual no exige que la excepción esté sujeta a compensación" (p. 41 y nota 33).

ii) El nuevo Tratado de la OMPI de 1996 ha constituido, como señala Fernández-Molina, "el punto de partida para la reforma de las leyes nacionales de derecho de

autor" y es, concretamente, el tratado que no sólo habilita para la adaptación de las excepciones y limitaciones a las nuevas circunstancias del entorno digital (algo totalmente lógico si se tiene en cuenta que las razones en que se basan son igualmente válidas para un entorno impreso o digital) sino también para la creación y ampliación de nuevas excepciones y limitaciones requeridas, fundamentalmente, por los cambios tecnológicos, imprescindibles para las bibliotecas actuales si se quiere evitar colocarlas en graves dificultades para seguir desempeñando sus funciones de forma satisfactoria, toda vez que las obras en formato digital son cada día más numerosas en sus colecciones.

Merced a este tratado y en concordancia con él se dictó la Directiva de la Unión Europea (2001) para armonizar las leyes nacionales sobre derecho de autor en el entorno digital, permitiendo su artículo 5.2.c) a los países de la Comunidad realizar "actos específicos de reproducción efectuados por bibliotecas accesibles al público" y sin exigirse remuneración compensatoria alguna para los titulares de los derechos, "siempre que no tengan intención de obtener beneficio económico o comercial directo o indirecto alguno" y en tal sentido se ha hecho eco Francia en su legislación (2006). Finalmente, se autoriza en el artículo 5.3.n) realizar a las bibliotecas accesibles al público y sin exigirse para los titulares de los derechos remuneración compensatoria alguna, actos de comunicación pública, o sea transmisión digital a través de las redes internas o externas a personas concretas del público o la puesta a su disposición de las obras de su colección para fines de investigación o estudio personal.

Los países latinoamericanos muestran que mientras Bolivia, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela cuentan -aunque en distinto grado de protección- con excepciones a favor de las bibliotecas, a los que se sumó Chile con la reforma del mes de abril de 2010; Argentina, Brasil, Costa Rica, Honduras y Uruguay todavía no tienen con ninguna excepción para bibliotecas, aunque algunos han iniciado el camino de la reforma.

Un dato más que relevante, es la diferencia existente entre los países desarrollados, exportadores de contenidos por excelencia y los países en vías desarrollo, consumidores de esa información que resulta necesaria para el crecimiento y desarrollo de sus sociedades, el perfeccionamiento de su educación e investigación científica y tecnológica; resultando, por tanto, imperativo que estos últimos países cuenten con protecciones más flexibles y permisivas, en la legislación que hace al derecho de autor, que permitan a las bibliotecas cumplir con su función social.

iii) Como antecedente, anterior a la era digital, puede citarse a la Ley Tipo de Túnez sobre Derecho de Autor para los Países en Desarrollo, redactada en el año 1976 por la Secretaría de la UNESCO y la Oficina Internacional de la OMPI, reconociendo excepciones a diversas utilidades de las obras publicadas lícitamente, entre las que cabe mencionar a la reproducción, traducción, adaptación, arreglo o transformación para uso personal y privado del que la utiliza (art. 7, inc. i, apartado a). En cuanto a la reproducción, establece que ésta pueda ser realizada por las bibliotecas públicas, centros de documentación no comercial, instituciones científicas o establecimientos de enseñanza mediante un procedimiento fotográfico o análogo y con la condición de que el número de ejemplares se limite a las necesidades de sus actividades y no se afecte a la explotación normal de la obra, ni se cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor (artículo 7, apartado v). Por otra parte y en lo que respecta al derecho

de comunicación pública, consagra excepciones para determinadas obras y con determinados fines (artículo 7, inciso i, apartado c, incisos ii, iii y iv).

Comenta Kenneth Crews, en el estudio referido en el punto i), que "los redactores de la Ley Tipo optaron por elaborar una disposición general, en lugar de detallar las condiciones para la copia de obras específicas a los efectos de investigación u otras finalidades estipuladas". Y, "que de conformidad con el comentario que acompaña a la Ley Tipo, la excepción en beneficio de las bibliotecas se ajustará al texto de la prueba del criterio triple del Convenio de Berna. Dos de los criterios se reiteran explícitamente en esa Ley Tipo. El primer criterio -que la reproducción se efectúe para casos especiales- se cumple, de conformidad con el comentario, al establecer que las excepciones sólo sean aplicables a las bibliotecas y las organizaciones afines, y al limitar la copia a las necesidades de la institución" (p. 28).

iv) Otro testimonio en pos de un régimen de excepciones, es la reciente reforma operada en Chile a través de la Ley N° 20.435, que rige desde el 4 de mayo del 2010 (38) , dedicándole varios artículos a la reproducción. En cuanto a la comunicación y ejecución pública de las obras, se destaca el artículo 71 N, el cual no considera a dichas utilidades como tales, cuando se realizan sin fines de lucro dentro del núcleo familiar, en establecimientos educacionales, de beneficencia, bibliotecas, archivos y museos, inclusive tratándose de fonogramas.

v) La Federación Internacional de Asociaciones de Bibliotecarios y Bibliotecas (IFLA) es una de las voces más importantes sobre la materia que se ha unido, junto con más de 500 prominentes científicos e intelectuales y organizaciones de numerosos países (39) , en apoyo de la propuesta de los llamados "Amigos del Desarrollo", promoviendo la "Declaración de Ginebra sobre el futuro de la OMPI", aprobada el 29 de septiembre de 2004, a fin de reclamarle a ese organismo -que reconoce a la IFLA como ONG representativa del interés público- una actuación más balanceada y equilibrada de los beneficios y costos sociales de los derechos de propiedad intelectual, ya que de momento, la OMPI no protege y fomenta adecuadamente el equilibrio entre usuarios y propietarios, lo cual es fundamental para lograr un régimen eficaz de propiedad intelectual. Ello es motivado en las siguientes razones: 1) Porque entre los valores básicos de la IFLA se incluye la "creencia en que las personas, las comunidades y las organizaciones necesitan un acceso universal y equitativo a la información, a las ideas y a los trabajos de creación para lograr el bienestar social, educativo, cultural, democrático y económico"; 2) Porque entre las prioridades profesionales de la IFLA, está la obligación de asumir "una doble responsabilidad, tanto respecto a los productores de propiedad intelectual como respecto a las bibliotecas como representantes de los usuarios de la información, porque garantizar y proporcionar el acceso a los productos intelectuales es fundamental para el desarrollo del conocimiento".

Es así como esta entidad, con el apoyo de sus miembros (provenientes de todos los países del mundo), defiende y promueve la libertad intelectual tal y como está expresada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, que incluye la riqueza del conocimiento humano, la opinión, el pensamiento creativo y la actividad intelectual. La IFLA declara que el compromiso con la libertad intelectual es una responsabilidad esencial de los profesionales de las bibliotecas e insta en definitiva a la OMPI a tratar, urgentemente y guiada por los principios articulados por James Boyle - cofundador del Center for the Study of the

Public Domain en la Duke University School of Law ("A Manifesto on WIPO and the future of intellectual Property") (40) - las cuestiones vinculadas (i) al desequilibrio en las leyes de propiedad intelectual, (ii) al monopolio de la información, (iii) a las medidas de protección tecnológica, (iv) al ensanchamiento de la brecha digital y (v) a los acuerdos de libre comercio. El objeto de ello es adoptar una aproximación totalmente nueva a la propiedad intelectual a nivel internacional, teniendo en cuenta las necesidades totalmente diferentes de los países desarrollados y los países en desarrollo. Las leyes de propiedad intelectual necesitan revisarse a nivel internacional y nacional para asegurar leyes adecuadas a países en diferentes estadios de progreso. Estas leyes deben facilitar el acceso al conocimiento, hacer avanzar la innovación, acelerar el desarrollo y restaurar el equilibrio entre las justas demandas de los propietarios de derechos y de los consumidores.

En el año 2000, esta Federación también emitió un documento, titulado "La posición de la IFLA sobre el derecho de autor en el entorno digital" (41) , donde expresó su posición sobre la protección del derecho de autor y el problema en el entorno digital, sosteniendo que la protección excesiva podría amenazar las tradiciones democráticas y repercutir en los principios de la justicia social, restringiendo la competencia y la innovación, y reprimiendo la creatividad. Asimismo, advirtió que si no se mantenía un acceso razonable a las obras protegidas en el entorno digital, se levantaría otra barrera que impediría el acceso a los que no disponen de medios para pagarlas. En cuanto al cambio de formato del material informativo, opinó que no se debería considerar una violación del derecho de autor sino un acceso razonable y defendió el actuar de las bibliotecas en cuestiones tales como: el préstamo de materiales digitales publicados en formato físico (por ejemplo, CD-ROM), el préstamo razonable de recursos electrónicos por parte de estas instituciones y del personal de información, y la conversión al formato digital para preservación y la conservación. Por otro lado consideró, en relación a las medidas tecnológicas, que las leyes nacionales sobre el derecho de autor deben tratar de lograr un equilibrio entre los derechos de los titulares a proteger sus intereses por medios técnicos y los derechos de los usuarios a eludir esas medidas con fines legítimos que no representen una infracción. Finalmente, estableció nuevas responsabilidades a los bibliotecarios a fin que éstos brinden acceso a información y comunicación de calidad a través de la red informática, capaciten a los usuarios para la evaluación y selección de información en la Web, promuevan el acceso responsable, respeten la privacidad y promuevan el acceso gratuito a Internet en las Bibliotecas.

vi) La Free Software Foundation Europe (42) declaró desde el sitio de la Red de Monitoreo en Propiedad Intelectual, que la OMPI, comprensiblemente, siempre se inclinará a aplicar el juego de monopolización preconcebido al que se refiere como Propiedad Intelectual; un término que encontramos cargado ideológicamente y peligrosamente ajeno a las diferencias significativas que existen entre las muchas áreas de la ley que pretende subsumir. OMPI no es lo que necesitamos. Necesitamos una Organización Mundial de la Riqueza Intelectual, dedicada a la investigación y promoción de formas nuevas e imaginativas de estimular la producción y diseminación del conocimiento. Otorgar monopolios limitados y control limitado sobre ciertos tipos de conocimiento puede ser parte de los instrumentos de estas nuevas organizaciones, pero no el único, y puede que incluso no el más importante".

vii) En el Manifiesto: balance sobre propiedad intelectual (43) , emitido el 25 de setiembre de 2006 por la British Library se remarcó que la revolución digital transformó

la forma en que la información era creada, diseminada y puesta en disponibilidad, poniéndose en evidencia el quiebre del tradicional sistema legal de copyright bajo la tensión de los intereses de las partes y siendo, por tanto, el reto de la hora actualizar la legislación y asegurar que el balance se mantenga en la era digital, mediante diversos medios: (i) generando privilegios para las bibliotecas de aplicación tanto en el mundo digital como en el analógico; (ii) impidiendo que las medidas tecnológicas de protección excedan las limitaciones al acceso justo de la información (fair dealing); (iii) asegurando a las bibliotecas realizar copias de preservación y conservación de obras protegidas para garantizar el uso de la información en el futuro; (iv) flexibilizando la legislación respecto a la obras huérfanas (más del 40% de las obras), ya que localizar a los titulares de los derechos es muy costoso y es de interés público hacer uso de esos materiales; (v) reconsiderando los tiempos de protección de las obras no editadas, ya que de lo contrario su utilización depende de muchas variables difíciles de conseguir (fecha de creación, año de fallecimiento del autor, definir anonimato y si la obra está en una biblioteca o no). La British Library solicita a los legisladores tener una mirada más amplia sobre la problemática en este debate que se ha abierto entre los consumidores y la industria.

viii) Por su parte, el órgano de la OMPI encargado de debatir las cuestiones relacionadas con el derecho de autor, esto es, el Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos (CPDADC o SCCR), ha acordado en las deliberaciones mantenidas entre el 25 y 29 de mayo de 2009, en su 18° sesión, celebrada en Ginebra, acelerar su labor sobre limitaciones y excepciones en beneficio de actividades educativas, de bibliotecas y de archivos, y sobre las implicancias de la tecnología digital, incluso en lo referente al desarrollo social, cultural y religioso.

ix) Finalmente, en el ámbito local, la Asociación de Bibliotecarios Graduados de la República Argentina-ABGRA a través de la "Subcomisión de Propiedad Intelectual, Acceso a la Información y Libertad de Expresión", ha emitido, en junio de 2008, una propuesta derivada de un estudio sobre el Impacto del Derecho de Autor en las Bibliotecas, reclamando el establecimiento, en la ley 11.723, de un equilibrio entre los derechos de los creadores por sus obras y el derecho de acceso a ellas por los ciudadanos mediante la consagración expresa de excepciones que permitan su reproducción con fines de preservación, conservación y difusión, en beneficio de las bibliotecas y sus usuarios. De este modo, se estarían remediando los obstáculos legales que hoy impiden a las bibliotecas cumplir con la obligación de dar acceso a la información a la comunidad de usuarios y con el deber de custodia de la producción intelectual (44) .

Concretamente, esta Subcomisión propuso la inclusión de las siguientes excepciones a favor de las bibliotecas:

Reproducción de material para usuarios finales de la biblioteca con fines de investigación o educación, según criterios del "uso justo" ("fair use"). Esta doctrina permite una reproducción limitada del material protegido por derecho de autor sin la necesidad de requerir permiso a los titulares de tal derecho y restringida a fines didácticos o de revisión de material.

Copia de seguridad para documentos de alto valor y de imposible reposición con fines de prevención en hipotéticos casos de pérdida, robo o catástrofe.

Copia de seguridad por traslado para documentos que cambian transitoriamente de sede, por ejemplo cuando sale en préstamo para una exposición o préstamos interbibliotecario.

Copia de acceso o consulta para evitar la manipulación de un original único, frágil o deteriorado, de imposible reposición y que debe ser retirado de la consulta con fines de preservación.

Copias y migración para impedir la pérdida de información o la imposibilidad de acceso a documentos en el entorno digital por obsolescencia de formatos y soportes. La no realización de actividades de copia y conversión de formatos harían inaccesible el contenido de tales documentos en el mediano plazo.

Reproducción de obras agotadas en el mercado editorial, para usos de investigación o actividades educativas y culturales.

Derecho de copia personal, o sea a la reproducción de una obra para fines estrictamente personales, de uso en el ámbito privado, sin intención de lucro.

Las constantes inquietudes y peticiones de entidades que representan al sector, entre ellas Asociación de Bibliotecarios Graduados de la República Argentina (ABGRA), han sustentado la concepción que anima los fundamentos del presente proyecto.

III.- CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, resulta claro que las bibliotecas son instituciones cuyas finalidad consiste en al adquisición, colección, conservación, estudio, exposición y difusión de libros y documentos, facilitando el acceso sin discriminaciones de ningún tipo a la información y a la cultura a través de las obras producidas por el intelecto humano que se encuentren en sus colecciones (editadas o no y existentes o no en el mercado), con el fin de hacer posible el desarrollo humano y la inclusión social. Siendo, en consecuencia, las únicas organizaciones que se encuentran en la gran mayoría de las poblaciones del país, aún en aquellos pueblos donde no es posible encontrar comercios que vendan libros, y que preservan obras que ya no se consiguen en librerías comerciales.

Por tales razones y a fin de efectivizar las actividades de preservación y de difusión de la información, que benefician a la sociedad en su conjunto y promueven el bien común, es que la gran mayoría de los países del mundo contemplan en sus respectivas legislaciones y a favor de éstas instituciones, algún tipo de excepción; las que son reconocidas por los organismos internacionales relacionados a la cultura, la ciencia y las bibliotecas. A contrapelo de ello, la legislación argentina no ha incluido a las bibliotecas en las excepciones al derecho de autor y es entonces que nuestros bibliotecarios se ven constantemente sometidos a la absurda disyuntiva de cumplir con su misión de preservar y dar acceso a las obras, u observar en forma completa la legislación en la materia. Hacer una copia de una obra que está fuera del mercado y que se encuentra en proceso de deterioro, o hacer una copia de un artículo de una revista con fines de investigación y estudio, o migrar preventivamente una obra digital a otro formato porque el original se volverá obsoleto o inaccesible, o representar, ejecutar o recitar una obra, por ejemplo, constituyen una prácticas diarias en las bibliotecas, pero que en

nuestro país, con la legislación vigente, son pasibles de sanción penal hasta tanto no sean contempladas como excepciones a los derechos de autor.

Por ello, y así como la Primera Junta de Gobierno Patrio creó el 13 de septiembre de 1810 la Biblioteca Pública de Buenos Aires (hoy Biblioteca Nacional), pensando que entre sus tareas estaba la de construir modos públicos de acceso a la ilustración para operar un cambio social profundo, en ocasión de este bicentenario de la Patria; hoy resulta imperativo reforzar dicha iniciativa, renovando el esfuerzo y compromiso puesto en pos de facilitar a todos los habitantes del país, especialmente los de menos recursos, el acceso a la información y al conocimiento mediante el establecimiento de un adecuado, justo y actualizado régimen de excepciones a los derechos de autor, despenalizando la reproducción, la representación, la ejecución, el préstamo y la recitación o lectura de las obras en determinados casos y condiciones, y jerarquizando el rol de las bibliotecas, archivos y museos, tal como se propicia en este proyecto.

Como ha quedado dicho, es función del legislador normar la vida de la sociedad, regulando las relaciones jurídicas en defensa de las necesidades sociales. Así como la sociedad necesita de la creación para alimentar su vida espiritual, a través de la cual se expresa, deja huellas, se identifica y permanece; también la creación debe ser protegida para el bien de la comunidad en su conjunto con todas las herramientas y mecanismos, garantizando un equilibrio; sin implicar el proceso globalizador la imposición de instituciones, normas, y estándares de protección que no se adecuan a las realidades de los diferentes países en aras de una homogeneización legislativa, ya que de ser así el derecho dejaría, entonces, de cumplir con su función esencial.

En consecuencia, sobran razones históricas, culturales, legales, políticas y hasta prácticas, para que se propicie el presente proyecto, preparado de conformidad con los principios y compromisos internacionales asumidos en la materia, siguiendo los criterios que en ellos se establecen para el ejercicio de la facultad soberana que cada país tiene de legislar sobre el particular, y teniendo en cuenta el derecho comparado y los modelos de ley tipo sobre Derecho de Autor para los Países en Desarrollo; garantizándose así, en forma imperativa que las mentadas excepciones favorezcan la utilización de las obras, sin cercenarse los derechos de sus creadores.

Señor Presidente, por las razones expuestas es que solicitamos la aprobación del presente proyecto de ley.

- (1) Obras literarias, científicas y artísticas, y los derechos conexos de interpretación y ejecución de los artistas, los fonogramas y las producciones de los organismos de radiodifusión.
- (2) Patentes, modelos de utilidad, marcas, denominaciones de origen, modelos y diseños industriales, entre otros.
- (3) Mabel Goldstein, "Derecho de Autor y Sociedad de la Información", 1ª edición, La Rocca, Buenos Aires, 2005, p. 69.
- (4) Oscar G. Finkelberg y Laura Stempler, "El Delito de Fotocopiado en la Ley 25446", J.A. 2001, IV, p. 1304/1315.
- (5) "Derecho de ¿Autor?", Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2006, p. 128 y 132, <http://www.bea.org.ar/wp-content/uploads/2007/03/da.pdf>, [Consultado el 10/01/2010].

(6) Conforme art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual goza de jerarquía constitucional después de la reforma de 1994 por imperio de su art. 75, inc. 22.

(7) Merced, en opinión de autorizada doctrina, al constante y sostenido lobby ejercido en nombre del derecho de autor por los titulares que "ostentan" los derechos exclusivos "no originarios" (editores, productores de fonogramas, de audiovisuales y otros empresarios), obtenidos en base a contratos desproporcionados. Es sabido que la prolongación constante de los plazos de protección del derecho de autor perjudican injustamente a los usuarios de la información al alejar en el tiempo a las fuentes creativas e intelectuales del dominio público, distorsionando el equilibrio que debe existir entre los derechos de los titulares y los de la sociedad.

(8) Software que encripta archivos en extensión tfl, inaccesibles para lectores videntes.

(9) El cual dice que "todas las personas tienen derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye la libertad de mantener opiniones sin interferencias y de buscar, recibir e impartir información e ideas por cualquier medio y por encima de cualquier tipo de fronteras".

(10) Como son las declaraciones de la mesa alternativa de la Cumbre de la Sociedad de la Información (que representa a los intereses de la sociedad), el Foro de Sao Paulo, los Foros antiglobalización o las Declaraciones del IFLA (Federación Internacional de Asociaciones de Bibliotecarios y Bibliotecas). Asimismo, estos principios están incluidos en la esencia del copyleft y en los reclamos de los intelectuales de la mesa redonda En defensa de la Humanidad, que tienden a frenar las tendencias privatizadoras del conocimiento, que llegan al absurdo de cobrarse en los países de la Comunidad Europea por el préstamo de los libros (Directiva 92/100/CEE/1992) y a otros absurdos increíbles como los señalados por Álvarez Navarrete (ob.cit., p. 7) de que "no puedan usarse imágenes del techo de la Capilla Sixtina, pintadas por Miguel Ángel a inicios del siglo XVI, porque después de su restauración, los derechos los posee una cadena de televisión japonesa. Otros ejemplos son la propuesta de un senador norteamericano de destruir las computadoras que copien música de Internet y el enfoque adoptado por el fiscal general de EE.UU. que intenta igualar la lucha contra la piratería a la lucha contra el narcotráfico y aboga por reformas legales que criminalizarán no solo a los ladrones, sino también a usuarios de productos pirateados y a empresas que desarrollen softwares que faciliten el pirateo (Induce Act). También en los EE.UU. una organización Girls Scouts recibió una carta de la American Society of Composers, Authors and Publishers, en la cual se le exigía un pago por las canciones que las niñas cantaban durante los juegos en el campamento; entre otros".

(11) Conforme Audrey Chapman ("La propiedad intelectual como derecho humano. Obligaciones dimanantes del apartado c) del párrafo 1 del Artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", en www.unesco.org); Este autor "explica cómo en el momento de discutirse la inclusión de ambos aspectos de la propiedad intelectual en los mencionados documentos, el reconocimiento del derecho de toda persona a disfrutar del progreso científico y de la vida cultural no provocó discusión alguna y cómo sí surgieron en todos los casos al momento de decidir la incorporación de los conceptos de apropiación de los resultados intelectuales" ... afirmando que "los redactores de estos documentos normativos consideraban ... que los derechos de autores y creadores tienen como objetivo facilitar, en vez de limitar, el acceso y la participación en la cultura y la ciencia" ... "Si se adopta una posición en relación con los derechos humanos se admite que los productos intelectuales tienen un valor intrínseco como expresión de la dignidad y la creatividad humanas. [...] Un enfoque de derechos humanos asume asimismo un equilibrio implícito entre los

derechos de los inventores y creadores y los intereses de la sociedad en general... se basa en la importancia esencial de proteger y fomentar la dignidad humana y el bien común. En sentido amplio, los derechos del creador ... están condicionados a su contribución al bien común y al bienestar de la sociedad"

(12) Ver, <http://www.defensahumanidad.cu/artic.php?item=2797> [Consultado el 10/01/2010].

(13) Como se expresa en la "Declaración de Ginebra sobre el futuro de la OMPI", en <http://www.cptech.org/ip/wipo/FuturoOMPIDeclaracion.pdf>, [Consultado el 10/01/2010].

(14) Fomentándose la creación y difusión de las obras intelectuales de los primeros mediante el reconocimiento del derecho a su explotación y facilitándose el acceso a las mismas de los segundos para beneficio de la sociedad en su conjunto.

(15) Cosa que ocurrirá si se concibe que el objetivo del derecho de autor es servir como una herramienta para la protección de las "obras sujetas al intercambio mercantil", dejando de lado a todas aquellas otras que no tengan por fin su realización en el mercado.

(16) Ya que las obras intelectuales por tener la virtud de poder circular de un país a otro y formar parte del comercio internacional, es de interés internacional y por lo tanto objeto de su regulación convencional.

(17) Juan Carlos Fernández-Molina, "Derecho de autor y bibliotecas digitales: en busca del equilibrio entre intereses contrapuestos", *TrasInformação, Campinas*, 20 (2):123 131 (v. 124, 2º párr.), maio/ago., 2008 (Revista Brasileira).

<http://revistas.puccampinas.edu.br/transinfo/include/getdoc.php?id=592&article=262&mode=pdf>, [Consultado el 10/01/2010].

(18) Conforme Delia Lipszyc, *Nuevos temas de Derecho de Autor y Derechos Conexos*, UNESCO-Cerlac, Zavalía, 2004, p. 27/29.

Por otro lado, nos recuerda Lillian Álvarez Navarrete (ob.cit., p. 90), que EE.UU. es quien, con visión patrimonial del derecho de autor y excluyente de los derechos morales, propone la introducción de la propiedad intelectual en los acuerdos de comercio internacional con el objetivo de proteger las inversiones y el llamado "libre Comercio", ya que de esta manera se aseguran que económica y políticamente se den a los bienes y servicios culturales el mismo trato que a los demás bienes y servicios, eliminándose "la posibilidad del ejercicio de cualquier política pública orientada al apoyo y promoción de los artistas y creadores nacionales, quedando la cultura regulada, al igual que cualquier otra rama de la economía, solo por el libre juego de la oferta y la demanda. De esta forma, queda libre el camino para que las grandes empresas de la industria del entretenimiento -casi todas norteamericanas- copen el mercado nacional y tengan garantizadas, junto a ganancias millonarias, la absoluta dominación cultural" (ob.cit., p. 91); y, cita la opinión de Joseph E. Stiglitz (Aciertos y errores de los derechos de propiedad intelectual, en <http://www.project-syndicate.org/commentary/stiglitz61>, [Consultado el 10/01/2010]) en el sentido de que nunca debió haber sido incluida la propiedad intelectual en un acuerdo de comercio porque su regulación está más allá de las aptitudes de los negociadores comerciales (ob. cit. p. 98/9); reiterando que el Acuerdo sobre los ADPIC no fue discutido, ni adoptado democráticamente, sino impuesto a través de diversas estratagemas legales en el escenario de la OMC.

Este Acuerdo en opinión de Mabel Goldstein (*Derecho de Autor y Sociedad ...*, cit., p.110) significa un nuevo código internacional sobre la materia, que ofrece poco margen para que los países regulen en sus legislaciones locales de acuerdo a sus intereses y sus expectativas sociales, habiendo sido reputada inconstitucional su ratificación por el país

porque contradice principios de tratados internacionales de rango constitucional incorporados en la reforma de 1994, como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto sobre Derechos Políticos, Económicos y Sociales, los cuales tienen prioridad y mayor fuerza que las regulaciones comerciales de la propiedad intelectual.

(19) El Convenio de Berna de 1886 había sido ya ratificado en sus versiones anteriores por las leyes N° 17.251 y 22.195.

(20) Reconocida por Ley 26.285 (B.O. 13-09- 2007), modificatoria del art. 36 de la LPI al incorporarle los párrafos 4° y subsiguientes. Esta reforma se halla en línea con las formas jurídicamente aceptadas por el foro organizado por la OMPI en Ginebra (Suiza) en 2003 y con el Tratado de la OMPI sobre el Derecho de Autor en el entorno digital (WIPO Copyright Treaty, WCT o TODA).

(21) El derecho de reproducción, es un derecho patrimonial independiente de los restantes derechos que se mencionan en el art. 2° de la LPI y como tal forma parte de la retribución que se les reconoce a los autores como trabajadores intelectuales. Al decir de Mabel Goldstein, este derecho comprende la "facultad de explotar la obra en su forma original o transformada mediante su fijación en cualquier medio y por cualquier procedimiento que admita su comunicación, o la obtención de copias del todo o de una parte de la obra" (conf. ob. cit. "Derecho de Autor y ...", cit., p. 62/63). Idem, Delia Lipszyc (Derecho de autor y derechos conexos, E. Unesco, Cerlac, Zavalía 1993-2001, p. 179).

(22) Según Carrión Gutiez, Manuel, entre las actividades de extensión cultural se encuentran las exposiciones, las actividades conmemorativas, las informativas, las conferencias, las presentaciones de obras o de autores, las representaciones teatrales, la hora del cuento, las proyecciones, audiciones y conciertos (Manual de bibliotecas, Madrid, Fundación Germán Sánchez Ruipérez, 1988).

Se destaca que las bibliotecas son en muchas ocasiones espacios abiertos de cultura o centros de referencia cultural, sino los únicos lugares de reunión y centro cultural no comercial, porque ofrecen programaciones culturales con manifestaciones que no encuentran espacio para su realización por falta de otros lugares específicos y producen tanta actividad de difusión cultural como pueden mantener. En las recomendaciones de la UNESCO y de la IFLA se pone de manifiesto un creciente interés por determinar espacios y reservar recursos encaminados a hacer de los centros bibliotecarios lugares polifacéticos de extensión cultural, constituyendo las bibliotecas los medios más cotidianos y cercanos al ciudadano para el acceso a la cultura y las innumerables actividades y servicios que ofrecen.

(23) Llamada Ley de Fomento del Libro y de la Lectura, en adelante LFL; LA 2001-C-3100).

(24) Señala Morelli, María Paula ("Consideraciones sobre el delito de reprografía (Ley 25.446)", Capítulos IV y V), que la reproducción de la LPI requiere que se persiga un fin de lucro y, por lo tanto, que no se le de a la reproducción un uso personal, configurándose así el delito de piratería editorial, como es el caso de los centros de copiado "piratas" que lucran con la reproducción facsimilar de obras protegidas por derecho de autor; delito éste que se agravaría con la figura de la asociación ilícita prevista en el art. 210 del Código Penal cuando tal actividad es realizada en forma organizada. Finalmente, esta autora cita como doctrina judicial a la Cámara Nacional de Casación Penal, sala II, en el caso Mogus, Juan V., 24-04-2002 (La Ley 2002-E, 198 - DJ 2002-3, 237); a la sala III del mismo tribunal en la causa "Sanchez" José Luís, 10-07-2003 (eIDial.com AA1BE6) y a las distintas salas de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, tales como la sala V, en la causa "Toytoyndjian", Gerardo, 28-03-2005 (Lexis N° 12/13682) y a la sala I, en la causa "Rodríguez Monzón", Nélide, 4-

04-2005. Asimismo, mención especial merece el reciente y novedoso fallo de la Justicia Criminal de Instrucción N° 37 que sobreseyó del delito del art. 72, inc. a) de la ley 11.723 al Profesor Horacio Rubén Potel, en la Causa N° 57.627/08, fallada el 13 de noviembre de 2009, por entender - concordantemente con la opinión del dictamen de la Fiscalía de Instrucción N° 49- que el ofrecer en formatos PDF a través de sitios de Internet www.jacquesderrida.com.ar y www.heideggeriana.com.ar (creados por el encausado el 27 de mayo de 2005) libros de texto de Jacques Derrida y Martín Heidegger, sin expresa autorización de editor o autor alguno y previamente escaneados, porque "de lo actuado en autos no se logra la superación del juicio de tipicidad objetivo requerido para el reproche criminal formulado". Agregó, además, que si bien "la transformación de los textos originales al formato digital... podría estar comprendida en el precepto de "reproducción",... no sucede lo mismo en relación al ofrecimiento desde las páginas de Internet del incurso, donde la acción de crear una nueva copia, es producida por quien accede al sitio e inicia la descarga del archivo informático. Y en este sentido... el aporte de Potel únicamente podría entenderse como cooperación al delito ajeno, puesto que no se ha logrado determinar si existieron o no descargas de las obras ilegalmente reproducidas. A su vez, se entendió que si bien el comportamiento de Potel "puede subsumirse sin dificultad dentro de una figura penal -defraudación por reproducción de obras publicadas sin autorización de su aturo o derechohabientes-, la misma, ... no ha ocasionado un real agravio al bien jurídico protegido por la norma, toda vez que no toda afectación mínima es capaz de alcanzar esos extremos; amén de que la "insignificante afectación que podría resultar al patrimonio del titular de la obra, no habilita al severo reproche de esta justicia represiva".

(25) Conforme Oscar G. Finkelberg y Laura Stempler, "El Delito de...", cit., Capítulos IV y V; Federico P. Vibes, "Piratería Editorial. Sanciones, Alcance Jurídico", La Ley 2006-B, 152/156, Capítulos IV a VII; Morelli, María Paula, "Consideraciones sobre...", cit., Capítulo IV.

(26) Finkelberg y Stempler, "El Delito de...", cit., Capítulo I, párrafos 8° y 9°.

(27) Gómez Hernández, José A. Gestión de Bibliotecas. Murcia: DM, 2002, URL: <http://www.um.es/gtiweb/jgomez/bibesp/intranet/204serviciosd2002.PDF> [Consultado el 12/07/2010].

(28) Manifiesto de la UNESCO sobre las bibliotecas públicas, 1994, URL: http://www.bibliotecaspublicas.es/burlada/imagenes/contenido10094_1.pdf, [Consultado el 12/07/2010] y artículo 2° de la Ley N° 23.351 sobre Comisión Nacional Protectora de Bibliotecas Populares (CONABIP).

(29) "Derecho de autor y bibliotecas... cit, p. 129, últ. párr...

(30) Finkelberg y Stempler, "El Delito de...", cit., Capítulo VIII, párrafos 7° y 8°. Asimismo, se señala en el Capítulo VIII, párrafos 1° y 2°, que los arts. 11, 12, 16 y 26, establecían exenciones al IVA en todas las etapas de producción y comercialización del libro; exenciones y reintegros a la exportación; exenciones a las maquinarias, equipos e insumos y exenciones a las ganancias de los autores; lo que revela que esta ley fue impulsada por la industria editorial y que sus expectativas, junto con las del sector de autores que apoyó el proyecto se vieron frustradas con el veto que hizo el Poder Ejecutivo de dichas normas al promulgar la ley. Otro despropósito de igual calibre puede citarse, siguiendo a Lillian Álvarez Navarrete (ob.cit. p. 77), a la ley contra el robo electrónico de los Estados Unidos que convirtió en delito la posesión o distribución de copias de material registradas en línea, fuera o no en beneficio propio y quedando alcanzados como criminales bajo este concepto entre cuarenta y sesenta millones de ciudadanos norteamericanos.

(31) Mabel Goldstein, "Derecho de Autor y...", cit., p. 65.

(32) Como es el caso de la Ley de Copyright para el Milenio Digital de los EEUU (Digital Millennium Copyright Act, reglamentaria de los Tratados de Internet de la OMPI, del 28-10-1998) que "prohíben absolutamente las tecnologías anti-copia, a pesar del potencial que tienen para producir algún bien", como cuando se lo utiliza para hacer un uso justo, "mientras que permite las pistolas, a pesar del mal obvio y trágico que producen", al decir de Lawrence Lessig ("Cultura Libre. Cómo los grandes medios usan las tecnologías y leyes para encerrar la cultura y controlar la creatividad", en http://www.jus.uio.no/sisu/free_culture.lawrence_lessig/portrait.b5.es.pdf, [Consultado el 10/01/2010], Trad. de Antonio Córdova) y el cual reitera que "usando Código, los dueños de copyright restringen el uso justo; usando la DMCA, castigan a aquellos que intentarían evadir las restricciones al uso justo impuestas mediante el código. La tecnología se convierte en un medio de eliminar el uso justo; la ley de la DMCA respalda esta eliminación. Así es como el código se convierte en ley".

(33) Morelli, María Paula, "Consideraciones sobre...", cit., Capítulo III.

(34) http://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=109192 [Consultado el 10/01/2010].

(35) Las leyes de los 35 restantes países miembros que no pudieron ser analizadas, explica que respondieron -dejando de lado a los 3 países que carecen de leyes sobre la materia (Afganistán, Maldivas y República Democrática Popular Lao)- a que "no han podido obtenerse o no existían en lengua inglesa (p. 78/79).

(36) Detalla el Dr. Crews que las cifras relativas a los diferentes tipos de excepciones a favor de las bibliotecas son reveladoras:

Veintisiete países han establecido disposiciones amplias que permiten a las bibliotecas hacer copias de las obras para servicios bibliotecarios no especificados.

Setenta y cuatro países han establecido disposiciones que permiten a las bibliotecas hacer copias de las obras para sus usuarios. Estas son las excepciones legales en favor de las bibliotecas más comunes. Cuarenta de estos países permiten a las bibliotecas hacer copias para los usuarios de la biblioteca sin limitación en cuanto la finalidad de la copia, mientras que en los demás países se especifica que la copia ha de ser para fines de estudio o investigación del usuario de la biblioteca.

En setenta y dos países hay disposiciones que permiten hacer copias con fines de preservación.

En sesenta y siete países se permite a las bibliotecas hacer copias de las obras con fines de sustitución, y en cincuenta y tres de ellos las excepciones permiten claramente a la biblioteca hacer la copia para su depósito en otra biblioteca.

Diecisiete países tienen excepciones relativas al suministro de documentos, mientras que en seis se permite hacer copias para su envío en calidad de préstamo interbibliotecario a otra biblioteca con el fin de suministrar la copia a un usuario.

Veintiséis países tienen una excepción en favor de las bibliotecas que las exime de la prohibición de eludir las medidas tecnológicas de protección" (p. 74), aclarando que son setenta y nueve los países que prohíben la elusión de MTP (p. 24 y 33).

Se agrega, además, que 27 países cuentan con "una disposición que permite a las bibliotecas efectuar copias de obras para los usuarios sin limitar explícitamente el objetivo de la copia sea para investigación, preservación o cualquier otro uso particular", muchos de los cuales se han basado en la Ley Tipo de Túnez que propugna una "excepción general para bibliotecas" (p. 45). Asimismo, la biblioteca de la Universidad de California, Los Ángeles (UCLA) y muchas otras bibliotecas u organizaciones propician el dictado de una disposición legal específica que garantice el derecho de preservar sitios Web y contenidos en línea (p. 59 y 62).

- (37) Aclarando que la legislación de América del Sur refleja en gran medida influencias regionales, ya que los cuatro países de la Región Andina, producto del Acuerdo de Cartagena de 1969 (Bolivia, Ecuador, Colombia y Perú), cuentan con legislaciones similares en muchos aspectos, mientras que Argentina, Brasil y Chile comparten la característica común de no prever excepción alguna en beneficio de las bibliotecas (p. 26), situación que Chile revierte con la reciente reforma a su ley en abril de este año.
- (38) <http://www.bcn.cl/lc/lmsolicitadas/ulp> [Consultado el 13/07/2010].
- (39) Pudiéndose citar entre otras organizaciones a Consumers Internacional, Medecins sans Frontieres, Access to Essential Medicines Campaign, miembros de otras como Third World Network, Electronic Frontier Foundation, etc.
- (40) <http://www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/2004dltr0009.html> [Consultado el 10/01/2010]
- (41) <http://www.ifla.org/en/publications/the-ifla-position-on-copyright-in-the-digital-environment> [Consultado el 10/01/2010].
- (42) Fundada en 1984 por Richard Stallman con el objetivo de crear el sistema UNIX libre GNU y desarrollar el software libre, el cual adquirió consistencia a fines de los años 90 y fue considerado con interés por empresas y usuarios. Ver "Hacia una organización mundial de la riqueza intelectual", en <http://www.fsfe.org/projects/wipo/wiwo.es.html> [Consultado el 10/01/2010].
- (43) <http://www.bl.uk/news/pdf/ipmanifesto.pdf> [Consultado el 10/01/2010].
- (44) <http://www.abgra.org.ar/documentos/pdf/Propuesta%20PILEAI.pdf> [Consultado el 10/01/2010].